



Kommentar zu: Urteil: [4A_468/2019](#) vom 29. Juli 2020
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Unternehmerklausel in einem Grundstückkaufvertrag

Vorvertrag oder Vertragsverhandlungsvertrag?

Autor / Autorin

Florian Iten

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_468/2019 vom 29. Juli 2020 befasste sich das Bundesgericht mit einer in einem Grundstückkaufvertrag enthaltenen Unternehmerklausel. Die Klausel verpflichtete die Käuferin, den Bau der auf den erworbenen Grundstücken zu erstellenden Gebäude einer Generalunternehmerin zu übertragen. Allerdings sollten sich die Käuferin und die Generalunternehmerin noch über die Vergütungshöhe einigen. Das Bundesgericht qualifizierte die Unternehmerklausel als Vorvertrag zugunsten eines Dritten. Es erlaubte der Käuferin den Rücktritt vom Vorvertrag nach Art. 377 OR, ohne sie zur Zahlung von Schadenersatz an die Generalunternehmerin zu verpflichten.

Sachverhalt

[1] A AG (Generalunternehmerin und Beschwerdeführerin 1, nachfolgend: Generalunternehmerin) hält 33% des Aktienkapitals der B SA (Verkäuferin und Beschwerdeführerin 2, nachfolgend: Verkäuferin), welche die Durchführung von Immobilientransaktionen bezweckt. C SA (Käuferin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) bezweckt die Errichtung von Gebäuden (Sachverhalt Teil A).

[2] Am 13. Dezember 2012 unterzeichneten die Verkäuferin und die Käuferin einen bedingten Grundstückkaufvertrag mit Kaufsrecht über sechs Grundstücke zum Kaufpreis von insgesamt CHF 5,5 Mio. (nachfolgend: Kaufvertrag). Der Kaufvertrag war unter anderem bezüglich des Abschlusses von Werkverträgen zwischen der Käuferin und der Generalunternehmerin (nachfolgend: Generalunternehmervertrag) bedingt (Sachverhalt Teil A).

[3] Am 20. Dezember 2013 unterzeichneten die Verkäuferin und die Käuferin eine öffentliche Urkunde mit dem Titel «Änderung des bedingten Kaufvertrags mit Kaufsrecht» (nachfolgend: modifizierter Kaufvertrag). In Artikel 16 («Sonstiges») wurde vereinbart, dass (i) sich die Käuferin unwiderruflich verpflichtet, den Bau der zu erstellenden Gebäude der Generalunternehmerin zu übertragen, (ii) der Generalunternehmervertrag auf «Open-Book-Basis» («à livres ouverts») abgeschlossen wird, (iii) die durch die Parteien des Generalunternehmervertrags zu

verhandelnde Vergütung der Generalunternehmerin auf maximal 5% der Gesamtkosten der Arbeiten festgesetzt wird und (iv) die Käuferin sich verpflichtet, den Generalunternehmervertrag mit der Generalunternehmerin innerhalb einer Frist von zwölf Monaten zu unterzeichnen (Sachverhalt Teil A).

[4] Die Übertragung der sechs Grundstücke erfolgte im Frühjahr 2014. Mangels ernstlicher Verhandlungsführung der Generalunternehmerin kam es nie zur Unterzeichnung des Generalunternehmervertrags. Die Käuferin erklärte deshalb, mit der Generalunternehmerin keinen Generalunternehmervertrag mehr abschliessen zu wollen (Sachverhalt Teil A).

[5] Mit Klage vom 3. Februar 2016 beantragten die Verkäuferin und die Generalunternehmerin, die Käuferin sei zur Zahlung von CHF 2,5 Mio. zu verurteilen. Mit Urteil vom 9. Juli 2018 wies das erstinstanzliche Gericht (*Chambre patrimoniale du canton de Vaud*) die Klage ab. Die von der Verkäuferin und der Generalunternehmerin dagegen eingelegte Berufung wies das Kantonsgericht Waadt mit Urteil vom 23. Juli 2019 ab. Es stellte im Wesentlichen fest, die Verkäuferin und die Generalunternehmerin hätten in ganz erheblichem Umfang dazu beigetragen, dass die Käuferin vorzeitig den Rücktritt vom Vorvertrag über den Generalunternehmervertrag erklärte. Die Generalunternehmerin könne deshalb keine Schadloshaltung nach Art. 377 OR verlangen (Sachverhalt Teil B).

[6] Gegen das Urteil des Kantonsgerichts Waadt erhoben die Verkäuferin und die Generalunternehmerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 6).

Erwägungen

[7] Der zwischen der Verkäuferin und der Käuferin abgeschlossene modifizierte Kaufvertrag enthalte eine Unternehmerklausel zugunsten der Generalunternehmerin. Mit diesem Vorvertrag (Art. 22 Abs. 1 OR) in der Form eines Vertrags zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR) habe sich die Käuferin (Promittentin) gegenüber der Verkäuferin (Promissarin) verpflichtet, mit der Generalunternehmerin (Drittbegünstigte) einen Generalunternehmervertrag (Hauptvertrag) über die Erstellung der Gebäude abzuschliessen. Nicht bestritten sei die Auslegung der Erstinstanz, wonach ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2 OR) gültig zustande gekommen sei. Demgemäss könne nebst der Verkäuferin als Partei des Vorvertrags auch die Generalunternehmerin die Mitwirkung der Käuferin zum Abschluss des Generalunternehmervertrags verlangen. Weiter, so das Bundesgericht, hätten sich die Parteien des Vorvertrags, d.h. die Verkäuferin und die Käuferin, hinsichtlich des zu erstellenden Werks und der Entgeltlichkeit der Leistung, mithin über alle objektiv wesentlichen Punkte des Generalunternehmervertrags, geeinigt. Die Vergütung der Generalunternehmerin, die auf maximal 5% der Gesamtkosten der Arbeiten festgelegt worden sei, wäre noch zwischen den künftigen Parteien des Generalunternehmervertrags zu verhandeln gewesen (E. 3.1).

[8] Art. 377 OR ermächtige den Besteller, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen, solange das Werk noch nicht fertiggestellt worden sei. Im Rahmen einer Unternehmerklausel erlaube diese Bestimmung dem Käufer den Rücktritt von seiner Verpflichtung zum Abschluss eines Werkvertrags, sofern das Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen worden sei (E. 3.2).

[9] Dieses Recht zum vorzeitigen Vertragsrücktritt setze die volle Schadloshaltung des Unternehmers voraus (Art. 377 OR), was auch beim Rücktritt vom Vorvertrag zu einem Werkvertrag gelte. Die geschuldete Entschädigung entspreche dem positiven Vertragsinteresse des Unternehmers. Dies entspreche vorliegend der geltend gemachten Entschädigung in der Höhe von 5% der Gesamtkosten der Arbeiten. Weiter führt das Bundesgericht aus, berechnete Gründe, welche die Fortführung des Vertrags unzumutbar machen würden und grundsätzlich dem Unternehmer zuzurechnen seien, könnten das Recht auf volle Schadloshaltung mindern oder gar aufheben. Dies sei dann der Fall, wenn das Verhalten des Unternehmers wesentlich dazu beitrage, dass der Besteller vom Vertrag zurücktrete (E. 3.3).

[10] Die Unternehmerklausel bzw. der Vorvertrag verpflichte nur die Käuferin (Promittentin) zum Abschluss des Generalunternehmervertrags. Die Generalunternehmerin (Drittbegünstigte) sei hingegen nicht zum Vertragsschluss verpflichtet. Wolle die Generalunternehmerin den Generalunternehmervertrag aber tatsächlich abschliessen, müsse diese aktiv darauf hinwirken, indem sie der Käuferin Entsprechendes erkläre. Da in der Unternehmerklausel bzw. im Vorvertrag lediglich die Obergrenze der Vergütung für die Generalunternehmerin

festgelegt worden sei, hätten sich die Parteien des Generalunternehmervertrags noch über die konkrete Vergütung einigen müssen. Das Verhalten der Generalunternehmerin sei in dieser vorvertraglichen Phase deshalb ein zu berücksichtigender Umstand. Mithilfe dieses Umstands sei zu bestimmen, ob die Käuferin berechnete Gründe hatte, um auf den Abschluss des Generalunternehmervertrags zu verzichten. Indem die Generalunternehmerin keine ernsthafte Verhandlungsbereitschaft zeigte, um eine Einigung über den Generalunternehmervertrag zu erzielen, habe diese wesentlich zum Entschluss der Käuferin beigetragen, keinen Generalunternehmervertrag abzuschliessen zu wollen. Die Käuferin habe ihren Rücktritt somit aus berechtigten Gründen erklärt, weshalb sie nicht zur Schadloshaltung nach Art. 377 OR verpflichtet sei (E. 5.2).

Kurzkommendar

A. Einordnung der streitigen Klausel

[11] Die Bestimmung, wonach sich die Käuferin verpflichtet, mit der Generalunternehmerin einen Generalunternehmervertrag abzuschliessen, wird als *Unternehmerklausel* bezeichnet (Rz. 7). Solche Unternehmerklauseln sind in Grundstückkaufverträgen häufig enthalten.^[1] Eine solche Klausel verpflichtet den Grundstückskäufer, die Ausführung von Bauarbeiten auf dem erworbenen Grundstück dem Grundstückverkäufer oder – wie vorliegend – einem Dritten zu übertragen.^[2]

B. Ansicht des Bundesgerichts: Fragliche Klausel ist vorliegend ein Vorvertrag zugunsten eines Dritten

[12] Die Unternehmensklausel ist gemäss h.L. in aller Regel als Vorvertrag (Art. 22 Abs. 1 OR) in der Form eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2 OR) zu qualifizieren.^[3] Entsprechend qualifizierte das Bundesgericht die fragliche Klausel als Vorvertrag (Rz. 7).

C. Eigene Ansicht: Fragliche Klausel ist vorliegend ein Vertragsverhandlungsvertrag zugunsten eines Dritten

[13] Die fragliche Klausel ist unseres Erachtens nicht als Vorvertrag zugunsten eines Dritten, sondern als ein Vertragsverhandlungsvertrag zugunsten eines Dritten zu qualifizieren (Rz. 14–16).

[14] Durch einen Vorvertrag «kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages [des Hauptvertrags] begründet werden» (Art. 22 Abs. 1 OR). Damit ein Vorvertrag gültig zustande kommt, müssen sich die Parteien über die *essentialia negotii* einigen.^[4]

[15] Der Generalunternehmervertrag ist vorliegend der Hauptvertrag (Rz. 7). Auf Generalunternehmerverträge ist das Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) anwendbar.^[5] Ob sich die Verkäuferin und die Käuferin (nicht aber die Generalunternehmerin, siehe Rz. 11) über die *essentialia negotii* des Generalunternehmervertrags (bzw. des Vorvertrags) geeinigt haben, beurteilt sich nach der h.L. nach dem Werkvertragsrecht.^[6] Einer der zwei objektiv wesentlichen Punkte ist laut h.L. die Einigung über die Leistung (nicht aber die Höhe) einer Vergütung (vgl. Art. 363 OR und Art. 374 OR).^[7]

[16] Obwohl die Vergütungshöhe gemäss h.L. kein objektiv wesentlicher Punkt ist, stellt sie gleichwohl häufig einen subjektiv wesentlichen Punkt dar.^[8] Vorliegend vereinbarten die Verkäuferin und die Käuferin, dass die Vergütungshöhe zwischen der Käuferin und der Generalunternehmerin noch verhandelt werden müsse, diese jedoch maximal 5% der Gesamtkosten der Arbeiten betragen dürfe (Rz. 3). Der Generalunternehmervertrag zwischen der Käuferin und der Generalunternehmerin sollte nach dem Willen der Verkäuferin und der Käuferin somit nur geschlossen werden, wenn sich die beiden Ersteren über die Vergütungshöhe einigen können. Die Vergütungshöhe ist daher unseres Erachtens ein subjektiv wesentlicher Punkt. Ergo kann kein Vorvertrag vorliegen, sondern lediglich eine zwischen der Verkäuferin und der Käuferin vereinbarte Verhandlungspflicht zugunsten eines Dritten (= Generalunternehmerin). Es handelt sich bei der fraglichen Klausel folglich um eine Verhandlungsabrede in der Gestalt eines Vertragsverhandlungsvertrags zugunsten eines Dritten.^[9] Eine Verhandlungsabrede (zugunsten eines Dritten) verpflichtet den Schuldner, ernsthafte Verhandlungen (mit dem Dritten) aufzunehmen und weiterzuführen, bis ein Vertragsschluss erreicht, eine verabredete Zeitdauer abgelaufen ist oder mit dem Vertragsschluss nicht mehr ernstlich gerechnet werden kann.^[10] Vom Vorvertrag unterscheidet sich der Vertragsverhandlungsvertrag folglich insoweit, als dieser keine Kontrahierungspflicht begründet.^[11]

D. Rechtsgrundlage des Rücktritts

[17] Die Vorinstanzen und das Bundesgericht bejahten die Zulässigkeit des Rücktritts vom Vorvertrag durch die Käuferin gestützt auf Art. 377 OR und befreiten sie vollständig von der Schadenersatzpflicht. Das Bundesgericht bestätigte damit seine Rechtsprechung,^[12] wonach bei einem Vertragsrücktritt nach Art. 377 OR in gewissen Fällen die Höhe des Schadenersatzes reduziert oder die Schadenersatzpflicht sogar entfallen kann. Im vorliegenden Fall ist die Bejahung des Rücktritts gestützt auf Art. 377 OR jedoch widersprüchlich. Da sich die Parteien nicht über den subjektiv wesentlichen Punkt «Vergütungshöhe» einigen konnten (Rz. 16), kam kein Vorvertrag zustande. Ergo kommt Art. 377 OR nicht als Rechtsgrundlage für den Rücktritt infrage, weshalb die Generalunternehmerin auch keinen Schadenersatz gestützt auf diese Bestimmung verlangen kann. Abgesehen davon sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes dogmatisch etwas fragwürdig (Rz. 9). Das Bundesgericht bezeichnete nämlich die maximale Vergütungshöhe von 5% als positives Vertragsinteresse. Es behandelte somit die Vereinbarung des Maximalbetrags als Preiseinigung (Rz. 9). Dies widerspricht jedoch dem Parteiwillen. Die Parteien haben lediglich einen Verhandlungsspielraum vereinbart, der nach oben hin (bis maximal 5%), nicht aber nach unten hin, begrenzt war.^[13]

[18] Trotz dogmatisch etwas fragwürdiger Begründung haben die Gerichte unseres Erachtens im Ergebnis zu Recht die Zulässigkeit des Vertragsrücktritts bejaht und den Schadenersatzanspruch verneint: Die Generalunternehmerin ist Gläubigerin der der Käuferin auferlegten Verhandlungspflicht.^[14] Da die Generalunternehmerin keine ernsthaften Verhandlungen mit der Käuferin führte (Rz. 4), geriet sie (d.h. die Generalunternehmerin) in Gläubigerverzug. Die Käuferin (also die Schuldnerin der Verhandlungspflicht) hätte daher nach den Regeln über den Schuldnerverzug vom Vertragsverhandlungsvertrag zurücktreten können, ohne schadenersatzpflichtig zu werden (Art. 95 OR).

MLaw FLORIAN ITEN, Gerichtsschreiber i.V., Bezirksgericht Baden.

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

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

[1] PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 379; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 156; ADRIEN GABELLON, Le précontrat – Développements et perspectives, Diss. Freiburg 2014 = AISUF Band 338, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 179; MARKUS REBER, Die Baubindung beim Grundstückkauf, Diss. Bern 1998 = ASR Heft 626, Bern 1999, S. 2.

[2] PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1089; GAUCH (Nr. 1), Rz. 416; GABELLON (Nr. 1), Rz. 180; PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 1999 = AISUF Band 190, Freiburg 2000, Rz. 335 f.; REBER (Nr. 1), S. 26; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1991, Art. 22 OR N 101.

[3] GAUCH (Nr. 1), Rz. 416; GABELLON (Nr. 1), Rz. 180 ff.; REBER (Nr. 1), S. 28 und 41; NICOLAS R. HERZOG, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich 1999 = ZStP Band 154, Zürich 1999, Rz. 125 ff.

[4] Zur Frage, was unter den *essentialia negotii* zu verstehen ist, siehe z.B. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 474 f. m.w.N.

[5] GAUCH (Nr. 1), Rz. 230 und 235; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 1679; REBER (Nr. 1), S. 71 f.

[6] A.M. im Allgemeinen: VISCHER/GALLI (Nr. 4), S. 475.

[7] GAUDENZ G. ZINDEL/BERTRAND G. SCHOTT, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 363 OR N 4; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Nr. 5),

Rz. 1689.

[8] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Nr. 2), Rz. 338a *in fine*; REBER (Nr. 1), S. 34.

[9] Vgl. im Allgemeinen: VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Diss. Freiburg 2010 = AISUF Band 301, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 378 ff.; siehe auch SARAH ZOLLINGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Verbindliche versus unverbindliche Verhandlungsklauseln, in: dRSK, publiziert am 22. August 2019, Rz. 10.

[10] GAUCH (Nr. 1), Rz. 445; vgl. auch GABELLON (Nr. 1), Rz. 85 ff.; zu alledem MONN (Nr. 9), Rz. 148 ff.

[11] GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Nr. 2), Rz. 985; GAUCH (Nr. 1), Rz. 445; eingehend MONN (Nr. 9), Rz. 626 ff.

[12] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_551/2015](#) vom 14. April 2016 E. 7.3; siehe weitere Nachweise bei BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Nr. 7), Art. 377 OR N 18.

[13] Zum Verhandlungsgegenstand siehe MONN (Nr. 9), Rz. 23 ff.

[14] Im Allgemeinen: CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 112 OR N 15a; HUGUENIN (Nr. 1), Rz. 1141.

Zitiervorschlag: Florian Iten / Dario Galli / Markus Vischer, Unternehmerklausel in einem Grundstückkaufvertrag, in: dRSK, publiziert am 7. Oktober 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch