AJP/PJA

12/1996, S. 1518 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[Seite 1518]

Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen



Prof. Dr. iur. Alfred Koller, St. Gallen

INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Zeitpunkt des Vorbehalts

III. Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorbehaltserfordernisses

IV. Pflicht des Architekten, den Bauherrn auf das Vorbehaltserfordernis hinzuweisen?

Résumé

I. Einleitung

1. Zu den praktisch bedeutsamsten Konventionalstrafen (Art. 160 ff. OR) gehören Strafen, welche den Gläubiger vor verspäteter Leistung sichern sollen. Insbesondere Bauherren versuchen sehr häufig, den Unternehmer durch Verabredung solcher Verspätungsstrafen

zur Einhaltung von Fertigstellungsterminen zu bewegen. *Typischerweise wird abgemacht,* dass pro Tag[1]Verspätung eine bestimmte Summe oder ein bestimmter Prozentsatz des Werkpreises[2]geschuldet wird. Natürlich kann der Strafklausel auch eine andere Zeiteinheit als der Tag zugrunde gelegt werden, Z.B. die Woche. Oft ist ferner vorgesehen, dass der pro Zeiteinheit geschuldete Strafbetrag mit der Dauer der Verspätung ansteigt; die Strafhöhe steigt also nicht linear an, sondern überproportional.

Beispiel: Ingenieur Favre hatte sich gegenüber der Bauherrin des Gotthardtunnels verpflichtet, den Tunnel bis 1. Oktober 1880 zu erstellen, und bei Nichteinhaltung dieses Termins Fr. 5 000.- pro Tag während der ersten sechs Monate und nachher Fr. 10 000-pro Tag zu bezahlen[3].

Die folgenden Ausführungen beziehen sich unmittelbar nur auf Verspätungsstrafen zur Sicherung bauvertraglicher Fertigstellungstermine. Sie gelten jedoch mutatis mutandis für beliebige Verspätungsstrafen.

2. *Unter welchen Voraussetzungen die Strafe verfällt,* bestimmen die Parteien. Von Gesetzes wegen verfällt sie unter folgenden zwei Voraussetzungen[4]: Der Unternehmer muss in Verzug sein[5]und er muss den Verzug zu verantworten haben, was dann zutrifft, wenn ihn ein Verschulden trifft oder wenn Hilfspersonen den Verzug verursacht haben und ihm ihr Verhalten nach Art. 101 OR zurechenbar ist[6].

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so verfällt die Strafe, doch ist zu beachten, dass der bereits entstandene Strafanspruch nach Art. 160 Abs. 2 OR untergeht, wenn der Besteller die verspätete Leistung "vorbehaltlos annimmt", d.h. die Leistung annimmt, ohne sich die Strafe vorzubehalten. Damit der Besteller die Strafe geltend machen kann, ist somit drittens vorausgesetzt, dass er sich die Strafe [Seite 1519] rechtzeitig Vorbehalten hat. Dieses Vorbehaltserfordernis ist von grosser praktischer Bedeutung. Trotzdem ist es weithin unbekannt, und das nicht nur bei Laien. Es soll daher im folgenden näher dargestellt werden.

Drei Probleme werden herausgegriffen: Wann muss der Vorbehalt angebracht werden? Wer trägt mit Bezug auf den Vorbehalt die Behauptungs- und Beweislast? Ist der Architekt verpflichtet, den Bauherrn auf das Vorbehaltserfordernis aufmerksam zu machen?

II. Zeitpunkt des Vorbehalts[7]

1. Der Vorbehalt muss *grundsätzlich im Zeitpunkt der Ablieferung* erfolgen. Bei Bauwerkverträgen, die hier allein interessieren, erfolgt die Ablieferung nach herrschender Ansicht[8]durch Vollendungsanzeige. Wenn also der Unternehmer mitteilt, das Werk sei fertiggestellt, so muss nun der Bauherr unverzüglich mitteilen, er behalte sich die Geltendmachung der Konventionalstrafe vor, ansonsten er den Anspruch auf die Strafe verliert.

Anderes gilt, wenn *die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen haben.* Diesfalls bedeutet die Vollendungsanzeige noch nicht die Ablieferung. Sie leitet die Ablieferung lediglich ein. Die Ablieferung erfolgt normalerweise - vereinfacht gesagt - dadurch, dass die Parteien das Werk gemeinsam prüfen und dann ein Abnahmeprotokoll unterzeichnen (Art. 158 ff. der Norm). Der Strafvorbehalt kann in einem solchen Fall während der ganzen Dauer der Ablieferung angebracht werden. Aus Gründen der Beweissicherung ist er sinnvollerweise in das Abnahmeprotokoll aufzunehmen.

2. Vom Grundsatz, dass der Strafvorbehalt bei der Ablieferung erklärt werden muss, gibt es eine gewichtige *Ausnahme:* Ein früherer Vorbehalt genügt dann, wenn es sich um einen sog. definitiven Vorbehalt (Dauervorbehalt) handelt. Gemeint ist ein Vorbehalt, der auf den definitiven Willen, die Strafe geltend zu machen, schliessen lässt. Diesem Erfordernis genügt jedenfalls die rechtliche Geltendmachung des Strafanspruchs durch Einleitung der Betreibung oder eines Prozesses. Ungenügend ist hingegen ein sog. provisorischer Vorbehalt; das, was im allgemeinen Sprachgebrauch als Vorbehalt gilt, reicht also gerade nicht aus.

Beispiel: Unternehmer U hat für B ein Haus bis Ende Oktober zu erstellen, andernfalls er eine Konventionalstrafe von Fr. 100-pro Tag Verspätung zu bezahlen hat. Als am 3. November das Haus immer noch nicht fertig ist, schreibt der B dem U folgendes: "Ich mache Sie darauf aufmerksam, dass sie in Verzug sind, ersuche Sie dringend um umgehende Fertigstellung und behalte mir vor, die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen." Ein rechtswirksamer Vorbehalt ist hier zu verneinen, weil das Schreiben des B nicht auf den definitiven Willen, die Strafe einzufordern, schliessen lässt. Soll die Strafforderung nicht untergehen, muss B im Zeitpunkt der Ablieferung die Strafe nochmals Vorbehalten. Dann allerdings genügt ein provisorischer Vorbehalt.

Einschränkend ist dem Gesagten beizufügen: Der Vorbehalt *kann in keinem Fall vor Eintritt des Fertigstellungstermins* angebracht werden. Das gilt auch für Dauervorbehalte. Ein vor dem Fertigstellungstermin angebrachter Vorbehalt ist gänzlich unwirksam, wie neulich das Kantonsgericht St. Gallen entschieden hat: Der Fertigstellungstermin sei "die äusserste [untere] Grenze für einen wirksamen Vorbehalt"[9].

Beispiel: U hat für B ein Haus zu erstellen, und zwar bis Ende Oktober. Für den Verspätungsfall hat er eine Konventionalstrafe von Fr. 100.- pro Tag versprochen. Die Arbeiten gehen schleppend voran, so dass sich bereits im September eine Verspätung abzeichnet. Wenn nun B den U zur Eile anhält und ihm mitteilt, er werde im Falle einer Verspätung die Strafe unter allen Umständen geltend machen, so genügt dies nicht. Vielmehr muss er nach Eintritt des Fertigstellungstermins den Vorbehalt wiederholen.

3. Das Vorbehaltserfordernis beruht auf *dispositivem Recht.* Die Parteien können darauf überhaupt verzichten oder sie können das Erfordernis abschwächen, indem sie beispielsweise die Vorbehaltserklärung innert bestimmter Frist nach der Werkablieferung zulassen. Sinnvoll scheint die Abmachung, das Erfordernis des Vertragsstrafenvorbehalts bis zur Schlusszahlung hinauszuschieben.

III. Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorbehaltserfordernisses

1. Die *Behauptungslast* gibt Antwort auf folgende *Frage:* Obliegt es dem Bauherrn zu behaupten, er habe den Vorbehalt (rechtzeitig) erklärt, oder obliegt es umgekehrt dem Unternehmer zu behaupten, der Bauherr habe es unterlassen, den Vorbehalt (rechtzeitig) zu erklären? Ersteres gilt: Der Bauherr muss "zur schlüssigen Begründung seines Vertragsstrafenanspruchs vortragen, sich die Vertragsstrafe rechtzeitig Vorbehalten zu haben"[10]. Unterlässt er dies, so ist seine Klage abzuweisen. Anders nur, wenn der Richter auch nicht behauptete Tatsachen berücksichtigen darf und sich aus den Akten oder dem Beweisergebnis ergibt, dass der Bauherr den Strafvorbehalt rechtzeitig erklärt hat.

Inwieweit der Richter nicht behauptete Tatsachen berücksichtigen darf, ist eine Frage des kantonalen Rechts [Seite 1520] (vgl. BGE 87 II 141, 108 II 554)[11]. Hingegen ist es eine Frage des Bundesrechts (der Behauptungslast), wie es sich materiellrechtlich auswirkt, wenn eine Tatsache, weil nicht behauptet, nicht berücksichtigt werden darf. Dabei ist grundsätzlich auf die Regeln über die Beweislastverteilung abzustellen; nur ausnahmsweise weicht die Behauptungslast von der Beweislast ab[12].

2. Entsprechend verhält es sich hinsichtlich der *Beweislast.* Diese trägt der Bauherr, nicht der Unternehmer[13]. Wenn also im Prozess zweifelhaft ist, ob der Strafvorbehalt überhaupt oder rechtzeitig angebracht wurde, so schlägt dies zum Nachteil des Bauherrn aus: Seine Klage auf Bezahlung des Strafbetrages ist abzuweisen.

3. Die Auffassung, dass Behauptungs- und Beweislast beim Besteller liegen, mag auf den ersten Blick überraschen und sei daher näher erläutert:

Nach schweizerischem Recht gilt der Grundsatz, dass der eine Forderung geltend machende Gläubiger die rechtsbegründenden, der Schuldner rechtshindernde und rechtszerstörende Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Die Beweislast kehrt sich allerdings (u.a.) um, wenn unbestimmte negative Tatsachen zu beweisen sind, wie z.B. ein Nichttun während bestimmter Zeit. "Hier hat der Gegner [Gläubiger] seine positive Gegendarstellung

zu beweisen"[14]. Auch die Behauptungslast kann sich ausnahmsweise umkehren. Eine Umkehr rechtfertigt sich dann, falls eine (rechtszerstörende oder rechtshindernde) Tatsache normalerweise vorhanden ist: Der Schuldner "muss nicht besonders behaupten, was ganz regelmässig vorhanden [ist]"[15]. "Welche Sachumstände diese Eigenschaft des im Regelfall Vorhandenen... tragen, ist *Frage des Bundesrechts*"[16], vorliegend also von Art. 160 Abs. 2 OR.

Die Unterlassung des Strafvorbehalts lässt den Strafanspruch untergehen und ist daher im Prozess um den Strafanspruch als rechtszerstörende Tatsache aufzufassen. Nach allgemeiner Regel wäre daher der Unternehmer hinsichtlich des Vorbehaltserfordernisses behauptungs- und beweisbelastet. Es rechtfertigt sich jedoch eine Umkehr von Beweis- und Behauptungslast. Die Beweislast ist deshalb umzukehren, weil es um den Beweis einer negativen unbestimmten Tatsache geht. Die Behauptungslast aber kehrt sich deshalb um, weil das Vorbehaltserfordernis auf dem Erfahrungssatz beruht, dass der Gläubiger (hier Bauherr) regelmässig auf die Geltendmachung der Strafe verzichtet, wenn er die verspätete Leistung erhält[17]. Es kommt somit der oben erwähnte Satz zum Tragen, dass der Schuldner (hier Unternehmer) "nicht besonders behaupten" muss, "was ganz regelmässig vorhanden ist.

IV. Pflicht des Architekten, den Bauherrn auf das Vorbehaltserfordernis hinzuweisen?

1. Der deutsche Bundesgerichtshof[18]hat entschieden, der Architekt müsse den Bauherrn auf das Vorbehaltserfordernis hinweisen und er werde schadenersatzpflichtig, wenn er dies unterlasse[19]. Das heisst konkret: Wenn der Bauherr den Strafvorbehalt unterlässt und dadurch den an sich begründeten Strafanspruch verliert, so kann er auf den Architekten Rückgriff nehmen. Dieser hat ihm die Konventionalstrafe als Schadenersatz zu bezahlen.

In der Schweiz sind keine einschlägigen Entscheide bekannt, welche dem Architekten eine entsprechende Aufklärungspflicht auferlegen würden. Immerhin hat das Bundesgericht vor ca. zehn Jahren entschieden, der Architekt könne im Sinne einer Nebenpflicht gehalten sein, den Bauherrn auf die Notwendigkeit einer Haftpflichtversicherung hinzuweisen (BGE 111 II 72 ff.). Es würde daher kaum überraschen, wenn das Bundesgericht dem Architekten auch die Pflicht auferlegen würde, den Bauherrn auf das Vorbehaltserfordernis hinzuweisen, dies zumindest dann, wenn der Architekt beim Vertragsabschluss den Bauherrn vertreten hat und daher um die Konventionalstrafe weiss (bzw. wissen muss). Abzulehnen ist hingegen zum vornherein die vom (deutschen) Bundesgerichtshof vertretene Ansicht[20], der Architekt müsse den Bauherrn *in jedem Fall* auf das Vorbehaltserfordernis hinweisen[21]. Diese Ansicht läuft darauf hinaus, dass sich ein bloss mit der Bauleitung beauftragter Architekt danach erkundigen muss, ob eine Konventionalstrafe vereinbart wurde. Das ist ihm m.E. nicht zuzumuten. Zu Recht wurde dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, es lege einen Sorgfaltsmassstab an, der vom Architekten nicht mehr verstanden werde[22].

2. Es ist zulässig, einen Strafvorbehalt formularmässig zu erklären[23]. Es besteht daher die Möglichkeit, einen *Strafvorbehalt in ein vorbereitetes, standardisiertes Abnahmeprotokoll aufzunehmen.* Die Unterzeichnung des Protokolls **[Seite 1521]** beinhaltet dann auch die Vorbehaltserklärung. "Damit ist dem Bauherrn und vor allem auch seinem Architekten ein sicherer Weg eröffnet, zu verhindern, dass der bei der Abnahme zu erklärende Vertragsstrafenvorbehalt versehentlich vergessen wird."[24]

Eine Vorbehaltserklärung könnte etwa folgendermassen lauten:

"Der Bauherr, vertreten durch die Bauleitung, stellt fest, dass die Werkleistung mit Verspätung erfolgt ist, und behält sich die Geltendmachung der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe vor (Art. 160 Abs. 2 OR)."

Résumé

Le cas le plus important couvert par les clauses pénales (art. 160 ss CO) est celui du retard dans l'exécution des prestations. Les maîtres d'ouvrage en particulier tentent souvent d'amener, par l'introduction d'une telle clause dans les contrats d'entreprise, les

entrepreneurs à respecter les échéances contractuelles. Par exemple: l'ingénieur Favre s'était engagé à terminer le tunnel du Gottard jusqu'au 1er octobre 1880; pour le cas où ce délai n'aurait pas été respecté, Monsieur Favre devait verser Fr. 5000.- par jour pendant les six premiers mois suivant l'échéance et ensuite Fr. 10 000.-
Pour que la peine soit due, il faut que le débiteur soit en retard (art. 103 CO). Ce retard doit être, pour le surplus, fautif (art. 103 CO en relation avec l'art. 101 CO). Si le créancier "accepte l'exécution [tardive] sans réserves" (art. 160 al. 2 CO), la créance exigible découlant de la clause pénale tombe. La contribution qui précède traite la question de l'acceptation sans réserves dans les cas de contrats d'entreprise contenant une clause pénale tendant à garantir l'exécution ponctuelle des travaux. Les considérations faites valent toutefois mutatis mutandis pour toute clause pénale tendant à garantir l'exécution ponctuelle des obligations de l'une des parties.
Trois problèmes sont examinés:
a) le moment de l'acceptation sans réserves de l'exécution. L'auteur arrive à la conclusion qu'une réserve ne peut déployer d'effets juridiques avant la survenance du retard dans l'exécution, même si elle est émise plutôt. Cette réserve doit cependant être faite au plus tard au moment de la livraison de l'ouvrage. Une réserve anticipée est valable lorsqu'il s'agit d'une réserve dite définitive. Toutefois, une telle réserve ne peut être faite avant la survenance du retard.
b) L'allégation et le fardeau de la preuve de la réserve sont à la charge, en dérogation avec les principes généraux, du maître. Quoi qu'il en soit, il n'y a en Suisse, à la connaissance de l'auteur, ni de jurisprudence ni doctrine sur cette question.
c) Enfin, l'auteur traite le point de savoir si *l'architecte a l'obligation d'informer le maître de la nécessité de faire une réserve.* Le Bundesgerichtshof allemand a répondu à cette question, de manière générale, par l'affirmative. KOLLER est d'avis qu'une telle obligation ne peut être mise à la charge de l'architecte. Il n'exclut toutefois pas que le Tribunal fédéral admette une telle obligation dans les cas où l'architecte a représenté le maître lors de la conclusion du contrat d'entreprise et qu'il a ainsi connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la clause pénale. Il est recommandé à l'architecte, pour se protéger contre une action en dommages et intérêts, d'ajouter une clause contenant la réserve aux procès-verbaux standards d'acceptation.

Fussnoten:

1 Zweckmässigerweise ist anzugeben, ob ein Werktag, Kalendertag, Arbeitstag gemeint ist (vgl. FN 2 und den Formulierungsvorschlag von GEHRER in FN 5).

2 Z.B. "0,1 % je Werktag der Fristüberschreitung, höchstens 5 % des Rechnungsendbetrages" (OLG Düsseldorf, BauR 1982, 583), oder 0,2 % der Auftragssumme, "mindestens aber 20 DM pro Werktag" (BGH, BauR 1979, 57), oder "0,5 % der Auftragssumme pro Kalendertag" (BGH, BauR 1983, 83).

3 FRANCIS MAULER, La clause pénale, Diss. Bern 1898, 119.

4 S. im einzelnen ROLAND BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994, 73 ff.; ALFRED KOLLER, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, Nr. 156 ff. und 73 ff.

5 Die Parteien können abmachen, dass die Strafe nicht schon mit Eintritt des Verzugs, sondern erst nach Ablauf einer zusätzlichen Frist ("Gnadenperiode") verfällt. Der Verzug löst dann zwar - bei gegebenen Voraussetzungen - Haftungsfolgen aus, vorerst jedoch keine Straffolgen. Eine solche Abmachung scheint oft sinnvoll. Sie könnte etwa folgendermassen formuliert werden (Formulierung von LEO R. GEHRER in der von ihm anlässlich der St. Galler Baurechtstagung 1996 abgegebenen Tagungsunterlage):"Dauert der Verzug des Totalunternehmers mehr als zwei Monate (sog. "Gnadenperiode") an..., so schuldet der Totalunternehmer dem Besteller unabhängig von dessen vorstehenden Ansprüchen, aber unter Anrechnung auf den allfälligen Schadenersatz, eine Konventionalstrafe.... Die Konventionalstrafe beträgt Fr. 10 000.- (zehntausend Franken) für jeden (Kalender-)Tag ab Ablauf der Gnadenperiode bis zum Ende des fünften Monats nach Verzugsbeginn. Ab Beginn des sechstens Monats beträgt sie Fr. 20 000.- (zwanzigtausend Franken) für jeden (Kalender-)Tag."

6 Fertigstellungstermine sind Verfalltage (Art. 102 Abs. 2 OR), weshalb die Nichteinhaltung des Termins normalerweise ohne weiteres Verzug bedeutet. Es gibt jedoch Ausnahmen (KOLLER [FN 4], Nr. 210). Hält der Unternehmer den Fertigstellungstermin nicht ein, ohne dass er in Verzug kommt, so verfällt die Strafe vorerst nicht. Es fragt sich dann jedoch, ob die Strafe nachträglich verfällt, wenn der Unternehmer im nachhinein in Verzug gerät. Das Problem des nachträglichen Verfalls der Strafe stellt sich ferner dann, wenn der Unternehmer den Fertigstellungstermin zwar

pflichtwidrig nicht einhält, also in Verzug gerät, jedoch schuldlos. Die Möglichkeit eines nachträglichen Verfalls ist grundsätzlich zu bejahen: KOLLER (FN 4), Nr. 207 ff.

7 S. dazu im einzelnen KOLLER (FN 4), Nr. 189 ff.

8 Statt aller PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Nr. 92, mit Hinweis auf BGE 115 II 459 und 113 II 267. Nach herrschender Ansicht kann nur ein vollendetes Werk abgeliefert werden (GAUCH, a.a.O., Nr. 101 ff.). Diese Auffassung ist abzulehnen (ROMAN BÖGLI, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung, Diss. St. Gallen 1996, Nr. 312 ff.; KLAUS TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996, Nr. 246; ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht, 2. A., Zürich 1995, Nr. 33 ff, 61 ff). Im übrigen genügt die Vollendungsanzeige nach der hier vertretenen Ansicht nur dann, wenn das Werk vollendet und mängelfrei ist; trifft dies nicht zu, ist des weitern vorausgesetzt, dass der Bauherr das Werk nach der Vollendungsanzeige nicht innert vernünftiger Frist zurückweist (s. meine Bemerkungen in dem oben FN 4 zitierten Aufsatz, Nr. 194).

9 Urteil 3ZK 92-99 vom 8. Juli 1993, 11.

10 BGH, BauR 1977, 280, Rubrum.

11 C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanzierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, 61 f.

12 MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 43 zu Art. 8 ZGB.

13 So auch BENTELE (FN 4), 106.

14 OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1995, 244.

15 AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 8 ZGB.

16 MAX KUMMER, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 8 ZGB.

17 KOLLER (FN 4), Nr. 165.

18 NJW 1979, 1499 = BauR 1979, 345 f.

19 Ebenso ein Teil der Lehre, Z.B. P. GOTTWALD im Münchener Kommentar, N 10 zu § 341 BGB; a. A. H. GANTEN, NJW 1979, 2513.

20 S. den in FN 18 zitierten Entscheid.

21 Zum Meinungsstand in der Schweiz s. BRUNO STIERLI, Die Architektenvollmacht, Diss. Freiburg 1988, Nr. 274 ff.; RAINER SCHUMACHER, in: PETER GAUCH (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 36-156, Zürich 1992, Nr. 12d zu Art. 98.

22 So GANTEN in der in FN 19 zitierten Rechtsprechungsanmerkung.

23 So für das deutsche Recht z.B. KLAUS VYGEN, EWiR (Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht) 1986, 1248. Diese deutsche Ansicht ist auch für das schweizerische Recht zutreffend.

24 VYGEN, EWiR 1986, 1248.