

Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte

Prof. PETER GAUCH, Freiburg

Il est fréquent que le maître de l'ouvrage cède à un tiers (p. ex. l'acheteur de l'immeuble) les droits à la garantie qu'il a contre l'entrepreneur. Cette cession est souvent source d'incertitudes. Après une brève présentation des droits à la garantie et de leur nature, l'auteur examine si et dans quelle mesure ces droits sont cessibles. Il l'admet pour le droit à la réparation et pour l'indemnisation du préjudice consécutif au défaut, mais le nie en revanche pour les autres droits (résolution, réduction du prix). La cession du droit à la réparation est traitée spécialement. Enfin, il est question de l'interprétation et de la validité de la cession.

I. Von den Mängelrechten und der Abtretungspraxis

1. Der Besteller, dem ein Werk mit einem Mangel abgeliefert wird, den er nicht selbst verschuldet hat (vgl. Art. 369 OR; SIA-Norm 118, Art. 166 Abs. 4), kann den Werkvertrag durch Wandelung aufheben (**Wandelungsrecht**)¹, «einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug vom Lohne machen» (**Minderungsrecht**) oder «die unentgeltliche Verbesserung des Werkes verlangen» (**Nachbesserungsrecht**), sofern die Voraussetzungen hiefür erfüllt sind². Diese drei Mängelrechte, von denen jedes an besondere Voraussetzungen geknüpft ist³, bestehen unabhängig vom Verschulden des Unternehmers. Soweit sie dem Besteller zustehen, kann er zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung wählen (BGE 109 II 41). Nach der SIA-Norm 118 ist seine Wahlfreiheit allerdings insofern beschränkt, als er zunächst immer nur die Nachbesserung (also nicht sofort die Wandelung oder Minderung) verlangen kann (Art. 169 Abs. 1 der Norm).

¹ Das Gesetz spricht nicht von «Wandelung», sondern umschreibt das Wandelungsrecht des Bestellers dadurch, dass es ihn berechtigt, «die Annahme» des Werkes zu «verweigern» (Art. 368 Abs. 1 OR). Klarer formuliert ist die SIA-Norm 118, die dem Besteller gestattet, «vom Vertrag zurückzutreten» (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 der Norm).

² Vgl. Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1977, Nr. 399 ff.

³ Das **Wandelungsrecht** setzt voraus, dass das Werk «für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann» (Art. 368 Abs. 1 OR); bei Werken auf Grund und Boden darf die Entfernung nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen verbunden sein (Art. 368 Abs. 3 OR). Das **Minderungsrecht** steht dem Besteller nur dann zu, wenn das Werk infolge seines Mangels überhaupt einen Minderwert aufweist. Und das **Nachbesserungsrecht** setzt voraus, dass die Verbesserung des Werkes «dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht» (Art. 368 Abs. 2 OR). Zum Ganzen und im einzelnen: Gauch, a.a.O., Nr. 425 ff., Nr. 469 ff.; Nr. 570 ff. Vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3.

Die erwähnten Mängelrechte (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht) finden ihre «natürliche Ergänzung» (BGE 63 II 405) in einem **Schadenersatzrecht**. Denn für einen Mangelfolgeschaden (z.B. Brandschaden, Mietzinsausfall), der als «weitere Folge» (aber «ausserhalb des Mangels») eintritt⁴, kann der geschädigte Besteller Schadenersatz vom Unternehmer fordern (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR; SIA-Norm 118, Art. 171). Dieses Schadenersatzrecht ist ein zusätzliches Mängelrecht; es besteht neben und ausser den übrigen Mängelrechten, zu denen es kumulativ hinzutritt. Doch setzt es ein Verschulden des Unternehmers voraus (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR; SIA-Norm 118, Art. 171 Abs. 2). Dem Verschulden gleichgestellt ist der Fall, da der Unternehmer für eine Hilfsperson (z.B. einen Subunternehmer) einstehen muss (Art. 101 OR; BGE 107 II 439 und SIA-Norm 118, Art. 171 Abs. 2).

2. Was die «**Rechtsnatur**» der Mängelrechte betrifft, so ist das Schadenersatzrecht des Bestellers (das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens) sicher eine *Forderung*. Bei den übrigen Mängelrechten dagegen handelt es sich um *Gestaltungsrechte*, die der Besteller durch einseitige (und zwar private) Willenserklärung (Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungserklärung) ausüben kann (vgl. BGE 109 II 41 f.; 107 III 108). Im einzelnen:

a) Erklärt der Besteller die *Wandelung*, so wird der Werkvertrag durch Rücktritt⁵ aufgehoben und deshalb jede Partei verpflichtet, eine bereits empfangene Leistung zurückzuerstatten. Der Unternehmer erhält einen Anspruch auf Rückgabe des Werkes; der Besteller wird berechtigt, eine geleistete Ver-

⁴ Gauch, a.a.O., Nr. 602 ff.

⁵ BGE 98 II 122; Gauschi, N 10a zu Art. 368 OR; Pedrazzini, SPR VII/1, S. 517.

gütung zurückzufordern⁶. Die Forderung des Bestellers auf Rückleistung der Vergütung (soweit er sie erbracht hat) entsteht erst durch die Ausübung des Wandelungsrechts, ist vom Wandelungsrecht selbst (dem Gestaltungsrecht) also verschieden⁷.

- b) Übt der Besteller sein *Minderungsrecht* aus, so wird die geschuldete Vergütung entsprechend dem Minderwert des Werkes herabgesetzt. Hat der Besteller bis zur Minderungserklärung bereits mehr als den herabgesetzten Betrag geleistet, so erhält er eine Forderung auf Rückgabe des geleisteten Mehrbetrages. Diese Rückleistungs-Forderung entsteht durch die Ausübung des Minderungsrechts, bildet eine Rechtsfolge der Minderungserklärung und ist daher vom Minderungsrecht selbst (dem Gestaltungsrecht) zu unterscheiden⁸.
- c) Verlangt der Besteller die *Nachbesserung*, so verpflichtet er damit den Unternehmer zur (unentgeltlichen) Verbesserung des Werkes (vgl. den franz. Text des Art. 368 Abs. 2 OR). Die Nachbesserungspflicht des Unternehmers, die durch die Ausübung des Nachbesserungsrechts entsteht, ist eine Schuld. Sie hat ihr Gegenstück in der Nachbesserungsforderung des Bestellers, das sich auf Mängelbeseitigung richtet. Nachbesserungsschuld und -forderung bilden somit die Rechtsfolge, die sich mit der Nachbesserungserklärung (dem Begehren des Bestellers um Nachbesserung) verbindet. Entgegen verbreiteter Meinung⁹ ist deshalb auch das Nachbesserungsrecht ein Gestaltungsrecht, keine Forderung¹⁰; die Nachbesserungsforderung des Bestellers entsteht erst, wenn dieser sein Nachbesserungsrecht (das Gestaltungsrecht) ausübt. Vorher trifft den Unternehmer keine Pflicht zur Nachbesserung.

⁶ Die Vergütung ist samt Zinsen, das Werk nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen zurückzugeben (Art. 208 Abs. 1 und 2 OR, sinngemäss; zur Berechnung des Nutzens: BGE 106 II 221 ff. = BR 1981, S. 54, Nr. 49). Zum Verwendungersatz vgl. Art. 208 Abs. 2 OR.

⁷ Nach richtiger Auffassung ist die Rückleistungs-Forderung kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern hat den Charakter einer Vertragsforderung. Denn die Wandelung bewirkt keineswegs, dass der Werkvertrag und damit der Rechtsgrund der erbrachten Leistungen «vernichtet» wird, als hätte er nie bestanden (vgl. demgegenüber BGE 109 II 30 = BR 1984, S. 16, Nr. 11). Vielmehr führt die Wandelung nur (aber immerhin) zur inhaltlichen Umgestaltung des Vertrages. Der Vertrag wandelt sich in ein Abwicklungsverhältnis mit Rückleistungspflichten um, zu dessen Inhalt auch eine allfällige Forderung des Bestellers auf Rückleistung der erbrachten Vergütung gehört. Vgl. dazu *Gauch*, a.a.O., Nr. 418; *Gauch/Schuep/Jaggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1983, Nr. 1187 ff.; *Piotet*, BR 1984, S. 10 ff.; anders: *Giger*, N 7 zu Art. 208 OR.

⁸ Die Forderung knüpft sich unmittelbar an die Minderungserklärung, deren Rechtsfolge sie bildet. Sie ist weder ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (*Gauch*, a.a.O., Nr. 464) noch ein Schadenersatzanspruch.

⁹ Z.B. *Becker*, N 10 zu Art. 368 OR; *Gautschi*, N 4d und N 19 zu Art. 368 OR.

¹⁰ *Gauch*, a.a.O., Nr. 527.

Weil das Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht durch einseitige (und zwar private) Willenserklärung ausgeübt werden kann, setzt die Änderung der Rechtslage (die Aufhebung des Vertrages, die Herabsetzung der Vergütung oder die Entstehung der Nachbesserungsforderung) weder ein Einverständnis des haftbaren Unternehmers noch ein richterliches Gestaltungsurteil voraus. Diese Auffassung steht im *Gegensatz zur Vertragstheorie*¹¹. Danach kommt die Wandelung oder Minderung durch Einigung der Parteien zustande; der Berechtigte hat kein Gestaltungsrecht, sondern nur Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Wandelungs- oder Minderungsvertrages; nach «modifizierter» Vertragstheorie hat er ausserdem das Recht, den Vollzug der Wandelung oder Minderung durch ein richterliches Gestaltungsurteil zu verlangen. Diese (in Deutschland entwickelte) Theorie wurde zwar von *Giger* (in der «modifizierten» Form) auch für das schweizerische Kaufvertragsrecht übernommen¹². Doch beruht sie auf überholten Konstruktionsvorstellungen und widerspricht moderner Rechtsauffassung¹³. Ein Grund, die überholte (und komplizierte) Theorie aus Deutschland in das schweizerische Werkvertragsrecht hineinzutragen, besteht nicht. Die Vertragstheorie, die aus einer bestimmten dogmengeschichtlichen Situation heraus entstand¹⁴, ist vielmehr abzulehnen¹⁵.

3. In der *Praxis* kommt es immer wieder vor, dass der Besteller Mängelrechte, die ihm gegenüber dem Unternehmer zustehen, einem andern (z.B. einem Käufer des Werkes) «abtritt»¹⁶. Der Unternehmer, gegen den sich die abgetretenen Rechte richten, ist häufig auch ein Subunternehmer, dessen Vertragspartner (z.B. ein Generalunternehmer) die Mängelrechte dem eigenen Bauherrn zediert. Für alle Fälle aber gilt, dass die Abtretung in einer *Vereinbarung zwischen dem Zedenten und dem Zessionar* besteht, die zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 12 ff. OR) bedarf (Art. 165 Abs. 1 OR). Entweder ist sie ein selbständiger Vertrag; oder sie bildet – als unselbständige Vereinbarung – Bestandteil eines umfassenderen Vertrages, in dem der Besteller das Werk zum Beispiel verkauft und sich von

¹¹ Vgl. z.B. *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Band II, 6. Aufl., Heidelberg 1984, S. 41 f.; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 12. Aufl., München 1981, S. 49/51 f.

¹² *Giger*, N 12 f. zu Art. 205 OR; ablehnend: *Cavin*, SPR VII/1, S. 96 f.

¹³ Vgl. z.B. *Weyers*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Band II, Köln 1981, S. 163. Typisch für die moderne Rechtsauffassung ist etwa das *Wiener Kaufrecht*, das in Art. 26 bestimmt, dass die Vertragsaufhebung infolge von Sachmängeln (oder anderen Vertragsverletzungen) durch einseitige Gestaltungserklärung geschieht (vgl. *V. Caemmerer*, SJZ 77, 1981, S. 264).

¹⁴ *Esser/Weyers*, a.a.O., S. 41 f.

¹⁵ Vgl. auch *Blomeyer*, Archiv für Civilistische Praxis 1950, S. 118 ff.

¹⁶ Vgl. *Egli*, Kaufvertrag und Garantien nach der SIA-Norm 118, BR 1983, S. 3 ff.

der Haftung für die Mängel des verkauften Werkes freizeichnet. Wie dem auch sei: Die Abtretung, um die es hier geht, ist zu unterscheiden von der Vertragsübernahme, durch die ein Dritter in die gesamte Rechtsstellung des bisherigen Bestellers (samt allfälligen Mängelrechten) eintritt, weil dies zwischen allen Beteiligten so vereinbart wird¹⁷.

II. Die Frage der Abtretbarkeit

4. Obwohl eine Abtretung häufig vorkommt, wird die **Frage, ob die Mängelrechte überhaupt abtretbar sind**, in Theorie und Praxis nur selten gestellt¹⁸. Das ist erstaunlich. Denn die behandelten Mängelrechte des Bestellers sind nicht alle so beschaffen, dass sie ihrer Natur nach abgetreten werden können:

a) *Das Wandelungs- und das Minderungsrecht* haben gemeinsam, dass sie sich als unselbständige (akzesorische) Gestaltungsrechte qualifizieren; ihre Ausübung greift notwendig in den ganzen Werkvertrag (einschliesslich der Schuldnerstellung des Bestellers) ein. Deshalb sind diese Rechte unlösbar mit dem Werkvertrag verbunden, können also nicht von ihm getrennt und vom Besteller auf einen andern abgetreten werden¹⁹. Die Abtretung des Wandelungs- und Minderungsrechts ist somit nichtig (Art. 20 OR), und zwar selbst dann, wenn der Besteller dem Dritten auch den Anspruch auf die Ausführung des Werkes abgetreten hat. Ebenfalls unwirksam ist eine nur «beschränkte» Abtretung, die das Wandelungs- oder Minderungsrecht zwar beim Besteller belässt, den Zessionar aber berechtigen soll, das fremde Gestaltungsrecht im eigenen Namen (also nicht bloss als Stellvertreter) auszuüben. Die Figur einer derart «beschränkten» Abtretung hat im schweizerischen Recht überhaupt keinen Platz²⁰.

Nach Art. 164 ff. OR abtretbar ist dagegen die *Forderung* auf ganze oder teilweise Rückleistung der bezahlten Vergütung, die aus der Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts fliessen kann (Ziff. 2 lit. a und b). Erfolgt die Abtretung der Rückleistungs-Forderung, bevor der Besteller die Wandelung oder Minderung verlangt und damit sein Mängelrecht ausgeübt hat, so wird eine künftige Forderung abgetreten (vgl. sinngemäss BGE 94 II 280). Das (Gestaltungs-)Recht auf Wandelung

oder Minderung (das Mängelrecht selber) bleibt aber auch hier beim Besteller. Dieser kann den Zessionar allerdings ermächtigen (Art. 32 OR), das Recht in seinem (des Bestellers) Namen vertretungsweise auszuüben. Für das Wandelungsrecht ist daran zu erinnern, das es mit einer «Veräusserung» des Werkes ohnehin erlischt (Art. 207 Abs. 3 OR, sinngemäss)²¹.

b) *Das Nachbesserungsrecht* ist zwar ebenfalls ein Gestaltungsrecht, weil die Nachbesserungsforderung auf unentgeltliche Verbesserung des Werkes erst durch dessen Ausübung entsteht (Ziff. 2 lit. c). Doch ist dieses Gestaltungsrecht nicht unlösbar mit dem Werkvertrag verbunden, da mit seiner Ausübung nicht in den Werkvertrag als Ganzes eingegriffen wird. Seiner Abtretung steht daher grundsätzlich nichts entgegen²². Vielmehr kann das Nachbesserungsrecht in sinngemässer Anwendung der Bestimmungen über die Forderungsabtretung (Art. 164 ff. OR) vom Besteller auf einen andern übertragen werden (vgl. dazu III.). Das gilt allerdings dann nicht, wenn die Abtretung im konkreten Einzelfall (ausnahmsweise) eine unzumutbare Erschwerung für den Unternehmer mit sich bringt und deshalb mit der «Natur des Rechtsverhältnisses» (Art. 164 Abs. 1 OR) unvereinbar ist.

Möglich ist auch, dass der Besteller zwar nicht sein Nachbesserungsrecht abtritt, jedoch die *Nachbesserungsforderung(en)*, die er durch Ausübung seines Nachbesserungsrechts begründet hat oder begründen wird (Ziff. 2 lit. c). Da es sich hierbei um eine Forderungsabtretung handelt, kommen die Art. 164 ff. OR unmittelbar zur Anwendung.

c) *Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens* ist eine Schadenersatzforderung (Ziff. 2), die sich nach Art. 164 ff. OR abtreten lässt²³. Doch bleibt zu beachten, dass sich diese abtretbare Forderung immer nur auf Ersatz von Schaden richtet, der dem Besteller selbst (also nicht dem Zessionar) entstanden ist oder entstehen wird. Der Zessionar erwirbt daher gegenüber dem Unternehmer kein Recht auf Ersatz des eigenen Schadens, den er aus der Mangelhaftigkeit des Werkes erleidet. Der Besteller kann nicht mehr (oder andere) Rechte abtreten, als ihm selber zustehen.

¹⁷ Zu dieser Vertragsübernahme, die keine Abtretung ist, vgl. *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 539.

¹⁸ Vgl. jetzt aber *Egli*, BR 1983, S. 7 f.

¹⁹ *Egli*, BR 1983, S. 7; *Gross*, Neue Juristische Wochenschrift 1971, S. 648; *Soergel*, Münchener Kommentar, N 90 zu § 633 BGB; *Soergel/Mühl*, Kommentar, N 28 zu § 633 BGB; vgl. ferner *Bucher*, a.a.O., S. 486, und *Oser/Schönenberger*, N 33 zu Art. 164 OR.

²⁰ *V. Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, S. 338 f.

²¹ Die «Veräusserung», auf die es ankommt, besteht in der Eigentumsübertragung des Werkes auf einen Dritten (also nicht schon im Abschluss des Schuldvertrages). In diesem Sinne «veräussert» auch der Unternehmer das von seinem Subunternehmer hergestellte Werk, sobald er es seinem eigenen Besteller zu Eigentum überträgt. Der «Veräusserung» gleichzustellen ist der Eigentümerwechsel, der dadurch eintritt, dass der Besteller das Werk in ein fremdes Grundstück einbaut (Art. 671 ZGB) oder durch seinen Unternehmer (z.B. einen Subunternehmer) einbauen lässt.

²² *Egli*, BR 1983, S. 7.

²³ *Egli*, BR 1983, S. 7.

5. Soweit eine Abtretung dem Gesagten zufolge möglich ist, bedarf sie keiner *Einwilligung des Unternehmers*, gegen den sich die abgetretenen Rechte richten (Art. 164 Abs. 1 OR). Doch kann die Abtretung im Einzelfall durch Vereinbarung zwischen dem Besteller und seinem Unternehmer ausgeschlossen sein (Art. 164 Abs. 1 OR). Trifft dies zu, so ist eine Abtretung ohne Zustimmung des Unternehmers unter allen Beteiligten unwirksam, sofern nicht Art. 164 Abs. 2 OR durchgreift.

III. Die Abtretung des Nachbesserungsrechts

6. Das Nachbesserungsrecht des Bestellers ist, wie ausgeführt wurde, **grundsätzlich abtretbar**, und zwar in sinnemässiger Anwendung der Art. 164 ff. OR. Der Besteller kann sein Nachbesserungsrecht für einen bestimmten Werkmangel, für mehrere Mängel oder für «jeden möglichen» Mangel des Werkes zedieren. Die Abtretung kann auch zum voraus erfolgen: noch bevor das Werk dem Zedenten abgeliefert und damit die erste Voraussetzung für die Entstehung des Nachbesserungsrechts gegeben ist; Gegenstand einer solchen (vorzeitigen) Abtretung bildet ein künftiges Nachbesserungsrecht.

Die (gültige) Abtretung des Nachbesserungsrechts hat zur **Folge**, dass die Person des Berechtigten wechselt. Der Zessionar erwirbt vom Besteller (dem Zedenten) das Recht, den Unternehmer für die durch die Abtretung gedeckten Mängel durch einseitige Erklärung zur Nachbesserung zu verpflichten (Ziff. 2 lit. c). Wird ein künftiges Nachbesserungsrecht abgetreten, so entsteht das abgetretene Recht, sobald seine Voraussetzungen vorliegen, unmittelbar in der Person des Zessionars. Mit dem Nachbesserungsrecht erwirbt der Zessionar auch zugehörige Nebenrechte (Art. 170 Abs. 1 OR), namentlich Bürgschaftsrechte, die zur Sicherung der Nachbesserung dienen²⁴.

7. Was die **Rechtslage im einzelnen** betrifft, sind die folgenden Punkte zu merken:

a) Da durch die Abtretung die Person des Berechtigten wechselt (Ziff. 6), steht das abgetretene Nachbesserungsrecht ausschliesslich dem Zessionar (nicht auch dem Besteller) zu. Mit der Abtretung verliert also der Besteller sein Nachbesserungsrecht gegenüber dem Unternehmer. Im übrigen aber bleibt das *werkvertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Besteller und seinem Unternehmer unberührt*, weshalb zum Beispiel die Prüfungs- und Rügepflicht (Art. 367/370 OR) nach wie vor dem Besteller (nicht dem Zessionar) obliegt. Der Besteller kann allerdings den Zessionar zur Rüge ermächtigen.

b) Gegenüber dem Zessionar ist der abtretende Besteller verpflichtet, «alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern und ihm die zur Geltendmachung» des Rechts «nötigen Aufschlüsse» (z.B. über bekannte Werkmängel und haftbare Unternehmer) «zu erteilen» (Art. 170 Abs. 2 OR). Um so mehr hat er (als Zedent) *alles zu unterlassen, was dem abgetretenen Nachbesserungsrecht die Grundlage entzieht* (vgl. sinngemäss BGE 84 II 368). Deshalb darf er ein Minderungsrecht, dessen Ausübung das abgetretene Nachbesserungsrecht erlöschen lässt²⁵, nur noch mit Zustimmung des Zessionars ausüben. Dasselbe gilt auch für das Wandelungsrecht, das er aber mit der «Veräusserung» des Werkes ohnehin verwirkt (Ziff. 4 lit. a, a.E.).

c) Übt der Zessionar das erworbene Nachbesserungsrecht für einen bestimmten Mangel aus, so trifft er zu Lasten des Bestellers die *Wahl zwischen Wandelung, Minderung und Nachbesserung* (Ziff. 1). Er (der Zessionar, nicht der Besteller) wird Gläubiger der entstehenden Nachbesserungsforderung. Das alles aber ändert nichts am Recht des Bestellers, die dem Unternehmer geschuldete Vergütung nach Art. 82 OR (im zulässigen Umfang) zurückzuhalten, bis der Unternehmer die Nachbesserungsschuld erfüllt hat²⁶. Würde der Besteller das Rückbehaltungsrecht mit der Abtretung verlieren, so wäre niemand in der Lage, den Unternehmer durch Zahlungsverweigerung zur Mängelbeseitigung anzuhalten. Das aber widerspräche den Interessen sowohl des Zedenten wie des Zessionars und käme dem Unternehmer ungerechtfertigt zugute²⁷.

d) Umgekehrt kann der Unternehmer dem Zessionar nach Massgabe des Art. 169 Abs. 1 OR alle «*Einreden*» (unter Einschluss von Einwendungen) entgegenhalten, die dem Recht des abtretenden Bestellers entgegenstanden. Bei gegebenen Voraussetzungen kann er zum Beispiel einwenden, dass der Besteller das Nachbesserungsrecht durch verspätete Mängelrüge verwirkt habe (Art. 367/370 Abs. 2 und 3 OR). Oder er kann sich der verlangten Nachbesserung mit der Verjährungseinrede (Art. 371 OR) widersetzen, wobei ihm der Lauf der Verjährungsfrist auch insoweit zugutekommt, als sie in die Zeit vor der Abtretung fällt²⁸.

Insbesondere ist der Unternehmer aber berechtigt, die vom Zessionar verlangte Verbesserung zu verweigern, falls sie «übermässige Kosten» verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). «Übermässig» sind die Verbesserungskosten normalerweise dann, wenn sie in

²⁴ Vgl. v. *Tuhr/Escher*, a.a.O., S. 354; *Gauch/Schluap/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1983, Nr. 2209.

²⁵ *Gauch*, a.a.O., Nr. 512 ff.

²⁶ Vgl. *Weber*, N 124 zu Art. 82 OR; ferner auch: BGHZ 55, S. 356 und BGH BauR 1978, S. 398 ff. Zum Rückbehaltungsrecht im allgemeinen, namentlich auch zu seinem Umfang, vgl. *Gauch*, a.a.O., Nr. 908 ff. (insbesondere Nr. 918).

²⁷ BGH BauR 1978, S. 399.

²⁸ Vgl. *Bucher*, a.a.O., S. 516, Anm. 126.

einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt²⁹. Hat der Besteller das Nachbesserungsrecht abgetreten und wird jetzt die Verbesserung vom Zessionar verlangt, so ist (für die Frage der «Übermässigkeit») abzustellen auf den Nutzen, den die Verbesserung dem Besteller brächte, falls dieser die Mängelbeseitigung für sich (im eigenen Namen) verlangen würde. Auf den Nutzen des Zessionars kann es nicht ankommen, weil die Abtretung keinen Einfluss auf den Bestand des Nachbesserungsrechtes hat.

- e) Mit der Abtretung ist zumeist eine *Freizeichnung* verbunden: Der Besteller des Werkes zediert das Nachbesserungsrecht für allfällige Mängel eines Dritten, der das Werk von ihm (aus Kauf- oder Werkvertrag) erwirbt. Dafür vereinbart er mit dem Erwerber, dass er (der Zedent) ihm gegenüber von der Haftung für auftretende Mängel befreit sei. Eine solche Freizeichnung, die der Zedent mit der Abtretung des Nachbesserungsrechtes «entgelt», ist selbstverständlich nur in den Schranken des Gesetzes (z.B. Art. 100 Abs. 1 und Art. 199 OR) wirksam (Art. 19 Abs. 1 OR). Ausserdem stellt sich die Frage, ob die wegbedungene Haftung wieder auflebt, wenn der Versuch des Zessionars, den Werkunternehmer für die Beseitigung von Mängeln in Anspruch zu nehmen, aus irgendeinem Grund misslingt.

Eine allgemeine Antwort auf diese Frage gibt es nicht, auch nicht bei formularmässiger Freizeichnung. Vielmehr muss die Frage durch Auslegung der zwischen Zedent und Zessionar getroffenen Vereinbarung entschieden werden. Die Auslegung hat im Einzelfall aufzuzeigen, ob und unter welcher Voraussetzung die Freizeichnung entfallen soll. Es ist durchaus möglich (nicht aber notwendig), dass die Freizeichnung unter der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Bedingung vereinbart wurde, dass der Erwerber des Werkes das ihm abgetretene Nachbesserungsrecht tatsächlich durchsetzen kann. Im Zweifelsfall mag eine «enge» Auslegung³⁰ der Freizeichnung zu diesem Ergebnis führen.

IV. Auslegung und Gültigkeit der Abtretung

8. Worauf sich die Abtretung im Einzelfall bezieht, ist eine **Auslegungsfrage**, deren Beantwortung namentlich dann Schwierigkeit bereitet, wenn die Abtretungserklärung des Bestellers ihren Gegenstand nur ungenau (z.B. mit «sämtliche Gewährleistungsansprüche» oder «meine Ansprüche aus Gewährleistung») bezeichnet. Durch Auslegung der Abtretung ist zu ermitteln, welche Rechte gegenüber welchem Unternehmer zediert wurden. Die Auslegung kann zum Beispiel ergeben, dass ein und dieselbe Abtretung Rechte gegenüber verschiedenen Unternehmern erfasst, die als Nebenunternehmer (mit je einem eigenen Teil-Werk) an der Ausführung eines Gesamtwerkes beteiligt waren. Oder sie kann zum Ergebnis führen, dass Gegenstand der Abtretung gar nicht Mängelrechte sind, sondern Forderungen (auf Rückgabe der Vergütung oder auf Nachbesserung), die ihren Entstehungsgrund in der Ausübung der entsprechenden Mängelrechte haben (vgl. Ziff. 2 lit. a-c).

Obwohl die Abtretung ein formbedürftiges Rechtsgeschäft ist, gelten für deren Auslegung keine besonderen Regeln³¹; insbesondere ist die Auslegungs- von der Formfrage zu trennen³².

9. Erst wenn das Auslegungsergebnis feststeht, stellt sich die weitere Frage, ob die ausgelegte Abtretung **nach Form** (Art. 165 Abs. 1 OR) und **Inhalt** (Art. 20 OR) **gültig** ist. Soweit eine konkrete Abtretung sich auf das Wandlungs- oder (und) Minderungsrecht bezieht, ist sie nichtig (Ziff. 4 lit. a). Erstreckt sich eine solche Abtretung ausserdem auf das Nachbesserungs- oder (und) Schadenersatzrecht, oder bildet sie (als unselbständige Vereinbarung) Bestandteil eines umfassenden Vertrages (Ziff. 3), so beurteilt sich nach Art. 20 Abs. 2 OR, ob der Rest des Vertrages ebenfalls nichtig ist.

²⁹ Gauch, a.a.O., Nr. 571ff.

³⁰ BGE 91 II 348; Jäggi/Gauch, Kommentar, N 447 zu Art. 18 OR; Cavin, SPR VII/1, S. 86.

³¹ Jäggi/Gauch, N 477 zu Art. 18 OR.

³² Jäggi/Gauch, N 479 zu Art. 18 OR; anders: BGE 105 II 84, kritisiert bei Gauch/Schluemp/Jäggi, a.a.O., Nr. 906.