

Sonderdruck

Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare

Herausgegeben von

PROF. DR. IUR. PETER RUF, Notar/Steuerexperte, Langenthal, und
DR. IUR. ROLAND PFÄFFLI, Notar/Grundbuchverwalter, Thun

PROF. DR. IUR. ALFRED KOLLER

Die Abtretung werkvertraglicher Mängelrechte in Grundstückkaufverträgen

Zur Frage, ob eine Gesamtabtretung der Mängelrechte
i.S.v. Art. 169-171 SIA-Norm 118 zulässig ist

Verlag Merkur Druck AG, Langenthal 2003

PROF. DR. IUR. ALFRED KOLLER

Die Abtretung werkvertraglicher Mängelrechte in Grundstückkaufverträgen

Zur Frage, ob eine Gesamtabtretung der Mängelrechte i.S.v. Art. 169–171 SIA-Norm 118 zulässig ist

I. Fragestellung und Präzisierung des Themas

1. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Sachverhalten der folgenden Art: Der Eigentümer eines Grundstücks lässt durch einen Generalunternehmer sein Grundstück überbauen. Vertragsbestandteil bildet die SIA-Norm 118. Nach Fertigstellung der Baute verkauft der Eigentümer das Grundstück samt Baute an einen Dritten. Dabei wird u.a. abgemacht, dass der Verkäufer seine allfälligen Mängelrechte, welche er gegen den Generalunternehmer nach Art. 169–171 der SIA-Norm 118 hat, an den Käufer abtritt.

Ist eine solche Abtretung der Mängelrechte zulässig? Das ist die im Folgenden interessierende Frage.

2. Ich habe mich mit dieser Frage bereits einmal befasst (*Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit*, in: SIA-Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, St. Gallen 2000). Es hier nochmals zu tun, wurde ich durch RAINER SCHUMACHER und ERICH RÜEGG veranlasst. Diese beiden Autoren hielten in einem späteren Aufsatz an der überkommenen, von mir kritisierten Lehre fest, die Mängelrechte seien nur teilweise abtretbar (*Die Haftung des Grundstückverkäufers*, in: Der Grundstückkauf, Bern 2001, Nr. 343 ff.). Das scheint mir nach wie vor unrichtig zu sein. In der folgenden Begründung beschränke ich mich darauf, den blossen Kerngehalt der damaligen Ausführungen wiederzugeben. Nur der rote Faden soll aufscheinen. Details interessieren nicht. Auch auf einen Anmerkungsapparat wurde im Interesse des Leseflusses verzichtet. Wer Näheres zu erfahren wünscht, mag im besagten Tagungsband nachschauen, ferner in der Dissertation von ANDREAS KÄSER, welche fast gleichzeitig mit meinem Aufsatz, aber noch vor dem Aufsatz von SCHUMACHER und RÜEGG erschienen ist, und im Wesentlichen zu den von mir gezogenen Schlüssen gelangt

(Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. Zürich 2000).

3. Heute wie damals klammere ich die werkvertraglichen Mängelrechte gemäss Gesetz (Art. 368 OR) von der Betrachtung aus, einfach deshalb, weil in der Praxis Bauten regelmässig unter Übernahme der SIA-Norm 118 erstellt werden und daher die Frage der Abtretbarkeit der Mängelrechte hier die grösste Rolle spielt. Hinsichtlich der werkvertraglichen Mängelrechte gemäss Gesetz gilt jedoch nichts prinzipiell anderes. Ferner beschränke ich mich auf den Fall, dass die Mängelrechte (gemäss SIA-Norm 118) *insgesamt* abgetreten werden. Für diese Beschränkung sprechen wiederum Überlegungen praktischer Relevanz. Die Teilabtretung kommt nämlich kaum vor (s. dazu im erwähnten Tagungsband, S. 45 f.). Im Übrigen wird hier die Gewährleistungsordnung der SIA-Norm 118 nur ganz rudimentär dargestellt, gerade so weit, als dies nötig ist, um die Frage der Abtretbarkeit sachgerecht behandeln zu können. Eine letzte Vorbemerkung: Wo die nachstehenden Ausführungen auf den eingangs geschilderten Sachverhalt Bezug nehmen, werden die Beteiligten durchwegs als Verkäufer, Generalunternehmer und Käufer bezeichnet.

II. Inhalt und Voraussetzungen der Mängelrechte gemäss Art. 165 ff. SIA-Norm 118

1. Inhalt

1. Nach der SIA-Norm 118 kann der Besteller (Bauherr) bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen **grundsätzlich nur** die **Nachbesserung**, also die Beseitigung des zur Diskussion stehenden Mangels, verlangen (Art. 169). Demgegenüber kann er nach der gesetzlichen Gewährleistungsordnung (Art. 368 OR) entweder die Nachbesserung verlangen oder den Werkpreis mindern oder ausnahmsweise sogar den Vertrag rückgängig machen, also die Wandelung erklären. Das Wandelungsrecht ist beim Bauwerkvertrag praktisch bedeutungslos, weshalb es vernachlässigt werden kann. Es bleibt also die Feststellung, dass der Bauherr nach der SIA-Norm 118 nur die Nachbesserung verlangen kann, während er von Gesetzes wegen alternativ ein Minderungsrecht hat.

Aus der Sicht des Unternehmers bedeutet dies: Nach der SIA-Norm 118 ist er bei Vorliegen eines Gewährleistungstatbestandes nur verpflichtet, den vorhandenen Mangel zu beseitigen. Demgegenüber muss er sich nach der gesetzlichen Gewährleistungsordnung gefallen lassen,

dass der Werkpreis gemindert wird. Der Minderungsbetrag ist normalerweise identisch mit den Kosten, welche anfallen, wenn der Bauherr einen Dritten mit der Mängelbeseitigung betraut. Diese Kosten sind in aller Regel höher als die Kosten, welche dem Unternehmer entstehen, wenn er selbst die Mängel beseitigt. Die SIA-Norm 118 ist daher für den Unternehmer wesentlich günstiger als die gesetzliche Gewährleistungsordnung.

2. Dem Gesagten ist präzisierend beizufügen:

a) **Ausnahmsweise** ist der Bauherr auch nach der SIA-Norm 118 berechtigt, statt der Nachbesserung die **Minderung** zu verlangen. Es gibt verschiedene Fälle, ganz im Vordergrund aber steht der folgende (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2):

Der Besteller setzt dem Unternehmer Frist, um die vorhandenen Mängel zu beseitigen, der Unternehmer macht jedoch von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch. Diesfalls kann der Besteller auf die Nachbesserung verzichten und statt dessen den Werkpreis mindern.

b) In den Fällen, in denen der Bauherr gemäss SIA-Norm 118 zur Minderung berechtigt ist, ist er auch zur **Ersatzvornahme** berechtigt. Er kann also den Mangel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beseitigen lassen. Diese Kosten sind – wie gesagt – regelmässig identisch mit dem Minderungsbetrag. Das Recht auf Ersatzvornahme weist daher im Normalfall gegenüber dem Minderungsrecht keinen erheblichen Vorteil auf. Immerhin gibt es Fälle, in denen der Minderungsbetrag hinter den Kosten der Ersatzvornahme zurückbleibt. Dann ist das Recht auf Ersatzvornahme von zentraler Bedeutung. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen ein Mangel objektiv gar keinen Minderwert zur Folge hat.

Beispiel: Ein Unternehmer streicht ein Haus vertragswidrig weiss statt gelb. In einem solchen Fall dürfte ein Minderwert regelmässig nicht vorliegen. Denn im Verkehr sind weisse Häuser gerade so geschätzt wie gelbe. Der Besteller kann daher keine Minderung verlangen. Hingegen muss er sich natürlich nicht gefallen lassen, dass das Haus weiss statt gelb ist. Er kann daher die Nachbesserung verlangen und – wenn der Unternehmer eine ihm gesetzte Nachbesserungsfrist nicht nutzt – zur Ersatzvornahme schreiten, also das Haus auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten gelb streichen lassen.

c) Soweit der Bauherr lediglich ein Nachbesserungsrecht hat, und das ist ja der Normalfall, so ist er – im Sinne einer **Obliegenheit** – gehalten, dem

Unternehmer die **Möglichkeit einzuräumen, die vorhandenen Mängel zu beseitigen**. Räumt der Bauherr dem Unternehmer diese Möglichkeit nicht ein und lässt er stattdessen einen Dritten die Mängel beseitigen, so hat dies für ihn schwerwiegende Folgen: Vorab verliert er das Nachbesserungsrecht, weil es ja nun nichts mehr nachzubessern gibt. Sodann verbaut er sich aber auch die Möglichkeit, auf das Minderungsrecht oder das Recht auf Ersatzvornahme zu wechseln, denn diese Rechte setzen – wie gesehen – voraus, dass der Unternehmer die Nachbesserung trotz einer ihm gesetzten Frist nicht vorgenommen hat. Wenn der Unternehmer – wie hier unterstellt – gar nicht zur Nachbesserung eingeladen wurde, so muss er sich weder Minderung noch Ersatzvornahme gefallen lassen.

Nehmen wir zur Illustration das Beispiel, wo das Haus weiss statt gelb gestrichen ist. Hier kann der Bauherr vorerst nur einen Neuanstrich in Gelb verlangen. Räumt nun der Bauherr dem Unternehmer diese Möglichkeit nicht ein und überträgt er den Neuanstrich einem Dritten, so hat er seine Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer verwirkt. Er kann weder einen Neuanstrich verlangen noch den Werkpreis reduzieren noch das Honorar ersetzt verlangen, welches er dem Dritten für den Neuanstrich bezahlen muss.

Dass der Bauherr, der den Nachbesserungsvorbehalt missachtet, jedwelle Mängelrechte verwirkt, ist unbestritten. Umstritten ist hingegen, ob der Unternehmer die Bereicherung, die für ihn aus dem Wegfall der Nachbesserungsschuld resultiert, auszugleichen hat. Auf unser Malerbeispiel bezogen, lautet die Frage wie folgt: Ist der Unternehmer dem Besteller wenigstens insoweit ersatzpflichtig, als er Kosten spart, weil er das Haus nicht auf Gelb umstreichen muss? Das Bundesgericht verneint die Frage, ich bin gegenteiliger Ansicht (s. einerseits BGE 110 II 52 f., andererseits meinen Kommentar dazu in: *Das Nachbesserungsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1995, S. 260).

d) Trifft den Unternehmer ein Verschulden an einem Mangel, so hat der Bauherr nach Art. 171 SIA-Norm «neben und ausser den Rechten nach Art. 169 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR». Dieses Schadenersatzrecht bleibt im Folgenden ausser Betracht. Es interessieren also nur mehr die kausalen Mängelrechte.

2. Voraussetzungen

Es ist zu unterscheiden zwischen Voraussetzungen, welche allen Mängelrechten gemeinsam sind, und solchen, welche den einzelnen Mängelrechten eigen sind:

1. Alle Mängelrechte setzen voraus, dass das Werk abgenommen ist, dass es einen Mangel aufweist, dass der Besteller den Mangel nicht selbst verschuldet und dass er ihn rechtzeitig gerügt hat. Für den weiteren Gang der Untersuchung interessiert nur mehr das Rügeerfordernis:

Von Gesetzes wegen (Art. 367, 370 OR) muss der Besteller das abgenommene Werk bekanntlich prüfen und bei dieser Prüfung erkennbare Mängel nach Abschluss der Prüfung sofort rügen. Bei der Prüfung nicht erkennbare Mängel muss er sofort nach Entdeckung rügen. Dabei beträgt die maximale Rügefrist (= Verjährungsfrist) fünf Jahre. Viel milder ist das Rügeerfordernis nach der SIA-Norm 118 (s. insbesondere Art. 172 f. und 179 f.): Der Besteller kann während zwei Jahren nach der Abnahme Mängel unabhängig davon rügen, wann er sie entdeckt hat bzw. wann sie erkennbar wurden. Nach Ablauf dieser zweijährigen Frist verhält es sich gleich wie nach Gesetz: Entdeckt nun der Besteller Mängel, so muss er diese sofort rügen; die maximale Rügefrist beträgt auch hier fünf Jahre.

2. Jedes Mängelrecht hat – wie gesagt – noch spezifische Voraussetzungen, welche für die anderen Mängelrechte nicht gelten. So setzt das Nachbesserungsrecht voraus, dass die Nachbesserung nicht übermässige Kosten verursacht. Und das Minderungsrecht setzt voraus, dass der Mangel einen Minderwert zur Folge hat. Das ist meist, aber nicht immer der Fall: Ich erinnere an das Beispiel, wo das Haus weiss statt gelb gestrichen wurde.

Für das Minderungsrecht nach der SIA-Norm 118 ist zusätzlich zu beachten, dass es im Regelfall nur zweitrangig besteht, nämlich nur dann, wenn der Besteller dem Unternehmer die Möglichkeit eingeräumt hat nachzubessern und der Unternehmer eine ihm gesetzte Nachbesserungsfrist ungenutzt hat verstreichen lassen.

III. Die Abtretbarkeit der Mängelrechte

1. Einführung

1. **Ausgangspunkt** meiner Überlegungen bildet die Feststellung, dass der Generalunternehmer dem Verkäufer für Sachmängel nach Werkvertragsrecht haftet, nämlich nach den Art. 165 ff. SIA-Norm 118, wogegen der Verkäufer dem Käufer nach Kaufvertragsrecht haftet, nämlich nach den Art. 197 ff. OR. Die beiden Gewährleistungsordnungen stimmen nicht überein, weder was die Voraussetzungen noch was den Inhalt der Mängelrechte anbelangt. Zwei Unterschiede stehen im Vordergrund:

a) Ein erster Unterschied betrifft die *Voraussetzungen* der Mängelrechte:

Die SIA-Norm 118 sieht für das Verhältnis des Verkäufers zum Generalunternehmer vor, dass der Verkäufer Mängel während zweier Jahre seit der Abnahme des Werks rügen kann, und das unabhängig davon, wann er den Mangel entdeckt hat bzw. wann der Mangel erkennbar wurde.

Anders das Kaufrecht: Der Käufer muss die Baute nach der Ablieferung auf Mängel untersuchen und bei dieser Prüfung erkennbare Mängel sofort rügen. Rügt er zu spät, so hat er seine Mängelrechte mit Bezug auf die betreffenden Mängel verwirkt.

b) Ein zweiter Unterschied betrifft den *Inhalt* der Mängelrechte:

Die SIA-Norm 118 sieht – wie erwähnt – grundsätzlich einen Vorrang des Nachbesserungsrechts vor: Der Verkäufer hat bei Vorliegen eines Mangels vorerst einzig das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen. Erst wenn der Generalunternehmer den Mangel trotz Fristsetzung nicht beseitigt, kann der Verkäufer auf Minderung oder Ersatzvornahme wechseln, das heisst, er kann nun den Werkpreis reduzieren oder den Mangel auf Kosten des Generalunternehmers durch einen Dritten beseitigen lassen.

Ganz anders das Kaufrecht (Art. 205 OR). Dieses sieht lediglich ein Minderungsrecht vor, ausnahmsweise alternativ ein Wandelungsrecht. Ein Nachbesserungsrecht hat der Käufer hingegen von Gesetzes wegen nicht.

2. Das Nebeneinander von werkvertraglicher Gewährleistung im Verhältnis des Verkäufers zum Generalunternehmer einerseits, kaufvertraglicher Gewährleistung im Verhältnis des Verkäufers zum Käufer andererseits, ist **nicht sachadäquat**. Es ist weder den Interessen des Verkäufers noch denjenigen des Käufers angemessen.

Der Käufer dürfte regelmässig mit der strengen Rügeobliegenheit überfordert sein. Dazu kommt, dass er kein Nachbesserungsrecht hat und daher die Mängelbeseitigung selbst organisieren muss. Auch damit wird er oft überfordert sein.

Für den Verkäufer ist von Nachteil, dass er sich Minderung gefallen lassen muss, obwohl er vom Generalunternehmer grundsätzlich nur die Nachbesserung verlangen kann. Das hat zur Folge, dass der Verkäufer unter Umständen dem Käufer gewährleistungspflichtig ist, ohne diese Gewährleistungspflicht auf den Generalunternehmer abwälzen zu können. Man stelle sich nur folgenden Fall vor:

Der Käufer lässt einen Mangel durch einen Dritten beseitigen, erklärt hierauf die Minderung und erhält auf diesem Wege die Kosten der Ersatzvornahme ersetzt, also die Kosten, die ihm durch die Beauftragung des

Dritten entstanden sind. Der Verkäufer kann in einem solchen Fall diese Kosten bzw. den Minderungsbetrag grundsätzlich nicht auf den Generalunternehmer abwälzen. Er kann dies weder unter dem Titel Minderung noch unter dem Titel Ersatzvornahme. Denn sowohl das Minderungsrecht wie auch das Recht auf Ersatzvornahme setzen grundsätzlich – wie früher gesehen – voraus, dass der Verkäufer dem Generalunternehmer vorerst die Möglichkeit gibt, die Mängel selbst zu beseitigen. Diese Möglichkeit kann nun aber der Verkäufer dem Generalunternehmer nicht einräumen, weil eben die Mängel bereits vom Käufer beseitigt wurden.

3. Die **Nachteile**, welche aus dem Nebeneinander von werkvertraglicher und kaufvertraglicher Gewährleistung resultieren, können auf unterschiedliche Art **beseitigt** werden:

Einmal, indem beide Ordnungen miteinander koordiniert werden: Der Verkäufer und der Käufer machen z.B. ab, dass auch im kaufrechtlichen Verhältnis die milde Rügeordnung gemäss SIA-Norm 118 gilt, und weiter, dass der Käufer ein Nachbesserungsrecht und vorerst nur ein solches Recht hat.

Zum Zweiten, indem der Verkäufer seine gegen den Generalunternehmer bestehenden Mängelrechte an den Käufer abtritt und gleichzeitig seine eigene kaufrechtliche Gewährleistung wegbedingt. Das Koordinationsproblem wird damit gleichsam gegenstandslos.

Im Folgenden wird nur mehr die zweite Variante untersucht. Dabei wird – wie früher gesagt – durchwegs unterstellt, dass der Verkäufer seine sämtlichen Mängelrechte abtritt. Ausser Betracht bleibt hingegen der Fall, dass er nur einzelne Mängelrechte abtritt, andere Mängelrechte für sich behält, also beispielsweise das Nachbesserungsrecht abtritt, hingegen das Minderungsrecht, falls ein solches entstehen sollte, zurückbehält. Eine solche Teilabtretung macht in aller Regel keinen Sinn und spielt denn auch in der Praxis eine geringe Rolle. Von grosser Bedeutung ist hingegen die hier allein interessierende Abtretung aller Mängelrechte (Gesamtabtretung oder Abtretung im Bündel).

4. **Meinungsstand**. Lehre und Rechtsprechung äussern sich nur ganz am Rande zur Frage der Abtretbarkeit der Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118. Hingegen äussern sie sich eingehend zur Abtretung der gesetzlichen Mängelrechte gemäss Art. 368 OR. Aus den diesbezüglichen Äusserungen lassen sich Rückschlüsse auf die Abtretbarkeit der Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118 ziehen.

Die herrschende Lehre vertritt folgende Meinung: Das gesetzliche Nachbesserungsrecht ist abtretbar, das Minderungsrecht nicht. Im Übrigen bleibe das Schuldverhältnis zwischen dem Besteller (hier: dem Ver-

käufer) und dem Unternehmer (hier: dem Generalunternehmer) unverändert aufrecht. Insbesondere verbleibe die Rügeobliegenheit beim Besteller/Verkäufer. Der Zessionar (hier: der Käufer) soll also nicht zur Rüge berechtigt sein. Zwar könne er vom Besteller/Verkäufer zur Rüge bevollmächtigt werden, aber aus eigenem Recht rügen könne er nicht: Das – in der Rügeobliegenheit enthaltene – Rügerecht verbleibe beim Besteller/Verkäufer. Auf dem gleichen Standpunkt steht auch das Bundesgericht (BGE 114 II 247).

Folgt man dieser herrschenden Ansicht, so wird man auch bei der Gesamtabtretung der Mängelrechte gemäss SIA-Norm 118 unterscheiden müssen: Das Nachbesserungsrecht geht über, das Minderungsrecht, das im Falle eines gültigen Verzichts auf die Nachbesserung entsteht, hingegen nicht. Das Rügerecht geht ebenfalls nicht über, vielmehr kann der Zessionar – der Käufer – lediglich zur Rüge ermächtigt werden. Wie steht es mit dem Recht des Bestellers/Verkäufers, auf die Nachbesserung zu verzichten, nachdem er dem Generalunternehmer Frist zur Nachbesserung angesetzt und der Generalunternehmer die Mängel nicht fristgemäss beseitigt hat? Das wird – soweit ersichtlich – nicht thematisiert. Dasselbe gilt für das Recht auf Ersatzvornahme.

2. Die Gründe für die Abtretbarkeit

M.E. ist eine Gesamtabtretung zulässig bzw. vollständig wirksam. Wenn also die Parteien – Verkäufer und Käufer – alle gegen den Generalunternehmer bestehenden Mängelrechte übergehen lassen wollen, so gehen diese auch über, und zwar einschliesslich des Rügerechts.

1. Das gilt vorab für das **Nachbesserungsrecht**. Das Nachbesserungsrecht gemäss SIA-Norm 118 ist eine Forderung. Forderungen sind grundsätzlich abtretbar. Vorbehalten sind in Art. 164 OR drei Fälle: Die Abtretung wurde vertraglich verboten, oder sie ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen, oder es steht ihr die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner entgegen. Nachstehend sei unterstellt, dass ein Abtretungsverbot nicht besteht, der Generalunternehmer dem Bauherrn also nicht verboten hat, die gegen ihn bestehenden Mängelrechte bei einem Verkauf des Grundstücks an den Käufer abzutreten. Ein gesetzliches Abtretungsverbot besteht nicht. Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Verkäufer und dem Generalunternehmer aber steht der Abtretung nicht entgegen: Dem Generalunternehmer kann es gleichgültig sein, ob der Verkäufer oder der Käufer nachbesserungsberechtigt ist. So oder anders muss er – bei gegebenen Gewährleis-

tungsvoraussetzungen – das Gebäude des Käufers reparieren. Die Nachbesserung wird durch die Abtretung nicht erschwert.

2. Zum **Rügerecht**: Wie gesagt, geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Käufer im Falle einer Gesamtabtretung nicht zur Rüge berechtigt ist. Zwar könne er dazu bevollmächtigt werden, aus eigenem Recht rügen könne er hingegen nicht. Es wird argumentiert, die Abtretung der Mängelrechte lasse das Schuldverhältnis zwischen dem Besteller (Verkäufer) und dem Unternehmer (Generalunternehmer) abgesehen von den Mängelrechten unberührt.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Um Klarheit zu schaffen, unterscheidet man sinnvollerweise zwei Fälle: einmal den Fall, da die Parteien neben den Mängelrechten auch das Rügerecht in die Abtretung einbezogen haben (a), zum andern den Fall, da sie dies nicht getan haben (b).

a) Haben die Parteien abgemacht, dass der Käufer aus eigenem Recht soll rügen können, so ist nicht ersichtlich, weshalb diese privatautonome Rechtsgestaltung nicht zulässig sein sollte. Der Übergang des Rügerechts ist sinnvoll und entspricht den Interessen beider Beteiligten, sowohl des Verkäufers als auch des Käufers. Der Verkäufer wird froh sein, wenn er sich nicht mehr um die Rüge kümmern muss, und der Käufer seinerseits ist froh, wenn er nicht darauf angewiesen ist, dass der Verkäufer rechtzeitig rügt. Weshalb das Gesetz den Parteiwillen unter diesen Umständen nicht respektieren sollte, ist nicht zu ersehen.

Es kann nicht eingewendet werden, der Verkäufer könne ja den Käufer zur Rüge bevollmächtigen. Zum Ersten wollen die Parteien nicht bevollmächtigen, sondern das Rügerecht übertragen. Und zum Zweiten genügt die Bevollmächtigung den Interessen der Parteien, genauer: des Käufers, nicht. Denn der Verkäufer kann gemäss der zwingenden Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 OR die Vollmacht jederzeit widerrufen. Tut er dies, so muss der Käufer unter Umständen tatenlos zusehen, wie das ihm abgetretene Nachbesserungsrecht verwirkt, weil der Verkäufer nicht rechtzeitig rügt. Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, darf nicht angenommen werden.

Es kann aber auch nicht eingewendet werden, die Abtretung der Mängelrechte lasse das Schuldverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Generalunternehmer abgesehen von den Mängelrechten unberührt. Denn die Parteien haben es eben berührt, indem sie auch das Rügerecht in die Abtretung einbezogen und damit das Schuldverhältnis zwischen dem Besteller/Verkäufer und dem Generalunternehmer verändert haben.

b) Betrachten wir nun den Fall, dass die Parteien – der Verkäufer und der Käufer – das Rügerecht nicht in die Abtretung der Mängelrechte einbezogen haben. Sie haben z.B. einfach vergessen, im schriftlichen Abtretungsvertrag einen entsprechenden Hinweis zu machen. Auch in diesem Fall geht das Rügerecht auf den Käufer über. Das ergibt sich aus Art. 170 OR. Nach dieser Bestimmung gehen im Fall, dass eine Forderung abgetreten wird, Vorzugs- und Nebenrechte der Forderung von Gesetzes wegen auf den Erwerber der Forderung über. Ausgenommen sind lediglich solche Vorzugs- und Nebenrechte, welche mit der Person des Abtretenden untrennbar verbunden sind. In unserem Kontext stellt sich nun die Frage, ob das Rügerecht mit der Person des Abtretenden – hier des Verkäufers – untrennbar verbunden ist. Das ist m.E. entschieden zu verneinen. Erneut greift der Gedanke durch, dass der Verkäufer an der Ausübung des Rügerechts keinerlei Interesse mehr hat, wogegen für den Käufer genau das Gegenteil zutrifft. Diesem das Rügerecht nicht zuzugestehen, macht schlechterdings keinen Sinn.

Wiederum lässt sich nicht argumentieren, die Abtretung der Mängelrechte lasse das Schuldverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer abgesehen von den Mängelrechten unberührt, weshalb insbesondere das Rügerecht beim Verkäufer verbleibe. Das Schuldverhältnis wird berührt, diesmal nicht durch den Parteiwillen von Verkäufer und Käufer, sondern von Gesetzes wegen, eben durch Art. 170 OR. Diese Bestimmung sagt: Das Rügerecht geht – nebst dem Nachbesserungsrecht – auf den Zessionar, hier den Käufer, über. Insofern verändert sich das Schuldverhältnis zwischen dem Zedenten, dem Verkäufer, und dem debitor cessus, dem Generalunternehmer.

3. Nachbesserungsrecht und Rügerecht gehen also im Falle einer Gesamtabtretung der Mängelrechte über. Wie steht es mit dem **Recht, auf die Nachbesserung zu verzichten**, nachdem der Generalunternehmer eine ihm gesetzte Verbesserungsfrist nicht genutzt hat? Bei diesem Recht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht. Art. 164 ff. OR finden, da auf Forderungen bezogen, keine unmittelbare Anwendung. Indes müssen nach dem Grundsatz der Privatautonomie auch Gestaltungsrechte abtretbar sein. Ausnahmen bestehen analog Art. 164 OR dort, wo Gesetz oder Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretbarkeit entgegensteht oder wo die Parteien ein Abtretungsverbot vereinbart haben. Dass das Letztere nicht zutrifft, sei hier unterstellt, das Gesetz aber schweigt. Bleibt die Frage, ob die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung entgegensteht. Wiederum kommt der Gedanke zum Zuge, dass es für den Generalunternehmer keine Rolle spielt, ob sein Vertragspartner, der Ver-

käufer, oder der Zessionar, der Käufer, den Verzicht auf diese Nachbesserung ausspricht. Für ihn ist wesentlich, dass die Voraussetzungen, unter denen der Verzicht erklärt werden kann, die gleichen bleiben. Dafür aber ist durch Art. 169 OR gesorgt.

4. Was vorstehend zum Nachbesserungsrecht gesagt wurde, gilt entsprechend auch für das Recht auf **Ersatzvornahme**. Und was zum Verzichtsrecht gesagt wurde, gilt entsprechend auch für das **Minderungsrecht**. Ich verweise insoweit auf die Ausführungen in dem einleitend erwähnten Aufsatz im Tagungsband der St. Galler Baurechtstagung 2000. Beifügt sei nur Folgendes:

Früher ging in Deutschland die herrschende Meinung dahin, das Minderungsrecht sei nicht abtretbar. Das hat man in der Schweiz übernommen. Später hat man dann in Deutschland Kehrtwendung gemacht und das Minderungsrecht für abtretbar erklärt. Hier aber hat man «vergessen», die Kehrtwendung zu vollziehen. Dies zu tun, besteht längst Anlass.

5. Als **Fazit** ist somit festzuhalten, dass eine Gesamtabtretung der Mängelrechte die gewünschte Wirkung zeitigt, d.h. es gehen die gesamten Mängelrechte auf den Käufer über. Das Rügerecht geht als Nebenrecht mit.