

## Urteilkopf

145 III 8

2. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. GmbH gegen Stockwerkeigentümergeinschaft B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_71/2018 vom 18. September 2018

**Regeste (de):**

Art. 712a ff. ZGB; Art. 368 Abs. 2 OR; Unteilbarkeit des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs.

Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch betreffend gemeinsame Bauteile ist beim Stockwerkeigentum nicht quotenbezogen, sondern steht vielmehr jedem einzelnen Stockwerkeigentümer ungeteilt zu (E. 3.2-3.6; Änderung der Rechtsprechung).

**Regeste (fr):**

Art. 712a ss CC; art. 368 al. 2 CO; indivisibilité du droit à la réparation inhérent au contrat d'entreprise.

Le droit à la réfection concernant les parties communes d'un immeuble en propriété par étages ne dépend pas de la quote-part de chaque copropriétaire, mais appartient indivisiblement à chaque copropriétaire (consid. 3.2-3.6; changement de jurisprudence).

**Regesto (it):**

Art. 712a segg. CC; art. 368 cpv. 2 CO; indivisibilità del diritto alla riparazione inerente al contratto d'appalto.

Il diritto alla riparazione inerente al contratto di appalto e concernente parti comuni di una proprietà per piani non si riferisce alle singole quote, ma appartiene piuttosto indiviso a ogni singolo comproprietario (consid. 3.2-3.6; cambiamento della giurisprudenza).

Erwägungen ab Seite 9

BGE 145 III 8 S. 9

Aus den Erwägungen:

3. (...)

3.2 Die Vorinstanz hat mit dem Bezirksgericht erkannt, der Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Bauteilen sei entgegen BGE 114 II 239 nicht quotenbezogen. Sie hat daher der Beschwerdegegnerin den Kostenvorschuss für die Behebung sämtlicher festgestellter Mängel in Höhe von Fr. 625'860.- nebst Zins zugesprochen, nicht nur im Umfang der Wertquoten derjenigen Stockwerkeigentümer, die der Beschwerdegegnerin den Nachbesserungsanspruch abgetreten hatten, nämlich 64,87 % bzw. Fr. 405'807.60 nebst Zins. Die Beschwerdeführerin wiederholt auch hier ihre Rügen, die sie in der Berufung vorgetragen hatte. Insbesondere begründet sie ihre Behauptung nicht, wonach eine quotenbezogene Bemessung zu einer Reduktion des Nachbesserungsanspruchs auf maximal Fr. 100'000.- führen könnte. Damit ist sie nicht zu hören. Nachdem die Vorinstanzen eine Änderung der bundesgerichtlichen Praxis mit eingehender Begründung befürworteten und die Beschwerdeführerin sich auf diese Praxis beruft, ist diese Rechtsfrage zu prüfen und zu beurteilen, ob der Beschwerdegegnerin ein Anspruch auf Bevorschussung in Höhe von Fr. 625'860.- nebst Zins zusteht.

3.2.1 Das Bundesgericht hat in BGE 114 II 239 (E. 3 S. 241 f.) zunächst dargelegt, dass die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer aufgrund gesetzlicher Vorschrift vermögensfähig (Art. 712I

Abs. 1 ZGB) sowie im Rahmen ihrer vermögensrechtlichen Zuständigkeit partei- und prozessfähig und damit in bestimmtem Umfang auch handlungsfähig ist (Art. 712I Abs. 2 ZGB). Es hat betont, dass ihr diese Selbständigkeit einzig als Verwaltungsgemeinschaft, nicht etwa auch als Eigentumsgemeinschaft zukommt. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil sodann frühere Urteile bestätigt, wonach die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft für Unterhalt, Reparatur und Erneuerung der gemeinschaftlichen Bauteile die Befugnis mit einschliesst, Mängel an diesen Bauteilen zu beheben oder beheben zu lassen (BGE 106 II 11 E. 6 S. 21) sowie kauf- oder werkvertragliche Gewährleistungsansprüche gegen Verkäufer und Unternehmer durchzusetzen (BGE 111 II 458 E. 3a S. 460). Was die Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft betrifft, hat das Bundesgericht sodann (BGE 114 II 239 E. 4 S. 242 ff.) die Praxis bestätigt, dass die Gemeinschaft nicht nur BGE 145 III 8 S. 10

Gewährleistungsansprüche aus von ihr selbst geschlossenen Verträgen durchsetzen kann (BGE 106 II 11 E. 6 S. 21), sondern dass sie derartige Ansprüche auch von einzelnen Stockwerkeigentümern erwerben kann, soweit solche Ansprüche zedierbar sind und Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen betreffen (BGE 109 II 423 E. 1e und 1f). Das Bundesgericht hat in diesem Urteil daran festgehalten, dass ein solcher Rechtserwerb nur durch privatautonomes Verfügungsgeschäft erfolgen kann (BGE 111 II 458 E. 3b S. 461). In eingehender Auseinandersetzung mit abweichenden Lehrmeinungen hat es eine Legalzession *praeter legem* der Gewährleistungsrechte einzelner Stockwerkeigentümer für Mängel an gemeinschaftlichen Bauteilen auf die Gemeinschaft abgelehnt (BGE 114 II 239 E. 5 S. 244 ff.). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auch in neueren Urteilen nicht in Frage gestellt (vgl. Urteile 4A\_242/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 5, nicht publ. in: BGE 142 III 623; 4A\_326/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 4).

3.2.2 In BGE 114 II 239 (E. 5c S. 246 f.) werden die Folgen der Ablehnung einer Legalzession nicht nur für die unabtretbaren Mängelrechte der Wandelung und Minderung (lit. aa), sondern namentlich auch für den - zedierbaren - werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch (lit. bb) als vertretbar erachtet. Dabei wird in diesem Entscheid festgehalten, Kollisionen der verschiedenen Mängelrechte liessen sich vermeiden, obwohl der Nachbesserungsanspruch unteilbar ist und damit grundsätzlich jeder Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils Anspruch auf Nachbesserung auch der gemeinschaftlichen Anlagen hat. Es wird geschlossen, dass jedem Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils das Wahlrecht in Bezug auf die Mängelrechte gewahrt bleibe, weil auch der Nachbesserungsanspruch quotenbezogen sei in dem Sinne, dass der einzelne Eigentümer im externen Verhältnis die unentgeltliche Verbesserung des Mangels nur im Umfang seiner Quote verlangen könne und darüber hinaus die Kosten der Mängelbehebung selbst zu übernehmen habe, so dass es eine Frage der internen Auseinandersetzung mit den andern Stockwerkeigentümern sei, ob und inwieweit sie diese Kosten (anteilmässig) übernehmen müssten. Soweit die Stockwerkeigentümergeinschaft keine Mängelrechte einzelner Eigentümer erwerben kann, hat sie danach keinen Anspruch gegen den Unternehmer auf Nachbesserung; sie muss insoweit die Mängel selbst beheben und die Kosten den Stockwerkeigentümern auf dem Wege der Beitragsforderung belasten (BGE 114 II 239 E. 5c/bb S. 248). Ob an der BGE 145 III 8 S. 11

Quotenbezogenheit des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs für Mängel an gemeinsamen Bauteilen festzuhalten ist, hat das Bundesgericht in einem späteren Entscheid offengelassen (Urteil 4C.151/2005 vom 29. August 2005 E. 4.2.3).

3.3 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zutreffend bemerkt, dass die quotenmässige Aufteilung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs an gemeinsamen Teilen in der Lehre als unbefriedigend angesehen wird (vgl. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl. 2011, Rz. 1496a; vgl. ferner RAINER SCHUMACHER, *Die Mängelrechte des Käufers von Stockwerkeigentum - gesteigerte Komplexität*, BR 1995 S. 74 f.; HEINZ REY, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1988*, ZBJV 126/1990 S. 199 f.; vgl. allerdings AMÉDÉO WERMELINGER, *Das Stockwerkeigentum*, 2. Aufl. 2014, Rz. 88 ff. zu Art. 712I ZGB). So wird in der Lehre namentlich vertreten, es sei im Ergebnis stossend, wenn der vertragstreue Erwerber, der nach seinem individuellen Erwerbsvertrag einen Anspruch auf mängelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums hat, Beschränkungen oder gar Mehrkosten hinnehmen muss, nur weil der Unternehmer seine Vertragspflicht verletzt hat und er Dritten (den andern Stockwerkeigentümern) ebenfalls die Erbringung von Werkleistungen schuldet (DIEL SCHMID MEYER, *Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan*, 2015, Kapitel 7 N. 206). Die mittlerweile wohl herrschende Lehre bemängelt ausserdem, 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 OR) davon abhängig gemacht werde, ob dieser die seinen eigenen Wertquotenanteil übersteigenden Kosten der Nachbesserung vorschiesst (so bereits URS RASCHEIN, Die Rechtsausübung der Stockwerkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, 1996, S. 66 ff., insbesondere 68; vgl. auch ANDREAS KÄSER, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, 1999, S. 235; vgl. ferner FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes - Klippen bei der vertraglichen Gestaltung [nachfolgend: Erwerb], in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums, 2011, S. 128; ders., Stockwerkeigentum und Mängelhaftung - noch immer umkämpft, Schweizerische Baurechtstagung, 2017, S. 160; NADJA SCHWERY, Der quotenbezogene  
BGE 145 III 8 S. 12

Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers, BR 2015 S. 154 Ziffer 3 lit. c und d). Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass der Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils einen vertraglichen Anspruch auf Mängelfreiheit auch der gemeinschaftlichen Anlagen hat, der als solcher unteilbar ist, auch wenn Dritte von der Nachbesserung profitieren (so namentlich MARKUS VISCHER, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, ZBGR 2015 S. 224 f.; KRAUSKOPF, Erwerb, a.a.O., S. 134 f.; vgl. auch SCHMID MEYER, a.a.O., Kapitel 7 N. 205). Immerhin wird auch auf die Schwierigkeiten aufmerksam gemacht, die sich daraus ergeben können, dass jeder einzelne Käufer eines Stockwerkeigentumsanteils vertragliche Gewährleistungsansprüche hat, welche nicht identisch sein müssen mit denjenigen der übrigen Miteigentümer, und dass die Käufer je einzeln auch die Wahl haben, welche Mängelrechte (namentlich auch Minderung, allenfalls gar Wandelung) sie ausüben wollen (VISCHER, a.a.O., S. 226 f.; KRAUSKOPF, Erwerb, a.a.O., S. 136 f.).

### 3.4 In BGE

114 II 239 wird Gewicht auf das Wahlrecht gelegt, das der einzelne Stockwerkeigentümer als Besteller bei Mängeln hat. So kann der Erwerber einer Stockwerkeinheit nach der dispositiven gesetzlichen Regelung namentlich auch wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen nicht nur die Nachbesserung verlangen, sondern Minderung beanspruchen (Art. 368 Abs. 2 OR). Die praktische Bedeutung dieses Wahlrechts dürfte freilich angesichts der verbreiteten Übernahme der SIA-Norm 118 in Werkverträge nunmehr gering sein, denn diese statuiert in Art. 169 Abs. 1 den Vorrang der Nachbesserung (vgl. schon BGE 116 II 305 E. 3a). Mit der erfolgreichen Nachbesserung wird aber der vertragliche Anspruch des Bestellers auf ein mängelfreies Werk realiter erfüllt, der selbstverständlich auch Werkteile umfasst, die andere Miteigentümer ebenfalls nutzen. Wird indessen der wertmässigen Gleichbehandlung der Mängelrechte keine zentrale Bedeutung beigemessen, so besteht kein Grund, den vertraglichen Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers gegenüber dem Unternehmer umfangmässig auf die Wertquote zu begrenzen, soweit er sich auf Mängel an gemeinsamen Teilen bezieht. Denn der einzelne Stockwerkeigentümer profitiert von der Nachbesserung der gemeinschaftlichen Gebäudeteile wertmässig ohnehin nur im Umfang seiner Wertquote. Damit rechtfertigt es sich nicht, vom Stockwerkeigentümer zu verlangen, dass er im externen Verhältnis jenen Teil der Nachbesserungskosten übernimmt, der über seine eigene Wertquote hinausgreift (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 1496a;  
BGE 145 III 8 S. 13

KRAUSKOPF, Erwerb, a.a.O., S. 128 [bezüglich des Erfüllungsanspruchs], 133 ff. [betreffend den Nachbesserungsanspruch]; SCHWERY, a.a.O., S. 154 Ziff. 3 lit. b; SCHMID MEYER, a.a.O., Kapitel 7 N. 205, 211).

3.5 Soweit in BGE 114 II 239 erwähnt wird, der vertragliche Nachbesserungsanspruch eines Stockwerkeigentümers gegenüber dem Unternehmer bestehe nur im Umfang der Wertquote des Bestellers, wenn er sich auf Mängel an gemeinsamen Bauteilen bezieht, kann daran nicht festgehalten werden. Der Unternehmer, der vertraglich die Erstellung einer Stockwerkeinheit übernimmt, ist dem Besteller gegenüber zur Ablieferung des mängelfreien Werkes auch in Bezug auf Bauteile verpflichtet, die anderen Miteigentümern ebenfalls zur Nutzung zustehen. Der Nachbesserungsanspruch ist unteilbar und jeder einzelne Stockwerkeigentümer kann seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben, wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen. Damit sollen freilich die Schwierigkeiten nicht verkannt werden, die sich daraus ergeben können, dass die vertraglichen Gewährleistungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer nicht identisch sein müssen. Denn der Mangel, dessen Behebung der Besteller beanspruchen kann, definiert sich als Abweichung vom Vertrag (BGE 114 II 239 E. 5a/aa S. 244). Inhaltlich werden zwar die Verträge des Unternehmers mit den einzelnen Erwerbern von Stockwerkeinheiten praktisch regelmässig gleich lauten - dies muss aber nicht zwingend der Fall sein. Es kann sich dann unter Umständen die Frage stellen, ob ein einzelner Erwerber einer Stockwerkeinheit im Verhältnis zu

seinen Miteigentümern seinen vertraglichen Anspruch auf Nachbesserung durchsetzen darf, wenn die Abweichung vom Vertrag einen gemeinsamen Bauteil betrifft. Insofern dürfte eine Koordination zwischen der Durchsetzung des werkvertraglichen Nachbesserungsanspruchs einzelner Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich sein (vgl. BGE 141 III 357 E. 3.2 S. 360).

3.6 Im vorliegenden Fall hat nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid die Stockwerkeigentümerversammlung am 25. März 2015 gültig beschlossen, die Verwaltung solle die Mängelrechte gegenüber der Beschwerdeführerin geltend machen. Die Stockwerkeigentümergeinschaft hat sodann den entsprechenden Nachbesserungsanspruch unbestritten durch Zession erworben, hat  
BGE 145 III 8 S. 14

ihr doch mehr als ein Stockwerkeigentümer die vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin abgetreten, auf die sie sich beruft. Die Beschwerdegegnerin ist entsprechend aktivlegitimiert, den ungeteilten Nachbesserungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin durchzusetzen. Angesichts des Beschlusses der Stockwerkeigentümer, die zur Mängelbehebung erforderlichen baulichen Massnahmen gegenüber der Beschwerdeführerin durchzusetzen, stellen sich im vorliegenden Fall keine Koordinationsfragen betreffend das Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern. Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin zu Recht den ganzen für die Mängelbehebung benötigten Betrag als Vorschuss zugesprochen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist, soweit sie die formellen Anforderungen erfüllt, abzuweisen.