

Vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Kauf einer Neubaute

Von Dr. iur. *Alfred Koller*, Professor an der Universität St. Gallen.*

I. Einleitung

1. *Nachstehend interessiert folgender Fall:* Jemand verkauft ein Grundstück, auf dem er eine Baute hat erstellen lassen. Dabei sei unterstellt, dass die Überbauung durch einen Generalunternehmer erfolgt ist, während der Verkäufer die Architekturarbeiten, insbesondere Planung und Bauleitung, selbst übernommen hat. Hat der Verkäufer die Bauarbeiten an verschiedene Unternehmer und/oder die Architekturarbeiten einem Dritten übertragen, stellen sich einzelne zusätzliche Probleme, die im Folgenden ausser Betracht bleiben.

Ist die Baute mangelhaft, so stehen dem Verkäufer gegenüber dem Generalunternehmer, welcher die Baute erstellt hat, nach Massgabe der einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften werkvertragliche Mängelrechte zu. Hat der Verkäufer im Verhältnis zum Generalunternehmer, was hier unterstellt sei, die SIA-Norm 118 übernommen, so kann er von diesem – bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen – grundsätzlich nur die Nachbesserung verlangen (Art. 169 Abs. 1 der Norm). Ein Minderungsrecht besteht nur unter der Voraussetzung, dass der Generalunternehmer zur Nachbesserung unfähig ist, sich nachzubessern weigert oder eine ihm gesetzte Frist zur Beseitigung der Mängel ungenutzt verstreichen lässt (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Abs. 2 SIA-Norm 118). Unter der gleichen Voraussetzung kann der Verkäufer auf Kosten des Generalunternehmers zur Ersatzvornahme schreiten (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 2 SIA-Norm 118).

* Meinem Assistenten *Philippe Seiler*, M.A. HSG, danke ich für die formale Vereinheitlichung des Textes sowie die Ergänzung und Überprüfung der Anmerkungen.

Der Verkauf des Baugrundstücks ändert an der Gewährleistungspflicht des Generalunternehmers nichts, ebenso wenig an der Gewährleistungsberechtigung des Verkäufers. Es findet also keine Legalzession der Mängelrechte an den Käufer des Grundstücks statt. Hingegen kann sich der Käufer allenfalls an den Verkäufer halten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich – mangels anderer Vereinbarung – nach Art. 197 ff. OR¹. Das bedeutet, dass K bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen mindern, eventuell auch wandeln, nicht aber die Nachbesserung verlangen kann (Art. 205 OR).

2. Das Nebeneinander von werkvertraglicher Gewährleistungsordnung gemäss SIA-Norm 118 im Verhältnis Verkäufer/Generalunternehmer und gesetzlicher kaufvertraglicher Gewährleistungsordnung im Verhältnis Verkäufer/Käufer ist der Interessenslage von Verkäufer und Käufer nicht angemessen².

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 schwer lösbare Probleme stellen. Schliesslich dürfte der Käufer mit der Pflicht zur sofortigen Mängelrüge (Art. 201 OR) regelmässig überfordert sein und daher seine Mängelrechte wegen zu später Rüge nicht selten verlieren.

Für den Verkäufer ist das fragliche Nebeneinander nicht weniger nachteilig. Denn hat er – wie hier unterstellt – im Werkvertrag mit dem Generalunternehmer die SIA-Norm 118 übernommen, so kann er im Gewährleistungsfall – wie gesagt – grundsätzlich nur Nachbesserung verlangen, wogegen er sich im Verhältnis zum Käufer Minderung oder allenfalls sogar Wandelung gefallen lassen muss (Art. 205 OR), falls die gesetzliche Gewährleistungsordnung nicht vertraglich modifiziert wurde. Mindert der Käufer, so kann der Verkäufer die erfolgte Kaufpreisreduktion nicht auf den Generalunternehmer abwälzen. Er kann zwar Nachbesserung verlan-

¹ Die in Deutschland herrschende Ansicht, wonach nicht eine kaufvertragliche, sondern eine werkvertragliche Gewährleistungspflicht besteht (z.B. BauR 1981 S. 571 ff.), vermochte sich in der Schweiz nicht durchzusetzen.

² S. zum Folgenden schon meine an der St. Galler Baurechtstagung 2000 gemachten Ausführungen; Alfred Koller, Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit, in: Koller (Hrsg.), SIA-Norm 118, Baurechtstagung 2000, St. Gallen 2000, S. 1 ff., S. 4 f.

³ Allgemein zum Verhältnis von Minderwert und Verbesserungskosten: Alfred Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 236 ff.

gen, 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. «Lachender Dritter» ist gegebenenfalls der Generalunternehmer, der faktisch nicht nachbessern muss, obwohl er an sich gewährleistungspflichtig ist.

3. Im Folgenden sollen Vorschläge unterbreitet werden, wie Verkäufer und Käufer die umschriebenen Nachteile durch zweckentsprechende vertragliche Abmachungen beseitigen oder doch einschränken können. Zwei Möglichkeiten stehen im Vordergrund: Einmal kann der Verkäufer seine kaufrechtliche Gewährleistung wegbedingen, dafür aber im Gegenzug dem Käufer seine Mängelrechte gegen den Generalunternehmer abtreten (*Abtretungsvariante*). Zum zweiten kann der Verkäufer seine kaufrechtliche Gewährleistung in der Weise beschränken, dass er nur insoweit haftet, als ihm der Generalunternehmer haftbar ist (*Gewährleistungsvariante*)⁴. Der Verkäufer ist also bei dieser zweiten Variante nach Massgabe der SIA-Norm 118 gewährleistungspflichtig und kann damit grundsätzlich nur auf Nachbesserung belangt werden.

Die beiden Varianten sollen im Folgenden anhand von *Musterklauseln* konkretisiert und – in den Anmerkungen – erläutert werden. Wird eine der Varianten im Einzelfall zum Vertragsinhalt gemacht, so ist sie darauf zu untersuchen, ob sie den konkreten Gegebenheiten in allen Punkten gerecht wird (s. z.B. Anm. 5 am Ende). Gegebenenfalls sind Anpassungen oder Ergänzungen vorzunehmen. Welche Variante den Vorzug verdient, sei hier nicht im Einzelnen diskutiert. Sicher aber hat die Abtretungsvariante den Vorzug, dass sie direkter zum Ziele führt. Denn die Beseitigung von Mängeln, und darum geht es ja in erster Linie, geschieht zwischen Käufer und Generalunternehmer als unmittelbar Beteiligten, wogegen bei der Gewährleistungsvariante der Verkäufer gleichsam als Mittelsperson eingeschaltet ist.

II. Die Abtretungsvariante

1. Ausgangslage⁵

Der Verkäufer hat die auf dem Kaufgrundstück befindliche Baute durch X als Generalunternehmer (GU) erstellen lassen. Es wurde die SIA-Norm 118 vereinbart, hinsichtlich der Gartenarbeiten die SIA-Norm 318.

⁴ Vgl. den Fall BGE 117 II 259 = ZBGR 75 S. 29.

⁵ Der Käufer, dem die werkvertraglichen Mängelrechte des Verkäufers gegen den Generalunternehmer abgetreten werden sollen, muss vorerst über das Verhältnis des Verkäufers zum Generalunternehmer aufgeklärt werden. Denn die Abtretung macht nur Sinn, wenn der Käufer weiss, was ihm abgetreten wird. Insbesondere muss er über die Voraussetzungen, unter denen der Generalunternehmer gewährleistungspflichtig wird, sowie den Inhalt allfälliger Mängelrechte aufgeklärt werden. Im Folgenden wird – wie schon

Soweit für Apparate und maschinelle Einrichtungen Herstellergarantien⁶ bestehen, hat der GU seine Gewährleistung wegbedungen⁷.

Hinsichtlich Luft- und Trittschall ist die Einhaltung der Mindestanforderungen der SIA-Norm 181 vereinbart. Unvollkommenheiten wie z.B. Haarrisse im Mauerwerk oder unbedeutende Farbtonunterschiede, welche den Gebrauch des Bauwerks nicht beeinträchtigen, gelten nicht als Werkmangel. Für diese besteht keine Haftung.

Am ... hat die gemeinsame Prüfung des Bauwerks gemäss Art. 158 SIA-Norm 118 stattgefunden. Dabei haben sich keine wesentlichen Mängel i.S.v. Art. 161 SIA-Norm 118 gezeigt. Das Werk gilt somit als abgenommen⁸. Der Verkäufer hat den GU zur Beseitigung der vorhandenen (unwesentlichen) Mängel bis zum ... aufgefordert.

Dem Käufer wird eine Kopie des Abnahmeprotokolls ausgehändigt, ferner der GU-Vertrag, soweit er für die Geltendmachung von Mängelrechten relevant sein kann.

2. Abtretung von Mängelrechten

Der Verkäufer tritt alle Mängelrechte, die ihm gegen den GU zustehen, an den Käufer ab. Als Mängelrechte gelten alle Rechte, die sich aus einem

in der Ausgangslage (oben I.1.) erwähnt – unterstellt, dass im Vertrag des Verkäufers mit dem Generalunternehmer die SIA-Norm 118 übernommen wurde. Des Weiteren wird – rein beispielshalber – angenommen, dass sich die Parteien auf die Geltung der SIA-Norm 318 und hinsichtlich Luft- und Trittschall auf die Einhaltung der Mindestanforderungen der SIA-Norm 181 geeinigt haben.

⁶ Darunter versteht man die Zusicherung eines Herstellers von Geräten (z.B. Waschmaschinen, Geschirrspülern usw.), den Abnehmern seiner Produkte gewisse Garantieleistungen zu erbringen. Die Zusicherung findet sich in Garantiescheinen u.ä. Sie gilt gegenüber dem jeweiligen Endabnehmer, geht also bei einem Verkauf des Gerätes, auf das sie sich bezieht, auf den Käufer über. Derartige Zusicherungen sind wohl unstreitig rechtsverbindlich. Ihre dogmatische Grundlegung jedoch ist zweifelhaft. Z.T. wird vertreten, zwischen dem Produzenten und dem Abnehmer komme ein auf Erbringung von Garantieleistungen gerichteter Vertrag zustande. Das mag zutreffen im Verhältnis des Produzenten zum Erstabnehmer. Indes ist schwer zu ersehen, wie ein späterer Abnehmer dem Produzenten, zu dem er regelmässig keinerlei Kontakt hat, vertraglich verbunden sein soll. Insoweit kommt man jedoch über die Annahme, der Produzent habe die Garantieleistung ausgelobt (Art. 8 OR), zur Verbindlichkeit der Garantiezusage. Garantien im hier fraglichen Sinne können selbstverständlich auch von Grossverteilern, welche das vertriebene Produkt nicht hergestellt, sondern ihrerseits gekauft haben, abgegeben werden. Als Beispiel diene die Swisscom, welche für Swisscom-Telefonapparate Garantiescheine mit einer «Hersteller»garantie ausgibt. S. allgemeiner zur Herstellergarantie z.B. *Christina Malsch*, Die Herstellergarantie im Schuld-, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Diss. Mannheim 2005; *Konstantinos Androulakis*, Die Herstellergarantie, Diss. Tübingen 1997.

⁷ Hat der GU seine Gewährleistungspflicht nicht wegbedungen, so stehen dem Verkäufer sowohl die Mängelrechte gegen ihn als auch der Garantieanspruch gegen den Hersteller zu (Anspruchskonkurrenz).

⁸ Die Abnahme ist aus Sicht des Unternehmers der letzte Erfüllungsakt. Sie heisst daher auch Ablieferung. Bis zur Ablieferung steht dem Bauherrn der vertragliche Erfüllungsanspruch zu. Mit der Ablieferung geht dieser Anspruch unter. An seine Stelle treten allenfalls die Mängelrechte.

Mangel des Bauwerks ergeben, nicht hingegen Rechte aus anderem Rechtsgrund (z.B. Schadenersatzforderungen aus einer Kostenüberschreitung). Von der Abtretung ausgenommen sind (gewährleistungsrechtliche) Schadenersatzforderungen, soweit der Schaden dem Verkäufer, nicht dem Käufer, entstanden ist bzw. entsteht⁹.

Mit der Abtretung der Mängelrechte gehen auch die Sicherungsrechte gemäss Art. 181 SIA-Norm 118¹⁰ auf den Käufer über¹¹. Die Garantiescheine werden dem Käufer auf dessen Verlangen ausgehändigt.

Das mit der Rügeobliegenheit verbundene Rügerecht steht ebenfalls dem Käufer zu¹².

Soweit Herstellergarantien bestehen, übergibt der Verkäufer die entsprechenden Garantiescheine dem Käufer zwecks Geltendmachung allfälliger Garantien gegen den Hersteller¹³.

3. Salvatorische Klausel

Sollte die Abtretung teilweise unwirksam sein, weil sich ein abgetretenes Recht als unabtretbar erweist¹⁴, so ist der Käufer ermächtigt (Art. 32 OR), die beim Verkäufer verbliebenen Mängelrechte in dessen Namen

⁹ Angenommen, der Verkäufer ist wegen eines defekten Treppengeländers gestürzt und hat sich erhebliche Verletzungen zugezogen. Dann steht ihm gegen den Unternehmer, falls diesen ein Verschulden trifft, ein Anspruch auf Schadenersatz zu (Art. 171 SIA-Norm 118). Dieser Anspruch soll dem Verkäufer selbstverständlich auch bei Verkauf der Baute bzw. der überbauten Liegenschaft erhalten bleiben.

¹⁰ Von Art. 181 SIA-Norm 118 interessiert hier nur Abs. 1. Dieser bestimmt: «Der Unternehmer leistet vor Auszahlung des Rückbehaltes (Art. 152) Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist gerügt werden. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft.» Selbstverständlich steht es den Parteien (Verkäufer und Generalunternehmer) frei, sich auf eine andere Sicherheit, etwa eine ordentliche Bürgschaft oder einen Garantievertrag, zu einigen. Die Baupraxis zeigt, dass solche anderen Sicherheiten eingeräumt werden.

¹¹ Wenn die Mängelrechte rechtswirksam abgetreten werden, so geht eine gestützt auf Art. 181 SIA-Norm 118 eingeräumte Solidarbürgschaft (s. Anm. 10) schon von Gesetzes wegen auf den Käufer über (Art. 170 OR). Trotzdem scheint der Einbezug in die Abtretungserklärung sinnvoll zu sein, vorab zu Informationszwecken, aber auch, um Ungewissheiten über die Rechtszuständigkeit von vornherein nicht aufkommen zu lassen.

¹² Der Übergang des Rügerechts 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 zudem schon aus Art. 170 Abs. 1 OR. S. im Einzelnen Alfred Koller (Anm. 3), S. 20 ff.

¹³ Die Rechte aus einer Herstellergarantie stehen dem jeweiligen Eigentümer des Gerätes, auf das sich die Garantie bezieht, zu. Mit dem Eigentum am Gerät geht also auch die Garantie über. Eine Abtretung i.S.v. Art. 164 ff. OR ist nicht erforderlich. Zur Geltendmachung der Garantie muss sich aber der Berechtigte legitimieren können, und das kann er nur durch Vorweisung des Garantiescheins.

¹⁴ Die Abtretung kann auch aus anderen Gründen unwirksam sein, insbesondere weil die Form von Art. 165 Abs. 1 OR nicht gewahrt wurde oder – falls man dem Kausalitätsprinzip folgt (vgl. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 84 N. 78 ff. m.w.Nw.) – weil das Kausalgeschäft ungültig ist. Doch sind diese Fälle im vorliegenden Kontext kaum von praktischem Interesse.

auszuüben¹⁵. Die Ermächtigung ist übertragbar, der Käufer kann also einen Dritten mit der Ausübung der Mängelrechte im Namen des Verkäufers ermächtigen¹⁶.

Sollte der Verkäufer die Ermächtigung widerrufen (Art. 34 Abs. 1 OR)¹⁷, so wird er für den in Frage stehenden Mangel nach Massgabe von Art. 169 SIA-Norm 118 gewährleistetspflichtig^{18,19}. Der Verkäufer hat

¹⁵ Diese Klausel ist nötig, weil umstritten ist, inwieweit Mängelrechte überhaupt abtretbar sind. Unstreitig abtretbar ist das Nachbesserungsrecht (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Strittig ist hingegen, ob dies auch für die sekundären Mängelrechte (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1–3 SIA-Norm 118), soweit es sich um Gestaltungsrechte handelt, gilt. Das Bundesgericht verneint insoweit die Abtretbarkeit (BGE 114 II 247), weshalb Minderungs- und Wandlungsrecht – nach Bundesgericht – nicht abtretbar sind. Ich bin gegenteiliger Meinung (zu den Gründen s. *Alfred Koller* [Anm. 3], S. 23 ff.), ebenso *Andreas Käser*, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. Zürich 2000, S. 104 ff.), *Ingeborg Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N. 90.20 f.; *Daniel Girsberger*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl. Basel 2007, N. 5a zu Art. 164 OR; *Heinrich Honsell*, Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, S. 291; *Roger Brändli*, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Diss. St. Gallen 2007, N. 1117 ff.

¹⁶ Die Ermächtigung ist grundsätzlich an die Person des Ermächtigten gebunden. Wenn daher der Käufer das Kaufobjekt weiterveräussert und die ihm abgetretenen Mängelrechte dem Erwerber (Zweitkäufer) abtritt, so ist dieser nicht befugt, zufolge Unabtretbarkeit nicht übergegangene Mängelrechte im Namen des ersten Verkäufers auszuüben. Vertraglich kann jedoch anderes bestimmt werden.

¹⁷ Wer eine Vollmacht erteilt, kann diese jederzeit widerrufen (Art. 34 Abs. 1 OR). Nach dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 OR gilt dies ganz generell, unabhängig davon, worauf sich die Ermächtigung bezieht und auch unabhängig davon, ob der Bevollmächtigte ein selbständiges Interesse daran hat, die Vollmacht auszuüben. Für diesen letzteren Fall kann nach deutschem Recht die Vollmacht unwiderruflich ausgestaltet werden (vgl. *Eberhard Schilken*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 164–240, Neubearbeitung 2004, N. 8 ff. zu § 168 ff.). M. E. muss dies auch im schweizerischen Recht gelten, jedenfalls dann, wenn der Vollmachtgeber kein schützenswertes Interesse am Widerruf hat (Art. 2 Abs. 2 ZGB). So verhält es sich im vorliegenden Kontext mit Bezug auf die Ermächtigung, allfällige nicht abtretbare und daher nicht auf den Käufer übergegangene Mängelrechte auszuüben (vgl. für die Begründung *Alfred Koller* [Anm. 3], S. 24 ff.).

¹⁸ Der Widerruf darf nach Art. 34 Abs. 2 OR nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern er darf auch nicht erschwert werden (statt vieler BGE 98 II 305 Erw. 2c = ZBGR 54 S. 291 Erw. 2c). Prima vista ist also die hier vorgeschlagene Klausel problematisch, weil ja eben an den Widerruf eine Gewährleistungspflicht geknüpft wird. In Wirklichkeit aber ist die Klausel unbedenklich. Denn: Wenn der Verkäufer seine Mängelrechte abtritt bzw. den Käufer ermächtigt, seine Mängelrechte auszuüben, so schliesst er im Gegenzug seine Gewährleistung aus (s. unten II 4.). Die fragliche Klausel bedeutet daher lediglich, dass die ausgeschlossene Gewährleistung im Falle eines Widerrufs der Ermächtigung in modifizierter Form (Gewährleistung gemäss der SIA-Norm 118 anstelle der Gewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR) wieder auflebt. Fraglich kann daher nur sein, ob die betreffende Modifikation der Gewährleistung zulässig ist. Das aber ist unzweifelhaft der Fall.

¹⁹ Gewährleistungspflichtig ist der die Ermächtigung widerrufende Verkäufer auch dann, wenn die Abtretung in Wirklichkeit gültig und daher der Käufer zur Geltendmachung der Mängelrechte gar nicht auf die Ermächtigung angewiesen ist. Denn der Verkäufer würde rechtsmissbräuchlich handeln, wenn er sich darauf berufen wollte, die Mängelrechte seien übergegangen und er daher nicht gewährleistetspflichtig (vgl. in verwandtem Zusammenhang *Alfred Koller*, AJP 2002 S. 840 f. [Besprechung von BGE 128 III 70]).

sich eine gegenüber dem GU erfolgte Nachfristansetzung entgegenhalten zu lassen²⁰.

4. Wegbedingung der Gewährleistung

Der Verkäufer schliesst seine (kaufvertragliche) Gewährleistungspflicht (Art. 197 ff. OR) aus, mit folgenden Vorbehalten:

a) Ist der GU mit Bezug auf einen *Baumangel* nicht gewährleistungspflichtig, weil der Verkäufer den Mangel verschuldet oder sonstwie zu vertreten hat²¹ (Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118), so stehen dem Käufer die Mängelrechte gemäss der SIA-Norm 118 zu²². Dasselbe gilt, wenn die Gewährleistungspflicht des GU wegen Nichtanzeige des Mangels gemäss Art. 163 SIA-Norm 118 entfällt. Entfällt die Gewährleistung des GU aus sonstigen Gründen, insbesondere wegen fehlerhafter Bodenbeschaffenheit (Art. 365 Abs. 3 OR, 25 Abs. 1 SIA-Norm 118), so bleibt es beim Gewährleistungsausschluss²³; ausgenommen sind Mängel, die bei Vertragsabschluss schlechterdings nicht vorhersehbar waren²⁴ (s. zudem lit. c).

Entfällt die Gewährleistungspflicht des GU bloss teilweise²⁵, so ist vorerst der GU zu belangen. Eine vom GU verlangte Kostenbeteiligung an

²⁰ Beispiel: V, der durch X ein Grundstück hat überbauen lassen, verkauft dieses an K und tritt ihm alle Mängelrechte, die ihm gegen X zustehen, ab. Für den Fall, dass ein Mängelrecht unabtretbar sein sollte, ermächtigt V den K, das betreffende Recht an seiner Stelle auszuüben. In der Folge setzt K dem X für die Beseitigung eines Mangels eine Frist bis 31. Mai, um nach ungenutztem Fristablauf gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118 ein sekundäres Mängelrecht geltend machen zu können. Noch bei laufender Frist widerruft V die Ermächtigung. Diesfalls ist er dem K nach Massgabe von Art. 169 SIA-Norm 118 selbst gewährleistungspflichtig. Dabei geht die bestehende Nachbesserungsschuld von X in dem Sinne auf ihn über, dass er sich die bereits laufende Nachfrist entgegenhalten lassen muss. K kann daher nach fruchtlosem Ablauf der von ihm angesetzten Frist auf die Nachbesserung verzichten und z.B. die Minderung erklären.

²¹ Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Verkäufer, der nach der hier getroffenen Annahme (oben I.1.) die Architekturarbeiten ausgeführt hat, fehlerhafte Pläne zur Verfügung gestellt und dadurch einen Mangel verschuldet hat.

²² Die schuldhafte Verursachung eines Mangels stellt einerseits ein Selbstverschulden im Verhältnis zum GU (Art. 369 OR; Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118), andererseits ein Verschulden im Verhältnis zum Käufer (Art. 208 Abs. 3 OR) dar. In dieser letzteren Hinsicht ist m.E. Art. 100 Abs. 1 OR anzuwenden. Der Verkäufer kann also seine Gewährleistung für den Fall, dass ihn ein schweres Verschulden treffen sollte, gegenüber dem Käufer nicht rechtswirksam wegbedingen. Leichtes Verschulden schliesst hingegen eine Wegbedingung – unter Vorbehalt sonstiger Wegbedingungsschranken (v.a. Art. 199 OR) – nicht aus.

²³ Dem Verkäufer steht es aber frei, die Gewährleistung auch für diesen Fall zu übernehmen.

²⁴ Grundlegend BGE 107 II 161 = ZBGR 65 S. 186; ferner BGE 130 III 686 Erw. 4.3.1 = ZBGR 86 S. 113 Erw. 4.3.1; 4C.456/1999 Erw. 4b. Das Bundesgericht geht davon aus, dass sich der Wegbedingungswille der Parteien nicht auf Mängel erstreckt, mit denen der Käufer schlechterdings nicht rechnen muss.

²⁵ Eine teilweise (geteilte) Gewährleistung greift insbesondere Platz, wenn ein Mangel beidseits verschuldet ist, also sowohl vom Besteller/Verkäufer als auch vom GU (vgl. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 und 170 Abs. 3 SIA-Norm 118, wo von einem Mitverschulden des Bestellers die Rede ist, während das alleinige Verschulden des Bestellers als Selbstver-

der Nachbesserung²⁶ ist vom Verkäufer zu übernehmen. Im Übrigen schuldet der Verkäufer Schadenersatz, etwa im Falle, dass der Käufer mit einem Minderungsbegehren nur teilweise durchdringt²⁷. Der Verkäufer haftet aber nicht für die Bonität des GU²⁸.

b) Hinsichtlich *Grund und Boden* ist der Verkäufer insofern gewährleistetungspflichtig, als ein Mangel bei Vertragsabschluss schlechterdings nicht vorherschaubar war; gegebenenfalls kommen sinngemäss die Art. 169 ff. SIA-Norm 118 zur Anwendung²⁹.

c) Hinsichtlich *arglistig* verschwiegener Mängel ist der Verkäufer nach Massgabe von Art. 197 ff. OR gewährleistetungspflichtig (Art. 199 OR). Die Abtretung der Mängelrechte (oben Ziff. 2) bleibt unberührt. Belangt jedoch der Käufer anstelle des GU den Verkäufer, so steht diesem ein Recht auf Rückabtretung zu.

III. Die Gewährleistungsvariante

1. Ausgangslage

... (wie bei der Abtretungsvariante³⁰) ...

2. Garantie des Verkäufers

a) Der Verkäufer leistet dem Käufer für *Baumängel* dieselbe Garantie, wie sie ihm gegenüber dem GU zusteht. Der Käufer kann also gegenüber dem Verkäufer dieselben Mängelrechte geltend machen, die der Verkäufer gegenüber dem GU geltend machen kann.

In dringlichen Fällen, insbesondere zur Wahrung von Garantie- und Verjährungsfristen (Art. 178 und 180 SIA-Norm 118), ist der Käufer ermächtigt und verpflichtet, Mängel im Namen des Verkäufers – unter An-

schulden bezeichnet wird [Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118]). Zu denken ist an den Fall, dass im Beispiel von Anm. 21 der GU den vom Verkäufer begangenen Planfehler hätte erkennen müssen.

²⁶ Im Falle einer geteilten Gewährleistung ist zwar der GU nachbesserungspflichtig, doch kann er vom Besteller verlangen, dass er sich an den Nachbesserungskosten beteiligt (Art. 170 Abs. 3 SIA-Norm 118; dazu *Peter Gauch*, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 2065).

²⁷ Ist die Gewährleistung des GU beschränkt, so ist es auch das Minderungsrecht des Verkäufers/Bestellers bzw. – im Falle einer Abtretung der Mängelrechte – des Käufers (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118). Den damit verbundenen «Minderungsausfall» hat der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen.

²⁸ Er hat also nicht dafür einzustehen, dass die Durchsetzung des Anspruchs gegen den GU an dessen fehlender Zahlungsfähigkeit scheitert (vgl. Art. 171 Abs. 2 OR).

²⁹ Art. 201 OR (Pflicht zu sofortiger Rüge) ist also wegbedungen. Ferner besteht – in Abweichung von Art. 205 OR – ein Nachbesserungsrecht. Häufig wird freilich die Nachbesserung nicht möglich sein. Alsdann steht im Regelfall nur die Minderung offen, nicht auch die Wandelung (vgl. Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118).

³⁰ Dem Käufer muss – gleich wie bei der Abtretungsvariante (Anm. 5) – das Verhältnis des Verkäufers zum GU offengelegt werden, soweit dies nötig ist, damit der Käufer seine Gewährleistungsrechte überblicken kann.

Der Verkauf des Baugrundstücks ändert an der Gewährleistungspflicht des Generalunternehmers nichts, ebenso wenig an der Gewährleistungsberechtigung des Verkäufers. Es findet also keine Legalzession der Mängelrechte an den Käufer des Grundstücks statt. Hingegen kann sich der Käufer allenfalls an den Verkäufer halten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich – mangels anderer Vereinbarung – nach Art. 197 ff. OR¹. Das bedeutet, dass K bei gegebenen Gewährleistungsvoraussetzungen mindern, eventuell auch wandeln, nicht aber die Nachbesserung verlangen kann (Art. 205 OR).

2. Das Nebeneinander von werkvertraglicher Gewährleistungsordnung gemäss SIA-Norm 118 im Verhältnis Verkäufer/Generalunternehmer und gesetzlicher kaufvertraglicher Gewährleistungsordnung im Verhältnis Verkäufer/Käufer ist der *Interessenlage von Verkäufer und Käufer nicht angemessen*².

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 schwer lösbare Probleme stellen. Schliesslich dürfte der Käufer mit der Pflicht zur sofortigen Mängelrüge (Art. 201 OR) regelmässig überfordert sein und daher seine Mängelrechte wegen zu später Rüge nicht selten verlieren.

Für den Verkäufer ist das fragliche Nebeneinander nicht weniger nachteilig. Denn hat er – wie hier unterstellt – im Werkvertrag mit dem Generalunternehmer die SIA-Norm 118 übernommen, so kann er im Gewährleistungsfall – wie gesagt – grundsätzlich nur Nachbesserung verlangen, wogegen er sich im Verhältnis zum Käufer Minderung oder allenfalls sogar Wandelung gefallen lassen muss (Art. 205 OR), falls die gesetzliche Gewährleistungsordnung nicht vertraglich modifiziert wurde. Mindert der Käufer, so kann der Verkäufer die erfolgte Kaufpreisreduktion nicht auf den Generalunternehmer abwälzen. Er kann zwar Nachbesserung verlan-

¹ Die in Deutschland herrschende Ansicht, wonach nicht eine kaufvertragliche, sondern eine werkvertragliche Gewährleistungspflicht besteht (z.B. BauR 1981 S. 571 ff.), vermochte sich in der Schweiz nicht durchzusetzen.

² S. zum Folgenden schon meine an der St. Galler Baurechtstagung 2000 gemachten Ausführungen: *Alfred Koller*, Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit, in: Koller (Hrsg.), SIA-Norm 118, Baurechtstagung 2000, St. Gallen 2000, S. 1 ff., S. 4 f.

³ Allgemein zum Verhältnis von Minderwert und Verbesserungskosten: *Alfred Koller*, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 236 ff.