

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Aktuelles zum Stockwerk- eigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 25./26. Oktober 2017



Stämpfli Verlag

u^b

^b
UNIVERSITÄT
BERN

**Aktuelles zum Stockwerkeigentum –
insbesondere aus der Sicht des Notariats**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 25./26. Oktober 2017

Beiträge von
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf/Dr. iur. Alexander Kernen
Prof. Dr. iur. Frédéric Krauskopf/MLaw Raphael Märki
Prof. Dr. iur. Amédéo Wermelinger
Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft,
vorgestellt durch Dr. iur. Beat Bräm



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-0534-7

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-0535-4
Judocu ISBN 978-3-0354-1487-5

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan

Unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungs- und Informationspflichten der Notarinnen und Notare bei der Beurkundung des Wohnungskaufes

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF* / RAPHAEL MÄRKI**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	51
I. Einleitung	55
II. Zur Erinnerung: ein paar Grundlagen	56
A. Stockwerkeigentum als besondere Erscheinungsform des Miteigentums	56
B. Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan	57
C. Der Vertrag über Stockwerkeigentum ab Plan	58
III. Die Pflichten der Urkundsperson	61
A. Allgemeines	61
B. Die Rechtsbelehrungspflicht	62
C. Die Wahrheitspflicht	65
D. Die Pflicht zur Unparteilichkeit	66
E. Zu den Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson beim Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan insbesondere	67
IV. Freizeichnungsklauseln	69
A. Die Praxis kurz erklärt	69
B. Die Grenzen der Freizeichnung	70
1. Freizeichnung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit	70
2. Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung	70
3. Ausservertragliche Haftung	71
4. Zugesicherte Eigenschaften	72

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor für Privatrecht an der Universität Bern.

** MLaw, Rechtsanwalt, Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Für das Lektorat des Manuskripts und für die wertvollen Anregungen wird Frau BLaw Mona Erb und Frau MLaw Jessica Kim Sommer ein herzlicher Dank ausgerichtet.

5.	Arglistig verschwiegene Mängel.....	72
6.	Treu und Glauben.....	73
7.	Personenschäden	73
8.	Art. 8 UWG.....	74
9.	Folgen des Verstosses gegen Freizeichnungsschranken	75
10.	Einschränkung der Freizeichnung aufgrund gescheiterter abgetretener Ansprüche.....	76
C.	Die Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson.....	77
V.	Die Abtretung der Gewährleistungsrechte	79
A.	Die Praxis kurz erklärt.....	79
B.	Zu den Mängelrechten im Einzelnen	81
1.	Die Abtretung des Nachbesserungsrechts	81
2.	Die Abtretung des Minderungsrechts.....	83
3.	Die Abtretung des Wandelungsrechts	84
4.	Die Abtretung der Wandelungs- und Minderungsforderung mit Ermächtigung zur Ausübung des Gestaltungsrechts.....	86
5.	Die Abtretung des Rechts auf Ersatz von Mangelfogeschäden.....	86
C.	Die Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson.....	87
VI.	Blick in die Zukunft	88

Literaturverzeichnis

- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Grundstücksrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars – L’obligation d’informer du notaire, Zürich 2006, S. 109–162 (zit. BRÜCKNER, Grundstücksrecht)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)
- CARONI ANDREA, 50 Jahre Stockwerkeigentum: Zeit für eine Gesamtschau, in: Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2015, Bern 2015, S. 1–7
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, Werkvertrag)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, in: AJP 2012, S. 1188–1212
- HILTY RETO M./ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER)
- HOCHSTRASSER MICHAEL, Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden, in: AJP 2016, S. 910–920
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER)
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht/Les servitudes et les cédulas hypothécaires. Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts/à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Zürich 2012, S. 25–58
- KÄSER ANDREAS CHRISTIAN, Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. Zürich 2000

- KOLLER ALFRED, Vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Kauf einer Neubaute, in: ZBGR 90/2009, S. 197–205
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 17–82
- KOLLER THOMAS/PLOTKE JON SAMUEL, Urkundsperson und Steuerberatung – Pflicht oder Kür?, in: AJP 2004, S. 235–241
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Erwerb von Stockwerkeigentum – Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, in: Aebi-Müller Regina/Pfaffinger Monika/Wermelinger Amédéo (Hrsg.), Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, S. 115–142 (zit. KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Grundstückkauf mit angefangener Baute, Zur Frage der richtigen Beurkundung des Kaufpreises, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zürich 2010, S. 233–366 (zit. KRAUSKOPF, Grundstückkauf)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Stockwerkeigentum und Mängelhaftung – noch immer umkämpft, in: Schweizerische Baurechtstagung 2017, Freiburg 2017, S. 150–164 (zit. KRAUSKOPF, BRT 2017)
- KUONI ANINA, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss. Basel, Zürich 2015
- MOOSER MICHEL, Le Droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014
- MÜLLER LEONHARD, Die Haftung der Urkundsperson, Mit besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Zürich 2000
- NOSETTI PASCAL, Die Haftung bei geführten Sportangeboten mit erhöhtem Risiko, Schweizerisches neuseeländisches und australisches Recht, Diss. Luzern, Zürich 2012
- NUSSBAUMER ARNAUD, La cession des droits de garantie, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2015
- PLATTNER PLACIDUS, Vertragsgestaltung beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan, in: BR/DC 2016, S. 14–17
- RÜEGG ERICH, Zusicherung und Freizeichnung, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zürich 2010, S. 175–197
- RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995
- RUSCH ARNOLD F., Schadensabwägungsklauseln in der Inhaltskontrolle, in: SZW 2012, S. 439–444
- RUSCH ARNOLD F./BORNHAUSER PHILIP, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, in: AJP 10/2010, S. 1228–1238

- SCHMID MEYER DIEL TATJANA, Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan, Ausgewählte Aspekte, Diss. Luzern 2015
- SCHMID JÖRG, Gewährleistung, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière, Zürich 2010, S. 63–104 (zit. SCHMID JÖRG, Gewährleistung)
- SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in: Tercier Pierre/Hürlimann Roland (Hrsg.), in Sachen Baurecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Beiträge aus dem Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Freiburg, Bd. 2, Freiburg 1989, S. 47–78 (zit. SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen)
- SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars – L’obligation d’informer du notaire, Zürich 2006, S. 3–42 (zit. SCHMID JÖRG, Grundlagen)
- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988 (zit. SCHMID JÖRG, öffentliche Beurkundung)
- SCHUMACHER RAINER/RÜEGG ERICH, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 175–292
- SCHWENZER INGBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SCHWERY NADJA, Der quotenbezogene Nachbesserungsanspruch des Stockwerkeigentümers, in: BR/DC 2015, S. 153–154 (zit. SCHWERY, Nachbesserung)
- SCHWERY NADJA, Freizeichnung und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen im Stockwerkeigentum, in: BR/DC 2015, S. 151–152 (zit. SCHWERY, Freizeichnung)
- SIEGENTHALER THOMAS, Vorsicht bei Haftungsausschluss und Abtretung der Mängelrechte, in: Wohneigentümer Nr. 1/2 2014, S. 16–17
- STÖCKLI HUBERT, Bauherrschaft und Baumängel. Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Freiburg 2013, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte/gutachten-baumaengel-d.pdf> (zit. STÖCKLI, Gutachten)
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 2011, S. 185–188 (zit. STÖCKLI, Inhaltskontrolle)
- STÖCKLI HUBERT, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, Freiburg 2009, S. 1–19 (zit. STÖCKLI, BRT 2009)

- STÖCKLI HUBERT, Wie sag ich's dem Käufer? – Notarielle Rechtsbelehrung im Selbstversuch, in: Rumo-Jungo Alexandra et al. (Hrsg.), *Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, S. 827–837 (zit. STÖCKLI, Festschrift)
- STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, in: *ZBGR 95/2014*, S. 73–94
- VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, in: *SJZ 108/2012*, S. 177–188 (zit. VISCHER, Freizeichnung)
- VISCHER MARKUS, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, in: *ZBGR 96/2015*, S. 217–228 (zit. VISCHER, Mängelrechte)
- VON INS PETER/SHABANAJ GENTIANA, Stockwerkeigentum: Kaufen ab Plan – Minenfelder im Alltagsgeschäft, in: *Anwaltsrevue 10/2013*, S. 427–437
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000
- WERMELINGER AMÉDÉO, La vente d'une part-terrain – état des lieux, in: *revue de droit privé et fiscal du patrimoine (not@lex) 2/2010*, S. 39–70
- WERMELINGER AMÉDÉO/STOLL HANSJÖRG, Sonderfragen beim Erwerb von Stockwerkeigentum, in: Schmid Jürg (Hrsg.), *Der Grundstückskauf/La vente immobilière*, Zürich 2010, S. 313–374
- WOLF STEPHAN (Hrsg.), *Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern*, Bern 2009 (zit. KNB-BEARBEITER)
- ZIRLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Diss. Bern 2003

I. Einleitung

Als das Stockwerkeigentum vor etwas mehr als fünfzig Jahren in das ZGB aufgenommen werden sollte, schrieb der Bundesrat in seiner Botschaft vom 7. Dezember 1962 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches: *«Die Zielsetzung, mit welcher die Einführung des Stockwerkeigentums postuliert wird, [...] besteht in der Erleichterung des Erwerbes eigenen Wohnraumes für eine möglichst grosse Zahl von Familien»*.¹ Die Schaffung des Stockwerkeigentums wurde mithin sehr deutlich mit dem rechtspolitischen Willen motiviert, den Erwerb von Grundeigentum für *«Angehörige des Mittelstandes»* erschwinglich zu machen: Dank dem Stockwerkeigentum sollte es *«den genannten Bevölkerungskreisen»* möglich und leichter gemacht werden, *«an den von ihnen mit ihren Familien bewohnten Stockwerken oder Stockwerkteilen Eigentum zu erwerben»*.² Der Bundesrat war von der Idee sehr angetan, dass das Volk seine Ersparnisse für so etwas Vernünftiges und Sinnvolles wie Grundeigentum einsetzt.³ Bei der Einführung des Stockwerkeigentums in das schweizerische Privatrecht ging es aber nicht nur darum, der Mittelschicht die eigene Wohnung als *«wertbeständiges kleines Vermögen»* zugänglich zu machen, sondern von der Schaffung des Stockwerkeigentums schien weitaus mehr abzuhängen – der Bundesrat hoffte, das Stockwerkeigentum würde sich *«wirtschaftlich, sozial und staatspolitisch wohltätig auswirken»*.⁴

«Das eigene Heim stellt überdies einen hohen Persönlichkeitswert dar, aus dem sich auch eine Stärkung des Familiensinnes ergibt und für die ganze Familie eine engere Verbundenheit mit dem Boden und damit auch mit der engeren Gemeinschaft des Hauses und des weiteren Verbandes der Gemeinde entwickelt. Diese Verwurzelung in der Gemeinde erzeugt auch ein vermehrtes Interesse an den öffentlichen Angelegenheiten der Gemeinde und des Staates. Davon darf endlich eine Stärkung des staatsbürgerlichen Verantwortungsbeusstseins erwartet werden».⁵

Ob das so verheissungsvoll angekündigte Stockwerkeigentum die hohen Erwartungen erfüllen konnte, sei dahingestellt. Unbestreitbar ist, dass das Stockwerkeigentum eine grosse Verbreitung erfahren hat.⁶ Der Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan ist heutzutage zahlreichen Quellen zufolge die

¹ BBl 1962 II 1461, S. 1471.

² BBl 1962 II 1461, S. 1472.

³ Vgl. BBl 1962 II 1461, S. 1472: *«äusserst wünschbare Verwendung der Mittel»*.

⁴ BBl 1962 II 1461, S. 1473.

⁵ BBl 1962 II 1461, S. 1472.

⁶ Vgl. dazu die Angaben bei CARONI, 6 f. (mit Hinweisen auf statistische Quellen).

meistpraktizierte Art des Grundstückkaufs.⁷ Ebenso unbestreitbar ist aber auch, dass das Stockwerkeigentum für Juristinnen und Juristen eine intellektuelle Herausforderung und für juristische Laien beinahe schon eine Zumutung ist. Es ist bezeichnend und ernüchternd zugleich, wenn an das nichtjuristische Publikum gerichtete Zeitungsartikel und Zeitschriftenbeiträge noch heute Fragen klären (müssen) wie: «*Stockwerkeigentum: Wem gehört was?*».⁸ Noch immer sind Unkenntnis und Irrglauben unter den Menschen verbreitet, wenn es um das Stockwerkeigentum geht. Juristinnen und Juristen mögen (etwas) fachkundiger sein als die übrigen Mitmenschen, aber auch sie müssen sich vor der schier Unzahl ungelöster oder kontroverser Rechtsfragen rund um das Stockwerkeigentum geschlagen geben.

Im vorliegenden Beitrag geht es um die Aufklärungs- und Informationspflichten von Notarinnen und Notaren im Zusammenhang mit der Beurkundung von Kaufverträgen, die Stockwerkeigentum ab Plan zum Gegenstand haben. Wenn im Folgenden etwas salopp vom Wohnungskauf die Rede ist, dann ist damit der käufliche Erwerb von Stockwerkeigentum gemeint, d.h. der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, der dem Miteigentümer das Sonderrecht gibt, bestimmte Teile – typischerweise eine Wohnung – eines noch zu errichtenden oder in der Errichtung begriffenen Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Vorauszuschicken ist, dass ein solcher Kaufvertrag in der Praxis auch Elemente des Werkvertrages enthalten kann oder zusammen mit einem separaten Werkvertrag, welcher die Erstellung oder Ausgestaltung der Wohnung, die im Sonderrecht des Käufers stehen wird, abgeschlossen werden kann.

II. Zur Erinnerung: ein paar Grundlagen

A. Stockwerkeigentum als besondere Erscheinungsform des Miteigentums

Das Stockwerkeigentum wird umgangssprachlich oft als «*Eigentumswohnung*» bezeichnet. Zu Eigentum erworben wird jedoch nicht eine bestimmte Wohnung, sondern ein Miteigentumsanteil am Grundstück (einschliesslich

⁷ Das gilt auch noch 2017, wenngleich der Wohnungskaufmarkt im Vergleich zu den Vorjahren wegen der Preisentwicklung und der restriktiven Kreditvergabe zurückgegangen ist (vgl. ANDREA MARTEL, Hohe Finanzierungshürden – Wohneigentum wird zur Fata Morgana, in: NZZ online vom 7. März 2017: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/hohe-finanzierungshuerden-wohneigentum-wird-zur-fata-morgana-ld.149451>>).

⁸ <<https://www.beobachter.ch/miete/eigentum/stockwerkeigentum-wem-gehört-was>>.

des darauf stehenden Gebäudes).⁹ Vom «gewöhnlichen» Miteigentum hebt sich das Stockwerkeigentum dadurch ab, dass der Miteigentumsanteil mit dem Sonderrecht des Miteigentümers verknüpft ist, «bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen» (Art. 712a Abs. 1 ZGB). Dieses Sonderrecht ist kein Eigentumsrecht und trotzdem verleiht es dem Rechtsinhaber wie einem Eigentümer die Möglichkeit der Abwehrklage gegen Störungen, die *actio negatoria* (Art. 641 Abs. 2 ZGB), sowohl gegen andere Stockwerkeigentümer als auch gegen Dritte.¹⁰ In der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der zu seinem Sonderrecht gehörenden Räume ist der Stockwerkeigentümer grundsätzlich frei; er darf jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung des gleichen Rechts erschweren (Art. 712a Abs. 2 ZGB). Die gemeinschaftlichen Teile des Gebäudes, etwa «die Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind oder die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen» (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), sind nicht sonderrechtsfähig. An diesen Teilen kann also kein Sonderrecht, sondern nur ein Sondernutzungsrecht begründet werden.¹¹

B. Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan

Das Stockwerkeigentum stellt als Miteigentumsanteil an Grundstücken ein Grundstück im Rechtssinn dar (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Der Kauf von Stockwerkeigentum ist folglich als Grundstückskauf zu qualifizieren und bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Stockwerkeigentum wird durch Eintragung im Grundbuch begründet oder erworben (Art. 712d Abs. 1 und 2 ZGB). Nach Art. 69 Abs. 1 GBV kann die Eintragung von Stockwerkeigentum bereits vor Erstellung des Gebäudes verlangt werden, wenn mit der Anmeldung der Aufteilungsplan eingereicht wird. Somit können Stockwerkanteile schon vor Beginn der Bautätigkeit veräussert oder mit dinglichen Rechten belastet werden.¹² Wird eine «*Eigentumswohnung*» – gemeint ist Stockwerkeigentum mit dem Sonderrecht an einer Wohnung – in einem Zeitpunkt veräussert, in welchem die Wohnung erst geplant und noch nicht realisiert ist, wird in der Praxis oft vom Erwerb von Stockwerkeigentum «*ab Plan*» gesprochen.

⁹ BGE 136 III 261 E. 2.1 S. 263; KRAUSKOPF, BRT 2017, 151.

¹⁰ BGE 132 III 9 E. 3.6 S. 14; BGer Urteil 5A_640/2012 vom 13. November 2012 E. 2; STÖCKLI, BRT 2009, 9.

¹¹ Vgl. BGE 141 III 357 E. 3.2 S. 360; KRAUSKOPF, BRT 2017, 152.

¹² BGE 114 II 127 E. 2 S. 129; 107 II 211 E. 2 S. 214; SCHMID MEYER, Rz. 42 ff.

C. Der Vertrag über Stockwerkeigentum ab Plan

Wird Stockwerkeigentum mit Sonderrecht an einer Wohnung eines Gebäudes gekauft, welche im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fertig steht, handelt es sich um einen Grundstückskaufvertrag im Sinne der Art. 216 ff. OR. Mit der Grundbucheintragung erwirbt der Käufer einerseits das Miteigentum am Grundstück, das auch die Liegenschaft sowie alle Bauten und Pflanzen sowie Quellen umfasst (Art. 655 Abs. 1 ZGB, Art. 667 Abs. 2 ZGB), und andererseits das Sonderrecht an den im Kaufvertrag bezeichneten Teilen des auf dem Grundstück stehenden Gebäudes.¹³ Was gilt aber, wenn das Gebäude im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht gebaut oder im Bau begriffen ist? Bei der Qualifikation von Verträgen über den Erwerb von Wohneigentum ab Plan steht insbesondere die Unterscheidung zwischen einem reinen Kaufvertrag (Kauf einer künftigen Sache) und einem gemischten Vertrag mit grundstückkauf- und werkvertraglichen Elementen zur Diskussion.¹⁴ Von der Vertragsqualifikation¹⁵ hängt beispielsweise ab, ob für den konkreten Vertrag besondere Formerfordernisse gelten. Im Gegensatz zum Kaufvertrag über Stockwerkeigentum, welcher zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 655 Abs. 2 ZGB, Art. 657 Abs. 1 ZGB), bedarf der Werkvertrag über die Herstellung einer Eigentumswohnung keiner besonderen Form (Art. 11 OR). Die Vertragsqualifikation ist auch für die Frage, welche Mängelrechte einschlägig sind, relevant: Das Werkvertragsrecht sieht für den Besteller ein Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) vor, welches das Kaufrecht nicht kennt.¹⁶

Das Bundesgericht hat sich zur Veräusserung einer noch nicht erstellten Bauteile wie folgt geäußert: *«In diesem Fall stehen den Parteien grundsätzlich drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung offen. Sie können entweder zwei getrennte Verträge, d.h. einen Werkvertrag und einen Kaufvertrag [...], oder einen einzigen gemischten Vertrag abschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet [...]. Die dritte – allerdings umstrittene – Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt als Kauf einer künftigen Sache zu regeln [...]. Welche vertragliche Rege-*

¹³ Vgl. STÖCKLI, BRT 2009, 5.

¹⁴ Vgl. KRAUSKOPF, BRT 2017, 152.

¹⁵ *Pro memoria*: Die Frage der Vertragsqualifikation ist dem Parteiwillen entzogen und ist vom Gericht als Rechtsfrage von Amtes wegen zu prüfen (BGE 129 III 664 E. 3.1 S. 667; BGer Urteil 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.2).

¹⁶ In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, dass auch dem Käufer ein Nachbesserungsrecht zustehe (vgl. dazu die Hinweise bei BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 5; BGE 91 II 344 E. 2a S. 348 ablehnend; offen gelassen in BGE 124 III 456 E. 4b/bb S. 460. Ein Nachbesserungsrecht kann aber vereinbart oder mit der SIA-Norm 118 vertraglich übernommen werden, ausserdem kann es sich aus dem hypothetischen Parteiwillen ergeben, dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 351).

lung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Leistungspflichten zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung [...]. Liegen zwei selbständige Verträge – Grundstückkaufvertrag und Werkvertrag – vor, so können diese zu verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen werden. Geregelt werden muss von den Parteien aber auch, inwieweit der Bestand des einen Vertrages von der Gültigkeit des anderen abhängt [...].»¹⁷

Dem Gesagten nach können die Parteien für die Veräusserung von Stockwerkeigentum ab Plan entweder zwei Verträge – einen Grundstückkaufvertrag und einen Werkvertrag – oder alternativ einen einzigen Vertrag, der sowohl Grundstück als auch Wohnung umfasst, schliessen. Im ersten Fall werden zwei getrennte Verträge abgeschlossen. Dabei ist nur der Grundstückkauf öffentlich zu beurkunden, nicht aber der Werkvertrag. Dies gilt auch dann, wenn nach dem Willen der Parteien kein Vertrag ohne den anderen gelten soll.¹⁸ Im zweiten Fall schliessen die Parteien einen einzigen Vertrag über den Verkauf eines Grundstückes mit der geplanten Neubaute ab. Dabei ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Vertrag mit Elementen des Kauf- und Werkvertrages (Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht) zu unterscheiden. Das entscheidende Abgrenzungskriterium ist dabei die Herstellungspflicht:¹⁹ «Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Neubaute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus nach den individuellen Wünschen des Erwerbers.»²⁰ Zur Verdeutlichung:

- Ein reiner Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache liegt vor, wenn den Veräusserer keine Herstellungspflicht trifft, sondern nur eine Pflicht zur Übereignung der künftigen Sache und der Käufer auf den Herstellungsprozess keinen Einfluss nehmen kann.²¹ An dieser Qualifikation

¹⁷ BGE 117 II 259 E. 2b S. 264.

¹⁸ BGE 117 II 259 E. 2b S. 264; 113 II 402 E. 2a S. 404; vgl. auch KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 254; STÖCKLI, BRT 2009, 6.

¹⁹ BGer Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1.

²⁰ BGer Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1.

²¹ BGer Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1; STÖCKLI, BRT 2009, 7; KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 250.

ändert auch nichts, wenn der Käufer lediglich Details der Endausführung, wie z.B. die Farbe der Tapeten, mitbestimmen darf.²² Dieser Vertrag ist ohne Rücksicht auf die Preisgestaltung zwischen den Parteien gesamthaft öffentlich zu beurkunden.²³ Wird die Handänderung aber noch vor der Errichtung des Gebäudes vollzogen, so können die Bauarbeiten, die nach der Handänderung ausgeführt werden, nur noch werkvertraglicher Natur sein: Wegen des Akzessionsprinzips (Art. 667 ZGB) gelangt das Gebäude bei fortschreitender Erstellung unmittelbar in das Eigentum des oder der Grundeigentümer; die für den Verkauf begrifflich notwendige Eigentumsübertragung vom Veräusserer auf den Erwerber ist weder erforderlich noch möglich.²⁴

- Ein Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht als gemischter Werk- Kaufvertrag ist dann anzunehmen, wenn der Veräusserer nicht nur die Pflicht hat, das Grundstück mit Neubaute zu übereignen, sondern auch, die Neubaute zu erstellen.²⁵ Für einen gemischten Vertrag spricht, wenn der Erwerber aufgrund seines Vertrages mit dem Veräusserer auf den Arbeitsprozess Einfluss nehmen kann, indem er z.B. die Pläne genehmigen muss oder zu Planänderungen berechtigt ist.²⁶ Betreffend die Beurkundungspflicht gilt: Beurkundungspflichtiger Kaufpreis ist, was nach dem wirklichen Willen der Parteien für das Grundstück (allenfalls mit der angefangenen Baute) geschuldet sein soll.²⁷ Wenn die Parteien für das Grundstück und das Bauwerk einen Gesamtpreis vereinbaren – also nicht unterscheiden zwischen dem Preis für das Grundstück (mit angefangener Baute) und dem Preis für die Werkarbeiten –, muss der gesamte Vertrag öffentlich beurkundet werden.²⁸ Vereinbaren die Parteien zwei für Grundstück und Baute getrennte Preise, so fällt die Vergütung für die Werkleistung nicht unter die Beurkundungspflicht.²⁹ Dies gilt auch dann, wenn der Werkvertrag mit dem Grundstückvertrag eine «vertragliche Einheit» bildet.³⁰ Was die Mängelhaftung anbelangt, so richtet sich diese für das Grundstück nach dem Kaufrecht (Art. 197 ff. und Art. 219 OR), diejenige

²² KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 250 und 253; OGer ZH, ZBGR 92/2011, 69–72, 71.

²³ KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 250 ff. m.w.H.; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 412.

²⁴ STÖCKLI, BRT 2009, 8 und 11; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 348; SCHUMACHER/RÜEGG, Rz. 151; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 120 m.w.H.

²⁵ BGer Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1; STÖCKLI, BRT 2009, 7. Gemäss VISCHER, Mängelrechte, 218, geht das Bundesgericht im Regelfall von einem gemischten Vertrag aus.

²⁶ Vgl. SCHUMACHER/RÜEGG, Rz. 150.

²⁷ KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 249.

²⁸ BGE 135 III 295 E. 3.2 S. 299; 117 II 259 E. 2b S. 264 f.; ausführlich dazu KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 241; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 411.

²⁹ Grundlegend GAUCH, Werkvertrag, Rz. 409; BGE 117 II 259 E. 2b S. 264 f.; vgl. KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 252.

³⁰ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 409; KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 245.

für das Gebäude nach den werkvertraglichen Bestimmungen (Art. 367 ff. OR) und zwar – aus Praktikabilitätsgründen – auch für die Gebäudeteile, die bei Vertragsschluss bereits erstellt waren.³¹

III. Die Pflichten der Urkundsperson

A. Allgemeines

Nach Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, wenn nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. *«Wo das Bundesrecht die öffentliche Beurkundung eines Vertrages fordert, verfolgt es den Zweck, die Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen zu bewahren und dafür zu sorgen, dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtung erkennen und dass ihr Wille klar und vollständig zum Ausdruck kommt.»*³² Um die Zwecke der öffentlichen Beurkundung zu erfüllen, gehört es zu den Berufs- und Standespflichten der Urkundsperson, den übereinstimmenden wirklichen und vollständigen Geschäftswillen der Parteien eines beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts sorgfältig zu ermitteln und in eine für den konkreten Fall rechtlich zulässige und zweckmässige Form zu überführen.³³

Die Notariatstätigkeit gehört zu den amtlichen Verrichtungen, welche die Kantone nach Massgabe von Art. 61 Abs. 1 OR vom Bundesprivatrecht abweichend regeln können.³⁴ Während bereits das Bundesrecht den Urkundspersonen, die ein beurkundungsbedürftiges Geschäft des Bundeszivilrechts öffentlich beurkunden, bestimmte (Mindest-)Pflichten auferlegt,³⁵ kann das kantonale öffentliche Recht der Urkundsperson, welche mit der öffentlichen Beurkundung eine amtliche Tätigkeit wahrnimmt,³⁶ darüber hinaus weitere Pflichten erteilen, beispielsweise Beratungspflichten, welche für die notarielle Beurkundung von Grundstücksgeschäften nicht unmittelbar erforderlich

³¹ BGE 118 II 142 E. 1a S. 144 f.; BGer Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.2; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 349 f.

³² BGE 118 II 32 E. 3d S. 34.

³³ BGE 78 IV 105 E. 2 S. 112; KRAUSKOPF, Grundstückkauf, 259; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 11, 15 und 30; SCHMID JÖRG, öffentliche Beurkundung, Rz. 174; vgl. auch OGer ZH, ZBGR 92/2011, 69–72, 69 ff.

³⁴ BGE 126 III 370 E. 7a und c; einlässlich BGer Urteil 4A_34/2014 vom 19. Mai 2014 E. 4 m.w.H.

³⁵ BGE 90 II 274 E. 5 S. 280.

³⁶ Das gilt gleichermassen, ob die Beurkundung von einem Beamten oder einer staatlich angestellten Person oder von einer freierwerbenden Urkundsperson vorgenommen wird (BGer Urteil 2P.31/2002 vom 6. September 2002 E. 3 m.w.H.).

sind:³⁷ «Pour que la responsabilité du notaire, qui, outre ses fonctions ministérielles, exécute régulièrement d'autres tâches (par exemple rédaction de contrats ou de statuts non soumis à la forme authentique, partage de successions, administration de fortune) qui relèvent du droit privé fédéral, à savoir du contrat de mandat, soit soumise à un régime de responsabilité unique, le Tribunal fédéral a reconnu aux cantons la compétence, déduite directement de l'art. 6 CC, de régler la responsabilité de leurs notaires pour l'ensemble de leurs activités (y compris donc les tâches purement privées), à condition de ne pas alléger celle-ci par rapport à ce que prévoit le droit privé fédéral [...]; le droit public cantonal a ainsi une force expansive, qui va au-delà d'une simple réserve, et qui permet de tenir compte de l'intérêt général dans des domaines déjà régis par le droit privé, pour autant que le droit fédéral ne soit pas écludé».³⁸

Im Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend die öffentliche Beurkundung vom Dezember 2012 wurde eine Kodifizierung der «von Lehre und Rechtsprechung anerkannten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung»³⁹ vorgeschlagen. Was die hier interessierenden Berufspflichten der Urkundsperson anbelangt,⁴⁰ geht es insbesondere um die Rechtsbelehrungspflicht (dazu sogleich **B.**), die Wahrheitspflicht (unten **C.**) und die Pflicht zur Unparteilichkeit (unten **D.**).⁴¹ Im Zusammenhang mit der Beurkundung von Veräusserungsverträgen über Stockwerkeigentum ab Plan hat die Urkundsperson diese Berufspflichten zu beachten (weiter unten **E.**).

B. Die Rechtsbelehrungspflicht

Es obliegt der Urkundsperson, «beide Vertragsparteien über die Tragweite ihrer Verpflichtungen aufzuklären».⁴² Was der Umfang der Rechtsbelehrungspflicht im Einzelnen ist, wird vom kantonalen Recht festgelegt. Ein Minimum an Belehrung verlangt indes bereits der bundesrechtliche Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung, «denn einerseits muss der Geschäftswille unter Mithilfe der Urkundsperson einwandfrei ermittelt und in eine gül-

³⁷ BGer Urteil 4C.146/2002 vom 16. Juli 2002 E. 2.3; vgl. auch BGer Urteil 5A_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3.2; 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 2.2.

³⁸ BGer Urteil 4A_34/2014 vom 19. Mai 2014 E. 4.2 m.w.H.; vgl. auch BGE 127 III 248 E. 1b S. 251 m.w.H.

³⁹ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung) vom Dezember 2012, 4.

⁴⁰ Einlässlich zu diesen Pflichten etwa MOOSER, Rz. 139 ff.

⁴¹ BGer Urteil 2P.55/2005 vom 24. Oktober 2005 E. 2.3.2.

⁴² BGE 90 II 274 E. 8 S. 284.

tige und zweckmässige rechtsgeschäftliche Form gebracht werden, andererseits hat die Urkundsperson die Parteien auf Mängel und Gefahren des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts hinzuweisen».⁴³

Der im Einzelfall erforderliche Umfang der Rechtsbelehrungspflicht der Urkundsperson richtet sich nach den Bedürfnissen der Vertragsparteien, wobei die Natur des Geschäfts und der Wissensstand der erklärenden Personen zu beachten sind.⁴⁴ Unerfahrene Parteien benötigen üblicherweise einen höheren Schutz als rechtskundige.⁴⁵ Die Belehrungspflicht ist unverzichtbar, selbst wenn die Parteien schon anderweitig fachkundig beraten worden sind.⁴⁶ Nach den Worten des Bundesgerichts erstreckt sich die Belehrungspflicht der Urkundsperson aber «nicht oder nur in Ausnahmefällen auf die rein wirtschaftlichen Aspekte des Rechtsgeschäfts»⁴⁷, wie beispielsweise die Angemessenheit des vereinbarten Preises.⁴⁸ Ausnahmen gelten etwa dann, wenn der Vertragsinhalt zur Übervorteilung (Art. 21 OR) einer Partei führen würde oder sich eine Partei für die Urkundsperson erkennbar in einem wesentlichen Irrtum befindet.⁴⁹ Die Urkundsperson kann die Rechtsbelehrung nicht an eine Hilfsperson delegieren, sondern muss sie selbst wahrnehmen.⁵⁰

Die Aufklärungspflicht der Urkundsperson wird in eine formelle und eine materielle Rechtsbelehrungspflicht aufgeteilt.⁵¹ Die formelle Rechtsbelehrungspflicht betrifft die zu wählende Vertragsform, die verschiedenen Verurkundungsverfahren sowie weitere zu beachtende Formalien.⁵² Im Rahmen der materiellen Rechtsbelehrungspflicht muss die Urkundsperson die Urkundsperson

⁴³ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung) vom Dezember 2012, 14 (mit Verweis auf SCHMID JÖRG, öffentliche Beurkundung, 45 f.).

⁴⁴ Details bei MOOSER, Rz. 211 ff.

⁴⁵ BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 16.

⁴⁶ BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62; BSK ZGB II-SCHMID JÖRG, Art. 55 SchIT N 25; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 13 f., wonach die Erklärung der Parteien, sie seien über bestimmte Aspekte des beabsichtigten Rechtsgeschäfts bereits genügend informiert, die Belehrungs- und Beratungspflicht im Einzelfall enger werden lässt.

⁴⁷ BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62.

⁴⁸ In diesem Sinne schon BGE 50 II 142 E. 3 S. 147: «[...] es ist daher auch nicht Sache der Urkundsperson, zu verhüten, dass eine Liegenschaft zu billig oder zu teuer verkauft werde».

⁴⁹ KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 50 f. m.w.H.

⁵⁰ Bundesamt für Justiz, ZBGR 64/1983, 342–352, 346.

⁵¹ Vgl. z.B. zum bernischen NG KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 10 ff.; KOLLER TH./PLOTKE, 236 f.; RUF, Rz. 884 ff.; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1733, spricht von der verfahrensrechtlichen Belehrung, der Urkunden-Erläuterung, der Rechtsfolgen-Belehrung und unter gewissen Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsbelehrung.

⁵² Vgl. z.B. zum bernischen NG KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 10 ff.; KOLLER TH./PLOTKE, 236 f.

parteien «über den Vertragsinhalt sowie dessen rechtliche Ausgestaltung und seine rechtlichen Folgen aufklären.»⁵³ Die rechtliche Bedeutung des Beurkundungsgegenstandes ist den Urkundsparteien soweit zu erklären, «dass sie das Geschäft in den wesentlichen Punkten verstehen.»⁵⁴ Der Belehrungspflicht ist eine besondere Bedeutung beizumessen, wenn der Inhalt der Urkunde von der Urkundsperson selbst oder von einem Dritten, nicht aber von den Urkundsparteien selbst verfasst wurde.⁵⁵ «Das kommentarlose, rasche Hinweglesen über Vertragsfloskeln, die von den Parteien nicht selber vorgeschlagen wurden und die nach Wortlaut und Inhalt möglicherweise nicht ohne weiteres verstanden und ihre Tragweite erfasst werden, muss als Verletzung der notariellen Belehrungspflicht qualifiziert werden.»⁵⁶ Bei Grundstücksgeschäften ist die Belehrung über alle wesentlichen Sachverhalte und Rechtsfolgen, welche sich aus dem Grundbuch und dem Gesetz ergeben, erforderlich.⁵⁷ Auf wichtige Vertragsklauseln und deren Rechtsfolgen ist gesondert hinzuweisen.⁵⁸ Ein solcher Hinweis ist insbesondere dann geboten, wenn Bestimmungen des Vertrages in erheblicher Weise vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen.⁵⁹ Dies ergibt sich daraus, dass die öffentliche Beurkundung zu einem wesentlichen Teil dem Parteischutz dient.⁶⁰ Weicht der Vertrag gar von zwingendem Gesetzesrecht ab, so hat die Urkundsperson auf die drohende Unwirksamkeit des Geschäfts aufmerksam zu machen.⁶¹ Wollen sich die Parteien nicht belehren lassen, so ist die Beurkundung abzulehnen.⁶²

Diese bundesrechtlichen Minimalvorschriften können wie bereits erwähnt durch das kantonale Recht durchaus erweitert, nicht aber beschränkt werden.⁶³ So sieht beispielsweise Art. 35 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern (NG BE)⁶⁴ unter dem Titel Rechtsbelehrungspflicht folgende Regelung vor: «Die Notarin oder der Notar belehrt die Urkundsparteien über Form und Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen.» Während die Rechtsberatung nach herrschender Auffassung kaum zu den vom Bundesrecht gefor-

⁵³ BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62; RUF, Rz. 899; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 37; KOLLER TH./PLOTKE, 236 f.

⁵⁴ KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 13 zum Notariatsgesetz des Kantons Bern; KOLLER TH./PLOTKE, 236.

⁵⁵ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1742.

⁵⁶ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1743.

⁵⁷ BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62.

⁵⁸ KOLLER TH./PLOTKE, 236.

⁵⁹ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1753; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 13; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 20.

⁶⁰ Vgl. SCHMID JÖRG, Grundlagen, 19 f.

⁶¹ SCHMID JÖRG, Grundlagen, 20.

⁶² BGE 90 II 274 E. 7 S. 283; BSK ZGB II-SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchIT N 25.

⁶³ BGer Urteil 4A_34/2014 vom 19. Mai 2014 E. 4.2 m.w.H.; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 1 m.w.H.

⁶⁴ Notariatsgesetz (NG) des Kantons Bern vom 22.11.2005 (BSG 169.11).

dernten Berufspflichten der Urkundsperson gehört,⁶⁵ sind die Kantone befugt, in ihren Gesetzen solche Beratungspflichten vorzusehen. So lautet z.B. § 15 der Notariatsverordnung des Kantons Solothurn⁶⁶: *«Der Notar soll diejenigen, die seine Dienste beanspruchen, unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen beraten. Er achtet besonders darauf, dass Geschäfts- und Rechtsunkundige, die vor ihm rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben, die nötigen Aufschlüsse erhalten und nicht in Unkenntnis der Sachlage zu ihrem Nachteil handeln.»*

Eine ungenügende oder unrichtige Rechtsbelehrung ändert grundsätzlich nichts an der Entstehung der öffentlichen Urkunde. Derjenige, der ungenügend oder unrichtig belehrt wurde, kann das Rechtsgeschäft aber wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), Täuschung oder Übervorteilung (Art. 21 und 28 OR) anfechten.⁶⁷ Die Urkundsperson kann sich zudem disziplinarisch (vgl. z.B. Art. 45 Abs. 1 NG BE) wie auch vermögensrechtlich (vgl. z.B. Art. 57 NG BE) verantwortlich machen.⁶⁸ Wird der Urkundsperson nebst der hoheitlichen Tätigkeit ein Beratungsauftrag erteilt, richtet sich dieser nach Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR).⁶⁹

C. Die Wahrheitspflicht

Als weitere bundesrechtliche Pflicht, die im Zusammenhang mit der Belehrungspflicht steht, trifft die Urkundsperson eine Wahrheitspflicht.⁷⁰ Die öffentliche Beurkundung zwischen den Parteien muss wahrheitsgetreu sein und rechtlich klare Verhältnisse schaffen.⁷¹ Der Text der Urkunde muss klar und unzweideutig sein.⁷² Betreffend die Beurkundungspflicht des Kaufpreises hält das Bundesgericht fest, dass diese die Gesamtheit aller (Geld-)Leistungen umfasst, welche der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss, auch wenn ein Teil des Kauf-

⁶⁵ Vgl. RUF, Rz. 902, 931, 937 und 1082.

⁶⁶ Notariatsverordnung des Kantons Solothurn vom 21.08.1959 (129.11).

⁶⁷ KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 40; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 28; vgl. auch Appellationshof Bern, ZBGR 67/1986, 139–150, 139.

⁶⁸ KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 40 m.w.H.; MÜLLER, 49 f.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. August 1999, BVR 2000, 154–169; vgl. Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (BE) vom 25. Mai 1999, BVR 2000, 289–300; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 599 ff.

⁶⁹ SCHMID JÖRG, Grundlagen, 14.

⁷⁰ BSK ZGB II-SCHMID JÖRG, Art. 55 SchlT N 27; MOOSER, Rz. 177; SCHMID JÖRG, Grundlagen, 11 f.

⁷¹ Zur Ermittlungspflicht der Urkundsperson vgl. BGer Urteil 6B_134/2014 vom 16. Juni 2014 E. 3.3.

⁷² BGer, ZBGR 81/2000, 58–64, 62.

preises schon vor der Beurkundung bezahlt wurde. Die Preisangabe muss wahr sein und dem wirklichen Parteiwillen entsprechen. Haben die Parteien einen unwahren Kaufpreis verurkundet, ist der Vertrag nichtig.⁷³ Bei einer Missachtung der Wahrheitspflicht drohen der Urkundsperson vermögensrechtliche, aufsichtsrechtliche und strafrechtliche Folgen.⁷⁴

D. Die Pflicht zur Unparteilichkeit

Ungeachtet der kantonalen Bestimmungen über Ausstandspflicht und Unvereinbarkeit der Urkundsperson wird bereits kraft Bundesrechts von ihr ein Minimum an Unparteilichkeit verlangt:⁷⁵ *«Le notaire est tenu non seulement d'une obligation de renseigner, mais encore d'un devoir d'impartialité, qui lui impose de veiller avec le même soin à la sauvegarde des intérêts de toutes les parties»*.⁷⁶ Die Urkundsparteien sollen von der Urkundsperson gleich behandelt werden. Problematisch ist es deshalb, wenn die Urkundsperson den Vertrag im Auftrag einer Partei ausarbeitet und dabei die Interessen dieser Partei in den Vordergrund stellt.⁷⁷ Im hier interessierenden Fall, der Veräusserung einer Eigentumswohnung, wird meistens der Veräusserer diese Partei sein. Die Pflicht zur Unparteilichkeit erfordert aber, dass alle Parteien in die Vorbereitung des Vertrages involviert werden.⁷⁸ Die Urkundsperson muss deshalb in jedem Fall auch den bezeichneten Erwerber vorgängig über die Instruktionen des Veräusserers informieren.⁷⁹ Dabei darf sie sich nicht zum *«Sprachrohr»* des Veräusserers machen und seine Anliegen als rechtsnotwendig, üblich oder ausgewogen darstellen.⁸⁰ Im Gegenteil: Es ist stets die Aufgabe der Urkundsperson, dafür zu sorgen, dass der Erwerber sich der

⁷³ BGer, ZBGR 90/2009, 209–214, 209 ff.; BGer Urteil 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 5; BGE 84 IV 163 E. 1a S. 164; 98 II 313 E. 2 S. 316; 93 II 97 E. 1 S. 104.

⁷⁴ BGE 113 IV 77; BSK ZGB II-SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchlT N 29 m.w.H.; MOOSER, Rz. 180; BGer, ZBGR 89/2008, 381–385, 381 ff.; vgl. Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (BE) vom 25. Mai 1999, BVR 2000, 289–300.

⁷⁵ SCHMID JÖRG, öffentliche Beurkundung, Rz. 166 f.; BSK ZGB II-SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchlT N 30 ff.; KNB-PFAMMATTER, Art. 37 NG N 1; MÜLLER, 214.

⁷⁶ BGer Urteil 6B_530/2008 vom 8. Januar 2009 E. 3.4.

⁷⁷ STÖCKLI/AESCHIMANN, 80; vgl. auch WERMELINGER, Rz. 7; BRÜCKNER, Grundstücksrecht, 131.

⁷⁸ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1627 aber auch Rz. 1691 wonach bei *«Routinengeschäften, die zu Marktkonditionen abgeschlossen und in Standardformulierungen beurkundet werden, wie dies namentlich bei der Mehrzahl der Grundstückkäufe und -verpfändungen der Fall ist, ist die Entgegennahme der Instruktion von seiten einer einzigen Vertragspartei oder von seiten einer Drittperson (Mäkler, Bank) üblich und zulässig»*; BRÜCKNER, Grundstücksrecht, 131; dazu STÖCKLI/AESCHIMANN, 80.

⁷⁹ Illustrativ BGer Urteil 6B_530/2008 vom 8. Januar 2009 E. 3.2.

⁸⁰ Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1827; STÖCKLI/AESCHIMANN, 80 f.

Nachteile und Risiken des konkreten Geschäfts bewusst wird. Das bedeutet freilich nicht, dass die Urkundsperson den Erwerber vom Vertragsschluss abhalten muss.⁸¹

Kantonale Vorschriften können die bundesrechtlichen Minimalvorschriften ergänzen und den Verstoss dagegen auch mit aufsichtsrechtlichen Sanktionen verknüpfen.⁸² So regelt beispielsweise das Berner Notariatsgesetz sowohl die Pflicht zur Unparteilichkeit (Art. 37 Abs. 1 NG BE) als auch die Ausstandspflichten (Art. 32 f. NG BE) und die disziplinarischen Massnahmen (Art. 45 ff. NG BE). Grundsätzlich berührt die Verletzung der Unparteilichkeit und der Ausstandspflicht nicht das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde,⁸³ aber es ist wiederum den Kantonen anheimgestellt, die Folgen der Verletzung dieser Pflichten mit Gültigkeitsvorschriften besonders zu regeln.

E. Zu den Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson beim Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan insbesondere

Der Vertrag über die Veräusserung einer Stockwerkeinheit ab Plan ist anerkannterweise besonders problem- und risikobehaftet oder – um mit den Worten von WERMELINGER zu sprechen – ein *«nid à problèmes»*.⁸⁴ Es ist nur richtig, dass die Rechtsbelehrungspflicht der Notarinnen und Notare bei solchen Geschäften eine umfassende ist. In nicht abschliessender Aufzählung umfasst diese Pflicht die Aufklärung über:

- den Begriff und den Umfang der Beurkundungspflicht des Kaufpreises nach Art. 216 Abs. 1 OR sowie die rechtlichen Konsequenzen einer unrichtigen oder unvollständigen Beurkundung des Kaufpreises;⁸⁵
- den Grundsatz und die Bedeutung von Art. 649a ZGB und allenfalls bereits vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnungen;⁸⁶
- das Bestehen und die Wirkungen einer allfälligen Vormerkung eines Vorkaufs- oder Einspracherechts (Art. 712c ZGB).⁸⁷

⁸¹ STÖCKLI/AESCHMANN, 81 und 84.

⁸² Vgl. beispielsweise BGer Urteil 2C_26/2009 vom 18. Juni 2009 E. 8.

⁸³ MOOSER, Rz. 244 und 681.

⁸⁴ WERMELINGER, Rz. 7; vgl. auch CARONI, 6.

⁸⁵ KRAUSKOPF, Grundstückskauf, 260 f. m.w.H.; WERMELINGER, Rz. 31.

⁸⁶ WERMELINGER, Rz. 34; WERMELINGER/STOLL, 320; vgl. z.B. Entscheid des OGer ZH (LB160016-O/U) vom 25. August 2016, wonach die Nutzungs- und Verwaltungsordnung, welche der ursprüngliche Eigentümer vor Fertigstellung der Überbauung erlassen hat auch für später eintretende Gemeinschaftler verbindlich ist, selbst wenn die Überbauung nicht in der ursprünglich geplanten Art erstellt wurde (E. III/2b).

⁸⁷ Vgl. dazu WERMELINGER, Rz. 35; WERMELINGER/STOLL, 323.

- die Risiken von Bauhandwerkerpfandrechten;⁸⁸
- die Folgen einer Ermächtigung zugunsten des Veräusserers, welche ihn berechtigt, vor und nach der Eigentumsübertragung bauliche oder rechtliche Veränderungen am Gebäude oder am Grundstück vorzunehmen;⁸⁹
- die Problematik, wie es sich mit Mängelrechten verhält, welche dem Erwerber gegenüber dem Veräusserer zustehen, insbesondere betreffend Mängel in gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes;⁹⁰
- die Frage, ob und in welchem Umfang der Erwerber sachenrechtlich überhaupt berechtigt ist, vom Veräusserer die Nachbesserung zu fordern oder selbst vorzunehmen.⁹¹

Im Folgenden wird ein besonderes Augenmerk auf die in der Praxis verbreiteten Freizeichnungs- und Abtretungsklauseln (unten IV. und V.) gerichtet, welche zu einer komplexen und unsicheren Rechtslage führen und sich für den Erwerber je nach Vertragsinhalt und Sachlage sehr nachteilig auswirken können. Für juristische Laien sind diese Freizeichnungs- und Abtretungsklauseln in Verträgen über eine Stockwerkeinheit ab Plan oft nicht oder nur schwer verständlich. Ausserdem erschliessen sich ihnen Bedeutung, Wirksamkeit und Tragweite solcher Klauseln nicht ohne weiteres. Für die Beurkundung eherechtlicher Verträge erklärt das Bundesgericht, dass wegen Komplexität solcher Verträge *«die Anforderungen an die notarielle Belehrung hoch und in der Regel eine eigentliche notarielle Rechtsberatung notwendig [sind]. Die vertragschliessenden Personen müssen mindestens darüber informiert sein, inwiefern die Beurkundung ihrer Erklärungen den bisherigen Rechtszustand ändert»*.⁹² Diese Rechtsprechung lässt sich sinngemäss auf Verträge übertragen, in denen es um die Veräusserung bzw. um den Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan geht.

Es ist auch STÖCKLI und AESCHLIMANN zuzustimmen, wenn sie schreiben: *«dass die Erfüllung gerade der Rechtsbelehrungspflicht in unserem Zusammenhang überaus anforderungsreich und damit auch haftungsanfällig ist – wenn man diese Pflicht denn ernst nehmen und den Erwerber einer ‚Eigentumswohnung‘ gründlich über die Risiken aufklären will, die er mit einer Zustimmung zum weitestgehenden Verzicht auf die Haftung des Veräusserers unter gleichzeitiger Abtretung von Mängelrechten auf sich nimmt.»*⁹³ Es sei allerdings auch erwähnt, dass es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

⁸⁸ WERMELINGER, Rz. 36; WERMELINGER/STOLL, 326.

⁸⁹ Vgl. WERMELINGER/STOLL, 337 ff.; WERMELINGER, Rz. 38.

⁹⁰ Vgl. dazu KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 133 ff.

⁹¹ KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 137 f.; STÖCKLI, BRT 2009, 18.

⁹² BGer Urteil 5A_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3.2.

⁹³ Vgl. auch STÖCKLI/AESCHIMANN, 94.

«einem Erfahrungssatz» entspreche und «*deshalb zu vermuten*» sei, dass Notarinnen und Notare ihren Aufklärungspflichten nachkommen.⁹⁴

IV. Freizeichnungsklauseln

A. Die Praxis kurz erklärt

Es entspricht einer gängigen Praxis in der Schweiz, dass bei Grundstücksveräußerungsverträgen die Gewährleistung des Veräusserers vollständig wegbedungen oder zumindest weitgehend beschränkt wird. Dieser Befund wurde in der Literatur schon vor geraumer Zeit gemacht und daran scheint sich, trotz verbreiteter Kritik, auch nichts geändert zu haben.⁹⁵ Dies ersieht sich auch aus Musterverträgen für Grundstückveräußerungen, die im Internet frei abrufbar sind oder bestellt werden können.⁹⁶ Daraus lässt sich unschwer folgern, dass die Verhandlungsmacht typischerweise dem Veräusserer zukommt und die Klausel für den Erwerber in der Regel faktisch nicht verhandelbar ist.

Haftungsfreizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen sind dem Grundsatz nach zulässig⁹⁷ und bedürfen im Streitfall regelmässig der (restriktiven)⁹⁸ Vertragsauslegung.⁹⁹ Sie erfahren jedoch durch das zwingende Recht empfindliche Grenzen, welche im Folgenden aufgezeigt werden (dazu sogleich **B.**). Enthält der Vertrag über den Kauf einer Neuwohnung Freizeichnungsklauseln, so hat die Urkundsperson über deren Bedeutung, Tragweite und Grenzen aufzuklären (unten **C.**). Es kommt ausserdem häufig vor, dass eine Freizeichnungsklausel in Kombination mit der Abtretung der Mängelrechte an den Erwerber des Wohneigentums steht und deswegen problema-

⁹⁴ BGer Urteil 5A_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3.2; 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 2.1.

⁹⁵ Vgl. KRAUSKOPF, BRT 2017, 153 m.w.H. in Fn. 14; STÖCKLI, BRT 2009, 13 f.; STÖCKLI, Gutachten, Rz. 24; SCHUMACHER/RÜEGG, Rz. 340 ff.; SCHWERY, Nachbesserung, 153; VISCHER, Mängelrechte, 218; VISCHER, Freizeichnung, 178; SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen, 49.

⁹⁶ Vgl. z.B. Ziff. V/5, 6 und 7 Mustervertrag 625.1 «*Kaufvertrag über eine noch nicht fertig erstellte Stockwerkeinheit*» (2016) und Ziff. IV/3 Mustervertrag 621.21 «*Kauf- und Werkvertrag*» (2002) der Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare; vgl. auch auf <https://www.notariate.zh.ch/deu/downloads/gru_kau_bes_gew.pdf>: «*Die maximal mögliche Wegbedingung der Gewährleistungspflicht ist bei unbebauten Grundstücken sowie bei Grundstücken mit bestehenden Bauten [...] üblich.*»

⁹⁷ Vgl. KRAUSKOPF, BRT 2017, 153; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2572 ff.

⁹⁸ BGE 126 III 59 E. 5a S. 67; BGer Urteil 4C.273/2006 vom 6. Dezember 2006 E. 2.1 i.f.; 4C.295/2004 vom 12. November 2001 E. 4.1.

⁹⁹ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2552 ff. m.w.H.; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 90 ff.

tisch ist, weil die Durchsetzung der abgetretenen Mängelrechte scheitert (weiter unten V.).

B. Die Grenzen der Freizeichnung

1. *Freizeichnung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit*

Nach Art. 100 OR ist eine vertragliche Freizeichnung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nichtig. Diese Norm, welche auf die Verschuldenshaftung für Schadenersatz zugeschnitten ist, gilt nach nicht unumstrittener Ansicht auch für die kauf- und werkvertragliche Mängelhaftung des Verkäufers oder Unternehmers (Art. 197 ff. OR; Art. 367 ff. OR).¹⁰⁰ Bei Verträgen über die Veräusserung von Stockwerkeigentum ab Plan fallen Freizeichnungsklauseln, welche vor der Erstellung des Gebäudes vereinbart wurden, unter Art. 100 Abs. 1 OR, da im Zeitpunkt der Freizeichnungsabrede noch keine Mängel und Folgeschäden bestehen und es sich deshalb um «eine zum Voraus getroffene Verabredung» handelt.¹⁰¹ Soweit das Verhältnis der Urkundsparteien auch auftragsrechtlicher Natur ist, hat das Bundesgericht die im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage bislang offen gelassen, ob ein Haftungsausschluss bereits dem Grundsatz nach unwirksam ist, weil er der im Gesetz vorgesehenen Haftung des Beauftragten für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR) widerspricht.¹⁰²

2. *Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung*

Die Haftung für Hilfspersonen kann nach Art. 101 Abs. 2 OR vollständig und ohne Rücksicht auf die Verschuldensschwere wegbedungen werden. Mit einer solchen Freizeichnung wird der in Art. 101 Abs. 1 OR statuierte Grundsatz der Verhaltenszurechnung durchbrochen und der Geschäftsherr muss sich nach Massgabe der vereinbarten Freizeichnung das Verhalten seiner

¹⁰⁰ Vgl. den Meinungsstand bei KUONI, Rz. 457, welche selbst die Anwendung befürwortet; Einzelheiten bei GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2574 ff.; das Bundesgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 1 OR auf den Kaufvertrag bis anhin offen gelassen: BGer Urteil 4C.295/2004 vom 12. November 2004 E. 5.2; 4C.242/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 3.

¹⁰¹ KRAUSKOPF, BRT 2017, 155.

¹⁰² Vgl. BGE 124 III 155 E. 3c S. 165; BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 2.3; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 34.

Hilfsperson nicht oder nur beschränkt als eigenes Verhalten anrechnen lassen.¹⁰³ Diese Freizeichnungsnorm ist von praktischer Relevanz, wenn der Veräusserer das Werk durch Drittunternehmer herstellen lässt.¹⁰⁴ Zu Recht wird in der Literatur die Zulässigkeit der Möglichkeit der unbeschränkten Freizeichnung für die Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen kritisiert und eine Neuregelung von Art. 101 Abs. 2 OR (z.B. durch eine sinngemässe Anpassung an die Freizeichnungsschranke von Art. 100 Abs. 1 OR) gefordert.¹⁰⁵

Die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR ist eine Haftung für eigene Pflichtverletzung des Geschäftsherrn – nämlich die Verletzung einer oder mehrerer *curae*, die das Gesetz ihm auferlegt –, weshalb für diese Haftung nach zutreffender Auffassung die Freizeichnungsschranken von Art. 100 OR und nicht Art. 101 OR gelten.¹⁰⁶ Freilich greift Art. 55 Abs. 1 OR von vornherein nur dort, wo ein deliktisches Verhalten zum Schaden geführt hat und Geschäftsherr und Hilfsperson in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen.

3. *Ausservertragliche Haftung*

Es ist fraglich, ob die vertragliche Haftungsfreizeichnung von vornherein nur die Vertragshaftung wie die kauf- und werkvertragliche Mängelhaftung betreffen kann oder ob darüber hinaus auch die Haftung aus anderen Rechtsgründen – insbesondere aufgrund eines ausservertraglichen Haftungstatbestandes – gültig wegbedungen oder eingeschränkt werden kann.¹⁰⁷ Mehrheitlich scheint die Lehre die Wirkung einer vertraglichen Freizeichnung für die deliktische Haftung nach Art. 41 OR zu bejahen.¹⁰⁸ Auch das Bundesgericht scheint die Wegbedingung zulassen zu wollen.¹⁰⁹ Nicht von der vertraglichen

¹⁰³ KRAUSKOPF, BRT 2017, 155 m.w.H.

¹⁰⁴ STÖCKLI, BRT 2009, 14.

¹⁰⁵ Vgl. statt vieler RUSCH/BORNHAUSER, 1229 ff., insb. 1238 *if.*; KRAUSKOPF, BRT 2017, 155.

¹⁰⁶ RUSCH/BORNHAUSER, 1232 f.

¹⁰⁷ Ausführlicher dazu KRAUSKOPF, BRT 2017, 153.

¹⁰⁸ Vgl. dazu die Nachweise und die Auseinandersetzung mit den einschlägigen Argumenten und Gegenargumenten bei ZIRLICK, 42 ff.; BK-BREHM, Art. 41 OR N 230b f.; vgl. aber STÖCKLI, BRT 2009, 14, wonach deliktische Ansprüche «unter Umständen» nicht von der Freizeichnung erfasst werden, «da ihr Rechtsgrund nicht im (Rechts- oder Sach-) Mangel liegt»; vgl. auch die nuancierte Betrachtungsweise von GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2567 ff.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 120 II 58 E. 3a S. 61; 107 II 161 E. 8b S. 168; vgl. die Darstellung der Rechtsprechung bei ZIRLICK, 37 ff.

Freizeichnung erfasst sind dagegen die Haftungen nach Spezialgesetzen, in welchen die Haftungsbeschränkung ausdrücklich verboten wird.¹¹⁰

4. *Zugesicherte Eigenschaften*

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht schliesst eine allgemeine Freizeichnungsklausel die Haftung des Verkäufers oder Unternehmers für zugesicherte Eigenschaften¹¹¹ der Kaufsache oder des Werks nicht aus, weil der Käufer oder Besteller trotz einer solchen Klausel auf Zusicherungen des Verkäufers oder Unternehmers vertrauen darf, solange der Verkäufer oder Unternehmer im Vertrag nicht unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er sich bei seinen Angaben nicht behaften lassen will.¹¹² Es ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob eine Eigenschaftsangabe als Zusicherung zu gelten hat oder unter eine Freizeichnungsklausel fällt.¹¹³ Fällt sie unter die Freizeichnungsklausel, so verbietet dies dem Käufer oder Besteller, das Vorhandensein von Sach- oder Werkeigenschaften, für welche keine Haftung übernommen wurde, als notwendige Grundlage des Vertrages anzusehen.¹¹⁴

5. *Arglistig verschwiegene Mängel*

Nach Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Ein arglistiges Verschweigen liegt vor, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht.¹¹⁵ Eine Aufklärungspflicht kann sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben.¹¹⁶ Diese kaufrechtliche Norm ist nach zutref-

¹¹⁰ Vgl. z.B. Art. 40e Abs. 1 EBG, Art. 8 Abs. 1 KHG, Art. 16 Abs. 1 PauRG, Art. 44 PBG, Art. 8 PrHG und Art. 87 Abs. 1 SVG.

¹¹¹ Als Zusicherung gilt nach dem Bundesgericht jede Erklärung, wonach eine Sache oder ein Werk eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, wenn der Käufer oder Besteller nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf (BGer Urteil 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1).

¹¹² BGer Urteil 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 1.3.1; 4C.119/2005 vom 25. August 2005 E. 2.3.

¹¹³ BGer Urteil 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 1.3.1; BGE 109 II 24 E. 4 S. 24; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2563 ff.

¹¹⁴ BGer Urteil 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 1.3.1; BGE 126 III 59 E. 3 S. 66.

¹¹⁵ BGer Urteil 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 5.1.

¹¹⁶ BGer Urteil 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 5.1.

fender Ansicht auch im Werkvertrag zu beachten.¹¹⁷ Die vertragliche Aufhebung oder Beschränkung der werkvertraglichen Gewährleistung ist demnach unwirksam, wenn sie Werkmängel betreffen, welche der Unternehmer im Zeitpunkt der Ablieferung des Werks absichtlich verschwiegen hat.¹¹⁸

6. *Treu und Glauben*

Gemäss der kaufvertragsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt ein Mangel bei objektiver Auslegung dann nicht unter einen vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Womit der Käufer zu rechnen hat, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab: *«Damit ein Mangel von einer allgemein formulierten Freizeichnungsklausel nicht erfasst wird, genügt es nicht, dass er unerwartet ist; er muss auch den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigen [...]. Dies heisst allerdings nicht, dass zunächst ohne Rücksicht auf das Ausmass des Mangels zu beurteilen ist, ob er seiner Art nach gänzlich ausserhalb von dem liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen ist, und erst, wenn dies bejaht wurde, in einem zweiten Schritt zu prüfen wäre, ob der wirtschaftliche Zweck des Vertrages im Sinne einer kumulativen Voraussetzung erheblich beeinträchtigt wird. Vielmehr ist im Rahmen einer einheitlichen gesamthaften Beurteilung festzustellen, ob der Käufer mit den Mängeln einer bestimmten Art im vorhandenen Ausmass rechnen musste»*.¹¹⁹ Der Rechtsprechung kommt umso mehr Bedeutung zu, je formelhafter (floskelhafter) und allgemeiner eine Freizeichnungsklausel gefasst ist.¹²⁰ Diese Rechtsprechung hat richtigerweise auch im Werkvertragsrecht zu gelten.

7. *Personenschäden*

Nach herrschender aber nicht einhelliger Lehre verstösst die Wegbedingung der Haftung für vertragswidrig verursachte Personenschäden beim Käufer oder Besteller gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 Abs. 2 ZGB) und ge-

¹¹⁷ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2580 ff.; KRAUSKOPF, BRT 2017, 155.

¹¹⁸ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2583; zustimmend KRAUSKOPF, BRT 2017, 154 f.; nach SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 101, kann einem Hinweis auf Art. 199 OR in der Vertragsurkunde präventive Wirkung zukommen.

¹¹⁹ BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 690; vgl. auch BGE 126 III 59 E. 3 S. 66; BGer Urteil 4A_353/2014 vom 19. November 2014 E. 1.3.1.

¹²⁰ STÖCKLI, BRT 2009, 14; KRAUSKOPF, BRT 2017, 158.

gen die guten Sitten (Art. 20 OR) und ist daher nichtig.¹²¹ Das Bundesgericht scheint diese Auffassung jedoch (noch) nicht zu teilen.¹²²

8. Art. 8 UWG

Nach Art. 8 UWG handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Diese Norm ist bei Konsumentenverträgen auch für Freizeichnungsklauseln in AGB relevant.¹²³ Dass es sich bei Verträgen über den Kauf einer Stockwerkeinheit ab Plan um notariell zu beurkundende Rechtsgeschäfte handelt, schliesst die Anwendung von Art. 8 UWG nicht von vornherein aus. Die Urkundsperson trifft zwar eine Rechtsbelehrungspflicht und eine Pflicht zur Unparteilichkeit. Damit kann aber nicht verhindert werden, dass die Verträge einseitig zu Lasten des Erwerbers ausgestaltet werden und auch so zur Beurkundung gelangen.¹²⁴ Dass auch beurkundete Verträge Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) enthalten können, die vorformuliert wurden und nicht Gegenstand ernsthafter Verhandlungen waren, kann nicht abgestritten werden.¹²⁵ Wie verhält es sich nun mit der Anwendung von Art. 8 UWG auf die notariell beurkundete Veräusserung von Stockwerkeigentum ab Plan?

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass der Anwendungsbereich des Art. 8 UWG auf Leistungen des üblichen Verbrauchs (vgl. Art. 32 Abs. 2

¹²¹ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2573; KUONI, Rz. 231 f.; NOSETTI, Rz. 671; STÖCKLI, BRT 2009, 14. Nach RÜEGG, 189, ist die herrschende Lehrmeinung problematisch; nach HOCHSTRASSER, 920, ist die Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden entgegen der heutigen Lehre nicht verboten; zum Ganzen sowie eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Auffassung von HOCHSTRASSER vgl. KRAUSKOPF, BRT 2017, 156 f.

¹²² Vgl. BGE 99 II 315 E. 5b S. 323; 113 II 246 E. 7 S. 250 f.; sowie weitere Belege aus der Rechtsprechung bei ZIRLICK, 270 ff.; einlässlicher dazu KRAUSKOPF, BRT 2017, 156 f.

¹²³ BGE 140 III 404 E. 4.5 S. 409; KRAUSKOPF, BRT 2017, 157 m.w.H.

¹²⁴ Ausführlich STÖCKLI/AESCHMANN, 79 und 84 mit dem Hinweis darauf, dass offenbar die bernische Urkundensammlungskommission anderer Meinung ist und Art. 8 UWG nur dann allenfalls anwenden will, wenn die Urkundsperson ihren Berufspflichten nicht nachkommt; STÖCKLI, Festschrift, 828 f.; STÖCKLI, Inhaltskontrolle, 187; VISCHER, Freizeichnung, 185, wonach es keine Rolle spielt, ob die AGB öffentlich beurkundet sind oder nicht; vgl. auch die Zürcher Notariate auf <https://www.notariate.zh.ch/deu/downloads/gru_kau_bes_gew.pdf>, wonach Art. 8 UWG zu beachten ist; SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen, 56 ff. (zum alten Art. 8 UWG); nach HESS/RUCKSTUHL, 1196, ist die Anwendung von Art. 8 UWG bei Immobiliengeschäften ausgeschlossen.

¹²⁵ Ausführlich STÖCKLI/AESCHMANN, 84 ff.

ZPO, Art. 114 und 120 IPRG) zu beschränken sei, was die in Frage stehenden Immobiliengeschäfte vom Anwendungsbereich ausschliessen würde.¹²⁶ Folgt man aber der gegenteiligen (wohl herrschenden) Meinung¹²⁷ und tritt der Grundstückveräusserer als Verwender der AVB und der Erwerber als Konsument auf, steht der Anwendung des Art. 8 UWG grundsätzlich nichts entgegen.¹²⁸ Die in der Praxis häufig vorkommende Kombination von Freizeichnungs- und Abtretungsklauseln, welche den Erwerber stark benachteiligen und zu einer verwirrenden Rechtslage führen, könnte daher durchaus zum Ergebnis führen, dass solche Klauseln in ihrer kombinierten Form nach Massgabe des Art. 8 UWG nichtig sind.¹²⁹ Ist offensichtlich, dass die zu beurkundenden AGB nach Art. 8 UWG missbräuchlich sind, so muss die Urkundsperson die Beurkundung verweigern und die Urkundsparteien darauf aufmerksam machen, wie der Vertrag abzuändern wäre, um verurkundet werden zu können (vgl. z.B. Art. 31 Abs. 1 Bst. b NG BE).¹³⁰

9. Folgen des Verstosses gegen Freizeichnungsschranken

Wenn eine Freizeichnungsklausel gegen zwingendes Recht verstösst, ist fraglich, ob die Klausel insgesamt nichtig ist oder ob sie nur soweit unwirksam ist, als sie sich mit dem zwingenden Recht nicht verträgt (geltungserhaltende Reduktion).¹³¹ Eine geltungserhaltende Reduktion sollte nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht dann ausgeschlossen sein, wenn gegen eine Norm zum Schutz der schwächeren Partei verstossen werde. Begründet wird dies mit Präventionsüberlegungen: Eine geltungserhaltende Reduktion würde falsche Anreize schaffen, pauschale und radikale Freizeichnungsklauseln zu vereinbaren, welche nur im Streitfall gerichtlich auf das erlaubte Mass zurückgesetzt würden und ansonsten unerlaubterweise durchgesetzt werden könnten.¹³² Verstösst eine Freizeichnungsklausel gegen Art. 8 UWG, so wird von der herrschenden Lehre als Rechtsfolge die Nichtigkeit angenommen.¹³³ Diesbezüglich führt das Bundesgericht aus: «Denn die in der Lehre vertretene

¹²⁶ So HESS/RUCKSTUHL, 1196; SCHWENZER, Rz. 46.04.

¹²⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1152b; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 83; KOLLER TH., 36 f.

¹²⁸ Ausführlich STÖCKLI/AESCHIMANN, 91 ff.; zustimmend SCHMID MEYER, Rz. 151 f.; vgl. VISCHER, Freizeichnung, 185, wonach Grundstückkaufverträge wohl nur selten einer AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG unterliegen.

¹²⁹ Vgl. SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 99 und 101; vgl. auch VON INS/SHABANAJ, 431.

¹³⁰ STÖCKLI/AESCHIMANN, 83.

¹³¹ Vgl. statt vieler BK-WEBER, Art. 100 OR N 156 ff.; VISCHER, Freizeichnung, 181.

¹³² Vgl. SCHWENZER, Rz. 32.45; KUONI, Rz. 208 ff., 230 und 597; BGer Urteil 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 m.w.H.; vgl. RUSCH, 443, mit der Einschränkung auf AGB.

¹³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1155 m.w.H.

Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen.»¹³⁴ Diese Argumentation ist auch beim Verstoss gegen andere zwingende Freizeichnungsbeschränkungen, welche die schwächere Vertragspartei schützen sollen, einschlägig.¹³⁵

10. *Einschränkung der Freizeichnung aufgrund gescheiterter abgetretener Ansprüche*

Zu guter Letzt sind die Besonderheiten zu beachten, die sich daraus ergeben, dass bei Verträgen über Stockwerkeigentum ab Plan die Freizeichnungsklausel häufig mit Abtretungsklauseln kombiniert werden.¹³⁶ Dabei werden nach dem Willen der Parteien die (möglichen) Gewährleistungsrechte, die dem Veräusserer gegen den oder die mit der Herstellung der Baute betrauten Unternehmer zustehen, zum Voraus abgetreten. Es fragt sich, ob der Erwerber, welcher bei der Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche scheitert, unter Umständen trotz der Freizeichnung auf den Veräusserer zurückgreifen kann, was im Ergebnis dessen Haftungsfreizeichnung aufheben würde.¹³⁷ Dieses Ergebnis könnte sich aufgrund einer Auslegung der betreffenden Freizeichnungsklausel ergeben.¹³⁸ Es würde sich in der Sache beispielsweise dann rechtfertigen, wenn die Durchsetzung des Mängelrechts deswegen scheitert,

¹³⁴ BGer Urteil 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1.

¹³⁵ KRAUSKOPF, BRT 2017, 158.

¹³⁶ Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2569 ff.

¹³⁷ KRAUSKOPF, BRT 2017, 160; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2437 ff.; STÖCKLI, Festschrift, 833; STÖCKLI, BRT 2009, 16.

¹³⁸ Vgl. zur Illustration die Erwägungen vom Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. März 1974 (V ZR 22/73) N 19: «In Fällen wie dem hier zu entscheidenden liegt jedoch insofern keine völlige Freizeichnung vor, als der Veräusserer dem Erwerber seine Gewährleistungsansprüche gegen Architekten, Bauunternehmer, Handwerker und Lieferanten abgetreten und sich zur Durchsetzung dieser Ansprüche auf Wunsch der Erwerber verpflichtet hat. [...] Klauseln wie die hier umstrittene sind dementsprechend dahin auszulegen, daß die Eigenhaftung des Veräusserers nur insoweit abbedungen ist, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die Baubeteiligten schadlos halten kann; das Risiko, daß diese Schadloshaltung fehlschlägt, bleibt beim Veräusserer. Die Haftung des Veräusserers bleibt erstreckt bestehen für solche Mängel, die überhaupt nicht im Verantwortungsbereich eines Bauhandwerkers usw., sondern im alleinigen Verantwortungsbereich des Veräusserers selbst liegen [...]»; vgl. dazu STÖCKLI, BRT 2009, 16.

weil der Veräusserer vor der Abtretung eine Rügefrist verpasst oder mit dem Unternehmer dessen Haftungsfreizeichnung vereinbart hatte.¹³⁹ Um diesbezüglich Rechtssicherheit zu schaffen, ist es den Urkundsparteien zu empfehlen, in den Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach die Mängelhaftung des abtretenden Veräusserers wieder – oder eben auch dann nicht – greift, wenn die Durchsetzung der Mängelrechte gegen die Unternehmer wegen bestimmter Gründe¹⁴⁰ (die ebenfalls vertraglich spezifiziert werden können) versagt.¹⁴¹

C. Die Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson

Worüber sollten die Urkundsparteien von der Urkundsperson aufgeklärt werden, wenn der Vertrag über die Veräusserung bzw. Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan mit einer Haftungsfreizeichnungsklausel versehen ist? Solche Freizeichnungsklauseln sind wie bereits erwähnt (A. oben) dem Grundsatz nach zulässig, stossen aber wie aufgezeigt an eine Vielzahl von Grenzen (B. oben). Trotz grundsätzlicher Zulässigkeit ist es unerlässlich, dass die Urkundsperson den Erwerber auf diese Vertragsklausel hinweist, zumal sie – besonders beim Bau von Neuwohnungen – trotz ihrer Verbreitung ungewöhnlich anmutet. Das verlangt nach einer eingängigen Erläuterung der Klausel durch die Urkundsperson.¹⁴² Die Urkundsperson hat, um ihrer bundesrechtlichen Belehrungspflicht Genüge zu tun, den Urkundsparteien die Haftungsfreizeichnungsklausel zu erklären, deren Tragweite mindestens den Umrissen nach aufzuzeigen und speziell dem Erwerber bewusst zu machen, worauf er sich damit einlässt: Leidet die Kaufsache (Art. 197 OR) oder das Werk (Art. 367 OR) an Mängeln, kann der Erwerber unter Vorbehalt der geltenden Freizeichnungsschranken nicht gegen den Veräusserer vorgehen.¹⁴³ Belehrt werden soll der Erwerber auch darüber, dass das dispositive Recht mit der

¹³⁹ Ausführlich dazu STÖCKLI/AESCHIMANN, 74; STÖCKLI, Festschrift, 833 f.; STÖCKLI., BRT 2009, 16; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 97; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2453 (mit dem Hinweis, dass der Besteller den Zessionar zur Rüge ermächtigen kann) und Rz. 1571.

¹⁴⁰ Ein Grund kann in der Freizeichnung liegen, die der Veräusserer mit dem Unternehmer vereinbart hat und letzteren vor einer Inanspruchnahme aus Gewährleistung schützt.

¹⁴¹ SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 101 f.

¹⁴² SCHMID JÖRG, Grundlagen, 20; SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen, 49; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 2493 *if.*; BRÜCKNER, Grundstücksrecht, 120; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N 13.

¹⁴³ Wobei der Umfang der vereinbarten Freizeichnung durch Auslegung zu ermitteln ist, vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2570; vgl. STÖCKLI, Festschrift, 832 f.; STÖCKLI, BRT 2009, 14.

Freizeichnungsklausel einseitig zu seinen Ungunsten abgeändert oder gar ausgeschöpft wird und dass selbst eine vereinbarte Abtretung der Mängelrechte, welche dem Veräusserer gegen den oder die mit der Erstellung der Baute verpflichteten Unternehmer (einst) zustehen (könnten), die Nachteile der Freizeichnung nicht oder nur unvollkommen zu kompensieren vermag; ein Eindruck, welcher beim Erwerber durchaus entstehen könnte (dazu V.C. unten).¹⁴⁴

Die Urkundsperson muss sich vergewissern, dass die Urkundsparteien die Klausel verstehen und dass die Wegbedingung der Haftung ihrem übereinstimmenden Willen entspricht.¹⁴⁵ Besondere Aufmerksamkeit ist von der Urkundsperson dort gefordert, wo die Klausel von einem Dritten verfasst und von den Urkundsparteien unbesehen übernommen wurde.¹⁴⁶ Hält die Freizeichnungsklausel ausserdem ausdrücklich fest, dass die Urkundsperson die Urkundsparteien über die Bedeutung der Klausel einlässlich orientiert, offenbart dies, dass die Klausel als solche ernst gemeint war.¹⁴⁷ An die Rechtsbelehrungspflicht sind mit Bezug auf die vertragliche Haftungsfreizeichnung stets hohe Anforderungen zu stellen.¹⁴⁸ VISCHER geht gar soweit, dass die Belehrungspflicht der Urkundsperson *«oftmals nicht durch eine blosser Belehrung und Aufklärung der Parteien über die Risiken einer Freizeichnungsklausel zu erfüllen [ist], sondern in vielen Fällen nur dadurch, dass der Notar den Parteien differenzierte Vertragsvorschläge bezüglich Zusicherungen und Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Zusicherungen und bezüglich Freizeichnungsklauseln macht.»*¹⁴⁹ Auch nach BRÜCKNER hat sich die Urkundsperson dafür einzusetzen, dass der Erwerber sich nicht auf etwas Derartiges einlässt.¹⁵⁰ Hat die Notarin oder der Notar den zu beurkundenden Vertrag im Auftrag einer Partei (typischerweise des Veräusserers) verfasst, so ist für STÖCKLI mit Hinweis auf Art. 37 Abs. 1 NG BE die Frage berechtigt, ob die

¹⁴⁴ STÖCKLI, BRT 2009, 15; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 100 und 102; SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen, 68 und 72.

¹⁴⁵ SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 100.

¹⁴⁶ SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 89.

¹⁴⁷ BGE 107 II 161 E. 6a S. 163; BGer Urteil, ZGBR 77/1996, 330–334, 332; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 100; vgl. STÖCKLI, BRT 2009, 14, wonach fraglich ist, welcher Stellenwert dieser Wendung rechtlich zukommt.

¹⁴⁸ Vgl. STÖCKLI, BRT 2009, 14, mit Hinweis auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 17. September 1987 (Az.: VII ZR 153/86) N 9: *«Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein in einem Individualvertrag enthaltener formelhafter – ganzer oder teilweiser – Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser gemäß § 242 BGB dann unwirksam, wenn die einschneidenden Rechtsfolgen einer solchen Freizeichnung nicht vorher zwischen den Vertragsparteien eingehend erörtert werden und der Erwerber darüber nicht nachhaltig belehrt wird.»*

¹⁴⁹ VISCHER, Freizeichnung, 186.

¹⁵⁰ BRÜCKNER, Grundstücksrecht, 120.

Urkundsperson damit nicht bereits gegen ihre Pflicht verstösst, die Interessen der Beteiligten gleichmässig und unparteiisch zu wahren.¹⁵¹

V. Die Abtretung der Gewährleistungsrechte

A. Die Praxis kurz erklärt

Es wurde weiter oben erklärt, dass Veräusserungsverträge über Stockwerkeigentum ab Plan standardmässig Klauseln enthalten, welche die Gewährleistung des Veräusserers gegenüber dem Erwerber einschränken oder aufheben (vgl. IV.A. oben). Sozusagen als «*Ausgleich*» oder «*Entschädigung*» für die aus Erwerbersicht nachteilige Haftungsfreizeichnung des Veräusserers enthalten die vorerwähnten Veräusserungsverträge ebenso standardmässig eine Abtretungsklausel, deren Inhalt dahingeht, dass dem Erwerber des Stockwerkeigentums alle vertraglichen Gewährleistungsrechte, welche dem Veräusserer gegen die an der Erstellung der Baute beteiligten Unternehmer zustehen, abgetreten werden.¹⁵² Solche Abtretungsklauseln lauten üblicherweise so oder ähnlich: «*Die Verkäuferin tritt, soweit gesetzlich zulässig, den Käufern die ihr zustehenden Garantieansprüche, insbesondere den Nachbesserungsanspruch, gegenüber sämtlichen am Bau beteiligten Unternehmern ab [...].*»¹⁵³

Diese Abtretungspraxis steht seit vielen Jahren in der Kritik – und trotzdem lebt sie (unvermindert) fort. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind das Wandelungs- und Minderungsrecht als Gestaltungsrechte gar nicht abtretbar.¹⁵⁴ Dagegen können nach herrschender Auffassung das Nachbesserungsrecht und das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens als Forderung

¹⁵¹ STÖCKLI, BRT 2009, 14 f.

¹⁵² KRAUSKOPF, BRT 2017, 159; STÖCKLI, BRT 2009, 15; STÖCKLI, Gutachten, 8; PLATTNER, 15; SCHMID MEYER, Rz. 126; SCHWERY, Freizeichnung, 152; VON INS/SHABANAJ, 427 f.; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2569, welcher zurecht erwähnt, dass es unrichtig wäre, aus der blossen Abtretung auf eine Freizeichnung zu schliessen.

¹⁵³ Klausel aus BGer Urteil 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002.

¹⁵⁴ BGE 114 II 239 E. 5c/aa S. 247; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2439 (mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 181) und Rz. 2441, wo er darauf hinweist, dass auch eine sog. «*beschränkte Abtretung*», welche das Wandelungs- und Minderungsrecht beim Veräusserer belässt, den Zessionar aber berechtigen soll, das fremde Gestaltungsrecht im eigenen Namen geltend zu machen, unzulässig ist; vgl. auch SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 94 f.; SCHMID MEYER, Rz. 106 ff.; a.M. KOLLER A., 202 Fn. 15 m.w.H.; KÄSER, 117. Vgl. auch Ziff. V/4.c. 621.2 (2011) «*Kauf- und Werkvertrag*» (2011) der Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare, wo die Minderung und Wandelung explizit abgetreten werden. In den Bemerkungen zu diesem Mustervertrag ist dann unter 22) festgehalten, dass dies der Rechtsprechung des Bundesgerichts widerspricht.

gen sehr wohl abgetreten werden.¹⁵⁵ Abtretbar sind ausserdem auch die Forderungen, welche sich nach Ausübung des Wandelungs- oder Minderungsrechts ergeben, wie beispielsweise die Forderung auf ganze oder teilweise Rückleistung der bezahlten Vergütung.¹⁵⁶ Findet also eine Abtretung statt, noch bevor Wandelungs- oder Minderungsrechte ausgeübt worden sind, so können höchstens künftige Forderungen, die sich aus der Ausübung dieser Gestaltungsrechte ergeben, abgetreten werden.¹⁵⁷ Das Gestaltungsrecht zur Ausübung der Wandelung oder Minderung verbleibt beim Veräusserer, welcher immerhin den Erwerber ermächtigen kann (Art. 32 OR), das Gestaltungsrecht zu gegebener Zeit in seinem Namen auszuüben.¹⁵⁸

Unter Umständen ist die Durchsetzung gültig abgetretener Ansprüche dann aber gar nicht mehr möglich, weil es der Veräusserer z.B. versäumt hat, rechtzeitig Mängelrüge zu erheben (die Prüfungs- und Rügeobliegenheit verbleibt beim Zedenten).¹⁵⁹ Wie erwähnt, ist dann danach zu fragen, ob der Erwerber nicht direkt gegen den Veräusserer vorgehen kann (oben IV/B Ziff. 10).

Zu den rechtlichen Problemen der Abtretung von Mängelrechten gesellen sich tatsächliche Schwierigkeiten. So kann es für den Erwerber bei Auftreten von Mängeln unter Umständen schwierig sein, zu ermitteln, gegen wen er aufgrund der Abtretungsklausel vorgehen muss. Das ist insbesondere dort der Fall, wo sich die abgetretenen Mängelrechte nicht gegen einen General- oder Totalunternehmer richten, sondern gegen mehrere Nebenunternehmer. Selbst wenn der Erwerber von allen Nebenunternehmern Kenntnis hat, kann es sein, dass er nicht weiss, welcher von ihnen für den in Frage stehenden Mangel verantwortlich ist. In diesem Fall muss er gegen alle in Frage kommenden Unternehmer die Mängelrügen rechtzeitig (Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 Abs. 3 OR)¹⁶⁰ erheben und die Verjährungsfristen (Art. 371 OR) beachten.

¹⁵⁵ Statt vieler GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2437 ff.

¹⁵⁶ BGE 114 II 239 E. 5c/aa S. 247; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2442; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 95 m.w.H.; PLATTNER, 15.

¹⁵⁷ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2442.

¹⁵⁸ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2442.

¹⁵⁹ Ausführlich STÖCKLI/AESCHIMANN, 74; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 97; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2453 (mit dem Hinweis, dass der Besteller den Zessionar zur Rüge ermächtigen kann); a.M. KOLLER A., 201.

¹⁶⁰ Die Mängelrügefristen von Art. 370 Abs. 3 OR könnten künftig zugunsten der Bauherrschaft angepasst werden, vgl. dazu die Motion von HILDEGARD FÄSSLER-OSTERWALDER vom 29. April 2009 «*Stärkere Rechte der Bauherrschaft bei der Behebung von Baumängeln*» (<<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20093392>>) sowie die parlamentarische Initiative von MARKUS HUTTER vom 14. Dezember 2012 «*Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht*» (<<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20120502>>).

Die Verjährung beginnt aber nicht bei allen Bauleistungen zum gleichen Zeitpunkt: Massgebend ist die Abnahme des jeweiligen Werks durch den Veräusserer und nicht die Abnahme des Gesamtwerks durch den Erwerber.¹⁶¹

B. Zu den Mängelrechten im Einzelnen

1. Die Abtretung des Nachbesserungsrechts

Das Nachbesserungsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR; Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118–2013) ist nach herrschender Auffassung abtretbar.¹⁶² Problematisch ist aber die in der Praxis geläufige Abtretung des Nachbesserungsrechts an mehrere Erwerber von Stockwerkeinheiten, denn eine Mehrfachabtretung ist begrifflich und rechtlich nicht möglich: Tritt der Veräusserer das Nachbesserungsrecht an einen Stockwerkeigentümer ab, so verliert er das (an sich unteilbare) Nachbesserungsrecht und kann dieses nicht an weitere Stockwerkeigentümer abtreten. Somit wird nur derjenige Erwerber von Stockwerkeigentum, dem die Forderung zuerst zediert wurde, daran berechtigt, während alle späteren Erwerber leer ausgehen.¹⁶³ Wird das Nachbesserungsrecht einem Erwerber abgetreten, ist er auf die Gefahr hinzuweisen, dass die Abtretung des Nachbesserungsrechts daran scheitern kann, dass dieses Recht bereits einem anderen Erwerber abgetreten worden ist.¹⁶⁴ Erhält der Erwerber trotz Abtretung vom Veräusserer kein Nachbesserungsrecht, weil Letzterer dieses Recht bereits zuvor anderweitig abgetreten hatte, stellt sich die Frage, ob es sich dann nicht rechtfertigt, die wegbedungene Mängelhaftung des Veräusserers «aufleben» zu lassen.¹⁶⁵

Nach einem Teil der Lehre umfasst die Abtretung des Nachbesserungsrechts an einen Erwerber ausschliesslich das Nachbesserungsrecht betreffend die Gebäudeteile, die in seinem Sonderrecht stehen (**II.A.** oben), nicht aber das Recht zur Nachbesserung von Mängeln an den Sonderrechtsteilen von anderen Stockwerkanteilen.¹⁶⁶ Das Nachbesserungsrecht, welches die gemein-

¹⁶¹ Vgl. SIEGENTHALER, 16; ausführlich STÖCKLI/AESCHIMANN, 75; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 96 f.; SCHWERY, Freizeichnung, 152.

¹⁶² BGE 118 II 142 E. 1b S. 145; 114 II 239 E. 5c/bb S. 247; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2443.

¹⁶³ STÖCKLI, BRT 2009, 17; KRAUSKOPF, BRT 2017, 159 f.; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 139.

¹⁶⁴ KRAUSKOPF, BRT 2017, 159 f.

¹⁶⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2571; KRAUSKOPF, BRT 2017, 160; STÖCKLI, BRT 2009, 17.

¹⁶⁶ WERMELINGER, Rz. 87; PLATTNER, 14 f.; vgl. dazu auch KRAUSKOPF, BRT 2017, 160, wonach diese «etwas unorthodoxen Lösungsansätze» immerhin für sich haben, «dass

schaftlichen Teile betrifft, soll dagegen der Stockwerkeigentümergeinschaft zustehen.¹⁶⁷

Das Bundesgericht, welches die Unteilbarkeit des Nachbesserungsrechts anerkennt, sieht die Lösung des Problems darin, dass der Anspruch auf unentgeltliche Verbesserung des Werks quotenbezogen sei, was zur Folge hat, dass die eine Nachbesserung verlangenden Stockwerkeigentümer im externen Verhältnis die Kosten ausserhalb ihrer Quotenanteile zu übernehmen haben. Gemäss dem Bundesgericht sei es dann eine Frage der internen Auseinsetzung, wie diese Kosten auf die übrigen Miteigentümer verteilt und z.B. nach Art. 647 ff. ZGB überwältzt werden könnten.¹⁶⁸ Diese Auffassung des Bundesgerichts ist indessen nicht überzeugend.¹⁶⁹

- Zunächst führt die vom Bundesgericht postulierte Quotenregelung dazu, dass der Erwerber einer Stockwerkeinheit die seinen Quotenanteil übersteigenden Kosten der Nachbesserung zu bezahlen oder mindestens vorzuschüssen hat, selbst wenn der nachbesserungsverpflichtete Unternehmer im konkreten Fall unentgeltlich nachbessern müsste.¹⁷⁰ Wegen dieser finanziellen Barriere wird die Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs des einzelnen Stockwerkeigentümers erheblich erschwert.¹⁷¹
- Sodann krankt die Quotenregelung des Bundesgerichts daran, dass ein Stockwerkeigentümer von der Nachbesserung eines gemeinschaftlichen Teils wertmässig auch nur im Umfang seines Quotenanteils profitiert, weshalb es nicht gerechtfertigt ist, dass er die Kosten ausserhalb seiner Quotenanteile vorab zu übernehmen hat.¹⁷²
- Die Rechtsprechung löst damit auch das Problem der Mehrfachabtretung nicht.¹⁷³
- Schliesslich bleibt ungeklärt, was bei einem Mangel an einem gemeinschaftlichen Teil des Werks gilt, wenn ein Stockwerkeigentümer die Nachbesserung, während ein anderer die Minderung verlangt.¹⁷⁴ Der

das abgetretene Nachbesserungsrecht (wie auch immer) dort ankommt, wo auch die sachenrechtliche Berechtigung über den betroffenen Gebäudeteil liegt.»

¹⁶⁷ PLATTNER, 14 f.

¹⁶⁸ BGE 114 II 239 E. 5c/bb S. 247.

¹⁶⁹ Dazu bereits KRAUSKOPF, BRT 2017, 160; ferner SCHWERY, Nachbesserung, 153 f.; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1496a.

¹⁷⁰ KRAUSKOPF, BRT 2017, 160; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 132 ff.

¹⁷¹ KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 128; KRAUSKOPF, BRT 2017, 160; SCHWERY, Nachbesserung, 154; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1496a.

¹⁷² KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 128; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1496a; SCHWERY, Nachbesserung, 154.

¹⁷³ KRAUSKOPF, BRT 2017, 160.

¹⁷⁴ KRAUSKOPF, BRT 2017, 160, mit dem Hinweis, dass dieser Fall in der Praxis wahrscheinlich selten vorkommen wird, weil dem Unternehmer durch Vertragsabrede häufig ein Nachbesserungsrecht eingeräumt wird (vgl. Art. 169 SIA-Norm 118–

Konflikt zwischen Nachbesserungs- und Minderungsrecht könnte in Anlehnung an das deutsche Recht so gelöst werden, dass zunächst jedem Erwerber von Stockwerkeigentum das Nachbesserungsrecht ungeteilt und voll zusteht. Das Minderungsrecht könnte nur von der Stockwerkeigentümergeinschaft gemeinschaftlich ausgeübt werden. Wenn die Gemeinschaft das Minderungsrecht geltend macht, würde damit das konkurrierende Nachbesserungsrecht untergehen.¹⁷⁵ Eine andere Frage ist, ob der Stockwerkeigentümer, der die Nachbesserung gemeinschaftlicher Teile verlangt, auch sachenrechtlich berechtigt ist, diese vornehmen zu lassen.¹⁷⁶

Trotz verbreiteter und berechtigter Kritik an der geltenden bundesgerichtlichen Auffassung ist *de lege lata* der Erwerber einer Stockwerkeinheit von der Urkundsperson auf das Kostenrisiko hinzuweisen, welches ihm bei der Nachbesserung von Mängeln an gemeinschaftlichen Teilen des Werks droht. Denn selbst wenn der Nachbesserung verlangende Stockwerkeigentümer intern Regress nehmen kann, ist das Vorgehen umständlich und teuer.¹⁷⁷

2. Die Abtretung des Minderungsrechts

Das Minderungsrecht (Art. 205 und 368 Abs. 2 OR; Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118–2013) ist nach herrschender Auffassung nicht abtretbar,¹⁷⁸ was die Praxis aber nicht daran hindert, gern und oft solche Abtretungsklauseln vorzusehen. Wird der Minderheitsmeinung gefolgt, wonach das Minderungsrecht abtretbar sei, birgt dies gewaltige Nachteile für den Erwerber einer Stockwerkeinheit ab Plan, dem das Minderungsrecht zum Ausgleich der Haf-

2013); anders sieht dies das Bundesgericht BGE 114 II 239 E. 5c/bb S. 248: «Auf diesem Wege lassen sich auch Kollisionen der verschiedenen Mängelrechte vermeiden. Die Vertragsnatur der Ansprüche bleibt gewahrt, das Wahlrecht des einzelnen Käufers oder Bestellers wird nicht beeinträchtigt. So kann ein Stockwerkeigentümer beispielsweise auf Minderung beharren, obgleich andere die Nachbesserung verlangen; die Auseinandersetzung verlagert sich auf den internen Kostenverteiler. Dies wiederum führt zum Ergebnis, dass auch im Bereiche der Nachbesserung weder ein gemeinsames Vorgehen noch eine Legalzession notwendig sind.»

¹⁷⁵ KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 137; KRAUSKOPF, BRT 2017, 160 f.; vgl. die Ausführungen bei SCHMID MEYER, Rz. 194 ff., insb. 216 ff.

¹⁷⁶ STÖCKLI, BRT 2009, 17 f.; KRAUSKOPF, Stockwerkeigentum, 137 f.; KRAUSKOPF, BRT 2017, 161.

¹⁷⁷ Vgl. PLATTNER, 14.

¹⁷⁸ Vgl. statt vieler BGE 114 II 239 E. 5c/aa S. 247; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2439 mit Nachweisen in Fn. 181; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 94, mit Nachweisen in Fn. 120; SCHMID MEYER, Rz. 104 ff., jeweils mit Hinweisen auf die herrschende Meinung und die Mindermeinung; a.M. KOLLER A., 202 Fn. 15 m.w.H.

tungsfreizeichnung des Veräusserers abgetreten wird: Die Urkundsperson muss dem Erwerber deutlich machen, dass sich im Falle der gültigen Abtretung des Minderungsrechts ein allfälliger (künftiger) Minderungsanspruch auf den Vertrag zwischen Veräusserer und Unternehmer bezieht. Dies bedeutet, dass nicht die Vergütung, die der Erwerber dem Veräusserer zu zahlen hat, gemindert wird, sondern die werkvertragliche Vergütung, welche der Veräusserer dem Unternehmer schuldet(e). Diese kann (und wird in aller Regel) deutlich geringer sein als die Vergütung, welche der Erwerber dem Veräusserer für den Erwerb des Stockwerkeigentums verspricht.¹⁷⁹ Ausserdem kann es im Einzelfall für den Erwerber kompliziert werden, den genauen Werklohn zu erfahren, den der Veräusserer dem Unternehmer versprochen hat.¹⁸⁰ Ganz abgesehen davon kann der Erwerber vom Unternehmer solange keine Preiserminderung verlangen, als der Veräusserer diesen noch gar nicht vergütet hat, selbst wenn der Erwerber seinerseits dem Veräusserer schon geleistet hat. Geld kann der Erwerber nämlich erst fordern, wenn der Unternehmer die Vergütung erhalten hat und aufgrund des ausgeübten Minderungsrechts zur Rückzahlung verpflichtet ist.¹⁸¹

3. *Die Abtretung des Wandelungsrechts*

Die Zulässigkeit der Abtretung des Wandelungsrechts wird nach herrschender Auffassung ebenfalls verneint.¹⁸² Wie beim Minderungsrecht gilt auch für das Wandelungsrecht, dass dieses, liesse man der Mindermeinung folgend seine Abtretbarkeit zu, sich auf den Erwerber nachteilig auswirken würde. Die Voraussetzungen und Folgen der Wandelung würden sich nämlich wiederum nach dem Vertragsverhältnis zwischen dem Veräusserer und dem Unternehmer richten. Das hiesse Folgendes:

- Die Voraussetzungen, unter denen die Wandelung zulässig wäre, würden sich nach dem Werkvertrag zwischen Veräusserer und Unternehmer richten. Einschlägig wäre Art. 368 OR, selbst wenn das Vertragsverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber den kaufvertraglichen Regeln (Art. 205 OR) folgen würde.¹⁸³ Für den Erwerber wäre das gerade im Falle des Erwerbs von Stockwerkeigentum fatal: Gemäss Art. 368 Abs. 3 OR

¹⁷⁹ SCHMID MEYER, Rz. 121 f., mit Hinweisen auf sonstige Nachteile der Abtretung des Minderungsrechts; vgl. auch KRAUSKOPF, BRT 2017, 161 f.

¹⁸⁰ STÖCKLI, Festschrift, 835.

¹⁸¹ KRAUSKOPF, BRT 2017, 161 f.; vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1617 f.

¹⁸² BGE 114 II 239 E. 5c/aa S. 247; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2439, mit Hinweisen in Fn. 181; a.M. KOLLER A., 202 Fn. 15 m.w.H.

¹⁸³ KRAUSKOPF, BRT 2017, 162; STÖCKLI, Festschrift, 834; SCHUMACHER/RÜEGG, Rz. 247.

steht dem Besteller bei Werken, die auf seinem Grund und Boden errichtet wurden und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, die Wandelung nicht zur Verfügung.

- Selbst wenn die Wandelung nach den strengen werkvertraglichen Anforderungen des Art. 368 OR zulässig wäre, stellt sich die Frage, ob diese überhaupt (sachenrechtlich und technisch) bewerkstelligt werden kann, wenn nicht sämtliche Stockwerkeigentümer die Wandelungen verlangen können und tatsächlich auch verlangen. Und liessen sich wirklich alle rechtlichen und faktischen Hürden überwinden, könnte der (abtretungsweise) berechnigte Erwerber einer Stockwerkeinheit lediglich die Erstattung jener Vergütung verlangen, die der Veräusserer dem Unternehmer geleistet hat. Diese wäre praktisch immer deutlich tiefer als der im Vertrag zwischen Erwerber und Veräusserer vereinbarte Preis.

Die Urkundsperson trifft mithin die Pflicht, den Erwerber über die grundsätzliche Nichtabtretbarkeit des Wandelungsrechts aufzuklären. Darüber hinaus hat die Urkundsperson darüber zu informieren, dass unter der hypothetischen Annahme, das Wandelungsrecht wäre abtretbar, der Erwerber lediglich dazu berechnigt wäre, die Wandelung nach Massgabe des Werkvertrages zwischen Veräusserer und Unternehmer zu fordern. Ausserdem hat die Urkundsperson nach richtiger Auffassung auch über die Rechtslage aufzuklären, welche zwischen den Urkundsparteien ohne Freizeichnungs- und Abtretungsklausel gelten würde.¹⁸⁴ Wären in einem konkreten Fall die kaufrechtlichen Regeln massgebend, so wäre unter anderem auch Art. 205 Abs. 2 OR einschlägig: Das Gericht kann statt der Wandelung die Minderung zusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.¹⁸⁵ Schliesslich hat die Urkundsperson dem Erwerber auch klarzumachen, dass der Ausübung des abgetretenen Wandelungsrechts wegen der übrigen Stockwerkeigentümer des betreffenden Gebäudes sachenrechtliche und technische Grenzen gesetzt sind, welche die erfolgreiche Rechtsausübung in beinahe allen denkbaren Konstellationen verunmöglichen.¹⁸⁶

¹⁸⁴ SCHUMACHER/RÜEGG, Rz. 242 ff.

¹⁸⁵ Z.B. Kantonsgericht Wallis, wonach es die Umstände des konkreten Falles nicht rechtfertigten, beim Kauf eines Stockwerkeigentums über einem Pub mit ungenügendem Schallschutz der Glasfassade auf Wandelung des Kaufes zu erkennen (KGer VS, ZWR/1998, 240–242).

¹⁸⁶ Vgl. STÖCKLI, Festschrift, 834 f.

4. *Die Abtretung der Wandelungs- und Minderungsforderung mit Ermächtigung zur Ausübung des Gestaltungsrechts*

Da Wandelungs- und Minderungsrechte nach herrschender Auffassung nicht abgetreten werden können, wird dem Abtretungsproblem in der Praxis teilweise damit begegnet, dass dem Erwerber ausschliesslich die Wandelungs- und Minderungsforderungen abgetreten werden – was wie erwähnt zulässig ist – und zudem der Erwerber ermächtigt wird, zu gegebener Zeit das Wandelungs- und Minderungsrecht auszuüben.¹⁸⁷ Eine solche Klausel wird oft als salvatorische Klausel vorgesehen für den Fall, dass die eigentliche Abtretungsklausel (welche auch die Gestaltungsrechte einschliesst) teilweise oder ganz unwirksam sein sollte.¹⁸⁸ Mit dieser Vertragsgestaltung wird das Problem der Nichtabtretbarkeit von Gestaltungsrechten umgangen. Die übrigen Nachteile, welche die Abtretungslösung für den Erwerber mit sich bringt (vgl. Ziff. 1 bis 3 oben), bleiben bestehen. Ausserdem ist zu beachten, dass die vom Veräusserer erteilte Ermächtigung zur Ausübung eines Gestaltungsrechts jederzeit beschränkt oder widerrufen werden kann; ein zum Voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig (Art. 34 Abs. 1 und 2 OR). Ausserdem ist der Veräusserer weiterhin berechtigt, das Wandelungs- und Minderungsrecht selbst auszuüben.¹⁸⁹ Über diese Rechtslage hat die Urkundsperson zu informieren.

5. *Die Abtretung des Rechts auf Ersatz von Mangelfolgeschäden*

Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche sind abtretbar. Das gilt auch für den Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden.¹⁹⁰ Es gilt allerdings zu beachten, dass der abgetretene Schadenersatzanspruch von vornherein nur solche Schäden betreffen kann, die dem Veräusserer infolge der Mangelhaftigkeit der Sache oder des Werks entstanden sind. Mangelfolgeschäden, die der Erwerber von Stockwerkeigentum ab Plan selbst erleidet, kann er mit dem abgetretenen Schadenersatzanspruch nicht geltend machen, soweit der Veräusserer selbst keinen Schaden erlitten hat.¹⁹¹ Der Erwerber muss also wissen,

¹⁸⁷ Vgl. GAUCH, *Werkvertrag*, Rz. 2437 ff.; STÖCKLI, BRT 2009, 16 f.; KÄSER, 66 und 87; vgl. Ziff. IV/2/c «Kauf- und Werkvertrag» 621.21 (2002) der Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare.

¹⁸⁸ KOLLER A., 201 f.

¹⁸⁹ Vgl. dazu KÄSER, 87; vgl. auch GAUCH, *Werkvertrag*, Rz. 2442 Fn. 186.

¹⁹⁰ BGE 118 II 142 E. 1b S. 145; GAUCH, *Werkvertrag*, Rz. 2442 und 2445.

¹⁹¹ GAUCH, *Werkvertrag*, Rz. 2445; KRAUSKOPF, BRT 2017, 162 f., wo die gegenteilige Meinung von NUSSBAUMER, Rz. 932 ff., widerlegt wird; STÖCKLI, *Festschrift*, 836.

dass ihm für seine eigenen Mangelfolgeschäden kein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer zusteht.

C. Die Aufklärungs- und Informationspflichten der Urkundsperson

Die Folgen der Abtretung der Gewährleistungsrechte mit gleichzeitiger Freizeichnung sind für den rechtsunkundigen Erwerber nicht oder nur schwer zu verstehen.¹⁹² Ein blosser Hinweis der Urkundsperson auf die Freizeichnungs- und Abtretungsklausel ist deshalb bei weitem nicht ausreichend. Vielmehr geht die Belehrungspflicht der Urkundsperson soweit, als sie erforderlich ist, damit sich die Urkundsparteien, insbesondere der Erwerber, der Probleme und Grenzen dieser Klauseln bewusst werden.¹⁹³ Dem Erwerber ist speziell zu erklären, dass seine Rechte durch die Kombination von Freizeichnung und Abtretung gegenüber dem dispositiven Recht erheblich geschwächt werden.¹⁹⁴ Die Klauseln bezwecken, dass der Veräusserer selbst möglichst kein Risiko der Gewährleistung zu tragen hat und sich der Erwerber bei Vorliegen von Sach- oder Werkmängeln direkt an die Unternehmer richten soll, die dem Veräusserer vertraglich gewährleistungspflichtig sind. Diese Vertragsgestaltung führt zu einer undurchsichtigen und unsicheren Rechtslage.¹⁹⁵ Die Urkundsperson sollte daher die Parteien vor solchen «Lösungen» warnen und grundsätzlich davon abraten.¹⁹⁶ Anders ist die Rechtslage, wenn zwar eine Abtretung der Mängelrechte des Veräusserers stattfindet, er sich jedoch von der eigenen Haftung nicht freizeichnet. Diesfalls wird die Gläubigerstellung unter Umständen sogar gestärkt, soweit der Erwerber wahlweise gegen Veräusserer oder Unternehmer vorgehen kann.¹⁹⁷

Bei einer vollumfänglichen Abtretung aller Mängelrechte ist auch ein Hinweis erforderlich, dass Minderungs- und Wandelungsrechte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht abtretbar sind.¹⁹⁸ Von der Beurkundung umfassender Abtretungsklauseln, welche die Minderung und Wandelung mitumfassen,

¹⁹² Sie stellen auch für Juristinnen und Juristen eine Herausforderung dar.

¹⁹³ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP, 32.

¹⁹⁴ Vgl. STÖCKLI, Festschrift, 833; SCHWERY, Freizeichnung, 152; VON INS/SHABANAJ, 427 f.

¹⁹⁵ KRAUSKOPF, BRT 2017, 159; STÖCKLI, BRT 2009, 16; SCHMID MEYER, Rz. 130; SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 101.

¹⁹⁶ SCHMID JÖRG, Gewährleistung, 101.

¹⁹⁷ Vgl. SCHMID MEYER, Rz. 125; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2458, betreffend das Verhältnis des Nachbesserungsrechts des Zessionars gegenüber dem Veräusserer und desjenigen gegenüber dem Unternehmer.

¹⁹⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2441; SCHMID MEYER, Rz. 130.

sollte die Urkundsperson nach dem Gesagten abraten.¹⁹⁹ Es ist sogar fraglich, ob die Urkundsperson eine solche Klausel überhaupt in den Vertrag aufnehmen darf. Sie darf die Beurkundung nämlich nicht vornehmen, wenn das zu beurkundende Geschäft einen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt hat (vgl. auch oben zu Art. 8 UWG, **IV.B** Ziff. 8; vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. b NG BE).²⁰⁰ Sie muss diesfalls die Parteien rechtzeitig darüber informieren, damit der Mangel noch behoben werden kann.²⁰¹ Angesichts der bekannten Lehre und Rechtsprechung zur Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten reicht bereits eine summarische Prüfung²⁰² der Abtretungsklausel, damit die Urkundsperson deren problematischen Inhalt erkennt.²⁰³

Die Urkundsperson hat die Urkundsparteien auch auf die Rechtslage hinzuweisen, die dort besteht, wo die Abtretung von Mängelrechten und Forderungen, die sich aus der Ausübung von Mängelrechten ergeben, wirksam ist (vgl. die Einzelheiten bei **V.B.** Ziff. 2 bis 4 oben).

VI. Blick in die Zukunft

Die aktuelle Vertragspraxis bei Veräusserungsverträgen betreffend Stockwerkeigentum ab Plan mit ihren Freizeichnungs- und Abtretungsklauseln steht auch im Fadenkreuz der Politik. So schreibt Nationalrätin PETRA GÖSSI in ihrer parlamentarischen Initiative vom 25. September 2014 *«Für verbindliche Haftungsregeln beim Kauf neuer Wohnungen»*: *«Trügerisch ist, dass die Kombination von Haftungsausschluss und Abtretung der Mängelrechte für die Käufer auf den ersten Blick nicht besonders nachteilig aussieht. Die Tatsache, dass bei solchen Kaufverträgen Notare mitwirken, weckt bei unerfahrenen Käufern zudem den falschen*

¹⁹⁹ STÖCKLI, BRT 2009, 17.

²⁰⁰ BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 826; STÖCKLI/AESCHIMANN, 83; STÖCKLI, BRT 2009, 17; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N 9 ff.

²⁰¹ KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N 23; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 848 f.; STÖCKLI/AESCHIMANN, 83.

²⁰² BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 829; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N 4 m.w.H.

²⁰³ Auffällig ist, dass der *«Kauf- und Werkvertrag»* 621.2 (2011) der Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare in der Bemerkung 22) zwar erklärt, dass das Minderungs- und Wandelungsrecht nach bundesgerichtlicher Ansicht nicht abgetreten werden kann, aber in Ziff. V/4/c genau eine solche Abtretung vorgesehen ist. Immerhin werden im *«Kaufvertrag (nicht fertig gestellte Stockwerkeinheit)»* 625.1 (2016) nur *«alle kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche»* von elektronischen Haushaltgeräten abgetreten (Ziff. V/6/b), wobei der Verkäufer als Totalunternehmer dem Käufer grundsätzlich sowohl für alle am oder für das Werk ausgeführten Arbeiten von Dritten wie auch für eigene Arbeiten haftet (Ziff. V/5/a/aa); freilich nicht ohne jegliche Haftungsfreizeichnung (Ziff. V/7).

*Eindruck, es sei für eine inhaltliche Ausgewogenheit des Vertrages gesorgt».*²⁰⁴
GÖSSI schlägt vor, Art. 219 OR mit einem vierten Absatz wie folgt zu ergänzen:
*«Beim Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück mit einer Baute, die weniger als ein Jahr vor dem Verkauf überwiegend neu erstellt wurde, hat der Käufer bei Mängeln der Baute auch das unabdingbare Recht, vom Verkäufer die unentgeltliche Beseitigung der Mängel zu verlangen, sofern dies dem Verkäufer nicht übermässige Kosten verursacht. Mängel sind dem Verkäufer innert 60 Tagen nach der Entdeckung anzuzeigen».*²⁰⁵

Wegen dieses und weiterer politischer Vorstösse, die darauf abzielen, die Situation der chronisch schwächeren Partei in Kauf- und Werkverträgen, welche Grundstücke und unbewegliche Bauwerke zum Gegenstand haben, zu verbessern,²⁰⁶ ist damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahren gesetzgeberische Bestrebungen unternommen werden, die auch für den Erwerb von Eigentumswohnungen ab Plan einschlägig sind.

²⁰⁴ <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140453>>.

²⁰⁵ Der Initiative wurde in den Rechtskommissionen des Nationalrats (12. November 2015) und des Ständerats (02. Februar 2016) je Folge gegeben bzw. zugestimmt (vgl. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140453>>).

²⁰⁶ Eine Übersicht aktueller politischer Vorstösse findet sich auf der Webseite des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg: <https://www.unifr.ch/ius/baurecht_de/publikationen/revision-bauvertragsrecht/vorstosse>.