



Kommentar zu: Urteil: [4A_302/2022](#) vom 30. Mai 2023
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Rücktritt von einem Vorvertrag zu einem Generalunternehmervertrag

Autor / Autorin

Florian Iten

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_302/2022 vom 30. Mai 2023 befasste sich das Bundesgericht erneut mit dem Rücktritt von einem Vorvertrag zu einem Generalunternehmervertrag (Unternehmerklausel) durch den Besteller. Es blieb seiner Linie treu und bestätigte seine strenge Rechtsprechung, wonach die in Art. 377 OR vorgesehene Schadenersatzpflicht des Bestellers nur ausnahmsweise bei Vorliegen wichtiger Gründe entfällt.

Sachverhalt

[1] Am 23. Januar 2017 schlossen die C.x SA (Darlehensgeberin, Generalunternehmerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Generalunternehmerin) einerseits und B und die A GmbH (B und A GmbH gemeinsam die Darlehensnehmer, Projektträger und Beschwerdeführer, nachfolgend gemeinsam: Projektträger) andererseits einen Vertrag (nachfolgend: Projektvertrag) betreffend ein Projekt zur Erbauung von vier Villen auf der Parzelle N (nachfolgend: Projekt Y) (Sachverhalt Teil A.b).

[2] Der Projektvertrag sah unter anderem Folgendes vor (Sachverhalt Teil A.b):

Präambel: Um einen Baubewilligungsantrag stellen zu können, werden die Projektträger ein Verkaufs- und Kaufversprechen («*promesse de vente et d'achat*») betreffend die gesamte Parzelle N unterzeichnen, das bis zum 31. August 2017 gültig ist. Das Verkaufs- und Kaufversprechen kann nur unterzeichnet werden, wenn CHF 50'000 auf das Konto von Notar H bezahlt werden.

Art. 1 und 2: Die Generalunternehmerin gewährt den Projektträgern ein Darlehen von CHF 50'000, das ausschliesslich für das Projekt Y verwendet werden darf und spätestens am 31. August 2017 zurückzuzahlen ist.

Art. 3: Die Projektträger verpflichten sich, der Generalunternehmerin die Bauarbeiten für das Projekt Y zu übertragen. Demgegenüber verpflichtet sich die Generalunternehmerin, einen wettbewerbsfähigen und den aktuellen Genfer Marktpreisen entsprechenden Pauschalpreis anzubieten. Weiter verpflichtet sich die Generalunternehmerin, alles in ihrer Macht Stehende vorzukehren, um von der von den Projektträgern ausgewählten projektfinanzierenden Bank als Generalunternehmung anerkannt zu werden. Sollten die Projektträger den Bankkredit für das Projekt Y nicht erhalten und/oder keinen wettbewerbsfähigen Pauschalpreis angeboten erhalten, verzichtet die Generalunternehmerin auf die Ausführung der Bauarbeiten, ohne etwaige Ansprüche gegen die Projektträger geltend zu machen.

[3] Weiter vereinbarten die Parteien, dass jeder der vier Käufer einer Villa ab Plan einen Generalunternehmervertrag mit der Generalunternehmerin abschliessen wird.^[1] Es war vorgesehen, dass

bis Ende August 2017 vier Grundstückskaufverträge mit Unternehmerklauseln geschlossen werden, wobei jeder der vier Grundstückskäufer an die Stelle der Projektträger (Käufer der gesamten Parzelle Y) treten wird (Sachverhalt Teil A.c). Mit anderen Worten sollten die vier Villenkäufer im Rahmen der vier Grundstückskaufverträge die Projektträger ersetzen und deshalb einen Generalunternehmervertrag mit der Generalunternehmerin unterzeichnen.[\[2\]](#)

[4] Basierend auf einem von der C.y SA[\[3\]](#) (nachfolgend: Bauunternehmerin) erstellten und von den Projektträgern angepassten Kostenvoranschlag, wurden die Baukosten in der finalen Kostenschätzung vom 12. Juli 2017 auf CHF 3'170'318.01 beziffert (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Der Geschäftsführer der A GmbH (d.h. einer der Projektträger) informierte E (einziges Verwaltungsratsmitglied der Generalunternehmerin und der Bauunternehmerin) mit E-Mail vom 23. Juli 2017, dass er den Generalunternehmervertrag noch nicht erhalten habe. Er wies in dieser E-Mail auch darauf hin, dass der Erhalt des Generalunternehmervertrags keinen Aufschub dulde. Mit Einschreiben vom 25. Juli 2017 (nachfolgend: Rücktrittsschreiben) verzichtete die A GmbH (d.h. einer der Projektträger) mit sofortiger Wirkung auf die Dienste der Generalunternehmerin wegen schwerwiegender Verletzung vertraglicher Pflichten (*«pour manquement grave à vos obligations»*). Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass aufgrund des noch nicht erhaltenen Generalunternehmervertrags bzw. der Verzögerung die Frist zum Erwerb der Parzelle Y nicht gewahrt werden könne. Die A GmbH teilte der Generalunternehmerin auch mit, dass die L GmbH (nachfolgend: Ersatzunternehmen) die Generalunternehmerin ersetzen werde. Mit E-Mail und Einschreiben vom 26. Juli 2017 sandte die Generalunternehmerin den Projektträgern den Generalunternehmervertrag zu (Sachverhalt Teil A.e).

[6] Die Verträge zum Erwerb der vier Villen wurden Ende August 2017 unterzeichnet, wobei das Ersatzunternehmen einen Generalunternehmervertrag mit jedem der vier Villenkäufer abschloss. Als Pauschalpreis wurde der Betrag von CHF 3'170'000 vereinbart (Sachverhalt Teil A.g).

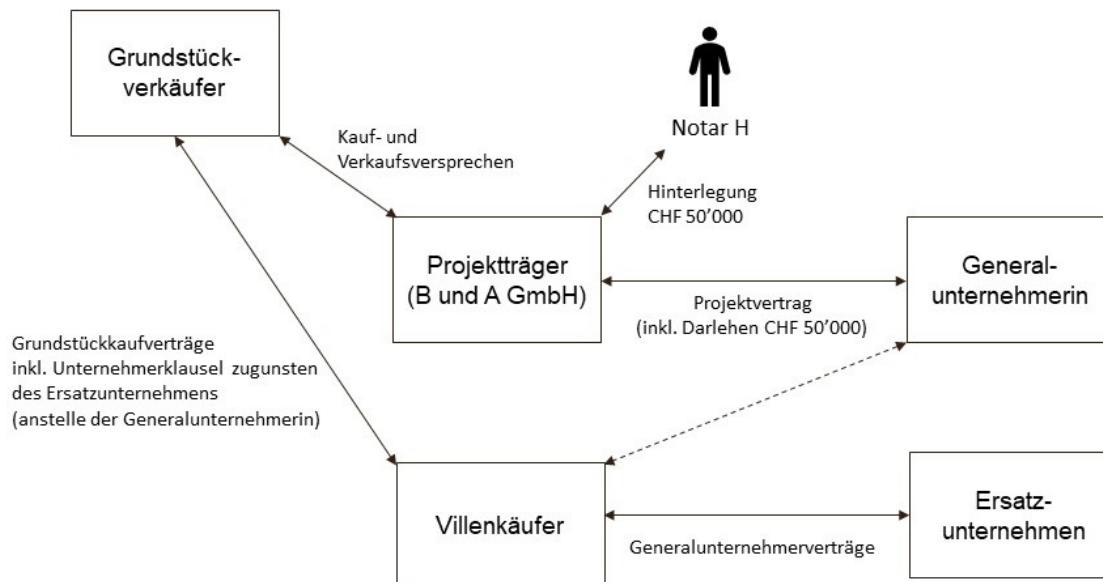
[7] Die Generalunternehmerin und die Bauunternehmerin forderten daraufhin von den Projektträgern die Zahlung des Betrags von insgesamt CHF 264'361.28 (inkl. MwSt.) bzw. CHF 244'778.97 netto, unter anderem wegen bereits geleisteter Arbeiten und entgangenem Gewinn. Im Dezember 2017 trat die Bauunternehmerin sämtliche Ansprüche, die ihr gegenüber den Projektträgern im Zusammenhang mit dem Projekt Y zustehen, an die Generalunternehmerin ab (Sachverhalt Teile A.h und A.i).

[8] Mit Klage vom 28. März 2018 beantragte die Generalunternehmerin, die Projektträger seien solidarisch zur Zahlung von insgesamt CHF 264'361.28 zu verurteilen. Das erstinstanzliche Genfer Gericht hiess die Klage gut und verpflichtete die Projektträger solidarisch zur Zahlung von CHF 244'778.97 netto zuzüglich Zinsen (Sachverhalt Teile B.a und B.c).

[9] Die dagegen erhobene Berufung der Projektträger wies die Genfer *Cour de Justice* mit Entscheid vom 17. Mai 2022 ab. Sie erwog im Wesentlichen, die Projektträger hätten sich verpflichtet, die Arbeiten des Projekts Y der Generalunternehmerin zu übertragen, unter der doppelten Bedingung, dass (i) ein wettbewerbsfähiger und dem Genfer Markt entsprechender Pauschalpreis angeboten wird und (ii) die Bank die Generalunternehmerin als Generalunternehmung akzeptiert. Beide Bedingungen seien erfüllt: Erstens habe der von der Generalunternehmerin angebotene Preis demjenigen Preis entsprochen, den die Projektträger mit dem Ersatzunternehmen vereinbart hatten. Zweitens hätte die Bank die Generalunternehmerin akzeptiert, wenn die Projektträger nicht aus unbegründetem Anlass das Ersatzunternehmen beauftragt hätten (Sachverhalt Teil B.c).

[10] Die Projektträger verlangten mit Beschwerde in Zivilsachen die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 6).

[11] Der Sachverhalt lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



Erwägungen

[12] Das Bundesgericht erwog, Art. 3 des Projektvertrags stelle ein Versprechen zum Vertragsabschluss (d.h. einen Vorvertrag) im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR dar. Die Projektträger hätten sich als Besteller verpflichtet, einen Generalunternehmervertrag (d.h. den Hauptvertrag) mit der Generalunternehmerin betreffend die vier Villen zu einem wettbewerbsfähigen Pauschalpreis abzuschliessen. Die Projektträger würden die Gültigkeit dieser Pflicht zu Recht nicht in Frage stellen, seien darin doch die wesentlichen Elemente des Werkvertrags enthalten und ausreichend bestimmt, nämlich das zu erstellende Werk und dessen entgeltlicher Charakter. Die Projektträger hätten diese Pflicht nicht erfüllt (E. 4).

[13] Den Projektträgern habe es jederzeit freigestanden, sich von ihrer Pflicht zum Abschluss des Generalunternehmervertrags zu befreien, sofern sie die vom Gesetz vorgesehenen monetären Rechtsfolgen akzeptieren. Denn Art. 377 OR gestatte dem Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Werkvertrag zurückzutreten, solange das Werk unvollendet ist. Dieses Rücktrittsrecht bestehe anerkanntermassen auch, um sich von der Pflicht zum Abschluss eines Werkvertrags zu befreien. Die in Art. 377 OR vorgesehene volle Schadloshaltung entspreche dem positiven Vertragsinteresse, d.h. dem Interesse des Unternehmers an der vollständigen Erfüllung des Werkvertrags, worin auch der entgangene Gewinn enthalten sei. Beim Rücktritt von einem Vorvertrag entspreche der zu ersetzende Schaden demjenigen, den der Vertragspartner aufgrund der Nichterfüllung des Hauptvertrags erlitten habe. Da die Schadenersatzforderung qua Gesetz und nicht infolge Verletzung des Vertrags entstehe, könne sich der Besteller auch nicht mit dem Nachweis des fehlenden Verschuldens seiner Schadenersatzpflicht entziehen. Die Rechtsprechung erlaube jedoch eine teilweise oder gar vollständige Reduktion der in Art. 377 OR vorgesehenen Schadloshaltung, sofern der Rücktritt aus wichtigen Gründen erfolge (E. 5).

[14] Die Vorinstanz habe erkannt, dass der im Rücktrittsschreiben angeführte Grund^[4], um vom Vorvertrag zurückzutreten, nicht real und nicht durch das Verhalten der Generalunternehmerin begründet sei. Die Vorinstanz habe insbesondere festgehalten, die Projektträger hätten widersprüchliche Erwartungen kommuniziert, bis wann der Generalunternehmervertrag vorliegen, und die Verträge mit den Villenkäufern hätten unterzeichnet werden sollen. Überdies sei gemäss einer Zeugenaussage das Ersatzunternehmen bereits im Mai/Juni 2017 in das Projekt Y eingetreten. Der im Rücktrittsschreiben vorgebrachte Grund sei deshalb – so das Bundesgericht – bloss vorgeschoben, womit kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 377 OR vorliege, der die Projektträger von der vollständigen Schadloshaltung befreie (E. 5.1).

[15] Die Pflicht der Projektträger, den Generalunternehmervertrag mit der Generalunternehmerin abzuschliessen, sei unter der Bedingung gestanden, dass die Generalunternehmerin den Kredit der von den Projektträgern ausgewählten Bank erhalte. Die Projektträger bestritten die vorinstanzliche Feststellung nicht, dass die Bank die Generalunternehmerin als Generalunternehmung akzeptiert hätte. Die Projektträger hätten den Eintritt dieser Bedingung durch den Rücktritt vom Vorvertrag zum Generalunternehmervertrag treuwidrig verhindert, weshalb die Bedingung gemäss Art. 156 OR als erfüllt gelte (E. 5.2).

[16] Die Projektträger rügten, die Vorinstanz habe willkürlich festgehalten, dass die Generalunternehmerin einen wettbewerbsfähigen und den aktuellen Genfer Marktpreisen entsprechenden Pauschalpreis angeboten habe. Das Bundesgericht hielt fest, die Vorinstanz habe ohne Willkür festgestellt, dass der von der Generalunternehmerin angebotene Pauschalpreis wettbewerbsfähig und den aktuellen Genfer Marktpreisen entsprochen habe, da er nur um CHF 300 höher gelegen habe als der zwischen den Projektträgern und dem Ersatzunternehmen vereinbarte Pauschalpreis (E. 5.3).

Kurzkommentar

[17] Die in Art. 3 des Projektvertrags stipulierte Pflicht der Projektträger, einen Generalunternehmervertrag abzuschliessen, wird als *Unternehmerklausel* bezeichnet.^[5] Wie vorliegend das Bundesgericht (vgl. Rz. 12) qualifiziert auch die h.L. solche Unternehmerklauseln als Vorverträge zu einem Generalunternehmervertrag im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR,^[6] auf den das Werkvertragsrecht und somit Art. 377 OR anwendbar sind.^[7] Sofern die Parteien das jederzeitige Rücktrittsrecht im Sinne von Art. 377 OR nicht wegbedungen haben,^[8] kann der Besteller bereits vom Vorvertrag zurücktreten. Mit anderen Worten muss er nicht zuerst einen Generalunternehmervertrag abschliessen, von dem er anschliessend zurücktritt.^[9]

[18] Vor Bundesgericht war unter anderem strittig, ob die Projektträger aus wichtigem Grund vom Vorvertrag zum Generalunternehmervertrag zurückgetreten sind und deshalb die Generalunternehmerin nicht vollständig schadlos halten müssen (vgl. Rz. 13).

[19] Das Bundesgericht bleibt seiner Linie treu und lässt die Schadenersatzpflicht^[10] des Bestellers nur in «Härtefällen»^[11] entfallen. Den Besteller trifft somit nur dann keine Schadenersatzpflicht, wenn der Rücktritt auf einem dem Unternehmer vorwerfbar Verhalten beruht und die Aufrechterhaltung des Vertrags unzumutbar erscheint.^[12] Das Bundesgericht wendet diese restriktive Praxis auch auf Unternehmerklauseln und damit auf Werkvorverträge im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR an. Da unter «voller Schadloshaltung» gemäss Art. 377 OR das positive Vertragsinteresse zu verstehen ist (vgl. Rz. 13),^[13] hat der Besteller (hier: die Projektträger) die Unternehmerin (hier: die Generalunternehmerin) bereits im vorvertraglichen Verhältnis so zu stellen, wie wenn der Werkvertrag (hier: der Generalunternehmervertrag) abgeschlossen und gehörig erfüllt worden wäre.

[20] Unseres Erachtens liess das Bundesgericht die Schadenersatzpflicht der Projektträger zu Recht nicht entfallen. Erstens traten die Projektträger bereits zwei Tage nach der Aufforderung zur Übersendung des Generalunternehmervertrags vom Vorvertrag zum Generalunternehmervertrag zurück (vgl. Rz. 5), ohne dass aus dem besprochenen Urteil ersichtlich ist, dass die Projektträger der Generalunternehmerin Frist zur Übersendung des Generalunternehmervertrags gesetzt hätten. Ohne Ansetzung einer Frist, durften die Projektträger nicht mit dem Erhalt des Generalunternehmervertrags innert zwei Tagen rechnen. Zweitens war das Ersatzunternehmen bereits vor dem Rücktritt vom Vorvertrag zum Generalunternehmervertrag in das Projekt Y involviert (vgl. Rz. 13). Der geltend gemachte wichtige Grund erscheint – wie das Bundesgericht richtigerweise festhält – vorgeschoben, um das Projekt Y mit dem Ersatzunternehmen realisieren zu können, dessen Anteile (zumindest teilweise^[14]) vom selben Alleingesellschafter der A GmbH (d.h. einer der Projektträger) gehalten wurden.

MLaw FLORIAN ITEN, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

[1] Aus dem referierten Urteil geht nicht hervor, ob diese Abrede in Form eines Nachtrags zum Projektvertrag oder in Form einer Einzelvereinbarung geschlossen wurde.

[2] «[P]lus précisément, chaque acquéreur d'un bien-fonds destiné à abriter une villa se substituait dans la vente au(x) promettant(s) – acquéreur(s) de la parcelle totale et devait conclure un contrat d'entreprise générale avec l'intimée.» Vgl. auch folgende Passagen im vorinstanzlichen Urteil: «Les parties sont par ailleurs convenues qu'un contrat d'entreprise générale serait directement signé entre chacun des futurs acquéreurs et l'entreprise générale (soit un contrat d'entreprise générale pour chaque villa vendue par les promoteurs).» und weiter «Le fait que le contrat d'entreprise générale devait, d'entente entre les parties, être formellement conclu entre l'entreprise générale et les acquéreurs des villas ne modifiait pas la qualification juridique de l'accord conclu. Il revenait en effet aux promoteurs de désigner l'entreprise générale, les acquéreurs n'ayant aucune marge de manoeuvre dans la conclusion

de ces contrats individuels.» (Urteil der Genfer Cour de Justice [ACJC/687/2022](#) vom 17. Mai 2022 Sachverhalt Teile C.e und E).

[3] Sowohl die Generalunternehmerin (C.x SA) als auch die Bauunternehmerin (C.y SA) haben Sitz in Genf, sind an derselben Adresse domiziliert und verfügen mit E über das gleiche alleinige Verwaltungsratsmitglied. Die C.y SA bezweckt die Ausübung sämtlicher Tätigkeiten einer Generalunternehmung und die C.x SA insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen als Bauprojektmanagerin und Bauleiterin (vgl. Sachverhalt Teil A.a). Im Projektvertrag wurde die C.x SA jedoch als «Generalunternehmerin» («*Entreprise Générale*») bezeichnet (Sachverhalt Teil A.b). Zum Zwecke der besseren Leserlichkeit wird in vorliegender Urteilsbesprechung die C.x SA deshalb als Generalunternehmerin und die C.y SA als Bauunternehmerin bezeichnet.

[4] Vgl. E. 5.1: «*retard injustifié et injustifiable pris par l'intimée pour transmettre le contrat d'entreprise générale*».

[5] FLORIAN ITEN/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Unternehmerklausel im Grundstückskaufvertrag](#), in: dRSK, publiziert am 7. Oktober 2021, Rz. 11 f. mit weiteren Hinweisen.

[6] PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 416; ADRIEN GABELLON, Le précontrat, Diss. Freiburg 2014 = AISUF Band 338, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 180; MARKUS REBER, Die Baubindung beim Grundstückskauf, Diss. Bern 1998 = ASR Heft 626, Bern 1998, S. 2; NICHOLAS R. HERZOG, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich 1999 = ZStP Band 154, Zürich 1999, Rz. 125 ff.

[7] ITEN/GALLI/VISCHER (Nr. 5), Rz. 15; GAUCH (Nr. 6), Rz. 230 und 235; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 1679; REBER (Nr. 6), S. 71 f.

[8] Siehe zur Zulässigkeit der Wegbedingung von Art. 377 OR die verschiedenen Lehrmeinungen bei GAUCH (Nr. 6), Rz. 583 ff.

[9] GAUCH (Nr. 6), Rz. 429; REBER (Nr. 6), S. 59 f.

[10] Art. 377 OR spricht von «voller Schadloshaltung».

[11] So bereits in BGE 69 II 139 E. 4b S. 144: «*Ce n'est qu'au cas où la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive qu'on pourrait se départir du principe de la fidélité au contrat et du respect de la loi.*»; GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 377 OR N 18; GAUCH (Nr. 6), Rz. 572.

[12] Urteile des Bundesgerichts [4A_468/2019](#) vom 29. Juli 2020 E. 3.3, [4A_129/2017](#) vom 11. Juni 2018 E. 3.1, [4D_8/2008](#) vom 31. März 2008 E. 3.4.1, [4C.393/2006](#) vom 27. April 2007 E. 3.3; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Nr. 11), Art. 377 OR N 18; GAUCH (Nr. 6), Rz. 574; vgl. aber ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 1062, der es dogmatisch für «verfehlt» hält, in diesen Fällen Art. 377 OR, nicht aber dessen Rechtsfolge anzuwenden.

[13] Urteile des Bundesgerichts [4A_468/2019](#) vom 29. Juli 2020 E. 3.3, [4A_189/2017](#) vom 5. Oktober 2017 E. 3.1; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Nr. 11), Art. 377 OR N 15; GAUCH (Nr. 6), Rz. 546.

[14] Die konkreten Beteiligungsverhältnisse am Ersatzunternehmen gehen aus dem besprochenen Urteil nicht abschliessend hervor. Aus Sachverhalt Teil A.e geht jedoch implizit hervor, dass die Stammanteile des Ersatzunternehmens zumindest teilweise von G gehalten werden, dem Alleingesellschafter der A GmbH (Sachverhalt Teil A.b), der einer der beiden Projektträger ist (Rz. 1).

Zitiervorschlag: Florian Iten / Dario Galli / Markus Vischer, Rücktritt von einem Vorvertrag zu einem Generalunternehmervertrag, in: dRSK, publiziert am 18. März 2024

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

