



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_71/2018](#) vom 18. September 2018, publiziert als [BGE 145 III 8](#)

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Ungeteiltes Leid ist halbes Leid

### Praxisänderung des Bundesgerichts zum quotenmässig ungeteilten Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Bauteilen

#### Autor / Autorin

Valentino Berger, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

#### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_71/2018 vom 18. September 2018 änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Quotenbezogenheit des Nachbesserungsrechts bei Stockwerkeigentümergeinschaften. Stockwerkeigentümer sind nicht mehr länger verpflichtet, die die eigene Quote übersteigenden Prozesskosten vorzufinanzieren. Dadurch wird dem Verlangen nach einer einfacheren Rechtsdurchsetzung des Nachbesserungsanspruchs gebührend Rechnung getragen.*

#### Sachverhalt

[1] Die A. GmbH (Unternehmerin, Beklagte und Beschwerdeführerin) realisierte auf einem ihrer Grundstücke eine Mehrfamiliensiedlung. Die Siedlung enthielt neben drei Mehrfamilienhäusern u.a. auch gemeinsam nutzbare Infrastrukturanlagen, insb. eine Autoeinstellhalle. Die Unternehmerin verkaufte diverse Stockwerkeigentumsanteile ab Plan an verschiedene Käufer. Dazu schloss sie mit ihnen eine als «Generalunternehmervertrag» bezeichnete Vereinbarung ab. Bei der Erstellung des Werks entstanden mehrere im Urteil nicht näher definierte Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen (Sachverhalt Teil A).

[2] Die Stockwerkeigentümergeinschaft B. (Stockwerkeigentümergeinschaft, Klägerin und Beschwerdegegnerin) klagte am Bezirksgericht Luzern gegen die Unternehmerin auf CHF 678'992.70 zzgl. Zins ab dem 2. November 2013. Sie verlangte damit die Bevorschussung der Kosten für Mängelbehebungen an den gemeinschaftlich nutzbaren Gebäudeteilen (Sachverhalt Teil B.a).

[3] Das Bezirksgericht schützte die Klage im Umfang von CHF 625'860 inkl. der Zinsforderung (Sachverhalt Teil B.a).

[4] Das Kantonsgericht Luzern bestätigte das Urteil der Erstinstanz. Es bestätigte die Erstinstanz darin, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft aktivlegitimiert sei, Mängelrechte an gemeinschaftlich nutzbaren Gebäudeteilen geltend zu machen. Einwände gegen das Vorhandensein von Mängeln wies es ab (Sachverhalt Teil B.b).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Unternehmerin dem Bundesgericht u.a., das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben (Sachverhalt Teil C).

## Erwägungen

[6] Die Unternehmerin rügte vor Bundesgericht insbesondere, dass der angefochtene Entscheid die Art. 712 ff. [ZGB](#) und Art. 647 ZGB verletze, da 15 Stockwerkeigentümer ihren Nachbesserungsanspruch nicht an die Stockwerkeigentümergeinschaft abgetreten hätten (Sachverhalt Teil C).

[7] Das Bundesgericht hielt fest, dass die beiden Vorinstanzen der Auffassung waren, der Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Bauteilen sei entgegen BGE [114 II 239](#) nicht quotenbezogen (E. 3.2).

[8] Es führte aus, dass gemäss BGE [114 II 239](#) die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer aufgrund gesetzlicher Vorschrift (Art. 712/ Abs. 1 ZGB) vermögensfähig und im Rahmen ihrer vermögensrechtlichen Zuständigkeit partei- und prozessfähig und damit in bestimmtem Umfang auch handlungsfähig sei. Diese Selbstständigkeit ergebe sich gemäss BGE [114 II 239](#) als Verwaltungsgemeinschaft, nicht etwa auch als Eigentumsgemeinschaft. In BGE [114 II 239](#) seien zudem frühere Urteile bestätigt worden, wonach die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft für Unterhalt, Reparatur und Erneuerung der gemeinschaftlichen Bauteile die Befugnis miteinschliesse, Mängel an diesen Bauteilen zu beheben oder beheben zu lassen sowie kauf- oder werkvertragsrechtliche Gewährleistungsansprüche gegen Verkäufer und Unternehmer durchzusetzen. Was die Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft betreffe, habe das Bundesgericht in BGE [114 II 239](#) die Praxis bestätigt, wonach die Gemeinschaft nicht nur Gewährleistungsansprüche aus von ihr selbst geschlossenen Verträgen durchsetzen könne, sondern dass sie derartige Ansprüche auch von einzelnen Stockwerkeigentümern erwerben könne, soweit solche Ansprüche abtretbar seien und Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen beträfen. In BGE [114 II 239](#) hätte das Bundesgericht daran festgehalten, dass ein solcher Rechtserwerb nur durch privatautonomes Verfügungsgeschäft erfolgen könne. Eine Legalzession könne praeter legem nicht angenommen werden. In neueren Urteilen sei diese Rechtsprechung nicht in Frage gestellt worden (E. 3.2.1).

[9] Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass es in BGE [114 II 239](#) die Meinung vertreten habe, dass der (abtretbare und unteilbare) Nachbesserungsanspruch in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile quotenbezogen sei in dem Sinne, dass der einzelne Eigentümer im externen Verhältnis die unentgeltliche Verbesserung des Mangels nur im Umfang seiner Quote verlangen könne und darüber hinaus die Kosten der Mängelbehebung selbst zu übernehmen habe, so dass es eine Frage der internen Auseinandersetzung mit den anderen Stockwerkeigentümern sei, ob und inwieweit sie diese Kosten (anteilmässig) übernehmen müssen. Ob an dieser Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs für Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen festzuhalten sei, habe das Bundesgericht in einer späteren Entscheidung offengelassen (E. 3.2.2).

[10] Es führte weiter aus, dass an dieser Quotenbezogenheit angesichts der Kritik in der Lehre nicht mehr festgehalten werden könne. In der Lehre werde zu Recht darauf hingewiesen, es könnten sich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass jeder einzelne Käufer eines Stockwerkeigentumsanteils vertragliche Gewährleistungsansprüche habe, welche nicht identisch mit denjenigen der übrigen Miteigentümer sein müssten. Ferner könnten sich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass die Käufer auch je einzeln die Wahl hätten, welche Mängelrechte (namentlich auch Minderung, allenfalls gar Wandelung) sie ausüben wollten. Es ergäbe sich daraus, dass jeder Stockwerkeigentümer seine Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben könne, wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes beträfen. Die erwähnten Schwierigkeiten seien über eine Koordination zwischen der Durchsetzung des

werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft zu lösen (E. 3.3 ff.).

## Kurzkommentar

[11] Die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei Gebäuden in Stockwerkeigentum ist hochkomplex, insbesondere dann, wenn ein Verkäufer Stockwerkeigentumseinheiten vor Erstellung «ab Plan» mit verschiedenen Kaufverträgen an verschiedene Käufer verkauft.

[12] Diese hochkomplexe Rechtslage gewann an Aktualität, nachdem der Kauf von Stockwerkeigentum Mode wurde, oft auch deshalb, um mit einer anschliessenden Vermietung den Kauf als Vermögensanlage zu rentabilisieren (zum entsprechenden «Volkssport»: MARKUS VISCHER, Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb, AJP 4/2017, S. 478 ff.).

[13] Nach der angezeigten (s. auch MARKUS VISCHER, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 4/2015, S. 224) und damit sehr willkommenen Praxisänderung des Bundesgerichts im vorliegend kommentierten Urteil steht bezüglich Gewährleistungsansprüchen an gemeinschaftlichen Bauteilen beim Stockwerkeigentum zurzeit Folgendes fest:

1. Der Nachbesserungsanspruch der Käufer (und der Besteller) bezüglich gemeinschaftlicher Teile geht nicht mittels Legalzession ex lege auf die Stockwerkeigentümergeinschaft über (E. 3.2.1; BGE [114 II 239](#) E. 5b; BGE [111 II 458](#) E. 3b).
2. Der Nachbesserungsanspruch der Käufer (und der Besteller), auch bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile, ist durch privatautonomes Verfügungsgeschäft abtretbar (E. 3.3.2.; BGE [114 II 239](#) E. 5c/bb).
3. Der Nachbesserungsanspruch der Käufer (und der Besteller) bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile ist unteilbar (E. 3.5; BGE [114 II 239](#) E. 5c/bb).
4. Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist aufgrund gesetzlicher Vorschrift (Art. 712/ Abs. 1 ZGB) vermögensfähig und ihm Rahmen ihrer vermögensrechtlichen Zuständigkeit partei- und prozessfähig und damit in bestimmten Umfang auch handlungsfähig (Art. 712/ Abs. 2 ZGB) (E. 3.2.1; BGE [114 II 239](#) E. 3).
5. Die Stockwerkeigentümergeinschaft kann nicht nur Gewährleistungsansprüche aus von ihr selbst geschlossenen Verträgen geltend machen, sondern auch von einzelnen Stockwerkeigentümern (als Käufer oder Besteller) derartig zustehende Ansprüche erwerben, soweit solche Ansprüche (durch ein privatautonomes Verfügungsgeschäft) abtretbar sind und Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen betreffen (E. 3.2.1; BGE [114 II 239](#) E. 4).
6. Der Nachbesserungsanspruch der Käufer (und der Besteller) bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile ist an die Stockwerkeigentümergeinschaft abtretbar, welche ihn anschliessend bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile unbeschränkt, das heisst ohne Quotenbezogenheit, geltend machen kann (E. 3.3 ff. mit Praxisänderung).
7. Kollisionen bei nicht deckungsgleichen Nachbesserungsansprüchen der verschiedenen Käufer (und der Besteller) und bei der Ausübung verschiedener Mängelrechte durch die verschiedenen Käufer (und der Besteller) bezüglich gemeinschaftlicher Teile sind via Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft zu lösen (E. 3.3.2; BGE [114 II 239](#) E. 5c; s. zu diesen Regeln z.B. ARNAUD NUSSBAUMER, Les droits de garantie et la PPE: Quelques problèmes récurrents, in Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hrsg.), La pratique contractuelle 6, Genf/Zürich/Basel 2018, S. 157 ff.; VISCHER, a.a.O. (ZBGR), S. 223 ff.).
8. Nicht abtretbar ist im Unterschied zum Nachbesserungsanspruch der Minderungs- und der Wandlungsanspruch der Käufer (und Besteller) (E. 3.3.2; BGE [114 II 239](#) E. 5c/aa).

[14] Aus letzterer Aussage könnte geschlossen werden, dass der Nachbesserungsanspruch kein Mängel(gestaltungs-)recht ist, sondern eine blosser Forderung, was dann Sinn macht, wenn der Nachbesserungsanspruch nichts anderes als der fortbestehende Erfüllungsanspruch ist. Das würde dazu führen, dass auch im Kaufrecht (und nicht nur im Werkvertragsrecht) ein Nachbesserungsanspruch ex lege bestehen

würde, also nicht nur, wenn er im Kaufvertrag vertraglich eingeräumt wurde (dazu MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 9/2011, S. 1174).

[15] Nicht Stellung nahm das Bundesgericht im hier kommentierten Urteil zur Frage, ob der Nachbesserungsanspruch der Käufer (und der Besteller) bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile an verschiedene Personen abtretbar ist. Das ist zu bejahen. Die Stockwerkeigentümer können ihn alsdann (unbeschränkt, das heisst ohne Quotenbezogenheit) geltend machen.

[16] Stellung nahm das Bundesgericht im hier kommentierten Urteil auch nicht zur Frage, ob der Nachbesserungsanspruch eines Käufers (und eines Bestellers) bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile an verschiedene Personen abtretbar ist. Aufgrund der Regeln über die Teilabtretung ist das zu bejahen (gl.M. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 151 ff.). Die Stockwerkeigentümer können ihn alsdann (unbeschränkt, das heisst ohne Quotenbezogenheit) geltend machen.

MLaw VALENTINO BERGER, Trainee Lawyer, Walder Wyss

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss

**Zitervorschlag:** Valentino Berger / Dario Galli / Markus Vischer, Ungeteiltes Leid ist halbes Leid, in: dRSK, publiziert am 17. Januar 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**