

## Vorfinanzierungskosten als Schaden

### Pflichtwidrige Verzögerung der Nachtragsverhandlungen im Rahmen der SIA-Norm 118

Peter Burkhalter, Yannick Sollberger, Martin Widmer

*Nachtragsforderungen bergen mithin die grössten Konfliktpotentiale im Rahmen von Bauprojekten. Entsprechende Streitigkeiten führen nicht selten zu einer Unmenge an zusätzlichen und oftmals vermeidbaren Kosten. Die Autoren gehen im Beitrag der spezifischen Frage nach, inwiefern Verzögerungen im Rahmen der Nachtragsverhandlungen, bzw. der Nachtragsbearbeitung Schadenersatzforderungen begründen können und welches Vorgehen im Rahmen einer Geldendmachung unter Anwendung der SIA-Norm 118 angezeigt ist. Ein genaues Verständnis der Problematik dient der Vermeidung, bzw. der unkomplizierten Lösung eines entsprechenden Konflikts.*

#### 1. Aufbau

Ausgehend von der interessierenden Schadenskonzeption, ist zunächst zu klären, was rechtlich unter den Begriffen «Nachtrag», bzw. «Nachtragsverhandlung» zu verstehen ist. Aufbauend auf diesem Verständnis, lässt sich der in der Praxis etablierte Verfahrensablauf im Rahmen von Nachtragsverhandlungen einordnen und die damit einhergehenden Pflichten der beteiligten Parteien juristisch kategorisieren. Anhand der Typisierung der dem Verfahren inhärenten Pflichten, lässt sich schliesslich das korrekte Vorgehen im Rahmen einer allfällig angestrebten Geldendmachung von Schadenersatz ableiten und für die in der Praxis relevanten Punkte konkretisieren.

#### 2. Schadenskonzeption

Unter einem Schaden wird die ungewollte Verminderung des Reinvermögens über die Verminderung der Aktiven, die Vermehrung der Passiven oder einen entgangenen Gewinn verstanden. Nach der sog. Differenzhypothese berechnet er sich jeweils aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis hätte.

Überträgt man diese Definition auf Verzögerungen im Rahmen von Nachtragsverhandlungen, ist eine kausale Schadensverursachung folgendermassen denkbar: In Anwendung von Art. 148 SIA-Norm 118 löst das ordnungsgemäss abgefasste Zahlungsbegehren die Fälligkeit einer Abschlagszahlung<sup>1</sup> aus. Ordnungsgemäss abgefasst ist ein Zahlungsbegehren dann, wenn es den Bedingungen des Werkvertrages entspricht.<sup>2</sup> In der Praxis setzt der Werkvertrag diesbezüglich häufig die vorgängige Anerkennung des Nachtrages voraus. Entsprechend ist ein ordnungsgemässes Zahlungsbegehren und damit auch die Fälligkeit einer Abschlagszahlung erst mit unterzeichnetem Nachtrag möglich. Damit führt eine Verzögerung im Rahmen der Nachtragsverhandlungen unter diesen Umständen auch zu einer Hinauszögerung der Fälligkeit und damit der Erfüllung. In diesem Zusammenhang wird oft von sogenannten Vorfinanzierungskosten gesprochen.<sup>3</sup> Solche Vorfinanzierungskosten können grundsätzlich einen Schaden im Sinne der Differenzhypothese begründen.

#### 3. Nachtrag/Nachtragsverhandlung

Die Analyse eines potenziellen Schadenspostens in diesem Sinne, verlangt entsprechend nach einer genaueren Betrachtung des Begriffs „Nachtrag“, bzw. „Nachtragsverhandlung“.

---

<sup>1</sup> Im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 hat der Unternehmer Anspruch auf monatliche Abschlagszahlungen, sofern vertraglich nicht etwas anderes vereinbart wurde. Diese werden nach Massgabe der jeweiligen Unternehmerleistung noch vor der Abnahme des Werks fällig und erfolgen in Anrechnung an den gesamten Vergütungsanspruch des Unternehmers.

<sup>2</sup> RAINER SCHUMACHER, VALENTIN MONN, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. Bern 2017, Art. 148 N. 3.1.

<sup>3</sup> RAINER SCHUMACHER, ROGER KÖNIG, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Zürich 2017, N. 24 ff.; Im Allgemeinen sind Vorfinanzierungskosten Geldkosten, die dadurch entstehen, dass gewissen Ausgaben für Aufwand früher anfallen als deren Vergütung.

### 3.1. Definition

Die SIA-Norm 118 verwendet die Begriffe nicht, spricht aber im Zusammenhang mit Bestellungen Änderungen von „Nachtragspreisen“<sup>4</sup>, welche im Rahmen eines Einigungsprozesses zu definieren sind.<sup>5</sup> – Die Vereinbarung von Nachtragspreisen ist mithin neben Bestellungen Änderungen auch im Rahmen von anderen Mehrvergütungs- und Terminerstreckungsansprüchen denkbar, sofern das Verhältnis zwischen Preis und Leistung bzw. Preis und Terminen betroffen ist (so z.B. bei Baubehinderungen oder Beschleunigungsmassnahmen). Vorliegend wird unter Nachtrag entsprechend die konsensuale Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Folgen einer Vertragsabweichung verstanden, unabhängig davon auf welche Ursache die ursprüngliche Vertragsabweichung zurückzuführen ist. Mit anderen Worten werden mittels Nachtrag Ansprüche bereinigt, die aufgrund von anderen Anspruchsgrundlagen bereits entstanden sind oder aber neue, mit dem Vertragsverhältnis zusammenhängende aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestehende, Ansprüche begründet.<sup>6</sup> Nachtragsverhandlungen lassen sich entsprechend als Prozess eines gegenseitigen Informationsaustausches zwischen den beteiligten Parteien beschreiben, mit dem Zweck die entsprechenden Ansprüche zu bereinigen, bzw. zu begründen, wobei jeweils Vorschläge und Gegenvorschläge einander ablösen bis eine Einigung erzielt wird.<sup>7</sup> Diese Verhandlung erfolgen nach gewissen vertraglich definierten bzw. der Verkehrsübung entnommenen Strukturen, welche im Folgenden dargestellt werden (vgl. unten Ziff. 5).

### 3.2. Verfahrensablauf

Ausgangspunkt ist folglich die in irgendeiner Form auftretende Abweichung der Werkausführung von der vertraglich vereinbarten Leistung (vgl. oben Ziff. 3.1). Entsprechend der Rechtsnatur des Nachtrages als Vertragsergänzung, richten sich die Nachtragsverhandlungen grundsätzlich nach den Regeln über den (Werk-)Vertragsabschluss, allerdings mit dem grossen Unterschied, dass das zwischen den Parteien bereits bestehende Vertragskonstrukt zu berücksichtigen ist.<sup>8</sup> In den meisten Fällen führt dies – wie vorliegend vorausgesetzt – zur Anwendbarkeit weiterer (vertraglich vereinbarter) abstrakter Regelwerke, insbesondere der SIA- Norm 118.

Die Einleitung von Nachtragsverhandlungen erfolgt grundsätzlich im Rahmen eines Nachtragsbegehrens, in welchem eine Partei (meist der Unternehmer) der anderen (in diesem Fall dem Bauherrn) Mitteilung von der aus ihrer Sicht bestehenden Divergenz zum Grundvertrag macht und den damit einhergehenden Mehr- oder Minderforderungsanspruch beschreibt. Die Anspruchsgrundlage der geltend gemachten Mehr- oder Minderforderung kann dabei – wie erwähnt – unterschiedlicher Natur sein. In Betracht kommen insbesondere Bestellungen Änderungen, Baubehinderungen und Baubeschleunigungen. Die das Nachtragsbegehren erhaltende Partei hat anschliessend dessen Rechtfertigung zu prüfen und ihre Ansicht der den Nachtrag verlangenden Partei im Rahmen eines Genehmigungsschreibens oder aber in einer begründeten schriftlichen Ablehnung mitzuteilen. Im Falle einer Ablehnung erfolgt ggf. eine Überarbeitung durch den Antragssteller und/oder das von den Parteien vereinbarte Streitbeilegungsverfahren kommt zur Anwendung.<sup>9</sup> Nach Genehmigung des Nachtragsbegehrens ist die Nachtragsforderung zu beziffern. Dabei ist die – sich auf eine entsprechende Anspruchsgrundlage stützende – Mehr- oder Minderforderung betragsmässig zu beziffern. Es gilt grundsätzlich das Prinzip der Preisfortschreibung, wonach die Preisbestimmungsmechanismen des Grundvertrags auch für den Nachtrag zur Anwendung gelangen.<sup>10</sup> Analog der Überprüfung des Nachtragsbegehrens erfährt im Anschluss auch die Nachtragsforderung eine Überprüfung durch die das Nachtragsbegehren entgegennehmende Partei. Abhängig vom Überprüfungsergebnis treten die Parteien in der Folge wiederum in Verhandlungen und wenden ggf. den Streitbeilegungsmechanismus an. Einigen sich die Parteien, so ist schliesslich die Vertragsergänzung mittels Nachtrag zum Grundvertrag vorzunehmen. Dies lässt sich graphisch wie folgt darstellen:

<sup>4</sup> Vgl. bspw. Art. 18 Abs. 2, Art. 86 Abs. 2 SIA-Norm 118.

<sup>5</sup> Art. 86 Abs. 2, Art. 87 Abs. 1 und 4, Art. 88 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 2 SIA-Norm 118; hierzu und zum Folgenden: THOMAS RISCH, Nachtragsmanagement nach SIA-Norm 118, Bern 2021, N. 16 ff.

<sup>6</sup> THOMAS RISCH, Nachtragsmanagement nach SIA-Norm 118, Bern 2021, N. 243.

<sup>7</sup> VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Freiburg 2010, S. 10 f.

<sup>8</sup> Hierzu und zum Folgenden: KBOB, Leitfaden zum Nachtragsmanagement bei Bau- und Baudienstleistungen, Bern 2011, S. 10 ff.

<sup>9</sup> Handelt es sich um einen Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers sind in diesem Zusammenhang auch die Normen des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten.

<sup>10</sup> ANTON EGLI, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. Bern 2017, Vorb. zu Art. 84-91 N. 67 ff.

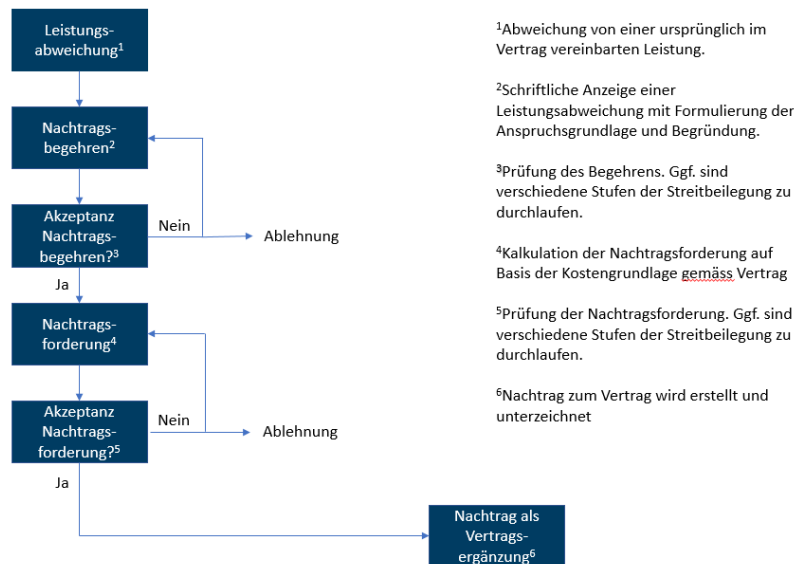


Abb. 1: Schematische Darstellung Nachtragsverhandlungen nach KBOB, Leitfaden zum Nachtragsmanagement bei Bau- und Baudienstleistungen, Bern 2011, S. 10 ff.

## 4. Leistungsstörungen im Rahmen der Nachtragsverhandlungen

Damit ein Schaden im definierten Sinne (vgl. oben Ziff. 2) haftungsrechtliche Relevanz erfahren kann, muss er einer entsprechenden Anspruchsgrundlage zugeordnet werden können. Massgebend ist dementsprechend weiter die Frage nach den parteilichen Pflichten im Rahmen der geschilderten Nachtragsverhandlungen. An dieser Stelle ist im Sinne eines kleinen Exkurses zunächst die Systematik und Rechtsnatur vertraglicher Pflichten in Erinnerung zu rufen.

### 4.1. Exkurs: Typen von Vertragspflichten

Ein Schuldverhältnis besteht grundsätzlich aus Hauptleistungspflichten, welche den Typus des Vertrages bestimmen sowie weiteren Pflichten, die zu diesen Hauptleistungspflichten hinzutreten. Diese weiteren Pflichten werden in der Lehre unterschiedlich kategorisiert. Verwendet werden Begriffe wie Schutz-, Mitteilungs-, Auskunft- oder Mitwirkungspflichten. Wesentlicher Unterschied zwischen den verschiedenen Kategorien von Pflichten ist, dass einzelne der erwähnten selbständig klagbar sind, andere dagegen nicht. In der Lehre hat sich für erstere der Begriff „Nebenleistungspflichten“ für letztere derjenige der „Nebenpflichten“ etabliert. Durch Nebenpflichten ist der Schuldner verpflichtet, sich so zu verhalten, wie es in der gegebenen Situation punktuell erforderlich ist, um den Schuldzweck nicht zu vereiteln, Schaden zu verhindern oder die Abwicklung der Obligation zu erleichtern. Entsprechend ist es in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich im Voraus auf Erfüllung zu klagen, da die Verletzung immer erst ex post festgestellt werden kann. Klassischer Fall der Verletzung von Nebenpflichten, ist die mangelnde ärztliche Aufklärungen des Patienten. Verhält sich der Patient, bspw. Im Rahmen einer Therapie aufgrund mangelnden Wissens gesundheitsschädlich, tritt die Vertragsverletzung (mangelnde Aufklärung) erst mit dem Schaden (Gesundheitsschädigung) zu Tage.<sup>11</sup>

Dauert allerdings eine gegebene Situation - in der nur ein bestimmtes Verhalten vertragsgemäss ist - über eine bestimmte Zeitdauer an, so entspringt daraus eine grundsätzlich klagbare Forderung auf eine bestimmte Massnahme. In diesem Fall spricht man von einer Nebenleistungspflicht. Dementsprechend setzen Nebenleistungspflichten eine im Moment konkretisierbare Pflicht voraus, welche neben der Hauptleistung einem eigenständigen Zweck dient.<sup>12</sup> So kann bspw. Im Rahmen eines Kaufvertrages vereinbart werden, dass der Verkäufer die Kaufsache persönlich liefert. Diese persönliche Lieferung stellt dabei eine neben der Hauptleistung selbständig einklagbare Pflicht dar. Die Nebenleistungspflicht muss dabei nicht zwingend akzessorisch zu einer von derselben Vertragsseite geschuldeten Hauptleistung sein. Möglich ist auch, dass der Gläubiger eine Nebenleistungspflicht trägt, die sich auf die Herbeiführung oder Sicherung der Hauptleistung des Schuldners richtet.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> BGE 116 II 519, E. 3 S. 521 ff.

<sup>12</sup> FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, S. 15 f.

<sup>13</sup> PASCAL REY, Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Freiburg 2019, S. 622.

## 4.2. (Nachtrags-)Verhandlungspflichten

Die SIA-Norm 118 statuiert hinsichtlich der Generierung von Nachtragspreisen und der Anpassung von Fristen eine Verhandlungspflicht der Parteien (Art. 87 Abs. 1, Art. 86 Abs. 2, Art. 88 Abs. 1, Art. 89 Abs. 1 und Art. 90).<sup>14</sup> Die Verweigerung, bzw. Verzögerung von Nachtragsverhandlungen kann damit u.U. eine Leistungsstörung darstellen. Entscheidend für das Vorgehen im Rahmen eines allfälligen Schadens im Zusammenhang mit der Verletzung einer solcher Verhandlungspflicht ist nun deren Typisierung im ausgeführten Sinne (vgl. oben Ziff. 4.1). Klar erscheint, dass die Verhandlungspflicht keine Hauptleistungspflicht ist, da die Parteien den Vertrag nicht um ihretwillen abgeschlossen haben. In Frage kommt folglich die Qualifizierung als Neben- oder Nebenleistungspflicht. Die Verweigerung bzw. Verzögerung der Mitwirkung bei Nachtragsverhandlungen ist keine in sich geschlossene, punktuelle Handlung. Vielmehr ist sie ein über einen gewissen Zeitraum andauernder Zustand, der mit dem gleichzeitig anwachsenden Schadensposten einhergeht. Dementsprechend ist eine Klage auf Erfüllung während der Dauer des vertragswidrigen Zustandes grundsätzlich möglich. Folglich muss es sich im Rahmen der Mitwirkungspflicht bei Nachtragsverhandlungen um eine Nebenleistungspflicht handeln. Dass die Mitwirkung ggf. vom Gläubiger und nicht dem Schuldner der Hauptleistung, also vom Bauherrn, verweigert wird, ändert daran nichts (vgl. oben 4.1.).<sup>15</sup>

Ausgehend von dieser Erkenntnis sind nun die möglichen Anspruchsgrundlagen zu erörtern.

## 5. Anspruchsgrundlagen

Im Rahmen einer Leistungsverweigerung, bei einer an sich noch möglichen Leistung besteht zunächst ein klagbarer Anspruch auf Realerfüllung. Die Befolgung von Verhandlungspflichten dürfte sich aber nicht bzw. nur schwerlich real vollstrecken lassen.<sup>16</sup> In Frage kommt entsprechend nur ein Ersatzanspruch. Mögliche Rechtsgrundlagen sind diesbezüglich in den Art. 97 sowie 102 ff. OR zu suchen.

### 5.1. Ersatzanspruch aus Art. 97 OR?

Art. 97 OR erfasst Fälle der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit sowie der positiven Vertragsverletzung. In Betracht käme vorliegend einzig eine positive Vertragsverletzung. Gemeint ist damit eine Schlechtleistung. Grundsätzlich ist auch eine verzögerte Leistung eine Schlechtleistung, allerdings ist in diesem Fall die Haftungsgrundlage nicht in Art. 97 OR sondern in den Art. 102 ff. OR zu suchen.<sup>17</sup> Eine positive Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 OR kann vielmehr nur dann vorliegen, wenn dem Schuldner ein vertragswidriges Verhalten vorgehalten werden kann, obwohl dieser leistet (keine Leistungsunmöglichkeit) und dies auch rechtzeitig tut (kein Verzug).<sup>18</sup> Dies wäre entsprechend bei der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten der Fall.

### 5.2. Ersatzanspruch aus Art. 102 ff. OR?

Die Verletzung einer Nebenleistungspflicht löst aber im Normalfall den Schuldnerverzug nach Art. 102 OR aus, da die Erbringung der Leistung in tatsächlicher Hinsicht noch möglich wäre.<sup>19</sup> Die Verweigerung, bzw. Verzögerung von Nachtragsverhandlungen trotz Verhandlungspflicht ist nichts anderes als das Ausbleiben der geschuldeten Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit, was eine Schlechtleistung in zeitlicher Hinsicht darstellt. Es erscheint damit naheliegend, als Anspruchsgrundlage für einen möglichen Ersatzanspruch die Regeln über den Verzug i.S.v. Art. 102 ff. OR heranzuziehen.

#### 5.2.1. Fälligkeit

Neben der Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit, setzt die Verzugslage die Fälligkeit der Verbindlichkeit voraus (Art. 102 Abs. 1 OR), mit anderen Worten, den Eintritt des Zeitpunktes, auf den hin und von dem an der Gläubiger die Erfüllung verlangen kann.<sup>20</sup> Der Zeitpunkt der Fälligkeit ergibt sich in erster Linie aus Parteiabrede oder der Natur des Rechtsverhältnisses (vgl. Art. 75 OR). Als Parteiabrede sind auch die Bestimmungen der SIA-Norm 118 zu qualifizieren, wenn sie – wie vorliegend angenommen wird – zum Vertragsbestandteil gemacht worden sind. Einzig Art. 87 Abs. 1 SIA-Norm 118 lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass Nachträge, wenn immer möglich, vor Inangriffnahme der Arbeit vereinbart werden sollen. Die Bestimmung ist allerdings nicht als eine Pflicht, sondern lediglich im Sinne

<sup>14</sup> A. EGLI, Kommentar zur SIA-Norm 118 (Fn. 10), Vorb. zu Art. 84-91 N. 23.

<sup>15</sup> P. REY, Mitwirkung (Fn. 12), S. 622.

<sup>16</sup> V. MONN, Die Verhandlungsabrede (Fn. 7), S. 362 f.

<sup>17</sup> ROLF H. WEBER, SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar: Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung, 2. Aufl. 2020, Art. 97 N. 118.

<sup>18</sup> PETER GAUCH, WALTER SCHLUEP, JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 2617.

<sup>19</sup> P. REY, Mitwirkung (Fn. 12), S. 622.

<sup>20</sup> Hierzu und zum Folgenden: V. MONN, Die Verhandlungsabrede (Fn. 7), S. 402 ff.

eines „klugen Ratschlages“ zu verstehen.<sup>21</sup> Die Festsetzung der Fälligkeit auf dem Zeitpunkt des Beginns der im Nachtrag zu vereinbarenden Arbeiten, lässt sich entsprechend nicht allein aus der SIA-Norm 118 ableiten. Vielmehr wäre für diesen Fall eine gesonderte Vertragsabrede erforderlich. Es stellt sich die Frage, ob sich der Fälligkeitszeitpunkt nach der Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen lässt. Immerhin ist ein beliebiges Zuwarten mit der Verhandlungsaufnahme schon deshalb unstatthaft, weil der Unternehmer insbesondere bei Bestellungsänderungen wissen muss, ob diese nach Regie auszuführen sind, oder der Bauherr sie allenfalls einem Dritten vergeben will.<sup>22</sup>

Postuliert wird vorliegend eine differenzierte Betrachtungsweise, die dem skizzierten Verhandlungsablauf möglichst gerecht werden soll.

Fälligkeitsvoraussetzung ist im Schuldnerverzugsrecht stillschweigend immer auch die Erfüllbarkeit. Eine Verhandlungspflicht kann nur dann wahrgenommen werden, bzw. ist nur erfüllbar, wenn der Verhandlungspartner einen entsprechenden Vorschlag in den Verhandlungsprozess einwirft, sprich ein Nachtragsbegehren, eine Nachtragsforderung oder den Antrag auf Vertragsergänzung tatsächlich stellt. Wird die Erfüllung der Verhandlungspflicht schematisch als Annahme, bzw. Ablehnung (mit allfälligen Änderungsvorschlägen) des von der Gegenpartei eingereichten Vorschlages verstanden, verlangt die Natur des Rechtsgeschäftes zusätzlich eine gewisse Bearbeitungsfrist. Abstrakt lässt sich diese aber kaum feststellen, sie ist vielmehr im Einzelfall entsprechend der Komplexität des Projektes und der Unternehmensstruktur der Verhandlungspartner zu eruieren. Die Fälligkeit der Mitwirkungshandlungen bestimmt sich also nach dem Eingang der einzelnen Anträge plus einer einzelfallabhängigen Bearbeitungsfrist. Schematisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

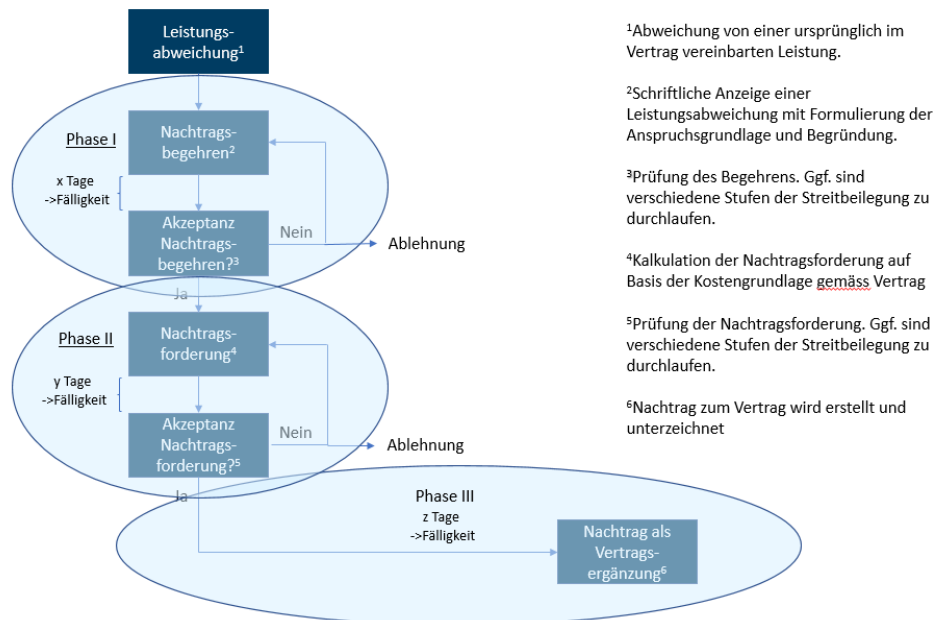


Abb. 2: Schematische Darstellung Nachtragsverhandlungen, Fälligkeit und Bearbeitungsfrist

### 5.2.2. Mahnung

Der Verzugseintritt und die damit einhergehenden Rechtsfolgen setzen weiter die erfolgreiche Mahnung des Schuldners voraus. Eine Mahnung ist die unmissverständliche Aufforderung zur Mitwirkungsleistung, d.h. zur Bearbeitung der Nachträge, bzw. zur Aufnahme der Verhandlungen. Auf eine solche kann nur dann verzichtet werden, wenn ein sog. Mahnäquivalent vorliegt, was dann der Fall ist, wenn der Bauherr auch ohne Aufforderung weiss, wann mitzuwirken ist. Dafür müssen die Parteien einen hinreichend genauen Leistungszeitpunkt, bzw. eine hinreichend genau Leistungsperiode i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart haben.<sup>23</sup> Eine Mahnung ist ferner dann nicht erforderlich, wenn der Schuldner bei Fälligkeit seiner Verhandlungspflicht unmissverständlich erklärt, dass er nicht leisten werde.<sup>24</sup> In allen anderen Fällen kann der Verzug nur bei vorgängiger Mahnung eintreten. Dabei hat diese inhaltlich gewissen Mindestanforderungen zu genügen. So hat sie die eingeforderte Mitwirkungsleistung konkretisiert widerzugeben, so dass der Empfänger erkennen kann welche Mitwirkungsleistung in welchem Umfang gefordert wird.<sup>25</sup> Im Rahmen einer Nachtragsverhandlungspflicht, muss er also insbesondere erkennen können, auf welchen Nachtrag sich die geforderten Verhandlungen beziehen. Nach erfolgter Mahnung

<sup>21</sup> A. EGLI, Kommentar zur SIA-Norm 118 (Fn. 10), Art. 87, N. 3.1 und Vorb. zu Art. 84-91, N. 23.

<sup>22</sup> A. EGLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 87 N. 17.2.

<sup>23</sup> P. REY, Mitwirkung (Fn. 12), S. 632.

<sup>24</sup> Hierzu und zum Folgenden: V. MONN, Die Verhandlungsabrede (Fn. 7), S. 404.

<sup>25</sup> P. REY, Mitwirkung (Fn. 12), S. 632.

hat der Schuldner die Leistung unverzüglich vorzunehmen, will er nicht in Verzug geraten. Im Sinne der vorliegenden Analyse zugrunde liegenden Verhandlungsstruktur, liegt die Leistungserbringung, wie bereits erwähnt, in der Annahme, bzw. Ablehnung (mit allfälligen Änderungsvorschlägen) des von der Gegenpartei eingereichten Vorschlages, bzw. schliesslich in der Integration des Nachtrages in den zugrundeliegenden Werkvertrag. Dafür ist dem Schuldner – nach Eingang der Mahnung – eine der Leistung entsprechende Reaktionszeit zu gewähren. Anders als noch bei der Fälligkeit ist aber ein objektiver Massstab anzulegen. Gewährt wird entsprechend diejenige Zeitdauer, die ein ordentlicher, Leistungsbereiter Schuldner bräuchte, um die Leistung zu erbringen.<sup>26</sup>

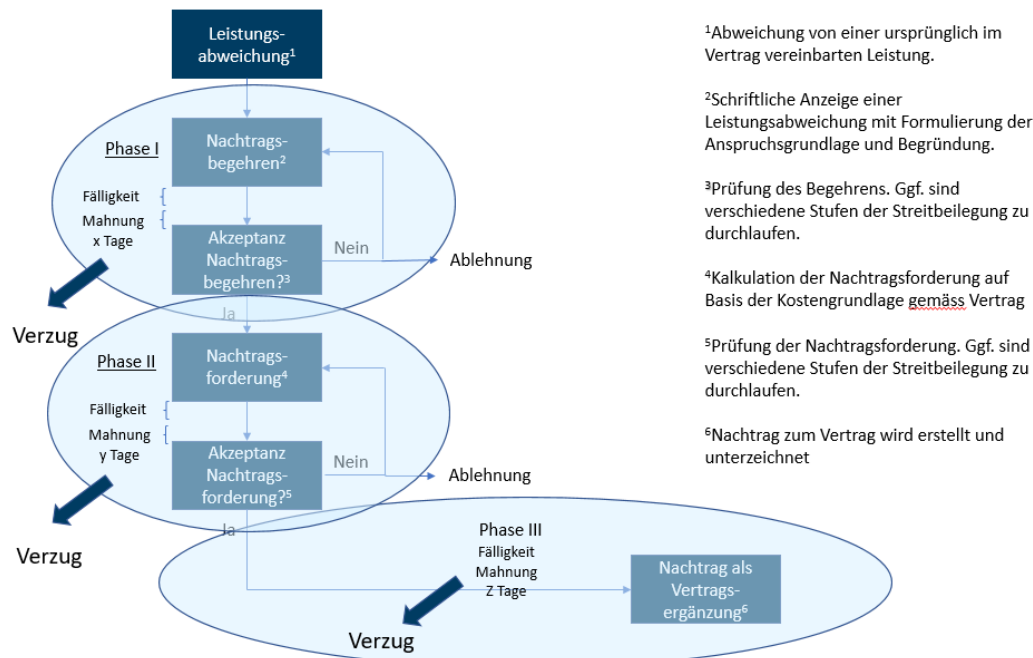


Abb. 3: Schematische Darstellung Nachtragsverhandlungen, Fälligkeit, Mahnung und Bearbeitungsfrist

### 5.2.3. Verzugsfolge Schadenersatz für mögliche Vorfinanzierungskosten

Befindet sich der Schuldner in Verzug, so wird er i.S.v. Art. 103 Abs. 1 OR ersatzpflichtig für den adäquat kausal verursachten Verspätungsschaden. Führt die pflichtwidrige Verzögerung von Nachtragsverhandlungen also im Rahmen der Verzugslage zur Vorfinanzierung durch eine Partei, so sind diese Kosten – sofern rechtsgenüchlich bewiesen – im Sinne eines Verspätungsschadens ersatzpflichtig.<sup>27</sup>

## 6. Fazit

Verzögerungen im Rahmen von Nachtragsverhandlungen können damit grundsätzlich Schadenersatzansprüche im Sinne von Vorfinanzierungskosten auslösen. Die rechtliche Qualifikation der entsprechenden Verhandlungspflichten als vertragliche Nebenleistungspflichten, verlangt diesbezüglich ein Vorgehen nach den Regeln über den Verzug. Entsprechend ist ein gehöriges Verhandlungsangebot seitens des Unternehmers in sich nicht ausreichend, um bereits einen Schadenersatzanspruch zu begründen. Vielmehr hat er die einzelnen Verhandlungsschritte jeweils rechtsgenüchlich abzumachen. Denkbar ist grundsätzlich auch die vertragliche Vorgabe fixer Verhandlungsfristen mit mahnäquivalenter Wirkung. Zu bedenken gilt in diesem Zusammenhang allerdings die Schwierigkeit, in einem komplexen Werkvertragssystem für alle denkbaren Nachtragsverhandlungsfälle angemessene Fristen zu definieren. Die richtige Lösung wird im einzelnen Vertragsverhältnis, abhängig von Komplexität und Vielfalt der auszuführenden Arbeiten zu definieren sein. Wichtig scheint die Problematik zumindest gedanklich in die Werkvertragsgestaltung einzubeziehen.

<sup>26</sup> FRANZ SCHENKER, Schuldnerverzug (Fn. 11), S. 15 f.

<sup>27</sup> Die den Schaden geltend machende Partei ist sowohl für den Verzugs- als auch für den Schadenseintritt beweibelastet ist (Art. 8 ZGB). Der Schaden ist diesbezüglich konkret zu errechnen, bzw. es ist die im Einzelfall effektiv eingetretene Vermögenseinbusse darzulegen. Vgl. hierzu auch: TH. RISCH, Nachtragsmanagement (Fn. 6), S. 131; Urteil des HGer ZH HG140250 vom 31.01.2017, E. 3.1.2.3.3; Urteil des HGer ZH HG 1200098 vom 04.08.2015, E.3.5.3.1.2.

---

PETER BURKHALTER, Dr. iur, Rechtsanwalt.  
YANNICK SOLLBERGER, MLaw, Rechtsanwalt.  
MARTIN WIDMER, MLaw, Rechtsanwalt.

[www.drp.ch](http://www.drp.ch)

Die Autoren sehen sich im Rahmen eines Verfahrens mit der entsprechenden Frage konfrontiert.