



Kommentar zu: Urteil: [4A_539/2022](#) vom 05. April 2023
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Werklohnrückbehalt aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts gemäss Art. 82 OR

Autor / Autorin

Basil Tanner

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_539/2022 vom 5. April 2023 entschied das Bundesgericht, dass die vertraglich vereinbarte Übertragung von Sicherheiten und deren physische Übergabe nicht in einem Austauschverhältnis zur Zahlung des Werklohns stehen. Das erstellte Werk werde durch die Nichterfüllung dieser Nebenpflichten nicht wertlos, weshalb sich die Bestellerinnen nicht auf das Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR berufen konnten.

Sachverhalt

[1] Die A.A AG und die B.A AG (Bestellerinnen, Beschwerdeführerinnen, nachfolgend: Bestellerinnen) als einfache Gesellschaft und die Rechtsvorgängerin der B AG (vormals C AG; Unternehmerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Unternehmerin) schlossen am 28. Mai 2013 einen Werkvertrag über die Erstellung einer Wohnüberbauung ab. Nach Unstimmigkeiten trafen die Parteien sodann am 22. Mai 2015 eine Vereinbarung über den weiteren Vollzug des Projekts (nachfolgend: Vollzugsvereinbarung). Diese sah unter anderem vor, dass die Unternehmerin, die ihr gegenüber Subunternehmern und Lieferanten zustehenden Mängelrechte an die Bestellerinnen abtrat. Am 2. Februar 2016 schlossen die Parteien schliesslich eine Pauschalierungsvereinbarung betreffend die Leistungen der Unternehmerin (Sachverhalt Teil A).

[2] Mit Eingabe vom 14. Dezember 2020 verlangte die Unternehmerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich von den Bestellerinnen CHF 500'000 ausstehenden Werklohn nebst Zins. Die Bestellerinnen stellten nicht in Abrede, dass von der Schlusszahlung noch CHF 500'000 offen sind. Sie bestritten aber eine Zahlungspflicht, weil die Wohnüberbauung nie abgenommen worden und die Schlusszahlung daher nicht fällig sei und weil die Unternehmerin ihre vertraglichen Pflichten zur Abtretung von Gewährleistungsrechten nicht erfüllt habe. Überdies stellten sie der klägerischen Werklohnforderung verrechnungsweise Gegenforderungen gegenüber. Unter anderem machten sie vertragliche Ansprüche aus Minderkosten wegen nicht ausgebauter Wohnungen geltend (Sachverhalt Teil B).

[3] Das Handelsgericht hiess die Klage am 24. Oktober 2022 gut und verpflichtete die Bestellerinnen unter solidarischer Haftung, der Unternehmerin CHF 500'000 nebst Zins zu zahlen (Sachverhalt Teil B).

[4] Die Bestellerinnen beantragen mit Beschwerde in Zivilsachen, das handelsgerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf

eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 4).

Erwägungen

[5] Die Bestellerinnen machten vor Bundesgericht unter anderem geltend, sie seien gestützt auf Art. 82 OR berechtigt, die eingeklagten CHF 500'000 zurückzubehalten, solange die Unternehmerin ihnen nicht die Garantien oder Bürgschaften der Subunternehmer überträgt (E. 2 Ingress).

[6] Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten wolle, müsse – so das Bundesgericht – nach Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen habe. 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. Das Leistungsverweigerungsrecht setze allerdings voraus, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen. In der Regel bestehe ein solches nur zwischen den Hauptleistungspflichten, nicht jedoch in Hinblick auf die Nebenleistungspflichten. Ausnahmsweise sei die Anwendung von Art. 82 OR aber auch im Hinblick auf Nebenleistungspflichten denkbar, namentlich wenn die Hauptleistung bei Nichterfüllung der Nebenleistungspflicht praktisch wertlos wäre. Gegen die Annahme eines Austauschverhältnisses spreche sich ein Teil der Lehre bei den sog. primären Nebenpflichten aus (z.B. Mitteilungspflichten, selbstständige Unterlassungspflichten, Verschaffungspflichten), die selbstständig eingeklagt werden können. Es sei in erster Linie an den Parteien zu entscheiden, ob die Nebenleistung einen solchen Stellenwert habe, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis stehe (E. 2.2).

[7] Die Vorinstanz sei nach eingehender Würdigung der Sach- und Rechtslage zum Schluss gelangt, dass die Wohnüberbauung spätestens Ende Juni 2017 abgenommen wurde. Mit diesen Erwägungen hätten sich die Bestellerinnen nicht hinreichend auseinandergesetzt (E. 2.3.1).

[8] Die Bestellerinnen hätten bereits vor der Vorinstanz geltend gemacht, dass spezifische Abtretungserklärungen erforderlich gewesen wären. Diesen Einwand habe die Vorinstanz widerlegt, indem sie ausführte, in Ziffer 10 der Vollzugsvereinbarung hätten die Parteien festgehalten, dass die Unternehmerin sämtliche Gewährleistungsrechte an die Bestellerinnen abtritt. Die gewählte Formulierung werde gemeinhin im Sinne einer Abtretungserklärung verstanden, die ohne weitere Handlungen gültig sei (E. 2.3.2).

[9] Wenn die Bestellerinnen vorbringen würden, es habe «ganz offensichtlich» dem übereinstimmenden Parteiwillen entsprochen, dass die Gewährleistungsrechte nicht bereits mit der Unterzeichnung der Vollzugsvereinbarung abgetreten wurden, dann genügten sie den Begründungsanforderungen nicht (E. 2.3.3).

[10] Der Zeitpunkt der Abtretung sei vertraglich definiert worden. Die Bestellerinnen behaupteten zwar, die Abnahme sei noch nicht erfolgt, allerdings ohne sich hinreichend mit den entgegengesetzten Ausführungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz habe überzeugend dargelegt, weshalb sie davon ausgeht, dass die Vollzugsvereinbarung bereits das Verfügungsgeschäft enthielt (E. 2.3.3.1).

[11] Hingegen erschliesse sich nicht, weshalb es einer «physischen Übergabe» der konkreten Sicherheiten wie Garantien und Bürgschaften bedurft hätte, wie die Bestellerinnen vorbrächten. Im Rahmen einer Abtretung gingen mit der Forderung die Vorzugs- und Nebenrechte über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft seien (Art. 170 Abs. 1 OR). Unter «Nebenrechten» nach Art. 170 Abs. 1 OR seien auch akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte zu verstehen, wie etwa Pfandrechte oder Rechte aus Bürgschaften. Nur ein gegenüber dem Zedenten abgegebenes selbstständiges Garantieverprechen nach Art. 111 OR werde von der Zessionswirkung nicht ohne weiteres erfasst, sodass eine spezielle Abtretung notwendig werden könne. Einer physischen Übergabe zur Geltendmachung der Sicherungsrechte bedürfe es aber nicht zwingend. Eine hinreichende Substanziierung zur Art der geleisteten Sicherheiten wäre damit notwendig, um zu entscheiden, welche Rechte ohne weiteres auf die Bestellerinnen übergangen. Die Bestellerinnen verwiesen auf ein Dokument, es fehle aber an einem hinreichenden Aktenhinweis, wo in den Rechtsschriften die Ausführungen erfolgt sein sollten (E. 2.3.3.2).

[12] Zudem zeigten die Bestellerinnen nicht auf, weshalb die Übertragung von Garantien eine Hauptpflicht sein sollte, die in einem synallagmatischen Austauschverhältnis zur Bezahlung des Werklohns stehen sollte. Vielmehr lege die Vorinstanz schlüssig dar, dass es sich dabei höchstens

um eine Nebenpflicht handeln könne, die hinter die Hauptpflicht zur Erstellung des Werks zurücktrete. Dass das Werk nicht wertlos werde, nur weil keine Garantien übertragen werden, würden auch die Bestellerinnen anerkennen. Die Pflicht zur Übertragung bestehender Garantien wäre unabhängig von der mängelfreien Erstellung des Werkes einklagbar. Dasselbe gelte für eine physische Übergabe. Dies spreche gegen die Anwendung von Art. 82 OR. Dass etwas anderes vereinbart worden wäre, indem der Nebenleistung ein solcher Stellenwert eingeräumt worden wäre, dass sie zur Hauptleistung in einem Austauschverhältnis stünde, legen die Bestellerinnen nicht rechtsgenügend dar (E. 2.3.3.3).

[13] Nach dem Gesagten sei die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, die Gewährleistungsrechte seien mit dem Abschluss der Vollzugsvereinbarung abgetreten worden. Damit seien die Bestellerinnen grundsätzlich verpflichtet, der Unternehmerin den Werklohn im Betrag der offenen Schlusszahlung von CHF 500'000 zu leisten (E. 2.4).

Kurzkomentar

[14] Das Bundesgericht beschäftigte sich im vorliegenden Urteil erneut mit Art. 82 OR.^[1] Es bekräftigte zu Recht, dass nicht nur bei Hauptleistungspflichten ein Austauschverhältnis im Sinne von Art. 82 OR angenommen werden kann, sondern auch bei eng mit der Hauptleistung zusammenhängenden Nebenpflichten (vgl. E. 2.2). Ob eine Nebenpflicht eng mit einer Hauptleistung zusammenhängt, ist durch Auslegung zu ermitteln.^[2]

[15] Interessant ist auch die Aussage des Bundesgerichts, wonach eine physische Übergabe der Schuldurkunde im Sinne von Art. 170 Abs. 2 OR zur Geltendmachung von Sicherungsrechten im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR (z.B. Pfandrechte oder Rechte aus Bürgschaften) nicht zwingend sei (E. 2.3.3.2 mit Hinweis auf BGE [80 II 109](#) E. 2 S. 114). Diese Erwägung lässt vor allem im Zusammenhang mit der wertpapiermässigen und der nicht wertpapiermässigen Übertragung von Aktien aufhorchen, die zusätzlich zur Abtretung die Übergabe der Urkunde voraussetzt.^[3]

[16] Grundsätzlich gilt, dass der Zedent verpflichtet ist, dem Zessionar die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern (Art. 170 Abs. 2 OR). Verletzt der Zedent diese Pflicht, so wird die Zession dadurch nicht ungültig.^[4] Vielmehr kann der Zessionar nur (aber immerhin) die physische Übergabe im Sinne von Art. 170 Abs. 2 OR einklagen^[5] und allenfalls Schadenersatz wegen Vertragsverletzung fordern.^[6] Das Bundesgericht wollte wohl mit der genannten, etwas zu absolut geratenen Aussage lediglich diesen Grundsatz bekräftigen. Es wollte umgekehrt wohl nicht sagen, dass der Grundsatz ausnahmslos gilt. Vielmehr ist je nach Schuldurkunde zu differenzieren. Bei Schuldurkunden in der Form von Wertpapieren ist deshalb nach wie vor die wertpapierrechtliche Spezialregelung gemäss Art. 967 Abs. 1 OR anwendbar. Damit ist zur Gültigkeit der wertpapiermässigen und der nicht wertpapiermässigen Übertragung von Aktien die Übergabe der Urkunde nach wie vor notwendig. Das Bundesgericht bestätigte dies erst kürzlich in einem anderen Urteil.^[7] Die Übergabe der Schuldurkunde stellt damit im Wertpapierrecht nach wie vor ein zusätzlich zum Indossament bzw. zur Abtretung hinzukommendes, eigenständiges Gültigkeitserfordernis der Eigentumsübertragung dar.

[17] Vor diesem Hintergrund kann die erwähnte Erwägung des Bundesgerichts nur als ein zu absolut geratenes *obiter dictum* betreffend Art. 170 Abs. 1 OR angesehen werden. Keinesfalls soll dadurch die Übertragung von Wertpapieren erleichtert werden. Die physische Übergabe der Schuldurkunde ist in solchen Fällen weiterhin vorausgesetzt.

M^{Law} BASIL TANNER, Substitut, Walder Wyss AG.

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

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

[1] Siehe das kürzliche ergangene Urteil [4A_262/2021](#) vom 30. September 2021 (besprochen von MICHAEL KÜNDIG/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Einrede des nicht erfüllten Aktienkaufvertrags \[Art. 82 OR\]](#), in: dRSK, publiziert am 27. Januar 2022), welches das Bundesgericht im referierten Urteil zitiert.

[2] Vgl. Urteil des Bundesgerichts [4A_308/2012](#) vom 11. Oktober 2012 E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts [4C.217/2002](#) vom 24. Juni 2003 E. 3.1; ULRICH G. SCHROETER, in: Corinne Widmer

Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 82 OR N 26; a.M. MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2000, Art. 82 OR N 65, der das notwendige Austauschverhältnis im Sinne von Art. 82 OR bei Nebenpflichten verneint, wenn diese selbständig einklagbar sind; ebenfalls in diese Richtung gehend Urteil des Bundesgerichts [4A_539/2022](#) vom 5. April 2023 E. 2.3.3.3.

[3] BGE [124 III 350](#) E. 2c S. 353 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022, § 3 Rz. 30; BRUNO PASQUIER/JEAN-MARIE AYER, Formungültige Aktienübertragungen auf der Blockchain, Anwaltsrevue 2019, S. 196 ff., S. 197; MARKUS VISCHER/SAMUEL LIEBERHERR, Due Diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 293 ff., S. 296 f.; EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1993, Art. 165 OR N 21.

[4] Urteil des Bundesgerichts [4A_133/2009](#) vom 3. Juni 2009 E. 2.6; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (Nr. 2), Art. 165 N 5 und Art. 170 OR N 14.

[5] Urteil des Bundesgerichts [4A_539/2022](#) vom 5. April 2022 E. 2.3.3.3.

[6] BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN (Nr. 2), Art. 170 OR N 14.

[7] Siehe Urteil des Bundesgerichts [4A_25/2023](#) vom 22. Juni 2023 E. 8.1.1 (besprochen von LUCA BARTOLOMEI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an Aktien ohne separates Verfügungsgeschäft?](#), in: dRSK, publiziert am 23. Januar 2024).

Zitiervorschlag: Basil Tanner / Dario Galli / Markus Vischer, Werklohnrückbehalt aufgrund des Leistungsverweigerungsrechts gemäss Art. 82 OR, in: dRSK, publiziert am 18. März 2024

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern
T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

[weblaw.ch](https://www.weblaw.ch)