

MYTHOS ODER TATSACHE: RUND UM DIE KONVENTIONALSTRAFEN

Zweiter Teil der Serie, die sich damit befasst, was in Sachen Baurecht Mythos und was Tatsache ist. Dies weil es in der Öffentlichkeit einige falschen Annahmen gibt, die sich hartnäckig halten.

Rund um die Thematik der Konventionalstrafen geistern einige Mythen durch die Bauwelt. Diese reichen von der Annahme, dass eine vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe bei einer Fristüberschreitung nur gültig ist, wenn bei einer Unterschreitung der Ausführungsfrist eine gleich hohe Prämie winkt, bis hin zu der Annahme, eine Konventionalstrafe sei nur gerechtfertigt, wenn dem Bauherrn auch ein Schaden entstanden ist. Weiterhin wird bei vielen eine Konventionalstrafe lediglich in Zusammenhang mit (überschrittenen) Fristen gebracht. Zunehmend wird in der Praxis aber auch anderes «Fehlverhalten» des Unternehmers finanziell «bestraft».

Grundsätzlich ist eine Konventionalstrafe eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubi-

ger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld nicht oder nicht richtig erfüllt.¹ Andere übliche Bezeichnungen für eine Konventionalstrafe sind Pönale oder Vertragsstrafe.

Was die Vertragsfreiheit bedeutet

Ein weiterer Grundsatz des schweizerischen Rechts ist die Vertragsfreiheit. Innerhalb der Schranken des Gesetzes können die Vertragspartner vereinbaren, was sie wollen. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang insbesondere die vertraglichen Grenzen gemäss Art. 27 ZGB², welcher vor übermässiger Bindung schützt, und Art. 163 Abs. 3 OR, wonach eine übermässig hohe Konventionalstrafe vom Richter herabzusetzen ist. Diese Grenzen wer-

den ziemlich breit gesetzt, was das Gesetz mit dem Wort «übermässig» zum Ausdruck bringt. In der Praxis ist deshalb nicht zu empfehlen, eine Konventionalstrafe zu vereinbaren in der Hoffnung, ein Gericht werde diese dann schon korrigieren. Vielmehr gilt – wie eingangs erwähnt – der weitreichende Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Auch die SIA-Norm 118 (die nur zur Anwendung gelangt, soweit dies die Parteien vereinbart haben) enthält Regeln über die Konventionalstrafe. Art. 98 Norm SIA 118 stellt Konventionalstrafe und Prämie in der Überschrift nebeneinander. Dieser Artikel bestimmt, dass Strafen und Prämien vereinbart werden können. Man kann entweder nur das eine, nur das andere oder auch weder das eine noch das andere vereinbaren. Dieses «können» bildet die erwähnte Vertragsfreiheit ab.

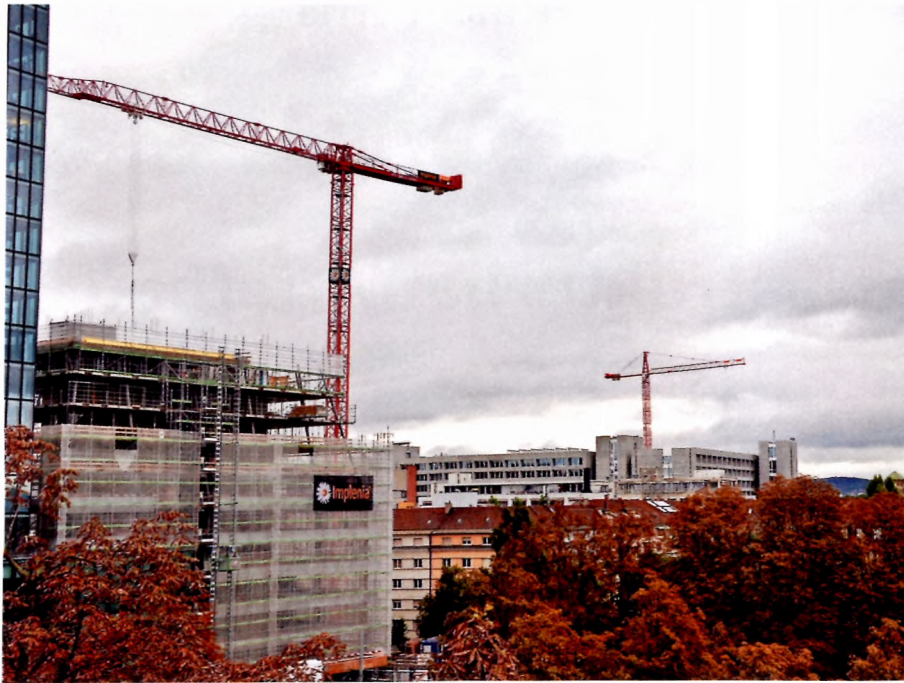
Es gibt sogar gute Argumente, ein praktisches und ein rechtliches, nur eine Konventionalstrafe zu vereinbaren:

Fristunterschreitung ohne Nutzen

Meist hat der Besteller einen Schaden, wenn der Unternehmer die vereinbarte Frist überschreitet. Bei einer Fristunterschreitung hat er jedoch häufig keinen Nutzen. Das immer dann, wenn ein Nachunternehmer mit seinen Lieferungen und/oder Leistungen nicht früher als geplant beginnen kann. In diesem Fall hat der Bauherr sogar einen Schaden. Beim (schnellen) Unternehmer werden die monatlichen Abschlagszahlungen früher als geplant fällig. Beim Besteller fallen damit (nutzlose) Geldkosten an. Das ist das praktische Argument.

Bauunternehmer sollten im eigenen Interesse definieren, was unter einem «Rohbauende» zu verstehen ist. Foto: Susanna Vanek





Macht ein Bauherr Schadenersatz aus Fristüberschreitung geltend, so muss er die Höhe des Schadens und das Verschulden des Unternehmers beweisen. Foto: Susanna Vánek

► Das rechtliche Argument findet sich in Art. 97 Abs. 1 Norm SIA 118: «Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben.» Der Unternehmer haftet gegenüber dem Bauherrn auch ohne Konventionalstrafe für die von ihm verschuldeten Schäden aus Fristüberschreitung. Von einer Prämie bei Fristunterschreitung ist in der Norm SIA 118 richtigerweise keine Rede.

Macht ein Bauherr, gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Norm SIA 118, von einem Unternehmer Schadenersatz aus Fristüberschreitung geltend, so muss er erstens die Höhe des Schadens, zweitens die Fristüberschreitung des Unternehmers und drittens den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Fristüberschreitung und Schaden beweisen. Besonders das Erstere dürfte nicht ganz einfach sein. Ist jedoch im Vertrag eine Konventionalstrafe vereinbart, muss der Bauherr nur die Fristüberschreitung beweisen, was ihm wenig Probleme schaffen dürfte. Einen Schaden muss er aber nicht beweisen. Zweck der Konventionalstrafe ist somit die Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schadensnachweis.³ Mangels anderer Vereinbarung kann der Bauherr eine Konventionalstrafe zu seinen Güns-

ten mit einer Werklohnforderung des Unternehmers verrechnen.⁴

Beweispflicht des Bauherrn

Falls der Schaden des Bauherrn aus einer durch den Unternehmer verschuldeten Fristüberschreitung höher ist als die vereinbarte Konventionalstrafe, muss er dies beweisen. Die Konventionalstrafe wird nach Art. 98 Art. 3 Norm SIA 118 an den Schaden angerechnet, stellt aber keine Deckelung dar. Umgekehrt ist die Konventionalstrafe, sofern sie in einer «angemessenen» Höhe vereinbart wurde, auch dann geschuldet, wenn dem Bauherrn eigentlich kein oder nur ein geringer Schaden entstanden ist. Was als angemessen gilt, wird im Streitfall durch den Richter beurteilt.

Was ein Unternehmer unbedingt beachten muss, unabhängig davon ob im Vertrag nur eine Konventionalstrafe, eine Konventionalstrafe und eine Prämie vereinbart wurden oder ob nur das «Damoklesschwert» von Art. 97 Abs. 1 Norm SIA 118 (drohender Schadenersatz) über ihm schwebt: Jedes Ereignis, welches eine rechtzeitige Fertigstellung des Werkes gefährdet, ist dem Bauherrn ohne Verzug anzuzeigen (Art. 25 Abs. 1 Norm SIA 118/ Art. 365 Abs. 3 OR).⁵ Ohne Verzug und damit

als rechtzeitig gilt eine Anzeige, wenn sie vom Unternehmer nach Kenntnis des Ereignisses erfolgt, solange dem Unternehmer keine Verzögerung vorgeworfen werden kann und solange der Zeitpunkt der Mitteilung für den Bauherrn nicht Nachteile mit sich bringt.⁶ Ohne Verzug respektive sofort wird vom Bundesgericht sehr restriktiv ausgelegt und bedeutet in der Regel – soweit nicht die Gefahr eines weitergehenden Schadens besteht – in-nerst längstens einer Woche seit der Unter-nehmer Kenntnis vom Ereignis hat. Unterlässt der Unternehmer diese Anzeige fallen die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last. Zu diesen Folgen zählen auch eine Konventionalstrafe oder ein Schadenersatz aus Fristüberschreitung. Das Verschulden, welches sich der Unternehmer anrechnen lassen muss, wäre dann gegebenenfalls die unterlassene Anzeige.

Es sind viele Ereignisse, die dem Unternehmer einen Anspruch auf Fristerstreckung einräumen. Nicht nur verspätete Planlieferungen oder Verspätungen von Vorunternehmern und so weiter. Auch ganz gewöhnliche, das heisst vertragskonforme, Bestellungsänderungen und Mehrmengen gegenüber der Ausschreibung können zu einem Anspruch auf Fristerstreckung führen (Art. 90 Norm SIA 118). Besondere Aufmerksamkeit erfordern Bauzeitverschiebungen in die für Bauarbeiten ungünstige Winterzeit.

Wir empfehlen diese Anzeigen selbst dann, wenn die vertraglich vereinbarte Frist noch gar nicht gefährdet ist. Wer weiss im Voraus, was bis zum vereinbarten Termin noch alles passieren wird?

Was definiert werden sollte

Noch ein weiterer Tipp: Im Hochbau wird als (pönlisierter) Meilenstein häufig das Rohbauende vereinbart. Allerdings fehlt es an einer verbindlichen Definition des Rohbauendes. Darum der Rat, zu definieren, was unter «Rohbauende» zu verstehen ist, zum Beispiel «letzte Decke betoniert». Das kann beispielsweise im Bauprogramm geschehen, welches mit dem Angebot eingereicht wird.

Art. 98 Abs. 2 Norm SIA 118 lautet: «Die Konventionalstrafe ist nicht geschuldet, soweit

der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung hat.» Wer nun meint, dass sich damit die Konventionalstrafe in Luft auflöst, wenn ein Anspruch auf Fristerstreckung gegeben ist, irrt. Die Norm meint mit «soweit», dass sich der Verfalltag um die Dauer der Fristerstreckung verschiebt.⁷

Über die für Bauarbeiten ungünstigen Wintermonate wird der Zeitbedarf in aller Regel grösser. Einerseits durch die im Winter kürzeren Tagesarbeitszeiten und andererseits durch die tiefere Arbeitsproduktivität bei Kälte. Darum lohnt es sich immer, wenn Fristerstreckungen geltend gemacht werden, zu prüfen, ob mehr zeitkritische Leistungen als ursprünglich geplant in die Winterperiode fallen. War der Meilenstein Rohbauende ursprünglich auf den 10. Dezember geplant und hat der Unternehmer Anspruch auf zwei Wochen Fristerstreckung, ist das neue Rohbauende nicht der 24. Dezember, sondern unter Berücksichtigung der Betriebsferien über den Jahreswechsel irgendwann im Januar des Folgejahres.⁸ Eine Fristerstreckung begründet zudem praktisch immer eine Anpassung der Installationsglobalen.⁹

Zunehmend wird eine Konventionalstrafe nicht nur für die Überschreitung einer vertraglich vereinbarten Frist vereinbart. Auch weiteres «Fehlverhalten» der Bauunternehmung wird von einigen meist grossen Generalunternehmungen «bestraft». So werden in All-

Die Autoren

Dr.-Ing. Carola Maffini: Studierte Bauingenieurwesen an der TU Darmstadt am Institut für Baubetrieb und hat dort promoviert. Wohnt und arbeitet seit 2011 in der Schweiz. Sie unterstützt die Baustellenkader einer interkantonal tätigen Unternehmensgruppe bei Fragen in der Schnittstelle zwischen Bautechnik, Baubetrieb und Baurecht. Koautorin des in Stuttgart erschienenen Fachbuchs «Bautechnik für Juristen».

Dr. iur. Roger König: Praktiziert als selbstständiger Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Baurecht in Bern. Organisiert zusammen mit Prof. Hubert Stöckli den «CAS Bauvertrags- und Vergaberecht für Planerinnen und Planer» des Instituts für Baurecht an der Universität Freiburg. Publierte zusammen mit Prof. Dr. Rainer Schumacher die 2. Auflage von «Die Vergütung im Bauwerkvertrag Grundvergütung – Mehrvergütung».

Jörg Bucher, dipl. Baumeister: Als Geschäftsführer eines Ingenieurbüros für Baubetrieb in Bern unterstützt er Auftragnehmer bei Fragen zur Vergütung, Mehrvergütung und Bauzeit. An der Meisterschule in Sursee unterrichtete er während mehr als 30 Jahren. Autor resp. Koautor der Kommentare zu den Normen SIA 118/262, 118/266 und 118/267 sowie zusammen mit Dr.-ing. Helmuth Duve für das Fachbuch «154 Musterbriefe für Bauführer».

gemeinen Vertragsbedingungen verschiedene Verpflichtungen formuliert, beispielsweise zur Handhabung von Subunternehmern oder zur Einhaltung von Arbeitnehmerschutz oder zu Entsendebestimmungen. So findet man Formulierungen wie die folgende: «Hält der Unternehmer seine Pflichten nicht ein, so schuldet er dem Besteller pro Verstoß/pro fehlerhafte Anmeldung/Behandlung eines Subunternehmers oder eines ARGE-Partners einen Betrag von 20000 Franken im Sinne einer Konventionalstrafe.»

Eine Konventionalstrafe kann somit weitreichende Folgen haben, mithin sogar existenzbedrohend sein. Entsprechend tut gut daran, wer die Formulierung allfälliger Konventionalstrafen gegen ihn vor Abschluss des Werkvertrages genau prüft und gegebenenfalls eine Anpassung auf ein vernünftiges Mass verlangt. In jedem Fall sollte der Unternehmer versuchen, dass seine Bedingungen, die zu erfüllen sind, damit er die Termine einhalten kann, auch in den Vertrag aufgenommen werden. Beispielsweise in der Form eines verbindlichen Planlieferprogramms mit genügenden Vorlaufzeiten.

Im nächsten Beitrag der Serie «Mythos oder Tatsache» beschäftigen wir uns mit dem Mythos des Bauleiters, der den Bau leitet.

Carola Maffini, Roger König, Jörg Bucher

Ein Bauunternehmer sollte die Bedingungen, die er für eine Terminerfüllung braucht, also zum Beispiel das rechtzeitige Erhalten von Plänen, vertraglich festlegen. Foto: Archiv



⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Band II, Zürich 2014, N 3783; Bundesgerichtsentscheid (BGE) 122 III 420 Erw. 2a S. 422

⁸ Abs. 1: Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Abs. 2: Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken

⁹ BGE 109 II 462 Erw. 4a S. 468; BGE 122 III 420 Erw. 2a S. 422

⁸ SCHUMACHER/KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, 2. Aufl., Zürich 2017, N 308.

⁷ Musterbriefe 45, 46, 64 und 65.

⁶ HÜRLIMANN Kommentar SIA 118 (Hrsg. Gauch/Stöckli), Anmerkung 4 zu Art. 25.

⁷ REETZ Kommentar SIA 118 (Hrsg. Gauch/Stöckli), Anmerkung 12 zu Art. 98.

⁸ Musterbrief 57

⁹ Musterbrief 47