

BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019

Bundesgericht, 2019-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_306_2018

FR: TF 4A_306/2018 du 29 janvier 2019

IT: TF 4A_306/2018 del 29 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweis).

E. 1.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

E. 2

Es muss nicht abschliessend beurteilt werden, wie der Vertrag vom 10. Dezember 2010 zu qualifizieren ist. Vielmehr ist für jede Rechtsfrage gesondert zu prüfen, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen (Kaufvertrag oder Werkvertrag) sie zu beurteilen ist. Umstritten ist vorliegend, ob die Beschwerdegegner in Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung der Beklagten verzichten und Schadenersatz

verlangen durften. Es stellt sich daher die Frage, wie die Beschwerdeführerin selber zutreffend festhält, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen die rechtzeitige Vornahme der Arbeit im konkreten Fall zu beurteilen ist.

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, zentral sei das Kriterium des "Zeitpunkts des Eigentumsübergangs". Darauf gehe die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung aber nicht ein. Werde die Baute - wie hier - nach der Übereignung des Grundstücks erstellt, so gelange sie im Zuge der Arbeiten sukzessive und ohne Weiteres in das Eigentum des Erwerbers (Art. 667 ZGB), weshalb sie nicht Gegenstand eines Kaufvertrages sein könne. Die Bauleistungen, die der Veräusserer zu veranlassen habe, könnten nur noch Gegenstand eines Werkvertrages sein. Den Veräusserer treffe nur noch eine Herstellungspflicht. Hier sei die Erstellung der schlüsselfertigen Stockwerkeigentumsseinheit ein wesentlicher Teil des Vertrages gewesen und der Streit drehe sich um die Erstellung der den individuellen Wünschen der Beschwerdegegner entsprechenden Neubaute.

E. 2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, auf welche die Vorinstanz verweist, ist beim Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute insbesondere zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die

Herstellungspflicht . Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Neubaute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers (Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1 mit Hinweisen auf die Lehre [Hervorhebung im Entscheid]; bestätigt in: 4A_702/2011 vom 20. August 2012 E. 5).

Nachdem die Vorinstanz festgestellt hatte, die Neubaute hätte nach den individuellen Wünschen der Beschwerdegegner erstellt werden sollen, durfte sie gestützt auf diese Rechtsprechung von einer werkvertraglichen Leistung ausgehen. Die Beschwerdeführerin rügt, die Einflussmöglichkeiten der Beschwerdegegner hätten sich auf Details des Innenausbaus beschränkt. Damit vermag sie die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen (vgl. E. 1.2 hiervor). Es kann daher offenbleiben, wo allenfalls die Grenze wäre, sodass nicht mehr von einer Einflussnahme auf die Herstellung gesprochen werden könnte. Im Übrigen wiederholt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ihren im kantonalen Verfahren eingenommenen Standpunkt und bringt verschiedene Aspekte vor, die ihres Erachtens für einen Kauf sprechen (v.a. Formulierungen im Vertrag und die Tatsache, dass keine getrennte Vergütung für den Erwerb des Grundstücks und die Erstellung der Baute vereinbart worden war), die aber am wesentlichen Abgrenzungskriterium nichts ändern. Darauf muss nicht weiter eingegangen werden. Auch kann offenbleiben, ob, wenn die Ausscheidung zu Stockwerkeigentum und die Eigentumsübertragung wie hier vor Erstellung der Baute erfolgt sind, sich die Frage

nach dem Einfluss auf den Herstellungsprozess überhaupt stellt oder ob unter diesen Umständen, wie die Vorinstanz annimmt, ohnehin kein Kauf vorliegen kann (vgl. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes - Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums, 2011, S. 115 ff., 120 f. mit Hinweisen). Die Frage der rechtzeitigen Vornahme der Arbeiten ist gestützt auf Werkvertragsrecht zu beurteilen.

E. 3

Die Vorinstanz verwarf den von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwand der fehlenden Aktivlegitimation der Beschwerdegegner.

E. 3.1

Sie erwog, die Beschwerdeführerin habe gemäss dem Vorvertrag vom 21. April 2010 das Ziel verfolgt, auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Doppel Einfamilienhaus mit insgesamt zwei Eigentumswohneinheiten mit zugehörigen Nebenräumen und Parkplätzen zu bauen, wobei die Begründung von Stockwerkeigentum am 10. Dezember 2010 vor Erstellung des Gebäudes erfolgt sei. Der Verkauf der beiden Stockwerkeigentumswohneinheiten an die Beschwerdegegner einerseits und an das Ehepaar D. _____ andererseits sei in zwei separaten Verträgen erfolgt. Die beiden Ehepaare hätten sich entgegen der Beschwerdeführerin nicht zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen mit dem gemeinsamen Ziel, zusammen ein Doppel Einfamilienhaus zu bauen. Die Beschwerdegegner stützten ihre Ansprüche auf den Vertrag mit der Beschwerdeführerin vom 10. Dezember 2010 und seien hierfür allein aktivlegitimiert.

Zwar würden Käufer mit dem Kauf eines Stockwerkeigentums automatisch auch Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft. Dies bedeute jedoch nicht - so die Vorinstanz weiter -, dass die Gemeinschaft dadurch ohne weiteres zur Partei der Verträge wird, die von den einzelnen Stockwerkeigentümern abgeschlossen werden. Auch wenn die Herstellung der gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes allen Mitgliedern geschuldet sei, stehe jedem Stockwerkeigentümer ein Erfüllungsanspruch zu.

E. 3.2

Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist die einfache Gesellschaft die vertragsgemässe Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Charakteristisches Element ist somit einerseits der gemeinsame Zweck und andererseits ein Beitrag, das heisst eine Leistung, die jeder Gesellschafter zu Gunsten der Gesellschaft erbringen muss (BGE 137 III 455 E. 3.1 S. 456 f.). Das Entscheidende ist dabei aber nicht, dass sich die Gesellschafter als Vertragspartner auf bestimmte gemeinsam zu verfolgende Interessen einigen. Wesentlich ist vielmehr, dass sie das künftige Verhalten auf die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks ausrichten und dazu

jeder Gesellschafter seinen Beitrag leistet ("

un apport, c'est-à-dire une prestation que chaque associé doit faire au profit de la société ", Urteil 4A_251/2016 und 4A_265/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.2.1 mit Hinweisen; Herv. beigefügt).

Die Beschwerdeführerin hält den vorinstanzlichen Erwägungen im Wesentlichen einzig entgegen, eine einfache Gesellschaft sei zu bejahen, "wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen,

um auf diese Weise einen Beitrag zu leisten " (Herv. beigefügt). Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung zwar davon aus, von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln könne nur dort gesprochen werden, wo ein Wille besteht, die eigene Rechtsstellung einem gemeinsamen Zweck unterzuordnen, um auf diese Weise einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten (BGE 108 II 204 E. 4a S. 209; Urteile 5A_304/2015 vom 23. November 2015 E. 6.3; 4A_533/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2.3; 4C.195/2006 vom 12. Oktober 2007 E. 2.4.1). Die Pflicht eines Stockwerkeigentümers, bei der Ausübung seiner Rechte auf diejenigen der anderen Rücksicht zu nehmen, ist indessen dem Stockwerkeigentum inhärent. Sie ergibt sich bereits aus dem Gesetz (vgl. Art. 712a Abs. 2 und 3 ZGB) auch ohne das die einfache Gesellschaft charakterisierende, vertragsgemässe Zusammenwirken der Parteien. Würde bereits die sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergebende Pflicht, die Eigeninteressen in einem gewissen Mass dem Gesamtinteresse unterzuordnen, für die Annahme einer einfachen Gesellschaft genügen, würde das Erfordernis eines Beitrags aufgelöst. Zu Recht hat die Vorinstanz den streitgegenständlichen Sachverhalt von BGE 137 III 455 abgegrenzt, wo für die Annahme einer einfachen Gesellschaft entscheidend war, dass zwei Parteien gemeinsam einen Vertrag über ein Kaufversprechen und dann den Kaufvertrag über ein Grundstück abschlossen sowie anschliessend gemeinsam einen Architekten einsetzten und sich die Kosten teilten. Damit hatten sie ihre Einsätze und Ressourcen (Beiträge) zur Realisierung des gemeinsamen Zwecks zusammengelegt. Die Beschwerdegegner haben sich nicht in diesem Sinn mit dem Ehepaar D._____ zu einer Einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen.

E. 3.3

Die Begründung des Stockwerkeigentums erfolgte nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz am 10. Dezember 2010 gleichzeitig mit dem Kaufvertrag (vgl. Sachverhalt A.) und vor Erstellung der Baute. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, damit seien die Beschwerdegegner ohne weiteres Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft geworden (vgl. auch BGE 143 III 537 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Das ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdegegner und das Ehepaar D._____ je einzelne Kaufverträge mit der Beschwerdeführerin abschlossen, woraus sich ihr jeweiliger Erfüllungsanspruch ergibt, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte. Dass sie solche Ansprüche an die Stockwerkeigentümergeinschaft abgetreten hätten, ist nicht festgestellt und wird auch nicht geltend gemacht.

Was die Beschwerdeführerin dem entgegen hält, ist schwierig nachvollziehbar. Sie macht geltend, der "Erfüllungsanspruch an den gemeinschaftlichen Bauteilen (sei) vorliegend vertraglich beschränkt ". Obwohl sie von "vorliegend " spricht, scheint sie dies aber nicht aus dem konkreten Kaufvertrag ableiten zu wollen, aus welchem denn auch nichts Derartiges ersichtlich ist. Vielmehr will sie dies offenbar generell dem Wesen der Stockwerkeigentümergeinschaft entnehmen. Das Bundesgericht hat kürzlich in einem zu publizierenden Entscheid klargestellt, dass der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch auch betreffend gemeinsamer Bauteile jedem Stockwerkeigentümer ungeteilt (unabhängig von seiner Wertquote) zusteht (Urteil 4A_71/2018 vom 18. September 2018, E. 3.2 - 3.6). Es hat in diesem Zusammenhang nicht nur die Nachbesserungsrechte, sondern auch den Erfüllungsanspruch erwähnt (E. 3.4 mit Hinweis auf KRAUSKOPF, a.a.O., S. 128). Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch ist denn auch ein "modifizierter Erfüllungsanspruch" (KRAUSKOPF, a.a.O., S. 127). Der einzelne Stockwerkeigentümer

kann diesen (originalen) Erfüllungsanspruch ohne weiteres geltend machen, auch wenn er gemeinsame Bauteile betrifft.

Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, die Stockwerkeigentümer müssten betreffend die gemeinschaftlichen Teile auch gemeinsam handeln. Andernfalls könnten die Erfüllungsansprüche der Stockwerkeigentümer kollidieren. Der Verzicht des einen Stockwerkeigentümers würde den Erfüllungsanspruch des anderen verunmöglichen. Damit vermengt die Beschwerdeführerin die Fragen, wer ihr Vertragspartner und ihr gegenüber aktivlegitimiert ist, mit der Frage, ob der eine Stockwerkeigentümer durch seine Handlungen die Position eines anderen in Bezug auf gemeinschaftliche Teile beeinträchtigen darf. Zwar kann eine Koordination zwischen der Durchsetzung der werkvertraglichen Ansprüche der einzelnen Erwerber von Stockwerkeigentum und den Regeln über die Beschlussfassung der Stockwerkeigentümergeinschaft erforderlich werden (zit. Urteil 4A_71/2018 E. 3.5 f.). Dies betrifft zunächst aber das Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander. Soweit sich aus der Realisierung des Gesamtprojekts ein Koordinationsbedarf ergibt, war dieses indessen ohnehin Gegenstand der mit beiden Parteien geschlossenen Verträge, so dass sich die Beschwerdeführerin direkt auf diese stützen könnte. Sie zeigt aber nicht rechtsgenügend auf, inwiefern die Beschwerdegegner mit ihrem Vorgehen ihre vertraglichen Pflichten verletzt haben sollten, zumal sich das gesamte Problem überhaupt nicht gestellt hätte, wenn die Beschwerdeführerin ihre Leistung rechtzeitig erbracht hätte.

E. 4

Die Beschwerdeführerin bestreitet allerdings, dass sie sich ab 1. Juni 2012 in Verzug befunden habe. Vielmehr habe man sich im Juli 2012 auf einen neuen Abgabetermin per 30. November 2012 geeinigt.

E. 4.1

Die Vorinstanz stellte fest, der von den Beschwerdegegnern beigezogene Architekt E._____ habe am 25. Juli 2012 einen Terminplan erstellt, der als Einzugstermin den 29. Oktober 2012 vorgesehen habe. Am 24. Juli 2014 habe eine Koordinationssitzung zwischen E._____ und der Beschwerdeführerin bzw. A._____ von der Beschwerdeführerin stattgefunden. Dazu habe E._____ ein Memo verfasst. Darin habe er vermerkt, die Beschwerdegegner würden festhalten, dass die Beschwerdeführerin mit der Bauvollendung in Verzug sei. Bei der Pendency "Bezugsdatum" werde festgehalten, die Beschwerdeführerin könne zur Zeit kein verbindliches Bezugsdatum mitteilen. Nach gemeinsamer Analyse (gemeint E._____ und A._____) sei das kommunizierte Bezugsdatum 30. September 2012 jedoch unrealistisch. Zielvorgabe sei: Schlüsselübergabe und Bezug per 31. Oktober 2012, jedoch "verbindlich allerspätestens 30. November 2012"; präzise Daten würden nach Einbau des Unterlagsbodens per 10. August 2012 erfolgen. Die Vorinstanz erwog, eine gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung auf Festlegung eines neuen Fälligkeitstermins bzw. eines Verfalltags lasse sich daraus nicht schliessen. Dagegen spreche auch das Wort "Zielvorgabe". Nicht erkennbar sei, ob die Zielvorgabe von beiden Parteien getragen oder nur von E._____ vorgegeben worden sei. Hingegen lasse sich dem Memo entnehmen, dass die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin in Verzug sahen und das kommunizierte Bezugsdatum 30. September 2012 für unrealistisch gehalten hätten. Die Beschwerdeführerin habe sich daher auch nach der Koordinationssitzung vom 24. Juli 2012 in Verzug befunden.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass im Memo nicht nur von einer Zielvorgabe die Rede war, sondern auch von einem "verbindlichen", allerspätsten Abgabetermin. Mit dem Argument, es sei nicht klar, ob der Inhalt des Memos von "beiden Parteien getragen" oder nur die einseitige Meinung von E._____ gewesen sei, setzt sich die Vorinstanz zudem in klaren Widerspruch zu ihrer späteren, im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer Nachfristansetzung getroffenen Argumentation, wonach die Beschwerdeführerin selber geltend mache, als (allerspätster) Ablieferungstermin sei der 30. November 2012 vereinbart worden, worauf sie sich behaften lassen müsse (vgl. E. 5.4.1 hiernach). Letztlich kann die Frage aber offengelassen werden, denn entscheidend ist, ob die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Erklärung des Verzichts auf die nachträgliche Leistung und die Geltendmachung von Schadenersatz im Verzug war. Das ist der Fall, wie nachfolgend gezeigt wird.

E. 5

Die Vorinstanz erwog, am 1. Oktober 2012 hätten die Beschwerdegegner die Ersatzvornahme erklärt. Die Voraussetzungen hierfür seien nicht erfüllt gewesen. Am 29. Oktober 2012 hätten die Beschwerdegegner dann den Verzicht auf die nachträgliche Leistung erklärt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, nachdem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 gegen das Schreiben vom 1. Oktober 2012 protestiert und geltend gemacht hatte, die Beschwerdegegner seien nicht zur Ersatzvornahme berechtigt. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass am 29. Oktober 2012 die Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht auf die nachträgliche Leistung und Geltendmachung von Schadenersatz erfüllt waren.

E. 5.1

Die Beschwerdegegner machen in diesem Zusammenhang geltend, sie seien berechtigt gewesen, am 1. Oktober 2012 die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR zu erklären. Die Vorinstanz (gemeint ist das Bezirksgericht) habe sich lediglich auf ein Schreiben von E._____ vom 21. September 2012 gestützt. Die Beschwerdegegner hätten aber bereits vorgängig mehrmals auf die mangelhafte Planung der Fassade verwiesen. Mit diesen Ausführungen ergänzen sie den Sachverhalt, ohne dass die Voraussetzungen dazu (vgl. E. 1.2 hiervor) erfüllt wären. Darauf ist nicht einzutreten. Es ist somit davon auszugehen, dass die Erklärung der Ersatzvornahme am 1. Oktober 2012 unwirksam war.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sich die Beschwerdegegner überhaupt im Sinn der Vorinstanz "umentschieden" hätten; vielmehr hätten sie auch im Schreiben vom 29. Oktober 2012 an der Ersatzvornahme festgehalten. Sie scheint daraus ableiten zu wollen - eine Präzisierung fehlt -, dass die Beschwerdegegner überhaupt keine Ansprüche hätten, da auch am 29. Oktober 2012 die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nicht gegeben gewesen seien und die Beschwerdeführerin also den Vertrag nach wie vor hätte erfüllen dürfen.

Die Rüge geht fehl. Der von der Beschwerdeführerin selber zitierte Wortlaut der beiden Schreiben spricht für die Auslegung der Vorinstanz. Während im Schreiben vom 1. Oktober 2012 auf die Baumängel der Fassade hingewiesen und mitgeteilt wird, die Beschwerdegegner würden sämtliche Arbeiten auf Gefahr und Kosten der Beschwerdeführerin gemäss Art. 366 Abs. 2 OR Dritten übertragen, erklärten die

Beschwerdegegner im Schreiben vom 29. Oktober 2012 ausdrücklich den Verzicht auf die nachträgliche Leistung und machten den aus der

Nichterfüllung entstandenen

Schaden geltend. Soweit sich die Beschwerdeführerin für ihre Auslegung des Schreibens vom 29. Oktober 2012 auf eine Mitteilung des von den Beschwerdegegnern beigezogenen Architekten E. _____ bezieht, ergänzt sie den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt, ohne dass die Voraussetzungen dazu (vgl. E. 1.2 hiervor) erfüllt sind.

E. 5.3

Für den Fall, dass von einem "Umzentscheiden" ausgegangen wird, bestreitet die Beschwerdeführerin, dass dies zulässig war.

E. 5.3.1

Die Vorinstanz ging mit der Erstinstanz davon aus, die Ausübung eines Gestaltungsrechts sei zwar unwiderruflich. Das sei durch das Schutzbedürfnis des Erklärungsadressaten gerechtfertigt, der nicht der wiederholten Willkür des Berechtigten durch mehrfache Ausübung ausgesetzt sein sollte. Fehle es im Einzelfall aber an einem Schutzbedürfnis des Erklärungsgegners an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung, dann müsse die Bindung entfallen. Habe sich der Gläubiger nur für einen vermeintlichen, das heisst einen nicht bestehenden Anspruch entschieden, so fehle es an einem schützenswerten Interesse des Schuldners, den Gläubiger darauf zu behaften (sog. uneigentliches ius variandi). Da die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme am 1. Oktober 2012 nicht erfüllt gewesen seien, seien die Beschwerdegegner daher berechtigt gewesen, sich am 29. Oktober 2012 umzuentcheiden und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen.

E. 5.3.2

Mit der Mitteilung vom 1. Oktober 2012, zur Ersatzvornahme zu schreiten, erklärten die Beschwerdegegner auch den Verzicht auf die Erfüllung durch die Beschwerdeführerin. Die Ersatzvornahme enthält zwingend einen Verzicht auf die Leistung des bisherigen Unternehmers. Dieser Leistungsverzicht ist das Gestaltungsgeschäft (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, 1998, N. 10 und 470 zu Art. 366 OR ; ANDREAS VON THUR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1979, S. 24). Mit der Mitteilung vom 29. Oktober 2012 erklärten die Beschwerdegegner erneut, dass sie auf die Leistung durch die Beschwerdeführerin verzichteten. Sie hielten auch weiterhin am Vertrag fest (kein Rücktritt); nur verlangten sie nun Schadenersatz aus Nichterfüllung. Am Verzicht auf Vertragserfüllung durch die Beschwerdeführerin änderte sich somit nichts. Was sich änderte, war lediglich der daraus abgeleitete Anspruch; vorerst der Ersatz der Kosten des Drittunternehmers, dann Schadenersatz aus Nichterfüllung. Es erscheint daher fraglich, ob überhaupt im Sinn der Vorinstanz davon ausgegangen werden kann, die Beschwerdegegner hätten am 1. Oktober 2012 ein Gestaltungsrecht ausgeübt, welches sie dann im Schreiben vom 29. Oktober 2012 widerrufen hätten. Die Frage kann offenbleiben, denn auch wenn man von der Annahme der Vorinstanz ausgeht, waren die Beschwerdegegner berechtigt, sich "umzuentcheiden".

Die Vorinstanz berief sich für ihre Auffassung zu Recht auf BGE 128 III 70 E. 2 S. 75 f. Das Bundesgericht erwog dort im Hinblick auf eine vom Vertragsgegner als unwirksam bestrittene Anfechtung eines Vertrages gemäss Art. 31 OR, es entspreche der teleologischen Interpretation des Gesetzes, dass das Gestaltungsrecht nicht unwiderruflich

sei, wenn die Gegenpartei dieses oder dessen wirksame Ausübung bestreite; denn damit bringe diese hinreichend zum Ausdruck, dass sie an der Vertragserfüllung festhalten wolle. Wer sich so verhalte, solle sich nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB nicht gleichzeitig darauf berufen können, durch die Anfechtungserklärung sei er seiner Erfüllungspflicht enthoben worden. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheide (BGE 136 III 273 E. 2.2 S. 274 f.; 126 III 230 E. 7a/aa S. 230 und 123 III 16 E. 4b S. 22) sind demgegenüber nicht einschlägig. In diesen wurde lediglich die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts bestätigt. Namentlich wurde in BGE 126 III 230 E. 7a/aa zwar die Erklärung der Ersatzvornahme als unwiderruflich bezeichnet, deren Voraussetzungen waren aber in diesem Fall eben gerade gegeben und der Vertragsgegner hatte nicht deren Unwirksamkeit geltend gemacht, sodass zum vorneherein kein widersprüchliches Verhalten des Vertragsgegners vorliegen konnte.

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang schliesslich, in der Lehre, auf die BGE 128 III 70 verweise, werde vorausgesetzt, dass der Widerruf (der Gestaltungserklärung) analog zu Art. 9 OR erfolgen müsse. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Dieser Einwand ist offensichtlich unbehelflich. Die Rücknahme einer Anfechtungserklärung analog Art. 9 OR wird in BGE 128 III 70 als eine der Möglichkeiten für einen Widerruf erwähnt - jedoch zuzüglich zum Fall, dass sich der Vertragsgegner ohne schützenswertes Interesse auf eine Gestaltungserklärung berufe, deren Wirksamkeit er selber bestreite.

E. 5.4

Umstritten ist sodann, ob die Erklärung des Verzichts auf die nachträgliche Leistung und die Geltendmachung von Schadenersatz ohne Nachfristansetzung erfolgen durfte und rechtzeitig war.

E. 5.4.1

Die Vorinstanz erwog, nach Verzögerungen und mehrmaligem Verschieben des Abgabetermins sei nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin als (allerspätester) Ablieferungstermin der 30. November 2012 vereinbart worden. Darauf müsse sie sich behaften lassen. Die Beschwerdegegner hätten bei ihrer Erklärung des Verzichts auf die nachträgliche Leistung Anfang Oktober 2012 auf eine Nachfristansetzung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verzichten dürfen. Eine solche hätte sich im Sinn von Art. 108 Abs. 1 OR als unnütz erwiesen. In diesem Zeitpunkt sei nämlich voraussehbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Wohnung nicht bis Ende November 2012 würde fertigstellen können. Die Vorinstanz stützte sich dabei auf eine Zustandsaufnahme durch eine von den Beschwerdegegnern beigezogene Fachunternehmung. Daraus ergebe sich, dass sich das Gebäude bzw. die Wohnung am 11. Oktober 2012 noch weitestgehend im Rohbau befunden habe. Die Beschwerdeführerin sei aber selber davon ausgegangen, dass nach Vollendung des Rohbaus noch vier Monate für die Fertigstellung des Gebäudes benötigt würden. Die noch ausstehenden Arbeiten hätten deshalb nicht bis Ende November 2012 beendet werden können. Die Beschwerdegegner hätten anfangs Oktober 2012 ohne Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 107 Abs. 2 OR den Verzicht auf die nachträgliche Leistung erklären und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen können.

Nachdem sich die Beschwerdegegner unentschieden und mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 den Leistungsverzicht und die Geltendmachung von Schadenersatz erklärt hätten, sei dies auch unverzüglich geschehen, nämlich nach dem Schreiben der Beschwerdeführerin

vom 22. Oktober 2012.

E. 5.4.2

Entscheidend für die Notwendigkeit einer Nachfristansetzung ist, ob im Zeitpunkt der Verzichtserklärung die rechtzeitige Vollendung gemäss Art. 366 Abs. 1 OR nicht mehr vorauszusehen war. War dies der Fall, so befand sich die Beschwerdeführerin deshalb in Verzug (KOLLER, a.a.O., N. 183 zu Art. 366 OR ; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 8 zu Art. 366 OR), weshalb es auch nicht massgeblich war, ob die Beschwerdeführerin sich bereits ab dem 1. Juni 2012 in Verzug befunden habe (vgl. E. 4 hiervor). Das verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie zu diesen Ausführungen der Vorinstanz (unter dem Titel Nachfrist) erneut auf ihre Einwände bezüglich Verzug ab 1. Juni 2012 verweist. Im Übrigen setzt sie sich mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Nichterforderlichkeit einer Nachfrist nicht (rechtsgenügend) auseinander. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

E. 5.4.3

Die Beschwerdeführerin bestreitet aber, dass die Erklärung vom 29. Oktober 2012 unverzüglich im Sinn von Art. 107 Abs. 2 OR gewesen sei.

E. 5.4.3.1

Sie macht geltend, gemäss der Vorinstanz hätten die Beschwerdegegner anfangs Oktober 2012 ohne Ansetzung einer Nachfrist den Verzicht auf die nachträgliche Leistung erklären und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen dürfen. Bei dieser Ausgangslage heisse unverzüglich anfangs Oktober - und nicht unverzüglich nach dem Schreiben vom 22. Oktober 2012. Unabhängig davon könnten die Beschwerdegegner nicht geltend machen, sie hätten den Fehler ihrer Erklärung vom 1. Oktober 2012 erst aufgrund des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 22. Oktober 2012 festgestellt. Sie seien professionell vertreten gewesen. Die Rechtslage sei klar gewesen und sei bereits anlässlich der Besprechung vom 18. Oktober 2012 erörtert worden. Daher sei die Erklärung vom 29. Oktober 2012 auf jeden Fall nicht unverzüglich erfolgt.

An anderer Stelle rügt die Beschwerdeführerin - diese Rüge hängt aber mit der soeben dargelegten zusammen -, die Vorinstanz habe ohne gesetzliche Grundlage die Wirkung der Verzichtserklärung vom 29. Oktober 2012 auf den 1. Oktober "vordatiert". Eine Verzichtserklärung könne erst eine Wirkung entfalten, wenn sie tatsächlich abgegeben wird. Sie bestreite, dass die Verzichtserklärung vom 29. Oktober 2012 eine Vorwirkung auf den 1. Oktober 2012 entfalten könne.

E. 5.4.3.2

Letztere Rüge bezieht sich offensichtlich auf die Formulierung der Vorinstanz am Ende der E. 2.7.3 des angefochtenen Entscheides: "Die Kläger durften daher anfangs Oktober 2012 ohne Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 107 Abs. 2 OR den Verzicht auf die nachträgliche Leistung durch die Beklagte erklären und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen". Die Formulierung ist in der Tat missverständlich. Im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zum "umentscheiden" (vgl. E. 5.2 und 5.3.1 f. hiervor) ging die Vorinstanz aber klar davon aus, die Erklärung, auf welcher die streitgegenständliche Forderung beruht, sei mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 erfolgt. Die Feststellung der Vorinstanz ist deshalb so zu verstehen, dass die Voraussetzungen für den Leistungsverzicht wegen Verzug in der Ausführung gemäss Art. 366 Abs. 1 OR bereits anfangs Oktober 2012 bestanden hätten, die

Beschwerdegegner also bereits zu diesem Zeitpunkt ihre Erklärung gemäss dem Schreiben vom 29. Oktober 2012 hätten abgeben können.

Da die am 1. Oktober 2012 erklärte Ersatzvornahme nicht gültig war, war auch der damit erklärte Leistungsverzicht unwirksam. Massgeblich ist die Erklärung vom 29. Oktober 2012. Die Beschwerdegegner hätten diese schon am 1. Oktober 2012 abgeben können. Zu prüfen ist somit, ob diese Zeitspanne das Erfordernis der Unverzüglichkeit verletzt.

Die Beschwerdegegner sind der Auffassung, die Frage der Rechtzeitigkeit stelle sich gar nicht; solange sich die Beschwerdeführerin in Verzug befunden habe, hätten sie ihre Verzichtserklärung jederzeit abgeben können. Das trifft nicht zu. Im Grundsatz ist auch in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR eine unverzügliche Verzichtserklärung im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR erforderlich. Beruft sich der Schuldner auf das Fehlen der Unverzüglichkeit, kann dies im Einzelfall allerdings treuwidrig sein (BGE 143 III 495 E. 4.3.1 und 4.3.2 S. 503 ff. mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid offengelassen, ob in einem Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR an die Unverzüglichkeit allenfalls weniger strenge Anforderungen zu stellen wären, als in einem Fall von Art. 107 Abs. 1 OR (E. 4.3.2 a.E. S. 505). Die Frage kann auch hier offenbleiben. Das Erfordernis der Unverzüglichkeit bezweckt den Schutz des Schuldners; spekulative Verzögerungen seitens des Gläubigers sollen verhindert werden (BGE 143 III 495 E. 4.3.2 S. 504; 96 II 47 E. 2 S. 50; Urteile 4A_232/2011 vom 20. September 2011 E. 5.4; 4A_603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.4). Die Dauer hängt daher von den konkreten Umständen ab. Spekulative Verzögerungen sind nicht ersichtlich. Namentlich steht nicht fest, dass die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich weiteren namhaften Aufwand für die Erfüllung getroffen hätte (zu diesem Aspekt vgl. BGE 96 II 47 E. 2 S. 50; zit. Urteil 4A_232/2011 E. 5.4), zumal die Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin mit dem Schreiben vom 1. Oktober 2012 auch verboten hatten, die Baustelle zu betreten, worauf sich letztere selber beruft. Die Erklärung vom 29. Oktober 2012 erfolgte daher rechtzeitig. Entgegen der Beschwerdeführerin erscheint es nicht sachgerecht, die Frist zur Erhebung der Mängelrüge (Art. 367 Abs. 1 OR) sinngemäss anzuwenden. Beide Fristen verfolgen unterschiedliche Zwecke. Während es bei einem Mangel darum geht, diesen möglichst bald zu beheben und allenfalls sogar eine Vergrösserung des Schadens droht, geht es beim Leistungsverzicht wie erwähnt im Wesentlichen darum, dass die Unternehmerin nicht unnötig mit ihrer Arbeit fortfährt.

E. 5.5

Umstritten war sodann vor beiden kantonalen Instanzen, wann die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern die sog. Mehrleistungsprotokolle zugestellt hatte. Die Beschwerdeführerin hatte geltend gemacht, dies sei vor dem 1. Oktober 2012 geschehen; die Beschwerdegegner hätten diese nicht unterzeichnen wollen, weshalb sie sich im Annahmeverzug befunden hätten, was gleichzeitig bedeute, dass sie ihrerseits nicht im Verzug gewesen sei. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin könne den Nachweis nicht erbringen, dass sie bereits früher die (definitiven bzw. bereinigten) Mehrleistungsprotokolle zugestellt habe. In einer Eventualbegründung legte sie sodann dar, dass die Beschwerdegegner nicht verpflichtet gewesen seien, die Mehrleistungsprotokolle tel quel zu unterzeichnen, weil die Beschwerdeführerin die Offerten für die Mehrleistungen nicht offengelegt habe. Ihnen könnte daher, selbst wenn die Protokolle vor dem 1. Oktober 2012 zugestellt worden wären, kein Annahmeverzug vorgeworfen werden.

E. 5.5.1

Die Hauptbegründung der Vorinstanz beruht auf Beweiswürdigung. Die Beschwerdeführerin weist diese nicht als willkürlich (vgl. E. 1.2 hiervor) aus. Sie bezieht sich nur erneut auf die kläg. Beilage 55 und die bekl. Beilage 13, die aber von der Vorinstanz gewürdigt wurden. Insbesondere geht sie nicht darauf ein, dass gemäss Vorinstanz in einem früheren Zeitpunkt keine

definitiven und bereinigten Mehrleistungsprotokolle übergeben worden seien. Insofern liegt auch eine ungenügende Rüge vor.

E. 5.5.2

Die Beschwerdeführerin macht allerdings auch in diesem Zusammenhang (vgl. E. 5.4.3.1 a.E. hiervor) geltend, die Vorinstanz datiere den Verzicht auf den 1. Oktober 2012. Tatsächlich sei der Verzicht jedoch erst am 29. Oktober 2012 erklärt worden. Erst in diesem Zeitpunkt könne die Erklärung Wirkung entfalten. Als Folge des Verbotes, die Baustelle zu betreten, hätten sich die Beschwerdegegner bereits ab dem 1. Oktober 2012 in Verzug befunden. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben.

Zum einen ist fraglich, ob die Beschwerdeführerin aus einem allfälligen Annahmeverzug der Beschwerdegegner nach Treu und Glauben überhaupt etwas ableiten können, solange nicht dieser dafür verantwortlich war, dass am 29. Oktober 2012 eine rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen war (vgl. E. 5.4.2 hiervor; KOLLER, a.a.O., N. 183 zu Art. 366 OR). Die Frage braucht aber nicht vertieft zu werden.

Die Erstinstanz hat nach den Feststellungen der Vorinstanz den Einwand der Beschwerdeführerin verworfen, die Beschwerdegegner hätten sich ab 1. Oktober 2012 in Annahmeverzug befunden, weil sie die Mehrleistungsprotokolle nicht unterzeichnet hätten. Dass die Beschwerdeführerin sich vor der Vorinstanz prozesskonform darauf berufen hätte, auch aus einem anderen Grund sei von einem Annahmeverzug auszugehen, nämlich wegen des Verbots, die Baustelle zu betreten, ist nicht festgestellt und legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Ohne diesbezügliche Rüge bestand für die Vorinstanz kein Anlass, sich mit dieser Frage vertieft auseinanderzusetzen. Da der kantonale Instanzenzug für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, materiell ausgeschöpft sein muss (BGE 143 III 290 E. 1.1 S. 293; 134 III 524 E. 1.3 S. 527; je mit Hinweisen), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit der Verzug aus einem Verbot, die Baustelle zu betreten, abgeleitet wird.

In Bezug auf die Mehrleistungsprotokolle hat die Vorinstanz in ihrer Eventualbegründung zudem einen Annahmeverzug auch für den 29. Oktober 2012 verneint. Die Beschwerdeführerin ficht zwar auch diese Begründung an und macht geltend, die Frage, ob sie nicht nur die Preislisten, sondern die konkreten Offerten der Unternehmer hätte offenlegen müssen, ergebe sich aus der Auslegung der vertraglichen Abrede. Eine entsprechende Pflicht sei aber weder dem Vertrag noch dem Gesetz zu entnehmen. Die Vorinstanz gesteht dem Besteller indessen nicht nur allgemein einen Anspruch darauf zu, dass der Unternehmer die Offerten für die Mehrleistungen offenlege. Dies ergibt sich nach Auffassung der Vorinstanz vielmehr auch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin selbst in ihrer Widerklage. Darauf geht die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht rechtsgenügend ein. Mangels hinreichender Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil (vgl. E. 1.1 hiervor) ist auch insoweit nicht auf die Beschwerde einzutreten und bleibt es dabei, dass am 29. Oktober 2012 kein Annahmeverzug gegeben war.

E. 5.6

Mit dem Schreiben vom 29. Oktober 2012 haben die Beschwerdegegner somit gültig auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Schadenersatz geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid auch in Bezug auf die Abweisung der Widerklage nicht zu beanstanden.

E. 6

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.