

Une empreinte sur le Code civil

Mélanges en l'honneur
de Paul-Henri Steinauer

Edités par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg



W. H. v.

Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg

par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-2968-8
ISBN Judocu 978-3-0354-1032-7



© Stämpfli Editions SA Bern

Wie sag ich's dem Käufer?

Notarielle Rechtsbelehrung im Selbstversuch

HUBERT STÖCKLI¹

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt	827
II.	Rechtsbelehrungspflicht	829
III.	Selbstversuch	832
	1. «Soweit gesetzlich zulässig, wird die Haftung des Verkäufers für Sachmängel wegbedungen.»	832
	2. «Der Verkäufer tritt dem Käufer sämtliche Mängelrechte gegen die vom Verkäufer beigezogenen Werkunternehmer ab.»	833
IV.	Schluss und Widmung	836

I. Ausgangspunkt

1. Wir schreiben das Jahr 2013. Wer vom gegenwärtig sehr tiefen Zinsniveau profitieren will und zudem glaubt, einen Beitrag zur Steigerung der Eigentumsquote in der Schweiz² leisten zu müssen, kauft jetzt eine Eigentumswohnung, vielleicht erst noch ab Plan, so dass die Eigentumswohnung erst noch zu bauen ist. Gänzlich unerheblich ist, dass es im Rechtssinne gar keine Eigentumswohnungen gibt, die man bauen lassen oder kaufen könnte, sondern man vielmehr einen «Miteigentumsanteil an einem Grundstück [ersteht], der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen» (Art. 712a Abs. 1 ZGB).³ Also nicht Eigentumswohnung, sondern Stockwerkeigentum, was aber nichts daran ändert, dass unser Käufer die «Teile eines Gebäudes», an denen er sonderberechtigt ist, bezieht und sich vielleicht sogar behaglich in ihnen einrichtet. Bis die Mängel kommen. Womöglich funktioniert die Bodenheizung

¹ Frau MLaw LISA AESCHIMANN und Herrn Rechtsanwalt ROGER BIERI, wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg, danke ich herzlich für ihre Hilfe bei der Bereinigung meines Textes.

² «Ende 2010 lebten in der Schweiz 36,8 Prozent der Haushalte in ihrer eigenen Wohnung Die Anzahl Wohnungen im Stockwerkeigentum ... ist zwischen 2000 und 2010 von 237'700 auf 373'5000 angestiegen» (aus einer Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 28. März 2013).

³ Zu dieser Legaldefinition siehe – aus gegebenem Anlass – einzig und ausschliesslich PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, 5. Auflage, 2012, Rz. 1122 ff.

nicht. Sind die Fenster nicht dicht. Tritt Feuchtigkeit auf und Pilz. Rinnt das Dach. Lösen sich im Badezimmer die Fliesen. Stottert der Aufzug. Bis es dem Käufer einfach zu viel wird und er sich auf seine Rechte besinnt. Schliesslich hat der Verkäufer, denkt sich unser Käufer, für diese Mängel einzustehen und sie zu beseitigen. Wollen wir ihn in diesem Glauben lassen – oder ihn darüber aufklären, dass es sich nicht immer, aber immer noch zu oft so verhält, dass der Verkäufer seine Haftung ablehnen wird? So eben dann, wenn er – der Verkäufer – den Notar oder die Notarin – die Notarsperson? – in den Vertrag schreiben liess, dass seine «Haftung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen wegbedungen»⁴ wird. Was der Käufer, in Gedanken schon beim Umzug und Einrichten seiner Wohnung, zwar nicht versteht, aber doch unterschreibt, nachdem die Notarin ihn (die Kaufsperson) gesondert auf diese Klausel aufmerksam gemacht und ihn über deren Tragweite aufgeklärt hat, wie der Kaufvertrag ausdrücklich festhält. Alles halb so schlimm, sagt sich der Käufer – und hat ihm womöglich auch die Notarin erklärt –, denn die Haftung des Verkäufers wurde zwar wegbedungen, doch kriegte der Käufer ja die Mängelrechte abgetreten, die dem Verkäufer gegen jene Unternehmer zustanden, die das Gebäude erstellt hatten.

2. Vor einiger Zeit schon hatte ich dieses Thema aufgegriffen, genauer: in meinem Beitrag zur Schweizerischen Baurechtstagung 2009 in Freiburg.⁵ Dort liess ich mich über «Stockwerkeigentum ab Plan» aus, nachdem ich zahlreiche Kauf-/Werkverträge studiert hatte, die allesamt durch die Hände von Notaren und Notarinnen gegangen waren. Noch stärker als damals bin ich heute davon überzeugt, dass dieses verbreitete Vertragsmodell so unangemessen einseitig zulasten der Käufer wirkt, dass es jetzt rechtlicher Korrektur bedarf. Ich meine, dass der neue Art. 8 UWG einen Hebel bietet. Dieser Bestimmung zufolge ist die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unlauter und widerrechtlich, wenn diese AGB «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen». Alles ist da: Der Verkäufer, der für Mängel nicht haftet und trotzdem den ganzen Kauf-/Werkpreis beansprucht, und ein Käufer, der im Sinne der Bestimmung als Konsument gilt.⁶ Angezweifelt wird dann allerdings, dass Verträge, um die es

⁴ Verschiedenste Spielarten sind möglich, der Kern aber bleibt: Grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 Abs. 1 OR) und Arglist (Art. 199 OR) vorbehalten, wirft der Verkäufer seine Haftung ab.

⁵ HUBERT STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, 2009, S. 1 ff. Und weil das Thema mir am Herzen liegt und mich zur Wiederholungstat drängte, neuerdings HUBERT STÖCKLI, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, 2013, S. 171 ff.

⁶ Dazu HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR/DC 2011, S. 184 ff.

mir hier geht, überhaupt AGB enthalten könnten, da sie ja öffentlich beurkundet und damit notwendigerweise unter der Aufsicht einer Notarin abgeschlossen würden. Ich selber halte dieses Argument nicht für stichhaltig, wo sich die Klausel, mit der die Haftung wegbedungen und die Mängelrechte abgetreten werden, auf entsprechende Einflussnahme durch den Verkäufer zurückverfolgen lässt. Dass eine Notarin an der Vertragsgestaltung mitwirkt und den Vertrag öffentlich beurkundet, ändert am AGB-Charakter der Klausel nichts. Dabei habe ich stets den Fall vor Augen, in dem mehrere «Eigentumswohnungen» mittels Verträgen veräussert werden, die zumindest mit Bezug auf die Kombination von Haftungsfreizeichnung und Abtretung von Mängelrechten inhaltlich gleich lauten, also identisch sind. Ich sehe kaum einen Grund, daran Zweifel zu hegen. Das soll mich hier denn auch nicht weiter beschäftigen. Was mich umtreibt, ist die Frage, worauf eine Notarin einen Käufer aufmerksam zu machen hätte, um ihrer Rechtsbelehrungspflicht nachzukommen. Die Frage ist wichtig, weil die Rechtsbelehrung zu jenen Elementen gehört, die den Wert der notariellen Tätigkeit erst ausmachen und es rechtfertigen mögen, dass sich bestimmte Verträge überhaupt nur unter Mitwirkung einer Notarin gültig abschliessen lassen (vgl. z.B. Art. 216 OR). Bloss um der Registersicherheit Willen⁷ braucht es diesen kostenträchtigen Zwischenschritt nicht. Die Rechtsbelehrung ist also ein zentrales Element des Notariats. Ein Wort zu ihren Grundlagen, dann aber weiter zum Selbstversuch.

II. Rechtsbelehrungspflicht

1. Der Mindestgehalt der Rechtsbelehrungspflicht erschliesst sich aus ungeschriebenem Bundesrecht⁸ (grundlegend BGE 90 II 280 E. 5), das die öffentliche Beurkundung vorschreibt und mit diesem Formerfordernis und der damit einhergehenden Umständlichkeit⁹ die Parteien (unter anderem) dazu bringen will, ihren Geschäftswillen fehlerfrei zu bilden.¹⁰ Geschriebenes Recht findet sich zur Rechtsbelehrungspflicht in den kantonalen Notariatsgesetzen,

⁷ Dazu etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 3. Auflage, 1964, N. 4 zu Art. 657 ZGB.

⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Änderung betreffend öffentliche Beurkundung, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, Dezember 2012, S. 3 f.

⁹ So MEIER-HAYOZ (Fn. 7), N. 2 zu Art. 657 ZGB.

¹⁰ Eingehend JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, 1988, Rz. 171 ff.; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2005, Rz. 36 und 212; DERSELBE, Présentation générale du sujet, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, 2006, S. 46 f.; RUTH ARNET, «Form folgt Funktion», Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 2013, S. 404 ff. («Ermöglichung der autonomen Selbstbindung»); zur Bedeutung bundesrechtlicher Erfordernisse vgl. auch PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Traité de droit privé suisse, Tome II, 2009, Rz. 729.

etwa jenem des Kantons Freiburg (SGF 261.1), wo es in Art. 25 Abs. 1 dazu heisst:

«Der Notar hat die Parteien über ihre Rechte und Pflichten, wie auch über die Tragweite ihrer Entschlüsse aufzuklären.»

«Le notaire doit informer les parties de leurs droits, de leurs obligations et de la portée de leurs décisions.»

Womöglich künftiges Recht findet sich im Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz zu einer «Änderung betreffend öffentliche Beurkundung»¹¹, der einen neuen Art. 55e SchlT ZGB vorsieht. Die vorgeschlagene Bestimmung gilt der Rechtsbelehrungspflicht und regelt dazu: «Die Urkundsperson belehrt die Urkundsparteien über Form, Inhalt und rechtliche Wirkungen der Urkunde.»¹² Im Vorbeigehen sei bemerkt, dass Art. 55e so, wie er im Vorentwurf figuriert, keinen Fort-, sondern einen Rückschritt bringt, indem er die Rechtsbelehrungspflicht auf die «rechtlichen Wirkungen der Urkunde» fokussiert, während etwa das Freiburger Recht weiter geht und verlangt, dass den Parteien die «portée de leurs décisions» vor Augen geführt wird.

2. Sinn und Zweck der Rechtsbelehrungspflicht der Notarin liegt darin, die «Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen zu bewahren und dafür zu sorgen, dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtungen erkennen» (BGE 90 II 281 E. 6). Damit die Belehrung wirkt, lässt sich die Pflicht nicht schon dadurch erfüllen, dass den Parteien der zu beurkundende Vertragstext vorgelesen wird. Erforderlich ist vielmehr, dass die Notarin den Parteien erläutert, welche Bedeutung der Text, der ihnen vorliegt, hat. Eine gewaltige Aufgabe, nicht nur bei komplexeren Geschäften. Aber dort erst recht. Und der Kauf von Stockwerkeigentum wird komplex geregelt, wenn man sich die Verträge anschaut, die zu diesem Zweck angefertigt werden. Die Urkundsperson habe sicherzustellen, «dass den Erklärenden die rechtliche Bedeutung der in der Urkunde verwendeten Begriffe in ihren wesentlichen Aspekten bewusst wird», schreibt BRÜCKNER; dabei könne es allerdings «nur um ein elementares, laienhaftes Verständnis, nicht um ein exaktes Rechtsverständnis gehen, wie es dem ausgebildeten Juristen eigen» sei.¹³ Das ist nicht gerade viel verlangt, doch ist viel mehr womöglich auch gar nicht möglich. Sicher ist, dass von den Parteien erwartet werden darf «qu'elles fassent preuve d'une certaine diligence»¹⁴. Verletzt die Notarin ihre Pflicht, macht sie sich unter Umständen

¹¹ Bundesamt für Justiz (Fn. 8).

¹² Vorentwurf vom Dezember 2012 (Fn. 8).

¹³ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rz. 1744.

¹⁴ MOOSER, Le droit notarial (Fn. 10), Rz. 223.

haftbar.¹⁵ Entsprechende Haftungsfälle habe ich allerdings nicht gefunden, was damit zu tun haben mag, dass die Notare ihrer Rechtsbelegungspflicht stets nachleben, oder damit, dass sich die Verletzung dieser Pflicht schwerlich beweisen lässt. Was letzteres Problem angeht, so ist es Ausfluss der Meinung, dass die Beweislast für die Pflichtverletzung beim Käufer liegt, der geltend macht, er sei nicht ausreichend belehrt worden.¹⁶ Allerdings liesse sich auch überlegen, ob nicht die Notarin nachzuweisen hat, dass sie ihre Rechtsbelegungspflicht erfüllt hat, da sie nur unter dieser Voraussetzung überhaupt eine öffentliche Urkunde anfertigen darf. Ähnlich verfährt man in der Arzthaftung, wo man den Ärztinnen und Ärzten den Nachweis für die Eingriffsaufklärung und die Einwilligung durch den Patienten – dessen «consentement éclairé» (BGE 134 II 239) – überbindet, da Aufklärung und Einwilligung im Grundsatz eine Vorbedingung für die Rechtmässigkeit des medizinischen Eingriffs sind (BGE 133 III 129 E. 4.1.3).¹⁷ Diese Aufklärungspflicht bezieht sich (bei den Ärzten und Ärztinnen) auch auf wirtschaftliche Gesichtspunkte (vgl. BGE 119 II 458 E. 2a), weshalb sich der Idee, diese Regeln auch im Notariat anzusiedeln, jedenfalls nicht mit dem Argument begegnen liesse, es gehe bei ärztlichen Eingriffen – anders als bei öffentlichen Urkunden – um die körperliche Integrität und damit um ein besonders hohes Rechtsgut. Immerhin wäre all dies mit einer weiteren Anleihe aus dem Arzthaftungsrecht zu kombinieren, wo die Aufklärungspflicht gänzlich entfallen kann «s'il ressort des circonstances de l'espèce que le patient est déjà renseigné ou est censé l'être (par exemple s'il est lui-même médecin), ou encore s'il donne son accord au traitement proposé en renonçant expressément ou par une attitude sans équivoque à recevoir de plus amples informations» (BGE 105 II 288 E. 6c). Den aufgeklärten Käufer hätte die Notarin nicht mehr zu belehren – zu beweisen aber hätte sie, dass der Käufer schon aufgeklärt und der Verzicht auf die Belehrung damit rechtens war.

¹⁵ BRÜCKNER (Fn. 13), Rz. 1221; WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars unter besonderer Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit dem Treuhänder, ZBGR 1986, S. 129 ff.

¹⁶ MOOSER, Le droit notarial (Fn. 10), Rz. 312.

¹⁷ Vgl. dazu MOOSER, Le droit notarial (Fn. 10), Rz. 216: «Une clause introduite dans les actes, selon laquelle les parties déclarent avoir été suffisamment informées sur les conséquences de leurs actes ... ne saurait libérer le notaire de toute responsabilité ...». Ob die hier vorgetragene Idee einer Beweislastumkehr neu ist oder schon (und entgegen meiner stillen Hoffnung) anerkannt, ist mir nicht ganz klar. Bei MOOSER, Présentation générale (Fn. 10), S. 62, lese ich nämlich auch, dass Floskeln von der soeben zitierten Art «constituent des moyens de preuve, permettant au notaire d'établir plus facilement qu'il a rempli son devoir d'information», was darauf hinausläuft, dass der Notar beweisbelastet ist und nicht sein Kunde.

III. Selbstversuch

Jetzt aber zum Selbstversuch, der darin besteht, für einmal selber der Rechtsbelehrungspflicht nachzuleben, die sonst die Notarinnen und Notare zu erfüllen haben. Gegenstand der Belehrung ist eine weitverbreitete Klausel, die in einer Kurzfassung so lauten könnte:

«Soweit gesetzlich zulässig, wird die Haftung des Verkäufers für Sachmängel wegbedungen. Der Verkäufer tritt dem Käufer sämtliche Mängelrechte gegen die vom Verkäufer beigezogenen Werkunternehmer ab.»

Wohlgemerkt: Gemeint ist diese Klausel nicht als Muster. Sie ist bloss ein Kondensat dessen, was einem in einschlägigen Verträgen entgegnet. Zudem ist die Klausel insoweit vereinfacht, als sie nur die Mängelrechte gegen Werkunternehmer aufnimmt und nicht auch berücksichtigt, dass dem Verkäufer unter Umständen überdies Ansprüche gegen die Planer zustehen, die nicht stets werkvertraglicher Natur sind, sondern auch auftragsrechtlichen Ursprungs sein können.¹⁸ Unterschlagen will ich zudem, dass der Verkäufer meist nicht nur mit Planern und Werkunternehmern Verträge eingeht, sondern sich auch auf Lieferanten einlässt, mit denen ihn Kaufverträge verbinden. Der Einfachheit halber gehe ich schliesslich davon aus, dass es sich beim Vertrag mit dem Käufer, der in Frage steht, nicht nur dem Namen nach (Art. 18 OR), sondern auch rechtlich um einen Kaufvertrag handelt und nicht um einen gemischten Vertrag, der Elemente des Kauf- und des Werkvertrags vereint.¹⁹

1. **«Soweit gesetzlich zulässig, wird die Haftung des Verkäufers für Sachmängel wegbedungen.»**

Worüber sollte der Käufer belehrt werden? Zunächst darüber, dass das Gesetz es zulässt, dass der Verkäufer sich zwar vertraglich zu Allerlei verpflichtet, von der Haftung für Pflichtverletzungen aber vertraglich freigezeichnet wird, sodass er keinen Schadenersatz leisten oder sich eine Minderung des Kaufpreises gefallen lassen muss, wenn die Wohnung sich mangelbedingt als

¹⁸ Zur Qualifikation gemischter Planerverträge vgl. PETER GAUCH/PATRICK MIDDENDORF, Von den Planerverträgen, von ihrer Qualifikation und dem SIA-Normenwerk für Planerleistungen, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, 2013, Nr. 1.27 ff.

¹⁹ Vgl. dazu das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 24. November 2010, ZR 2011, S. 76 ff., wo die Figur des «unechten Werkvertrages» in die Welt geworfen wird; unecht insoweit, als der Erwerber der Eigentumswohnung die «für einen echten Werkvertrag typischen Bestellerrechte praktisch vollständig aus der Hand gegeben» hat (S. 78). Ein merkwürdiges Verständnis, da es vor dem Abschluss eines Werkvertrags noch keine Bestellerrechte gibt und sich jeder Besteller mit dem Abschluss des Werkvertrags bindet.

minderwertig erweist. So ist der Verkäufer nach Massgabe des Kaufvertrags noch immer verpflichtet, dem Käufer einen mängelfreien «Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen» (Art. 184 Abs. 1 OR); er kann aber vom Käufer nicht belangt werden, wenn die Kaufsache (der Miteigentumsanteil) «körperliche oder rechtliche Mängel» hat, «die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern» (Art. 197 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 OR), Art. 197 Abs. 1 OR öffnet den Weg in die Mängelhaftung auch für den Fall, da der Kaufsache vom Verkäufer «zugesicherte Eigenschaften» abgehen. Für diesen Fall kann der Verkäufer sich nicht darauf berufen, dass seine Haftung vertraglich wegbedungen wurde, da Zusicherung und allgemeine Freizeichnung sich beissen, eine allgemeine Freizeichnung also an einer spezifischen Zusicherung aufläuft, was herauskommt, wenn die vertragliche Freizeichnung im Licht des Vertrauensprinzips ausgelegt wird (Urteil des BGer 4A_237/2009 vom 26. Oktober 2009 E. 5.1 = BR/DC 2010, S. 82, Nr. 181). Das ist indes nicht die einzig mögliche Relativierung einer Freizeichnung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung «fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung [auch] dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste» (BGE 130 III 689 E. 4.3.1). Zu diesen Einschränkungen der vertraglichen Freizeichnung treten weitere hinzu, vorab Art. 199 OR, der bei Arglist des Verkäufers die Freizeichnung versagen lässt.

2. «Der Verkäufer tritt dem Käufer sämtliche Mängelrechte gegen die vom Verkäufer beigezogenen Werkunternehmer ab.»

1. Dem Käufer ist reiner Wein einzuschenken: Mit der Abtretung der Mängelrechte wird er nicht einfach in die Lage versetzt, in der er sich befände, wenn der Verkäufer ihm haften würde. Vielmehr ist es so, dass die Abtretung die Stellung des Käufers meist erheblich schwächt. Immerhin wird es sich rechtlich so verhalten müssen, dass der Käufer, der bei den Werkunternehmern scheitert, unter Umständen wieder auf den Verkäufer greifen kann, und dies ganz ungeachtet der vertraglichen Freizeichnung, die den Verkäufer von der Mängelhaftung freihalten soll. Auch diese Überlegung stützt sich auf die Auslegung der Freizeichnungsklausel. Da diese Freizeichnung im inneren Verbund mit der Abtretung steht, kann es nach Treu und Glauben damit nur die Meinung haben, dass die Freizeichnung dahinfällt, wenn die dem Käufer abgetretenen Mängelrechte, welche die Freizeichnung aufwiegen sollen, den Käufer nicht zum Ziel führen. Vorbehalten ist der Fall, da der Käufer unsorgfältig vorgeht. Wenn aber die Durchsetzung eines Mängelrechts daran scheitert, dass der Verkäufer vor der Abtretung etwa eine Rügefrist verpasste oder ungeachtet einer Abmahnung auf einer fehlerhaften Weisung beharrte, so fällt die Haftung auf ihn selber zurück. Das fliesst, so meine ich, schon aus der

richtig verstandenen Freizeichnungsklausel und lässt sich auch durch eine analoge Anwendung jener Regel aus dem Abtretungsrecht untermauern, nach der bei einer Abtretung zahlungshalber der «Erwerber sich nur diejenige Summe anrechnen lassen [muss], die er vom Schuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können» (Art. 172 OR). Dazu gibt es überdies Rechtsprechung, wenn auch aus Deutschland: «Eine formularmäßige Freizeichnungsklausel, in der der Veräußerer einer neu errichteten oder noch zu errichtenden Eigentumswohnung seine eigene Gewährleistungspflicht gegenüber dem Erwerber ausschließt und gleichzeitig seine Gewährleistungsansprüche gegen die Baubeteiligten (Architekt, Bauunternehmer, Handwerker, Lieferanten) an den Erwerber abtritt, ist dahin auszulegen, daß die Eigenhaftung des Veräußerers nur insoweit abbedungen ist, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die Baubeteiligten schadlos halten kann»^{20, 21}.

2. Weiter müssen die Parteien darüber belehrt werden, dass die rechtliche Möglichkeit, werkvertragliche Mängelrechte abzutreten, umstritten ist²² und sie vom Bundesgericht schon einmal insoweit verneint wurde, als das Wandlungs- und das Minderungsrecht in Frage stehen (BGE 114 II 247 E. aa). Unumstritten ist immerhin, dass Nachbesserungsrechte (BGE 114 II 247 E. bb) und der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens abgetreten werden können. Dass die Abtretbarkeit der Mängelrechte zum Teil umstritten ist, soll mich hier aber nicht beschäftigen. Vielmehr will ich supponieren, dass diese Möglichkeit besteht, also auch Wandelungs- und Minderungsrecht abgetreten werden können. Was heisst das für den belehrungsbedürftigen Käufer?

a. Der Anspruch auf Wandelung ist von vornherein nicht gegeben bei «Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können» (Art. 368 Abs. 3 OR). Aber auch sonst muss der Käufer wissen, dass ihm das Wandelungsrecht, das der Verkäufer ihm abtritt, keine Möglichkeit verschafft, dem Verkäufer die Kaufsache (den Miteigentumsanteil) zurückzugeben und den Kaufpreis zurückzufordern. Das Wandelungsrecht (so es denn überhaupt zedibel ist) erlaubt es ihm einzig, die Werkverträge aufzulösen, die der Verkäufer mit den Werkunternehmern abgeschlossen hat, und auch dies nur, wenn die Annahme der vom Werkunternehmer erbrachten Leistung ins-

²⁰ BGHZ 62, S. 254.

²¹ Diese Stelle zitierte ich schon in meinem Beitrag zur Schweizerischen Baurechtstagung 2009 (Fn. 5), wo ich dann noch anfügte: «Aldann würde bei Uneinbringlichkeit die Mängelhaftung des Veräusserers wieder aufleben, wobei eine gegen den Unternehmer erhobene Mängelrüge auch gegenüber dem Veräusserer wirksam wäre» (S. 16).

²² Vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Auflage, 2011, Rz. 2437 ff., mit weiteren Hinweisen.

gesamt nicht zumutbar ist! Stellt man sich dann noch vor, dass der wandlungsberechtigte Käufer seinen Anspruch im Kontext des Stockwerkeigentums geltend macht und so unter Umständen die Wandelung auch alle anderen Stockwerkeigentümer tangiert, wird vollends klar, dass das zedierte Wandelungsrecht hier eine recht stumpfe Waffe ist.

b. Der vom Verkäufer abgetretene Anspruch auf Minderung bezieht sich, und darüber ist der Käufer aufzuklären, nicht auf den Kaufpreis, den der Käufer dem Verkäufer zu leisten hat. Dieser Kaufpreis ist ungemindert auch dann geschuldet, wenn ein Mangel vorliegt, durch den die Kaufsache an sich minderwertig wird. Vielmehr bezieht sich der Minderungsanspruch auf den Werkvertrag zwischen Verkäufer und Werkunternehmer. Dieser Zusammenhang wird dem Käufer jetzt schon etwas geläufiger sein, wobei es nicht schaden kann, im Zuge der Rechtsbelehrung mehrfach darauf hinzuweisen. Gemindert wird also der Werklohn, was neben dem Minderwert des Werks, den der Käufer zu beweisen hat, auch voraussetzt, dass der Käufer über den genauen Werklohn Bescheid weiss, den sein Verkäufer dem Werkunternehmer versprochen und geleistet hat. An dieser Stelle müssen die Parteien (auch der Verkäufer) darüber belehrt werden, dass sich Mängelrechte natürlich nur dann durchsetzen lassen, wenn die Werkverträge, deren mangelhafte Erfüllung in Frage steht, in allen ihren Teilen vorliegen. Eine blosses Unternehmerliste, die der Verkäufer dem Käufer zu überlassen verspricht, ist eine nutzlose Geste, wenn es in den Prozess gegen den Werkunternehmer geht.

c. Der abgetretene Anspruch auf Nachbesserung zielt ab auf die unentgeltliche Verbesserung des mangelhaften Werks durch den Werkunternehmer. Handelt es sich um Bauleistungen, die der Werkunternehmer im Zuge der Nachbesserung zu erbringen hat, stellen sich im Stockwerkeigentum schwierige Fragen, soweit der bauliche Eingriff Teile betrifft, an denen der Käufer kein Sonderrecht hat. Zwar sind die erforderlichen Mehrheiten abgestuft, je nachdem, ob die Massnahme notwendig ist, nützlich ist oder aber bloss der Verschönerung und Bequemlichkeit dient (Art. 647c ff. ZGB).²³ Immer aber braucht es (nach Massgabe der dispositiven Ordnung)²⁴ Mehrheiten, weshalb der Käufer nur dann auf eigene Faust handeln kann, wenn er zunächst den Klageweg beschreitet (Art. 647 Abs. 2 ZGB). Auch darüber ist dem Käufer Klarheit zu verschaffen. Klarzustellen ist zudem, dass die Nachbesserung der Minderung und der Wandelung vorgeht, wenn sie sich aus einem Werkvertrag herleitet, in den die SIA-Norm 118 übernommen wurde (siehe Art. 169 SIA-Norm 118). Der Käufer wird also darauf zu achten haben, dass er dem

²³ Eingehend STEINAUER (Fn. 3), Rz. 1279 ff.

²⁴ STEINAUER (Fn. 3), Rz. 1260; CHRISTOPH THURNHERR, *Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum*, 2010, Rz. 330 ff. (differenzierend für luxuriöse bauliche Massnahmen in Rz. 339).

Unternehmer zunächst die Möglichkeit verschafft nachzubessern – was unter Umständen die Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer bedingt –, bevor er im Wege der Ersatzvornahme den Mangel durch einen Dritten beheben lässt, um beim Werkunternehmer dann nur noch auf Ausgleich der mit der Ersatzvornahme verbundenen Kosten zu dringen.

d. Der Anspruch auf Schadenersatz ist wohl der unproblematischste, das aber nur auf den ersten Blick. Das zeigt sich sofort, wenn man sich vor Augen führt, dass der Käufer nicht seinen eigenen Schaden liquidiert, sondern Ersatz für den Schaden verlangt, den der Verkäufer erlitten hat. Das ist die Folge davon, dass der Käufer einen Anspruch durchsetzt, der ihm vom Verkäufer zediert wurde. Auf seinem Eigenschaden bleibt der Käufer sitzen, was man ihm womöglich mittels einiger Beispiele näher bringen kann. Nehmen sein Teppich, seine Weinsammlung, seine Modelleisenbahn als Folge übermässiger Feuchtigkeit Schaden, wird er vom Werkunternehmer darauf hingewiesen werden, dass der zedierte Ersatzanspruch einen Mangelfolgeschaden beim Verkäufer bedinge, während hier der Schaden beim Käufer entstanden sei. Dass dem Käufer damit kaum geholfen ist, liegt zwar auf der Hand, sollte ihm aber im Zuge der Rechtsbelehrung gleichwohl (und schonend) beigebracht werden.

3. Schliesslich wird man den Käufer auch darüber ins Bild setzen wollen, dass die Ansprüche durch die Abtretung überhaupt nur dann zu ihm gelangen, wenn sie zunächst noch beim Verkäufer sind. Hat der Verkäufer seine Ansprüche schon früher dem Käufer eines anderen Miteigentumsanteils abgetreten, dann zediert er ein rechtliches Nichts, das auch beim Käufer nicht mehr wird. Hier aber wird der Käufer ungeachtet der Freizeichnung direkt den Verkäufer haftbar machen können.²⁵ Ob bei dieser Rechtslage die Notarin die Urkunde überhaupt noch anfertigen darf, mag hier offen bleiben.

IV. Schluss und Widmung

BRÜCKNER, der zum Beurkundungsrecht ein umfangreiches Werk verfasst hat, verlangt, dass die Notarin dem Käufer ein «elementares, laienhaftes Verständnis»²⁶ dessen vermittelt, was der Käufer da eingeht. Das ist, wie ich schon gesagt habe, nicht gar ambitiös, lässt sich aber natürlich eher bewerkstelligen als eine umfassende Rechtsbelehrung, die beim Käufer ein vertieftes Verständnis für die Risiken erzeugt, mit denen seine Investition in die Schweizer Eigentumsquote verbunden ist. Elementar aber wäre: «Käufer! Der

²⁵ Schon STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan (Fn. 5), S. 17.

²⁶ BRÜCKNER (Fn. 13), Rz. 1744.

Verkäufer haftet Dir nicht. Und es wird alles andere als ein Honigschlecken, wenn Du von den Unternehmern etwas willst. Sieh Dich also vor. Immerhin: Scheitert der Zugriff auf die Unternehmer, dann wage den Versuch und geh auf den Verkäufer los. Achte aber auf die Verjährung. Prüfe den Abschluss einer Rechtsschutzversicherung (und deren Versicherungsbedingungen). Besorge Dir rechtzeitig kompetenten rechtlichen Beistand. Und traue keinem, der Dir weismachen will, Deine Bedenken seien reines Kopfgespinnst, in der Praxis laufe alles wie geschmiert. Letzteres trifft nur für freizeichnende Verkäufer zu.» Oder noch laienhafter, dafür mit Zahlen, für die PAUL-HENRI STEINAUER ein besonderes Flair hat: «1:0 für die Verkäufer». Ich bin etwas unsicher, ob der hier angeschlagene Ton dem Jubilar behage. Doch baue ich auf die Klugheit, die Grosszügigkeit und die Weitsicht des Älteren, dem ich im Übrigen von Herzen und weiterhin alles erdenklich Gute wünsche.