



Die fremde Konventionalstrafe als Verspätungsschaden

Der Bauherr lässt sich die rechtzeitige Werkablieferung oft durch eine Konventionalstrafe absichern. Wird diese im Verspätungsfall spruchreif, versucht der Unternehmer bisweilen, sie als Verspätungsschaden an seine Subunternehmer abzuwälzen. Diese Praxis ist jedoch nur in gewissen Grenzen zulässig.

■ Von Dr. Shirin Grünig und lic. iur. Johannes Zuppiger

Bei der Frage, ob und in welchen Grenzen ein Unternehmer seine Konventionalstrafe für die verspätete Ablieferung auf einen Subunternehmer abwälzen kann, dreht sich alles um den Ersatz des Verspätungsschadens, die Konventionalstrafe und das Zusammenspiel dieser zwei Rechtsansprüche.

1. Der Verspätungsschaden

Verspätet sich der Unternehmer mit der Ablieferung seines Werks, steht dem Bauherrn unter Umständen Ersatz für seinen Verspätungsschaden zu (vgl. Art. 103 OR). Der Anspruch auf Schadenersatz setzt den Verzug des Unternehmers voraus: Ein Unternehmer gerät mit der Ablieferung seines Werks in Verzug, wenn er einen vertraglich genau bestimmten Ablieferungstermin verpasst oder trotz Mahnung das Werk nicht rechtzeitig abgeliefert (vgl. Art. 102 OR). Der Verzug tritt dabei unabhängig davon ein, ob den Unternehmer ein Verschulden an der verspäteten Ablieferung trifft. Allerdings setzt der Schuldnerverzug eine pflichtwidrige Verspätung voraus. Dementsprechend liegt kein Verzug vor, wenn die Ablieferung objektiv unmöglich geworden ist oder wenn die Verspätung gerechtfertigt ist, weil beispielsweise dem Unternehmer ein vertragliches oder gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zusteht oder weil der Bauherr seinerseits mit einer für die Herstellung des Werks notwendigen Mitwirkungshandlung in Verzug ist.¹

Damit der Bauherr einen Anspruch auf Ersatz von Verspätungsschaden geltend machen kann, reicht es jedoch nicht aus, dass eine pflichtwidrige Verspätung im Sinne des Verzugs vorliegt. Vielmehr ist ein Schadenersatz erst geschuldet, wenn den Unternehmer ein Verschulden an der pflichtwidrigen Verspätung trifft. Die Verspätung ist zum Beispiel verschuldet, wenn der Unternehmer sich nicht

ausreichend bemüht hat, den Terminplan einzuhalten, oder wenn er absehbare Verzögerungsfaktoren (Lieferfristen, beschränkte Einfuhrmöglichkeiten) nicht berücksichtigt hat. Auch für das Verhalten seiner Hilfspersonen muss er einstehen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass nicht der Bauherr das Verschulden des Unternehmers nachzuweisen hat. Stattdessen hat der Unternehmer zu beweisen, dass ihn und seine Hilfspersonen kein Verschulden an der Verspätung trifft, wenn er den Schadenersatzanspruch des Bauherrn zurückweisen will.²

Nachdem die Voraussetzungen für den Anspruch auf Verspätungsschaden geklärt sind, stellt sich die zentrale Frage, was unter einem Verspätungsschaden zu verstehen ist. Als Verspätungsschaden gilt eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die durch die Verspätung verursacht wurde. Er besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Bauherrn nach Eintritt der Verspätung und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne die Verspätung hätte. Typische Schadenspositionen sind Mietzinsausfälle, Kosten für Übergangslösungen bei verspätetem Einzug, Lagerkosten und Mehraufwendungen für längere Vorhaltezeiten auf Baustellen.

2. Die Konventionalstrafe

Die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Konventionalstrafe ist eine vertragliche Abrede, die für den Fall der verspäteten Ablieferung vorsieht, dass der Unternehmer eine gewisse Geldsumme zahlen muss. Der Vertrag kann dabei beispielsweise einen fixen Betrag pro Verspätungstag mit einer Obergrenze für die gesamte Konventionalstrafe in Prozenten des Werklohns festlegen. Die Strafzahlung ist geschuldet, sobald der Ver-

spätungsfall eingetreten ist, auch wenn gar kein Verspätungsschaden verursacht wurde (Art. 161 Abs. 1 OR). Ohne gegenteilige vertragliche Abrede setzt die Konventionalstrafe zudem voraus, dass die Verspätung auf ein Verschulden des Unternehmers oder seiner Hilfsperson zurückzuführen ist. Doch gilt auch hier: Das Verschulden wird vermutet, sodass der Unternehmer für seine Befreiung von der Konventionalstrafe nachweisen muss, dass die Verspätung unverschuldet eintraf.³

Um den Anspruch auf eine vereinbarte Konventionalstrafe zu wahren, hat der Besteller spätestens bei der verspäteten Werkablieferung dem Unternehmer zu erklären, dass er die Konventionalstrafe einfordert.⁴ Diese Anforderung ergibt sich aus Art. 160 Abs. 2 OR und gilt auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118.⁵ Weiter hat der Bauherr zu beachten, dass ein im Streitfall angerufenes Gericht übermässig hohe Konventionalstrafen herabsetzen muss (Art. 163 Abs. 3 OR). Die Konventionalstrafe ist übermässig hoch, wenn ein krasses Missverhältnis besteht zwischen dem vereinbarten Geldbetrag und dem Interesse des Bauherrn an dieser hohen Konventionalstrafe. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls: Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens des Unternehmers, das Interesse an der rechtzeitigen Fertigstellung und die wirtschaftliche Lage der Beteiligten. Der Entscheid hängt zudem auch von allfälligen Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und den Geschäftserfahrungen der Parteien ab.⁶

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe in Werkverträgen ist sehr häufig, dient sie doch gleich zwei Zwecken: Erstens wird mit einer Konventionalstrafe der Druck auf den Unternehmer erhöht, auch tatsächlich rechtzeitig zu erfüllen und damit einer zentralen Forderung des Bauherrn nachzukommen. Zweitens wird der Bauherr im Umfang der Konventionalstrafe vom schwierigen Unterfangen befreit, den Verspätungsschaden zu substantiieren und zu beweisen.

3. Die eigene Konventionalstrafe und der Verspätungsschaden

Wie bereits erwähnt, hängt die Konventionalstrafe nicht davon ab, ob dem Bauherrn tatsächlich ein Verspätungsschaden erwach-



sen ist oder nicht. Verursacht die Verspätung jedoch einen Schaden, der den Betrag der Strafe übersteigt, so kann der Bauherr diesen – die Konventionalstrafe übersteigenden – Betrag zusätzlich einfordern (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR und Art. 98 Abs. 3 SIA-Norm 118). Für den Unternehmer bedeutet dies, dass er unter Umständen seine vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe zahlen und darüber hinaus auch noch für zusätzlichen Verspätungsschaden einstehen muss.

4. Abwälzen der Konventionalstrafe nach unten

Vor dem bisher beschriebenen Hintergrund kann sich die folgende Situation ergeben: Ein Unternehmer hat sich gegenüber seinem Bauherrn dazu verpflichtet, im Fall der verspäteten Werkablieferung eine Konventionalstrafe zu zahlen. Da der konkrete Verspätungsfall auf eine verspätete Leistung seines Subunternehmers zurückzuführen ist, macht der Unternehmer den Betrag, den er als Konventionalstrafe

dem Bauherrn schuldet, gegenüber seinem Subunternehmer als Verspätungsschaden geltend. Wird die fremde Konventionalstrafe (des Unternehmers) nicht durch die eigene (des Subunternehmers) konsumiert, stellt sich die Frage, ob die fremde Konventionalstrafe als Verspätungsschaden dem Subunternehmer angelastet werden darf. Im Grundsatz hat das Bundesgericht diese Frage bejaht. Ein ersatzpflichtiger Verspätungsschaden kann somit darin bestehen, dass der Unternehmer dem Bauherrn gegenüber zur Leistung einer Konventionalstrafe verpflichtet ist.⁷ Der Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

5. Einschränkende Kriterien für die Abwälzung

Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht Kriterien angetönt, die zu beachten sind, wenn ein Unternehmer eine Konventionalstrafe als Verspätungsschaden abwälzen will. Das Gericht musste jedoch in der Sache nicht

entscheiden, sodass es nur vage festhielt, dass in solchen Konstellationen allenfalls Anzeige- oder Mahnpflichten bestünden, die Schadenminderungspflicht zu beachten und die Frage zu klären sei, ob der Schaden noch als adäquate Folge der verspäteten Lieferung gelte.⁸ Diese drei einschränkenden Kriterien gilt es genauer zu untersuchen:

5.1 Anzeige- bzw. Mahnpflicht

Wer es als Unternehmer unterlässt, den Subunternehmer darüber aufzuklären, dass sich aus dem Hauptvertrag zwischen Unternehmer und Bauherrn eine ungewöhnlich hohe Konventionalstrafe ergibt, trägt ein Mitverschulden am eingetretenen Verspätungsschaden.⁹ In einem solchen Fall kann der Subunternehmer argumentieren, dass er sein Werk früher oder gar rechtzeitig abgeliefert hätte, wenn er von der hohen Konventionalstrafe Kenntnis gehabt hätte. Der Unternehmer, den ein Mitverschulden trifft, hat sich aufgrund von Art. 44 OR eine Reduktion seiner Schadener-



Dabei sein, wenn die Zukunft gebaut wird●

AbaBau – die Software
für das Bauhauptgewerbe



Ihr Nutzen mit AbaBau

Integrierte Gesamtlösung für Kalkulation, Bauauftrag, Projekt- und Leistungsabrechnung, Finanzen, HR/Lohn, Anlagenbuchhaltung, Materialwirtschaft und Werkhof.

Der mobile Tagesrapport garantiert tagesaktuelle und vorgangsgetreue Erfassung. Dank der Intercompany-Lösung können mehrere Unternehmen im gleichen Konzern mit zentralen Stamm- und Bewegungsdaten geführt werden.

Weitere Informationen
finden Sie unter:
abacus.ch/bauhauptgewerbe



satzforderung gegenüber dem Subunternehmer gefallen zu lassen.

Je nach Vertragskonstellation besteht zudem eine vorvertragliche Pflicht des Unternehmers, den Subunternehmer über sämtliche kostenrelevanten Umstände aufzuklären. Durch die Konventionalstrafe aus dem Vertrag zwischen Unternehmer und Bauherr steigt das Haftungs- bzw. Kostenrisiko des Subunternehmers in der Regel substantiell. Dieses Risiko will und muss der Subunternehmer durch seine Preiskalkulation abdecken. Weist der Unternehmer nicht auf seine Konventionalstrafe hin, könnte eine Verletzung seiner Aufklärungspflicht vorliegen. Dem Subunternehmer könnte in diesem Fall wohl nur der Verspätungsschaden des Bauherrn überwältigt werden, welchen der Unternehmer ohne Konventionalstrafe zu übernehmen hätte.

5.2 Schadenminderungspflicht

Den Unternehmer als Geschädigten trifft die Pflicht, den Schaden so gering wie möglich zu halten. Daraus kann abgeleitet werden, dass er bei einer übermässig hohen Konventionalstrafe diesen Umstand gegenüber dem Bauherrn geltend machen muss.¹⁰ Zahlt er dem Bauherrn eine übermässig hohe Konventionalstrafe, kann er denjenigen Teil nicht auf den Subunternehmer überwälzen, der gemäss Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen gewesen wäre. Ähnliche Überlegungen gelten auch für den Fall, in dem der Unternehmer Anspruch auf Bauzeitanpassung gehabt hätte, diesen Anspruch aber verwirken liess, weil er sich nicht an die vertraglichen Anzeigeformalitäten gehalten hat. Diesen selbst verschuldeten Schaden kann der Unternehmer nicht abwälzen.

5.3 Beachtung des adäquaten Kausalzusammenhangs

Als Verspätungsschaden gelten nur Schadenspositionen, die adäquat-kausal auf die Verspätung zurückzuführen sind. Dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn der Schadenseintritt ausserhalb der Lebenserfahrung liegt. Der Umstand, dass eine Konventionalstrafe aus dem Vertrag zwischen Unternehmer und Bauherrn hervorgeht, ist nicht aussergewöhnlich. Im Gegenteil, die Lebenserfahrung zeigt, dass für verzögerte Werkablieferungen oft Strafen verabredet werden. Ist die Konventionalstrafe je-

doch überraschend hoch und musste deshalb der Subunternehmer nicht damit rechnen, ist die fremde Konventionalstrafe keine adäquate Folge der Verspätung. Der Subunternehmer hat sie daher nicht oder allenfalls nur in reduziertem Umfang zu übernehmen.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Unternehmer zu substantiieren und nachzuweisen hat, dass seine Konventionalstrafe und die ihm zugerechnete Verzögerung tatsächlich kausal auf das Verhalten resp. die verspätete Ablieferung des Subunternehmers zurückzuführen sind. Diese Substantiierung und der Nachweis sind dort, wo mehrere Subunternehmer und Planer an der Erstellung des Hauptwerks beteiligt sind, erfahrungsgemäss schwierig zu erbringen. Falls es dem Subunternehmer unter diesen Umständen gelingt, glaubhaft darzulegen oder sogar nachzuweisen, dass die Verspätung ganz oder für eine gewisse Dauer ausschliesslich von anderen Baubeteiligten verursacht worden ist, wird er die Konventionalstrafe nicht oder nur noch teilweise (wohl für eine beschränkte Verzögerungsdauer) bezahlen müssen.

FUSSNOTEN

- 1 Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, Rz. 676 ff.
- 2 Vgl. BGER 4C.77/2005 vom 20.4.2005, E. 5.1.
- 3 Gauch, a.a.O., Rz. 697; Reetz, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 98 Anm. 1.6.
- 4 Gauch, a.a.O., Rz. 700.
- 5 BGER 4C.267/2001 vom 19.12.2001, E. 3.c.
- 6 Vgl. BGE 133 III 43, E. 3.2.
- 7 BGE 116 II 441, E. 3.a.
- 8 BGE 116 II 441, E. 3.b.
- 9 Gauch, a.a.O., Rz. 665 Fn. 109. Bisweilen wird die Information über eine aussergewöhnlich hohe Konventionalstrafe auch als Schadenminderungspflicht eingeordnet; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 16.14.
- 10 Marti-Schreier, Vertragliche Drittschadensliquidation, Diss., Bern 2015, Fn. 602.

AUTOREN



Dr. iur. Shirin Grünig ist als Rechtsanwältin bei PMP Rechtsanwälte (vormals A M T Baurecht) im privaten Bau- und Immobilienrecht beratend und prozessierend tätig.



lic. iur. Johannes Zuppiger, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Bau-Ing. ETH, ist Partner bei PMP Rechtsanwälte (vormals A M T Baurecht) mit langjähriger Erfahrung im Baurecht.