

## 2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

### BGer 4A\_399/2018: Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt?

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019, A. AG gegen B. AG, Kaufvertrag, Werkvertrag, Mängelrüge.



ARNOLD F. RUSCH\*

*In Lehre und Rechtsprechung hat sich die (starre) Faustregel etabliert, dass eine Rüge innert sieben Tagen dem Erfordernis der sofortigen Anzeige gemäss Art. 201 Abs. 1 OR genüge. In einem nicht publizierten Entscheid hat das Bundesgericht nun eine Rüge innert elf Tagen genügen lassen.*

#### I. Sachverhalt

Die B. AG als Verkäuferin versprach mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 2. Juli 2010 der Käuferin A. AG die Übereignung eines Grundstücks. Im selben Vertrag hat sich die Verkäuferin dazu verpflichtet, bis zum 31. Oktober 2010 (Übergang Nutzen und Gefahr per 1. November 2010) nebst umfangreichen Renovationsarbeiten am bestehenden Gebäude neue Ablaufleitungen bis zum Sammelschacht erstellen zu lassen und zu bezahlen. Die versprochene Erneuerung der Ablaufleitungen war jedoch ausgeblieben, wovon die Käuferin erst gut drei Jahre später, am 10. Januar 2014, Kenntnis erlangte. Die Rüge ist am 21. Januar 2014 erfolgt.

Das Kantonsgericht des Kantons Nidwalden schützte die Klage der Käuferin auf Bezahlung von CHF 27'240.40 nebst Zins.<sup>1</sup> Das Obergericht hiess die von der Verkäuferin erhobene Berufung gut und wies die Klage ab:

*«Mit dem Kantonsgericht qualifizierte das Obergericht den Vertrag vom 2. Juli 2010 als reinen Kaufvertrag und nicht als Kauf-/Werkvertrag und beurteilte die fehlende Erstellung der Ablaufleitungen anhand der Regeln über die Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR. Das Fehlen der Ablaufleitungen sei ein versteckter Mangel. Die Mängelrüge vom 21. Januar 2014 sei verspätet erfolgt, womit ein Anspruch aus Sachgewährleistung entfalle. Die Beklagte habe die Klägerin auch nicht absichtlich im Sinn von*

*Art. 203 OR getäuscht. Da die Mängelrüge zu spät erfolgt sei, entfalle auch ein Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR.»<sup>2</sup>*

Die Käuferin erhob in der Folge Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

#### II. Erwägungen

Das Bundesgericht widmete sich zuerst der Qualifikation des Vertrags und erinnerte an seine Kriterien zur Abgrenzung zwischen Kauf einer zukünftigen Sache und gemischtem Kauf-/Werkvertrag:

*«Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das entscheidende Abgrenzungskriterium die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Baute 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 Grundstückskauf 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 (Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1 mit Hinweisen auf die Lehre; bestätigt in Urteil 4A\_702/2011 vom 20. August 2012 E. 5).»<sup>3</sup>*

Es stützte die Qualifikation der Vorinstanzen, die sich gestützt auf den nur geringen Einfluss der Käuferin auf einen Kauf einer künftigen Sache festgelegt hatten:

*«Die Erstinstanz stellte an der angegebenen Stelle fest, die im Vertrag aufgelisteten Renovationsarbeiten seien zwar keine geringfügigen Änderungen, allerdings überwiege das kaufrechtliche Element deutlich. Die Parteien würden auch nicht behaupten, die Beschwerdeführerin hätte Einfluss auf die Renovationsarbeiten nehmen oder Handwerker auswählen können. Aus dem Vertrag ergebe sich, dass die Renovationsarbeiten bis zum 31. Oktober 2010 und damit vor Übergang von Nutzen und Schaden am 1. November 2010 hätten ausgeführt und bezahlt sein sollen. Schliesslich hätten die Parteien für das renovierte Haus einen pauschalen Kaufpreis bezahlt, ohne dass die Renovationsarbeiten gesondert aufgeführt worden wären. Die Vorinstanz stellte fest, diese erstinstanzlichen Ausführungen seien von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet worden.»<sup>4</sup>*

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>1</sup> KGer NW, ZK 15 2, 11.5.2016.

<sup>2</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, Sachverhalt B.b (Kursivdruck bei Zitatene jeweils hinzugefügt); OGer NW, ZA 16 12, 21.11.2017.

<sup>3</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 2.2.

<sup>4</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 2.2.

Angesichts des Vorliegens eines Kaufvertrags und der Anwendbarkeit der Sachgewährleistung erinnerte das Bundesgericht an seine Rechtsprechung zur Rügefrist von sieben Tagen und hielt dazu fest:

«In der Tat erachtet insbesondere die neuere Lehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) und betont zu Recht, dass es keine *ratio legis* gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt [...]. Vorliegend kann berücksichtigt werden, dass zwischen dem 10. Januar 2014 und dem 21. Januar 2014 zwei Wochenenden lagen und somit letztlich nur sechs Arbeitstage (bzw. acht, falls man den ersten und den letzten Tag mitzählt) zur Verfügung standen. Die alten Leitungen waren zudem schon über drei Jahre im Gebrauch. Vor allem aber spricht die Interessenlage vorliegend gegen eine allzu grosse Strenge. Zwar stellte die fehlende Renovation – wie dargelegt – einen Mangel der verkauften Liegenschaft dar und beinhaltete nicht eine vom Verkauf unabhängige selbstständige Leistungspflicht, deren Nichterfüllung gestützt auf die Verzugsregeln zu beurteilen wäre. Doch kann berücksichtigt werden, dass der Mangel nicht entstand, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil die Beschwerdegegnerin eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignorierte. Insgesamt erscheint daher die Rügefrist als noch eingehalten.»<sup>5</sup>

### III. Anmerkungen

#### A. Sofortige Rügeobliegenheit

Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht die sofortige Rügeobliegenheit in Nuancen geschwächt hat. Es anerkennt, dass für eine starre siebentägige Rügefrist keine belastbare *ratio legis* spreche. Käufer und Besteller müssen jetzt stark sein: Ein Jahrhundert lang haben Schweizer Gerichte die Gewährung unzähliger Ansprüche aus kauf- oder werkvertraglichen Sachmängeln im Sinne der Art. 201 und 370 OR verweigert, weil die Rüge nicht innert einer vexatorisch kurzen Frist erfolgt ist. Wie wir jetzt wissen, geschah dies ohne tieferen Grund. Das ist hart, «[...] doch bringt es immerhin im Kleinen eine kapitale Veränderung der Lage, indem das Bundesgericht sich von seiner rigiden Handhabung der Mängelrüge abwendet», wie STÖCKLI zu Recht festhält.<sup>6</sup>

Das Urteil nimmt diese wichtige Erkenntnis in Teilen wieder zurück und stellt sie als Ergebnis einer angesichts der konkreten Umstände knapp erfüllten Ausnahme dar: «Insgesamt erscheint daher die Rügefrist als noch eingehalten.»<sup>7</sup> Um welche Umstände geht es denn?

- Das Bundesgericht stellt *erstens* fest, dass es vorliegend nicht um einen Mangel gehe, der sich mit der Zeit vergrössert. Ein sich vergrössernder Mangel rechtfertigt tatsächlich eine schnelle Rüge.<sup>8</sup>
- Die elf Tage vom 10. bis 21. Januar 2014 enthielten *zweitens* zwei Wochenenden. Somit verblieben der Käuferin nur acht Arbeitstage, um den Mangel zu rügen.
- Das Bundesgericht hebt *drittens* hervor, dass die alten Leitungen schon über drei Jahre im Gebrauch der Käuferin gestanden hätten. Die Übertragung des Hauses fand am 1. November 2010 statt. Erst aufgrund der Verstopfung in den Ablaufleitungen hat die Käuferin am 10. Januar 2014 Kenntnis vom Mangel erlangt. Dieses Argument erschliesst sich nicht direkt – will das Bundesgericht damit sagen, dass es nach drei Jahren auf die paar Tage nicht mehr ankommt? Art. 201 Abs. 3 OR hält fest, dass die Rüge bei versteckten Mängeln auch sofort nach der Entdeckung zu erfolgen habe. Mit diesem Argument zeigt das Bundesgericht meines Erachtens besonders deutlich, dass es die Abbuchbarkeit des Geschäfts bei der Beurteilung der Rügefrist einbeziehen will. Der Unternehmer oder Verkäufer soll ein Geschäft innert kurzer Zeit im Sinne der Verkehrssicherheit abbuchen können, wenn keine Rüge erfolgt.<sup>9</sup> Die schnelle Abbuchbarkeit kann indes keine wesentliche Rolle mehr spielen, wenn es um versteckte Mängel geht, die sich wie hier erst drei Jahre nach der Ablieferung zeigen.
- *Viertens* verweist das Bundesgericht auf die Interessenlage. Die Verkäuferin habe nicht etwas schlecht ausgeführt, sondern «eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung» schlicht ignoriert. Die Wortwahl verwundert und deckt auf, was wirklich vorliegt: Normalerweise sichert man *Eigenschaften* zu, deren Nichtvorliegen einen Mangel begründen (Art. 197 Abs. 1 OR).

<sup>7</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 3.2.

<sup>8</sup> BGer, 4C.82/2004, 3.5.2004, E. 2.3 m.w.H.

<sup>9</sup> ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, 78 ff., 80: «Nicht die mit zunehmendem Ablauf der Zeit immer schwierigere Beweisführung ist somit die zentrale *ratio legis* der Art. 201 und 210 OR, sondern der sehr kaufmännische Gedanke eines Schutzes der «Dispositionssicherheit» des Verkäufers. Dieser soll i.S. des allgemeinen Verkehrsschutzgedankens nach relativ kurzer Frist davon ausgehen können, dass er das Geschäft endgültig «abbuchen» kann, d.h. dass es mit der erfolgten Lieferung sein Bewenden hat und von Seiten des Käufers daraus keine Ansprüche mehr erhoben werden können.»

<sup>5</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 3.2; das OGer NW hiess nach der Rückweisung durch das Bundesgericht die Klage gut (OGer NW, ZA 19 3, 9.5.2019).

<sup>6</sup> HUBERT STÖCKLI, Mängelrüge: Und das Bundesgericht bewegt sich doch!, BR 2019, 62.

Verpflichtungen gelten auch ohne Zusicherung. Hier zeigt sich des Pudels Kern: Die nicht eingehaltene Verpflichtung hat mit einem Mangel eben nichts zu tun, sondern gehört zum Verzug, dessen Annahme eine andere Vertragsqualifikation voraussetzt – doch dazu mehr sogleich.

## B. Einordnung des Problems und Qualifikation des Vertrags

Die Argumentation der Käuferin, es handle sich um einen reinen Verzugsfall,<sup>10</sup> trifft die Interessenlage bedeutend besser als die Sachgewährleistung. Das Bundesgericht räumt dies mit dem vierten Argument zur Mängelrüge indirekt ein. Die Verkäuferin hat einen Teil des Leistungsprogramms nicht ausgeführt. Die Verkäuferin schuldete nicht bloss ein Grundstück mit einem vorbestehenden Haus, sondern auch dessen Renovation und im Rahmen der Renovation die Auswechslung der Ablaufleitungen. Hier – und nur hier – lässt sich das Problem einordnen. Auf dieses Problem passt die Sachgewährleistung mit der Rügeobliegenheit nicht. Vorliegend hat dies immerhin zu einer markanten Relativierung der sofortigen Rügeobliegenheit geführt. Richtig wäre indes das verzugsrechtliche Korrektiv ohne Rüge.

Die Abbuchbarkeit des Geschäfts<sup>11</sup> – ein wichtiges Argument für die sofortige Rügeobliegenheit und auch die kurze Verjährungsfrist der Gewährleistung – sticht im vorliegenden Fall nicht. Der Unternehmer kann nicht in guten Treuen damit rechnen, dass die Käuferin Abweichungen zur vertraglichen Definition der Kaufsache genehmigt – schon gar nicht durch Schweigen, denn die Käuferin oder besser die Bestellerin hat die gegenteiligen Wünsche im Rahmen des Vertragsschlusses explizit kundgetan. Beweisschwierigkeiten als *ratio legis* der schnellen Rüge stechen auch nicht: Der fehlende Ersatz der Ablaufleitungen lässt sich sehr lange noch beweisen.<sup>12</sup>

Die Gerichte haben das werkvertragliche Element als untergeordnet erachtet und deshalb ignoriert (E. 2.2). Damit kam die innominatvertragliche Absorptionstheorie zur Anwendung, was angesichts des klar einer werkvertraglichen Leistung zuordenbaren verzugsrechtlichen Problems wenig überzeugt: *«Das Vertragsgebilde wird so in ein Schema gezwungen, in welches es unter Umständen gar nicht hineinpasst. Die Absorptionstheorie verkommt dann zu*

*einer Bauanleitung für ein Prokrustesbett.»*<sup>13</sup> Genau das hat sich in diesem Fall ereignet. Da reines Kaufrecht zur Anwendung gelangte, war angesichts des übereigneten Grundstücks für Verzugsrecht kein Platz mehr. Das erstinstanzliche Kantonsgericht stützte sich dabei auf BGE 82 II 411 E. 3b.<sup>14</sup> Der dort im Rahmen eines Stückkaufs verkaufte van Gogh war nicht echt, weshalb sich der Käufer zu Recht nicht auf Verzugsrecht stützen konnte. Dieser Käufer hat erhalten, was er wollte, nur war es schlecht. Bei diesem Verkauf gab es keine zusätzlichen werkvertraglichen Pflichten wie beim vorliegenden Hauskauf.

Die Gerichte haben sich bei der Qualifikation des Vertrags durchaus an die relevanten Quellen gehalten, doch überzeugt das Resultat nicht. Das einschlägige Urteil zur Abgrenzung des Kaufs einer künftigen Sache und eines gemischten Kauf-/Werkvertrags aus dem Jahre 2003 hält dazu fest: *«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 [...]»*<sup>15</sup> Im vorliegenden Urteil lässt sich klar nachlesen, dass die Renovation des Hauses gemäss detaillierten Vorgaben zu erfolgen hatte. Es ist kaum vorstellbar, dass diese Vorgaben nicht den Wünschen der Käuferin entsprachen. Das Bundesgericht hat dieses Argument weggewischt: Damit sei der Einfluss nicht belegt. Es gehe nur um einen Beschrieb, wie das fertige Haus bei der Übergabe auszusehen habe (E. 2.2).

Mit einem *verdeckten Teilverzug trotz Ablieferung* lässt sich der vorliegende Fall besser beschreiben. Das Werk ist nicht vollendet und deshalb nicht abnahmefähig.<sup>16</sup> Die Abnahme fand zwar statt, aber ohne Wissen um die nicht erfolgte Erneuerung der Ablaufleitungen. Diese hat somit nur die Bedeutung einer Teilabnahme. Eine solche Konstellation gab es schon mal: Der Besteller wollte eine Renovation mit zweifacher Streichung, was der Unternehmer auch so verrechnete, aber dennoch nur einmal ausführte. Wie im vorliegenden Fall bemerkte der Besteller die fehlende zwei-

<sup>10</sup> BGer, 4A\_399/2018, 8.2.2019, E. 2.1 in fine.

<sup>11</sup> KRAMER (FN 9), 80.

<sup>12</sup> Vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH, Aliud beim Werkvertrag, BR 2018, 89 ff., 92; ROBERT KNÖPFLE, Aliud-Lieferung beim Gattungskauf – Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrecht?, NJW 1989, 871 ff., 873; gl.M. wie hier HUBERT STÖCKLI, Etwas mehr «souplesse» bei der Mängelrüge, BR 2019, 127 f., 128.

<sup>13</sup> CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 3698.

<sup>14</sup> KGer NW, ZK 15 2, 11.5.2016, E. 5.2: *«Liefert der Verkäufer die tatsächlich geschuldete Sache, so finden die Verzugsregeln keine Anwendung, mag die Kaufsache auch noch so mangelhaft sein (BGE 82 II 411 E. 3b S. 416).»*

<sup>15</sup> BGer, 4C.301/2002, 22.1.2003, E. 2.1.

<sup>16</sup> Vgl. dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 1447.

fache Streichung erst nach über drei Jahren. Das Ober- und das Kassationsgericht Zürich ordneten dies dem Verzugs- und nicht dem Gewährleistungsrecht zu.<sup>17</sup> Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man wie die Käuferin von einer selbständig einklagbaren Nebenleistungspflicht ausgeht (E. 2.3, vom Bundesgericht abgelehnt). Auch denkbar wäre die Annahme einer Quasi-Minderung im Sinne des BGE 94 II 161 E. 2 bei Nichtvollendung des Werks.<sup>18</sup>

Den vorliegenden Fall könnte man vielleicht sogar mittels Annahme eines *aliud* statt eines *peius* überzeugend lösen. Das *aliud* führt ebenfalls zur Anwendung des Verzugsrechts. Der dazu einschlägige Hubstapler-Fall<sup>19</sup> bezieht sich zwar gerade und ausschliesslich auf Gattungskäufe, was auf den vorliegenden Grundstückskauf nicht passt. Die Bejahung des *aliud* lässt sich indes auch auf den werkvertraglichen Teil des Vertrags gut begründen: Die Ablaufleitungen als Teil des Renovations-Werks müssen neu sein. Sind sie es nicht, liegt ein *aliud* vor. Das ist allerdings nicht herrschende Lehre, denn diese bejaht ein werkvertragliches *aliud* erst bei einer qualifizierten Abweichung. Als realitätsfremde Beispiele müssen die Lieferung einer Zementpresse statt einer Hobelbank, die Lieferung einer Turnhalle statt einer Kirche und jene eines Kittels statt einer Hose herhalten.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> KassGer ZH, 5.9.1977, in: ZR 1977, Nr. 105, E. 4b: «Das kann bei komplexen, zusammengesetzten Werken (mit speziell vereinbarten Teilleistungen) zu Problemen der Abgrenzung zwischen Leistungsfehlern, welche die Werkvollendung betreffen, und Leistungsfehlern, welche einen Werkmangel darstellen, führen. Erscheint ein Werk im Lichte der vertraglichen Abreden als unvollendet, gelangen nicht die Gewährleistungsregeln, sondern die Bestimmungen über den Schuldnerverzug zur Anwendung [...]. Das Prinzip der Spezialität der Mängelhaftung [...] steht dem – weil einen Mangel voraussetzend – nicht entgegen»; a.M. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 497.

<sup>18</sup> Dazu GAUCH (FN 16), N 1443; diesen Entscheid kritisiert ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995, N 35, weil er die Quasi-Minderung nicht von der Einhaltung der schuldnerverzugsrechtlichen Spezifika abhängig macht.

<sup>19</sup> BGE 121 III 453 E. 4b.

<sup>20</sup> GAUCH (FN 16), N 1443; weitere Zitate bei RUSCH (FN 12), 89, Fn 3.