

Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	3
I. Zum Thema	4
II. Grundlagen	7
1. Die Mängelrechte nach der SIA-Norm 118	7
A. Die Abnahme als Schnittstelle zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsrecht	7
B. Voraussetzungen und Inhalt der Mängelrechte	9
a. Voraussetzungen	9
b. Inhalt der Mängelrechte (Art. 169 SIA-Norm 118)	11
2. Zur Abtretung von Rechten im allgemeinen	14
III. Zulässigkeit einer Gesamtabtretung der Mängelrechte (Abtretung «im Bündel»)	19
1. Übergang des Nachbesserungsrechts und der damit verknüpften Nebenrechte (Art. 170 Abs. 1 OR)	19
A. Das Nachbesserungsrecht	19
B. Das Recht zur Mängelrüge	20
C. Das Recht auf Fristsetzung und Nachbesserungsverzicht	22
2. Übergang der sekundären Mängelrechte (Minderungsrecht, Wandelungsrecht, Recht auf Ersatzvornahme)	23

A. Einleitung	23
B. Das Recht auf Ersatzvornahme	23
C. Minderungsrecht und Minderungsforderung, Wandelungsrecht und Wandelungsforderung	24
D. Das Recht, zwischen Minderung, Wandelung und Ersatzvornahme zu wählen	28
3. Übergang des Anspruchs auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	29
IV. Gewährleistung für die abgetretenen Mängelrechte	30
1. Allgemeines zur Rechtslage nach rechtsgültiger Gesamtabtretung	30
2. Die Gewährleistung im Überblick	31
3. Gewährleistungspflicht im Falle einer Abtretung erfüllungshalber	35
4. Gewährleistungspflicht im Falle einer Abtretung an Erfüllungs Statt	38
A. Tatbestände der Gewährleistung nach Art. 171 Abs. 1 OR	38
B. Inhalt der Gewährleistung (Art. 173 Abs. 1 OR)	41
C. Wegbedingung der Haftung (für Verität)	43
V. Teilabtretung	45

LITERATURVERZEICHNIS

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im Folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht» (SPR). – **Zitierweise:** Die Autoren werden nur mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. Weitere Literaturhinweise befinden sich in den Fussnoten.

BOSSHARD ALBERT, Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungen statt, Diss. Zürich 1926.

BYDLINSKI FRANZ, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien 1986.

EGLI ANTON, Kaufvertrag und Garantien nach der SIA-Norm 118, BR 1983, S. 3 ff.

GAUCH PETER, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991 (zit. GAUCH, N ... zu Art. ... SIA-Norm 118).

– Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

– Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, BR 1984, S. 23 ff. (zit. GAUCH, BR 1984).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 7. A. bearbeitet von JÖRG SCHMID (Bd. 1) und HEINZ REY (Bd. 2), Zürich 1998 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER).

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER und JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).

HENRICHS, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. A., München 1994.

KOLLER, ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995 (zit. KOLLER, Nachbesserungsrecht).

– Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).

LENDI/NEF/TRÜMPY (Hrsg.), Das private Baurecht in der Schweiz, 2. unveränderte A., Zürich 1995 (zit. AUTOR BEI LENDI/NEF/TRÜMPY).

SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989 (zit. SCHUMACHER, Grundstückkauf).

I. Zum Thema

1. Die uns interessierende **Ausgangslage** ist die folgende: V verkauft ein Grundstück, auf dem er eine Baute hat erstellen lassen. Ist die Baute mangelhaft, so stehen dem V gegenüber den Unternehmern, welche die Baute erstellt haben, nach Massgabe der einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften werkvertragliche Mängelrechte zu. Der Verkauf des Baugrundstücks ändert an der Tatsache, dass die Mängelrechte dem Verkäufer V zustehen, nichts. Es findet also keine Legalzession der betreffenden Rechte an den Käufer des Grundstücks – nennen wir ihn K – statt: K hat keine Mängelrechte gegenüber den Unternehmern. Hingegen kann er sich allenfalls an V halten. Dieser untersteht – mangels anderer Vereinbarung – der kaufvertraglichen Gewährleistungspflicht gemäss Art. 197 ff. OR. Das Bundesgericht hat die in Deutschland herrschende Ansicht, wonach nicht eine kaufvertragliche, sondern eine werkvertragliche Gewährleistungspflicht besteht¹, abgelehnt; auf dem gleichen Standpunkt steht die herrschende Lehre. Das bedeutet, dass K kein Nachbesserungsrecht hat (vgl. Art. 205 OR)².

2. Das Nebeneinander von werkvertraglicher Gewährleistungsordnung im Verhältnis Verkäufer/Unternehmer und kaufvertraglicher Gewährleistungsordnung im Verhältnis Verkäufer/Käufer ist der Interessenlage von Verkäufer und Käufer nicht angemessen.

Für den *Käufer* ist vorerst einmal nachteilig, dass er gegen den Verkäufer kein Nachbesserungsrecht hat. Zwar kann er einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betrauen und die Kosten im Wege der Minderung vom Verkäufer ersetzt verlangen. Die Kosten der Ersatzvornahme können jedoch den Minderungsbetrag übersteigen, so dass der Käufer gegebenenfalls nicht die ganzen Kosten ersetzt verlangen kann³. Ein zweiter Nachteil besteht für den Käufer darin, dass ihm die Organisation der Mängelbeseitigung mangels eigener Fachkenntnis oft erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird. Schon die Feststellung, wer für einen Mangel verantwortlich sein könnte, kann Schwierigkeiten bereiten, sodann dürften die Auswahl eines geeigneten Unternehmers und die Überwachung der Nachbesserungsarbeiten den Käufer oft vor kaum lösbare Probleme stellen.

Für den *Verkäufer* besteht ein erster Nachteil darin, dass seine Gewährleistungspflicht gegenüber dem Käufer mit seinen Gewährleistungsrechten gegenüber den

¹ Z.B. BauR 1981, S. 571; 1982, S. 58, 59; 1982, S. 493, 494; BGHZ 205, 206.

² Einzelne Autoren gestehen dem Käufer ein Nachbesserungsrecht zu (z.B. GUHL/KOLLER, § 42 N 48). Diese Ansicht hat sich jedoch nicht durchgesetzt (BGE 95 II 125 f. E. 6).

³ Allgemein zum Verhältnis von Minderwert und Verbesserungskosten KOLLER, Nachbesserungsrecht, S. 237-239.

Unternehmern hinsichtlich Modalitäten und Inhalt nicht in allen Punkten übereinstimmt. Beispielsweise verjähren die dem Käufer gegen den Verkäufer zustehenden Mängelrechte nicht notwendig im gleichen Zeitpunkt wie die Mängelrechte des Verkäufers gegen die Unternehmer. Unter Umständen riskiert der Verkäufer, vom Käufer noch belangt zu werden, obwohl er seinerseits gegen die gewährleistungspflichtigen Unternehmer nicht mehr vorgehen kann. Die fehlende Koordination zwischen den zur Diskussion stehenden beiden Gewährleistungsordnungen wirkt sich für den Verkäufer insbesondere dann nachteilig aus, wenn er im Verhältnis zu den Unternehmern die SIA-Norm 118 übernommen hat. Diesfalls kann er von einem gewährleistungspflichtigen Unternehmer grundsätzlich nur Nachbesserung verlangen. Ein solcher Vorbehalt des Nachbesserungsrechts besteht im Verhältnis des Verkäufers zum Käufer nicht. Dieser kann vielmehr nur mindern, wenn man vom ganz ausnahmsweise bestehenden Wandelungsrecht absieht. Mindert der Käufer, so kann der Verkäufer die erfolgte Kaufpreisreduktion nicht auf einen allenfalls gewährleistungspflichtigen Unternehmer abwälzen. Er kann zwar Nachbesserung verlangen, aber daran hat er ersichtlich kein Interesse mehr. Im Einzelfall kann Nachbesserung zudem ausgeschlossen sein, weil der Käufer die Mängel bereits durch einen anderen Unternehmer hat beseitigen lassen oder weil er sich weigert, den betreffenden Unternehmer zur Nachbesserung zuzulassen.

Ein weiterer Nachteil besteht für den Verkäufer darin, dass er in der Wahrung seiner Mängelrechte gegenüber den Unternehmern behindert ist, sobald er den Besitz am Grundstück auf den Käufer übertragen hat. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Erfüllung seiner Rügeobligenheit. Insoweit ist er faktisch auf die Mitwirkung des Käufers angewiesen. Das wirkt sich vor allem dann nachteilig aus, wenn der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer während längerer Zeit zur Mängelrüge berechtigt ist als der Verkäufer im Verhältnis zum gewährleistungspflichtigen Unternehmer.

3. Die umschriebenen Nachteile können auf unterschiedliche Art beseitigt oder doch eingeschränkt werden. Eine erste Möglichkeit besteht darin, die beiden Gewährleistungsordnungen miteinander zu koordinieren, etwa was die Verjährung und den Inhalt der Mängelrechte anbelangt. Eine zweite Möglichkeit besteht darin, dass der Verkäufer seine kaufrechtliche Gewährleistung wegbedingt, dafür aber im Gegenzug dem Käufer seine Mängelrechte gegen die Unternehmer abtritt. Das Koordinationsproblem wird damit gleichsam gegenstandslos. Statt dass der Verkäufer die eigene Gewährleistung wegbedingt, kann er sie auch bloss suspendieren, in dem Sinne, dass sie wieder Platz greifen soll, falls die abgetretenen Mängelrechte nicht zur Befriedigung des Käufers führen. Die Abtretung der Mängelrechte kann mit der Abrede kombiniert werden, dass der Verkäufer dem Käufer bei der Durchsetzung der Mängelrechte gegen die Unterneh-

mer behilflich ist. Dies zu vereinbaren ist insbesondere dann sinnvoll, wenn der Verkäufer sachkundig ist, der Käufer nicht. Die «Abtretungsvariante» lässt sich noch auf vielerlei andere Art modifizieren: Es kann z.B. abgemacht werden, dass der Verkäufer seine Gewährleistungspflicht für Mängel, welche der Käufer innert Monatsfrist ab Besitzübertragung rügt, bestehen lässt, für sonstige, insbesondere nachher entstehende Mängel aber unter Abtretung der Mängelrechte gegen die Unternehmer wegbedingt⁴.

4. Es kann nach dem Gesagten nicht überraschen, dass die Abtretung der Mängelrechte in der Praxis eine bedeutsame Rolle spielt⁵. Trotzdem «ist die Frage, ob die Mängelrechte überhaupt abtretbar sind, immer noch umstritten» (GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2437). Eine eingehende Untersuchung hat allerdings noch nicht stattgefunden. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die Mängelrechte gemäss der SIA-Norm 118. Hier eine Klärung zu versuchen, ist Ziel des vorliegenden Aufsatzes. Dabei gehe ich von folgenden Prämissen aus:

- Der Verkäufer hat seine gesamten Mängelrechte abgetreten, nicht nur einen Teil (sog. Gesamtabtretung oder Abtretung «im Bündel»⁶). Ob auch eine Teilabtretung zulässig ist, wird nur am Rande geprüft. Das rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, dass ein Interesse für eine Teilabtretung kaum je bestehen dürfte. Jedenfalls spielt die Teilabtretung in der Praxis keine nennenswerte Rolle.
- Der Verkäufer schliesst den Kaufvertrag und tritt die Mängelrechte gegen die Unternehmer in einem Zeitpunkt ab, in dem das Kaufgrundstück bereits überbaut ist. Es wird somit von einem «reinen» Kaufvertrag ausgegangen. Der Fall, dass das Grundstück bereits vor oder während der Überbauung verkauft wird, der Kaufvertrag somit auch werkvertragliche Elemente enthält⁷, bleibt ausser Betracht. Die Ausführungen gelten für diesen Fall allerdings mutatis mutandis ebenfalls.

Wird ein Grundstück verkauft, noch bevor es (ganz) überbaut ist, so ist eine Mi-

⁴ Vgl. BGHZ 70, 389 ff.

⁵ Vgl. z.B. GVP SG 1985, S. 98 ff.; FJJ 6/3 = BR 1986, S. 15 Nr. 8; BauR 1978, S. 308 ff.; 1980, S. 568 ff.; 1981, S. 469 ff.; 1982, S. 493 ff. In der Praxis kommt oft vor, dass ein zu Stockwerkeigentum aufgeteiltes Gebäude von einem einzigen Bauherrn erstellt wird; «im anschliessenden Verkauf der Einheiten wird regelmässig die kaufvertragliche Gewährleistung wegbedungen, jedoch als «Korrelat» dazu die Abtretung der eigenen werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche angeboten» (WEBER, Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum, BR 1985, S. 67).

⁶ So die Ausdrucksweise von HONSELL, BasKomm, N 4 zu Art. 205 OR.

⁷ Hat der Käufer keinerlei Einfluss auf die Erstellung der Baute, so liegt ausnahmsweise trotz der Herstellungspflicht des Verkäufers ein reiner Kauf vor (SCHUMACHER, Grundstückkauf, Nr. 629, 632 ff.).

sung aus Kauf und Werkvertrag anzunehmen, wobei je nach Vertragsgestaltung ein eigentlicher gemischter Vertrag oder eine Vertragsverbindung vorliegt (BGE 118 II 142 E. 1a). So oder anders untersteht der Verkäufer hinsichtlich Gebäudemängel der werkvertraglichen Gewährleistungspflicht, und zwar auch insofern, als die Baute bei Vertragsabschluss bereits erstellt war (BGE 118 a.a.O.)⁸. Hingegen scheidet die werkvertragliche Gewährleistung aus, falls ein reiner Kauf anzunehmen ist. Dass im deutschen Recht anderes gilt, wurde bereits erwähnt (S. 4 Ziff. 1).

- Der Einfachheit halber wird unterteilt, dass der Verkäufer die Baute durch einen Generalunternehmer hat erstellen lassen. Es geht also immer um die Abtretung der Mängelrechte gegen einen einzigen Unternehmer. Im weiteren geht es – dem Tagungsthema entsprechend – ausschliesslich um die Abtretung der Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118. Es wird also davon ausgegangen, dass die Parteien diese Norm übernommen haben.
- Schliesslich ist hervorzuheben, dass nur die Abtretung der gegen den Unternehmer bestehenden (werkvertraglichen) Mängelrechte interessiert, nicht hingegen die Abtretung der Schadenersatzansprüche, welche dem Verkäufer allenfalls gegen seinen Architekten zustehen. Die Abtretbarkeit dieser Ansprüche ist unstrittig.

Im Folgenden werden zuerst in einem Grundlagenkapitel die Mängelrechte gemäss der SIA-Norm 118 dargestellt und allgemeine Ausführungen zur Abtretung von Rechten gemacht (II.). Hierauf wird geprüft, ob die Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118 «im Bündel» abtretbar sind, bzw. welche Wirkungen eine solche Gesamtabtretung zeitigt (III.). Es folgen Bemerkungen zur Gewährleistung für die abgetretenen Mängelrechte (IV.). Den Abschluss machen Bemerkungen zur Teilabtretung von Mängelrechten (V.).

II. Grundlagen

1. Die Mängelrechte nach der SIA-Norm 118

A. Die Abnahme als Schnittstelle zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsrecht

1. Die Abnahme ist Dreh- und Angelpunkt des Gewährleistungsrechts: Bis zur Abnahme steht dem Besteller (Bauherrn) der Erfüllungsanspruch zu; mit der Abnahme wandelt sich dieser Anspruch – bei Vorliegen eines vom Unternehmer zu

⁸ KOLLER, BerKomm, N 227 zu Art. 363 OR; GUHL/KOLLER, § 47 N 8; SCHUMACHER, Grundstückskauf, Nr. 631.

vertretenden Mangels – in die Mängelrechte um. Das gilt sowohl nach Gesetz als auch nach der SIA-Norm 118. Allerdings hat die SIA-Norm 118 die Abnahme in Art. 158 ff. anders ausgestaltet als das Gesetz in Art. 367 OR. Zudem hat die Abnahme nach Gesetz eine grössere praktische Tragweite als nach der SIA-Norm 118. Denn die gesetzlichen Mängelrechte bringen gegenüber dem Erfüllungsanspruch weit grössere Abweichungen als die SIA-Norm 118. Diese sieht im Grundsatz einzig ein Nachbesserungsrecht vor; faktisch wird also dem Besteller lediglich ein modifizierter Erfüllungsanspruch eingeräumt. Demgegenüber hat der Besteller nach Art. 368 OR im allgemeinen nicht nur ein Nachbesserungs-, sondern alternativ auch ein Minderungsrecht⁹. Er kann also den Mangel zum Anlass nehmen, den Werklohn zu reduzieren, wogegen sich der Unternehmer nach der SIA-Norm 118 eine solche Herabsetzung nicht bzw. erst gefallen lassen muss, wenn er einem Nachbesserungsbegehren pflichtwidrig nicht nachkommt (unten S. 12 f. [II./1./B./b./bb.]).

Dass die Abnahme den Übergang vom Erfüllungs- zum Gewährleistungsrecht markiert, wird für die SIA-Norm 118 von GAUCH¹⁰ bestritten. Er ist der Meinung, dass die Mängelrechte nicht erst mit der Abnahme, sondern schon mit deren Einleitung, d.h. mit der Vollendungsanzeige (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm 118), entstehen. Gegen diese Auffassung spricht, dass die Verjährungsfrist für die Mängelrechte erst mit der Abnahme, nicht schon mit der Vollendungsanzeige, zu laufen beginnt (Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118), dass dasselbe auch für die Garantiefrist gilt und dass schliesslich der für das Gewährleistungsrecht zentrale Gefahrübergang an die Abnahme, nicht an die Vollendungsanzeige, geknüpft wird (gleicher Artikel). Richtig ist allerdings, dass der Besteller bereits ab der Vollendungsanzeige ein Recht auf Mängelbeseitigung hat¹¹. Dabei geht es jedoch nicht um ein Mängelrecht im eigentlichen Sinne.

2. Auf Begriff und Inhalt der Abnahme i.S.v. Art. 158 ff. SIA-Norm 118 ist TRÜMPY eingegangen (S. 47 ff. des vorliegenden Buchs). Auf die dortigen Ausführungen sei hier verwiesen. Siehe ferner eingehend GAUCH, Kommentar zu Art. 158-164 SIA-Norm 118, und überblicksweise KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 251-262.

⁹ Ein (alternatives) Wandelungsrecht besteht beim Bauwerkvertrag nur ganz ausnahmsweise (Art. 368 Abs. 3 OR).

¹⁰ GAUCH, N 5 zu Art. 180 SIA-Norm 118.

¹¹ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 278. Im übrigen muss der Besteller auch vor der Vollendungsanzeige nicht tatenlos zuschauen, wie der Unternehmer ein mangelhaftes Werk zur Entstehung bringt (Art. 366 Abs. 2 OR).

B. Voraussetzungen und Inhalt der Mängelrechte

a. Voraussetzungen

1. Mit der Abnahme des Werks geht der ursprüngliche Erfüllungsanspruch – wie gesagt – unter. An dessen Stelle treten jedoch unter gewissen Voraussetzungen die Mängelrechte. Erste Voraussetzung ist das Vorliegen eines Mangels, zweite Voraussetzung, dass der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat. Das ist immer dann der Fall, wenn der Besteller nicht selbst für den Mangel verantwortlich ist (Art. 369 OR bzw. Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118). Die Mängelrechte gehen nachträglich unter, wenn ein Mangel nicht rechtzeitig gerügt wird. Die rechtzeitige Rüge ist somit keine Voraussetzung für die Entstehung, wohl aber für den Fortbestand eines (bereits entstandenen) Mängelrechts. Präzisierungen:

a) Das Werk ist dann **mangelhaft**, wenn es vom Vertrag abweicht (Art. 166 Abs. 1 SIA-Norm 118). Diese Umschreibung des Mangels entspricht dem gesetzlichen Mangelbegriff. Siehe dazu neustens HAGER, St. Galler BRT 1998, S. 33 ff.

b) Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118, welcher das **Selbstverschulden des Bauherrn** regelt, entspricht sachlich Art. 369 OR. Eine formale Abweichung besteht insofern, als Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 vom Besteller verschuldete Vertragsabweichungen im Unterschied zu Art. 368 OR vom Mangelbegriff ausnimmt. In der Sache ändert dies aber nichts daran, dass der Unternehmer für Vertragsabweichungen, welche der Besteller selbst verschuldet hat, nicht gewährleistungspflichtig ist. Ob man dies damit begründet, es liege gar kein Mangel vor, oder aber damit, der Mangel sei dem Unternehmer nicht zurechenbar, ist ohne praktische Relevanz.

c) Gewichtige Unterschiede zwischen Gesetz und SIA-Norm 118 bestehen in Bezug auf das **Rügerfordernis**.

Nach Gesetz muss der Bauherr das Bauwerk nach dessen Ablieferung prüfen und dabei erkennbare Mängel sofort nach der Prüfung anzeigen. Bei der Prüfung nicht erkennbare Mängel muss er sofort nach ihrer Entdeckung anzeigen. Der Mängelrüge ist eine zeitliche Schranke gesetzt; sie muss spätestens bis Ablauf der Verjährungsfrist erfolgen (absolute Rügefrist)¹². Besonderheiten gelten für absichtlich verschwiegene Mängel. Diese können jederzeit gerügt werden (Art. 370 Abs. 1 OR a.E.)¹³, und zwar während der ganzen Verjährungsfrist, die hier

¹² KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 85 ff.

¹³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2277, und GIGER, BerKomm, N 8 zu Art. 203 OR. Beide Autoren sind zu Recht der Meinung, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der absichtlichen Täuschung und der Unterlassung rechtzeitiger Rüge nicht bestehen muss. Wer absichtlich täuscht, wird bestraft.

zehn Jahre beträgt (Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 3 OR¹⁴).

Die Rügeordnung der SIA-Norm 118 ist weit weniger streng als die gesetzliche: Gemäss Art. 172 der Norm «besteht eine Garantiefrist von zwei Jahren», die mit dem Tag der Abnahme zu laufen beginnt. Dabei handelt es sich um eine (relative) Rügefrist: «Während der Garantiefrist kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und Art. 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen» (Art. 173 SIA-Norm 118). Eine Pflicht zu sofortiger Rüge besteht somit nicht. Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist können Mängel, die während der zweijährigen Frist entdeckt wurden, grundsätzlich nicht mehr gerügt werden. Nachher entdeckte Mängel können hingegen immer noch gerügt werden, das muss nun aber sofort geschehen (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118). Nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist entspricht somit die Rügeordnung der Norm derjenigen des Gesetzes.

Eine absolute Rügefrist kennt die SIA-Norm 118 nicht. Mangels anderer Vereinbarung kommt jedoch auch bei Übernahme der Norm Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 2 OR zum Tragen. Danach ist die Verjährungsfrist gleichzeitig absolute Rügefrist¹⁵. Mängelrügen müssen somit spätestens fünf Jahre nach Abnahme (Art. 180 der Norm) erhoben werden; diese Frist wird im Falle einer Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung verlängert¹⁶. Besonderes gilt für absichtlich verschwiegene Mängel: Auch bei Vereinbarung der Norm kommt Art. 370 OR a.E. zum Tragen. Absichtlich verschwiegene Mängel können daher bis zum Ablauf der Verjährungsfrist immer gerügt werden, und die Verjährungsfrist ist die zehnjährige (Art. 180 Abs. 2 der Norm¹⁷).

Beseitigt der Unternehmer einen während der Garantiefrist gerügten Mangel, so hat er davon dem Besteller Anzeige zu machen. Es findet dann «eine Prüfung und Abnahme nach Massgabe der Art. 157 ff. [SIA-Norm 118] statt» (Art. 176 Abs. 1 SIA-Norm 118). «Mit dem Tag der Abnahme beginnt die Garantiefrist für den instandgestellten Teil neu zu laufen. Unwesentliche Mängel unterbrechen die Garantiefrist nicht» (Art. 176 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Abnahme, welche nach dem Gesagten den Neulauf der Garantiefrist (=Rügefrist) auslöst, bestimmt sich zwar nach Art. 157 ff. der Norm, doch ist zu beachten, dass diese Bestimmungen nicht auf die Abnahme des nachgebesserten, sondern des neu erstellten Werks zugeschnitten sind. Die Artikel sind daher im vorliegenden Zusammenhang nur sinngemäss anwendbar^{18,19}.

¹⁴ Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 377 f.

¹⁵ Vgl. GAUCH, N 6 b) zu Art. 180 der SIA-Norm 118 (GAUCH verweist irrtümlich auf Abs. 3 statt Abs. 2 von Art. 210 OR).

¹⁶ Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 86.

¹⁷ Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 87.

¹⁸ Vgl. GAUCH, N 6 zu Art. 176 SIA-Norm 118, und KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 271 ff.

d) Die erwähnten drei Voraussetzungen der Mängelrechte (Mangel, kein Selbstverschulden des Bestellers, rechtzeitige Rüge) haben allgemeine Geltung. Dazu kommen **zusätzliche, den einzelnen Mängelrechten eigene Voraussetzungen**. So setzt das Nachbesserungsrecht voraus, dass die Nachbesserung keine übermässigen Kosten verursacht, das Minderungsrecht²⁰, dass das Werk zufolge des Mangels einen Minderwert aufweist.

b. Inhalt der Mängelrechte (Art. 169 SIA-Norm 118)

aa. Das Grundsätzliche

1. Sind hinsichtlich eines bestimmten Mangels die Gewährleistungsvoraussetzungen der SIA-Norm 118 erfüllt, so hat der Besteller – vorbehaltlich der Fälle von Art. 169 Abs. 2 und des Schadenersatzrechts von Art. 171 – einzig das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen (Art. 169; siehe bereits oben S. 8 [II./1./A. Ziff. 1]). Der Besteller kann somit – anders als nach Art. 368 OR – nicht statt der Nachbesserung die Minderung oder gar die Wandelung wählen. Will der Bauherr diesen **Vorrang des Nachbesserungsrechts**²¹ beseitigen, so hat er dem Unternehmer Frist zur Mängelbeseitigung anzusetzen. Nur wenn der Mangel nicht fristgemäss behoben wird (sei es gar nicht oder doch nicht vollständig), kann der Bauherr auch mindern oder wandeln («vom Vertrage zurücktreten», wie Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 der Norm sagt). Das Minderungs- und das Wandelungsrecht sind also nach der Norm sog. sekundäre Mängelrechte²², wogegen es sich nach Gesetz um primäre Mängelrechte handelt. Minderungs- und Wandelungsrecht werden durch ein weiteres sekundäres Mängelrecht ergänzt: durch das Recht auf Ersatzvornahme.

¹⁹ Nicht selten ändern die Parteien die Rügefrist oder den Fristbeginn ab. Illustrativ etwa ZR 1991, S. 49 ff., wo ein Generalunternehmer mit seinen Subunternehmern die Übernahme der SIA-Norm 118 abgemacht, jedoch gleichzeitig vereinbart hatte, dass die Garantiefrist für die einzelnen Subunternehmerwerke nicht individuell beginnen sollte, sondern am gleichen Tag, am Tage der Bauvollendung.

²⁰ Vgl. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 243, m.w.Nw.

²¹ Der Anspruch auf Verbesserung ist nicht ein Gestaltungsrecht, sondern eine Forderung. Das ist freilich bestritten. A.A. ist beispielsweise GAUCH. Seines Erachtens entsteht die Nachbesserungsforderung erst dann, wenn «der Bauherr die Nachbesserung verlangt» (N 1 und 6 zu Art. 169 SIA-Norm 118, ebenso Werkvertrag, Nr. 2669). In diesem «Verlangen» soll die Ausübung des Gestaltungsrechts bestehen. Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht die Nachbesserungsforderung schon früher, nämlich mit der Abnahme, und dies unabhängig von irgendeiner Erklärung des Bauherrn (Begründung bei KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 240, Text und Anmerkungen).

²² Zum Begriff KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 12.

2. Hat der Unternehmer einen **Mangel verschuldet**, so steht dem Bauherrn **zusätzlich** Ersatz des **Mangelfolgeschadens** zu. Hingegen berechtigt ihn das Verschulden nicht, auf die Nachbesserung zu verzichten und ausschliesslich Schadenersatz zu verlangen. Das ist nach der SIA-Norm 118 völlig unbestreitbar (vgl. Art. 171 Abs. 1²³). Demgegenüber wird für Art. 368 OR die Ansicht vertreten, der Besteller sei in Verschuldensfällen berechtigt, nur Schadenersatz zu verlangen, statt eines der kausalen Mängelrechte nebst Schadenersatz geltend zu machen. Der Schreibende hat sich mehrfach für diese Ansicht ausgesprochen²⁴.

bb. Der Wechsel vom Nachbesserungsrecht auf die sekundären Mängelrechte

1. **Voraussetzungen:** Der Vorrang des Nachbesserungsrechts fällt in drei Fällen dahin:

- Einmal, wenn der Bauherr die Nachbesserung verlangt, der Unternehmer diese jedoch pflichtwidrig nicht vornimmt (**Nachbesserungsverzug**²⁵) und auch eine ihm gesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen lässt. Alsdann kann der Besteller auf die Nachbesserung verzichten und eines der sekundären Mängelrechte geltend machen. Nachbesserungsbegehren und Fristsetzung müssen nicht notwendig in zwei Schritten erfolgen, vielmehr kann der Besteller das Nachbesserungsbegehren mit der Fristsetzung verbinden. Art. 169 SIA-Norm 118 erwähnt sogar ausschliesslich diesen Fall²⁶.
- **Dem Nachbesserungsverzug gleichgestellt** ist der Fall, da der Unternehmer zur Nachbesserung offensichtlich unfähig oder nicht willens ist (Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). Hier erübrigen sich Nachbesserungsbegehren und Fristsetzung. Denn beides würde ohnehin nicht zum Ziele führen. Der Be-

²³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2657. – Siehe auch unten S. 13 f. Ziff. 2 a.E.: kein Recht auf alternativen Schadenersatz nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist.

²⁴ Neustens GUHL/KOLLER, § 47 N 54.

²⁵ Der Wortlaut von Art. 169 SIA-Norm 118 lässt dieses Erfordernis nicht unmittelbar erkennen (s. Anm. 26). Zum Nachbesserungsverzug siehe KOLLER, a.a.O., Nr. 161 und 286 ff.

²⁶ Der Wortlaut von Art. 169 SIA-Norm 118 ist insofern ungenau, als er die umschriebenen (sekundären) Mängelrechte scheinbar ausschliesslich davon abhängig macht, dass der Unternehmer die Verbesserungsfrist nicht einhält. In Wirklichkeit muss der Unternehmer die Frist pflichtwidrig nicht gewahrt haben: Er muss in Verzug sein. Das trifft nicht zu, wenn der Besteller in Annahmeverzug ist oder der Unternehmer die Vornahme der Nachbesserungsarbeiten gestützt auf Art. 82 OR verweigern darf. Alsdann bestehen auch die fraglichen sekundären Mängelrechte nicht. Genaueres bei KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 245.

steller kann daher direkt eines der sekundären Mängelrechte geltend machen. Dass der Unternehmer nicht nachbesserungswillig ist, kann sich u.U. daran zeigen, dass er eine Aufforderung, seine Nachbesserungsbereitschaft zu erklären, unbeantwortet lässt.

- Ein Verzicht auf die Nachbesserung ist schliesslich auch **bei Schlechterfüllung der Nachbesserungsschuld** zulässig, also dann, wenn der Unternehmer einen Nachbesserungsversuch unternimmt, dieser jedoch nicht oder nicht gänzlich zum Ziele führt²⁷. Das ist unbestritten, auch wenn Art. 169 SIA-Norm 118 insoweit nicht sehr schlüssig ist.

Verzichtet der Besteller auf die Nachbesserung, ohne dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, so geht nicht nur sein Nachbesserungsrecht unter, vielmehr hat er nun überhaupt keine Mängelrechte mehr. Eine andere Frage ist, ob der Unternehmer wenigstens die Bereicherung herausgeben muss, welche ihm zufolge der unterbliebenen Nachbesserung entstanden ist. Diese umstrittene Frage ist zu bejahen²⁸.

2. Der Inhalt der sekundären Mängelrechte. Verzichtet der Bauherr – bei gegebenen Voraussetzungen – auf die Nachbesserung, so kann er nun «die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1, Recht auf Ersatzvornahme). Statt dessen kann er nun auch die Minderung erklären (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2) oder – unter den Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 und 3 OR – «vom Vertrag zurücktreten» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3), also die Wandelung erklären. Alle diese Rechte sind verschuldensunabhängig: Weder muss der Mangel noch muss der Grund, welcher dem Besteller überhaupt erst den Nachbesserungsverzicht eröffnet (Nachbesserungsverzug etc.), verschuldet sein.

In Verschuldensfällen fragt sich, ob auch ein alternatives Recht auf Schadenersatz besteht. Dass ein Verschulden am Mangel kein solches (alternatives) Schadenersatzrecht begründet, wurde bereits erwähnt (S. 12 oben). Dasselbe gilt aber auch für ein sonstiges Verschulden. Insbesondere gibt schuldhafter Nachbesserungsverzug dem Besteller kein Recht, anstelle von Ersatzvornahme, Minderung oder Wandelung Schadenersatz zu verlangen²⁹. Das bedarf deshalb der Hervorhebung, weil es sich im Rahmen der gesetzlichen Mängelrechte anders verhält: Hat der Besteller Nachbesserung verlangt, jedoch nachträglich auf Nachbesserung verzichtet (Art. 107 Abs. 2 OR), so kann er nun zwar auf Minderung oder

²⁷ GAUCH, N 9 zu Art. 169 SIA-Norm 118; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 247.

²⁸ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 284 f.

²⁹ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 292.

Wandelung nebst Schadenersatz (Ersatz des Mangelfolgeschadens) wechseln, er kann aber auch bloss und ausschliesslich Schadenersatz verlangen (Ersatz des Mangel- und des Mangelfolgeschadens), vorausgesetzt, der Unternehmer hat den Nachbesserungsverzug verschuldet³⁰.

2. Zur Abtretung von Rechten im allgemeinen

1. Das Gesetz befasst sich mit der (rechtsgeschäftlichen) Abtretung von Rechten in Art. 164 ff. OR, allerdings nicht abschliessend. Geregelt ist hier nur die Abtretung von Forderungen. Nicht geregelt ist insbesondere die Abtretung von Gestaltungsrechten. Im Folgenden wird nur auf wenige, für den Fortgang der Untersuchung zentrale Punkte eingegangen. Vorab geht es um die **Forderungsabtretung** (zur Abtretung von Gestaltungsrechten siehe S. 17).

a) Die Forderungsabtretung ist **zulässig**, «soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen» (Art. 164 Abs. 1 OR).

Das Gesetz statuiert einzelne Abtretungsausschlüsse ausdrücklich (z.B. Art. 529 OR: Nichtabtretbarkeit des Anspruchs des Pfründers), andere mittelbar. Wenn etwa in Art. 306 Abs. 2 OR gesagt wird, dass der Entlehner den Gebrauch nicht einem anderen überlassen darf, so wird dem Entlehner damit implizit auch die Abtretung seiner Gebrauchsforderung verboten. Von Gesetzes wegen nicht abtretbar sind ferner akzessorische Forderungen wie insbesondere Bürgschaftsforderungen. Auch das ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern mittelbar aus der gesetzlichen Ausgestaltung dieser Rechte. Andere Autoren sind der Meinung, der Ausschluss der Abtretbarkeit folge hier aus der «Natur des Rechtsverhältnisses»³¹. Welcher Ansicht man folgt, ist eine Frage des juristischen Geschmacks und ohne praktische Bedeutung.

Die Abtretung ist nach der «Natur des Rechtsverhältnisses» dann ausgeschlossen, wenn die Parteien zwar kein Abtretungsverbot vereinbart haben, wohl aber vereinbart hätten, falls es zu einer diesbezüglichen Abmachung gekommen wäre. Entscheidend ist also der hypothetische Parteiwille³². Nach diesem Kriterium ist die Abtretung insbesondere dann ausgeschlossen, «wenn durch die Abtretung der Charakter der Leistung verändert würde» (BECKER, BerKomm, N 31 zu Art. 164

³⁰ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 166 m.w.Nw.

³¹ BECKER, BerKomm, N 31 zu Art. 164 OR. Auch den aus Art. 306 Abs. 2 OR abgeleiteten Abtretungsausschluss stützt BECKER, a.a.O., auf die «Natur des Rechtsverhältnisses», nicht auf das Gesetz. Von praktischer Bedeutung ist dies nicht.

³² Vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, OR AT, Nr. 590.

OR)³³. Das dürfte regelmässig für die Forderung des Pfründers gelten, weshalb das gesetzliche Abtretungsverbot von Art. 529 OR weitgehend ohne eigenständige Bedeutung ist. Damit ist auch gesagt, dass sich die in Art. 164 Abs. 1 OR erwähnten Abtretungsausschlüsse gegenseitig überschneiden können.

b) Im Falle einer wirksamen Forderungsabtretung **gehen mit der Forderung von Gesetzes wegen** – also ohne separate Abtretung – **auch «die Vorzugs- und Nebenrechte über»** (Art. 170 Abs. 1 OR; Legalzession), mit Ausnahme «derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind» (gleiche Bestimmung). Es ist also zwischen personenbezogenen (persönlichen) und forderungsbezogenen (sachlichen) Vorzugs- und Nebenrechten zu unterscheiden³⁴. Die ersteren bleiben beim Zedenten, die letzteren gehen auf den Zessionar über. Die Unterscheidung in Vorzugs- und Nebenrechte ist rechtlich irrelevant. Da vom Wortsinn her auch die Vorzugsrechte Nebenrechte sind, wird im Folgenden nur noch dieser letztere Ausdruck als Sammelausdruck für beides verwendet.

Oft erstreckt sich der Abtretungswille der Parteien zumindest konkludent auch auf die Nebenrechte i.S.v. Art. 170 OR. Alsdann überlagert sich dem Rechtsübergang von Gesetzes wegen der privatautonom gewollte, letzteres allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Schriftform (Art. 165 OR) auch hinsichtlich der betreffenden Nebenrechte beachtet wurde. Angenommen, ein Darlehensgläubiger zediert die Darlehensforderung, ohne im schriftlichen Abtretungsvertrag zu erwähnen, dass auch der Zinsanspruch übergehen soll. Der Parteiwille vermag in einem solchen Fall den Zinsanspruch nicht übergehen zu lassen, hingegen geht er, da forderungsbezogen, nach Art. 170 OR über.

Ob ein Nebenrecht forderungsbezogen ist (und daher der Legalzession nach Art. 170 OR unterliegt) oder nicht, ist in vielen Fällen einfach zu entscheiden. In nicht wenigen Fällen aber hat das Nebenrecht sowohl Bezug zur Forderung als auch zur Person des Gläubigers. Alsdann ist unter Abwägung der Interessen von Zedent und Zessionar darüber zu befinden, wem das Recht sinnvollerweise zustehen soll. Ein eindeutiges, alles entscheidendes Kriterium gibt es nicht. Ist jedoch das Nebenrecht dazu bestimmt, der Forderung zuzudienen, insbesondere ihre Durchsetzung zu sichern oder zu fördern, so ist dies ein wichtiges Indiz in Richtung Forderungsbezogenheit.

In Einzelfällen mag auch eine Aufteilung des Rechts auf beide Parteien in Betracht kommen (vgl. S. 22, Kleindruck, zum Rügerecht). Wird das Nebenrecht nur einer Partei zuge-

³³ Die Abtretung ist ferner dann ausgeschlossen, wenn zwar die Leistungshandlung als solche nicht verändert wird, «jedoch im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt» (BGHZ 96, 149).

³⁴ So die Terminologie von BECKER, BerKomm, zu Art. 170 OR.

schlagen, so ist diese nach Treu und Glauben gehalten, auf die Interessen des Gegners bei der Rechtsausübung Rücksicht zu nehmen³⁵; pflichtwidriges Verhalten kann Schadenersatzpflichtig machen.

Eindeutig forderungsbezogen sind insbesondere Sicherungsrechte wie Pfand- und Bürgschaftsrechte, ferner beispielsweise der Zinsanspruch bei einer Darlehensforderung; für den Anspruch auf den rückständigen Zins wird dies in Art. 170 Abs. 3 OR noch ausdrücklich festgehalten. Forderungsbezogen ist ferner etwa das Recht, eine auf Kündigung gestellte Darlehensforderung zu kündigen. Zu den personenbezogenen Nebenrechten zählen «z.B. das besondere kaufmännische Retentionsrecht (Art. 895 II ZGB)» und «der Anspruch des Kaufmanns auf die besonderen kaufmännischen Verzugszinse nach Art. 104 III», sofern diese Rechte im Einzelfall «noch nicht wirksam geworden sind» (BECKER, BerKomm, N 5 zu Art. 170 OR)³⁶. Sind sie wirksam geworden (ist also beispielsweise kaufmännischer Verzugszins bereits aufgelaufen), so gehen sie, da nun forderungsbezogen, auf den Zessionar über.

Art. 170 Abs. 1 OR ist **dispositiv**, vorab in dem Sinne, dass forderungsbezogene Nebenrechte vom Zedenten zurückbehalten werden können. Art. 170 Abs. 3 OR, der dies für den Anspruch auf den rückständigen Zins vorsieht, ist zu verallgemeinern. Es kann daher z.B. auch der Anspruch auf den laufenden Zins zurückbehalten werden. Vorbehalten sind abweichendes zwingendes Recht und die allgemeinen Inhaltsschranken für Verträge (Art. 27 ZGB, Art. 19 f. OR). So können beispielsweise Pfand- und Bürgschaftsrechte als sog. akzessorische Rechte «keine eigene selbständige Existenz» haben (BECKER, BerKomm, N 37 zu Art. 164 OR), vielmehr sind sie notwendig mit der Hauptforderung verbunden und können daher vom Zedenten nicht zurückbehalten werden. Ferner dürfte das Kündigungsrecht bei einer auf Kündigung gestellten Darlehensforderung zwingend forderungsbezogen sein. Könnte es der Darlehensgläubiger im Falle einer Zession der Darlehensforderung zurückbehalten, so würde ihm die Möglichkeit eröffnet, über die dem Zessionar abgetretene Forderung zu verfügen; ein rechtserhebliches Interesse an einer derartigen bloss «formalen Position»³⁷ des Darlehensgläubigers ist jedoch nicht auszumachen. Daher dürfte eine Abmachung zwischen Zedent (Darlehensgläubiger) und Zessionar, wonach der Zedent das

³⁵ Folgt man der hier abgelehnten Ansicht, dass im Falle einer Gesamtabtretung der Mängelrechte zwar das Nachbesserungsrecht, nicht aber das Minderungsrecht auf den Zessionar übergeht, und nimmt man ferner mit GAUCH (Werkvertrag, Nr. 2454) an, der Zessionar sei zur Auflösung der durch Minderungs- und Nachbesserungsrecht begründeten elektiven Konkurrenz (s. unten S. 23 [III./2./A.]) berechtigt, so ist der Zessionar immerhin verpflichtet, bei der Geltendmachung des Nachbesserungsrechts auf die Interessen des Zedenten gebührend Rücksicht zu nehmen.

³⁶ S. ferner SPIRIG, ZürKomm, N 65 f. zu Art. 170 OR.

³⁷ Ausdrucksweise von BYDLINSKI, S. 156, und passim.

Kündigungsrecht zurückbehält, sittenwidrig und damit nichtig sein (vgl. S. 22, Kleindruck). Dispositiv ist Art. 170 Abs. 1 OR aber auch in dem Sinne, dass personenbezogene Nebenrechte abgetreten werden können, soweit die Abtretung nach Art. 164 OR und im Lichte der allgemeinen Inhaltsschranken für Verträge zulässig ist³⁸.

2. Die Abtretung von **Gestaltungsrechten** ist weder in Art. 164 ff. OR noch sonstwo geregelt. Es liegt somit eine Gesetzeslücke vor, welche der Richter *modo legislatoris* zu füllen hat (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Hier sei lediglich der Frage ihrer Abtretbarkeit nachgegangen. Insoweit gilt das zur Forderungsabtretung Gesagte entsprechend: Wiederum bildet die Abtretbarkeit die Regel, die Nichtabtretbarkeit die Ausnahme. Eine Gegenmeinung sieht das Verhältnis umgekehrt³⁹. Im Gesetz findet sich jedoch kein Abtretungsverbot, der allgemeine Grundsatz der Privatautonomie aber spricht für die grundsätzliche Abtretbarkeit.

Analog Art. 164 OR ist die Abtretung dann ausgeschlossen, wenn dies zwischen dem Gestaltungsberechtigten und dem Gestaltungsgegner so vereinbart ist (Beispiel: BGE 94 II 278 E. 5), ferner dort, wo ihr das Gesetz oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Nicht abtretbar ist beispielsweise – wie bereits gesagt – das Kündigungsrecht bei einer auf Kündigung gestellten Darlehensforderung.

Inwieweit Gestaltungsrechte abtretbar sind, ist noch wenig untersucht und mit Bezug auf praktisch bedeutsame Gestaltungsrechte streitig. Das gilt etwa für das Kaufrecht (zu Wandelungs- und Minderungsrecht siehe unten S. 24 ff.). Mit Bezug auf Kaufrechte an Grundstücken hat nun freilich der Gesetzgeber die Frage (falsch) entschieden (Art. 216b, in Kraft seit 1. Januar 1994). Die folgenden Ausführungen beziehen sich demzufolge nur auf andere Kaufrechte, etwa an Aktien.

Nach einer ersten Ansicht sind Kaufrechte nur abtretbar, wenn dies die Parteien des Kaufrechtsvertrages vereinbart haben. Nach einer zweiten Ansicht verhält es sich gerade umgekehrt: Die Abtretbarkeit ist zu bejahen, soweit im Kaufrechtsvertrag nichts Gegenteiliges bestimmt ist⁴⁰. Einig ist man sich allerdings darin, dass die bei Ausübung des Kaufrechts entstehende Forderung auf die Übereignung des Kaufgegenstandes (Kaufrechtsforderung) zediert werden kann (BGE

³⁸ Der Ausdruck «untrennbar» in Art. 170 Abs. 1 OR lässt keinen anderen Schluss zu.

³⁹ GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr. 3556, wonach Gestaltungsrechte «grundsätzlich nicht abgetreten werden» können; SPIRIG, ZürKomm, N 176 zu Art. 164 OR.

⁴⁰ Für Abtretbarkeit HOMBERGER, ZürKomm, N 27 zu Art. 959 ZGB, dagegen ENGEL, ZBGR 1973, S. 330 unten/331, unentschieden, jedoch mit klarer Tendenz in Richtung Abtretbarkeit BGE 94 II 278; weitere Nachweise bei HAAB, ZürKomm, N 4 zu Art. 683 i. v. m. N 28 zu Art. 681/82 ZGB, der sich selbst gegen die Abtretbarkeit ausspricht.

94 II 278 E. 3). Streitig ist «lediglich», ob auch das im Kaufrecht enthaltene Gestaltungsrecht, dessen Ausübung die Forderung auf den Kaufgegenstand erst zur Entstehung bringt, ebenfalls der Abtretung fähig ist. Bei der Beantwortung dieser Frage hat man sich vorerst vor Augen zu halten, dass die Abtretung des fraglichen Gestaltungsrechts (im Folgenden einfach als Kaufrecht bezeichnet) keinen Einfluss auf die Person des Kaufpreisschuldners hat. Der Kaufpreis wird vom (ursprünglichen) Kaufrechtsberechtigten geschuldet, auch dann, wenn man die Zession des Kaufrechts für zulässig erachtet. Die Abtretbarkeit des Kaufrechts kann also nicht, wie dies teilweise geschieht, mit dem Argument abgelehnt werden, dem Kaufrechtsbelasteten dürfe kein neuer Kaufpreisschuldner aufgezungen werden. Dass ein Schuldnerwechsel nicht bzw. nur dann möglich ist, wenn der Kaufrechtsbelastete in den Wechsel eingewilligt hat (sei es im Kaufrechtsvertrag oder später), versteht sich von selbst (vgl. Art. 176 Abs. 1 OR; BGE 94 II 278 E. 5). Vor diesem Hintergrund wird man sagen müssen, dass das Kaufrecht jedenfalls zusammen mit der Kaufrechtsforderung abgetreten werden kann. Beide Rechte sind sinnvollerweise in einer Person vereinigt. Man wird daher nicht nur die Abtretbarkeit des Kaufrechts bejahen, sondern darüber hinaus annehmen müssen, dass das Kaufrecht Nebenrecht i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR ist: Wird die Kaufrechtsforderung abgetreten, so geht damit von Gesetzes wegen auch das Kaufrecht auf den neuen Gläubiger über. Bleibt die Frage, ob das Kaufrecht selbständig, das heisst ohne die Kaufrechtsforderung, abtretbar ist. Dies ist im allgemeinen zu verneinen, weil ein Dritter (der Zessionar) vorbehältlich besonderer Umstände kein rechtserhebliches Interesse am «nackten» Kaufrecht haben kann. Mit der Ausübung des Kaufrechts würde ja lediglich in die Rechtssphäre des Zedenten eingegriffen, dafür aber besteht regelmässig kein Bedarf. Im Gegenteil kann es im Lichte von Art. 27 ZGB nicht angehen, dass sich der Inhaber der Kaufrechtsforderung der Willkür eines Dritten aussetzt. Vorbehalten sind, wie gesagt, besondere Umstände, wobei solche Umstände kaum auszumachen sind.

Gegen die unselbständige Abtretbarkeit des Kaufrechts sprechen weder die Interessen des Kaufrechtsbelasteten noch des (ursprünglichen) Kaufrechtsberechtigten: Jenem kann es gleichgültig sein, wer das Kaufrecht ausübt. Dieser aber kann sich nicht beklagen, wenn der Zessionar zu seinen Lasten eine Obligation (Kaufpreisschuld) begründet; er hat dem ja zum vornherein zugestimmt und sich dafür regelmässig ein Entgelt (Abgeltung des Kaufrechts bzw. der Kaufrechtsforderung) ausbedungen, weshalb die «Fremdbestimmung» nicht gegen Art. 27 ZGB verstösst.

In Art. 216b OR hat sich der Gesetzgeber gegen die Abtretbarkeit von Kaufrechten mit Bezug auf Grundstücke entschieden. «Es handelt sich hier um einen legislatorischen Entscheid, der sich in keinerlei Hinsicht normlogisch oder auch auf Grund anderer Gesichtspunkte (Plausibilität, Sachlogik, Praktikabilität u.a.m.) erklären und begründen lässt. Vielmehr sprechen all die angerufenen Ar-

gumente für die grundsätzliche Zulassung der Abtretbarkeit» (GIGER, BerKomm, N 10 zu Art. 216b OR). Es besteht daher kein Anlass, mit Bezug auf andere Gegenstände als Grundstücke die Unabtretbarkeit der Kaufsrechte zu bejahen. Kaufsrechte etwa mit Bezug auf Aktien sind somit abtretbar, jedenfalls soweit die Abtretung zusammen mit der Kaufsrechtsforderung geschieht.

III. Zulässigkeit einer Gesamtabtretung der Mängelrechte (Abtretung «im Bündel»)

Im Folgenden wird unterstellt, der Verkäufer habe seine sämtlichen Gewährleistungsrechte gegenüber dem Unternehmer (gemäss Art. 165 ff. SIA Norm 118) an den Käufer abgetreten. Nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages soll also die Gewährleistungspflicht des Unternehmers ausschliesslich noch dem Käufer gegenüber bestehen, in keiner Weise aber mehr gegenüber dem Verkäufer. Eine solche Abtretung «im Bündel» ist nach den oben Ziff. II./2. geschilderten allgemeinen Abtretungsgrundsätzen gültig, sofern und soweit ihr nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Das Gesetz schliesst die Abtretung nicht aus. Unterstellt man, dass Verkäufer und Unternehmer kein Abtretungsverbot vereinbart haben, so bleibt nur zu prüfen, ob die Abtretung der Natur des zwischen Verkäufer und Unternehmer bestehenden Werkvertrags widerspricht.

1. *Übergang des Nachbesserungsrechts und der damit verknüpften Nebenrechte (Art. 170 Abs. 1 OR)*

A. Das Nachbesserungsrecht

Es ist völlig **unbestritten**, dass das Nachbesserungsrecht **abgetreten werden kann**. Das lässt sich allerdings nicht – wie dies teilweise geschieht – damit begründen, es handle sich beim Nachbesserungsrecht gemäss Art. 169 SIA Norm 118 um eine Forderung, denn auch Forderungen sind nicht generell, sondern nur insoweit zessibel, als die Abtretung nicht der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner widerspricht. Indes behauptet zu Recht niemand, das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Unternehmer stehe der Abtretung entgegen.

Das Nachbesserungsrecht ist unbestreitbar abtretbar, soweit es um die Abtretung vom Verkäufer des Baugrundstücks an den Käufer geht. Hingegen kann das Nachbesserungs-

recht grundsätzlich nicht an einen beliebigen Dritten abgetreten werden⁴¹. Hintergrund der Unterscheidung ist der, dass der Käufer des Baugrundstücks ein selbständiges Interesse an der Verbesserung des Werks hat, wogegen einem Dritten ein solches Interesse in der Regel abgeht, denn die Verbesserung des Werks dient ja naturgemäss nicht ihm, sondern eben dem Käufer des Baugrundstücks und Eigentümer des Werks. Der Dritte hat regelmässig nur eine von BYDLINSKI und anderen so genannte «formale Position», welche eine Abtretung nicht zu rechtfertigen vermag. Denn es widerspricht unserer Rechtsauffassung, dass ein Dritter, welcher an der Verbesserung des auf dem Kaufgrundstück erstellten Werks kein eigenes selbständiges Interesse hat, Inhaber des Nachbesserungsrechts sein soll. Wo ein solches Interesse ausnahmsweise besteht, ist auch eine Abtretung zulässig.

Beispiel (in Anlehnung an BGHZ 96, S. 146 = BauR 1986, S. 98 ff.): Die Klägerin veräusserte ein von ihr erstelltes Einfamilienhaus an S. Als sich Mängel zeigten, einigten sich die Parteien dahin, dass die Klägerin die Mängel gegen eine Restzahlung von Fr. 30'000.- beseitigen sollte. Zwecks Sicherstellung der klägerischen Forderung unterzeichnete der Vater von S., der Beklagte, eine als «Schuldversprechen» überschriebene Urkunde, in der er erklärte, der Klägerin den fraglichen Betrag schuldig zu sein. In der Folge unterliess die Klägerin die geschuldete Mängelbeseitigung, worauf S. seinen Nachbesserungsanspruch an seinen Vater abtrat. Als dieser auf Zahlung der Fr. 30'000.- verklagt wurde, machte er ein Rückbehaltungsrecht geltend (§ 273 BGB, der im wesentlichen Art. 82 OR entspricht). Der BGH ging davon aus, der Beklagte habe die Nachbesserungsforderung erworben, weshalb in seiner Person die Retentionsvoraussetzungen erfüllt seien. Die Zulässigkeit der Abtretung wurde damit begründet, dass der Beklagte «als neuer Schuldner der Restwerklohnforderung ... ein besonderes Interesse an der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten» habe.

B. Das Recht zur Mängelrüge

1. Das dem Käufer abgetretene Nachbesserungsrecht nützt jenem nur etwas, wenn allenfalls auftauchende Mängel (rechtzeitig) gerügt werden. Wird nicht oder nicht rechtzeitig gerügt, so ist das Nachbesserungsrecht insoweit hinfällig. Konsequenterweise wird man daher annehmen müssen, mit dem Nachbesserungsrecht gehe auch das **Recht zur Mängelrüge** auf den Käufer über.

Der Übergang des Rügerechts auf den Käufer entspricht – bei der hier vorausgesetzten Gesamtabtretung der Mängelrechte – dem Parteiwillen. Gründe, diesen Parteiwillen nicht zu respektieren, sind nicht ersichtlich. Der Übergang des Rügerechts ergibt sich aber auch schon aus Art. 170 Abs. 1 OR, wonach – wie gesagt – «Nebenrechte» ebenfalls auf den Zessionar übergehen, soweit sie nicht

⁴¹ Anders GAUCH, BR 1989, S. 68 (Kommentar zu Entscheid Nr. 97), unter Berufung auf BauR 1986, S. 98 ff. In diesem Entscheid lagen besondere, die Abtretung im konkreten Fall rechtfertigende Gründe vor (siehe nachstehend im Text).

untrennbar mit der Person des Zedenten verknüpft sind. Dass eine solche Verknüpfung vorliegend nicht besteht, liegt auf der Hand. Es fragt sich im Gegenteil, ob nicht das Rügerecht mit der Nachbesserungsforderung derart eng verbunden ist, dass es zwingend auf den Zessionar der Nachbesserungsforderung übergeht. Auf diese Frage wird später eingegangen. Vorderhand ist festzuhalten, dass das Rügerecht als sachliches Nebenrecht i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR anzusehen ist und daher mit der Abtretung der Nachbesserungsforderung auf den Käufer übergeht. Allein dies ist sachgerecht, denn einerseits ist der Käufer – nach einem gängigen Topos – «näher dran» zu rügen als der Verkäufer, der mit der Besitzübertragung am Werk die Herrschaft über dieses aufgegeben hat, zum andern kommt die Ausübung des Rügerechts ja unmittelbar dem Käufer, und nicht dem Verkäufer, zugute. Am Gesagten ändert auch nichts, dass im Zusammenhang mit dem Rügeerfordernis normalerweise nicht von einem (Rüge-)Recht, sondern von einer (Rüge-)Obliegenheit gesprochen wird: Wer zur Rüge – im Sinne einer Obliegenheit – verpflichtet ist, ist dazu auch berechtigt. Jedenfalls liegt eine Berechtigung im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR vor.

2. Dass auch das Rügerecht auf den Käufer übergeht, ist allerdings nicht unbestritten. A.A. ist namentlich GAUCH. Er ist der Meinung, der Verkäufer könne den Käufer zwar zur Rüge ermächtigen, das Rügerecht als solches aber verbleibe beim Verkäufer. Er argumentiert, die Zession der Nachbesserungsforderung lasse das werkvertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Besteller (hier Verkäufer) und seinem Unternehmer unberührt, weshalb z.B. die Rügeobligenheit nach wie vor den Besteller (nicht den Zessionar) treffe⁴². Das vermag nicht zu überzeugen. Vorab ist nochmals zu betonen, dass die Zession der Nachbesserungsforderung nicht nur den Übergang dieser Forderung zur Folge hat, sondern auch den Übergang von gewissen (Vorzugs- und) Nebenrechten. Das zwischen dem Verkäufer und dem Unternehmer bestehende Schuldverhältnis bleibt also nicht integral bestehen, sondern wird gleichsam um die betreffenden Nebenrechte verkürzt. Fraglich ist lediglich, ob es sich beim Rügerecht um ein Nebenrecht handelt, welches mit der Person des Verkäufers untrennbar verbunden ist und aus diesem Grund nicht übergehen kann. Diese Frage lässt GAUCH, da er sie nicht stellt, unbeantwortet. Sie wurde bereits oben Ziff. 1 verneint. Die von GAUCH vorgesehene Möglichkeit, den Käufer zur Rüge zu ermächtigen, wird der Interessenlage der Parteien nicht gerecht. Denn der Verkäufer kann die Ermächtigung jederzeit widerrufen (Art. 34 Abs. 2 OR). Tut er dies, so steht es in seinem Belieben, ob er einen Mangel rügen will oder nicht. Rügt er nicht, so riskiert er zwar, dem Käufer schadenersatzpflichtig zu werden, damit ist aber jenem oft nicht gedient (man denke nur an den Fall, dass der Verkäufer zahlungsunfähig wird). Der von

⁴² So fast wörtlich GAUCH, BR 1984, S. 26 unten; sachlich gleich GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2453.

GAUCH vorgeschlagene «Ermächtigungsweg» setzt den Käufer der Willkür des Verkäufers aus. Dieser hat es in der Hand, das Nachbesserungsrecht für noch nicht gerügte Mängel faktisch illusorisch zu machen. Die Annahme, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, verbietet sich.

M.E. muss man nicht nur annehmen, dass das Rügerecht gemäss Art. 170 Abs. 1 OR von Gesetzes wegen auf den Käufer übergeht, sondern dass diese Rechtsfolge – vorbehältlich besonderer Umstände – zwingend ist, dass also nicht rechtsverbindlich abgemacht werden kann, das Rügerecht stehe trotz Abtretung der Nachbesserungsforderung dem Verkäufer zu. Jedenfalls kann – in der Regel – nicht abgemacht werden, das Rügerecht stehe *ausschliesslich* dem Verkäufer zu. Dieser hat an einer solchen Befugnis kein rechtserhebliches Interesse, weshalb eine entsprechende Vereinbarung als sittenwidrig angesehen werden müsste (vgl. analog oben S. 16 unten/17 zur Fälligkeitkündigung). Denkbar ist hingegen eine Aufteilung des Rügerechts auf beide Parteien. Daran kann der Verkäufer interessiert sein, jedenfalls dann, wenn die Gesamtabtretung der Mängelrechte teilweise fehlschlägt und daher dem Verkäufer einzelne Mängelrechte gegen den Unternehmer verbleiben (zu dieser Frage siehe V.). Die Frage, ob der Übergang des Rügerechts zwingend ist oder nicht, stellt sich im vorliegenden Kontext freilich nicht, da ja die Parteien voraussetzungsgemäss alle Mängelrechte (einschliesslich des Rügerechts) abgetreten haben, es also gerade an einer Abrede fehlt, wonach das Rügerecht beim Verkäufer verbleiben soll.

C. Das Recht auf Fristsetzung und Nachbesserungsverzicht

Ähnlich wie mit dem Rügerecht verhält es sich auch mit dem Recht, dem nachbesserungspflichtigen Unternehmer Frist zur Mängelbeseitigung anzusetzen und nach unbenutztem Fristablauf auf die Nachbesserung zu verzichten. Auch dieses Recht ist ein Nebenrecht des Nachbesserungsrechts und geht mit diesem nach Art. 170 Abs. 1 OR auf den Käufer über⁴³. Abgesehen davon, entspricht der Übergang des fraglichen Rechts – im Falle einer Gesamtabtretung, wie sie hier zur Diskussion steht – dem Parteiwillen, und ein Grund, diesen nicht zu respektieren, besteht ebensowenig wie beim Rügerecht⁴⁴.

Eine andere Frage ist, ob die Parteien rechtsgeschäftlich abmachen können, zwar gehe das Nachbesserungsrecht auf den Käufer über, nicht aber das Recht, auf die Nachbesserung nach vorgängiger Fristsetzung zu verzichten. In der Regel wird sich eine derartige

⁴³ Vgl. in verwandtem Zusammenhang BECKER, BerKomm, N 8 zu Art. 170 OR.

⁴⁴ GAUCH (Anm. 42) äussert sich nicht ausdrücklich zur Frage, wem die hier diskutierten Rechte zustehen. Er ist jedoch – wie gesagt – der Meinung, dass nur gerade die Nachbesserungsforderung übergeht, im übrigen aber das werkvertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Besteller (Verkäufer) und seinem Unternehmer unberührt bleibe, weshalb z.B. die Rügepflicht nach wie vor den Besteller (nicht den Zessionar) treffe. Konsequenterweise muss er daher wohl annehmen, dass auch die fraglichen Rechte beim Verkäufer verbleiben.

Abmachung nicht auf ein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Verkäufers zurückführen lassen und daher sittenwidrig sein. Denn es widerspricht unseren Vorstellungen von Moral und Sitte, dass sich der Veräußerer des Nachbesserungsrechts ohne rechtserhebliches Interesse die Zerstörung dieses Rechts vorbehalten bzw. der Käufer sich der schieren Willkür des Verkäufers aussetzen kann. Sonderfälle bleiben vorbehalten.

2. Übergang der sekundären Mängelrechte (Minderungsrecht, Wandelungsrecht, Recht auf Ersatzvornahme)

A. Einleitung

Verzichtet der Käufer – bei gegebenen Voraussetzungen – auf die Nachbesserung, so treten an die Stelle des Nachbesserungsrechts bei Vorliegen der insoweit einschlägigen Voraussetzungen die sekundären Mängelrechte: Recht auf Ersatzvornahme, Minderungs- und (ausnahmsweise) Wandelungsrecht. Diese drei Rechte stehen alternativ nebeneinander (elektive Konkurrenz⁴⁵). Wandelungs- und Minderungsrecht sind Gestaltungsrechte, wogegen das Recht auf Ersatzvornahme eine Forderung ist. Das Recht, zwischen den drei Rechten zu wählen (und damit die elektive Konkurrenz aufzulösen), ist seinerseits Gestaltungsrecht, die Entscheidung für eines der Rechte Gestaltungsentscheidung⁴⁶. Nachstehend soll die Abtretbarkeit dieser verschiedenen Rechte – im Rahmen einer Gesamtabtretung – der Reihe nach geprüft werden.

B. Das Recht auf Ersatzvornahme

Vorab dürfte klar sein, dass das **Recht auf Ersatzvornahme** auf den Käufer übergeht. Nichts spricht gegen den von den Parteien mit der Gesamtabtretung gewollten Übergang. Es sind keine gegenläufigen Interessen öffentlicher oder privater Natur ersichtlich. Insbesondere sprechen die Interessen des Unternehmers nicht gegen den Übergang; ihnen wird durch Art. 169 OR genügend Rechnung getragen. Es ist zu beachten, dass das Recht auf Ersatzvornahme letzten Endes nichts anderes als der Nachbesserungsanspruch in modifizierter Form ist, weil es ja in der Sache darum geht, dass sich der Nachbesserungsberechtigte über

⁴⁵ Vgl. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. A. München 1987, S. 159 unten betr. § 462 BGB; in verwandtem Zusammenhang siehe A. KOLLER, St. Galler BRT 1996, Nr. 106; ders., BerKomm, N 417 zu Art. 366 OR.

⁴⁶ Vgl. GAUTSCHI, BerKomm, N 1 zu 368 OR.

einen Dritten ein mängelfreies Werk auf Kosten des Unternehmers verschafft⁴⁷. Es wäre schwer einsehbar, weshalb der Käufer den originären Nachbesserungsanspruch sollte erwerben können, nicht aber diesen modifizierten. Es muss sich gleich verhalten wie mit Bezug auf Schadenersatzforderungen, welche an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs treten (z.B. Art. 97 OR); hier wie dort steht der Ersatzanspruch – bei entsprechender Abtretungsvereinbarung – dem Zessionar des Erfüllungsanspruchs zu, was für Schadenersatzansprüche unbestritten sein dürfte.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch über Art. 170 Abs. 1 OR. Zwar ist das Recht auf Ersatzvornahme kein Nebenrecht im üblichen Sinne, sondern es ist Surrogat, also Ersatzrecht. Das hindert seine Subsumtion unter die fragliche Bestimmung jedoch nicht⁴⁸.

C. Minderungsrecht und Minderungsforderung, Wandelungsrecht und Wandelungsforderung

1. **Meinungsstand.** Nach GAUCH, dem BGE 114 II 247 gefolgt ist, sind das Wandelungs- und das Minderungsrecht nicht abtretbar⁴⁹. Abtretbar sei «dagegen die Wandelungs- und Minderungsforderung auf ganze oder teilweise Rückleistung der bezahlten Vergütung, die aus der Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts fliessen kann»⁵⁰. Diese Forderungen seien auch abtretbar, bevor das Wandelungs- bzw. Minderungsrecht ausgeübt worden sei (Abtretung bedingter, künftiger Forderungen). Der Verkäufer hat es somit nach GAUCH und dem Bundesgericht in der Hand, darüber zu entscheiden, ob und wann er die Wandelungs- bzw. Minderungsforderung zur Entstehung bringt, nota bene in der Person des Käufers! Diese Auffassung vertreten ferner etwa EGLI⁵¹, TERCIER⁵² und ZINDEL/PULVER⁵³. Hingegen hält SCHUMACHER⁵⁴ das Minderungsrecht – im

⁴⁷ A. KOLLER, BerKomm, N 494 zu 366 OR; ders., St. Galler BRT 1998, S. 14 ff.

⁴⁸ Vgl. BECKER, BerKomm, N 8 zu Art. 170 OR.

⁴⁹ In BGE 111 II 462 wurde die Frage noch offen gelassen.

⁵⁰ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2442.

⁵¹ EGLI, S. 7. Es dürfte wohl dieser Aufsatz EGLIS gewesen sein, der GAUCH inspiriert hat. GAUCH war jedoch der erste, der die Unabtretbarkeit von Wandelungs- und Minderungsrecht eingehender begründet hat.

⁵² TERCIER, BR 1986, S. 15 (Kommentar zu FJJ 6/3, wo ebenfalls die gleiche Auffassung vertreten wird).

⁵³ ZINDEL/PULVER, BasKomm, N 13 zu Art. 368 OR. Weitere Nachweise bei SPIRIG, ZürKomm, N 176 zu Art. 164 OR.

⁵⁴ SCHUMACHER, Grundstückskauf, Nr. 820.

Unterschied zum Wandelungsrecht – für abtretbar. HONSELL⁵⁵ schliesslich hält beides für abtretbar, jedenfalls im Rahmen einer Gesamtabtretung.

2. Betrachtet man vorerst **Minderungsrecht und Minderungsforderung**, so ist nicht zu bestreiten, dass die Minderungsforderung abtretbar ist. Gleiches muss aber auch für das Minderungsrecht gelten. Im Falle einer Gesamtabtretung, wie sie hier unterstellt wird, gehen daher beide Rechte auf den Käufer über. Wiederum ist der Privatautonomie Tribut zu zollen, da keine ihr widerstreitenden Interessen ersichtlich sind. Das gilt vorab für die Interessen des Unternehmers. Diesem kann und muss es gleichgültig sein, wer die Minderungserklärung abgibt, der Verkäufer oder der Käufer des Baugrundstücks. Aber auch die Interessen des Verkäufers sprechen nicht gegen den Übergang. Denn der wirtschaftliche Vorteil, welcher aus der Ausübung des Minderungsrechts entsteht, soll ja nicht ihm, sondern dem Käufer, an den die Minderungsforderung abgetreten ist, zukommen. Der Verkäufer hat also eine «rein formale Rechtsposition», wenn man ihm das Minderungsrecht belässt. Weshalb ihm diese Position zwingend zukommen, ein von den Parteien vereinbarter Übergang des Minderungsrechts also rechtlich unbeachtlich sein sollte, ist nicht zu ersehen. Im Gegenteil ist die Aufspaltung von Minderungsrecht und Minderungsforderung gänzlich unpraktikabel und den Interessen beider Parteien strikt zuwiderlaufend⁵⁶.

Nun lässt freilich die Minderungserklärung nicht notwendig eine Minderungsforderung entstehen, vielmehr hat sie u.U. lediglich eine Reduktion des vom Verkäufer (Besteller) geschuldeten Werklohns zur Folge (so insbesondere dann, wenn noch der ganze Werkpreis ausstehend ist). Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der wirtschaftliche Vorteil aus der Minderungserklärung dem Käufer und nicht dem Verkäufer zugute kommen soll. Entsteht keine Minderungsforderung, so hat der Käufer im Umfang des Minderungsbetrags einen entsprechenden (vertraglichen⁵⁷) Ersatzanspruch gegen den Verkäufer, den er allenfalls mit seiner Kaufpreisschuld verrechnen kann. Ob dieser Anspruch durch Ausübung des Minderungsrechts zur Entstehung gelangt oder nicht, sollte der Entscheidung des Käufers überlassen bleiben. Nach dem Gesagten kann also der Käufer im Falle einer Gesamtabtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, wie sie hier unterstellt wird, das Minderungsrecht auch dann geltend machen, wenn damit keine Minderungsforderung zur Entstehung gebracht wird. Die Rechtsausübung bewirkt diesfalls zwar *unmittelbar* einen Vorteil in der Person des Ver-

⁵⁵ HONSELL, BasKomm, N 4 zu Art. 205 OR. Ihm habe ich mich bereits früher angeschlossen (Nachbesserungsrecht, Nr. 19 f.), freilich noch ohne eingehende Begründung.

⁵⁶ Vgl. HONSELL, BasKomm, N 4 zu Art. 205 OR: Die Gesamtabtretung entspreche einem «praktischen Bedürfnis».

⁵⁷ Der Ersatzanspruch ist ein vertraglicher, weil er inhaltlich auf der von den Parteien gewollten Gesamtabtretung der Mängelrechte beruht.

käufers, weil seine Werklohnschuld vermindert wird, dieser Vorteil ist aber gleichsam nur ein transitorischer, weil der Verkäufer ihn an den Käufer abzuführen hat.

GAUCH lehnt die hier vertretene Ansicht mit dem Argument ab, die Ausübung des Minderungsrechts greife «notwendig in den ganzen Werkvertrag (einschliesslich der Schuldnerstellung des Bestellers [Verkäufers]) ein», das Minderungsrecht sei also «unlösbar mit dem Werkvertrag verbunden», weshalb es «nicht von ihm getrennt und vom Besteller auf einen andern abgetreten werden» könne⁵⁸. Ob ein Recht mit dem Werkvertrag unlösbar verbunden ist, kann sich nur nach *sachlichen* Kriterien entscheiden. In dieser Hinsicht aber ist es unerheblich, dass die Minderungserklärung in den Werkvertrag als solchen und die Schuldnerstellung des Bestellers eingreift. Das Kaufrecht ist ja auch abtretbar, obwohl dessen Ausübung den Zedenten (den ehemaligen Kaufrechtsinhaber) zum Kaufpreisschuldner macht (siehe oben S. 18). Im übrigen berührt die Minderungserklärung die Schuldnerstellung des Bestellers (Verkäufers) nicht notwendig. Ist beispielsweise der ganze Werkpreis bereits bezahlt, so begründet die Minderungserklärung «lediglich» einen Rückforderungsanspruch des Bestellers (Minderungsforderung), sie berührt also zwar seine Gläubiger-, nicht aber seine Schuldnerstellung. Insgesamt vermag die Auffassung GAUCHS nicht zu überzeugen. Sie beruht auf einer in Deutschland vertretenen, früher einmal herrschenden, inzwischen aber in die Minderheit gedrängten Ansicht⁵⁹. Die deutsche Kehrtwendung sollte auch in der Schweiz zu einer Neubesinnung führen. Dabei ist allerdings zuzugeben, dass die Diskussion in unserem nördlichen Nachbarland nicht unbedingt mit überzeugenden Argumenten geführt wird⁶⁰. Im Ergebnis ist aber die deutsche Mehrheitsauffassung auch für das schweizerische Recht vorzuzugswürdig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Gesamtabtretung der Mängelrechte auch das Minderungsrecht auf den Käufer übergehen lässt, weil keine Gründe ersichtlich sind, welche das privatautonom Gewollte als unzulässig erscheinen lassen. Von hier ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Annahme, das Minderungsrecht sei sachliches Nebenrecht der Minderungsforderung und gehe daher mit der Abtretung dieser Forderung *ex lege* auf den Käufer über (Art. 170 Abs. 1 OR). Zur Frage, ob man weitergehend sogar annehmen muss, dass das Minderungsrecht untrennbar mit der Minderungsforderung verknüpft ist und daher vom

⁵⁸ GAUCH, Der Werkvertrag, 3. A. Zürich 1985, Nr. 1781, sachgemäss gleich 4. A., Nr. 2439 m.w.Nw.; ders., BR 1987, S. 16 f., mit dem Hinweis, dass an der Unabtretbarkeit auch eine Zustimmung des Unternehmers nichts zu ändern vermöge.

⁵⁹ Grundlegend BGHZ 95, 250 ff.; weitere Nachweise bei GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2440, und bei HONSELL, BasKomm, N 4 zu Art. 205 OR.

⁶⁰ Das gilt jedenfalls für den grundlegenden Entscheid BGHZ 95, 250 ff.

Verkäufer nicht rechtswirksam zurückbehalten werden kann, siehe S. 46.

3. Die zum Minderungsrecht bestehende Kontroverse setzt sich – wie bereits erwähnt – beim **Wandelungsrecht** fort; allerdings halten Einzelne, welche das Minderungsrecht für abtretbar halten, das Wandelungsrecht für nicht abtretbar. Unbestritten ist hingegen die Abtretbarkeit der **Wandelungsforderung**. Nach der hier vertretenen Ansicht sind für eine unterschiedliche Behandlung von Wandelungs- und Minderungsrecht keine Gründe ersichtlich: Bejaht man die Abtretbarkeit des Minderungsrechts, so muss für das Wandelungsrecht Gleiches gelten⁶¹. Dass die Wandelungserklärung in den Werkvertrag eingreift, ist – entgegen SCHUMACHER – ebensowenig wie bei der Minderungserklärung entscheidend. Der Eingriff ist freilich noch grösser als bei dieser, weil die Wandelung zur Folge hat, dass der Verkäufer nun zur Rückgabe des (Bau-)Werks verpflichtet ist. Der Verkäufer, der seine gesamten Mängelrechte abtritt, nimmt jedoch insoweit eine Fremdbestimmung durch den Käufer in Kauf. Eine nach Art. 27 ZGB oder sonstwie unzulässige Beschränkung seiner persönlichen Freiheit liegt darin nicht (vgl. analog S. 18, Kleindruck, zur Abtretung des Kaufrechts). Zwar kann der Verkäufer seine Rückgabeverpflichtung nur unter Mitwirkung des Käufers erfüllen. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass der Käufer, der die Wandelungserklärung ausspricht, dem Verkäufer gegenüber gehalten ist, das Werk zurückzugeben bzw. dem Unternehmer zur Verfügung zu halten (Holschuld), und schadenersatzpflichtig wird, wenn er dies pflichtwidrig nicht tut. Damit ist den Interessen des Verkäufers genügend Rechnung getragen.

GAUCH⁶² vertritt die Ansicht, dass das Wandelungsrecht mit der Veräusserung des Baugrundstücks an den Käufer untergeht; dabei setzt er die Veräusserung mit der Eigentumsübertragung gleich. Folgt man dieser Ansicht, so bleibt – wie GAUCH selbst festhält⁶³ – für eine Abtretung des Wandelungsrechts zum vornherein kein Raum, sobald das Baugrundstück in das Eigentum des Käufers übergegangen ist. GAUCH beruft sich für seine Auffassung auf Art. 207 Abs. 3 OR, den er analog anwendet. Diese Bestimmung sieht – für den Kaufvertrag – vor, dass die Wandelung ausgeschlossen ist, wenn der Verkäufer die Sache «weiter veräussert» hat. Dahinter steckt – wie GAUCH selbst festhält – die Überlegung, dass der Verkäufer, der sich selbst in das Unvermögen gesetzt hat, die Kaufsache zurückzugeben, nicht soll wandeln können. In der Tat wäre es ungerecht, wenn der Verkäufer den Kaufpreis zurückverlangen könnte, obwohl er seinerseits zufolge Veräusserung der Kaufsache diese zurückzugeben nicht imstande ist (vgl. Art. 207 Abs. 2 OR). Aber nur dann ist diese Ungerechtigkeit zu befürchten, wenn tatsächlich ein Rückgabeunvermögen besteht. Im vorliegenden Kontext trifft dies nicht zu: Hat der Käufer das

⁶¹ Unerheblich ist, ob die Wandelungserklärung eine Wandelungsforderung begründet (so bei bezahltem Werkpreis) oder nicht (so, wenn der Werkpreis noch nicht bezahlt wurde); vgl. oben S. 25 f.

⁶² GAUCH, Werkvertrag, Nr. 1600.

⁶³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2442.

ihm abgetretene Wandelungsrecht ausgeübt, so ist er dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, das Werk dem Unternehmer zurückzugeben. Der Verkäufer hat einen entsprechenden Anspruch gegen den Käufer und ist daher mittelbar zur Rückgabe an den Unternehmer befähigt. Wenn der Käufer im Nachhinein die Rückgabe (ausnahmsweise!) verweigert, so hat der Verkäufer dafür nach Art. 97 und 101 OR einzustehen. Damit ist den Interessen des Unternehmers in genügender Weise Rechnung getragen, einer analogen Anwendung von Art. 207 Abs. 3 OR bedarf es nicht. Beigefügt sei dreierlei: erstens, dass der Verkäufer seinen gegen den Käufer gerichteten Rückgabeanspruch an den Unternehmer abtreten kann; zweitens, dass der Unternehmer nach Art. 82 OR den zurückzuerstattenden Werkpreis so lange zurückbehalten kann, bis er das Werk zurückerhält; drittens, dass mit der Anwendung von Art. 207 Abs. 3 OR dem Unternehmer auch nicht geholfen wäre; denn wäre die Wandelung ausgeschlossen, so könnte der Verkäufer doch mindern, was bei schweren Mängeln (und nur solche berechnen beim Bauwerkvertrag zur Wandelung) oft mehr oder weniger auf das Gleiche hinausläuft wie die Wandelung.

Betrachtet man das Minderungsrecht als sachliches Nebenrecht der Minderungsforderung, so gilt Entsprechendes auch für das Wandelungsrecht. Zur Frage, ob es zulässig ist, das Wandelungsrecht trotz Abtretung der (künftigen) Wandelungsforderung zurückzubehalten, siehe S. 46.

4. GAUCH⁶⁴ wirft der hier vertretenen Ansicht vor, sie sei zwar «originell», lasse «aber viele Fragen undiskutiert». Er erwähnt jedoch nur eine, nämlich «die Frage, wie sich das Rückabwicklungsverhältnis bei Ausübung eines zedierten Wandelungsrechts gestalten soll». Diese Frage bereitet jedoch keinerlei Schwierigkeiten: Es gelten einfach die allgemeinen Grundsätze. Im übrigen wirft die von GAUCH vertretene Ansicht viele nicht gelöste Fragen auf, welche daraus resultieren, dass einzelne Mängelrechte auf den Käufer übergehen, andere beim Verkäufer verbleiben. Man denke nur an die Frage des Rügerechts sowie die Frage, wer denn die zwischen den verschiedenen primären Mängelrechten bestehende elective Konkurrenz auflösen darf (vgl. S. 23 [III./2./A.]). Dass auch das Auseinanderfallen von Minderungsforderung (Wandelungsforderung) und Minderungsrecht (Wandelungsrecht) schwierige Probleme aufwirft, sollte ebenfalls deutlich geworden sein.

D. Das Recht, zwischen Minderung, Wandelung und Ersatzvornahme zu wählen

Gehen – bei einer Gesamtabtretung der Mängelrechte – alle sekundären Mängelrechte auf den Käufer über, so liegt auf der Hand, dass dieser auch das Recht haben muss, unter den verschiedenen Rechtsbehelfen den ihm genehmen auszuwählen.

⁶⁴ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2446.

Die Gegenmeinung, welche das Minderungs- und das Wandelungsrecht dem Verkäufer belässt, steht vor dem gesetzlich nicht geregelten Problem, ob der Verkäufer oder der Käufer zur Rechtsausübung zuständig ist oder beide zusammen. GAUCH schlägt sich auf die Seite des Käufers⁶⁵. Dies als richtig unterstellt, kann sich der Käufer zu Lasten des Verkäufers für die Ersatzvornahme entscheiden und damit dessen Rechte auf Wandelung und Minderung untergehen lassen; der Verkäufer könne sich – so GAUCH – nur mit Zustimmung des Käufers für Wandelung oder Minderung entscheiden. Andere sind – für das deutsche Recht – der Meinung, Käufer und Verkäufer seien gemeinsam rechtszuständig; beide müssten für die Rechtsausübung zusammenwirken. Diese Lösung ist dogmatisch angreifbar und unter praktischem Gesichtspunkt nicht empfehlenswert. Denn Pattsituationen, mit denen niemandem gedient ist, sind damit vorprogrammiert. Unklar bleibt auch, wie der Richter im Einzelfall eine Pattsituation aufzulösen hätte.

3. Übergang des Anspruchs auf Ersatz des Mangelfolgeschadens

Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ist eine abtretbare Forderung und geht im Falle einer Gesamtabtretung, wie sie hier unterstellt wird, auf den Käufer über. Das dürfte unbestritten sein⁶⁶. Eine andere Frage ist, ob sich der Umfang des Schadens nach der Person des Zedenten (Verkäufers) oder des Zessionars (Käufers) richtet. Diese Frage, welche in den Bereich der Drittschadensliquidation gehört, sprengt den vorliegenden Aufsatz. Es sei lediglich erwähnt, dass sie nicht so einfach beantwortet werden kann, wie dies in der Lehre grösstenteils geschieht⁶⁷.

⁶⁵ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2455. Seine Ausführungen betreffen allerdings nicht unmittelbar den hier interessierenden, wohl aber einen verwandten Zusammenhang.

⁶⁶ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2445; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 21.

⁶⁷ Vgl. etwa GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2445.

IV. Gewährleistung für die abgetretenen Mängelrechte

1. Allgemeines zur Rechtslage nach rechtsgültiger Gesamtabtretung

1. **Verhältnis des Verkäufers zum Unternehmer.** Der Verkäufer verliert mit der (rechtsgültigen) Gesamtabtretung der Mängelrechte an den Käufer seine Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer, einschliesslich der forderungsbezogenen Nebenrechte i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR. Im übrigen aber bleibt das Schuldverhältnis mit dem Unternehmer bestehen. Insbesondere bleibt der Verkäufer zur Zahlung des Werkpreises verpflichtet.

2. Im **Verhältnis des Käufers zum Unternehmer** ist insbesondere auf die fundamentale zessionsrechtliche Regel hinzuweisen, dass die Stellung des debitor cessus, hier des Unternehmers, durch die Zession nicht verschlechtert wird (Art. 169 OR). Allerdings meint Art. 169 OR nur eine rechtliche Verschlechterung. Tatsächliche Nachteile können mit einer Zession sehr wohl verbunden sein. Man denke insbesondere an den Fall, dass der Zessionar seine Mängelrechte mit grösserer Vigilanz oder Durchsetzungskraft wahrnimmt, als der Zedent dies tun würde. Art. 169 OR bedeutet aus der Sicht des Käufers, dass er nicht mehr Rechte erhält, als der Verkäufer innehatte. Hat dieser beispielsweise seine Mängelrechte mit Bezug auf einen Mangel verwirkt (z.B. nach Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118), so hat auch der Käufer hinsichtlich des betreffenden Mangels keine Mängelrechte gegen den Unternehmer.

Das dem Käufer abgetretene Nachbesserungsrecht entfällt mit Bezug auf Mängel, deren Beseitigung übermässige Kosten verursacht (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118). Nicht geklärt ist, ob bei der Prüfung dieser Gewährleistungsvoraussetzung auf die Person des Verkäufers (Zedent) oder des Käufers (Zessionar) abzustellen ist. GAUCH⁶⁸ befürwortet das erstere («weil die Abtretung keinen Einfluss auf den Bestand des Nachbesserungsrechtes» haben könne) und nimmt damit in Kauf, dass der Käufer u.U. ein Nachbesserungsrecht hat, obwohl sein Interesse an der Nachbesserung zu den Nachbesserungskosten in einem Missverhältnis steht, und umgekehrt, dass er u.U. kein Nachbesserungsrecht hat, obwohl ein solches Missverhältnis nicht besteht und er daher ein legitimes Interesse an der Mängelbeseitigung hat. Dieses Ergebnis lässt sich unter sachlichen Gesichtspunkten kaum rechtfertigen, und dogmatisch drängt es sich nicht auf, wenn man im Auge hat, dass Art. 169 OR nur rechtliche Nachteile der Zession ausschalten will.

3. Im **Verhältnis des Verkäufers zum Käufer** ist vorab Art. 170 Abs. 2 OR zu beachten. Nach dieser Bestimmung trifft den Verkäufer eine gewisse *Unterstüt-*

⁶⁸ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2456.

zungspflicht: Er ist gehalten, dem Käufer alle für die Durchsetzung der Mängelrechte nötigen Beweismittel auszuliefern (z.B. ein Abnahmeprotokoll) und ihm die zur Geltendmachung der Forderung näheren Aufschlüsse zu erteilen. «Dazu gehört vor allem die zuverlässige Angabe über Beginn und Ende der Rügefrist» (EGLI, S. 7). Sodann ist der Verkäufer für die abgetretenen Mängelrechte gemäss Art. 171-173 OR gewährleistetungspflichtig. Davon ist nun zu sprechen, vorerst überblicksweise (2.), dann im Detail (3. und 4.).

2. Die Gewährleistung im Überblick

Nach Art. 171-173 OR ist von zentraler Bedeutung, ob die Abtretung entgeltlich (Art. 171 Abs. 1 und 2 OR), unentgeltlich (Art. 171 Abs. 3 OR) oder erfüllungshalber (Art. 172 OR) erfolgt⁶⁹.

1. **Entgeltlich** ist die Abtretung, wenn der Verkäufer damit das Ziel verfolgt, die eigene kaufrechtliche Gewährleistung auszuschliessen, und daher mit dem Käufer abmacht, dass die abgetretenen werkvertraglichen Mängelrechte (gegen den Unternehmer) an die Stelle der kaufrechtlichen Mängelrechte (gegen den Verkäufer) treten sollen. Wie bei einer Abtretung an Erfüllung Statt wird hier eine Leistungspflicht durch eine andere ersetzt. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass bei der Abtretung an Erfüllung Statt eine bestehende Schuld ersetzt wird, wogegen es im vorliegenden Kontext darum geht, die Entstehung einer Schuld (kaufrechtliche Gewährleistungspflicht) auszuschliessen. Diese uneigentliche Abtretung an Erfüllung Statt wird im Folgenden der Einfachheit halber schlicht als **Abtretung an Erfüllung Statt** bezeichnet⁷⁰.

Bei der entgeltlichen Abtretung⁷¹ haftet der Zedent (Verkäufer) zwar **für den Bestand (die Verität) der abgetretenen Forderung**, und das kausal⁷², nicht

⁶⁹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2571, und BR 1984, S. 27 I.Sp., scheint demgegenüber der Auffassung zu sein, die Gewährleistungspflicht richte sich ausschliesslich nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Abweichend auch EGLI, S. 9 ff.

⁷⁰ Dass die Abtretung an Erfüllung Statt als entgeltliche Abtretung gilt, dürfte unbestritten sein, vgl. ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 286; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 2 zu Art. 171 OR; BECKER, BerKomm, N 6 zu Art. 171 OR.

⁷¹ Entgeltliche Zession ist in erster Linie der Forderungskauf. «Es kann aber auch ein Tausch oder ein anderer entgeltlicher Veräusserungsvertrag (z.B. Einlage in die Gesellschaft) sein» (OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 6 zu Art. 171 OR). In all diesen Fällen wird eine Obligation des Zessionars (auf Bezahlung des Kaufpreises etc.) begründet. Bei der Zession an Erfüllung Statt wird demgegenüber dem Zedenten eine Schuld erlassen bzw. – bei der uneigentlichen Zession an Erfüllung Statt – auf die Begründung einer Schuld (hier: Gewährleistungspflicht) verzichtet.

aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (die Bonität der Forderung). Bei gegebenen Voraussetzungen haftet der Verkäufer «für den empfangenen Gegenwert» (Art. 173 Abs. 1 OR), was hier bedeutet, dass der Verzicht des Käufers auf die kaufvertraglichen Mängelrechte dahinfällt, der Verkäufer somit nach Art. 197 ff. OR Gewährleistungspflichtig wird⁷³. «Überdies» haftet er für die Kosten «des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner» (gleiche Bestimmung), insbesondere die Kosten, welche dem Käufer aus einem verlorenen Prozess gegen den Unternehmer entstehen⁷⁴. Dies alles aber nur dann, wenn ein abgetretenes Mängelrecht in Wirklichkeit nicht besteht. Besteht es, scheitert seine Durchsetzung aber an der Solvenz des Unternehmers, so ist der Käufer nicht regressberechtigt.

2. Bei der **Abtretung erfüllungshalber** verpflichtet sich der Käufer, die abgetretenen Mängelrechte beim Unternehmer geltend zu machen und soweit möglich auf diese Weise Befriedigung zu erlangen⁷⁵. Soweit ihm dies gelingt, erlischt die kaufrechtliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Auch die Abtretung erfüllungshalber hat somit den Zweck, den Verkäufer von seiner Gewährleistungspflicht zu entlasten. Während jedoch bei der Abtretung an Erfüllungs Statt die Gewährleistungspflicht sofort erlischt, bleibt sie hier vorerst in der Schwebe, sie ist gleichsam suspendiert⁷⁶.

Im Falle einer Abtretung erfüllungshalber richtet sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für die abgetretenen Mängelrechte nach Art. 172 OR. Danach «muss der Erwerber sich nur diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Schuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können». Aus welchem Grund die abgetretene Forderung beim debitor cessus nicht durchgesetzt werden kann, ist unerheblich. Das bedeutet im praktischen Ergebnis, dass der

⁷² Das Vertrauen des Zessionars (Käufers) in den Bestand der abgetretenen Mängelrechte ist also absolut geschützt, dies freilich insofern beschränkt, als er nur Ersatz des negativen, nicht des positiven Vertragsinteresses verlangen kann (siehe sogleich im Text).

⁷³ Das Wiederaufleben der Sachgewährleistungspflicht beruht hier auf gesetzlicher Anordnung, nicht auf dem Parteiwillen (vgl. demgegenüber GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2571, und BR 1984, S. 271. Sp.).

⁷⁴ Der Abtretende haftet auch für die Kosten der Abtretung, was im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung ist.

⁷⁵ EGLI, S. 8, scheint der Ansicht zu sein, die Mängelrechte würden immer an Erfüllungs Statt abgetreten.

⁷⁶ Die Suspendierung wird z.T. als Stundung aufgefasst (z.B. BGE 118 II 142 E. 2c; GAUCH/SCHLUEP/REY, Nr 3661). Diese Ansicht dürfte für den Regelfall nicht zutreffen: Zwar darf der Zessionar die Forderung gegen den Zedenten nicht geltend machen, doch ist lediglich die Klagbarkeit ausgeschlossen, wogegen die materiellrechtlichen Verzugsfolgen möglich bleiben sollen (HEINRICHS, MünchKomm, N 13 zu § 364 BGB).

Zedent (Verkäufer) sowohl für Verität als auch Bonität haftet⁷⁷.

Dass sich der Zessionar bei der Abtretung erfüllungshalber das an seine Forderung anrechnen lassen muss, was er vom debitor cessus erhält, ergibt sich schon aus dem Begriff der Abtretung erfüllungshalber. Art. 172 OR hat daher nur insoweit eigenständige Bedeutung, als er die Anrechnungspflicht auf das erstreckt, was hätte erhältlich gemacht werden können. Auch das ist freilich von geringer praktischer Relevanz. Denn gäbe es Art. 172 OR nicht, so wäre der Zessionar nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) nichtsdestotrotz gehalten, die abgetretene Forderung mit der «gehörigen Sorgfalt» einzutreiben, und er würde bei pflichtwidrigem Verhalten schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR). Damit würden weitgehend identische Ergebnisse erzielt⁷⁸.

Das OR bezeichnet zwar Art. 172 OR als Gewährleistungsvorschrift (vgl. die Marginalien zu Art. 171-173 OR). Um Gewährleistung im üblichen Sinne geht es jedoch nicht⁷⁹. Der Verkäufer haftet ja nicht, weil die abgetretene Forderung nicht besteht bzw. der Unternehmer seiner Leistungspflicht nicht nachkommt, sondern weil abgemacht ist, dass sich der Käufer nur anrechnen lassen muss, was er beim debitor cessus erhältlich machen kann. Gewährleistung hat mit Nichterfüllung zu tun, bei der Abtretung erfüllungshalber scheint aber diese Vorstellung nicht angebracht. In Deutschland, wo eine dem Art. 172 OR vergleichbare Bestimmung fehlt, jedoch vergleichbare Ergebnisse erzielt werden (Anm. 78), wird denn auch nicht von Gewährleistung gesprochen bzw. ausdrücklich gesagt, es gehe hier nicht um Gewährleistung⁸⁰.

Die Abtretung erfüllungshalber ist weder entgeltliche noch unentgeltliche Abtretung i.S.v. Art. 171 OR. Trotzdem bezeichnet BECKER⁸¹ sie als entgeltliche Abtretung. Damit will er offenbar zum Ausdruck bringen, dass die Abtretung erfüllungshalber Ausgleich dafür ist, dass der Käufer auf die kaufrechtliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers verzichtet, wenn auch nur bedingt: für den Fall, dass der Käufer sich beim Unternehmer schadlos halten kann.

3. Unentgeltliche Abtretung. Die Abtretung der Mängelrechte hat zwar in aller Regel, aber doch nicht notwendig, den Zweck, den Verkäufer von seiner Sachgewährleistungspflicht zu entlasten. So ist denkbar, dass der Verkäufer vorerst (im Kaufvertrag) seine eigene Sachgewährleistungspflicht wegbedingt und erst in einem späteren Zeitpunkt seine gegen den Unternehmer bestehenden Mängelrechte abtritt⁸². Zwischen Wegbedingung und Abtretung besteht diesfalls kein

⁷⁷ So ausdrücklich OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 5 und 7 zu Art. 172 OR; vgl. ferner ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 311, 319.

⁷⁸ Ein Blick auf Lehre und Rechtsprechung zum deutschen Recht, wo eine Art. 172 OR entsprechende Regel fehlt und daher mit der «Schadenersatzvariante» operiert wird, belegt dies (vgl. HEINRICHS, MünchKomm, N 12 zu § 364 BGB).

⁷⁹ BOSSHARD, S. 9.

⁸⁰ GERNHUBER, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. A. Tübingen 1994, S. 172; HEINRICHS, MünchKomm, N 12 zu § 364 BGB.

⁸¹ BECKER, BerKomm, N 10 zu Art. 171 OR.

⁸² Vgl. GVP SG 1985, S. 98.

synallagmatischer Zusammenhang; das eine ist nicht Gegenleistung für das andere. Eine entgeltliche Abtretung liegt daher nicht vor, ebensowenig eine Abtretung erfüllungshalber, bei welcher immerhin ein bedingter Verzicht auf die kaufrechtliche Gewährleistung erfolgt. Vielmehr ist die Abtretung unentgeltlich. Unentgeltlich ist eine Abtretung ferner dann, wenn der Verkäufer seine eigene (kaufrechtliche) Gewährleistungspflicht voll beibehält, trotzdem aber die Mängelrechte gegen den Unternehmer abtritt, in der Meinung, dass der Käufer frei wählen kann, ob er sich an den Unternehmer oder an den Verkäufer halten will.

Der Verkäufer ist in solchen Fällen für die abgetretenen Mängelrechte – mangels anderer Abmachung – **nicht gewährleistungspflichtig** (Art. 171 Abs. 3 OR), doch kann er analog Art. 248 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig werden, wenn er den Käufer absichtlich oder grobfahrlässig schädigt (man denke an den Fall, dass er wissentlich eine nicht bestehende Forderung abtritt und dem Käufer in der Folge durch das erfolglose Vorgehen gegen den Unternehmer nutzlose Auslagen entstehen). Diese Schadenersatzpflicht hat aber nichts mit Gewährleistung zu tun.

4. Ergibt sich aus der Parteivereinbarung nicht, ob die Abtretung der Mängelrechte entgeltlich, unentgeltlich oder erfüllungshalber erfolgte, so greifen **zwei Vermutungen** Platz:

- Die erste Vermutung besagt, dass die Abtretung nicht unentgeltlich erfolgte, entsprechend der allgemeinen Regel, dass vermutungsweise niemand unentgeltlich auf Rechte verzichtet («Geschenke macht»). Im Zweifel ist also eine entgeltliche Abtretung oder eine Abtretung erfüllungshalber anzunehmen.
- Die zweite Vermutung besagt, dass die Abtretung nicht entgeltlich, sondern erfüllungshalber erfolgte (BGE 118 II 145)⁸³.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Abtretung erfüllungshalber keiner speziellen Vereinbarung bedarf. Soll die Abtretung hingegen an Erfüllungs Statt erfolgen, so ist eine entsprechende Abmachung erforderlich, das heisst, es muss im Kaufvertrag deutlich gemacht werden, dass die Abtretung der Mängelrechte Entgelt für die Wegbedingung der kaufrechtlichen Gewährleistung ist bzw. der Käufer die Mängelrechte gegen den Unternehmer nur deshalb erhält, weil er seinerseits auf die Mängelrechte gegen den Verkäufer verzichtet (BGE 118 II 145 unten).

Auf die praktisch bedeutungslose unentgeltliche Abtretung der Mängelrechte wird im Folgenden nicht weiter eingetreten.

5. **Formfragen.** Bedarf die Abrede, wonach der Verkäufer dem Käufer des Baugrundstücks die Mängelrechte gegen den Unternehmer erfüllungshalber oder an

⁸³ BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg 1996, Nr. 216.

Erfüllungs Statt abtritt, der öffentlichen Beurkundung? Das ist zu bejahen, sofern die Abrede zumindest für eine der Parteien subjektiv wesentlich und zudem kauftypisch ist⁸⁴ (vgl. BGE 119 II 138, 113 II 404⁸⁵). Unterstellt man die subjektive Wesentlichkeit, so ist der Beurkundungszwang zu bejahen; denn die Verabredung einer Abtretung erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt betrifft unmittelbar die kaufrechtliche Gewährleistungspflicht und ist daher kauftypisch⁸⁶.

Das Gesagte gilt nur für den Fall, dass die Parteien eine Abtretung an Erfüllungs Statt oder erfüllungshalber verabredet haben. Kein Beurkundungszwang besteht, wenn die Parteien den Abtretungszweck (entgeltlich, unentgeltlich, erfüllungshalber) nicht verabredet haben und die Abtretung somit von Gesetzes wegen als solche erfüllungshalber gilt. Der Grund liegt darin, dass diesfalls die kaufrechtliche Gewährleistungspflicht nicht *vertraglich* modifiziert wurde, die Modifikation vielmehr auf Gesetz beruht. Wenn also in einem einfach schriftlichen Vertrag die Mängelrechte gegen den Unternehmer an Erfüllungs Statt abgetreten werden, so ist diese Verabredung und mit ihr der ganze Kaufvertrag ungültig. Wird hingegen lediglich die Abtretung vereinbart, ohne auf deren Zweck einzugehen, so ist die Abtretung – als Abtretung erfüllungshalber – gültig, und die Gültigkeit des Kaufvertrags wird ebenfalls nicht berührt.

3. Gewährleistungspflicht im Falle einer Abtretung erfüllungshalber

1. Im Falle einer Abtretung erfüllungshalber ist der Käufer – wie gesagt - verpflichtet, vorerst die ihm abgetretenen Mängelrechte geltend zu machen, und er kann sich erst dann an den Verkäufer halten, wenn das Vorgehen gegen den Unternehmer nicht zum Ziele führt (BGE 118 II 142 E. 2c). Was der Käufer vorkehren muss, damit er auf die kaufrechtliche Gewährleistung zurückgreifen kann, entscheidet sich primär nach dem Kaufvertrag (der insoweit der öffentlichen Beurkundung bedarf). Falls dieser schweigt, hat der Käufer gegen den Unternehmer mit der «gehörigen Sorgfalt» vorzugehen (Art. 172 OR).

a) Der Vertrag kann z.B. vorsehen, dass sich der Käufer erst dann an den Verkäufer halten kann, wenn der Unternehmer in Nachbesserungsverzug geraten ist oder wenn der Käufer auf die Nachbesserung verzichtet und erfolglos eines der sekundären Mängelrechte geltend gemacht hat. In diesem letzteren Fall ist der

⁸⁴ KOLLER, OR AT, N 717, 722.

⁸⁵ Dazu A. KOLLER, BR 1989, S. 95 f.

⁸⁶ EGLI, S. 8 r. Sp. unten; GIGER, BerKomm, N 19 zu Art. 199 OR, betreffend die Abtretung an Erfüllungs Statt.

Käufer verpflichtet, nach dem Verzicht auf die Nachbesserung beispielsweise die Mängel auf Kosten des Unternehmers beseitigen zu lassen, und er kann erst dann auf den Verkäufer greifen, wenn der Kostenersatz beim Unternehmer nicht erhältlich zu machen ist. Ob der Käufer gegebenenfalls den Ersatzanspruch betriebsrechtlich durchsetzen muss oder ob z.B. schon eine Zahlungsverweigerung des Unternehmers genügt, hängt wiederum von der vertraglichen Abrede ab.

b) Zur «gehörigen Sorgfalt» i.S.v. Art. 172 OR: Tritt ein Mangel auf, hat der Käufer die nötigen Vorkehrungen zu treffen, welche zur Erhaltung des Nachbesserungsrechts erforderlich sind. Insbesondere muss er rechtzeitig rügen. Versäumt er dies, so erlöschen mit Bezug auf den betreffenden Mangel auch seine Mängelrechte gegen den Verkäufer. Dies freilich nur, wenn das Nachbesserungsrecht überhaupt Bestand hatte. Trifft dies nicht zu, hätte der Käufer ohnehin keine Befriedigung erlangen können, weshalb sich eine Befreiung des Verkäufers von seiner Gewährleistungspflicht nicht rechtfertigt (vgl. Art. 194 Abs. 2 OR). Vorsicht ist geboten beim Abschluss eines Vergleichs. Insoweit ist Art. 194 Abs. 1 OR analog heranzuziehen. Der Käufer muss also dem Verkäufer grundsätzlich die Möglichkeit zur Vernehmlassung geben. Äussert sich dieser nicht, so ist der Käufer zum Abschluss eines der Sachlage angemessenen Vergleichs berechtigt⁸⁷. Dazu ist er auch dann berechtigt, wenn der Verkäufer dem Vergleich opponiert und den Käufer auf die kaufrechtliche Gewährleistung verweisen will. Denn der Verkäufer kann die Abtretung erfüllungshalber, obwohl sie auf einem mandatsähnlichen Verhältnis beruht⁸⁸, nicht einseitig widerrufen⁸⁹; Art. 404 OR kommt nicht zum Zuge⁹⁰. Verzichtet der Käufer auf die Nachbesserung und erklärt er die Minderung oder macht er ein anderes sekundäres Mängelrecht geltend, so gilt das Gesagte sinngemäss.

Hebt der Käufer einen Prozess an, wozu ihn die «gehörige Sorgfalt» allerdings nicht verpflichtet, so hat er den Verkäufer in den Prozess einzubeziehen, indem er ihm den Streit verkündet. Unterlässt er dies und verliert er den Prozess ganz

⁸⁷ Beweispflichtig dafür, dass der Vergleich angemessen ist bzw. dass nicht die volle Durchsetzung der Forderung nicht möglich bzw. zumutbar war, ist der Käufer (vgl. HEINRICHS, MünchKomm, N 12 zu § 364 BGB).

⁸⁸ HEINRICHS, MünchKomm, N 12 zu § 364 BGB, spricht im Anschluss an RGZ 160, 1 von einem «Rechtsverhältnis eigener Art, das einem Auftragsverhältnis ähnlich ist».

⁸⁹ BOSSHARD, S.46 f.

⁹⁰ Zwar weist die der Abtretung erfüllungshalber zugrundeliegende obligatorische Abrede mandatsähnliche Züge auf, die Abtretung erfolgt jedoch anders als beim Auftrag nicht allein im Interesse des Auftraggebers, sondern auch des Auftragnehmers (des Käufers). Vgl. wiederum BOSSHARD, S. 47, der von einem *mandatum mea et tua gratia* spricht.

oder teilweise, so wird der Verkäufer von seiner Gewährleistungspflicht insoweit befreit, «als er zu beweisen vermag, dass bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebnis des Prozesses [gegen den Unternehmer] zu erlangen gewesen wäre» (Art. 193 Abs. 3 OR, der freilich nur analoge Anwendung findet)⁹¹. Beigefügt sei, dass eine Prozessführungspflicht des Käufers selbstverständlich vertraglich abgemacht sein kann. Von Gesetzes wegen aber besteht eine solche nicht, auch nicht bei guten Erfolgsaussichten.

2. Die mit der Durchsetzung der Mängelrechte verbundenen Kosten gehen bei einer Abtretung erfüllungshalber grundsätzlich zu Lasten des Verkäufers (Zedenten)⁹². Doch kann anderes abgemacht sein oder sich aus dem hypothetischen Parteiwillen (der Natur des Rechtsverhältnisses) ergeben. Letzteres dürfte im vorliegenden Kontext meist zutreffen. Der Käufer hat somit die Kosten, welche ihm aus der Verfolgung seiner Mängelrechte erwachsen, regelmässig selbst zu tragen.

3. Sind die Voraussetzungen für ein Vorgehen gegen den Verkäufer erfüllt, so haftet dieser aus seiner vorerst suspendierten kaufvertraglichen Gewährleistungspflicht. Der Käufer kann nun den Kaufpreis mindern oder – ausnahmsweise – die Wandelung erklären. Bei Verschulden des Verkäufers steht ihm auch Ersatz des Mangelfolgeschadens zu.

4. Werden die Mängelrechte erfüllungshalber abgetreten, so wird der Verkäufer im eigenen Interesse dafür besorgt sein, dass er im Falle seiner Inanspruchnahme seinerseits gegen den Unternehmer vorgehen kann. Zu diesem Behufe wird er sich die abgetretenen Mängelrechte sinnvollerweise rückzedieren lassen. Eine solche bedingte Zession wirkt dinglich: Tritt die Bedingung ein, wird also der Verkäufer vom Käufer für einen bestimmten Mangel in Anspruch genommen, so stehen ihm nun die Mängelrechte gegen den Unternehmer wieder zu. Von selbst versteht sich, dass die allgemeinen Abtretungserfordernisse erfüllt sein müssen, insbesondere die rückzuzedierende Forderung genügend bestimmt sein muss. Wird im Kaufvertrag keine Rückzession abgemacht, so ist der Käufer nach Treu und Glauben zur Rückzession verpflichtet; hingegen findet kein Rückfall von Gesetzes wegen (Legalzession) statt.

5. Wenn der Verkäufer die gegen den Unternehmer bestehenden Mängelrechte erfüllungshalber abtritt, so hebt er zwar seine kaufrechtliche Gewährleistung nicht auf, er schiebt sie aber immerhin auf. Diese Suspendierung hat für arglistig verschwiegene Mängel keine Geltung (Art. 199 OR).

⁹¹ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 9 zu Art. 172 OR; BECKER, BerKomm, N 5 zu Art. 172 OR, unter Hinweis auf SJZ 4, S. 193 Nr. 65.

⁹² HEINRICHS, MünchKomm, N 12 zu § 364 BGB; BOSSHARD, S. 44.

4. Gewährleistungspflicht im Falle einer Abtretung an Erfüllungs Statt

Tritt der Verkäufer die gegen den Unternehmer bestehenden Mängelrechte an Erfüllungs Statt ab, nämlich zwecks Erfüllung seiner eigenen Gewährleistungspflicht, so haftet er – wie erwähnt – für die Verität der abgetretenen Mängelrechte (Art. 171 Abs. 2 OR). Die Haftung besteht nach Art. 173 OR darin, dass nun die wegbedungene kaufvertragliche Gewährleistungspflicht zum Tragen kommt; «überdies» hat der Verkäufer dem Käufer die Kosten zu ersetzen, die diesem aus dem «erfolglosen Vorgehen gegen den Schuldner [Unternehmer]» erwachsen⁹³. Diese Regelung ist dispositiv, sie kann verschärft oder gemildert werden. Der Verkäufer kann also auch die Haftung für die Bonität der Forderung übernehmen⁹⁴ oder sich – im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts – auch für den Fall entlasten, dass die abgetretenen Mängelrechte nicht bestehen. Ferner kann der Haftungsumfang über den in Art. 173 OR festgesetzten hinaus erweitert werden. Präzisierungen:

A. Tatbestände der Gewährleistung nach Art. 171 Abs. 1 OR

1. Haftung für Verität bedeutet, dass der Verkäufer dem Käufer dafür einzustehen hat, dass die abgetretenen werkvertraglichen Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer auch tatsächlich bestehen bzw. – insoweit künftige Mängelrechte abgetreten werden – zur Entstehung gelangen werden⁹⁵. Über den Umfang und den Inhalt der abgetretenen Mängelrechte bestimmt die zwischen Verkäufer und Käufer im Kaufvertrag getroffene Vereinbarung. Ein Gewährleistungstatbestand ist vor allem in zwei Fällen anzunehmen: *einmal*, wenn der Unternehmer nicht gewährleistungspflichtig ist, obwohl der Käufer nach seinem Vertrag mit dem Verkäufer von einer Gewährleistungspflicht ausgehen darf (es fehlt der Baute z.B. eine Eigenschaft, die der Verkäufer zwar dem Käufer, nicht aber der Unternehmer dem Verkäufer zugesichert hat); *zum andern*, wenn zwar eine Gewährleistungspflicht besteht, die gegen den Unternehmer bestehenden Mängelrechte aber nicht den berechtigten Erwartungen des Käufers entsprechen (Verkäufer und Unternehmer haben z.B. das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 wegbedungen, was dem Käufer bei Abschluss des

⁹³ Der Abtretende haftet auch für die Kosten der Abtretung, was im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung ist.

⁹⁴ ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 301; BECKER, BerKomm, N 4 zu Art. 171 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 12 zu Art. 171 OR.

⁹⁵ Vgl. BECKER, BerKomm, N 9 zu Art. 171 OR.

Kaufvertrags nicht mitgeteilt wurde und ihm auch sonst nicht zur Kenntnis gelangte⁹⁶). Dieser letztere, praktisch nicht im Vordergrund stehende Gewährleistungstatbestand bleibt im Folgenden ausser Betracht.

Im allgemeinen darf der Käufer davon ausgehen, dass der Unternehmer für allfällige Mängel der Baute i.S.v. Art. 197 OR einzustehen hat, also gewährleistungspflichtig ist, wenn der Baute zugesicherte oder vorausgesetzte Eigenschaften im Sinne jener Bestimmung fehlen. Trifft dies im Einzelfall nicht zu, greift die Haftung des Verkäufers nach Art. 171/73 OR Platz, so etwa in dem bereits erwähnten Fall, dass der Baute eine Eigenschaft fehlt, die der Verkäufer zwar dem Käufer, nicht aber der Unternehmer dem Verkäufer zugesichert hat; weitere mögliche Fälle⁹⁷:

- Verkäufer und Unternehmer haben für einen bestimmten (bereits bestehenden oder nur als möglich gedachten) Mangel einen Gewährleistungsausschluss vereinbart, ohne dass der Verkäufer diesen Ausschluss in den Kaufvertrag aufgenommen hat. Hat beispielsweise der Unternehmer seine Haftung für Mängel des Daches wegbedungen, der Verkäufer jedoch im Kaufvertrag keine entsprechende Einschränkung gemacht, so haftet er nach Art. 171/73 OR, d.h. er ist nun selbst nach Art. 197 ff. OR gewährleistungspflichtig und hat Kosten, welche dem Käufer aus einem nutzlosen Vorgehen gegen den Unternehmer erwachsen, zu ersetzen.
- Der Verkäufer hat bei der Abnahme des Bauwerks einen erkannten oder offensichtlichen Mangel nicht geltend gemacht, was rechtlich als Verzicht auf die entsprechenden Mängelrechte zu qualifizieren ist (Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118). Stellt der betreffende (werkvertragliche) Mangel auch einen Mangel i.S.v. Art. 197 OR dar, so ist der Verkäufer dem Käufer nach Art. 171/73 OR gewährleistungspflichtig, falls sich der Unternehmer auf seine fehlende Gewährleistungspflicht beruft.
- Hat der Verkäufer einen Mangel selbst verschuldet (z.B. durch fehlerhafte Weisungen), so ist der Unternehmer nicht gewährleistungspflichtig (Art. 369 OR, Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118). Der Verkäufer haftet nun dem Käufer nach Art. 171/73 OR.

Beispiel⁹⁸: Architekt A lässt durch U ein Gebäude erstellen, für welches er die Planung selbst besorgt hat. Ist A hinsichtlich der Drainage ein Planungsfehler unterlaufen, welcher von U nicht erkannt wurde und nicht erkannt werden musste, so ist U nicht gewährleistungspflichtig (Art. 369 OR, Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118). Verkauft nun A das Grundstück an K unter Abtretung der Mängelrechte gegen U und gleichzeitigem Ausschluss der eigenen Sachgewährleistung (Abtretung an Erfüllungs Statt), so haftet er dem K aus Art. 171/73 OR, falls sich U diesem gegenüber darauf beruft, nicht gewährleistungspflichtig zu sein (wozu er berechtigt ist, Art. 169 OR).

Es ist denkbar, dass ein Sachmangel i.S.v. Art. 197 OR zwar keinen Gewährlei-

⁹⁶ Das Vertrauen des Käufers in den Bestand des Rechts auf Ersatzvornahme ist nach allgemeiner Regel (Art. 169 OR) nicht geschützt.

⁹⁷ Vgl. EGLI, S. 5.

⁹⁸ Vgl. den Sachverhalt von BauR 82, S. 493.

stungstatbestand i.S.v. Art. 171/73 OR begründet, die mit der Abtretung an Erfüllung Statt verbundene Wegbedingung der kaufrechtlichen Gewährleistung jedoch unbeachtlich ist und daher der Verkäufer trotzdem nach Art. 197 ff. OR gewährleistetungspflichtig ist. In solchen Fällen haftet der Verkäufer allerdings nicht nach Art. 173 Abs. 1 OR für die Kosten «des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner».

Beispiel: Verkäufer V verkauft K ein von U überbautes Grundstück. Die Baute weist einen Mangel des Daches auf. Bei Vertragsabschluss verschweigt V dem K den Mangel, weist ihn jedoch darauf hin, dass U jede Haftung für Mängel des Daches wegbedungen hat. Im weiteren tritt er K die Mängelrechte gegen U an Erfüllung Statt, also unter Wegbedingung der eigenen, kaufrechtlichen Gewährleistung ab. Diesfalls ist klar, dass eine Haftung nach Art. 171/73 OR nicht Platz greifen kann. V haftet also nicht für Kosten, welche K aus einem nutzlosen Prozess gegen U entstehen. Hingegen haftet V nach Art. 197 ff. OR für den Mangel, weil die Wegbedingung der kaufrechtlichen Gewährleistung nach Art 199 OR unbeachtlich ist. K kann also den Kaufpreis mindern. Hätte V den Mangel nicht absichtlich verschwiegen, so würde er in keiner Weise haften: nach Art. 171/73 OR nicht, weil K keine Mängelrechte betreffend Mängel des Daches abgetreten wurden, nach Art. 197 ff. OR nicht, weil die Haftung insoweit rechtswirksam wegbedungen wurde.

2. Bestehen die abgetretenen Mängelrechte nicht, so ist der Käufer trotzdem – wie bei einer Abtretung erfüllungshalber – gehalten, vorerst beim Unternehmer Befriedigung zu suchen. Denn es ist ja denkbar, dass der Unternehmer sich nicht auf seine fehlende Gewährleistungspflicht beruft. Dies abzuklären, obliegt nach Treu und Glauben dem Zessionar (Käufer). Treu und Glauben verpflichten aber nicht zur Klageerhebung⁹⁹, es genügt vielmehr, dass der Unternehmer seine Gewährleistungspflicht mit einiger Entschiedenheit ablehnt (vgl. Art. 194 Abs. 2 OR).

3. Im übrigen gelten Art. 193 f. OR im vorliegenden Kontext m.E. analog. Es kann daher vorkommen, dass der Käufer vergeichsweise auf eine objektiv bestehende Gewährspflicht des Unternehmers verzichtet und trotzdem Regress auf den Verkäufer nehmen kann (vgl. S. 36 f. [IV./3. Ziff. 1 lit. b] zur Abtretung erfüllungshalber, wo die Verhältnisse allerdings nur teilweise vergleichbar sind und im allgemeinen weniger strenge Regressvoraussetzungen gelten). Mit anderen Worten ist der Verkäufer u.U. nach Art. 171/73 OR gewährleistetungspflichtig, obwohl die abgetretenen Mängelrechte Bestand haben.

⁹⁹ Vgl. BOSSHARD, S. 90 ff.; ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 304 ff.

B. Inhalt der Gewährleistung (Art. 173 Abs. 1 OR)

1. Art. 173 Abs. 1 OR sieht zweierlei vor (siehe schon oben S. 31 unten/32 [IV./2. Ziff. 1]):

a) Der Verkäufer haftet – kausal – für den «empfangenen Gegenwert». Der «Gegenwert» i.S.v. Art. 173 OR besteht im vorliegenden Kontext in der Entlastung des Verkäufers von der kaufrechtlichen Gewährleistung. Die Haftung für den «Gegenwert» besteht demzufolge – wie bereits erwähnt – darin, dass **die wegbedungene (kaufrechtliche) Gewährleistung nun zur Entstehung gelangt**¹⁰⁰. Aus der Sicht des Käufers bedeutet dies, dass er an Stelle des nicht gewährleistungspflichtigen Unternehmers den Verkäufer belangen kann, dies freilich nicht nach werkvertraglichen Gesichtspunkten, sondern nach Kaufrecht. Er hat also – mangels anderer Abmachung – kein Nachbesserungsrecht. Hingegen kann er mindern, ausnahmsweise auch wandeln. Im Beispiel von S. 39 (bei Anm. 98) muss sich A wegen des Drainagemangels Minderung des Kaufpreises gefallen lassen, wenn U seine Gewährleistungspflicht ablehnt.

b) Der Verkäufer haftet dem Käufer ferner «für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner». Hat beispielsweise der Käufer versucht, den Nachbesserungsanspruch gemäss SIA-Norm 118 auf dem Prozesswege durchzusetzen, hat sich jedoch der Unternehmer erfolgreich auf einen Wegfall der Gewährleistung nach Art. 369 OR/Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 i.V.m. Art. 169 OR berufen, so hat nun der Verkäufer dem Käufer die **Prozesskosten** zu ersetzen. Ein Selbstverschulden muss sich der Käufer nach allgemeiner Regel als anspruchsmindernden Umstand anrechnen lassen (Art. 44 OR); er hat daher keinen vollen Kostenersatz zugute, falls er den Prozess eingeleitet hat, obwohl er unter den gegebenen Umständen auf den Prozess sinnvollerweise hätte verzichten müssen.

2. Nach dem Gesagten beschränkt sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf das negative Vertragsinteresse¹⁰¹, und zwar auch dann, wenn der Verkäufer den Nichtbestand des abgetretenen Mängelrechts hätte kennen sollen, also im

¹⁰⁰ «Gewährleistung nach Leistung an Erfüllungs Statt heisst Gewährleistung mit der Möglichkeit der Rückkehr zum Status quo ante, also zur ursprünglichen Verbindlichkeit des Schuldners.» (GERNHUBER, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. A. Tübingen 1994, S. 196; HECK, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 59, 10b; weitere Nachweise bei GERNHUBER, a.a.O., S. 197 Anm. 41) Die ursprüngliche Verbindlichkeit lebt *von Gesetzes wegen* wieder auf bzw. besteht (bei der uneigentlichen Leistung an Erfüllungs Statt) von Gesetzes wegen. Es besteht also nicht bloss ein *Anspruch* auf Rückkehr zum Status quo ante (a.A. die bei GERNHUBER, a.a.O., S. 197 Anm. 40 zitierte Literatur; BGHZ 46, 338, 342 f.).

¹⁰¹ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 2 zu Art. 173 OR; BOSSHARD, S. 86.

Verschulden ist (BGE 38 II 144); der Käufer kann sich nicht alternativ auf Art. 97 OR berufen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses (Erfüllungsinteresses) verlangen¹⁰². Art. 173 Abs. 1 OR enthält somit eine abschliessende Regelung^{103,104}. Doch ist die Bestimmung dispositiv, «und es ist» demzufolge «nicht ausgeschlossen, dass bei der Abtretung abgemacht werde, es bilde das Erfüllungsinteresse die Grundlage des Rückgriffes»¹⁰⁵. Sodann ist zu beachten, dass der nach Art. 173 Abs. 1 OR gewährleistungspflichtige Verkäufer der Schadenshaftung nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR unterliegt, so dass auf diesem Wege (nach Abs. 3) doch wieder Ersatz des positiven Vertragsinteresses geschuldet sein kann¹⁰⁶.

Über die Haftung bei der (eigentlichen) Hingabe an Erfüllungs Statt gehen die Auffassungen auseinander¹⁰⁷. M.E. gilt der Grundsatz, dass der Schuldner für den ersatzweise hingegebenen Leistungsgegenstand gewährleistungspflichtig ist und bei Verschulden alternativ auf Schadenersatz (Art. 97 OR) belangt werden kann. Die Gewährleistungspflicht richtet sich nach dem zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnis, somit nicht notwendig nach Kaufrecht. Die gegenteilige Anordnung in § 365 BGB beruht auf der Annahme, die Abmachung einer Leistung an Erfüllungs Statt sei einem Kaufvertrag vergleichbar. Indes berührt die fragliche Abmachung nur eine einzelne Leistungspflicht und verändert das Schuldverhältnis als solches nicht. Die Parteien wollen die Leistungspflicht, die nun durch ein Erfüllungssurrogat getilgt werden soll, nicht auf eine neue Grundlage stellen. Es liegt daher lediglich eine Schuldänderung (mit sofortiger Erfüllung der einen Leistungspflicht) vor, nicht etwa eine Novation. § 365 BGB darf daher nicht auf das schweizerische Recht übertragen werden. Ist das Schuldverhältnis z.B. eine Schenkung, so trifft den Schenker – mangels anderer Vereinbarung – keine Gewährleistungspflicht (Art. 248 Abs. 2 OR); resultiert die Schuld, welche durch eine Leistung an Erfüllungs Statt getilgt wird, aus Spiel oder Wette, so findet ebenfalls keine Gewährleistung statt. Hingegen bleiben Schadenersatzpflichten vorbehalten, wenn die Leistung an Erfüllungs Statt beim Gläubiger Schaden anrichtet. Der Schuldner aus Spiel und Wette

¹⁰² BECKER, BerKomm, N 3 zu Art. 173 OR.

¹⁰³ Zur ratio legis siehe BECKER, BerKomm, N 1 zu Art. 173 OR. Die von ihm erwähnte ratio (Verminderung der Gefahr der Ausbeutung des Zedenten) trägt allerdings in Fällen, wie sie hier zur Diskussion stehen, nicht (vollständig).

¹⁰⁴ Vorbehalten dürften Fälle absichtlicher oder grobfahrlässiger Schädigungen sein, was wohl mittelbar aus Art. 248 Abs. 1 OR und Art. 100 OR abgeleitet werden kann.

¹⁰⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, N 6 zu Art. 173 OR; ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 301.

¹⁰⁶ Die Auslegung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR ist in verschiedener Hinsicht kontrovers (siehe HONSELL, BasKomm, N 7 und 8 ff. zu Art. 208 OR). Strittig ist insbesondere die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden. M.E. ist mit dem mittelbaren Schaden von Abs. 3 das positive Vertragsinteresse gemeint (GUHL/KOLLER, § 42 N 40).

¹⁰⁷ Vgl. vor allem GERNHUBER, a.a.O., S. 195 ff., dessen Ausführungen allerdings das deutsche Recht betreffen.

unterliegt insoweit der allgemeinen Haftung (Art. 97 OR), der Schenker haftet milder (Art. 248 Abs. 1 OR). Der Grundsatz, dass Gewährleistungspflicht und Schadenersatzhaftung in Verschuldensfällen konkurrieren, gilt z.B. nicht im Kaufrecht (Art. 197 ff. verdrängen Art. 97 OR, wobei jedoch Art. 208 Abs. 3 OR selbst eine Schadenshaftung anordnet¹⁰⁸). Sodann ist zu wiederholen, dass die in Art. 173 OR getroffene Gewährleistungsregelung gegenüber Art. 97 OR exklusive Geltung beansprucht.

C. Wegbedingung der Haftung (für Verität)

1. Art. 171 Abs. 1 OR ist dispositiv und erlaubt die Wegbedingung der Haftung für Verität. Der Verkäufer kann also seine Gewährleistung für den Fall, dass die abgetretenen Mängelrechte nicht bestehen sollten, ausschliessen¹⁰⁹. So kann im Beispiel von S. 39 (bei Anm. 98) A für den Fall, dass hinsichtlich eines Drainagemangels der Unternehmer U nicht gewährleistungspflichtig sein sollte, seine Haftung aus Art. 171 Abs. 1 OR wegbedingen. Eine solche Wegbedingung darf aber nicht leichthin angenommen werden. Dem Käufer muss klar gemacht werden, dass er auf die kaufvertragliche Gewährleistung auch dann nicht zurückgreifen kann, wenn die gegen den Unternehmer abgetretenen Mängelrechte hinsichtlich eines bestimmten Mangels (Art. 197 OR) nicht bestehen sollten. Es muss ihm mit anderen Worten das Risiko vor Augen geführt werden, für einen Mangel möglicherweise keinerlei Mängelrechte, weder gegen den Unternehmer noch den Verkäufer, zu haben. Kommt der Verkäufer dieser Anforderung nach, so braucht er – entgegen EGLI – weder Wandelung noch Minderung zu befürchten.

EGLI¹¹⁰ vertritt die Meinung, der Verkäufer sei «aber in jedem Falle von Minderung und Wandelung des Kaufvertrages ... nicht befreit». Er will damit offenbar sagen, dass dann, wenn die dem Käufer abgetretenen Mängelrechte nicht zum Ziele führen, der Käufer nun jedenfalls den Kaufvertrag wandeln oder den Kaufpreis mindern könne. Dem ist nicht zu folgen: Die Haftung für Wandelung und Minderung kann – mit den unten in Ziff. 2 erwähnten Einschränkungen – wegbedungen werden. Das gilt unabhängig davon, ob der Verkäufer im Gegenzug die Mängelrechte gegen den Unternehmer abtritt oder nicht. BGE 91 II 344 E. 3, der EGLI inspiriert haben dürfte, betrifft einen anders gelagerten Sachverhalt. Es ging dort darum, dass der Verkäufer eines Autos dem Käufer statt des gesetzlichen Wandlungs- und Minderungsrechts ein Nachbesserungsrecht eingeräumt hatte. Das Bundesgericht hat zu Recht entschieden, dass die gesetzlichen Mängelrechte

¹⁰⁸ Das ist freilich nicht unbestritten (wie im Text GUHL/KOLLER, § 42 N 62, gegenteilig das Bundesgericht [Hinweise bei GUHL/KOLLER, a.a.O.], welches jedoch die Haftung nach Art. 97 OR den speziellen Erfordernissen von Art. 197 ff. OR unterstellt, insbesondere was Verjährung und Rüge anbelangt).

¹⁰⁹ Vgl. BGH, BauR 1982, 493, 495 lit. b, wo in casu allerdings ein vollständiger Haftungsausschluss verneint wurde.

¹¹⁰ BR 1983, S. 8.

wieder aufleben, wenn der Käufer gemäss Art. 107 Abs. 2 OR berechtigterweise auf die Nachbesserung verzichtet. Vorliegend geht es jedoch darum, dass der Verkäufer jede eigene Gewährleistung wegbedungen hat, auch für den Fall, dass die dem Käufer abgetretenen Mängelrechte nicht zum Ziele führen sollten. Das ist zulässig. Zu betonen ist jedoch, dass der Verkäufer dem Käufer klarzumachen hat, dass er nicht regresspflichtig sein will, falls die abgetretenen Mängelrechte nicht bestehen sollten.

2. Der Wegbedingung sind allerdings **Grenzen** gesetzt. Insbesondere ist Art. 199 OR analog anwendbar. Wenn also der Verkäufer Mängelrechte abtritt, von denen er weiss, dass sie nicht bestehen, so untersteht er zwingend der Gewährleistung von Art. 173 OR¹¹¹. Vorbehalten ist der Fall, dass der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrages um den Nichtbestand der Mängelrechte gewusst hat; hat er erst nachträglich vom Nichtbestand der Mängelrechte erfahren, so kommt nun zwar die Gewährleistung aus Art. 197 ff. OR i.V.m. Art. 173 Abs. 1 OR zum Tragen, die Kostenhaftung nach dieser letzteren Bestimmung aber entfällt ab dem Zeitpunkt, in dem der Käufer vom Nichtbestand der Mängelrechte erfahren hat (Art. 44 OR)¹¹².

Hat beispielsweise der Unternehmer seine Haftung für Mängel des Daches wegbedungen, der Verkäufer jedoch im Kaufvertrag keine entsprechende Einschränkung gemacht, so haftet er nun nach Art. 171/73 OR, d.h. er ist nun selbst nach Art. 197 ff. OR gewährleistungspflichtig und hat Kosten, welche dem Käufer aus einem nutzlosen Vorgehen gegen den Unternehmer erwachsen, zu ersetzen. Hat allerdings der Käufer das Verfahren eingeleitet, obwohl er bereits Kenntnis vom Nichtbestand der Gewährleistungspflicht des Unternehmers erlangt hatte, so entfällt insoweit die Haftung des Verkäufers. Hingegen bleibt die Gewährleistungspflicht nach Art. 197 ff. OR bestehen, der Käufer kann also mindern oder (ausnahmsweise) wandeln.

Sodann gilt auch Art. 100 OR analog¹¹³: Hat der Verkäufer einen Mangel grobfahrlässig verursacht, so ist die Wegbedingung der Haftung aus Art. 171/73 OR wiederum unbeachtlich. Wenn im Beispiel von S. 39 (bei Anm. 98) A ein grobes Verschulden vorwerfbar ist, so greift nicht nur seine kaufvertragliche Gewährleistung Platz, sondern er haftet für die Kosten, welche dem Käufer K aus einem erfolglosen prozessualen Vorgehen gegen den Unternehmer U erwachsen, nach Art. 173 OR.

¹¹¹ Vgl. ATTENHOFER, ZSR 1890, S. 308.

¹¹² Kennenmüssen ist der Kenntnis – trotz Art. 200 Abs. 2 OR – nicht gleichzustellen, da die Fahrlässigkeit des Käufers die Arglist des Verkäufers nicht aufwiegt. Doch muss der Verkäufer den Nichtbestand der Mängelrechte arglistig verschwiegen haben, wovon nur gesprochen werden kann, wenn er zur Aufklärung verpflichtet war (das liegt im Begriff der Verschweigung).

¹¹³ Vgl. EGLI, S. 9.

V. Teilabtretung

1. **Fragestellung.** Die Frage einer Teilabtretung stellt sich unter zwei Aspekten:

a) Einmal können die Parteien ein einzelnes Mängelrecht abtreten, ohne hinsichtlich der übrigen Mängelrechte eine Regelung zu treffen. Denkbar ist insbesondere, dass der Verkäufer dem Käufer das Nachbesserungsrecht abtritt, wogegen die Parteien die Frage, was bei Nachbesserungsverzug geschieht, nicht regeln und daher die sekundären Mängelrechte gar nicht berühren, sei es aus Vergessen, sei es, weil sie davon ausgehen, dass das Nachbesserungsrecht ohne weiteres zum Ziele führe. In einem solchen Fall fragt sich, ob die sekundären Mängelrechte von Gesetzes wegen auf den Käufer übergehen. Das ist m.E. – in extensiver Auslegung von Art. 170 Abs. 1 OR – zu bejahen.

b) Es ist aber auch denkbar, dass die Parteien nur ein einzelnes Recht (z.B. das Nachbesserungsrecht) dem Käufer abtreten wollen, die restlichen Rechte aber beim Verkäufer verbleiben sollen. Für eine derartige Teilabtretung besteht in der Praxis ein geringes Bedürfnis, weil der Verkäufer kaum je ein Interesse daran haben wird, Mängelrechte mit Bezug auf das von ihm veräußerte Werk geltend zu machen. So jedenfalls dann, wenn er seinerseits die eigene kaufvertragliche Gewährleistung wegbedungen hat. Man kann hier von einer gewollten Teilabtretung sprechen, im obigen Fall (lit. a) von einer nicht gewollten. Auf die gewollte Teilabtretung wird unten (2.) noch näher eingegangen.

Von der Teilabtretung zu unterscheiden ist die Abmachung, dass die abgetretenen Mängelrechte bei Vorliegen gewisser Umstände auf den Verkäufer zurückfallen sollen. Eine solche Abmachung macht insbesondere bei der Abtretung erfüllungshalber Sinn. Dieser ist eigen, dass der Käufer verpflichtet ist, sich vorerst mittels der abgetretenen Rechte an den Unternehmer zu halten, jedoch wieder den Verkäufer in Anspruch nehmen kann, falls das Vorgehen gegen den Unternehmer nicht zum Ziele führt. Es liegt auf der Hand, dass der Verkäufer sinnvollerweise den Rückfall der Mängelrechte für den Fall vereinbart, dass er selbst wieder in Anspruch genommen wird (vgl. S. 37 [IV./3. Ziff. 4]). Eine solche Abmachung ist rechtlich unproblematisch.

2. Zulässigkeit einer gewollten Teilabtretung?

a) Vorab ist zu wiederholen, dass der Verkäufer, der dem Käufer das Nachbesserungsrecht abtritt, sich nicht gleichzeitig das ausschliessliche Rügerecht vorbehalten kann. Eine entsprechende Vereinbarung wäre ungültig, jedenfalls im Normalfall (siehe oben S. 22, Kleindruck).

b) Im allgemeinen dürfte es auch nicht zulässig sein, dass der Verkäufer das Nachbesserungsrecht abtritt, sich gleichzeitig aber das Recht vorbehält, dem Unternehmer Frist i.S.v. Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 zu setzen und gebebe-

nenfalls auf die Nachbesserung zu verzichten. Könnte er dies, so könnte er die Abtretung des Nachbesserungsrechts faktisch rückgängig machen. Dafür fehlt normalerweise ein schutzwürdiges Interesse des Verkäufers. Siehe schon oben S. 22 unten/23.

Eine andere Frage ist, ob der Verkäufer für den Fall, dass es zum Nachbesserungsverzicht kommt, eine Aufspaltung der Mängelrechte verabreden darf. Darf er beispielsweise abmachen, dass im Falle eines Nachbesserungsverzichts er das Minderungsrecht behält, der Käufer hingegen das Recht auf Ersatzvornahme erhält? Es ist offensichtlich, dass eine solche Abmachung wenig Sinn macht und daher in der Praxis kaum vorkommen dürfte. Bejaht man eine Aufspaltung der Mängelrechte im umschriebenen Sinne, so stellt sich vorab die Frage, wem das Rügerecht zusteht. Richtigerweise wird man es sowohl dem Verkäufer als auch dem Käufer einräumen. Des weitern fragt sich, ob jede der Parteien das ihr zustehende Recht unabhängig von der anderen ausüben kann oder ob beide Parteien zusammenwirken müssen. Zu dieser Frage siehe oben S. 29 [III./2.].

c) Tritt der Verkäufer die Minderungs- oder Wandelungsforderung ab, so kann er nicht das Minderungs- oder Wandelungsrecht zurückbehalten. Eine separate Rückbehaltung dieser Rechte wäre für den Verkäufer ohne wirtschaftliches oder sonstiges Interesse, weshalb sie ihm nicht gestattet sein kann. Sonderfälle mögen vorbehalten bleiben.