



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_306/2018](#) vom 29. Januar 2019  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

## Verzug beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht

**Auch der werkvertragliche Erfüllungsanspruch betreffend gemeinsame Bauteile steht jedem Stockwerkeigentümer ungeteilt (d.h. unabhängig von seiner Wertquote) zu**

### Autor / Autorin

Erik Lanz, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_306/2018 vom 29. Januar 2019 bekräftigte das Bundesgericht seine Praxisänderung betreffend Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts bei Stockwerkeigentümergeinschaften. Dabei stellte es zusätzlich klar, dass die neue Praxis auch den Erfüllungsanspruch betreffe, zumal der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei. Im Übrigen hielt es an seiner bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Qualifikation des Verkaufs eines Grundstücks mit einer Neubaute, hinsichtlich der grundsätzlichen – aber nicht ausnahmslosen – Unwiderruflichkeit von Gestaltungsrechten und hinsichtlich der Unverzüglichkeit gemäss Art. 107 Abs. 2 OR fest.*

### Sachverhalt

[1] Die A. AG (Unternehmerin, Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdeführerin) schloss am 10. Dezember 2010 mit dem Ehepaar B. als Käufer (Käufer, Kläger, Widerbeklagte, Beschwerdegegner) einen öffentlich beurkundeten Vertrag über die schlüsselfertige Erstellung und die Übertragung des Eigentums an der Stockwerkeigentumseinheit Nr. xxx, Grundbuch U. (sog. Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan). Nach Darstellung der Käufer verzögerte sich die Fertigstellung der Baute durch die Unternehmerin, sodass sie schliesslich auf weitere Leistungen verzichteten (Sachverhalt Teil A).

[2] Mit Urteil vom 7. Februar 2017 hiess das Bezirksgericht Luzern die am 14. Februar 2014 erhobene Forderungsklage der Käufer im Wesentlichen gut und wies die von der Unternehmerin erhobene Widerklage ab (Sachverhalt Teil B.a).

[3] Mit Urteil vom 29. März 2018 wies das Kantonsgericht Luzern die von der Unternehmerin erhobene Berufung ab und entschied gleich wie das Bezirksgericht. In Übereinstimmung mit diesem qualifizierte es den Vertrag vom 10. Dezember 2010 als gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag, wobei auf die streitigen Rechtsfragen Werkvertragsrecht zur Anwendung gelange. Es bejahte die Aktivlegitimation der Käufer und verwarf den Einwand, diese hätten zusammen mit dem Ehepaar D., welches die Attikawohnung im fraglichen Zweifamilienhaus erworben hatte, den Vertrag als einfache Gesellschaft bzw. als Stockwerkeigentümergeinschaft abgeschlossen, sodass sie nur zusammen hätten klagen können. Es erkannte sodann, die Käufer hätten zwar bereits am 21. Juni 2012 im Sinne von Art. 107 Abs. 2 [OR](#) ein erstes Mal auf die nachträgliche Leistung verzichtet, es sei aber zulässig, im gegenseitigen Einverständnis auf die Verzichtserklärung zurückzukommen, womit der Ablieferungsverzug wieder von neuem aufgelebt sei. Die Käufer hätten am 1. Oktober 2012 die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR erklärt, sich aber, nachdem der Rechtsvertreter der Unternehmerin gegen dieses Vorgehen protestiert habe, mit Schreiben vom 20. Oktober 2012 nicht mehr darauf, sondern auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Sinne von Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR berufen. Die Verzichtserklärung vom 29. Oktober 2012 sei nicht verspätet gewesen. Zusammengefasst seien die Käufer somit infolge Verzugs der Unternehmerin berechtigt gewesen, auf deren weitere Leistungen zu verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Sinne von Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR zu verlangen (Sachverhalt Teil B.b).

[4] Die von der Unternehmerin gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern am 23. Mai 2018 erhobene Beschwerde in Zivilsachen wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat (E. 6).

## Erwägungen

[5] Das Bundesgericht führte aus, dass nicht abschliessend beurteilt werden müsse, wie der Vertrag vom 10. Dezember 2010 zu qualifizieren sei. Vielmehr sei für jede Rechtsfrage gesondert zu prüfen, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen (Kaufvertrag oder Werkvertrag) sie zu beurteilen sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei beim Verkauf eines Grundstücks mit einer Neubaute insbesondere zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium sei die Herstellungspflicht. Nachdem die Vorinstanz festgestellt habe, die Neubaute hätte nach den individuellen Wünschen der Kläger erstellt werden sollen, durfte sie von einer werkvertraglichen Leistung ausgehen (E. 2, 2.2).

[6] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Vorinstanz zu Recht eine einfache Gesellschaft zwischen den Käufern und dem Ehepaar D. verneint hätte. Es genüge zur Annahme einer einfachen Gesellschaft nicht, dass sich die Gesellschafter als Vertragspartner auf bestimmte gemeinsam zu verfolgende Interessen einigten. Wesentlich sei vielmehr, dass sie das künftige Verhalten auf die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks ausrichten und dazu jeder Gesellschafter seinen Beitrag leiste. Das sei vorliegend im Unterschied zum streitgegenständlichen Sachverhalt von BGE [137 III 455](#) nicht der Fall (E. 3.1, 3.2).

[7] Das Bundesgericht verwies zudem in Bezug auf die Aktivlegitimation der Käufer auf sein kürzlich ergangenes Urteil, in welchem es klarstelle, dass der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch auch betreffend gemeinsame Bauteile jedem Stockwerkeigentümer ungeteilt und unabhängig von einer Wertquote zustehe (BGE [145 III 8](#) E. 3.2–3.6 S. 9 ff.). Es habe dabei nicht nur die Nachbesserungsrechte, sondern auch den Erfüllungsanspruch erwähnt. Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch sei denn auch ein «modifizierter Erfüllungsanspruch». Der einzelne Stockwerkeigentümer könne diesen (originalen) Erfüllungsanspruch ohne Weiteres geltend machen, auch wenn dieser gemeinsame Bauteile betreffe. Der Einwand der Unternehmerin, die Stockwerkeigentümer müssten betreffend die gemeinschaftlichen Teile auch gemeinsam handeln, andernfalls die Erfüllungsansprüche kollidieren könnten, vermenge die Fragen, wer ihr Vertragspartner und ihr gegenüber aktivlegitimiert sei, mit der Frage, ob der eine Stockwerkeigentümer durch seine Handlungen die Position eines anderen in Bezug auf gemeinschaftliche Teile beeinträchtigen dürfe. Zwar könne eine Koordination zwischen der Durchsetzung der werkvertraglichen Ansprüche der einzelnen Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich werden. Dies betreffe aber

zunächst das Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander und sei zudem auch Gegenstand der zwei mit beiden Parteien geschlossenen Verträge gewesen. Die Unternehmerin zeige aber nicht, inwieweit diese Verträge verletzt worden seien, zumal sich das Problem nicht gestellt hätte, wenn die Unternehmerin ihre Leistung rechtzeitig erbracht hätte (E. 3.3).

[8] Das Bundesgericht hielt fest, dass die Mitteilung der Käufer vom 1. Oktober 2012, zur Ersatzvornahme zu schreiten, auch ein Verzicht auf die Leistung der Unternehmerin sei. Mit der Mitteilung vom 29. Oktober 2012 hätten die Käufer erneut erklärt, auf die Leistung durch die Unternehmerin zu verzichten. Sie hätten damit auch weiterhin am Vertrag festgehalten, also nicht den Rücktritt erklärt und Schadenersatz verlangt, womit nur der aus dem Verzicht auf die Vertragserfüllung abgeleitete Anspruch geändert habe. Es sei deshalb fraglich, ob überhaupt im Sinne der Vorinstanz davon ausgegangen werden könne, es lägen ein Widerruf eines Gestaltungsrechts und damit ein «Umentscheiden» der Käufer vor. Denn selbst wenn ein «Umentscheiden» vorgelegen hätte, seien die Beschwerdegegner dazu berechtigt gewesen. Die Vorinstanz habe sich zu Recht auf BGE [128 III 70](#) E. 2 S. 75 f. berufen, worin festgehalten worden sei, dass das Gestaltungsrecht nicht unwiderruflich sei, wenn die Gegenpartei dieses oder dessen wirksame Ausübung bestreite. Denn damit bringe die Gegenpartei hinreichend zum Ausdruck, dass sie an der Vertragserfüllung festhalten wolle. Wer sich so verhalte, solle sich nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht gleichzeitig darauf berufen können, durch die Anfechtungserklärung sei er seiner Erfüllungspflicht enthoben worden (E. 5.3.2).

[9] Ausserdem führte das Bundesgericht aus, dass sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz eine Nachfristansetzung erübrigt habe. Weiter hielt es fest, dass die Erklärung vom 29. Oktober 2012 unverzüglich im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR gewesen sei, obschon die Voraussetzungen für jene Erklärung nach den Ausführungen der Unternehmerin bereits am 1. Oktober 2012 bestanden haben sollen. Es begründete seine Auffassung damit, dass das Erfordernis der Unverzüglichkeit den Schutz des Schuldners bezwecke, indem spekulative Verzögerungen seitens des Gläubigers verhindert werden sollten. Da im vorliegenden Fall keine derartigen spekulativen Verzögerungen ersichtlich seien (namentlich sei nicht ersichtlich gewesen, dass die Unternehmerin weiteren namhaften Aufwand für die Erfüllung betrieben habe), sei die Erklärung rechtzeitig erfolgt. Im Übrigen sei die Frist zur Erhebung der Mängelrüge nicht sinngemäss anzuwenden, weil jene Frist einen anderen Zweck verfolge, nämlich den Mangel schnellstmöglich zu beheben und eine Vergrösserung des Schadens zu verhindern (E. 5.4).

## **Kurzkomentar**

### *A. Einleitung*

[10] Im vorliegenden Urteil ergaben sich materielle Rechtsfragen aus verschiedenen Bereichen, welche nachfolgend kurz abgehandelt werden.

### *B. Vertragsqualifikation: Grundstückskauf über eine künftige Sache oder Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht?*

[11] Bei der Qualifikation des Vertrags verwies das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach beim Verkauf eines Grundstücks mit einer Neubaute insbesondere zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückskaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückskauf-/Werkvertrag (Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht, s. hierzu z.B. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 347 ff.) zu unterscheiden sei. Entscheidendes Abgrenzungskriterium sei die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet sei, sei der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Neubaute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache sei etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübe, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt werde. Demgegenüber sei von einem gemischten Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt werde, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_702/2011](#) vom 20. August 2012 E. 5; Urteil des Bundesgerichts [4C.301/2002](#) vom 22. Januar 2003 E. 2.1; s.

auch LARA ELLIOTT/MARKUS VISCHER, [Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute](#), in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2012, Rz. 9). Hat der Erwerber hingegen keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess, gelangten mit Bezug auf zukünftige Bauleistungen demnach kaufrechtliche – und eben keine werkvertraglichen – Bestimmungen zur Anwendung (FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Grundstückkauf mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 233 ff., S. 245).

[12] Richtigerweise argumentierte das Bundesgericht im vorliegenden Fall im Sinne dieser Rechtsprechung. Es betonte, dass – auch wenn gewisse Aspekte für einen Kauf sprächen, wie etwa die Formulierungen im Vertrag, die ungetrennte Vergütung für den Erwerb des Grundstücks und die Erstellung der Baute – das wesentliche Abgrenzungskriterium immer noch die Herstellungspflicht sei.

#### *C. Aktivlegitimation: einfache Gesellschaft?*

[13] Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist eine einfache Gesellschaft die Verbindung mehrerer Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks (LUKAS HANDSCHIN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 530 OR N 4). Überzeugend legte das Bundesgericht dar, dass die speziellen Voraussetzungen des Sachverhalts von BGE [137 III 455](#) vom vorliegenden Sachverhalt zu unterscheiden seien. Deswegen hätten sich die beiden Ehepaare (Käufer und Ehepaar D.) nicht zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen, auch wenn sie infolge des separaten Erwerbs je einer Stockwerkeinheit im fraglichen Zweifamilienhaus eine Stockwerkeigentümergeinschaft bildeten.

#### *D. Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs?*

[14] Unter Hinweis auf seinen kürzlich zuvor ergangenen Entscheid, BGE [145 III 8](#), bekräftigte das Bundesgericht seine Praxis(-änderung), wonach der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch auch betreffend gemeinsame Bauteile jedem Stockwerkeigentümer ungeteilt und unabhängig von einer Wertquote zusteht. Im erwähnten BGE [145 III 8](#) lehnte das Bundesgericht seine eigene, in BGE [114 II 239](#) vertretene Meinung ab, wonach der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch eines Stockwerkeigentümers in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile quotenbezogen sei (BGE [145 III 8](#) E. 3.2.2 ff. S. 10 ff.). Diese zuvor in der Lehre geforderte Praxisänderung war angezeigt (s. auch MARKUS VISCHER, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 2015, S. 217 ff., S. 224 f.; s. ferner VALENTINO BERGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Ungeteiltes Leid ist halbes Leid](#), in: dRSK, publiziert am 17. Januar 2019, Rz. 13; HUBERT STÖCKLI, Nachbesserungsrecht unabhängig von Wertquoten, BR 2018, S. 368 ff., S. 369).

[15] Hingegen blieb in BGE [145 III 8](#) ungeklärt, ob auch der werkvertragliche Erfüllungsanspruch – und nicht nur der Anspruch auf Nachbesserung – betreffend gemeinsame Bauteile jedem Stockwerkeigentümer ungeteilt und unabhängig von einer Wertquote zusteht. Damit einhergehend blieb auch offen, ob der werkvertragliche Anspruch auf Nachbesserung ein Erfüllungsanspruch ist (s. auch BERGER/GALLI/VISCHER, a.a.O., Rz. 14). Das Bundesgericht stellte im vorliegenden Urteil nun klar, dass jene Auslegung der Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts bei Stockwerkeigentümergeinschaften auch den werkvertraglichen Erfüllungsanspruch betreffe, weil der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch ein «modifizierter Erfüllungsanspruch» sei.

#### *E. Folgen der Qualifikation des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs als modifizierter Erfüllungsanspruch?*

[16] Diese vom Bundesgericht neu festgehaltene Erkenntnis, dass der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei, dürfte auch ausserhalb des Werkvertragsrechts von Bedeutung sein. Eine entsprechende Analogie im Kaufrecht etwa hätte grundlegende Folgen, da es im Kaufrecht keinen gesetzlichen Nachbesserungsanspruch gibt (dazu HEINRICH HONSELL, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 205 OR N 5; kritisch dazu MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, S. 1168 ff., S. 1172). Wäre nämlich der Anspruch auf Nachbesserung auch im

Kaufrecht als (Nach-)Erfüllungsanspruch anzusehen, könnte das vorliegende Urteil dazu führen, dass der Anspruch auf Nachbesserung neu auch im Kaufrecht als *ex lege* bestehend angesehen wird.

#### *F. Widerrufbarkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten?*

[17] Aus dem Schutzbedürfnis der Gegenpartei, d.h. ihrem Interesse an klaren Verhältnissen, folgt der Grundsatz, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten unwiderruflich ist (BGE [133 III 360](#) E. 8.1.2 S. 364; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 156). Von diesem Grundsatz wurde hier durch das Bundesgericht zu Recht die Ausnahme erkannt, wonach sich die Gegenpartei (respektive der Gestaltungsgegner) nicht auf diesen Schutz berufen könne, wenn sie das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet. Denn durch den Widerruf des Erklärenden wird nur der vom Gestaltungsgegner für richtig gehaltene Zustand hergestellt (BGE [128 III 70](#) E. 2 S. 75 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 157).

#### *G. Unverzüglichkeit der Verzichtserklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR?*

[18] Die Verzichtserklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR hat unverzüglich zu erfolgen, sodass der Schuldner nicht möglichen Spekulationen seitens des Gläubigers ausgesetzt ist (BGE [143 III 495](#) E. 4.3.2 S. 504). Die Gefahr einer Spekulation zulasten des Schuldners fällt jedoch von vornherein ausser Betracht, wenn der Schuldner zwischenzeitlich keinen namhaften Aufwand für die Erfüllung betrieben hat (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_232/2011](#) vom 20. September 2011 E. 5.3; ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Bern 2000, Art. 107 OR N 144). Vor diesem Hintergrund bejahte das Bundesgericht folgerichtig die Rechtzeitigkeit der Erklärung der Käufer, denn es sei nicht ersichtlich gewesen, dass die Unternehmerin zwischenzeitlich weiteren namhaften Aufwand betrieben habe.

MLaw ERIK LANZ, LL.M., Substitut, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

**Zitiervorschlag:** Erik Lanz / Dario Galli / Markus Vischer, Verzug beim Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht, in: dRSK, publiziert am 19. August 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**