

Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten

Bundesgerichtsurteil 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019

Mit Bemerkungen von Keivan Mohasseb und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2019
- III. Bemerkungen
 - 1. Problemstellung
 - 2. Begriff und Arten von Gestaltungsrechten
 - 3. Grundsatz der Unwiderrufbarkeit
 - 4. Das (echte) *ius variandi*
 - 5. Ausnahme: Zulässigkeit des Widerrufs
 - 6. Würdigung
- IV. Schlussbemerkung

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die A. AG (Beschwerdeführerin) hat mit dem Ehepaar B. (Beschwerdegegner) einen Vertrag über die schlüsselfertige Erstellung und die Übertragung des Eigentums an einer Stockwerkeigentumswohnung abgeschlossen (sog. Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan). Nachdem absehbar war, dass die A. AG die Wohnung nicht fristgerecht bis am 30. November 2012 erstellen wird, hat das Ehepaar B. zunächst am 1. Oktober 2012 die Ersatzvornahme erklärt und der A. AG mitgeteilt, dass sämtliche Arbeiten, auf Kosten und Gefahr der Beschwerdeführerin, Dritten übertragen werden. Am 29. Oktober 2012 haben die Beschwerdegegner sodann den Verzicht auf die nachträgliche Leistung erklärt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht. Dies nachdem sich die A. AG mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 auf den Standpunkt gestellt hat, das Ehepaar B. sei nicht zur Ersatzvornahme berechtigt. Das Ehepaar B. hat am 14. Februar 2014 beim Bezirksgericht Luzern Klage erhoben und beantragt, dass die A. AG zu verpflichten sei, ihnen den Betrag von CHF 300 000 nebst Zins zu 5% seit dem 29. Juli 2013 zu bezahlen. Mit Urteil vom 7. Februar 2017 hat das Bezirksgericht die A. AG zur Zahlung von CHF 279 110.75 nebst 5% Zins seit dem 29. Juli 2013 verpflichtet. Gegen diesen Entscheid erhob die A. AG Berufung. Das Kantonsge-

richt Luzern hat mit Urteil vom 29. März 2018 die Berufung abgewiesen und gleich wie das Bezirksgericht entschieden. Gegen dieses Urteil hat die A. AG Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erhoben. Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eintrat.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018

Da die A. AG den Standpunkt eingenommen hat, sie habe mit dem Ehepaar B. einen Kaufvertrag über eine künftige Sache geschlossen, weshalb ein vorzeitiger Rücktritt nach Art. 366 OR ausgeschlossen sei, setzte sich das Kantonsgericht Luzern zunächst mit der Qualifikation des Vertrags auseinander. Es qualifizierte den Vertrag als gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag, auf den in den strittigen Fragen das Werkvertragsrecht anwendbar sei.¹ Das Kantonsgericht erwog, dass das Ehepaar B. berechtigt gewesen sei, zunächst am 1. Oktober 2012 die Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR zu erklären und, nachdem der Rechtsvertreter der A. AG gegen dieses Vorgehen protestiert hatte, auf den Entscheid zurückzukommen und sich mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 nicht mehr auf die Ersatzvornahme, sondern auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR) zu berufen.²

2. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2019

Auch das Bundesgericht hielt fest, beim Verkauf eines Grundstücks mit einer Neubaute sei zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine zukünftige Sache) und einem gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Das Bundesgericht erwog, dass die Herstellungspflicht das massgebliche Abgrenzungskriterium sei. Während sich der Verkäufer zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtete, habe der Unternehmer die künftige Neubaute herzustellen. Von einem Kauf über eine künftige Sache sei

* MLaw Keivan Mohasseb und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

¹ Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018 (1B 17 14), E. 2.2.

² Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018 (1B 17 14), E. 2.6.2.

auszugehen, wenn ein Neubau nicht eigens für den Erwerber hergestellt werde.³ Das Bundesgericht erinnerte daran, dass ein gemischter Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht vorliege, wenn der Erwerber Einfluss auf den Arbeitsprozess nehmen könne.⁴ Da die Neubaute nach den individuellen Wünschen des Ehepaars B. hätte erstellt werden sollen, kam das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum Ergebnis, dass die Frage der rechtzeitigen Vornahme der Arbeiten nach dem Werkvertragsrecht zu beurteilen sei.⁵ Im Übrigen müsse aber nicht abschliessend geklärt werden, wie der Vertrag zu qualifizieren sei.⁶

Das Bundesgericht stützte die Erwägungen des Kantonsgerichts Luzern, wonach das Ehepaar B. berechtigt gewesen sei, auf den Entscheid zugunsten einer Ersatzvornahme zurückzukommen und stattdessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Es setzte sich bei dieser Gelegenheit eingehend mit dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungsrechten auseinander. Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung (insbesondere BGE 128 III 70) führte das Bundesgericht aus, dass ein Gestaltungsrecht nicht unwiderruflich sei, wenn die Gegenpartei das Recht selbst oder dessen wirksame Ausübung bestreite, weil diese damit hinreichend zum Ausdruck bringe, dass sie an der Vertragserfüllung festhalten wolle.⁷ Das Bundesgericht befasste sich ausserdem mit seinem früheren – von der Beschwerdeführerin zitierten – Entscheid BGE 126 III 230. Das Gericht hatte damals die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Ausübung eines Gestaltungsrechts bestätigt und insbesondere den Entscheid zugunsten einer Ersatzvornahme als unwiderruflich bezeichnet. Das Bundesgericht erachtete den früheren Entscheid für den vorliegenden Sachverhalt allerdings als nicht einschlägig, seien im älteren Fall – im Gegensatz zum vorliegenden Fall – die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme doch gerade gegeben gewesen. Zudem hätte sich die Gegenpartei im älteren Fall nicht auf die Unwirksamkeit der Ausübung des Gestaltungsrechts berufen, sodass ihr von vornherein

kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden konnte.⁸

III. Bemerkungen

1. Problemstellung

Im vorliegenden Entscheid hatten sich das Kantonsgericht Luzern und das Bundesgericht mit dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungsrechten auseinanderzusetzen. Es war vorliegend zu klären, ob es zulässig war, dass das Ehepaar B. am 1. Oktober 2012 zunächst die Ersatzvornahme erklärt hat und kurz darauf (am 29. Oktober 2012) auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht hat. Die Frage stellte sich vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht in einem früheren Entscheid festgehalten hat, dass die Erklärung der Ersatzvornahme grundsätzlich unwiderruflich sei.⁹ Der vorliegende Entscheid soll zum Anlass genommen werden, die Gestaltungsrechte und insbesondere deren grundsätzliche Unwiderruflichkeit näher zu untersuchen.

2. Begriff und Arten von Gestaltungsrechten

Als Gestaltungsrecht bezeichnet man die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen zu verändern.¹⁰ Die Ausübung des Gestaltungsrechts setzt keine Mitwirkung der Gegenpartei voraus.¹¹ Damit wird der sonst geltende Grundsatz durchbrochen, wonach die Rechtsposition anderer nur mit deren Zustimmung geändert werden kann.¹² Die Gestaltungsrechte lassen sich in verschiedene Kategorien einteilen. Als (rechts-)begründendes Gestaltungsrecht gilt z.B. die Annahmeerklärung beim Vertragsabschluss.¹³ Als (rechts-)änderndes Gestaltungsrecht gilt etwa das Minderungsrecht des Bestellers beim Werkvertrag (Art. 368 Abs. 2 OR).¹⁴ Beispiele für (rechts-)aufhebende Gestaltungsrechte sind etwa

³ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 2.2.

⁴ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 2.2; BGer 4A_702/2011 vom 20. August 2012, E. 5; BGer 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003, E. 2.1.

⁵ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 2.2.

⁶ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 2.

⁷ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.2.

⁸ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.2.

⁹ BGE 126 III 230, E. 7a/aa.

¹⁰ BGE 133 III 360, E. 8.1.

¹¹ BGE 133 III 360, E. 8.1.

¹² Peter Gauch/Walter R. Schluelp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 65.

¹³ Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018, N 111.

¹⁴ Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger (Fn. 12), N 70.

das Kündigungs- (z.B. Art. 266a OR) oder das Rücktrittsrecht (z.B. Art. 107 Abs. 2 OR). Durch ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht wird ein Rechtsverhältnis inhaltlich aufgehoben, ohne dass dazu die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich wäre.¹⁵

Differenziert wird ferner zwischen privaten Gestaltungsrechten und Gestaltungs-klagerechten. Private Gestaltungsrechte bilden den Regelfall. Sie können durch private Willenserklärung (ohne Notwendigkeit einer Klage) ausgeübt werden. Beispiele hierfür sind etwa Art. 404 Abs. 1 OR oder Art. 107 Abs. 2 OR.¹⁶ Die Gestaltungs-klagerechte können hingegen nur auf dem Prozessweg – durch eine Gestaltungs-klage – wahrgenommen werden und sind auf Erlass eines Urteils gerichtet. Ein solches Gestaltungs-klagerecht ist etwa die Auflösungs-klage nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR.¹⁷

3. Grundsatz der Unwiderrufbarkeit

Gestaltungsrechte sind grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unverjährbar.¹⁸ Im vorliegenden Fall hatten sich die Gerichte insbesondere mit der Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten zu befassen. Auf diese Thematik soll im Folgenden der Fokus gelegt werden.

Das Bundesgericht hat verschiedentlich festgehalten, die Ausübung eines Gestaltungsrechts sei unwiderruflich.¹⁹ Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Gestaltungsgegner auf die Gestaltung der Rechtslage verlassen können soll.²⁰ Der Gestaltungsgegner muss sich grundsätzlich nicht gefallen lassen, dass der Berechtigte – durch mehrfache und möglicherweise widersprüchliche Ausübung eines Gestaltungsrechts – die Rechtslage wiederholt verändert.²¹ Vielmehr soll Rechtssicherheit geschaffen werden, gestützt auf die der Gestaltungsgegner die notwendigen

Dispositionen tätigen können soll.²² So soll sich z.B. ein Mieter nach der Kündigung durch den Vermieter um eine neue Wohnung bemühen können, ohne befürchten zu müssen, plötzlich an zwei Mietverträge gebunden zu sein.²³

4. Das (echte) *ius variandi*

Das Gegenstück zum Grundsatz der Bindungswirkung von Gestaltungsrechten ist das (echte) *ius variandi*. Man versteht darunter die Möglichkeit, ein bereits wirksam ausgeübtes Gestaltungsrecht zu widerrufen und auf einen anderen Rechtsbehelf überzugehen,²⁴ obwohl bereits eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist.²⁵ Das *ius variandi* unterscheidet sich vom Widerruf einer Gestaltungserklärung durch den Umstand, dass nicht nur eine Rechtsposition aufgegeben wird, sondern gleichzeitig auch eine neue Rechtsposition eingenommen wird.²⁶

Diskutiert wird die Möglichkeit eines *ius variandi* insbesondere im Zusammenhang mit den Wahlrechten des Gläubigers nach Art. 107–109 OR beim Schuldnerverzug. So stellt sich etwa die Frage, ob der Gläubiger, der auf die Leistung verzichtet und den Ersatz des positiven Vertragsinteresses geltend macht, später vom Vertrag zurücktreten kann und das negative Interesse verlangen kann.²⁷ Die herrschende Lehre lehnt ein solches echtes *ius variandi* ab.²⁸ In der Literatur wird der Grundsatz der Unwiderruflichkeit

¹⁵ BGE 128 III 70, E. 2.

¹⁶ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 12), N 74.

¹⁷ Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 77.

¹⁸ Huguenin (Fn. 17), N 76.

¹⁹ BGE 123 III 16, E. 4b; 109 II 319, E. 4b.

²⁰ Alfred Koller, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zit. BK-Koller), N 428 zu Art. 366 OR.

²¹ Vgl. Vedat Buz, Das *ius variandi* des Gläubigers bei Verzug des Schuldners, recht 1997, 197–202, 197.

²² Alfred Koller, OR AT – Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. Koller, OR AT), N 3.69.

²³ Koller, OR AT (Fn. 22), N 3.69.

²⁴ Buz (Fn. 21), 200.

²⁵ Philipp Jermann, Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichtes nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Widerrufbarkeit, Diss. St. Gallen 2003, N 186.

²⁶ Jermann (Fn. 25), N 186.

²⁷ Andreas Furrer/Rainer Wey, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 31 zu Art. 107 OR.

²⁸ Furrer/Wey (Fn. 27), N 31 zu Art. 107 OR; Wolfgang Wiegand, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 15 zu Art. 107 OR; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 373.

jedoch teilweise infrage gestellt.²⁹ So soll etwa nach *Koller* ein generelles *ius variandi* bestehen, sofern ein Schutzbedürfnis des Schuldners fehlt. Seiner Auffassung nach überwiegt im Normalfall das Interesse des Gläubigers an einem Anspruchswechsel das Interesse des Schuldners, sich nicht mit einem anderen Anspruch befassen zu müssen.³⁰

Das Bundesgericht lehnt das echte *ius variandi* ab. So hat es in BGE 123 III 16 festgehalten, dass «fest steht [...], dass die einmal getroffene Wahl als Ausübung eines Gestaltungsrechts ebenso unwiderruflich ist wie der Verzicht auf die Leistung». In der Lehre wurde dieser Entscheid teilweise kritisiert.³¹ Es wird bemängelt, dass das Bundesgericht die Unwiderruflichkeit nur mit der dogmatischen Einordnung der Wahlrechte als Gestaltungsrechte begründet und darauf verzichtet hat, weitere sachliche Gründe zu erwähnen.³²

5. Ausnahme: Zulässigkeit des Widerrufs

Obwohl das Bundesgericht das echte *ius variandi* bislang nicht anerkannt hat, gilt der Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungsrechten nicht absolut. In der Literatur und Rechtsprechung haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen der Widerruf eines Gestaltungsrechts ausnahmsweise als zulässig erachtet wird.

5.1 Fehlendes schutzwürdiges Interesse des Schuldners

Zunächst ist die Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen Interesses des Schuldners zu erwähnen. Nach dieser Fallgruppe sollen ausgeübte Gestaltungsrechte ausnahmsweise widerrufen werden können, wenn es im Einzelfall an einem schutzwürdigen Interesse des Schuldners an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung fehlt.³³ Es handelt sich dabei um ein Kriterium, das sich in der Literatur und in Entschei-

dungen des Bundesgerichts finden lässt.³⁴ In der Literatur wird in diesem Kontext die Ansicht vertreten, dass das Interesse des Schuldners, den Gläubiger bei der eingenommenen Rechtsposition behaften zu können, gerade bei der Geltendmachung finanzieller Ansprüche grundsätzlich keinen Schutz verdient.³⁵ Denn in diesen Fällen riskiert der Schuldner lediglich, mehr zahlen zu müssen, als ursprünglich verlangt wurde.³⁶ Hingegen kann das Interesse des Schuldners, vernünftig disponieren zu können, bei Sachleistungen Vorrang vor den gegenläufigen Interessen des Gläubigers haben.³⁷

Ein weiterer Fall, bei dem es der Gegenpartei an einem schützenswerten Interesse fehlt und ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann, ist die Konstellation, bei der die Gegenpartei das Gestaltungsrecht bestreitet. Dass diese Konstellation eine Ausnahme zum Grundsatz der Unwiderrufbarkeit darstellt, wurde vom Bundesgericht im Urteil BGE 128 III 70 entschieden.³⁸ Der erwähnte bundesgerichtliche Entscheid befasst sich mit der Anfechtungserklärung nach Art. 31 OR, im Zusammenhang mit der Vertragsanfechtung wegen Irrtums bzw. Täuschung. Das Bundesgericht hatte in diesem Fall entschieden, dass ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerruflich ist, «wenn der Erklärungsgegner das Gestaltungsrecht oder dessen wirksame Ausübung bestreitet». Mit der Bestreitung bringe die Gegenpartei hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass sie am Vertrag festhalten wolle. Nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 ZGB soll sich die Gegenpartei deshalb nicht gleichzeitig darauf berufen können, von der Erfüllungspflicht enthoben worden zu sein. Auch in der Literatur stösst die Relativierung des Grundsatzes der Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten für diese Fallgruppe auf Zustimmung.³⁹ Als Beispiel wird etwa der Fall erwähnt, in dem der Werkbesteller – zu Recht – Nachbesserung (Art. 368 Abs. 2 OR) verlangt, das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen jedoch vom Unternehmer bestritten wird. Unter diesen Umständen soll es dem

²⁹ *Buz* (Fn. 21), 202; *Alfred Koller*, Die Verzichtsfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR und deren Abänderung durch Vertrag, in: *Koller Alfred* (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998 (zit. *Koller*, Verzichtsfolgen), 1–25, 15.

³⁰ *BK-Koller* (Fn. 20), N 428 zu Art. 366 OR.

³¹ *Buz* (Fn. 21), 199 ff.; *Christina Kissling*, Besprechung von BGE 123 III 16, *AJP* 10 (1997), 1287–1296, 1294.

³² *Kissling* (Fn. 31), 1294.

³³ *Koller*, OR AT (Fn. 22), N 46.30; *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger* (Fn. 12), N 157; *Kissling* (Fn. 31), 1294.

³⁴ BGE 128 III 70, E. 2; *BK-Koller* (Fn. 20), N 428 zu Art. 366 OR.

³⁵ *Koller*, Verzichtsfolgen (Fn. 29), 15.

³⁶ *Koller*, OR AT (Fn. 22), N 46.30.

³⁷ *BK-Koller* (Fn. 20), N 428 zu Art. 366 OR; *Jermann* (Fn. 25), N 194.

³⁸ BGE 128 III 70, E. 2.

³⁹ Vgl. zum Beispiel *Koller*, OR AT (Fn. 22), N 3.69.

Werkbesteller möglich sein, nachträglich noch auf Wandelung oder Minderung zu wechseln.⁴⁰

5.2 Vermeintliche bzw. nicht bestehende Ansprüche (unechtes *ius variandi*)

Ferner wird vertreten, dass Gestaltungsrechte ausnahmsweise widerrufen werden können, wenn sich der Gläubiger für einen vermeintlichen, nicht bestehenden Anspruch entschieden hat. Auch in diesem Fall fehlt es an einem schützenswerten Interesse des Schuldners, den Gläubiger darauf zu behaften.⁴¹ Der Gläubiger hat mit anderen Worten die Möglichkeit, grundsätzlich von einem nicht bestehenden zu einem bestehenden Anspruch zu wechseln.⁴² Diese Konstellation wird als unechtes bzw. uneigentliches *ius variandi* bezeichnet.⁴³ Die Grenze bildet die Anspruchsverwirkung infolge von Rechtsmissbrauch.⁴⁴ Diese Fallgruppe beruht auf dem Grundsatz, dass die Rechtslage durch ein Gestaltungsgeschäft nicht verändert werden kann, wenn der Rechtsausübende nicht gestaltungsbefugt ist.⁴⁵

Die Konstellation des unechten *ius variandi* wird in der Literatur auch im Zusammenhang mit dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR) diskutiert. So wird teilweise die Ansicht vertreten, dass dem Gläubiger ein (unechtes) *ius variandi* zustehen soll, sofern er sich zu exkulpieren vermag und die Wahlerklärung infolgedessen ins Leere geht.⁴⁶ Sofern Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, obschon den Schuldner kein Verschulden trifft, wird ein nicht bestehendes Recht ausgeübt.⁴⁷ Durch die Vornahme einer «scheinbaren» – in Wirklichkeit nicht existierenden Wahlmöglichkeit – soll der Schuldner sein Wahlrecht nicht verwirkt haben, wes-

halb eine Wiederholung mit einer neuen Gestaltungserklärung als zulässig erachtet wird.⁴⁸

5.3 Widerruf oder Ungültigkeit der Gestaltungserklärung

Das Bundesgericht hatte sich in BGE 128 III 70 zu weiteren Ausnahmen vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungsrechten geäußert. So etwa die Rücknahme einer Anfechtungserklärung – analog zu den Regeln von Art. 9 OR (Widerruf des Antrags und der Annahme) – möglich sein. Im gleichen Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Anfechtungserklärung aufgrund eines Verstosses gegen Treu und Glauben ungültig sein kann (Art. 2 ZGB und Art. 25 Abs. 1 OR). Möglich ist ferner, dass die Erklärung ihrerseits aufgrund eines Willensmangels unwirksam ist.⁴⁹ Als Anfechtungsgründe kommen namentlich der Erklärungsirrtum und der Grundlagenirrtum in Betracht.⁵⁰

5.4 Ergänzung eines Anspruchs und Aufhebung der Erklärung durch Vereinbarung

Eine weitere Konstellation, die teilweise im Kontext der Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten erwähnt wird, ist der Fall, in dem lediglich ein geltend gemachter Anspruch ergänzt wird. Angesprochen ist etwa der Sachverhalt, bei dem sich der Gläubiger auf Art. 109 OR beruft, zunächst nur eine «Minimalposition» einnimmt und z.B. nur den Rückforderungsanspruch geltend macht. In diesem Fall soll es dem Gläubiger nachträglich möglich sein, zusätzlich zum Rückforderungsanspruch noch einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen.⁵¹ Bei dieser Konstellation liegt kein echtes *ius variandi* vor, da es nicht um den Wechsel von einem zu einem anderen Anspruch, sondern um die Ergänzung geht.⁵²

⁴⁰ Koller, OR AT (Fn. 22), N 3.70.

⁴¹ Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018 (1B 17 14), E. 2.6.1.

⁴² Alfred Koller, Bemerkungen zu BGE 128 III 70, AJP 7 (2002), 840–841 (zit. Koller, AJP), 841.

⁴³ BK-Koller (Fn. 20), N 403 zu Art. 366 OR.

⁴⁴ BK-Koller (Fn. 20), N 403 zu Art. 366 OR.

⁴⁵ Vgl. auch Jermann (Fn. 25), N 157.

⁴⁶ BSK OR I-Wiegand (Fn. 28), N 15 zu Art. 107 OR.

⁴⁷ Jermann (Fn. 25), N 157.

⁴⁸ Furrer/Wey (Fn. 27), N 31 zu Art. 107 OR; BSK OR I-Wiegand (Fn. 28), N 15 zu Art. 107 OR; Rolf H. Weber, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97–109 OR, N 170 zu Art. 107 OR.

⁴⁹ BGE 128 III 70, E. 2.

⁵⁰ Jermann (Fn. 25), N 171.

⁵¹ Koller, Verzichtsfolgen (Fn. 35), 14 f.; Furrer/Wey (Fn. 27), N 31 zu Art. 107 OR; BK-Weber (Fn. 48), N 114 zu Art. 107 OR.

⁵² Jermann (Fn. 25), N 182.

Vom einseitigen Widerruf der Gestaltungserklärung ist die zweiseitige Aufhebungsvereinbarung abzugrenzen.⁵³ Diese Fallgruppe wird insbesondere beim Leistungsverzicht im Rahmen von Art. 107 Abs. 2 OR diskutiert. So gilt der Leistungsverzicht grundsätzlich als definitiv, weshalb der Gläubiger nicht mehr einseitig auf seine Verzichtserklärung zurückkommen kann. Jedoch soll es zulässig sein, die Leistungspflicht durch vertragliche Vereinbarung neu zu begründen. In einem solchen Fall handelt es sich nicht mehr um die alte, sondern um eine neue Pflicht, wobei die entsprechenden Modalitäten zu beachten sind.⁵⁴

6. Würdigung

Es wäre verkürzt, die Unwiderruflichkeit allein aus der dogmatischen Einordnung eines Rechts als Gestaltungsrecht herleiten zu wollen. Vielmehr muss bei der Beantwortung der Frage, ob ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann, ein Ausgleich zwischen den Interessen des Erklärenden und des Gestaltungsgegners gefunden werden. Der Erklärende kann durchaus ein Interesse daran haben, nochmals auf seine Wahl zurückzukommen. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich der eingeschlagene Weg als unpraktisch, unvorteilhaft oder undurchführbar erweist.⁵⁵ Der Gestaltungsgegner hingegen hat ein Interesse an Rechtssicherheit und möchte so schnell wie möglich Gewissheit haben, um Dispositionen tätigen zu können.⁵⁶ Das berechnete Interesse des Erklärenden, auf seinen Entscheid zurückzukommen, ist dem Interesse des Erklärungsgegners an Gewissheit über seine Rechtsposition gegenüberzustellen. Dabei muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts keine Mitwirkung der Gegenpartei voraussetzt. Diese Möglichkeit, das Rechtsverhältnis einseitig zu gestalten, spricht dafür, dass vom Erklärenden – bei der Ausübung eines Gestaltungsrechts – eine besondere Sorgfalt erwartet werden darf. Im Zweifelsfall sollte die Widerrufbarkeit eines Gestaltungsrechts deshalb nur mit Zurückhaltung angenommen werden.

6.1 Bemerkungen zu den einzelnen Fallgruppen

Wie bereits ausgeführt, haben sich in Lehre und Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen herauskristallisiert, bei denen ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann. Eine erste Ausnahme vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit der Gestaltungsrechte, wird bei einem fehlenden schutzwürdigen Interesse des Schuldners diskutiert. Hierzu zählt namentlich die Konstellation der bestrittenen Gestaltungsrechte. Zu dieser Fallgruppe hat sich das Bundesgericht bereits in der Vergangenheit geäußert. Begründet wird die Widerrufbarkeit in diesen Fällen durch den Umstand, dass die Gegenpartei durch die Bestreitung zum Ausdruck bringt, dass sie an der Vertragserfüllung festhalten will, weshalb es ihr an einem schützenswerten Interesse fehlt und ein Widerruf zulässig ist.⁵⁷ Zum gleichen Ergebnis könnte man unseres Erachtens auch mit einem anderen Begründungssatz gelangen: Kommt eine Partei auf die Ausübung eines Gestaltungsrechts zurück, welches von der Gegenseite bestritten wird, sind beide Parteien übereinstimmend der Auffassung, das entsprechende Gestaltungsrecht sei jedenfalls nicht rechtsgültig ausgeübt worden. Die Gegenpartei bringt durch die Bestreitung zum Ausdruck, dass sie das zunächst ausgeübte Gestaltungsrecht nicht akzeptiert. Der Erklärende bringt hingegen durch den Widerruf der strittigen Gestaltungserklärung zum Ausdruck, dass er nicht an dieser festhalten will. Letztlich besteht also Konsens über die Nichtausübung des Gestaltungsrechts (z.B. die Nachbesserung nach Art. 368 Abs. 2 OR). Aufgrund dieser Einigung, müsste der Partei, die das vermeintliche Gestaltungsrecht ausgeübt hat, wieder das ganze Spektrum von möglichen Vorgehensoptionen offenstehen.

Weiter wird der Wechsel von einem nicht bestehenden zu einem bestehenden Anspruch als zulässig erachtet (*unechtes ius variandi*).⁵⁸ In der Lehre wird hierfür das Beispiel erwähnt, dass der Gläubiger durch die Exkulpation des Schuldners seinen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung verliert. Fehlt das Verschulden, hat das Gestaltungsrecht nach gewissen Autoren gar nie bestanden, weshalb sich der Gläubiger für eine nicht existierende Gestaltungsmöglichkeit entschieden hat. Aus diesem Grund

⁵³ Jermann (Fn. 25), N 180.

⁵⁴ BK-Koller (Fn. 20), N 318 zu Art. 366 OR.

⁵⁵ Jermann (Fn. 25), N 251.

⁵⁶ Vgl. auch Jermann (Fn. 25), N 201.

⁵⁷ Vgl. III.5.1.

⁵⁸ Vgl. III.5.2.

wird dem Schuldner in diesem Fall ein unechtes *ius variandi* zugestanden.⁵⁹ Ein alternativer Begründungsansatz bei gelungener Exkulpation des Schuldners wäre, neben der Bejahung eines unechten *ius variandi*, auch die Geltendmachung eines Willensmangels.⁶⁰ Diese Möglichkeit wurde vom Bundesgericht in einem früheren Entscheid bereits einmal am Rande erwähnt.⁶¹ Hierzu ist zu bemerken, dass die Regeln von Art. 23–31 OR auf den Abschluss zweiseitiger Verträge zugeschnitten sind.⁶² Allerdings finden diese Bestimmungen nach herrschender Lehre sinn­gemäss auch auf einseitige Rechtsgeschäfte Anwendung.⁶³ Insofern scheint es unseres Erachtens konsequent, die Anfechtung einer Gestaltungserklärung aufgrund eines Willensmangels zuzulassen.

6.2 Analyse der kantonsgerichtlichen Erwägungen

Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht Luzern zunächst die Konstellation des unechten *ius variandi* geprüft. Es hat festgehalten, dass die Voraussetzungen der Ersatzvornahme i.S.v. Art. 366 Abs. 2 OR am 1. Oktober 2012 nicht erfüllt gewesen sind. Da sich das Ehepaar zunächst für diesen nicht bestehenden Anspruch entschieden hat, waren sie berechtigt, am 29. Oktober 2012, gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR, Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Das Kantonsgericht hat diesen Sachverhalt als Anwendungsfall eines unechten *ius variandi* qualifiziert.⁶⁴ Folgerichtig ist es zum Ergebnis gelangt, dass das Ehepaar B. unter diesen Umständen berechtigt gewesen war, sich «umzuent­scheiden», obwohl die Erklärung der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR grundsätzlich als unwiderruflich gilt.

Daneben war auch die Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen Interesses des Schuldners Gegenstand des hier zu besprechenden Entscheids. Vorliegend hat die A. AG mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 gegen das Schreiben vom 1. Oktober 2012 pro-

testiert und geltend gemacht, das Ehepaar B sei nicht zur Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt.⁶⁵ Das Kantonsgericht Luzern hat diesen Protest als Bestreitung im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgelegt und deshalb ein schützenswertes Interesse der A. AG an der Unwiderrufbarkeit der bereits erklärten Ersatzvornahme verneint. Folgerichtig – und in Übereinstimmung mit dem erwähnten BGE 128 III 70 – ist das Kantonsgericht Luzern deshalb zum Schluss gelangt, dass das Ehepaar B. berechtigt war, auf seinen Entscheid zurückzukommen.

6.3 Analyse der bundesgerichtlichen Erwägungen

Das Bundesgericht hat die interessante Frage aufgeworfen, ob überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass am 1. Oktober 2012 ein Gestaltungsrecht ausgeübt wurde, welches dann am 29. Oktober 2012 widerrufen wurde. Nach der Ansicht des Bundesgerichts hat das Ehepaar B. mit der Mitteilung vom 1. Oktober 2012, mit der es die Ersatzvornahme erklärte, zugleich auf die Erfüllung durch die A. AG verzichtet. Mit der Mitteilung vom 29. Oktober 2012 hat das Ehepaar B. sodann erneut erklärt, auf die Leistung durch die A. AG zu verzichten.

Nach Auffassung des Bundesgerichts enthält die Ersatzvornahme zwingend auch einen Verzicht auf die Leistung des bisherigen Unternehmers. Diesen Leistungsverzicht qualifizierte das Bundesgericht als das Gestaltungsgeschäft.⁶⁶ Mit der Mitteilung vom 29. Oktober 2012 hat das Ehepaar B. erneut erklärt, auf die Leistung durch die A. AG zu verzichten. Dabei hielten die Eheleute am Vertrag fest, traten also nicht von ihm zurück. Vielmehr hat das Ehepaar B. Schadenersatz aus Nichterfüllung geltend gemacht. Nach Ansicht des Bundesgerichts hat sich damit nur der (aus dem Verzicht auf die Vertragserfüllung abgeleitete) Anspruch geändert. Denn mit der Ersatzvornahme hat das Ehepaar B. den Ersatz der Kosten des Drittunternehmers geltend gemacht. Mit dem Anspruch nach Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR hat das Ehepaar B. sodann Schadenersatz aus Nichterfüllung beansprucht.⁶⁷ Das Bundesgericht hat die Frage

⁵⁹ Vgl. zum Beispiel *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 12), N 2791.

⁶⁰ Vgl. III.5.3.

⁶¹ Vgl. BGE 128 III 70, E. 2.

⁶² *Jermann* (Fn. 25), N 169.

⁶³ BGE 79 II 27, E. 1; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 12), N 937; *Jermann* (Fn. 25), N 169.

⁶⁴ Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018 (1B 17 14), E. 2.6.1; BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.1.

⁶⁵ Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 29. März 2018 (1B 17 14), E. 2.6.1; BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.

⁶⁶ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.2.

⁶⁷ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.1.

letztlich offengelassen, ob vorliegend überhaupt ein Gestaltungsrecht ausgeübt und später wieder widerrufen wurde. Gehe man mit der Vorinstanz davon aus, es hätte die Konstellation eines bestrittenen Gestaltungsrechts bzw. diejenige eines unechten *ius variandi* vorgelegen, so seien die Eheleute B. jedenfalls berechtigt gewesen, sich umzuentcheiden.⁶⁸

Für die Beantwortung der Frage, ob es unter den vorliegenden Umständen zulässig war, von der Ersatzvornahme zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu wechseln, ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden. Bei der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR wird Ersatz für den Werklohn des Drittunternehmers beansprucht. Beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist das positive Vertragsinteresse (unter Berücksichtigung des Verspätungsschadens) geschuldet.⁶⁹ Die ausgebliebene Leistung wird bei Art. 107 Abs. 2 OR in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt (Sekundäranspruch).⁷⁰ Dieser Ersatzanspruch umfasst alle Aufwendungen, die zur Erlangung des beabsichtigten Leistungserfolgs nach Treu und Glauben erforderlich sind.⁷¹ Ein Beispiel für eine solche Aufwendung sind die Kosten, die durch eine werkvertragliche Ersatzvornahme entstehen.⁷² Somit kann der Gläubiger sowohl bei der Ersatzvornahme nach Art. 366 Abs. 2 OR als auch im Rahmen des positiven Interesses nach Art. 107 Abs. 2 OR, Ersatz für die Kosten verlangen, die durch die Fertigstellung des Werkes durch ein Drittunternehmen entstehen. Aus einer wirtschaftlichen Perspektive scheint es deshalb gleichbedeutend, welche dieser beiden Möglichkeiten gewählt wird. Unterschiedlich ist lediglich die rechtliche Anspruchsgrundlage. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es für die A. AG eine Rolle spielt, ob sie den zu leistenden Betrag als Ersatzvornahme oder unter dem Titel Schadenersatz (Ersatz des positiven Interesses) zu zahlen hat. Vor diesem Hintergrund besteht kein überwiegendes Interesse der A. AG, welches es rechtfertigen würde, an der grundsätzlichen Unwiderrufbarkeit der ausgeübten Gestaltungserklärung festzuhalten und das Ehepaar B. auf ihre Wahl zu behaften. Das Kantonsgericht Luzern und das Bundesgericht sind deshalb zu Recht zum Ergebnis gekommen, das Ehepaar B. sei

berechtigt gewesen, auf den ursprünglichen Entscheidung zurückzukommen.

IV. Schlussbemerkung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Ausübung eines Gestaltungsrechts im Grundsatz unwiderruflich. Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Gestaltungsgegner auf die Gestaltung der Rechtslage verlassen können soll. Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht absolut. In Lehre und Rechtsprechung haben sich verschiedene Fallgruppen gebildet, bei denen ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann. Dies gilt etwa, wenn es dem Schuldner an einem schützenswerten Interesse an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung fehlt. Gleiches gilt, wenn sich der Gläubiger für einen vermeintlichen, nicht bestehenden Anspruch entschieden hat. In diesem Fall hat der Gläubiger im Sinne eines unechten *ius variandi* das Recht, von einem nicht bestehenden zu einem bestehenden Anspruch zu wechseln.

Rechte können nicht allein aufgrund ihrer dogmatischen Einordnung als Gestaltungsrechte unwiderruflich sein. Vielmehr muss bei der Beantwortung der Frage, ob ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann, ein Ausgleich zwischen den Interessen des Erklärenden und des Gestaltungsgegners gefunden werden. Dabei muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts keine Mitwirkung der Gegenpartei erfordert. Diese Möglichkeit, das Rechtsverhältnis einseitig zu gestalten, spricht dafür, dass vom Erklärenden – bei der Ausübung eines Gestaltungsrechts – eine besondere Sorgfalt erwartet werden darf. Im Zweifelsfall sollte daher die Widerrufbarkeit eines Gestaltungsrechts nur mit Zurückhaltung angenommen werden.

Das Kantonsgericht Luzern und das Bundesgericht sind zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen für den Widerruf des Gestaltungsrechts im hier besprochenen Fall erfüllt waren. Der vorliegende Fall verdeutlicht, dass es verschiedene Begründungsansätze gibt, die den Widerruf eines Gestaltungsrechts im Einzelfall rechtfertigen können.

⁶⁸ BGer 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.2.

⁶⁹ Huguenin (Fn. 17), N 959.

⁷⁰ Huguenin (Fn. 17), N 959.

⁷¹ BK-Weber (Fn. 48), N 173 zu Art. 107 OR.

⁷² BK-Weber (Fn. 48), N 175 zu Art. 107 OR.