

FACHANWALT SAV / AVOCAT SPECIALISTE FSA

BAU- UND IMMOBILIENRECHT / DROIT DE LA CONSTRUCTION ET DE L'IMMOBILIER

FACHANWÄLTE SCHREIBEN (NICHT NUR) FÜR (BAU-)ANWÄLTE

RICHARD CALAME

Dr. iur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht,
Präsident Fachkommission SAV Bau- und Immobilienrecht,
SPLC avocats & notaires, Neuchâtel

Unter diesem Motto erscheinen für Sie, geehrte Kolleginnen und Kollegen, die nachfolgenden Beiträge. Kurz gefasst, und der Reihe nach, bieten unsere Fachkollegen Ihnen (1) Tipps für den Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan (P. v. Ins), (2) eine Standortbestimmung i. S. Zweitwohnungen (Ch. Tillmann), (3) Erläuterndes zur IVHB-In-

terkant. Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (P. Heer) und (4) eine Führung, in französischer Sprache, entlang unserer Gewässer (J. Fournier).

Möglicherweise finden Sie im einen oder anderen Beitrag just die Information, die Sie für Ihre Mandantenberatung gestern gebraucht hätten...

STOCKWERKEIGENTUM: KAUFEN AB PLAN – MINENFELDER IM ALLTAGSGESCHÄFT

PETER VON INS

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Mitarbeit:

GENTIANA SHABANAJ

MLaw

Stichworte: Mängelrechte, Abtretung, Freizeichnung, Musterverträge, AGB, Stockwerkeigentümer

I. Einleitung

Der «Kauf ab Plan» ist heutzutage bei Neubauten die häufigste Form des Erwerbs von Wohneigentum. Als Verkäufer treten dabei meist auf: Investor, Einfache Gesellschaften als Totalunternehmerin (TU), Generalunternehmerin (GU)/Planer/Investor, Generalunternehmer alleine mit Beizug von Planern oder natürliche Personen.

Die Verkäuferschaft verpflichtet sich dabei, die Wohnung gemäss vorliegenden Plänen und auf einen be-

stimmten Termin hin fertigzustellen. Um das Investitionsrisiko der Verkäuferschaft erheblich zu reduzieren und die Finanzierung des Projekts zu vereinfachen oder überhaupt erst zu ermöglichen, wird beim «Kauf ab Plan» zu einem eher frühen Zeitpunkt der Vertrag beim Notar beurkundet.

Im Vertrag bedingt die Verkäuferschaft meistens jede Gewähr für Rechts- und Sachmängel aus Kaufvertrag und Werkvertrag weg (Freizeichnung im Rahmen der gesetzli-

chen Bestimmungen) und tritt dafür die Rechte gegenüber den am Bau beteiligten Unternehmern in irgendeiner Form an den oder die Käufer ab. Solche Abtretungen können problematisch sein und werden denn in der Lehre heute auch nicht ohne Grund kritisiert:

Wer sich real abgeschlossene, öffentlich beurkundete Verträge ansieht, stellt rasch fest, dass hier meist alles unternommen wird, um die Haftung des Veräusserers zu minimieren. Im Gleichschritt marschiert die Abrede, mit welcher der Veräusserer – häufig ein selbsternannter Generalunternehmer – dem Erwerber die Mängelrechte aus seinen eigenen Werkverträgen (mit den Subunternehmern) abtritt. Damit wird die Rechtsstellung des Erwerbers aber schon deshalb kaum spürbar verbessert, weil er fortan seine Rechte gegen die Vertragspartner eines anderen durchzusetzen hat, die nicht immer darauf brennen, Reparaturen zeitgerecht auszuführen. Dass entsprechende Abreden weit verbreitet sind, ändert nichts an ihrer (für den Erwerber) nachteiligen Wirkung.¹

Obwohl SCHUMACHER bereits 1994 im Zusammenhang mit der eingangs geschilderten Problematik von einer «gesteigerten Komplexität» sprach und STÖCKLI anlässlich der Baurechtstagung 2009 diese gesteigerte Komplexität bestätigte und noch um den Aspekt «Unmöglichkeit der Mehrfachabtretung» erweiterte, muss auch GAUCH in der 5. Auflage seines Kommentars zum Werkvertrag 2011² feststellen, dass die Lehre sich immer noch uneins ist über die Möglichkeiten der Abtretung von Mängelrechten im Zusammenhang mit dem Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan zusammen mit einer meist vollständigen Freizeichnung der Verkäuferschaft. Die Diskussion wird mit Inkrafttreten von neu UWG 8 erweitert um die Problematik der Teilnichtigkeit/Nichtigkeit vorformulierter Vertragsbestimmungen, welche für eine Partei krass nachteilig sind.³

Im Folgenden sollen einige Aspekte der rechtlichen Problematik in Bezug auf «Kauf ab Plan» anhand der Konstellation «Totalunternehmer (TU) – Käufer einer Stockwerkeinheit» beleuchtet werden. Dieser Beitrag nimmt für sich lediglich in Anspruch, dem eiligen Leser (was praktizierende Anwälte ja in der Regel sind!) einen kurzen Überblick über vorhandene Problemfelder und Hinweise auf weiterführende Literatur oder massgebende Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts zu geben.

II. Rechtsverhältnisse

Verschaffen wir uns an dieser Stelle kurz den Überblick über Parteien und ihre Rechtsverhältnisse in der hier interessierenden Konstellation

Verkäuferin (Totalunternehmerin) und Käufer (Bauherr)

Interesse: Die Verkäuferin will möglichst rasch viele Einheiten vor Inangriffnahme einer Überbauung verkaufen, zu einem Zeitpunkt, wo die zu kaufende Eigentumswohnung nur auf Plänen und mit mehr oder weniger konkretisiertem individuellem Ausbau vorliegt. Je nachdem wird dann der potenzielle Käufer noch selber Werkverträge mit

Unternehmern betreffend Innenausbau schliessen. Ausserdem ist unter Umständen ein später geltendes Stockwerkeigentümerreglement noch nicht ausgearbeitet. Oft wird in den Kantonen, wo es kein Amtsnotariat gibt, die Urkundsperson als freiberuflich arbeitender Notar durch die Verkäuferin «gebracht», und es werden Standardtexte in den Verträgen gebraucht.

Verträge: Entweder werden zwei getrennte Verträge (Grundstückkaufvertrag und Werkvertrag) oder aber ein gemischter Vertrag, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet, abgeschlossen. Die Parteien können indessen allenfalls auch den Kauf einer künftigen Sache vereinbaren, was eher die Ausnahme zu sein scheint.⁴

Totalunternehmerin und Subunternehmer

Interesse: Die Totalunternehmerin in ihrer Rolle als Erstellerin und Verkäuferin wird ein Interesse daran haben, die von ihr zu bezahlenden Herstellungskosten möglichst tief zu halten, was natürlich dazu führt, dass oft der am tiefsten offerierende Subunternehmer den Zuschlag für die entsprechenden Arbeiten erhält. Sie schliesst mit den Subunternehmern Werkverträge ab, welche dann oftmals von der Totalunternehmerin eingebrachte AGB enthalten. Die Totalunternehmerin schliesst diese Verträge mit den Subunternehmern ab, weshalb die Mängelrechte aus Werkvertrag zunächst einzig bei der Generalunternehmerin verbleiben. Der Subunternehmer, je nach Intensität seiner knappen Preiskalkulation zwecks Erhalt des Zuschlages, wird natürlich bei Ausführung der Arbeiten eine Tendenz haben, durch Minimierung seines Aufwandes seinen Unternehmergewinn doch noch zu optimieren, was wiederum für den Käufer eine Gefahr hervorruft, mit später zutage tretenden Mängeln konfrontiert zu werden.

Verträge: Die Werkverträge mit den Subunternehmern sind betreffend Bestand und Inhalt unabhängig vom Vertrag, welchen die Totalunternehmerin mit den Käufern geschlossen hat, falls die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Die Totalunternehmerin wird allerdings darauf achten müssen, dass sie seine werkvertraglichen Verpflichtungen aus dem Vertrag mit den potenziellen Käufern mit denen des Subunternehmers gegenüber ihm selber koordiniert.⁵

Ebenfalls sollte darauf geachtet werden, dass die Gültigkeit der Bestimmungen in SIA-Norm 118 in sämtlichen

1 STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Schweizerische Baurechtstagung (im Folgenden BRT) 2009, S. 13.

2 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.

3 STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 173 ff.

4 Vgl. Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare 621.2, im Folgenden MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 23 ff.; STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 6; BGE 118 II 142 E. 1.a) S. 144 = ZBGR 1994 S. 37, insb. 39.

5 KÄSER, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, S. 32, in: Zürcher Studien zum Privatrecht No 161, mit Hinweisen auf GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 146 ff.

Verträgen vereinbart worden ist und dort allfällige Streichungen einzelner Bestimmungen ebenfalls in den verschiedenen Verträgen koordiniert sind.

Käufer und Subunternehmer

Interesse: Treten nach Erstellung des Kaufobjekts bei diesem später Mängel auf, hat der Käufer ein Interesse daran, diese beheben zu lassen. Hierzu muss er die Verantwortlichen kennen, was bedeutet, dass er schon beim Kauf auf Herausgabe einer Unternehmerliste bestehen muss. Ebenfalls wird er sich genau erkundigen müssen, welche Rechte ihm zustehen, welche Obliegenheiten er hat und gegenüber wem er diese innert welcher Fristen in welcher Form geltend zu machen hat. Dies wird in der Praxis bei Liegenschaftskäufen oftmals sträflich vernachlässigt.

Verträge: Zwischen dem Käufer und dem Subunternehmer besteht somit kein Vertragsverhältnis. Der Subunternehmer haftet dem Besteller folglich nicht aus Vertrag,⁶ sondern allerhöchstens aus OR 41, eine Haftung, welche im Einzelfall vom Käufer kaum erfolgreich in Anspruch genommen werden kann.

Nicht näher dargestellt und verfolgt werden soll im Rahmen des vorliegenden Überblicks die Möglichkeit eines *Vertrages mit Drittschutzwirkung*.⁷

Ebenfalls nicht an dieser Stelle behandelt wird die Möglichkeit der Lösung der hier angedeuteten Problematik mittels der Figur der *Drittschadensliquidation*.⁸

Öffentliche Beurkundung

Der juristische Laie kauft eine Eigentumswohnung. Rechtlich jedoch erwirbt er einen Miteigentumsanteil, in der Regel ausgewiesen durch eine Wertquote, welcher mit dem Recht, nämlich einem Sonderrecht, verbunden wird, einen bestimmten Gebäudeteil ausschliesslich zu nutzen und ausbauen zu dürfen.⁹

Derjenige Teil des Vertragswerkes beim Kauf ab Plan, welcher eben den Kauf und nicht die Herstellung betrifft, muss zu seiner Gültigkeit öffentlich beurkundet sein.¹⁰ Es kann sich beim Vertrag entweder um einen separaten Kauf- und separaten Werkvertrag, aber auch um einen gemischten Vertrag, selten auch um einen Kaufvertrag «Kauf einer künftigen Sache» handeln. Als Entscheidungskriterium, ob gemischter Vertrag oder Kauf einer künftigen Sache, wird stets die Herstellungspflicht des Verkäufers herangezogen.¹¹

Neben dem reinen Amtsnotariat sowie Mischformen sind Notare gemäss Aufzählung im Kommentar zum bernischen Notariatsrecht¹² heute in den Kantonen Aargau, Basel-Stadt, Bern, Uri, Tessin sowie in allen Westschweizer Kantonen freiberuflich tätig. Es existieren teilweise Mus-

terurkundensammlungen mit vorformulierten Vertragsmustern.

Im Bereich der öffentlichen Beurkundung übt auch der freiberufliche Notar einen öffentlichen Beruf aus. Das Verhältnis zwischen Notar, Staat und Klientschaft ist deshalb ein öffentlich-rechtliches. Die Haftung auch des freiberuflichen Notars ist deshalb von öffentlich-rechtlicher Natur. Gemäss BGE 96 II 45 ff. ist auch der freiberufliche Notar ein öffentlich-rechtlicher Beamter, sofern er in der Haupttätigkeit, wozu die öffentliche Beurkundung gehört, tätig ist. Im nebenberuflichen Tätigkeitsfeld eines freiberuflichen bernischen Notars gelten dann wiederum zivilrechtliche Haftungsgrundsätze.

Im bernischen Notariatsgesetz existieren denn in Art. 34 NG die *Wahrheits- und Klarheitspflicht*, in Art. 35 NG die *Rechtsbelehrungspflicht* und in Art. 37 NG die Pflicht zur gewissenhaften, gleichmässigen und unparteiischen Interessenwahrung.

STÖCKLI Anm. 55 a. a. O. stellt zutreffenderweise fest, dass eine Vielzahl von Verträgen sich nicht klar über das Erworbene und dessen Konsequenzen aussprechen, was automatisch zur Frage führt, ob die entsprechende Urkundsperson nicht gegen die Aufklärungs-, Rechtsbelehrungs- und Klarheitspflicht¹³ verstossen hat? Folge davon wäre, dass einer Partei daraus im gegebenen Falle ein Haftungsanspruch entstehen könnte, welcher gemäss den jeweiligen einschlägigen gesetzlichen Vorschriften gegenüber der Urkundsperson geltend gemacht werden könnte. Darauf sei an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen.

⁶ KÄSER, a. a. O., S. 32.

⁷ Vgl. hierzu allenfalls BGer A_226/2010 vom 28. 6. 2010 kommentiert von SIEGENTHALER/HÜRLIMANN, Das Werkvertragsrecht in den Entscheiden des Bundesgerichtes in den Jahren 2008–2011, in Jusletter vom 6. 2. 2012 mit dem Hinweis, dass die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtes allenfalls darauf schliessen lassen könnte, dass diese Figur in der Schweizerischen Rechtsprechung dereinst durchaus anerkannt werden könne.

⁸ Näheres hierzu bei GAUCH, a. a. O., N 169 und KÄSER, a. a. O., S. 39 mit weiteren Hinweisen.

⁹ Zu den unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten solcher Verträge siehe auch STÖCKLI, in: BRT 2009, insb. S. 4 ff.

¹⁰ BGE 117 II 264 E. 2b.

¹¹ Siehe hierzu GAUCH, a. a. O., N 126 ff. mit weiteren Hinweisen v. a. im 1. Teil Anm. 291 zu N 126, N 347 ff.; STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 5, B, Ziff. 1–4; S. 12 B 2a mit Beispielen und weiter BGER 4C.301/2002 E. 2.1).

¹² WOLF, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N 2 zu Art. 2 NG.

¹³ Wie bspw. im Notariatsgesetz des Kantons Bern, NG, BSG 169.11, Art. 34 und 35 so festgehalten.



www.iustec.ch

Softwarelösungen für die Advokatur und das Notariat

Mandatsverwaltung | Testamentsvollstreckung | Nachfolgeberatung | Teilungsplan

Die Stockwerkeigentümergeinschaft

Dass die Stockwerkeigentümergeinschaft die Mängelrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer betreffend gemeinschaftliches Eigentum nicht durch Legalzession, sondern allenfalls durch Zession (Art. 165 OR) erwirbt, wurde schon in BGE 114 II 242 festgehalten. Ein Erwerb durch Legalzession wurde schon deshalb abgelehnt, weil Wandlungs- und Minderungsrechte als Gestaltungsrechte nicht abtretbar seien, zedierbar seien bloss Forderungen auf ganze oder teilweise Rückerstattung. Abtretbar sei jedoch der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch. Dabei ist festzustellen, dass der Anspruch auf Mängelbehebung unteilbar ist und jeder Stockwerkeigentümer grundsätzlich Anspruch auf Behebung des Mangels hat.¹⁴

III. Die Minenfelder beim Kauf ab Plan**1. Abtretung der Mängelrechte****A) Allgemeines zur Abtretung der Mängelrechte**

Die Abtretung ist geregelt in den Art. 164 ff. OR.

Die Abtretung von Forderungen oder Ansprüchen ist ein Verfügungsgeschäft, kraft dessen der Zessionar anstelle des Zedenten Gläubiger wird. Die allgemeine Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber den Handwerkern sagt für sich alleine nichts über den Umfang der eigenen Gewährleistungspflicht des Veräusserers gegenüber dem Käufer.¹⁵

Seit Jahren besteht in Bezug auf die Frage der Abtretbarkeit der Mängelrechte in der Lehre Uneinigkeit. Während ein Teil der Lehre in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht die Abtretung lediglich für den Nachbesserungsanspruch und das Recht auf Ersatzvornahme bejaht, wird dies von einem anderen Teil der Lehre kritisiert. Diesen Autoren zufolge sollen die Mängelrechte in deren Gesamtheit abtretbar sein. Hierzu interessieren dann auch die Stellungnahmen, Empfehlungen und Mustervorlagen des Zürcher Notariatsinspektorates sowie der MUSAKO (Mustersammlungskommission des Verbandes bernischer Notare), welche beide demnächst (dem Vernehmen nach im Oktober 2013) veröffentlicht werden.¹⁶

Abtretbar gemäss BGE 114 II 239, insb. S. 247 = ZBGR 1991 S. 110, insb. S. 11, sowie GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 2011, N 2437 bis 2449; STÖCKLI in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2009, Ziffer IV/B/1/2, S. 17; KRAUSKOPF, in: Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes, sind lediglich der werkvertragliche *Nachbesserungsanspruch* und das *Recht auf Ersatzvornahme*; Minderungs- und Wandlungsrechte sind als Gestaltungsrechte nicht abtretbar, weil diese unlösbar mit dem Werkvertrag verbunden sind (in der Lehre eben umstritten).

Die Abtretung des Minderungs- und Wandlungsrechts ist nach einem Teil der h. L. folglich *nichtig*, weshalb diese Rechte bei der Bestellerin (i. c. Totalunternehmerin) verbleiben.

Abtretbar sind des Weiteren der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens wie auch die Minderungs- bzw. Wandlungsforderung, wobei bei der Abtretung der Min-

derungs- bzw. Wandlungsforderung das Recht auf Wandlung oder Minderung beim Besteller bleibt. Dabei ist zu beachten, dass das Wandlungsrecht gestützt auf Art. 207 Abs. 3 OR mit einer Veräusserung des Werkes erlischt.¹⁷

Eine andere Meinung betreffend Abtretbarkeit vertreten ALFRED KOLLER, Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit in: A. KOLLER, St. Galler Baurechtstagung 2000 zur SIA-Norm 118, S. 24–29; ALFRED KOLLER in: ZBGR 2009, S. 200 f.; GIRSBERGER BaK 2007, Note 5a zu Art. 164 OR; KÄSER, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 161, Zürich 2000; HONSELL OR BT S. 302 f.; DENZLER/AUWÄRTER, Jusletter – Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen, S. 5 und 6). Nach diesen Autoren müssen *alle Mängelrechte abtretbar* sein, und zwar zunächst *im Bündel*, da erst durch Ausübung des Wahlrechts ein Teil der Ansprüche abtretbar sein könnte.¹⁸

*Die Abtretung der Mängelrechte hat klar und eindeutig zu erfolgen. Dazu gehört auch die präzise Bezeichnung der Unternehmer und ein Hinweis auf die von diesen Unternehmern geleistete Arbeit, damit für die Bauherren ersichtlich ist, welche Unternehmer für welche geleistete Arbeiten (und damit auch Garantien) zuständig sind.*¹⁹

Im Vertrag sollte die Verkäuferin dazu verpflichtet werden, dem Käufer eine vollständige Unternehmer- und Lieferantenliste auszuhändigen: Inhalt dieser Liste sollten die jeweiligen Daten der Abnahme für jeden Unternehmer einzeln bilden. Auch sollten die jeweiligen Garantie- und Verjährungsfristen und der Garantieschein genau festgehalten sein. Auch die Rechte der Verkäuferin aus den Garantiescheinen der Unternehmer sollten dem Käufer überdies ausdrücklich abgetreten werden.²⁰

*Für den Fall, dass die Abtretung der Mängelrechte im Streitfall nicht oder nicht vollumfänglich anerkannt wird, empfiehlt sich die Aufnahme einer salvatorischen Klausel als Ersatzlösung, deren Gültigkeit weder vom Bundesgericht noch von der – die Gesamtabtretung von Mängelrechten ablehnenden – Lehre bestritten wird.*²¹

B) Freizeichnungsklauseln

Gemäss Art. 100 OR ist ein zum Voraus getroffener Haftungsausschluss für absichtlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel nicht zulässig, gemäss Art. 199 OR wieder-

¹⁴ BGE 114 II 247 E. 5 bb.

¹⁵ BGE 118 II 142 E. 1.b) S. 145.

¹⁶ Zur ganzen Problematik siehe etwa auch aktuelle Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare, MUSA Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, insb. Ziff. 22–28.

¹⁷ Vgl. MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 33 ff.; DIEM, Baurechtspraxis, Gewährleistungsrecht – Zulässigkeit der Abtretung, S. 2; GAUCH, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, in BR 1984, S. 25 ff.; KÄSER, a. a. O., S. 35.

¹⁸ Vgl. DENZLER/AUWÄRTER, a. a. O., S. 6 f.

¹⁹ MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 35 Ziff. 27.

²⁰ Vgl. Mustersammlung des Verbandes bernischer Notare MUSA 621.2 Kauf- und Werkvertrag, S. 15. MUSA 621.23 Kauf- und Werkvertrag (mit Teilabtretung von Mängelrechten), S. 12.

²¹ MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 35 Ziff. 28.

um ist eine Freizeichnung für arglistig verschwiegene Gewährsmängel ungültig.²²

Das Bundesgericht entwickelte in langjähriger Rechtsprechung zwei besondere Auslegungsregeln zur Ermittlung der Tragweite von Freizeichnungsklauseln in Kaufverträgen. Diese Auslegungsregeln lauten: Erstens fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Zweitens ist für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen.²³

C) AGB und neu Art. 8 UWG

Ob ein vom Verkäufer oder von einer Urkundsperson beigebrachter Vertrag als AGB qualifiziert werden kann, ist stets im Einzelfall zu entscheiden. Jedenfalls existiert keine Legaldefinition in der Schweiz. Das Bundesgericht hat dies so umschrieben: AGB liegen dann vor, wenn sie vom Verwender zum Voraus mit dem Zweck aufgestellt werden, eine unbestimmte Anzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragsparteien zu regeln.²⁴

Seit 1.7.2012 existiert Art. 8 UWG in neuer Formulierung: *Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzend Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*

Die Verwendung von deutlich einseitigen AGB im Verkehr mit Konsumenten ist demnach unlauter, was zu deren Ungültigkeit – lies Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit – im Vertrag führt. Ob der private Bauherr ein Konsument im Sinne der Bestimmung von UWG 8 ist, wurde bisher noch nicht entschieden.²⁵ Natürlich rücken bei Bejahung der Konsumenteneigenschaft einer Vertragspartei beim Liegenschafts Kauf die diversen Mustervorlagen der Notare ins Zentrum kritischer Betrachtungsweise im Lichte der hier

zitierten neuen UWG-8-Bestimmung. Massgebend ist nämlich nach zutreffender Auffassung nicht, wer die Bedingungen formuliert, sondern vielmehr, wer sie im interessierenden Vertragsverhältnis eingebracht hat. Dies gilt für SIA-Vertragsnormen genau so wie für andere vorformulierte Verträge wie bspw. KBOB-Verträge.²⁶

Eines der zentralen Probleme der Abtretung von Nachbesserungsansprüchen wurde prominent anlässlich der Baurechtstagung 2009 von Prof. HUBERT STÖCKLI angesprochen: *Der Anspruch auf Nachbesserung ist abtretbar (BGE 118 II 145 E. b). Er wird von entsprechenden vertraglichen Abreden erfasst, wenn die Form nach Art. 165 Abs. 1 OR eingehalten wird. Allerdings – und darin liegt das angekündigte Hauptproblem – läuft die geübte Vertragspraxis, die Mängelrechte gegen die Unternehmer an die mehreren Käufer abzutreten, ins Leere, denn: Eine Forderung lässt sich nur einmal abtreten, nicht mehrfach. Eine Mehrfachabtretung – die eine Mehrfachverfügung wäre – ist ausgeschlossen. Hat der Gläubiger über seine Forderung verfügt, geht ihm fortan die Verfügungsmacht also ab. Der Nachbesserungsanspruch, um den es in den vorzitierten Zessionsabreden unter anderem geht, ist der Anspruch des Veräusserers gegen den Unternehmer, mit dem er einen Werkvertrag über die Errichtung der Baute abgeschlossen hat. An dieser Forderung sind sichtlich nicht mehrere Gläubiger, sondern einzig der eine Besteller (der Veräusserer) berechtigt. Die Mehrfachabtretung an mehrere Stockwerkeigentümer scheitert daran, dass für die Abtretung überhaupt nur eine Forderung zur Verfügung*

²² STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 17. Vgl. zur ganzen Problematik der Freizeichnungsklauseln auch die Ausführungen im Aufsatz von RUEGG, Wirksamkeit und Tragweite von Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen, in Jusletter vom 4. 7. 2005, S. 2–4, Rz. 5–7.

²³ RUEGG, a. a. O., Rz. 8.

²⁴ BGer 4P.135/2002 E.3.1 mit Hinweisen; STÖCKLI, UWG 8, neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, 171 ff.

²⁵ STÖCKLI, in: BRT 2013, S. 171 ff. mit weiterführenden Literaturhinweisen, bejaht diese Frage am Schluss, während beispielsweise die Notariatsverbände sie eher zu verneinen scheinen.

²⁶ STÖCKLI, in: BRT 2013, S. 180 f., insb. 181.

**Sie beherrschen das Recht –
ALAN Ihre Administration.**

- marktführende Branchenlösung für Notare und Anwälte
- berücksichtigt Honorarvorschüsse
- MWST-rechtlich korrekt
- revisionstaugliches, vollintegriertes Rechnungswesen

Interessiert? Rufen Sie uns an.

ALAN Software AG | Solothurnstr. 28 | CH-3322 Schönbühl
Tel. +41 31 858 23 90 | contact@alan.ch | www.alan.ch

alan

steht. Alsdann wird nur der Stockwerkeigentümer, dem die Forderung als zeitlich Erstem zediert wurde, an dieser Forderung berechtigt, während die übrigen Stockwerkeigentümer, gegenüber denen die Abtretung zeitlich nachgelagert erfolgt, leer ausgehen: ihnen tritt der Veräusserer ein rechtliches Nichts ab. Für sie hat dann aber wohl zu gelten, dass ihnen eine allfällige Freizeichnung des Veräusserers, der die Wegbedingung der Haftung mit der (nun nutzlosen) Abtretung kombinierte, nicht entgegengehalten werden kann. Der erste Stockwerkeigentümer aber vermag die Nachbesserung durchzusetzen, wie das dem zedierenden Veräusserer möglich gewesen wäre. Auf die von ihm gehaltene Wertquote kommt hier nichts an. Ob dieser Stockwerkeigentümer auch sachenrechtlich berechtigt ist, die mit der Nachbesserung verbundenen baulichen Massnahmen an den gemeinschaftlichen Teilen zu veranlassen, ist eine Frage, die anders gelagert ist (...).²⁷

Diese m.E. zutreffenden Feststellungen stehen der Praxis betreffend Abtretung von Mängelrechten diametral entgegen. Ganz zu schweigen von Aktiv- resp. Passivlegitimationsproblemen im Falle der gerichtlichen Durchsetzung abgetretener Mängelrechte in der Stockwerkeigentümergeinschaft. Wenn also die Verkäuferin ihre Ansprüche, welche ihr aus den Verträgen mit den Subunternehmen zustehen, an den Stockwerkeigentümer A abtritt, so kann sie die gleichen Ansprüche aus dem gleichen Vertrag mit dem Unternehmer nicht nochmals an einen anderen Stockwerkeigentümer (Stockwerkeigentümer B) abtreten. Eine Abtretung von Teilforderungen aber ist, soweit eine Leistung teilbar ist, durch die Beschränkung von Art. 164 OR auf Forderungen nicht ausgeschlossen.²⁸

Zum Recht auf Wandelung, welches abgetreten worden ist, existieren wiederum kontroverse Meinungen. Während die herrschende Lehre die Zession des Wandlungsrechts ablehnt, wird dies, wie bereits aufgezeigt, von einem anderen Teil der Lehre wiederum befürwortet.²⁹

Der Verband bernischer Notare informiert seine Mitglieder momentan wie folgt: *Mit dem abgetretenen Wandelungsrecht kann höchstens der Rückbau des Werks durch den Unternehmer und die Rückzahlung des vom Totalunternehmer an den Unternehmer geleisteten Werkpreises geltend gemacht werden. Hat der Bauherr (Käufer) dem Totalunternehmer für das Werk des Unternehmens einen höheren Preis bezahlt als der Totalunternehmer dem Unternehmen gemäss Werkvertrag erstattet hat, so ist diese Differenz für den Bauherrn (Käufer) verloren, wenn er der Abtretung der Mängelrechte und der gleichzeitigen Freizeichnung des Totalunternehmens zugestimmt hat.*³⁰

Bei der Abtretung des Rechts auf Ersatz des Mangel- folgeschadens ist zu berücksichtigen, dass sich diese ab- tretbare Forderung immer nur auf Ersatz von Schaden richtet, der dem Besteller selbst (also nicht dem Zessionar) entstanden ist oder entstehen wird³¹.

Ebenfalls könnte einer erfolgreichen Geltendmachung abgetretener Gewährleistungsansprüche entgegenstehen, dass der Verkäufer/Besteller dem Käufer keine vollständige Handwerkerliste übergeben hat oder dass die Ansprüche des Bestellers gegenüber dem Unternehmer

bereits untergegangen sind. Ob das Bundesgericht die Übergabe einer Handwerkerliste als Voraussetzung einer erfolgreichen Freizeichnung des Verkäufers auffasst, scheint im heutigen Zeitpunkt nicht ganz klar.³²

Die vertraglichen Bestimmungen zwischen der Total- unternehmerin und den Subunternehmen sind dem Käufer in den meisten Fällen nicht oder nur auszugsweise be- kannt, wodurch es dem Käufer zusätzlich erschwert wird, ihm abgetretene Mängelrechte auch erfolgreich durchzu- setzen. Ferner erleichtern es Verträge mit Subunterneh- men im Ausland dem Käufer nicht, seine durch Abtretung erhaltenen Mängelrechte durchzusetzen. Die Frage der Mangelhaftigkeit muss für jeden Vertrag separat gestellt und beantwortet werden. *Damit ist aber auch für jeden Vertrag individuell zu beurteilen, welche Mängelrechte einem Erwerber gegebenenfalls zustehen. Die Mängel- rechte werden nicht etwa durch die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer erworben. Auch gehen sie nicht im Wege einer Legalzession automatisch auf die Gemein- schaft über (BGE 111 II 458, E. 3.b) S. 461). Unproblematisch sind die Rechte, die sich allein auf den Innenausbau bezie- hen. Sie können ohne weiteres vom einzelnen Stockwerkei- gentümer durchgesetzt werden.*³³

Da dem Drittschuldner aus dem Verhältnis zum Ze- denten Einreden oder Einwendungen, z. B. Verrechnung, Einrede des nicht erfüllten Vertrages etc., entgegenstehen können, ist die umfassende Freizeichnung mit Abtretung in der Praxis stets problematisch.

2. Mängelrechte des Stockwerkeigentümers

A) Kaufvertragliche Mängelrechte Rechtsgewährleistung³⁴

Sachgewährleistung: Wandelung (Art. 205 Abs. 1 OR), Minderung. Die Normen über die Sachgewährleistung sind dispositiver Natur.³⁵

B) Werkvertragliche Mängelrechte (Art. 368 OR)

Im Rahmen der ihm zustehenden Mängelrechte hat der Berechtigte die Wahl, entweder Minderung, Wandelung oder Nachbesserung zu verlangen. Wurde die Geltung der SIA-Norm 118 vereinbart, ist die Wahlfreiheit insofern be- schränkt, als der Besteller primär lediglich die Nachbesse- rung fordern kann respektive eben der Unternehmer das Privileg und den Anspruch hat, vorerst einen Mangel sel- ber nachbessern zu dürfen.

²⁷ STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 17.

²⁸ GIRSBERGER, BaK 2007, N 11 zu Art. 164 OR.

²⁹ Siehe dazu auch DENZLER/AUWÄRTER, a. a. O., Rz. 23.

³⁰ MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 34 Ziff. 24.

³¹ GAUCH, in: BR 1984, S. 25.

³² BGE 118 II 142 E. 1.b) S. 146.

³³ STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 13.

³⁴ Dieses Thema wird im Rahmen dieses Überblicks nicht weiter behandelt, sondern lediglich der Vollständigkeit halber p. m. erwähnt.

³⁵ BK-GIGER, N 4 zu Art. 198 OR; KÄSER, a. a. O., S. 46.

Diese Mängelrechte werden von einem Schadenersatzrecht ergänzt. Das Schadenersatzrecht setzt jedoch im Gegenteil zu den Wahlrechten gemäss Art. 368 OR ein *Verschulden* des Unternehmers voraus.

Die *Wahlrechte* sind als Gestaltungsrechte, welche der Besteller durch einseitige Willenserklärung ausüben kann, zu qualifizieren. Beim *Schadenersatzrecht* handelt es sich rechtlich hingegen um eine *Forderung*.³⁶

Käufer wie Besteller haben den Vertragsgegenstand rechtzeitig zu prüfen und für den Fall, dass Mängel festgestellt werden, diese inhaltlich richtig und rechtzeitig (sofort) gegenüber der entsprechenden Vertragspartei zu rügen. Prüf- und Rügepflicht sind Obliegenheiten. Deren Verletzung hat nach dem Gesetz (Art. 370 Abs. 2) eine *unwiderlegbare Vermutung* der Genehmigung zur Folge. Die Folge dieser fingierten Genehmigung ist wiederum die *Verwirkung* der entsprechenden Mängelrechte des Unternehmers. Allgemein stehen somit die Mängelrechte, seien es kaufvertragliche oder werkvertragliche, stets unter dem Vorbehalt einer rechtswirksamen Mängelrüge.

Zum Inhalt der Mängelrüge:

Die Mängelrüge hat möglichst genau den- oder diejenigen Mängel zu bezeichnen, die der Käufer/Besteller rügen will. Dabei sind Erscheinungsform und Lage so genau zu bezeichnen, dass der Unternehmer erkennen kann, was genau an seinem Werk als vertragswidrig (mangelhaft) beanstandet wird.³⁷ Die blosser Weitergabe eines Prüfungsbefundes an den Unternehmer, sei es eines amtlichen (Art. 367 Abs. 2 OR) oder auch eines privaten alleine, genügt u. U. nicht, um die Qualifikation der Mängelrüge als Rüge zu erfüllen. Es braucht hierzu explizit die Rüge des Bestellers betreffend festgestellter Mängel.³⁸

In Bezug auf den *Zeitpunkt der Kenntnis* des Mangels wird dem Besteller zugestanden, dass er dann Kenntnis vom Mangel hat, wenn er solche Kenntnis erlangt hat, dass er eine genügend substantiierte Mängelrüge erheben kann.³⁹

Zur Rechtzeitigkeit:

Obwohl nicht explizit in Art. 367 Abs. 1 OR festgehalten, sind Mängel *sofort nach Entdeckung* zu rügen, was man auch mit unverzüglich gleichsetzen kann. Seit BGE 4.C.82/2004 vom 3.5.2004 E.2.3 gilt in der Regel eine *siebentägige Frist* im Lichte der Rechtzeitigkeit noch als angemessen. BGer 4A_53/2012 und 4A_55/2012 (bekannt als «Sennhof-Affäre») zeigen, dass ein Bauherr überaus vorsichtig sein muss, damit diese (m. E. zu kurze) 7-Tage Frist bei Abgabe der Mängelrüge nicht bereits verstrichen ist. Der Beginn der Frist in concreto wurde durch das Bundesgericht bereits nach Kenntnisnahme eines Kurzprüfberichtes festgelegt, ausserdem wurde hier die Ingenieurleistung «Statik» als Planervertrag mit mess- und objektivierbarem Erfolg bezeichnet, worauf die Bestimmungen des Werkvertrages anwendbar seien.

Empfangsbedürftigkeit:

Die Mängelrüge ist nicht empfangsbedürftig, der Besteller hat bloss nachzuweisen, dass er sie rechtzeitig gegenüber dem Unternehmer oder dessen Vertreter erhoben resp. abgesendet hat. Das Zugangsrisiko liegt hier beim Unternehmer! Diese Ansicht, welche vor allem von GAUCH vertreten wird, ist in der Lehre nicht unumstritten.⁴⁰

3. Verwirkung und Verjährung der Mängelrechte

A) Allgemeines

Seit 1.1.2013 wurde die Verjährungsregelung der Mängelrechte bei Kauf- und Werkverträgen in den Artikeln 210 und 371 OR neu geregelt⁴¹

Kaufrechtliche Mängelgewährleistung (Art. 210 OR): 2 Jahre seit Ablieferung der Kaufsache oder 5 Jahre seit Ablieferung der Kaufsache, wenn sie bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, soweit der Sachmangel die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht hat.

Verjährung der Mängelgewährleistungsansprüche des Bestellers (Art. 371 OR): Bei beweglichen Werken 2 Jahre seit Abnahme des Werkes, 5 Jahre seit Abnahme, wenn es bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, soweit der Werkmangel die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht. Bei unbeweglichen Werken 5 Jahre seit Abnahme des Werkes. Der revidierte Art. 371 Abs. 2 OR spricht nicht mehr von unbeweglichen *Bauwerken*, sondern nur noch von Werken.

Die *Abnahme* spielt im Gebiet der Mängelhaftung eine wichtige Rolle. Die Abnahme ist dabei nicht mit der Genehmigung des Werkes gleichzusetzen⁴²

Gelten die Regeln der SIA-Norm 118 als Vertragsbestandteil, beginnt mit der Bauabnahme die 2-jährige «Garantiefrist» zu laufen. Innerhalb dieser Frist, nun in der neuen Ausgabe der SIA-Norm 118 in Art. 172 endlich nicht mehr als «Garantie-», sondern als Rügefrist bezeichnet, können Mängel, welche nicht bereits bei der Abnahme bestanden und hätten erkannt werden können, jederzeit gerügt werden. Damit entfällt für den Bauherrn das Risiko einer Verwirkung seines Mängelrechts durch verspätete Rüge. Sofort gerügt werden müssen immer noch Mängel, welche Folgeschäden bei nicht rechtzeitiger Behebung nach sich ziehen könnten (Riss und gefrierendes Wasser bspw.).

³⁶ GAUCH, in: BR 1984, S. 23.

³⁷ Zum Ganzen GAUCH, a. a. O., N 2128 ff. mit weiteren Verweisen.

³⁸ GAUCH, a. a. O., N 2138 f.

³⁹ BGE 118 III 142 E. 3 mit Verweis auf TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, S. 334 Rz. 2572 und 2574.

⁴⁰ GAUCH, a. a. O., N 2147 mit weiteren Hinweisen in Anm. 1084 sowie N 2153.

⁴¹ KRAUSKOPF, in: BRT 2013, S. 89 und 90.

⁴² Vgl. hierzu MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 31 ff.

B) Die weiteren Minenfelder

Gehörige und rechtzeitige Geltendmachung der Mängelrechte

Zu berücksichtigen ist, dass ein Mangel erst mit dessen zweifelsfreien Feststellung als entdeckt gilt.⁴³ Dabei muss man jedoch vorsichtigerweise vom frühest denkbaren Zeitpunkt ausgehen, wie das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung eindrücklich und auch etwas irritierend aufgezeigt hat (BGer 4A_53/2012 und 4A_55/2012 («Sennhof-Affäre»)).

Hinsichtlich der Geltendmachung der Mängelrechte ist zu beachten, dass sich der Käufer alle Handlungen oder Unterlassungen des Verkäufers anrechnen lassen muss, verspätete, unterlassene oder inhaltlich mangelhafte Rügen etc. Der Käufer als Zessionar erhält bei der Abtretung die Forderung immer in dem Zustande, in dem sie sich beim Zedenten befunden hat, denn der Unternehmer darf nicht schlechter gestellt werden durch die Abtretung.

Durch die Abtretung wechselt die Person des Berechtigten, womit der Besteller sein Nachbesserungsrecht gegenüber dem Unternehmer verliert. *Im übrigen aber bleibt das werkvertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Besteller und seinem Unternehmer unberührt, weshalb zum Beispiel die Prüfungs- und Rügepflicht (...) nach wie vor dem Besteller obliegt.*⁴⁴ Soll dies anders sein, müssen hier spezielle vertragliche Regelungen getroffen werden.

Geltendmachung der Mängelrechte bei Stockwerkeigentum

Der einzelne Stockwerkeigentümer kann seine Mängelrechte auch in Bezug auf gemeinschaftliche Teile ausüben. Dabei bezieht sich sein (unentgeltlicher) Nachbesserungsanspruch aber nur auf den Wert seiner Quote.⁴⁵ Ist demnach eine gesamte Flachdachnachbesserung notwendig, so müsste der Käufer die Kosten, die seinen Wertanteil übersteigen, selber berappen. *Das Recht des einzelnen Stockwerkeigentümers ist quotenbezogen, das heisst, unentgeltlich nur im Umfange seiner Quote geschuldet. Diese Quoten-Bezogenheit ist ein Teil der Miteigentumsbeschränkung.*⁴⁶

Dass es für einen einzelnen Stockwerkeigentümer noch komplexer wird, diesen Nachbesserungsanspruch dann sachenrechtlich und prozessrechtlich auch rechtsgenüßlich durchzusetzen, sei im Rahmen dieses Überblicks nur summarisch erwähnt.⁴⁷

Ein weiteres Minenfeld ist somit die Partei- und Prozessfähigkeit sowie Aktivlegitimation der Stockwerkeigentümergeinschaft als Ansprecherin der Nachbesserung gegenüber einem Unternehmer oder aber auch des einzelnen Stockwerkeigentümers, wenn ihm Stockwerkeigentümerbeschlüsse oder Vollmachten fehlen.⁴⁸

Schutz vor Verwirkung und Verjährungsfallen

Vorsicht ist bei der Geltendmachung der Mängelrechte bei Stockwerkeigentum geboten. Die Parteien sollten im Prozess genau bezeichnet werden.⁴⁹

Im konkreten Fall hatte der Verwalter einer Stockwerkeigentümergeinschaft von einem Unternehmer Mängelbehebung an einem undichten Dach verlangt. Die

entsprechenden Unterbrechungshandlungen wurden im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft vorgenommen. Gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR wird die Verjährung durch Schuldbetreibung, durch Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs unterbrochen. Diese Handlungen müssen grundsätzlich vom Forderungsgläubiger ausgehen. Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass der Stockwerkeigentümergeinschaft die Aktivlegitimation abging. Für den Fall, dass die Handlung nicht vom Gläubiger, sondern von einem nicht berechtigten Dritten ausgeht, rechtfertigt es sich nach der hier zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die Unterbrechung der Verjährung trotzdem zu bejahen, sofern der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip erkennen kann, um welche Forderung es geht.⁵⁰ Obwohl dieser Entscheid für die einzelnen Stockwerkeigentümer im Hinblick auf den Eintritt der Verjährung gegenüber dem einzelnen Stockwerkeigentümer wohlwollend positiv war, ist in dieser Hinsicht für den Einzelnen höchste Vorsicht geboten, damit ihm seine Rechte nicht verloren gehen.

*Es empfiehlt sich, in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Miteigentümer die Durchsetzung der Mängelrechte und Schadenersatzforderungen (insbesondere auch die Beschlussquoten) zu regeln.*⁵¹ Die Geltendmachung von Mängelrechten durch die Stockwerkeigentümergeinschaft setzt stets ein privatautonomes Verfügungsgeschäft mit den Stockwerkeigentümern voraus.⁵²

Dem Umstand, dass der einzelne Stockwerkeigentümer bei der Ausübung seiner Mängelrechte auch in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile die Kosten zu übernehmen hat, kann dadurch begegnet werden, dass die anderen Stockwerkeigentümer ebenfalls ihre Mängelrechte geltend machen. Dies ist aber nur möglich, wenn hinsichtlich der Mängelrechte identische Verträge vorliegen, insbesondere auch hinsichtlich der Rügefrist.

Das Risiko, dass einzelne Stockwerkeigentümer, falls sie ihr Mängelrecht in Bezug auf einzelne gemeinschaftliche Teile ausüben, die quotenmässigen Kosten der anderen Stockwerkeigentümer zu übernehmen haben, kann dadurch minimiert werden, dass die anderen Eigentümer entweder auch ihre Rechte (welche dann aber identisch sein sollten) geltend machen oder dass sie dem einen Vollmacht erteilen und vertraglich die Kostentragung regeln.

⁴³ BGE 118 II 142 E. 3. b) S. 148.

⁴⁴ GAUCH, in: BR 1984, S. 26; vgl. dazu auch KÄSER, a. a. O., S. 67.

⁴⁵ So BGE 114 II 247 E. bb; BGer 4C.151/2005 E. 4.2.3.

⁴⁶ SCHUMACHER, Die Mängelrechte des Käufers von Stockwerkeigentum: gesteigerte Komplexität, in: BR/DC 1/94, S. 8 ff.

⁴⁷ Für Einzelheiten siehe SCHUMACHER, in: BR/DC 1/94, S. 8 ff.

⁴⁸ STÖCKLI, in: BRT 2009, S. 17 f.

⁴⁹ BGE 114 II 239, Regeste.

⁵⁰ BGer 4C.185/2005 E.3.

⁵¹ BGer 4C.185/2005 vom 19. 10. 2006 E. 2. und 3.

⁵² MUSA, Bemerkungen zum Kauf- und Werkvertrag, S. 35 Ziff. 26.

⁵³ KÄSER, a. a. O., S. 57.

Da, wie oben ausgeführt, der Totalunternehmerin weiterhin die Prüfungs- und Rügepflicht obliegen kann, kann sie auch den Zessionar zur Prüfung verpflichten und zur Rüge ermächtigen. Dies wird natürlich in Bezug auf die Prüfung des Werkes bei Abnahme illusorisch, da zu diesem Zeitpunkt meist nur der Besteller vor Ort ist. Deshalb wird die Auffassung vertreten, dass mit Abtretung des Nachbesserungsrechtes auch die Prüfungs- und Rügepflichten übergehen sollen.⁵³

Die Parteien können den Beginn der Verjährung im Werkvertrag oder durch AGB abweichend vom Gesetz individuell regeln. Dazu sei hier auszugsweise das Urteil des Bundesgerichts vom 12.1.2012, 4A_221/2010 zitiert, welches zu folgender Klausel bzgl. Verjährung Stellung zu nehmen hatte: *Die gemeinsame Prüfung und die Abnahme des vom Subunternehmer hergestellten Werkes erfolgen gemäss Art. 157 ff. SIA-Norm 118. Das Ende der Garantie- und Verjährungsfristen wird jedoch nicht von der Abnahme, bzw. Teilabnahme an berechnet, sondern erst ab der Abnahme des von der Generalunternehmung hergestellten Werkes durch den Bauherrn, wenn diese Abnahme später als die Abnahme des Werkes des Subunternehmers durch die Generalunternehmung erfolgt.*

Art. 129 OR entzieht die Verjährungsbestimmungen des dritten Titels des Obligationenrechts der Parteiautonomie (BGE 132 III 226 E. 3.3.1 S. 234). Ausserhalb des dritten Titels sind die Verjährungsfristen einer Abänderung durch Parteiabrede dagegen zugänglich (so schon BGE 63 II 180; DÄPPEN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 2 zu Art. 129 OR; NIKLAUS, *La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation*, 2008, S. 154 f. Rz. 755 ff.). Nur eine Verlängerung über die Frist von 10 Jahren hinaus ist nicht statthaft (BGE 99 II 185 E. 2a S. 189; 132 III 226 E. 3.3.8 S. 240; SPIRO, *Der Verzicht auf die laufende Verjährung*, in: *Festschrift für Karl H. Neumayer*, Baden-Baden 1985, S. 548 Fn. 17). Gemäss Art. 141 Abs. 1 OR kann auf die Verjährung nicht zum Voraus verzichtet werden. Diese Bestimmung kommt nach der Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts, auf welche sich die Vorinstanz beruft, auch ausserhalb des dritten Titels des Obligationenrechts zur Anwendung (BGE 132 III 226). Es ist mithin nicht zulässig, bei Vertragsschluss das Institut der Verjährung für nicht anwendbar zu erklären oder dem Schuldner die Anrufung der Verjährung faktisch zu verunmöglichen.

3.1 Die Verjährung der Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln des Werkes ist in Art. 371 OR und damit ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 129 OR geregelt. Die Verjährungsfristen nach Art. 371 OR sind dispositiver Natur und können nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch Parteivereinbarung abgeändert werden (BGE 63 II 180; 120 II 214 E. 3d S. 220; 118 II 142 E. 4 S. 149). Daran ändert die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 OR nichts. Darin, dass die Parteien bei Vertragsschluss von der ihnen bezüglich der Verjährungsfristen ausserhalb des dritten Titels des Obligationenrechts (Art. 129 OR) eingeräumten Privatautonomie Gebrauch machen, liegt kein unzulässiger Vorausverzicht auf die Verjährung. Sonst könn-

ten Verjährungsfristen vertraglich nur einseitig zu Lasten des Gläubigers abgeändert werden. Art. 371 Abs. 1 OR erklärt aber durch den Verweis auf die Verjährung der Ansprüche des Käufers (Art. 210 Abs. 1 OR) die Übernahme der Haftung für eine längere Zeit ausdrücklich für zulässig (SPIRO, a. a. O., S. 548 Fn. 17).

3.2 Ziff. 35.2 AVB regelt den Beginn der Verjährungsfrist, nicht deren Ende, auch wenn dieses im Ergebnis hinausgeschoben und so die Frist zur Geltendmachung des Anspruchs verlängert wird. Gemäss den AVB beginnt die Verjährung allfälliger Mängelrechte gegen den Subunternehmer nicht vor der Abnahme des von der Generalunternehmung hergestellten Werkes durch den Bauherrn. Damit wird der Beginn der Verjährung der Ansprüche gegen den Generalunternehmer und gegen den Subunternehmer koordiniert. Von einem Verzicht auf die Verjährung ist keine Rede. Das Handelsgericht weist zwar zu Recht darauf hin, die AVB könnten nicht als eigentliche Verlängerung der Verjährungsfrist verstanden werden, denn nach dem verzögerten Beginn soll die gesetzliche Verjährungsfrist greifen. Das Bundesgericht hat indessen ausdrücklich festgehalten, von der gesetzlichen Regel, wonach die Verjährungsfrist mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt (Art. 371 Abs. 2 OR), könne durch vertragliche Vereinbarung abgewichen werden (BGE 118 II 142 E. 4 S. 149). Auch in der Lehre wird die Auffassung vertreten, im Werkvertragsrecht komme den Parteien eine weite Freiheit bei der Abänderung der Verjährungsfristen zu; daraus fliessen auch die Freiheit, den Beginn der Verjährung abzuändern, sofern dadurch das Ende der Verjährung nicht mehr als 10 Jahre nach dem im Gesetz vorgesehenen Zeitpunkt eintritt (NIKLAUS, a. a. O., S. 137 f. Rz. 675 ff.; vgl. auch GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl. 2011, S. 893 Rz. 2486). Nach den Feststellungen des Handelsgerichts wurde das Teilwerk der Beschwerdegegnerin frühestens im November 1998 und spätestens am 17. Mai 1999 abgenommen. Gemäss den Behauptungen der Beschwerdeführerin hat diese das Bauwerk der Bauherrschaft am 31. Mai 1999 abgeliefert. Trifft dies zu, hat die in den AVB vorgesehene Regelung des Verjährungsbeginns nicht zur Folge, dass die Verjährung erst über 10 Jahre nach dem gesetzlichen vorgesehenen Verjährungsbeginn eintritt. Die Klausel erweist sich daher als zulässig.⁵⁴

IV. Zusammenfassung

Beim «Kauf ab Plan» sollte der Käufer Klauseln betreffend Abtretung der Garantieansprüche/Mängelrechte gegen die Subunternehmer kritisch würdigen. Er müsste in Erwägung ziehen, ob ihm die konkrete Totalunternehmerin mehr Gewähr für eine Inanspruchnahme in der Zukunft bietet, als es der einzelne Unternehmer tun würde, und mit dem Verkäufer offen die heiklen Punkte der Abtretung diskutieren.

⁵³ KÄSER, a. a. O., S. 68.

⁵⁴ BGer 4A_221/2010 vom 12.1.2012.

Die SIA-Norm 118 sollte in den Werkverträgen stets vereinbart sein, denn diese minimiert für den Käufer während der ersten zwei Jahre nach Abnahme meist das Risiko der Verwirkung der Mängelrechte durch verspätete Rüge. Ausserdem besteht zu den SIA-Norm-118-Klauseln Literatur und auch Rechtsprechung.

Falls auf die Abtretung der Garantieansprüche seitens der Totalunternehmerin bestanden wird, sollen Vertragsentwürfe vom eigentlichen Kauf/Werkvertrag wie auch der Subunternehmerverträge mit Handwerkerlisten verlangt und geprüft werden. Dasselbe gilt für ein Stockwerkeigentümerreglement. Dieses muss in Bezug auf Geltendmachung von Mängelrechten, Beschlussfassung und Bevollmächtigungen speziell geprüft werden.

Die Mängelabtretung und die Freizeichnung sollten im Vertrag klar und rechtsgenügend umschrieben sein. Insbe-

sondere sollte aus dem Vertrag hervorgehen, welche Mängelrechte dem einzelnen Stockwerkeigentümer sowie welche Mängelrechte der Stockwerkeigentümergeinschaft abgetreten werden.

Die Frage, ob und inwieweit die Mängelhaftung im Einzelfall wegbedungen und/oder abgetreten wurde, lässt sich nur durch Auslegung ermitteln.⁵⁵

Beispiele von Abtretungs- und Freizeichnungsklauseln finden sich etwa in der juristischen Literatur oder auch in Mustervorlagen von Notariatsverbänden.⁵⁶

⁵⁵ BGE 118 II 142 E. 1.a) S. 144-145.

⁵⁶ DENZLER/AUWÄRTER, a. a. O., S. 8; MUSA 621.2 S. 14 f.; MUSA 621.23 S. 12 ff. für die Teilabtretung.0

ZWEITWOHNUNGEN IN DER SCHWEIZ: BUNDESGERICHT WEIST DEN WEG

CHRISTOPHER TILLMAN

Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, lic.iur., LL.M. (Exeter UK), Partner, Legis Rechtsanwälte AG in Zürich

Stichworte: Zweitwohnungen, Zweitwohnungsinitiative, Legitimation Helvetia Nostra, Verordnung über Zweitwohnungen

I. Einleitung

Am 22.5.2013 hat das Bundesgericht erste Urteile zur Zweitwohnungsinitiative gefällt. Die Beschwerdelegitimation der Helvetia Nostra wurde bejaht, und damit ist die vom Bund und den Initianten konsequent vertretene Auffassung bestätigt worden, dass die neue Verfassungsbestimmung der Zweitwohnungsinitiative ihre Wirkung bereits ab dem Abstimmungstag vom 11.3.2012 entfaltet. Am 8.8.2013 hat das Bundesgericht sodann über die Kostenfolgen von während des laufenden Bundesgerichtsverfahrens zurückgezogenen Baugesuchen entschieden.

II. Ausgangslage

Am 11.3.2012 haben Volk und Stände die Volksinitiative «Stopp mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen» angenommen.¹ Die neue Verfassungsbestimmung beschränkt den Anteil von Zweitwohnungen in einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent (Art. 75b Abs. 1 BV). Diese Verfassungsbestimmung ist direkt anwendbar,² da keine Umsetzung auf Gesetzesstufe notwendig ist. Der zweite Absatz von Art. 75b BV enthält hingegen einen expliziten

Gesetzgebungsauftrag. Eine Verfassungsänderung entfaltet Rechtskraft ab dem Tag, an dem sie von Volk und Ständen angenommen wird (Art. 195 BV).³ Aus diesem Grunde ging das Amt für Raumentwicklung (ARE) dementsprechend in seiner Stellungnahme vom 15.3.2012 davon aus, dass Art. 75b Abs. 1 BV am Tage der Annahme der Initiative in Kraft getreten ist. Baubewilligungen für Zweitwohnungen waren daher gemäss ARE ab dem 11.3.2012 in Gemeinden über dem 20%-Grenzwert verfassungswidrig. Baugesuche, die vor diesem Datum rechtskräftig erteilt worden sind, blieben aber gemäss ARE weiterhin gültig.⁴

¹ AS 2012 3627.

² AMT FÜR RAUMENTWICKLUNG (ARE), Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012, S. 17; EMANUEL DETTWILER, Die Zweitwohnungsverordnung, SJZ 109/2013 S. 89 ff., 90.

³ So auch Art. 15 Abs. 3 BPR.

⁴ Medienmitteilung des Amtes für Raumentwicklung (ARE) vom 15.3.2012.