

Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung

Dr. ALFRED KOLLER
Bundesgerichtssekretär, Lausanne

A moins que les parties ne l'aient exclu, l'entrepreneur a le droit de céder sa créance à un tiers, même sans l'accord du maître. Si l'acte est valable, la créance passe de l'entrepreneur au tiers. Dans l'intérêt du maître, l'entrepreneur reste cependant en partie lié. L'auteur le rappelle sommairement dans la première partie et traite plus spécialement dans la seconde des effets qu'a la cession sur les droits du maître à la garantie.

A. Ausgangslage und Problemstellung

1. Die **Abtretung der Werklohnforderung** richtet sich mangels besonderer Vorschriften des Werkvertragsrechts nach **Art. 164ff. OR** (Art. 174 OR). Sie ist weder durch Gesetz ausgeschlossen, noch steht ihr die Natur des Werkvertrags entgegen¹. Der Unternehmer kann daher seine Werklohnforderung ohne Einwilligung des Bestellers an einen Dritten (Zessionar) abtreten, sofern dies im Einzelfall nicht durch Vereinbarung (*pactum de non cedendo*) ausgeschlossen ist (Art. 164 Abs. 1 OR). Ist die Abtretung gültig, was im folgenden unterstellt wird, so hat sie den Übergang der Werklohnforderung vom Unternehmer auf den Zessionar zur Folge.

2. Im **Interesse des Bestellers** wirkt aber die alte Gläubigerschaft (des Unternehmers) noch nach, das namentlich in vierfacher Hinsicht:

- Einmal wird der Besteller *durch eine Zahlung an den Unternehmer (statt den Zessionar) befreit*, sofern er in gutem Glauben leistete und bevor ihm die Abtretung angezeigt wurde (Art. 167 OR). Macht in der Folge der Zessionar die Werklohnforderung geltend, so steht dem Besteller die Einwendung offen, bereits geleistet und dadurch die Forderung getilgt zu haben (sog. Erfüllungseinrede, s. hinten E./a.).
- Die im Zeitpunkt der Abtretung *bestehenden Einreden bleiben dem Besteller erhalten* (Art. 169 Abs. 1 OR); statt dem Unternehmer können sie nun dem Zessionar gegenüber geltend gemacht werden.

Mit «Einreden» meint Art. 169 OR nicht nur Einreden im technischen Sinne, also Rechte, «durch welche der Schuldner eine geschuldete Leistung aus besonderem Grunde verweigert»², sondern auch

Einwendungen³, also Tatsachenvorbringen, «aus denen sich ergibt, dass die Forderung nicht entstanden oder bereits erloschen ist»⁴.

Nach dem Gesagten kann der Besteller dem Zessionar gegenüber beispielsweise vorbringen, die zederte Werklohnforderung sei im Zeitpunkt der Abtretung bereits verjährt gewesen (Einrede) oder durch Erfüllung untergegangen (Einwendung).

- Aus Art. 169 Abs. 1 OR folgt eine zweite Regel, die mit der eben dargestellten verwandt ist. Sie betrifft folgenden Sachverhalt: Im Zeitpunkt der Abtretung der Werklohnforderung ist eine Einrede zwar noch nicht entstanden, immerhin aber «*im Keim*» angelegt; in dem Sinne, dass bereits der Rechtsgrund gegeben ist, aufgrund dessen durch Hinzutritt späterer Umstände die Einrede entstehen würde, wenn die Abtretung nicht erfolgt wäre. Für solche Fälle sieht Art. 169 Abs. 1 OR vor: Treten später die betreffenden Umstände ein, so entsteht die Einrede, wie wenn die Abtretung unterblieben wäre; nur richtet sie sich nicht gegen den Zedenten (den Unternehmer), sondern gegen den Zessionar⁵.

Mit Einreden sind wiederum die Einwendungen mitgemeint.

- Unter Umständen kann der Besteller eine gegen den Unternehmer bestehende Forderung mit der abgetretenen Werklohnforderung verrechnen, obwohl es infolge der Abtretung an der Gegenseitigkeit der

¹ Entscheidung des Bundesgerichts vom 11. Oktober 1983, Praxis 1984, S. 198.

² v. Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, Zürich 1974, S. 365 unten/366.

³ Das ist die allgemeine Meinung; statt vieler: Gauch/Schluemp/Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 3. Aufl., Zürich 1983, Nr. 2218; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar zu Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929, N 2 zu Art. 169 OR; Engel, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, S. 595; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, S. 515 f.

⁴ v. Tuhr/Escher, zit. in Anm. 2, S. 365.

⁵ v. Tuhr/Escher, zit. in Anm. 2, S. 366, mit weiteren Hinweisen.

Forderung und damit an einem Verrechnungserfordernis (Art. 120 Abs. 1 OR) fehlt. Die Voraussetzungen dieser *Verrechnungsmöglichkeit* ergeben sich aus Art. 169 OR und 167 OR, der freilich nur sinngemäss Anwendung findet (s. hinten E./a./2.).

3. Im folgenden soll nun nicht in allgemeiner Weise die Frage vertieft werden, inwiefern der Besteller durch die Abtretung der Werklohnforderung beziehungsweise den dadurch bewirkten Gläubigerwechsel in seiner Rechtsstellung betroffen wird. Vielmehr greife ich aus diesem Themenkreis ein Sonderproblem heraus, nämlich den **Einfluss der Abtretung der Werklohnforderung auf die Mängelrechte des Bestellers** (Wandelungs-, Minderungs-, Nachbesserungsrecht, Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens). Genauehin befasse ich mich mit folgenden beiden Fragen: Vorerst untersuche ich unter *B. bis D.*, inwieweit (falls überhaupt) die Abtretung der Werklohnforderung das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht beziehungsweise die durch Ausübung dieser Rechte bewirkte Rechtslage des Bestellers verändert. Hierauf prüfe ich *E.*, ob und gegebenenfalls inwieweit die Abtretung der Werklohnforderung das Recht des Bestellers beeinträchtigt, eine Forderung auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens mit der Werklohnforderung zu verrechnen⁶.

B. Wandelungsrecht und Wandelungseinrede: Fortbestand trotz Abtretung der Werklohnforderung

1. «Wandelung bedeutet Vertragsaufhebung»⁷. Das **Wandelungsrecht** ist demnach ein Aufhebungsrecht, ein Rücktrittsrecht: das Recht, den Werkvertrag aufzulösen. Wird es wirksam ausgeübt, erlöschen die gegenseitigen Forderungen des Bestellers beziehungsweise Unternehmers auf Lieferung des Werks beziehungsweise Bezahlung des Werklohns. Wurde bereits geleistet, so entstehen Rückforderungsansprüche (Art. 368 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 208 OR)⁸.

Macht der Unternehmer die Werklohnforderung trotz erfolgter Wandelung geltend, so steht dem Besteller die **Wandelungseinrede** zu: die Einwendung, die Forderung sei durch Wandelung untergegangen, er sei somit nicht mehr verpflichtet⁹.

2. Durch Abtretung der Werklohnforderung ändert sich am Bestand eines allfälligen Wandelungsrechts nichts. Dieses bleibt dem Besteller vielmehr erhalten, wie wenn keine Abtretung erfolgt wäre. Ebenso bleibt dem Besteller die Wandelungseinrede erhalten, wenn der Unternehmer die durch Wandelung aufgehobene Werklohnforderung abtritt. Das ist nachstehend im einzelnen auszuführen, wobei ich mit der Wandelungseinrede beginne.

a. Wandelungseinrede

Der Unternehmer, der eine durch Wandelung aufgehobene Forderung abtritt, tritt ein Nichts ab. Er vermag im Zessionar keinen Forderungserwerb zu begründen. Das ergibt sich mittelbar aus Art. 169 OR, wonach der Schuldner, wie erwähnt, dem Zessionar alle Einreden entgegenhalten kann, die bei Abtretung bereits bestanden haben. *Zu den Einreden im Sinne von Art. 169 gehört auch die Wandelungseinrede.* Der Besteller kann also dem Zessionar gegenüber einwenden, die zedirierte Forderung bestehe infolge Wandelung nicht.

Art. 169 OR macht auch zugunsten des gutgläubigen Zessionars keine Ausnahme¹⁰. Ebenso wenig kennen andere Bestimmungen einen Gutglaubensschutz des Zessionars einer bereits untergegangenen Forderung. Jedenfalls besteht ein solcher Gutglaubensschutz nicht generell, sondern nur ausnahmsweise¹¹, so etwa im Fall, da der Besteller dem Unternehmer nach Wandelung des Werkvertrags über die Werklohnforderung eine simulierte schriftliche Schuldurkunde ausstellt und der Zessionar die (scheinbare) Werklohnforderung im Vertrauen auf diese Urkunde erwirbt (Art. 18 Abs. 2 OR).

b. Wandelungsrecht

1. Die Abtretung der Werklohnforderung schadet einem allfälligen Wandelungsrecht des Bestellers, wie bereits gesagt, nicht. Dieses **bleibt** vielmehr **bestehen**, sofern – wie hier unterstellt – seine Voraussetzungen überhaupt erfüllt sind. Und zwar ist es nach wie vor dem *Unternehmer* gegenüber auszuüben¹², nicht etwa

⁶ Nicht betroffen wird durch die Abtretung der Werklohnforderung die Rügepflicht des Bestellers (Art. 367 OR): Mängel sind auch nach der Abtretung dem Unternehmer (nicht dem Zessionar) gegenüber zu rügen: *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 764; SJZ 1949, S. 323 (Rubrum), 324.

⁷ *Gauch*, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977, Nr. 415.

⁸ *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 416 f.; *ders.*, BR 1984, S. 23 f.

⁹ v. *Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 2 Lieferungen, Zürich 1974 und 1979, S. 28, und v. *Tuhr/Escher*, zit. in Anm. 2, S. 366, sind offenbar der Auffassung, die Wandelung begründe eine Einrede im technischen Sinn, nicht eine Einwendung.

¹⁰ *Oser/Schönenberger*, zit. in Anm. 3, N 1 zu Art. 169 OR; *Engel*, zit. in Anm. 3, S. 595.

¹¹ Zu beachten sind insbesondere die Vorschriften des Wertpapierrechts (vgl. *Oser/Schönenberger*, zit. in Anm. 3, N 1 zu Art. 169 OR).

¹² Kann der Besteller die Wandelungserklärung aus tatsächlichen Gründen nicht abgeben (z.B. wegen unbekanntem Aufenthalts des Unternehmers), so ist ihm wohl dem Zessionar gegenüber eine aufschiebende Einrede (im technischen Sinn) zu gewähren. Vgl. in diesem Zusammenhang die herrschende deutsche Meinung, welche dem Schuldner ganz allgemein bei Nichtausübbarkeit von rechtsvernichtenden Gestaltungsrechten entsprechende Einreden zubilligt (z.B. *Roth* im Münchener Kommentar, Band II §§ 242–432), München 1979, N 8 zu § 404 BGB, mit Hinweisen). Weitergehend *Neumann-Duesberg*, NJW 1971, S. 271 f., der «aus Praktikabilitätsgründen» dem Schuldner generell die Möglichkeit geben will, ein Rücktrittsrecht dem Zessionar gegenüber zu erklären; Kritik dieser Auffassung bei *Pick*, AcP 1972, S. 39 ff.

dem Zessionar oder dem Zessionar und dem Unternehmer gegenüber. Das scheint weitgehend anerkannt, wenn es auch nicht immer mit hinreichender Deutlichkeit gesagt wird¹³. Zum Teil wird sogar der Eindruck erweckt, das Wandelungsrecht sei nach Abtretung der Werklohnforderung dem Zessionar gegenüber auszuüben. Irreführend in diesem Sinne das Bundesgericht in *BGE 109 II 216*, wo es festhält, der Begriff «Einreden» im Sinne von Art. 169 OR umfasse auch Gewährleistungsansprüche¹⁴, somit auch das Wandelungsrecht. Irreführend ist dies deshalb, weil die «Einreden» des Art. 169 OR nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung «gegen den Erwerber», den Zessionar, geltend zu machen sind, aus *BGE 109 II 216* also geschlossen werden könnte, das Wandelungsrecht sei dem Zessionar gegenüber auszuüben. Diese Bedeutung darf nun aber dem Entscheid nicht beigegeben werden, da es in casu gar nicht um die Frage ging, wem gegenüber Gewährleistungsansprüche (nach Abtretung der Werklohnforderung) geltend zu machen sind.

Mit dem Gesagten ist auch festgestellt, dass sich nicht aus Art. 169 OR herleiten lässt, nach Abtretung der Werklohnforderung sei die Wandelung dem *Zedenten* (Unternehmer) gegenüber zu erklären. Das folgt vielmehr daraus, dass durch die Abtretung der Werklohnforderung das Werkvertragsverhältnis als solches (selbstverständlich) nicht verändert wird, woraus sich ergibt, dass alle Bestandteile des Vertragsverhältnisses ausser der Werklohnforderung (und den von der Abtretung ebenfalls betroffenen Vorzugs- und Nebenrechten, Art. 170 Abs. 1 OR) unverändert bleiben, so auch das Wandelungsrecht des Bestellers¹⁵.

2. Erklärt der Besteller nach Abtretung der Werklohnforderung (dem Unternehmer gegenüber) die Wandelung, so **fällt die Werklohnforderung dahin**. Macht nun der Zessionar die Forderung geltend, so kann ihm der Besteller die erfolgte Wandelung entgegenhalten (Wandelungseinrede) und gestützt hierauf die Leistung verweigern. Das folgt aus Art. 169 OR: Die Wandelungseinrede war zwar im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht entstanden, immerhin aber «im Keim» vorhanden, so dass sie durch Ausübung des Wandelungsrechts zur Entstehung gelangt (vgl. vorne A./2.). Es verhält sich im Ergebnis nicht anders, als wenn die Wandelung bereits vor Abtretung der Werklohnforderung erklärt worden wäre (s. dazu B./a.).

3. Vorstehend 2. ging ich davon aus, die Werklohnforderung habe im Zeitpunkt der Wandelungserklärung noch bestanden. Nachstehend bleibt der Sachverhalt zu behandeln, da die Werklohnforderung durch Zahlung des Werklohnes an den Unternehmer beziehungsweise den Zessionar **bereits erloschen** war.

Keine Probleme bietet der Fall, da der Besteller den Werklohn dem *Unternehmer* bezahlt hatte¹⁶. Alsdann kann der Besteller nach Ausübung des Wandelungsrechts in gleicher Weise nach Art. 368 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 208 OR vorgehen, wie wenn keine Abtretung erfolgt wäre (vgl. B., vor a., Ziff. 1). Er kann also den Unternehmer nach diesen Bestimmungen auf Rückzahlung des Werklohns nebst Zinsen belangen¹⁷. Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn der Besteller den Werklohn dem *Zessionar* bezahlt hatte. Für diesen Fall ist meines Erachtens aus dem Grundgedanken des Art. 169 OR, wonach der Schuldner durch die Abtretung der gegen ihn bestehenden Forderung keinen Nachteil erleiden soll, zu schliessen, dass der Besteller den Unternehmer ganz ebenso nach Art. 368/208 OR belangen können muss, wie wenn er den Werklohn nicht dem Zessionar, sondern dem Unternehmer bezahlt hätte. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Besteller, statt nach den erwähnten Bestimmungen gegen den Unternehmer vorzugehen, die Möglichkeit hat, den Zessionar aus ungerechtfertigter Bereicherung zu belangen¹⁸ und vom Unternehmer nach Art. 368/208 OR nur den Betrag einzufordern, der beim Zessionar nicht erhältlich ist. Meines Erachtens ist die Frage zu vereinen¹⁹. Denn könnte der Besteller in der umschriebenen Weise sowohl Zessionar als auch Unternehmer belangen, so wäre er besser gestellt, als wenn keine Abtretung stattgefunden und er den Werklohn dem Unternehmer bezahlt hätte. Eine solche Besserstellung liegt aber ebensovienig im Sinne des Gesetzes wie eine durch die Abtretung bewirkte Schlechterstellung.

¹⁶ Durch Zahlung an den Unternehmer kann die Werklohnforderung auf zweierlei Weise erloschen sein: Entweder die Zahlung erfolgte vor der Abtretung der Werklohnforderung, oder sie erfolgte nachher, aber die Voraussetzungen des Art. 167 OR (dazu hinten E./a./1. und 3., vorne A./2.) waren gegeben.

¹⁷ Genaueres siehe bei *Giger*, Berner Kommentar zu Art. 184–215 OR, Bern 1972/74/79, N 25 ff., zu Art. 208 OR.

¹⁸ Ein anderer als ein Bereicherungsanspruch fällt wohl zum vor herein ausser Betracht. Die Vindikation deshalb, weil die Wandelung nach richtiger Auffassung nicht die Rechtslage herstellt, wie sie vor Abschluss des Werkvertrags bestand (vgl. *Piotet*, BR 1984, S. 11 f.). Ein vertraglicher Rückforderungsanspruch, wie er bei Wandelung im Verhältnis des Bestellers zum Unternehmer besteht (*Piotet*, a. a. O., S. 12), scheidet daran, dass zwischen Zessionar und Besteller nie Vertragsbeziehungen bestanden haben.

¹⁹ Vgl. demgegenüber *Giger*, zit. in Anm. 17, N 29 zu Art. 208 OR, für die entsprechende Problematik bei Abtretung der Kaufpreisforderung. – *Giger* geht im übrigen – entgegen dem in Anm. 18 Gesagten – davon aus, die Wandelung richte sich auf Herstellung des Rechtszustandes, wie er vor Vertragsabschluss bestand. Ist man aber dieser Auffassung, so müsste man dem Besteller dem Zessionar gegenüber einen Vindikationsanspruch geben und den Bereicherungsanspruch auf jene Fälle beschränken, in denen die Vindikation infolge Vermischung des Werklohns mit dem übrigen Vermögen des Zessionars nicht mehr möglich ist (vgl. *Piotet*, BR 1984, S. 11).

¹³ Z. B. v. *Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 328; *Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, S. 240.

¹⁴ In casu ging es um kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche.

¹⁵ Vgl. v. *Büren*, zit. in Anm. 13, S. 328.

C. Minderungsrecht und Minderungseinrede: Fortbestand trotz Abtretung der Werklohnforderung

1. Das **Minderungsrecht** ist wie das Wandelungsrecht ein Gestaltungsrecht. Seine wirksame Ausübung führt aber nicht zur Aufhebung des Werkvertrags, sondern bloss zur Herabsetzung des Werklohns. Hat der Besteller vor Ausübung des Minderungsrechts mehr geleistet, als der herabgesetzte Betrag ausmacht, «so erhält er durch die Minderungserklärung ein Recht auf Rückzahlung des geleisteten Mehrbetrages»²⁰.

Hat der Besteller von seinem Minderungsrecht Gebrauch gemacht, verlangt der Unternehmer in der Folge aber trotzdem mehr als den durch die Minderung herabgesetzten Werklohn, so steht dem Besteller die **Minderungseinrede** zu: die Einwendung, die Werklohnforderung sei durch die Minderungserklärung herabgesetzt und er habe nicht mehr als den herabgesetzten Betrag zu leisten.

2. Minderungsrecht und Minderungseinrede werden durch die Abtretung der Werklohnforderung nicht berührt. Es gilt Analoges wie in bezug auf Wandelungsrecht und Wandelungseinrede. Die nachfolgenden Ausführungen können daher kurz gehalten werden:

a. Minderungseinrede

Tritt der Unternehmer die Werklohnforderung nach Ausübung des Minderungsrechts ab, so geht die Forderung in reduziertem Umfang auf den Zessionar über. Verlangt der Zessionar mehr als den herabgesetzten Betrag, so kann sich der Besteller mit der Minderungseinrede behelfen. Dieses Recht steht dem Besteller auch gegenüber dem gutgläubigen Zessionar zu (vgl. B./a.).

b. Minderungsrecht

1. Die Abtretung der Werklohnforderung hebt das Minderungsrecht des Bestellers nicht auf. Dieses bleibt vielmehr bestehen, und zwar ist es nach wie vor dem Unternehmer gegenüber auszuüben (vgl. B./b./1.).

2. Die Ausübung des Minderungsrechts (nach Abtretung der Werklohnforderung) verschafft dem Besteller dem Zessionar gegenüber die Minderungseinrede (vgl. B./b./2.).

3. Hat der Besteller vor Ausübung des Minderungsrechts mehr bezahlt, als er nach dessen Ausübung hätte bezahlen müssen, so kann er den zuviel geleisteten Betrag zurückverlangen. Dieses Recht richtet sich gegen den Unternehmer, und das auch dann, wenn der Besteller den Werklohn dem Zessionar bezahlt hatte. Von diesem hat der Besteller nichts zu fordern (vgl. B./b./3.).

D. Nachbesserungsrecht, Einrede und Einwendung des nicht erfüllten Vertrags: Fortbestand trotz Abtretung der Werklohnforderung

1. Auch das **Nachbesserungsrecht** ist nach zutreffender Auffassung²¹ ein Gestaltungsrecht. Übt es der Besteller aus, so entsteht gegenüber dem Unternehmer eine Nachbesserungsforderung. Die vom Unternehmer geschuldete Nachbesserung steht im Austauschverhältnis mit dem vom Besteller geschuldeten Werklohn. Der Besteller ist daher, sofern nicht vorleistungspflichtig, nach Art. 82 OR berechtigt, den Werklohn zurückzubehalten, bis der Mangel beseitigt und die Nachbesserung geleistet ist (BGE 98 II 235); dies freilich nur insoweit, als sich die Zurückbehaltung nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) rechtfertigt, um den Nachbesserungsanspruch sicherzustellen²².

Das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR ist durch **Einrede (des nicht erfüllten Vertrags)** dem Unternehmer gegenüber geltend zu machen. Die Einredeerhebung bewirkt, dass der Unternehmer den restlichen Werklohn nicht verlangen kann, bevor er nachgebessert hat. Fordert er ihn vorher ein, so kann der Besteller einwenden, die Forderung sei nicht fällig (**Einwendung des nicht erfüllten Vertrags**), ohne dass er erneut die Einrede nach Art. 82 OR erheben müsste. Das Gesagte ist namentlich mit Rücksicht auf den *Prozessfall* von Bedeutung: Ist die Tatsache der Einredeerhebung verfahrenskonform vorgebracht, so darf der Richter den Anspruch auf den restlichen Werklohn nur gutheissen, wenn die Nachbesserung bewiesen oder unbestritten ist²³. Dem Richter ist verwehrt, vom Besteller nochmals die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu verlangen und für den Fall, dass die Einrede nicht erhoben wird, den Anspruch auf den restlichen Werklohn auch ohne Feststellung der Nachbesserung gutzuheissen²⁴.

2. Tritt der Unternehmer die Forderung auf den restlichen Werklohn ab, so werden dadurch, wie nun zu zeigen ist, Nachbesserungsrecht, Einrede und Einwendung des nicht erfüllten Vertrags kaum berührt.

a. Die Einwendung des nicht erfüllten Vertrags

Erfolgt die Abtretung, *nachdem der Besteller das Nachbesserungsrecht ausgeübt und die dadurch entstandene Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben hat*, so kann der Zessionar den restlichen Werklohn nicht verlangen, solange der Unternehmer nicht nachgebessert hat. Im Prozessfall kann der Besteller diese Rechtslage durch Einwendung geltend machen, ohne nochmals die besagte Einrede erheben zu müssen.

²¹ *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 526 f.; *ders.*, BR 1984, S. 24.

²² Zum Vorstehenden: *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 914 ff.

²³ Im Bereich der Verhandlungsmaxime muss sie überdies prozesskonform behauptet worden sein.

²⁴ Das wäre bundesrechtswidrig (vgl. *Wiget*, Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980, S. 62).

²⁰ *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 463; *ders.*, BR 1984, S. 24.

b. Einrede des nicht erfüllten Vertrags und Nachbesserungsrecht

1. Erfolgt die Abtretung, nachdem der Besteller das Nachbesserungsrecht ausgeübt, aber noch bevor er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben hat, so bleibt diese (durch Ausübung des Nachbesserungsrechts entstandene) Einrede bestehen; sie ist nun aber dem Zessionar statt dem Unternehmer gegenüber geltend zu machen (Art. 169 OR).

2. Erfolgt die Abtretung, bevor der Besteller das Nachbesserungsrecht ausgeübt hat, so bleibt dieses bestehen. Und zwar ist es nach wie vor dem Unternehmer gegenüber auszuüben (vgl. B./b./1.). Übt es der Besteller aus, so entsteht zu seinen Gunsten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Denn diese hat ihren Rechtsgrund im Schuldverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller, sie war daher im Zeitpunkt der Abtretung bereits «im Keim» vorhanden, was nach Art. 169 OR genügt, damit sie später durch Ausübung des Nachbesserungsrechts zur Entstehung gelangt. Sie ist allerdings – anders als das Nachbesserungsrecht – nicht dem Unternehmer, sondern dem Zessionar gegenüber geltend zu machen, was sich wiederum aus Art. 169 OR ergibt.

E. Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens: Verrechenbarkeit mit der abgetretenen Werklohnforderung?

Art. 368 OR gibt dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werks ein *Recht auf Ersatz des sogenannten Mangelfolgeschadens*²⁵. Dieses Recht ist kein Gestaltungsrecht wie die übrigen Mängelrechte, sondern eine *Forderung*. Schuldner ist der Unternehmer.

Werklohnforderung und Forderung auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens sind unter den Voraussetzungen der Art. 120ff. OR verrechenbar. Art. 120 Abs. 1 OR macht die Verrechnungsmöglichkeit von der Gegenseitigkeit der beiden Forderungen abhängig. Daran fehlt es, wenn der Unternehmer die Werklohnforderung abgetreten hat. Die durch Art. 120 Abs. 1 OR ausgeschlossene Verrechenbarkeit wird nun allerdings durch Art. 167 OR und 169 OR weitgehend wiederhergestellt. Von der Verrechnung nach diesen beiden Bestimmungen ist nachstehend unter *a.* und *b.* die Rede.

Vorab sei jedoch auf den Fall hingewiesen, da der Besteller bereits vor Abtretung der Werklohnforderung durch den Unternehmer diesem gegenüber die Verrechnung mit seiner Forderung auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens erklärt hat. Ist die Verrechnung nach Art. 120ff. OR gültig, so ist die Werklohnforderung untergegangen²⁶. Tritt der Unternehmer die untergegangene Forderung ab, so tritt er ein Nichts ab.

Wird der Besteller in der Folge vom Zessionar auf Zahlung des Werklohns belangt, so steht ihm die Einwendung offen, die Werklohnforderung sei durch Verrechnung untergegangen, er schulde daher nichts mehr (Art. 169 OR). Es verhält sich entsprechend wie im Fall, da der Unternehmer eine durch Wandelung untergegangene Werklohnforderung abtritt (dazu B./a.).

a. Verrechnung nach Art. 167 OR

1. Art. 167 OR betrifft in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich den Fall, da der Schuldner einer abgetretenen Forderung an den Zedenten statt den Zessionar *zahlt*. Eine solche Zahlung an einen Nichtgläubiger wirkt grundsätzlich nicht befreiend. Eine Ausnahme gilt nach der besagten Bestimmung dann, wenn die Zahlung 1. in berechtigtem gutem Glauben erfolgte und 2. bevor die Abtretung dem Schuldner angezeigt war. Bei Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen erlischt die Schuld, und zwar *ex lege*: ohne dass dem Schuldner die Wahl zusteht, sich für oder gegen die Schuldtilgung zu entscheiden²⁷ (s. schon vorne unter A.).

2. Einer Zahlung an den Zedenten sind *andere Befreiungshandlungen des Schuldners gleichgestellt*, so namentlich eine *Verrechnungserklärung*²⁸: Besitzt der Schuldner gegen den Zedenten eine Forderung, die er mit der an den Zessionar abgetretenen Forderung zur Verrechnung bringt, so findet Art. 167 OR analoge Anwendung. Die Verrechnung ist demnach gültig, sofern die erwähnten beiden Voraussetzungen des Art. 167 OR und – abgesehen von der Gegenseitigkeit der Forderungen – die allgemeinen Verrechnungsvoraussetzungen der Art. 120ff. OR erfüllt sind. Durch die Verrechnungserklärung erlischt die abgetretene Forderung; das freilich nur in Höhe der zur Verrechnung gestellten Forderung des Schuldners.

3. Mangels besonderer Vorschriften des Werkvertragsrechts findet Art. 167 OR auch auf werkvertragliche Ansprüche Anwendung. Das eben unter Ziffer 2 Gesagte gilt demnach auch, wenn der Besteller eine Forderung auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens mit der abgetretenen Werklohnforderung zur Verrechnung bringt. Nachzutragen bleiben Einzelheiten zu den **Voraussetzungen des Art. 167 OR**:

– Der Besteller muss, um dem Zedenten (Unternehmer) gegenüber verrechnen zu können, in berechtigtem gutem Glauben sein. Das ist er dann, wenn er darauf *vertraut, der Unternehmer sei nach wie vor Gläubiger* der Werklohnforderung²⁹, und wenn die-

²⁵ Zum Begriff des Mangelfolgeschadens s. *Gauch*, zit. in Anm. 7, Nr. 602 ff.

²⁶ Das freilich nur in Höhe der Schadenersatzforderung.

²⁷ Abweichend *Becker*, Berner Kommentar zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, Nachdruck 1974, N 1 zu Art. 167 OR.

²⁸ Z. B. *Gauch/Schluemp/Jäggi*, zit. in Anm. 3, Nr. 2225; *Oser/Schönenberger*, zit. in Anm. 3, N 2 zu Art. 167 OR; *Becker*, zit. in Anm. 27, N 3 zu Art. 167 OR.

²⁹ Vgl. *Alati*, La cession des créances en droit suisse, Diss. Genf 1966, S. 107 unten.

ses Vertrauen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt ist.

- Ferner setzt die Verrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Unternehmer voraus, dass noch keine Abtretungsanzeige erfolgt ist.

Unter einer Abtretungsanzeige ist, wie der Name sagt, eine Mitteilung zu verstehen, welche auf die erfolgte Abtretung schliessen lässt. Ob dies zutrifft, bestimmt sich nach *Vertrauensprinzip*³⁰. Keine Abtretungsanzeige stellt eine Mitteilung dar, worin der debitor cessus, vorliegend der Besteller, ohne Hinweis auf die Abtretung angewiesen wird, an den Zessionar zu leisten. Eine solche Mitteilung ist einer Abtretungsanzeige auch nicht gleichzustellen. Nach Art. 167 OR ist sie vielmehr nur insoweit erheblich, als sie den guten Glauben des debitor cessus zerstört oder nach Art. 3 Abs. 2 ZGB zerstören müsste.

Ob eine Abtretungsanzeige als erfolgt anzusehen ist, bestimmt sich nach den Regeln über das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, die entsprechend heranzuziehen sind. Eine schriftliche Abtretungsanzeige ist demnach als erfolgt anzusehen, sobald sie dem debitor cessus *zugegangen* ist³¹; bei nicht schriftlichen Abtretungsanzeigen sind die Zugangsregeln sinngemäss anzuwenden.

³⁰ Vgl. v. Tuhr/Peter, zit. in Anm. 9, S. 176f., Text und Anm. 25 und 30.

³¹ Z. B. SJZ 1954, S. 163; v. Tuhr/Escher, zit. in Anm. 2, S. 359.

b. Verrechnung nach Art. 169 OR

Sind die Voraussetzungen des Art. 167 OR nicht gegeben, zum Beispiel weil die Abtretung der Werklohnforderung dem Besteller angezeigt wurde, so kann dieser seine Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens nicht durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer zur Verrechnung bringen. Hingegen hat er regelmässig die Möglichkeit, gestützt auf Art. 169 OR dem Zessionar gegenüber die Verrechnung zu erklären³², sofern – abgesehen von der Gegenseitigkeit der Forderungen – die allgemeinen Verrechnungsvoraussetzungen der Art. 120ff. OR erfüllt sind und namentlich die zur Verrechnung gestellte Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens fällig ist. Nach Art. 169 OR ist Verrechnung nur dann ausgeschlossen, wenn die Schadenersatzforderung des Bestellers nach der Werklohnforderung und zudem nach Kenntnisnahme von der Abtretung fällig geworden ist³³. Dem Gesagten zufolge kann der Besteller sowohl dann verrechnen, wenn seine Schadenersatzforderung vor der Werklohnforderung fällig wurde, als auch dann, wenn sie zwar später fällig wurde, aber noch bevor er von der Abtretung Kenntnis erhielt.

³² Vgl. SJZ 1957, S. 201 f., wo es allerdings nicht um einen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ging, sondern um einen Schadenersatzanspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR.

³³ Zur gesetzgeberischen Erwägung, die dem Verrechnungsauschluss zugrundeliegt, vgl. v. Tuhr/Escher, zit. in Anm. 2, S. 368.

AISUF FREIBURG

Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg

Herausgegeben von PETER GAUCH

Band 54

HUBERT BUGNON

L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles

1982. IX - 162 pages, Fr. 45.-

Ein Buch über die Innenverhältnisse bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. Der Verfasser legt eine systematische Darstellung der Regressklage vor. Darin werden insbesondere so wichtige Fragen wie die Auslegung des Art. 51 OR, das sogenannte Quotenvorrecht des Geschädigten und die Verjährung der Regressforderung behandelt.

Zu beziehen durch Ihren Buchhändler oder durch / En vente chez votre libraire ou au

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG

Pérolles 42, 1700 Freiburg / Telefon (037) 24 68 12