

Beat Denzler / Dorothee Auwärter

Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen

Gewährleistungsansprüche sind abtretbar. Nach Ansicht der Autoren gilt das entgegen der wohl noch herrschenden Lehre und Rechtsprechung auch für Wandelung und Minderung. Die Interessen der beteiligten Parteien an einer Zession überwiegen ihrer Ansicht nach die dogmatischen Bedenken, welche gegen eine Abtretbarkeit sprechen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtslage in der Schweiz
 - 1. Rechtsprechung
 - 2. Lehre
- III. Kurzer Rechtsvergleich mit Deutschland
- IV. Zulässigkeit der Abtretung
 - 1. Interessenlage generell
 - 2. Vertragsfreiheit
 - 3. Zu den einzelnen Gewährleistungsansprüchen
 - 4. Abtretungsumfang
 - 5. Wahlrecht als Nebenrecht
 - 6. Abtretung und Freizeichnung
- V. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Oft möchte ein Verkäufer gegenüber dem Käufer keine eigene Gewährleistung übernehmen, sondern ihm lediglich die Gewährleistungsansprüche gegen seinen Lieferanten oder Hersteller weiterreichen. Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen entspricht einem Bedürfnis der Praxis, insbesondere bei Liegenschaftentransaktionen (Kettenverkäufe, Veräusserung von erst noch zu erstellenden Bauwerken etc.). Man möchte erreichen, dass diejenige Partei für Mängel geradzustehen hat, welche sie tatsächlich verursacht hat, und jene Partei die Mängelrechte direkt durchsetzen kann, welche davon unmittelbar betroffen ist. Nun stehen dem praktischen Bedürfnis gewisse dogmatische Bedenken gegenüber, Bedenken namentlich in Bezug auf die Rechtsnatur der Gewährleistungsansprüche, welche einer Abtretung entgegenstehen könnten. Im vorliegenden Aufsatz fassen wir zunächst die derzeit geltende Rechtslage zusammen, um anschliessend eine eigene Meinung darzulegen. Es folgt ein Vorschlag, wie eine Abtretung von Gewährleistungsansprüchen formuliert werden könnte.

II. Rechtslage in der Schweiz

1. Rechtsprechung

[Rz 2] Die Frage, ob Gewährleistungsansprüche abtretbar sind, ist bislang vom Bundesgericht selten behandelt worden. In seinem Entscheid vom 25. Oktober 1983¹ hätte es Gelegenheit gehabt, zu prüfen, ob eine Stockwerkeigentümergeinschaft Gewährleistungsansprüche grundsätzlich per Abtretung erwerben kann. Da die Abtretung des Nachbesserungsrechtes aber gar nicht streitig war, musste sich das Bundesgericht zur Abtretungsproblematik nicht explizit äussern.²

[Rz 3] Das Bundesgericht nahm mit Entscheid vom 11. Oktober 1988³ erstmals spezifisch zur Abtretung von Gewährleistungsansprüchen Stellung: Wieder ging es um die Aktivlegitimation einer Stockwerkeigentümergeinschaft im Prozess über Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen. Das Gericht prüfte, ob die Mängelrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer per

Legalzession auf die Gemeinschaft übergegangen waren. Es lehnte eine solche Legalzession ab, da Wandelungs- und Minderungsrechte als Gestaltungsrechte nicht abtretbar seien; einzig die Forderungen auf ganze oder teilweise Rückerstattung könnten zediert werden.⁴ Gleichzeitig hielt es gestützt auf GAUCH⁵ und den vorerwähnten Entscheid fest, dass der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch abtretbar sei.⁶

[Rz 4] Im unseres Wissens aktuellsten publizierten Bundesgerichtsentscheid zum Thema⁷ ging es um die Auslegung einer Vertragsklausel beim Kauf eines Grundstückes samt Hausneubau, wonach alle Garantieansprüche gegen die Handwerker vom Verkäufer auf den Käufer übergehen sollten. Das Bundesgericht untersuchte diese Klausel daraufhin, ob eine umfassende Freizeichnung des Verkäufers vereinbart worden sei, was es verneinte. Stattdessen verstand es die Vereinbarung als blosser Abtretung der Ansprüche auf Nachbesserung sowie auf Ersatz eines allfälligen Mängelfolgeschadens.⁸ Ob auch Wandelungs- bzw. Minderungsrechte abtretbar gewesen wären, musste es nicht entscheiden.⁹

[Rz 5] In zwei unpublizierten Entscheiden hat das Bundesgericht die Thematik später noch gestreift. Erwähnenswert erscheint zunächst der Entscheid vom 3. Januar 2002.¹⁰ Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die Abtretung von Nachbesserungsansprüchen an Erfüllungsstatt oder erfüllungshalber¹¹ erfolgte. Es kam zum Ergebnis, dass den Käufern/Zessionaren mit der Abtretung die zusätzliche Möglichkeit verschafft werden sollte, die Nachbesserungsansprüche direkt gegen die Unternehmer geltend zu machen, ohne ihre kaufrechtlichen Mängelrechte gegenüber der Verkäuferin/Zedentin einzuschränken; daher seien die Käufer frei, bei gegebenen Voraussetzungen von der Verkäuferin Wandelung oder Minderung zu verlangen, ohne vorab das abgetretene Nachbesserungsrecht geltend zu machen. Im konkreten Fall anerkannte das Bundesgericht den eigenen Minderungsanspruch der Käufer gegenüber der Verkäuferin. Mit diesem Entscheid bestätigte es implizit seine Praxis, dass lediglich das Nachbesserungsrecht abtretbar sei. Ansonsten hätte es wohl die konkrete Vertragsklausel¹² anders auslegen und die Käufer im Sinne seiner Rechtsprechung¹³ zuerst auf ihr abgetretenes Minderungsrecht gegenüber dem Bauunternehmer verweisen müssen.

[Rz 6] Im Entscheid vom 14. Oktober 2004¹⁴ hatte das Gericht Gelegenheit, sich mit der Zession aller Gewährleistungsansprüche zu befassen; die Zession war mit einer umfassenden Freizeichnung der Verkäufer verbunden. Die Käufer versuchten trotz dieser Freizeichnung die Verkäufer aus Gewährleistung zu belangen, scheiterten aber an der zuvor eingetretenen Verjährung. Die möglicherweise fehlende Passivlegitimation war – soweit ersichtlich – nicht Thema des Prozesses.

2. Lehre

[Rz 7] Eine gänzliche Ablehnung einer Abtretung von Gewährleistungsansprüchen findet sich in der neueren Literatur nicht mehr. Indessen herrscht Uneinigkeit darüber, welche Mängelrechte abtretbar seien. GAUCH, der sich als erster intensiv mit der Frage auseinandergesetzt hat¹⁵, unterscheidet zwischen Wandelung und Minderung einerseits sowie Nachbesserung andererseits. Bei ersteren handle es sich um unselbstständige oder akzessorische Gestaltungsrechte, die so sehr in das Vertragsgefüge eingriffen, dass sie unlösbar mit dem Vertrag als Ganzem verbunden seien und demnach nicht vom Werkvertrag getrennt und an eine Drittpartei abgetreten werden könnten.¹⁶ Das Nachbesserungsrecht hingegen sei zwar auch als Gestaltungsrecht zu qualifizieren; es sei aber nicht unlösbar mit dem Vertrag verbunden; denn mit der Ausübung des Rechtes werde nicht in den Vertrag an sich eingegriffen; damit stehe einer Zession analog zu Art. 164 ff. OR im Grunde genommen nichts entgegen.¹⁷ Abtretbar nach Art. 164 ff. OR seien überdies die Forderungen aus Wandelung und Minderung sowie die Schadenersatzforderung wegen eines Mängelfolgeschadens. Weitere Autoren haben sich der Lehrmeinung von GAUCH angeschlossen, so etwa BÜHLER¹⁸ und ZINDEL/PULVER¹⁹.

[Rz 8] Andere Autoren sprechen sich für die Zedierbarkeit sämtlicher Gewährleistungsansprüche aus: HONSELL²⁰ räumt ein, dass Gestaltungsrechte an sich nicht abtretbar seien; indessen sei aus praktischen Gründen für die Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln eine Ausnahme zu machen und die Abtretung dieser Ansprüche «im Bündel» zuzulassen.²¹

[Rz 9] KÄSER²² kommt in Abweichung zu HONSELL zum Schluss, dass es durchaus Gestaltungsrechte gäbe, die abtretbar seien. Die Qualifikation der Mängelrechte als Gestaltungsrechte genüge somit nicht, um die Unabtretbarkeit von Wandelungs- und Minderungsansprüchen zu begründen²³. Ausserdem sei eine Zession nur des

Nachbesserungsrechtes vor Geltendmachung des Gewährleistungsrechts schon deshalb nicht möglich, weil sich das einzelne Mängelrecht erst durch die Wahl des Berechtigten konkretisiere.²⁴

[RZ 10] SCHWENZER²⁵ brandmarkt die Herausnahme der Gestaltungsrechte aus Art. 164 Abs. 1 als «begriffsjuristisch». Es sei kein Grund ersichtlich, warum die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht auch die Freiheit haben sollten, Gestaltungsrechte zu übertragen, schliesslich sprächen weder die Interessen des Zedenten noch jene des Schuldners für ein generelles Verbot der Abtretbarkeit.²⁶

[RZ 11] KOLLER²⁷ schliesslich vertritt die Meinung, dass eine Abtretung sämtlicher Mängelrechte möglich und wünschenswert sei.

III. Kurzer Rechtsvergleich mit Deutschland²⁸

[Rz 12] Schon in der Beurteilung der Rechtsnatur der Gewährleistungsansprüche bestehen Unterschiede zur Schweiz: Die wohl herrschende Meinung sieht in den Mängelrechten Ansprüche und nicht Gestaltungsrechte.²⁹ Unabhängig von dieser Auffassung bejaht die Lehre in Deutschland einhellig die Abtretbarkeit aller Gewährleistungsansprüche beim Kaufvertrag.³⁰ Was den Werkvertrag betrifft, befürwortet die herrschende Lehre zwar die Abtretbarkeit des Minderungs- und Nachbesserungsanspruchs, scheint aber derjenigen des Wandelungsrechts überwiegend ablehnend gegenüberzustehen.³¹ Der Bundesgerichtshof hat in einem älteren Entscheid festgehalten, dass «die Ausübung eines kaufrechtlichen Gewährleistungsanspruchs (...) grundsätzlich abtretbar» sei.³² Diese Formulierung lässt sowohl Abtretungsgegnern³³ wie -befürwortern³⁴ Raum zur Interpretation. Fest steht, dass der BGH das Minderungsrecht und das Rücktrittsrecht explizit für zedierbar erklärt hat.³⁵ Zahlreich sind ausserdem Urteile, die die Abtretung sämtlicher Mängelrechte – vor allem im Zusammenhang mit Leasingverträgen – gar nicht hinterfragen und stillschweigend die Gültigkeit einer solchen Zession voraussetzen.³⁶ In Deutschland, wo sich die Rechtsordnung der hier interessierenden Rechtsgebiete nicht wesentlich von derjenigen in der Schweiz unterscheidet³⁷, wird also die Abtretung von Mängelrechten überwiegend bejaht.

IV. Zulässigkeit der Abtretung

1. Interessenlage generell

[Rz 13] In der Praxis besteht ein grosses Bedürfnis, die Rechtslage möglichst flexibel gestalten und die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen frei vereinbaren zu können. Dies zeigt sich in all den Fällen – etwa Subunternehmerkonstellationen oder Kettenkaufverträgen –, in denen trotz der umstrittenen Rechtslage die Abtretung aller Gewährleistungsansprüche vereinbart wird. Grund dafür ist unter anderem die Tatsache, dass die Gewährleistungsordnungen zwischen den verschiedenen Parteien oft nicht übereinstimmen³⁸ und dass der ursprüngliche Gläubiger mit Veräusserung der Sache in der Regel das Interesse an der Gewährleistung verliert. Auf der Suche nach einer adäquaten Lösung der Problematik erscheint es deshalb angebracht, sich von den Bedürfnissen der Praxis und den Interessen der verschiedenen Parteien leiten zu lassen.³⁹

[Rz 14] Der **Zedent** ist im Grunde nicht mehr an der Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Schuldner interessiert. Er will mit der Sache nichts mehr zu tun haben und möchte es dem Zessionar überlassen, sich direkt mit den Handwerkern etc. auseinanderzusetzen.

[Rz 15] Für den **Zessionar** wiederum ist es einfacher, wenn er sämtliche Gewährleistungsansprüche persönlich und direkt gegenüber dem Schuldner geltend machen kann.⁴⁰ Auf diese Weise wird erreicht, dass diejenige Partei die Rechte durchsetzt, welche daran ein direktes Interesse hat.

[Rz 16] Der **Schuldner** freilich hat ein legitimes Interesse, dass die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen seine rechtliche und wirtschaftliche Lage nicht verschlechtert. Seinen Interessen sind jene von Zedent und Zessionar gegenüber zu stellen.

2. Vertragsfreiheit

[Rz 17] Analog zur Forderungsabtretung bleibt es dem Zedenten und dem Schuldner vorbehalten, durch Abrede schon im Zeitpunkt der Begründung des Schuldverhältnisses die Abtretbarkeit der Gewährleistungsansprüche auszuschliessen oder einzuschränken.⁴¹ Ein solches Abtretungsverbot hat zur Folge, dass eine dessen ungeachtet vorgenommene Abtretung unwirksam ist.⁴²

[Rz 18] Das Gegenstück zum vertraglichen Abtretungsverbot bildet die Konstellation, dass alle drei beteiligten Parteien ihr Einverständnis zur Abtretung der Mängelrechte geben, sei es, indem der Schuldner bereits bei der Begründung des Schuldverhältnisses einer allfälligen Abtretung explizit zustimmt, sei es, dass er erst später im konkreten Abtretungsfall sein Einverständnis gibt. In diesem Fall sollte u.E. die Vertragsfreiheit der Parteien honoriert werden, sollte das von allen Beteiligten Gewollte nicht an dogmatischen Bedenken scheitern. Dass die Rechtsnatur der Gewährleistungsrechte jede Abtretung ausschliessen würde, wird heute ja von niemandem mehr vertreten; auch der Abtretbarkeit kritisch gegenüber stehende Autoren erachten die Abtretung von Nachbesserungsrechten als zulässig.⁴³ Und uns scheint, dass dogmatische Bedenken gegenüber dem praktischen Bedürfnis und dem Parteiwillen zurückzutreten haben, jedenfalls dann, wenn im Gesetz nicht klar etwas anderes angeordnet ist.

[Rz 19] Weniger klar sind die Fälle, in denen weder ein explizites Abtretungsverbot noch die Zustimmung des Schuldners zur Abtretung vorliegen, d.h. die Fälle, in welchen der Zedent die Gewährleistungsansprüche abgetreten hat, ohne dass der Schuldner sich dazu positiv oder negativ geäußert hat. Hier ist die Frage für die verschiedenen Mängelrechte unter Berücksichtigung der Parteiinteressen zu prüfen.

3. Zu den einzelnen Gewährleistungsansprüchen

- a) [Rz 20] Unbestritten ist mit Recht, dass **rein monetäre Ansprüche** aus Gewährleistung (Forderungen aus Wandelungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrechten sowie Schadenersatzforderungen) nach Art. 164 ff. OR zedierbar sind.⁴⁴ Umstritten ist einzig die Abtretung jener Gewährleistungsrechte, die als Gestaltungsrechte gelten.⁴⁵ Art. 164 ff. OR finden, da auf Forderungen bezogen, keine unmittelbare Anwendung. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie sollten u.E. jedoch auch Gestaltungsrechte abtretbar sein.⁴⁶ Analog Art. 164 OR fände dieser Grundsatz dort seine Grenze, wo Gesetz oder Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretbarkeit entgegenstehen oder wo die Parteien ein Abtretungsverbot vereinbart haben.⁴⁷ Konkret stellt sich für die verschiedenen Gewährleistungsansprüche die Frage, ob die Natur des betreffenden Anspruchs der Abtretung entgegensteht.
- b) [Rz 21] Betreffend **Nachbesserungsrecht**⁴⁸ herrscht grundsätzlich Einigkeit: Es soll in sinngemässer Anwendung der Art. 164 ff. OR auf den Zessionar übertragbar sein.⁴⁹ Dies gilt gemäss Bundesgericht unbeschrieben davon, ob der Nachbesserungsanspruch realiter oder in Form der Kosten einer **Ersatzvornahme** geltend gemacht wird.⁵⁰ Einer Abtretung des Nachbesserungsrechtes vom Zedenten an den Zessionar analog Art. 164 OR steht nichts entgegen. Technisch gesehen wird ein Teilaspekt aus einem Vertragsgefüge herausgenommen. Der Zedent verliert die Verfügungsmacht über diesen Teilaspekt, ansonsten bleibt der Vertrag zwischen Zedent und Schuldner unberührt. Für den Zessionar heisst das, dass nur noch er das Nachbesserungsrecht ausüben darf. Mit diesem gehen analog zu Art. 170 OR auch die Nebenpflichten und -rechte sowie die Obliegenheiten an den Zessionar.⁵¹ So obliegt es z.B. dem Zessionar, allfällige Mängel rechtzeitig zu rügen.⁵² Bei der Abtretung des Nachbesserungsrechtes ist wie bei jeder Zession der Schuldnerschutz zu beachten; der Schuldner darf durch die Zession nicht schlechter gestellt werden.⁵³ Daher läuft etwa die Frist für die Erhebung der Mängelrüge ab Ablieferung des Werkes bzw. der Kaufsache und es beginnt keine zweite Frist ab Übergabe der Sache an den Zessionar.⁵⁴ Zweck des Schuldnerschutzes ist es, dass das Nachbesserungsrecht auf den Zessionar in dem Bestand übergeht, den es mit all seinen Stärken und Schwächen beim Zedenten hatte.⁵⁵ Damit steht auch die Interessenlage des Schuldners einer Zulassung der Abtretung von Nachbesserungsrechten nicht entgegen.⁵⁶ Die Abtretung des Nachbesserungsrechtes ist daher ohne Wenn und Aber zulässig.

- c) [Rz 22] Was das **Minderungsrecht** anbelangt, kann weitestgehend auf die Ausführungen zum Nachbesserungsrecht verwiesen werden. Die Interessen von Zedent und Zessionar liegen auf der Hand. Der Zedent möchte mit auftretenden Mängeln an der veräusserten Sache nichts mehr zu tun haben; für den Zessionar ist es praktisch, wenn er einen allfälligen Minderungsanspruch direkt und persönlich gegen den Schuldner geltend machen kann. Auch der Schuldner hat kaum schützenswerte Interessen, sich einer Zession zu widersetzen. Seine Situation verschlechtert sich rechtlich nicht, ob er nun gegenüber dem Zedenten oder dem Zessionaren zur teilweisen Rückerstattung des Kaufpreises oder Werklohnes verpflichtet ist. Dass ein neuer Gläubiger auftritt, mag je nach Person für den Schuldner zwar lästig sein. Das ist aber wie bei der Zession von sonstigen Forderungen hinzunehmen. Da einer Abtretung des Minderungsrechtes keine Parteiinteressen entgegenstehen, könnte diese einzig noch der Natur des Rechtsverhältnisses wegen abgelehnt werden. Das würde voraussetzen, dass das betreffende Recht entweder mit der Person des Gläubigers (Zedent) derart eng verbunden wäre, dass der Gläubigerwechsel zu einer Änderung des Forderungsinhalts führen würde, oder dass es mit dem Vertrag selbst so eng verbunden wäre, dass es nicht von diesem getrennt werden könnte.⁵⁷ Beim Minderungsanspruch ist dies aufgrund der geschilderten Interessenlage nicht der Fall. U.E. steht die Natur des Minderungsrechtes einer Abtretung daher nicht entgegen.
- d) [Rz 23] Bei der **Wandelung** erscheint die Rechtslage etwas komplexer. Die Wandelung bewirkt eine vollständige Aufhebung und Rückabwicklung des ursprünglichen Vertrages zwischen Schuldner und Zedenten. Freilich spricht die Interessenlage der beteiligten Parteien u.E. auch hier *für* und *nicht gegen* Zedierbarkeit: Der Zedent dürfte kaum je ein Interesse an einer Wandelung haben. Er will mit der Sache nichts mehr zu tun haben. Der Zessionar seinerseits möchte direkt und persönlich gegenüber dem Schuldner wandeln können, ohne auf die Mithilfe des Zedenten angewiesen zu sein. Der Schuldner darf freilich durch den Gläubigerwechsel nicht schlechter gestellt werden.⁵⁸ Daher muss sich der Zessionar bei Geltendmachung des Wandelungsanspruches etwa die Umgestaltung der Sache⁵⁹ durch den Zedenten, das Selbstverschulden⁶⁰ oder die Genehmigung⁶¹ des Zedenten entgegenhalten lassen. Ebenso muss sich der Zessionar die Folgen von zeitlichen Versäumnissen des Zedenten entgegenhalten lassen, wenn etwa der Zedent versäumt hat, rechtzeitig zu rügen oder die Verjährung zu unterbrechen. Unter diesen Voraussetzungen spielt es für den Schuldner im Grunde keine Rolle mehr, ob er mit dem Zedenten oder dem Zessionar den Vertrag rückabwickelt. Entgegen der (noch) herrschenden Lehre⁶², erscheint es uns daher zulässig, auch das Recht auf Wandelung abzutreten. Zwar trifft es durchaus zu, dass die Wandelung sehr einschneidende Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis hat; das ist aber gleichermassen der Fall, ob nun der ursprüngliche Vertragspartner oder sein Rechtsnachfolger Wandelung erklärt und die Rechte daraus ausübt. Will der Schuldner sicher sein, immer demselben Vertragspartner gegenüberzustehen, muss er ein Abtretungsverbot in den Vertrag aufnehmen. Und auch das schützt ihn nicht in jedem Fall vor einem Gläubigerwechsel. Dass ein Schuldner einen Vertrag mitunter mit einem neuen Gläubiger abwickeln muss, ist in allerlei Konstellationen möglich; z.B. bei Fusionen und Erbgängen. Eine Abtretung des Wandelungsanspruches erscheint uns daher zulässig.⁶³
- e) [Rz 24] Im Sinne unserer obigen Ausführungen zu Wandelung und Minderung sind u.E. auch die **Rechtsgewährleistungsansprüche** zedierbar. Bei vollständiger Entwehrung gilt der Kaufvertrag als aufgehoben und ist der Kaufpreis zurückzuerstatten. Bei teilweiser Entwehrung ist der Minderwert finanziell auszugleichen. Die Interessenlage ist mit derjenigen bei Wandelung und Minderung vergleichbar. Freilich ist die Frage der Abtretbarkeit von Rechtsgewährleistungsansprüchen von geringer praktischer Bedeutung.⁶⁴

4. Abtretungsumfang

[Rz 25] Zu prüfen ist, ob die Gewährleistungsansprüche nur gesamthaft, d.h. als Bündel abgetreten werden können oder ob der Zedent auch einzelne Rechte aus diesem Bündel herausbrechen darf.

[Rz 26] Bevor ein Gewährleistungsrecht vom Berechtigten ausgeübt wird, bilden die Gewährleistungsrechte ein Ganzes. Das einzelne Mängelrecht konkretisiert sich erst durch die Wahl des Berechtigten. Solange er diese Wahl

nicht getroffen hat, lassen sich die Gewährleistungsansprüche vernünftigerweise nicht spalten. Auch kann das Wahlrecht nicht auf mehrere Personen verteilt werden.⁶⁵ U.E. können die Mängelrechte daher nur im Bündel⁶⁶ abgetreten werden. Nach Ausübung des Wahlrechts erscheint eine Teilabtretung z.B. nur eines Teils von Mängelfolgeschäden denkbar.

[Rz 27] Indem das Bundesgericht und die herrschende Lehre⁶⁷ die Abtretung von Wandelungs- und Minderungsrecht verneinen, indessen eine solche für das Nachbesserungsrecht zulassen, genehmigen sie eine Spaltung des Wahlrechtes auf zwei Personen (Zedent und Zessionar). Eine solche Spaltung birgt grosse praktische Schwierigkeiten, zu welchen unseres Wissens das Bundesgericht noch nie Stellung genommen hat.

5. Wahlrecht als Nebenrecht

[Rz 28] Vielleicht noch Folgendes: Sind Gestaltungsrechte mit einer zedierten Forderung als solcher verbunden, gehen sie nach heute wohl einmütiger Lehre mit der Zession ohne weiteres auf den Zessionar über; so etwa das Recht auf Kündigung bei einer Darlehensforderung oder das Wahlrecht bei Wahlobligationen.⁶⁸ Hingegen soll das Gestaltungsrecht nicht abtretbar sein, wenn es nicht mit der abgetretenen Forderung, sondern mit dem ihr zugrunde liegenden Schuldverhältnis als Ganzem verbunden sei.⁶⁹ Die Abtretbarkeit hängt bei dieser Betrachtung also davon ab, ob ein Gestaltungsrecht mit dem Schuldverhältnis an sich oder aber nur mit einer aus diesem Schuldverhältnis isolierten Forderung verbunden ist. Gewährleistungsansprüche dienen dazu, dem Käufer oder Besteller das zu verschaffen, was ihm der Verkäufer oder Unternehmer versprochen hat, sei es realiter (bei Nachbesserung), sei es durch finanziellen Ausgleich (bei Minderung oder Wandelung). Dieses Bündel von Forderungen steht dem Käufer oder Besteller nicht kumulativ, sondern alternativ zu. Mit der Ausübung seines Wahlrechts fixiert der Käufer oder Besteller sein Recht; d.h. er konkretisiert die ihm aus Gewährleistungsrecht zustehende Forderung. Das Wahlrecht des Gewährleistungsrechts ist kein isoliertes Gestaltungsrecht. Eine Abtretung nur des Wahlrechts ohne Abtretung auch der nach Ausübung des Wahlrechts konkretisierten Forderung wäre sinnlos. Die Wahlrechte sind vielmehr mit dem Bündel der Gewährleistungsansprüche verknüpft. Die Gestaltungsrechte sind u.E. daher nicht dem Schuldverhältnis an sich, sondern vielmehr mit den Gewährleistungsansprüchen verknüpft. Sie würden deshalb nur dann nicht auf den Zessionar übergehen, wenn sie mit der Person des Zedenten untrennbar verbunden wären (Art. 170 Abs. 1 OR). Das ist u.E. bei Wandelung und Minderung so wenig der Fall wie bei Nachbesserung. Zwar ist einzuräumen, dass namentlich eine Wandelung für den Schuldner einschneidende Konsequenzen haben kann. Ob aber der Gläubiger die Wahl noch selbst trifft und die dadurch bewirkten Forderungen abtritt oder ob er das ganze Bündel an Gewährleistungsansprüchen zediert und dem Zessionar die Wahl überlässt, ändert daran nichts. Umgekehrt würde eine isolierte Abtretung nur des Wahlrechts ohne gleichzeitige Abtretung der daraus resultierenden Forderungen zu einer für alle Beteiligten unbefriedigenden Situation führen, die kaum Rechtsschutz verdient. Das Interesse des Schuldners ist u.E. daher dann am besten geschützt, wenn man die Abtretung zulässt, aber nicht in Scheibchen, sondern nur im Bündel.

6. Abtretung und Freizeichnung

[Rz 29] Ob die Gewährleistungsansprüche an Erfüllungsstatt oder erfüllungshalber abgetreten wurden, ist durch Auslegung des Grundgeschäfts zu bestimmen.⁷⁰ Danach bestimmt sich, ob der Zessionar neben den abgetretenen Gewährleistungsansprüchen auch weiterhin eigene Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Zedenten geltend machen kann. Analog zu Art. 172 OR besteht u.E. eine Vermutung für eine Abtretung erfüllungshalber. Eine umfassende Freizeichnung des Zedenten kann für den Zessionar durchaus heikel sein; insbesondere dann, wenn dem Drittschuldner aus dem Verhältnis zum Zedenten Einreden oder Einwendungen entgegenstehen (z.B. Verrechnung, Einrede des nicht erfüllten Vertrags etc.).

V. Fazit

[Rz 30] Wenn der zugrundeliegende Vertrag kein Abtretungsverbot enthält, können Gewährleistungsansprüche zediert werden. Eine Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich. Gleichwohl bleibt (angesichts der sehr gewichtigen Gegenmeinungen) ein rechtliches Risiko in Bezug auf Wandelung und Minderung. Man wird deshalb bei der Vertragsgestaltung darauf achten müssen, eine sinnvolle Ersatzlösung für den Fall zu vereinbaren, dass die Abtretung ganz oder teilweise unwirksam sein sollte. Als Auffangklausel für eine allenfalls (teil-)nichtige Abtretung

von Gewährleistungsansprüchen eignet sich eine allgemein formulierte salvatorische Klausel nicht. Hier empfiehlt sich u.E. eine massgeschneiderte Lösung⁷¹, z.B.:

«Der Verkäufer tritt dem Käufer hiermit sämtliche ihm gegen [... Schuldner/Vertragsverhältnis] zustehenden Sach- und Rechtsgewährleistungsansprüche ab.

Die dem Käufer gegenüber dem Verkäufer zustehenden Gewährleistungsansprüche werden im gesetzlich zulässigen Umfang wegbedungen. Sofern jedoch die Durchsetzung der abgetretenen Gewährleistungsansprüche aus Gründen scheitern oder beeinträchtigt werden sollte, welche der Verkäufer zu verantworten hat, wird der Verkäufer den Käufer vollumfänglich schadlos halten.

Soweit die Abtretung der Gewährleistungsansprüche ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden sollte, verpflichtet sich der Verkäufer, auf Weisung des Käufers die entsprechenden Rechte in eigenem Namen, aber auf Kosten und Rechnung des Käufers durchzusetzen. Der Verkäufer ist verpflichtet, die Weisungen des Käufers zu beachten, soweit diese zulässig sind und soweit ihm der Käufer die Kosten angemessen bevorschusst. Der Käufer ist sodann ermächtigt, im Namen des Verkäufers gegenüber [... Schuldner] sämtliche Erklärungen im Zusammenhang mit den Gewährleistungsansprüchen abzugeben.»

Beat Denzler, Dr. iur., LL.M. (Harvard) ist Partner, Dorothee Auwärter, lic. iur., Mitarbeiterin bei Schiller Denzler Dubs Rechtsanwälte, Winterthur.

¹ BGE 109 II 423.

² Später wird dieser Entscheid sowohl vom Bundesgericht selbst (BGE 114 II 239 E. 5c)bb)) als auch von der Lehre (vgl. GAUCH, Anmerkung zu BGE 109 II 423, BR 1985 16) als Beispiel aufgeführt, welches die Zedierbarkeit von Nachbesserungsansprüchen bejahe.

³ BGE 114 II 239.

⁴ BGE 114 II 239 E. 5c)aa).

⁵ Vgl. unten Ziff. II.2.

⁶ BGE 114 II 239 E. 5c)bb).

⁷ BGE 118 II 142.

⁸ BGE 118 II 142 E. 1b).

⁹ Hingegen hielt es fest (BGE 118 II 142 E. 1c), dass im Falle einer isolierten Abtretung des Nachbesserungsanspruches Art. 467 Abs. 2 OR analog anwendbar ist. Der Besteller muss sich damit zunächst an die Handwerker wenden, bevor er die (eigenen) Gewährleistungsansprüche gegen seinen direkten Vertragspartner ausüben darf. Insoweit ist die Gewährleistungspflicht des Vertragspartners gestundet.

¹⁰ Urteil 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002.

¹¹ Vgl. Art. 172 OR.

¹² Die Parteien hatten in ihrem Kaufvertrag unter anderem vereinbart: «Die Verkäuferin tritt, soweit gesetzlich zulässig, den Käufern die ihr zustehenden Garantieansprüche, insbesondere den Nachbesserungsanspruch, gegenüber sämtlichen am Bau beteiligten Unternehmern ab.»

¹³ BGE 118 II 142 E. 1c), vgl. auch Fn. 9.

¹⁴ Urteil 4C.134/2004 vom 14. Oktober 2004.

¹⁵ GAUCH, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, BR 1984 23 ff.

¹⁶ GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 2439 ff.; IDEM, Abtretung (Fn. 15), 25;

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR AT II, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 3628.

- GAUCH, Abtretung (Fn. 15), 25 ff.; IDEM, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2443 f.
- ¹⁸ BÜHLER, Zürcher Kommentar V2d, 3. Aufl., Zürich 1998, N 213 ff. zu Art. 368 OR.
- ¹⁹ ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar OR I, 3. Aufl., Basel 2003, N 13 zu Art. 368 OR.
- ²⁰ HONSELL, OR BT, 6. Aufl., Bern 2001, 411 ff.
- ²¹ HONSELL (Fn. 20), 411 f.
- ²² KÄSER, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Zürich 2000.
- ²³ KÄSER (Fn. 22), 100 f.
- ²⁴ KÄSER (Fn. 22), 243; vgl. auch KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995, § 2 Rz. 20.
- ²⁵ SCHWENZER, OR AT, Bern 1998, Rz. 90.18 ff.
- ²⁶ SCHWENZER (Fn. 25), Rz. 90.21.
- ²⁷ KOLLER, Die Abtretung werkvertraglicher Mängelrechte in Grundstückkaufverträgen, in: Festschrift «100 Jahre Verband Bernischer Notare», Langenthal 2003, 359 ff.
- ²⁸ KÄSER (Fn. 22), 118 ff., widmet sich ausführlich der Rechtslage in Deutschland. Auf seine Ausführungen wird hier weitestgehend abgestellt.
- ²⁹ KÄSER (Fn. 22), 119 mit weiteren Verweisen.
- ³⁰ KÄSER (Fn. 22), 148 ff.
- ³¹ KÄSER (Fn. 22), 156 ff.
- ³² NJW 1977 847.
- ³³ Vgl. GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2447.
- ³⁴ Vgl. HONSELL (Fn. 20), 411 f.
- ³⁵ NJW 1977 847 f. (Minderungsrecht) und NJW 1985 2822 f. (Rücktrittsrecht).
- ³⁶ Vgl. NJW 1985 2823 mit weiteren Verweisen, oder auch NJW 1997 652 und NJW 2004 1873.
- ³⁷ KÄSER (Fn. 22), 119 ff. Mit der Revision des Bürgerlichen Gesetzbuches (in der Folge «BGB») per 1. Januar 2002 fügte der deutsche Gesetzgeber indessen eine neue Bestimmung ein: Gemäss § 285 BGB kann der Gläubiger, falls der Schuldner infolge Unmöglichkeit für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Es ist somit davon auszugehen, dass in Anwendung von § 285 BGB ein Anspruch auf Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber Dritten besteht.
- ³⁸ Vgl. KOLLER, Abtretung (Fn. 27), 363 ff.
- ³⁹ Vgl. auch SCHWENZER (Fn. 25), Rz. 90.21.
- ⁴⁰ Es wird hier vorausgesetzt, dass die Zession nicht losgelöst, sondern verbunden mit einem Grundgeschäft erfolgt, z.B. mit dem Erwerb einer neu erstellten Liegenschaft.
- ⁴¹ Analog zu Art. 164 Abs. 1 OR.
- ⁴² Vgl. auch KÄSER (Fn. 22), 108.
- ⁴³ Bühler (Fn. 18), N 213 ff. zu Art. 368 OR; GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2443; unbestritten ist auch, dass man ein ganzes Vertragsverhältnis mitsamt den damit verknüpften Gestaltungsrechten auf eine neue Partei übertragen kann, wenn alle Parteien damit einverstanden sind.
- ⁴⁴ BÜHLER (Fn. 18), N 219 f. zu Art. 368 OR; GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2442 und 2444 f.; KOLLER, Nachbesserungsrecht (Fn. 24), § 2 Rz. 21; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 13 zu Art. 368 OR sowie BGE 114 II 239 E. 5c)aa).
- ⁴⁵ Vgl. oben Ziff. II.
- ⁴⁶ Vgl. auch KOLLER, Abtretung (Fn. 27), 368 f.
- ⁴⁷ Vgl. KÄSER (Fn. 22), 107 f.
- ⁴⁸ Die Ausführungen gelten mentalis mutandi auch für ein allfällig vereinbartes Recht auf Ersatzlieferung!
- ⁴⁹ Vgl. insbesondere GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2443; KÄSER (Fn. 18), 73 ff. sowie BGE 118 II 142 E. 1b) und 114 II 239 E. 5c)bb).
- ⁵⁰ BGE 114 II 239 E. 5c)bb) mit Verweis auf BGE 107 II 50 E. 3.
- ⁵¹

- KÄSER (Fn. 22), 181 ff.; a.M. insbesondere GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16), Rz. 2453
- ⁵² GAUCH, Werkvertrag (Fn. 16, Rz. 2453, mit Verweis auf Rz. 2126) will dieses Problem über die Stellvertretung lösen: der Zedent könne den Zessionar zur Rüge ermächtigen. Diese Lösung ist aber insofern unbefriedigend, als der Zessionar von der Vollmacht des Zedenten abhängt und diese gemäss der zwingenden Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 OR jederzeit widerrufen werden kann (vgl. auch KOLLER, Abtretung [Fn. 27], 367).
- ⁵³ Analog zu Art. 167 ff. OR.
- ⁵⁴ KÄSER (Fn. 22), 183.
- ⁵⁵ Analog zu den Art. 167 bis 169 OR muss dem Schuldner die Abtretung angezeigt werden, ansonsten er dem ursprünglichen Gläubiger zur allfälligen Nachbesserung verpflichtet bleibt; der Schuldner braucht keine Nachbesserung vorzunehmen, solange keine klare Zuordnung der Mängelrechte erfolgen kann; und schliesslich kann der Schuldner gegenüber dem Zessionar alle Einreden geltend machen, die ihm gegenüber dem Zedenten zustehen würden (vgl. KÄSER [Fn. 22], 112 ff.).
- ⁵⁶ KOLLER, Abtretung (Fn. 27), 368 f.
- ⁵⁷ KÄSER (Fn. 22), 108 ff.; im gleichen Sinne BGE 115 II 264 E. 3b.
- ⁵⁸ Vgl. KÄSER (Fn. 22), 184 ff.
- ⁵⁹ Art. 207 Abs. 3 OR.
- ⁶⁰ Art. 207 Abs. 3 sowie Art. 369 OR.
- ⁶¹ Art. 370 OR.
- ⁶² Vgl. oben Ziff. II.2.
- ⁶³ Ohnehin ist Wandelung bei den hier vor allem interessierenden Bauwerkverträgen ein seltenes Phänomen.
- ⁶⁴ Vgl. auch Käser (Fn. 22), 42.
- ⁶⁵ Koller, Nachbesserungsrecht (Fn. 24), § 2 Rz. 20.
- ⁶⁶ Vgl. auch Honsell (Fn. 20), 411 f.; Käser (Fn. 22), 167 f.; Koller, Abtretung (Fn. 27), 365.
- ⁶⁷ Vgl. oben Ziff. II.
- ⁶⁸ VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, 356/7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 16) Rz. 3669; ZK-SPIRIG, ZÜRICH 1993, N 49 zu Art. 170 OR mit Hinweisen.
- ⁶⁹ VON TUHR/ESCHER (Fn. 68), 357; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn. 16), Rz. 3670 ff.; ZK-SPIRIG (FN. 68), N 57/9 zu Art. 170 OR; unbestritten ist bei dieser Betrachtung, dass der Gläubiger in diesen Fällen die nicht übergehenden Gestaltungsrechte nur mit Zustimmung des Erwerbers ausüben darf, ZK-SPIRIG (FN. 68), N 60 zu Art. 170 OR mit Hinweisen.
- ⁷⁰ Vgl. auch BGE 118 II 142 E. 1b) sowie Urteil 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002, E. 2b).
- ⁷¹ Jedermann ist eingeladen, die Klausel in eigenen Verträgen zu verwenden, tut das aber auf eigenes Risiko.

Rechtsgebiet: OR allgemeiner Teil

Erschienen in: Jusletter 13. Juni 2005

Zitiervorschlag: Beat Denzler / Dorothee Auwärter, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen, in: Jusletter 13. Juni 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4021>