



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_71/2018](#) vom 18. September 2018, zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

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

## Geltendmachung des Nachbesserungsanspruchs im Stockwerkeigentum

### Autor / Autorin

Martina Frischkopf



### Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



*Im Entscheid 4A\_71/2018 vom 18. September 2018 nimmt das Bundesgericht eine Praxisänderung zur Geltendmachung des vertraglichen Nachbesserungsanspruchs der Stockwerkeigentümer im Hinblick auf Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen vor. Neuerdings kann jeder Stockwerkeigentümer seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben, wenn gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betroffen sind. Damit wird die Rechtsprechung, wonach der Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers lediglich im Umfang seiner Wertquote bestehe, wenn er sich auf Mängel an gemeinsamen Bauteilen beziehe, obsolet.*

### Sachverhalt

[1] Die A. GmbH (Beklagte bzw. Beschwerdeführerin) realisierte auf ihrem Grundstück Nr. x, Grundbuch U., eine Mehrfamilienhaus-Siedlung und errichtete Stockwerkeigentum mit 44 Miteigentumsanteilen. Mehrere Stockwerkeinheiten wurden ab Plan verkauft. Gleichzeitig wurde mit den Käufern eine als «Generalunternehmervertrag» bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen (A.).

[2] Mit Eingabe vom 5. Mai 2014 gelangte die Stockwerkeigentümergeinschaft B (Klägerin bzw. Beschwerdegegnerin) ans Bezirksgericht Luzern und beantragte, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr total CHF 678'992 zzgl. Zins zu 5% seit dem 22. November 2013 zu bezahlen. Die Beträge betrafen die Bevorschussung der Kosten für die Behebung von Mängeln an gemeinschaftlichen Gebäudeteilen. Die Beklagte beantragte die Klageabweisung. Mit Urteil vom 23. Mai 2017 hiess das Bezirksgericht Luzern die Klage grösstenteils gut. Das Dispositiv hielt unter anderem Folgendes fest: «1. Die Beklagte hat der Klägerin CHF 625'860 nebst Zins zu 5% seit 22. November 2013 zu zahlen als Bevorschussung der Kosten der Behebung der im Gutachten von D. [...] aufgeführten Mängel [...] (B.a.).

[3] Die dagegen erhobene Berufung der Beklagten wurde mit Urteil vom 14. Dezember 2017 vom Kantonsgericht abgewiesen und der erstinstanzliche Entscheid bestätigt. Das Kantonsgericht verwarf unter anderem die Rüge der Beklagten, das Bezirksgericht habe unzutreffend und in Verletzung von Verfahrensregeln gefolgert, dass die Parteien die Gewährleistungsbestimmungen der [SIA-Norm 118](#) vereinbart hätten. Zudem bestätigte es die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung von Mängelrechten an gemeinschaftlichen Teilen (B.b.).

[4] In der Folge erhob die Beklagte Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht u.a. mit den Anträgen, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben, allenfalls zur Neuurteilung und Abnahme der beantragten Beweise an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subsidiär seien die beantragten Beweismittel von der Beschwerdeinstanz anzuordnen, die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid in allen Punkten aufzuheben und die Klage abzuweisen (C.).

## Erwägungen

[5] Das Bundesgericht trat auf mehrere von der Beschwerdeführerin erhobene Rügen wegen ungenügender Begründung nicht ein (E. 1.2.–1.3.3.). Zudem bestätigte es den Entscheid des Kantonsgerichts, wonach Vorbringen, Belege und Beweisanträge der Beschwerdeführerin in ihrer Duplik vom 25. November 2015 wegen Verspätung zu Recht von der Erstinstanz unbeachtet blieben. Von überspitztem Formalismus könne unter den gegebenen Umständen, insb. angesichts der bereits gewährten mehr als zweimonatigen Fristerstreckung, nicht gesprochen werden (E. 2.–2.3.).

[6] Die Lausanner Richter hielten fest, dass sich die Beschwerdegegnerin gemäss den Feststellungen der Vorinstanz die Nachbesserungsrechte verschiedener Käufer für Mängel an den gemeinschaftlichen Bauteilen abtreten liess (E. 3.1.). Die beiden Vorinstanzen hatten den Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Bauteilen entgegen [BGE 114 II 239](#) als nicht quotenbezogen beurteilt, was die Beschwerdeführerin bestritt. Die im Entscheid zu prüfende Rechtsfrage sei dementsprechend, ob die Vorinstanzen zu Recht eine Änderung der bundesgerichtlichen Praxis angenommen und der Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Bevorschussung in der Höhe von CHF 625'860 nebst Zins zugesprochen hatten oder dieser lediglich im Umfang der Wertquoten derjenigen Stockwerkeigentümer zulässig gewesen wäre, die der Gemeinschaft den Nachbesserungsanspruch abgetreten hatten (E. 3.2.).

[7] Das Bundesgericht erinnerte zunächst an [BGE 114 II 239](#). Darin wurde namentlich die Rechtsprechung ([BGE 109 II 423](#) E. 1e und 1f S. 426 f.) bestätigt, wonach die Stockwerkeigentümergeinschaft nicht nur Gewährleistungsansprüche aus von ihr selbst abgeschlossenen Verträgen durchsetzen könne, sondern auch von Stockwerkeigentümern erworbene Ansprüche, soweit diese zedierbar seien und Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen betreffen. Ein solcher Rechtserwerb könne nur durch privatautonomes Verfügungsgeschäft erfolgen. Eine Legalzession praeter legem der Gewährleistungsrechte einzelner Stockwerkeigentümer für Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen auf die Gemeinschaft wurde im Entscheid in eingehender Auseinandersetzung mit abweichenden Lehrmeinungen abgelehnt ([BGE 114 II 239](#) E. 5 S. 244 ff.). Diese Rechtsprechung sei auch in neueren Urteilen (m. H. a. Urteil des Bundesgerichts [4A 242/2016](#) vom 5. Oktober 2016, E. 5 nicht publ. in [BGE 142 III 623](#); Urteil des Bundesgerichts [4A 326/2009](#) vom 12. Oktober 2009 E. 4) nicht in Frage gestellt worden (E. 3.2.1.).

[8] Im [BGE 114 II 239](#) werden sodann die Folgen der Ablehnung einer Legalzession nicht nur für die unabtretbaren Mängelrechte der Wandelung und Minderung, sondern namentlich auch für den – zedierbaren – werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch als vertretbar erachtet. Kollisionen der verschiedenen Mängelrechte seien vermeidbar, obwohl der Nachbesserungsanspruch als unteilbar gelte und damit grundsätzlich jeder Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils Anspruch auf Nachbesserung auch der gemeinschaftlichen Anlagen habe. Jedem Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils bleibe das Wahlrecht bezüglich der Mängelrechte gewahrt. Grund dafür sei, dass der Nachbesserungsanspruch auch quotenbezogen sei, d.h. der einzelne Eigentümer im externen Verhältnis die unentgeltliche Verbesserung des Mangels nur im Umfang seiner Quote verlangen könne, darüber hinaus die Kosten der Mängelbehebung aber selbst zu übernehmen habe. Es sei eine Frage der internen Auseinandersetzung mit den anderen Stockwerkeigentümern, ob und inwieweit sie diese Kosten (anteilmässig) übernehmen müssten. Soweit die Stockwerkeigentümergeinschaft keine Mängelrechte einzelner Eigentümer erwerben könne, habe sie danach keinen Anspruch gegen den Unternehmer auf Nachbesserung; sie müsse

insoweit die Mängel selbst beheben und die Kosten den Stockwerkeigentümern auf dem Weg der Beitragsforderung belasten ([BGE 114 II 239](#) E. 5c/bb S. 246 ff.). In einem späteren Entscheid (Urteil des Bundesgerichts [4C 151/2005](#) vom 29. August 2005, E. 4.2.3) sei die Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs für Mängel an gemeinsamen Bauteilen sodann offengelassen worden (E. 3.2.2.).

[9] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die Vorinstanz zu Recht die Kritik der Lehre an der quotenmässigen Aufteilung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs an gemeinsamen Teilen festgestellt habe (unter anderem m. H. a. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 1496a). Kritisiert werde namentlich das stossende Ergebnis, wenn der vertragstreue Erwerber, der nach seinem individuellen Erwerbsvertrag einen Anspruch auf mängelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums habe, Beschränkungen oder gar Mehrkosten hinnehmen müsse, nur weil der Unternehmer seine Vertragspflicht verletzt habe und er Dritten ebenfalls die Erbringung von Werkleistungen schulde. Ausserdem bemängle die mittlerweile wohl herrschende Lehre, dass die Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs in faktischer Hinsicht insoweit massgeblich erschwert respektive gar «illusorisch und unzumutbar» sei, als der von Gesetzes wegen unentgeltliche Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers (Art. 368 Abs. 2 des Obligationenrechts [\[OR\]](#)) davon abhängig gemacht werde, ob dieser die seinen eigenen Wertquotenanteil übersteigenden Kosten der Nachbesserung vorschiesse. Zu Recht werde darauf hingewiesen, dass der Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils einen vertraglichen Anspruch auf Mängelfreiheit auch der gemeinschaftlichen Anlagen habe, der als solcher unteilbar sei, auch wenn Dritte von der Nachbesserung profitieren. Hingegen sei in der Lehre auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen worden, dass jeder einzelne Käufer eines Stockwerkeigentumsanteils unterschiedliche vertragliche Gewährleistungsansprüche haben könnte und dass die Käufer je einzeln auch die Wahl haben, welche Mängelrechte sie ausüben wollen (E. 3.3.).

[10] Im [BGE 114 II 239](#) stehen gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts die Wahlrechte des einzelnen Stockwerkeigentümers als Besteller bei Mängeln im Zentrum. Die praktische Bedeutung der Wahlrechte dürfte angesichts der verbreiteten Übernahme der SIA-Norm 118 in Werkverträge nunmehr gering sein, denn diese Norm statuiere in Art. 169 Abs. 1 den Vorrang der Nachbesserung. Mit der erfolgreichen Nachbesserung werde aber der vertragliche Anspruch des Bestellers auf ein mängelfreies Werk realiter erfüllt, der selbstverständlich auch Werkteile umfasse, die andere Miteigentümer ebenfalls nutzen. Wird indessen der wertmässigen Gleichbehandlung der Mängelrechte keine zentrale Bedeutung zugemessen, so bestehe kein Grund, den vertraglichen Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers gegenüber dem Unternehmer umfangmässig auf die Wertquote zu begrenzen, soweit er sich auf Mängel an gemeinsamen Teilen beziehe. Denn der einzelne Stockwerkeigentümer profitiere von der Nachbesserung der gemeinschaftlichen Gebäudeteile wertmässig ohnehin nur im Umfang seiner Wertquote. Damit rechtfertige es sich nicht, vom Stockwerkeigentümer zu verlangen, dass er im externen Verhältnis jenen Teil der Nachbesserungskosten übernehme, der über seine eigene Wertquote hinausgreife (E. 3.4.).

[11] Die Lausanner Richter halten abschliessend fest, dass *soweit gemäss [BGE 114 II 239](#) der vertragliche Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers lediglich im Umfang der Wertquote des Bestellers bestehe, wenn er sich auf Mängel an gemeinsamen Bauteilen beziehe, daran nicht festgehalten werden könne*. Der Unternehmer, der vertraglich die Erstellung einer Stockwerkeinheit übernehme, sei dem Besteller gegenüber zur Ablieferung des mängelfreien Werkes auch in Bezug auf Bauteile verpflichtet, die anderen Miteigentümern ebenfalls zur Nutzung zustehen. *Der Nachbesserungsanspruch sei unteilbar und jeder einzelne Stockwerkeigentümer könne seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben, wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen*. Nichtsdestotrotz wies das Bundesgericht auf die Schwierigkeiten hin, die sich daraus ergeben können, dass die vertraglichen Gewährleistungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht identisch sein müssen. Der Mangel, dessen Behebung der Besteller beanspruchen könne, definiere sich als Abweichung vom Vertrag. Inhaltlich würden die Verträge des Unternehmers mit den einzelnen Erwerbern von Stockwerkeinheiten in der Regel zwar gleich lauten – dies müsse aber nicht zwingend der Fall sein. Es könne sich diesfalls unter Umständen die Frage stellen, ob ein einzelner Erwerber einer Stockwerkeinheit im Verhältnis zu seinen Miteigentümern seinen vertraglichen Anspruch auf Nachbesserung durchsetzen dürfe, wenn die Abweichung vom Vertrag einen gemeinsamen Bauteil betreffe. Insofern dürfte nach Auffassung des Bundesgerichts eine Koordination zwischen der Durchsetzung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs

einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich sein (E. 3.5.).

[12] In casu wurde gültig beschlossen, dass die Verwaltung die Mängelrechte gegenüber der Beschwerdeführerin geltend machen solle. Die Stockwerkeigentümergeinschaft habe den entsprechenden Nachbesserungsanspruch unbestritten durch Zession erworben, da mehr als ein Stockwerkeigentümer die vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin abgetreten habe. Folglich sei die Beschwerdegegnerin aktivlegitimiert, den ungeteilten Nachbesserungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin durchzusetzen. Koordinationsfragen betreffend das Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern würden sich vorliegend nicht stellen, da ein Beschluss der Stockwerkeigentümer zur Durchsetzung der für die Mängelbehebung erforderlichen baulichen Massnahmen gegenüber der Beschwerdeführerin vorliege. Das Bundesgericht kam somit zum Schluss, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin zu Recht den ganzen für die Mängelbehebung benötigten Betrag als Vorschuss zugesprochen habe (E. 3.6.). Die Rüge wurde entsprechend abgewiesen (E. 4.).

### **Kommentar**

[13] Das Bundesgericht hat mit diesem Entscheid seine Rechtsprechung zum Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers in Bezug auf Mängel an gemeinsamen Bauteilen geändert. Dem Stockwerkeigentümer ist es nun möglich, seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer ungeteilt auszuüben, auch wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen. Insofern ist der Nachbesserungsanspruch des einzelnen Stockwerkeigentümers neuerdings nicht mehr auf seine Quote beschränkt und der diese «überschreitende» Teil ist folglich auch nicht mehr an das Unternehmen vorzuschliessen. Diese Praxisänderung ist zu begrüessen und entspricht auch der durch die h.L. bereits seit längerem vertretenen Auffassung (vgl. namentlich ANDREAS KÄSER, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. 1999, Zürich 2000, S. 235 m. H. a. URS RASCHEIN, Die Rechtsausübung der Stockwerkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, Diss. Zürich 1996, S. 66 ff.).

[14] Mit Blick auf die Stellung des einzelnen Stockwerkeigentümers drängt sich ein umfassender Nachbesserungsanspruch auf. Es wäre stossend, wenn ein Stockwerkeigentümer die gesamten Kosten der Nachbesserung vorzuschliessen hätte, jedoch selbst lediglich im Umfang seiner Wertquote davon «profitieren» könnte. Gemäss KRAUSKOPF würde diesfalls der Nachbesserungsanspruch eines erwerbenden Stockwerkeigentümers in der Praxis häufig daran scheitern, dass dieser nicht in der Lage oder willens wäre, die Erstellungskosten (bzw. Nachbesserungskosten), die seine Wertquote übersteigen, zu übernehmen (FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes – Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, S. 128 f.) SCHWERY fügte dem unter anderem hinzu, dass eine quotenmässige Begrenzung des Nachbesserungsanspruchs dazu führen würde, dass ein Teil des typischen unternehmerischen Risikos auf den betreffenden Stockwerkeigentümer überwälzt werde, was sich keinesfalls rechtfertigen liesse (NADJA SCHWERY, Der quotenbezogene Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers, in: BR/DC 3/2015, S. 154).

[15] Die vom Bundesgericht erwähnte Schwierigkeit, welche im Falle unterschiedlicher Verträge zwischen dem Unternehmen und den einzelnen Stockwerkeigentümer besteht, ist in Kauf zu nehmen. Dabei sind nicht nur materielle Unterschiede betroffen; es können auch verschiedene verfahrensrechtliche Umstände gegebenenfalls entscheidende (eben unterschiedliche) Konsequenzen in Bezug auf die Ausübung der Mängelrüge und den Fristenablauf haben (vgl. auch Beispiele bei BERND HAUCK, Gewährleistung und Stockwerkeigentum: neue Rechtsprechung, in: Kellerhals/Carrard, Kurz & Bündig 4/2018). Ob dies, wie im Entscheid angetönt, schlussendlich effektiv von geringer praktischer Relevanz ist, wird sich zeigen.

[16] Kurzum, der hier besprochene Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüessen und setzt eine von der Lehre bereits seit längerem geforderte und von gewissen kantonalen Gerichten (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Zug A1 11 15 vom 27. Februar 2013, in: BR/DC 3/2015, S. 153) teilweise bereits «vollzogene» Praxisänderung um.

**Zitiervorschlag:** Martina Frischkopf, Geltendmachung des Nachbesserungsanspruchs im Stockwerkeigentum,  
in: dRSK, publiziert am 28. November 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**www.weblaw.ch**