Redaktor: **Markus Vischer**

Bundesgericht

Einrede des nicht erfüllten Werkvertrags (Art. 82 OR)

Sachverhalt: Anlässlich einer umfassenden Renovation des Hotels X schloss die B AG (Bestellerin) mit der A AG (Unternehmerin) einen Werkvertrag über die Erstellung von Heizungs-, Lüftungs- und Kälteanlagen gegen einen Pauschalwerkpreis von CHF 1'000'000. Die Bestellerin leistete elf Abschlagszahlungen auf den Werklohn, weigerte sich aber, den mit der Schlussrechnung ermittelten Restbetrag von CHF 157'438.70 zu zahlen. Sie berief sich u.a. auf das Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR (Sachverhalt Teil A).

Das Handelsgericht des Kantons Bern verpflichtete die Bestellerin im Wesentlichen, der Unternehmerin CHF 157'438.70 zu zahlen, Zug um Zug gegen Ersatz der Kälterohrleitungen im Hotel X mit Gas- und Siederohren sowie Rohrschellen (Sachverhalt Teil C). Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde der Unternehmerin ab, soweit es darauf eintrat (E. 4).

Erwägungen: (1.) Gemäss Bundesgericht sind Bestand, Höhe und Fälligkeit der Werklohnrestanz von CHF 157'438.70 nicht mehr streitig. Die Unternehmerin kritisiere einzig, der Bestellerin stehe auch kein Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR zu (E. 3 Ingress).

(2a.) Das Bundesgericht fasste einleitend seine Rechtsprechung zu Art. 82 OR zusammen. Art. 82 OR gewähre dem Schuldner eine aufschiebende Einrede mit der Wirkung, dass er die geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbietung der Gegenleistung zurückhalten dürfe. Der Gläubiger könne sich begnügen, auf vorbehaltlose Leistung zu klagen. Es obliege dem Schuldner, die Einrede zu erheben. Sei die Einrede berechtigt, habe der Gläubiger also die Leistung weder erbracht noch angeboten, so schütze das Gericht die Klage in dem Sinne, dass es den Schuldner zur Leistung Zug um Zug, d.h. zu einer aufschiebend bedingten Verpflichtung verurteile. Der Kläger brauche die Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht zu verlangen. Das Gericht erlasse ein dahingehendes Urteil auf Einrede des Beklagten nach Art. 82 OR. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR sei nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 3.1.1).

(2b.) Erhebe der Schuldner die Einrede, sei es am Gläubiger zu beweisen, dass er seine eigene Leistung erbracht oder gehörig angeboten habe. Art. 82 OR weiche vom Prinzip ab, wonach den Beweisbelasteten auch die (objektive) Behauptungslast treffe. Der Schuldner habe nämlich zu behaupten, dass der Gläubiger die Leistung weder erbracht noch gehörig angeboten habe, und dieser habe anschliessend zu beweisen, dass er seine Leistung erfüllt oder gehörig angeboten habe. Hingegen führe Art. 82 OR zu keiner Umkehr der Beweislast. Die allgemeine Regel von Art. 8 ZGB gelte: Es obliege zunächst dem Gläubiger, der seine Forderung durchsetzen wolle, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die den Bestand seiner Forderung feststellen lassen. Der Schuldner, der die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebe, habe den Bestand seiner Gegenforderung zu beweisen. Es obliege anschliessend dem Gläubiger, die Erfüllung oder das gehörige Angebot seiner eigenen Leistung nachzuweisen, was auch bedeute, dass er die Folgen der Beweislosigkeit trage (E. 3.1.1).

(3.) Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 82 OR bejaht und die Bestellerin zu einer Zug-um-Zug-Leistung der Werklohnrestanz gegen Ersatz der verbauten C-Stahlrohre und einfachen Rohrschellen durch vertragsgemässes Rohrmaterial verurteilt habe (E. 3.3.4 und 3.4 Ingress).

Ganzen Entscheid lesen

BGer 4A_351/2021 vom 26. April 2022 (Beitrag veröffentlicht am 5. Juni 2022)