

## **Achtung beim Rücktritt vom Werkvertrag**

Wenn ein Bauherr mit einem Unternehmer unzufrieden ist, muss er bei der Auflösung des Vertrages aufpassen. Bei einem ungeschickten Vorgehen riskiert der Bauherr den Verlust seiner Rechte. Der folgende Fall zeigt dies eindrücklich auf:

Der Bauherr war Eigentümer eines Grundstücks in einer Gemeinde in Genf. Auf dem Grundstück stand ein Hotel mit einer Grundfläche von etwa 800 m<sup>2</sup>. Dieses Hotel wollte der Bauherr in ein Wohnhaus umbauen. Mit den Gips- und Malerarbeiten beauftragte er einen Unternehmer mit Sitz in Genf. Die Arbeiten hätten im September 2007 beendet sein sollen. Der Unternehmer aber war mit den Arbeiten massiv in Verzug. Zudem arbeitete es äusserst mangelhaft. Der Bauherr verlor die Nerven und verlangte am 19. Juli 2008 vom Unternehmer, die Arbeiten einzustellen und die Arbeiter sofort abziehen. Ab dem 21. Juli 2008 stellte der Unternehmer die Arbeiten denn auch ein. Zu diesem Zeitpunkt waren die Gips- und Malerarbeiten nicht beendet. Abgemacht war für die Arbeiten ein Werkpreis von CHF 639'644.50, wobei der Bauherr während den Arbeiten CHF 369'898.00 bezahlte. Am 28. Juli 2008 machte der Unternehmer die Differenz zwischen Werklohn und Akontozahlungen von CHF 269'746.50 geltend. Weil der Bauherr nicht zahlte, im Gegenteil wegen der mangelhaften Arbeit des Unternehmers seinerseits eine Forderung geltend machte, kam es zum Streit. Dieser wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht entschieden (4A\_96/2014).

### **Vertragswidriges Arbeiten durch den Unternehmer**

Im vorliegenden Fall war unbestritten bzw. sogar durch einen Gutachter festgestellt, dass der Unternehmer erstens massiv in Verzug war und zweitens sehr mangelhaft gearbeitet hatte. Die Arbeiten waren derart schlecht ausgeführt worden, dass sie praktisch wiederholte werden mussten.

### **Aber keine Androhung einer Nachfrist durch den Bauherrn**

Der Bauherr hätte also gemäss Art. 366 Abs. 1 OR wegen dem Verzug des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten oder die Arbeiten wegen den Mängeln gemäss Art. 366 Abs. 2 OR einem Dritten zur Erledigung übertragen können. Allerdings, und das war vorliegend von entscheidender Bedeutung, hätte der Bauherr in beiden Fällen dem Unternehmer zuerst eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen müssen. Da der Bauherr dies nicht tat, durfte er vom Unternehmer die Einstellung der Arbeiten nicht verlangen, ohne seine Rechte zu verlieren.

### **Deshalb vorzeitiger Rücktritt vom Werkvertrag nach Art. 377 OR**

Die Aufforderung des Bauherrn an das Unternehmen, die Arbeiten einzustellen, wurde nämlich, weil keine Nachfrist gesetzt wurde, als vorzeitiger Rücktritt des Bauherrn vom Werkvertrag nach Art. 377 OR betrachtet.

### **Mit voller Schadloshaltung des Unternehmers durch den Bauherrn**

Die Anwendung von Art. 377 OR hatte für den Bauherrn die unangenehme Folge, dass er den Unternehmer vollständig schadlos halten musste. Er schuldete dem Unternehmer den vereinbarten Werklohn abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen, also die eingeklagten CHF 269'746.50.

## **Ohne eigenen Anspruch auf Ersatz des angerichteten Schadens**

Da der Bauherr dem Unternehmer keine Nachfrist wegen den verzögerten und mangelhaften Leistungen gesetzt hatte, kam gemäss Bundesgericht kein Abzug für Schaden wegen dem unstrittigen Verzug und den festgestellten Mängeln in Betracht. Diese Rechtsfolge geht von der Fiktion (nicht widerlegbaren Vermutung) aus, dass bei einer angemessenen Nachfrist die Arbeiten vom Unternehmer korrekt beendet worden wären, also gar kein Schaden entstanden wäre. Das ist auch der Zweck der Nachfristansetzung, nämlich die Möglichkeit zu verschaffen, in einem „zweiten“ Durchgang korrekt zu erfüllen.

Da es bei einer Anwendung von Art. 377 OR nicht zu einer Schadenersatzpflicht des Unternehmers kommt, stand auch die Schadensbemessung nach richterlichem Ermessen nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht zur Verfügung.

## **Fazit**

Wenn ein Bauherr mit einem Unternehmer nach abgeschlossenem Werkvertrag unzufrieden ist und der Unternehmer vertragswidrig arbeitet, muss der Bauherr unbedingt eine angemessene Nachfrist setzen und darf nicht ohne diese Nachfrist die Einstellung der Arbeiten verlangen. Er riskiert sonst den Verlust seiner Rechte.

Autor: Gerhard Hofmann, Pestalozzistrasse 11/13, 8280 Kreuzlingen  
hofmann@ade-lante.ch / 24.02.2016