



SVIT  
CAMPUS

16.–17.09.2019  
Hotel Paxmontana  
Flüeli-Ranft

«WIR SIND  
PFADFINDER FÜR  
INNOVATIONEN»

FOKUS  
GIAN-LUCA BONA  
ÜBER GEBÄUDE-  
AUTOMATION

— 04

IMMOBILIEN-  
WIRTSCHAFT  
WAS SUCHEN  
GESCHÄFTS-  
FLÄCHENMIETER?

— 20



BAU & HAUS  
BESICHTIGUNG  
MIT DER  
ACHTERBAHN

— 40



# Achtung bei der Mängelrüge im Kaufrecht

Das Bundesgericht konnte sich beim Verkauf einer sanierungsbedürftigen Bestandsliegenschaft zur Gewährleistung und insbesondere zur Frage der Rechtzeitigkeit der vom Käufer erhobenen Mängelrüge äussern.

TEXT – BORIS GRELL\*

## ► AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

Jüngst beschäftigte sich das Bundesgericht mit einem anschaulichen Fall, der auch die Gelegenheit bot, zu sehr grundsätzlichen Fragen beim Grundstückkauf Stellung zu nehmen. Dabei ging es einerseits um die immer wieder strittige Abgrenzungsfrage zwischen dem Kauf einer zukünftigen Sache und einem (gemischten) Kauf-Werkvertrag. Dabei bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach das entscheidende Unterscheidungskriterium ist, ob bzw. wie die Bestellerin Einfluss auf die Renovationsarbeiten nehmen kann. Andererseits machte das Bundesgericht aber wichtige Klarstellungen, in welchen Fällen eine Mängelrüge sofort erfolgt ist oder aber der Käufer seine Gewährleistungsrechte wegen verspäteter Mängelrüge verwirkt hat. Diese Fragestellung soll nachstehend vertieft werden.

Konkret ging es um einen am 2. Juli 2010 abgeschlossenen Kaufvertrag über ein in die Jahre gekommenes Mehrfamilienhaus, wobei sich der Verkäufer u. a. verpflichtete, bis am 31. Oktober 2010 (vertraglicher Übergang von Nutzen und Gefahr auf den Käufer) neue Ablaufleitungen bis zum Sammelschacht erstellen zu lassen und auch zu bezahlen. Nach mehr als drei Jahren seit dem Verkauf kam es am 6. Janu-



ar 2014 zu einem Rückstau der Abwasserleitungen, worauf der Käufer (eine AG mit einem einzigen Verwaltungsratsmitglied) die Leitungen spülen und entstopfen lassen wollte. Das zugezogene Kanalisationsunternehmen stellte dabei fest und teilte dem Käufer am 10. Januar 2014 mit, dass die Grundleitungen ab dem Fallstrang bis zum Kontrollschacht alte, ausgewaschene Betonleitungen seien, die offene Muffen aufweisen würden, was immer wieder zu Verstopfungen führen könne. Mit einem Wort: Der Verkäufer hat die im Kaufvertrag damals zugesicherte Verpflichtung zur Erneuerung der Ablaufleitungen schlichtweg ignoriert.

Am 21. Januar 2014 rügte der zu diesem Zeitpunkt durch einen Rechtsanwalt vertretene Käufer die vorgenannten Feststellungen des Kanalisationsunternehmens gegenüber dem Verkäufer. Rund ein Jahr später klagte der Käufer beim Kantonsgericht Nidwalden und forderte insgesamt rund 35 000 CHF (wohl für die Erneuerung der alten Ablaufleitungen), welches die Forderungsklage des Klägers fast vollumfänglich guthiess. Demgegenüber hiess das Obergericht des Kantons Nidwalden die vom Verkäufer erhobene Berufung gut und wies die Forderungsklage des Käufers ab, weil die kaufrechtliche Rüge für die fehlende Erneuerung der Ablaufleitungen (als verstecktem Mangel) nicht sofort bzw. verspätet erfolgt sei und damit der Anspruch aus Sachgewährleistung entfallen sei.

In der Folge gelangte der Käufer ans Bundesgericht, das die Frage zu klären hatte, ob die nach 11 Kalendertagen (inkl. 2 Wochenenden) bzw. die nach 6 Arbeitstagen (oder acht Arbeitstagen, falls der 10. Januar und der 21. Januar 2014 mitgezählt werden) erfolgte Mängelrüge noch rechtzeitig oder eben verspätet erfolgte.

## RECHTLICHE GRUNDLAGE UND ERWÄGUNGEN DES BUNDESGERICHTS

Art. 201 Abs. 3 OR («Mängelrüge») lautet wie folgt: «Ergeben sich später solche Mängel, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.» Das Bundesgericht verwies auf seine bisherigen Urteile zum Thema, was unter dem hier vor allem interessierenden Wörtchen «sofort» zu verstehen ist, und hielt dabei fest, das für die Beurteilung der Frage der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge, auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art der Mängel abgestellt werden müsse. Gleichzeitig betonte das Bundesgericht, dass deshalb – also genau wegen dieser Einzelfallbetrachtung – Entscheide in anderen Fällen nur mit Zurückhaltung herangezogen werden können.

Gleichzeitig – und mit Verweis auf die einschlägigen Entscheide – stellte das Bundesgericht aber auch klar, dass allgemein gesagt werden kann, dass die Rüge-

ANZEIGE

**Umsichtig und nachhaltig bewirtschaftete Mietliegenschaftsmandate im Raum Zürich per 1.1.2020 in Verwaltung abzugeben.**

Für nähere Angaben melden Sie sich bitte unter Chiffre 134

Verlag Immobilien E-Druck AG  
Chiffre 134  
Lettenstrasse 21  
9016 St. Gallen



Wie schnell ist «sofort» bei der Mängelanzeige für verdeckte Mängel?

BILD: 123RF.COM

frist kurz bemessen ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann. In Fällen eines sich fortentwickelnden Mangels anerkannte das Bundesgericht schon bereits vor einigen Jahren eine Frist von einer Woche bzw. eine siebentägige Rügefrist grundsätzlich als angemessen. Demgegenüber befand das Bundesgericht, dass Mängelrügen nach 14 Tagen, 18 Tagen, 20 Tagen, nach einem Monat oder gar nach 5 Wochen verspätet sind.

Im Weiteren gab das Bundesgericht im vorliegend zu beurteilenden Fall zu bedenken, dass die Vorinstanz nicht festgestellt habe und es auch nicht ersichtlich sei, dass es sich hier um einen Schaden gehandelt habe, der sich hätte verschlimmern können. Zudem verwies das Bundesgericht auf einen weiteren Entscheid, worin eine (Mängelrüge-) Erklärungsfrist von «etwa einer Woche» zugestanden wurde für einen sich (wie hier) nicht fortentwickelnden Schaden. Bemerkenswerterweise stellte sich das Bundesgericht auch der Kritik in der Rechtslehre, die für eine grosszügigere Handhabung und eine gewisse Flexibilität (*Souplesse*) in der Anwendung der Rügefrist plädiert. So nahm das Bundesgericht zur Kenntnis, dass die

neuere Rechtslehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) erachte. Ebenso anerkannte das Bundesgericht, dass die Lehre «zu Recht [betont], dass es keine *ratio legis* gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt.»

Diese Kernaussage lässt doch aufhorchen, zumal die Siebentage-Regel (d. h. 7 Kalendertage bzw. 5 Arbeitstage) sich in manchen Köpfen doch schon zu einer zeitlichen Obergrenze verdichtete; zu Unrecht, wie das Bundesgericht in diesem Entscheid nun betonte.

Vor diesem Hintergrund erachtete das Bundesgericht, dass die – erst nach 11 Kalendertagen seit der Kenntnis der fehlenden (neuen) Ablaufleitungen – dem Verkäufer mitgeteilte Mängelrüge noch rechtzeitig erfolgt ist («Insgesamt erscheint [...] die Rügefrist als noch eingehalten»). Dabei berücksichtigte das Bundesgericht nicht nur, dass zwischen der Mitteilung des Kanalisationsunternehmens vom 10. Januar 2014 an den Käufer und der Mängelrüge an den Verkäufer vom 21. Januar zwei Wochenenden lagen sowie die alten Leitungen zudem schon über drei Jahre im Gebrauch (durch den Käufer) waren. Vielmehr berücksichtigte das Bundesgericht auch, dass die Interessenlage vorliegend gegen eine allzu grosse Strenge spricht. Denn vorliegend ist der Mangel nicht entstanden, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil der Verkäufer eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignorierte.

## ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

- Das Bundesgericht verwirft eine rigide Handhabung der Mängelrüge und anerkennt, dass es keine starre Siebentage-Regel gibt, demnach also u. U. auch Mängelrügen, die – wie vorliegend – erst 11 Kalendertage nach der Kenntnis eines verdeckten Mangels oder Schadens gegenüber dem Verkäufer rechtzeitig gerügt werden können.
- Entscheidend für die Frage der Rechtzeitigkeit, bzw. ob die Rüge «sofort» und damit rechtzeitig nach der Entdeckung eines verdeckten Mangels gemäss Art. 201 Abs. 3 OR dem Verkäufer angezeigt worden ist, sind allein die konkreten Umstände des Einzelfalls, weshalb Entscheide in anderen Fällen nur mit Zurückhaltung herangezogen werden können.

- Wichtiges Kriterium für die Prüfung der Rechtzeitigkeit eines Mangels / Schadens ist, ob es sich um einen fortentwickelnden Mangel handelt, bei welchem die Rügefrist kurz zu bemessen ist. Demgegenüber zeigt das Bundesgericht Verständnis für die in der Lehre plädierte Flexibilität, dass die Rügefrist bei einem Schaden, der sich (wie vorliegend) nicht hätte ersichtlich verschlimmern können, grosszügiger zu bemessen ist.
- Das Bundesgericht gab den Rechtssuchenden mit diesem Entscheid wertvolle Hinweise und Anhaltspunkte für die Einschätzung, ob die Rügefrist noch rechtzeitig erfolgte oder eben nicht. Gleichwohl und weil das Bundesgericht die Beurteilung jedes einzelnen Falls nach dessen spezifischen, konkreten Umständen ins Zentrum seiner Beurteilung stellte, muss man gleichzeitig auch betonen, dass mit diesem Entscheid keine weitreichende Rechtssicherheit in dieser Frage geschaffen werden konnte. Diesbezüglich ist vielmehr der Gesetzgeber gefordert, der im Rahmen einer Gesetzesrevision überprüfen muss, ob diese sofortige Rügepflicht (mit welchem Zeitintervall auch immer) in Kombination mit der Verwirkungsfolge im Unterlassungsfall heute noch rechtspolitisch sinnvoll ist.
- Immerhin kann man sich aber mit Fug auf den Standpunkt stellen, dass gestützt auf diesen Entscheid des Bundesgerichts, eine Mängelrüge für einen verdeckten, sich nicht fortentwickelnden Mangel gemäss Art. 201 Abs. 3 OR grundsätzlich immer rechtzeitig ist, wenn die Anzeige bis spätestens 7 Kalendertage bzw. innert Wochenfrist seit der Kenntnis des Mangels erfolgt. Vorbehalten bleiben zudem andere vertragliche Regelungen, die eine längere oder eben auch eine kürzere Rügefrist festlegen, die – aufgrund der dispositiven Natur dieser Bestimmung – zulässig bleiben. ■



**\*DR. BORIS GRELL**

Der Autor ist selbständiger Rechtsanwalt in Zürich sowie Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht ([www.grell-law.ch](http://www.grell-law.ch)).