



Kommentar zu: Urteil: [4A_399/2018](#) vom 8. Februar 2019
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Rechtzeitige Mängelrüge

Lockerung der bundesgerichtlichen Praxis bezüglich der Rügefrist bei versteckten Mängeln?

Autor / Autorin

Jessica Müller, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_399/2018 vom 18. Februar 2019 qualifizierte das Bundesgericht eine Rüge, welche 11 Kalendertage nach tatsächlicher Kenntnis des Mangels erfolgte, als «sofort» im Sinne von Art. 201 Abs. 3 OR und damit als rechtzeitig. Fraglich ist, ob das Bundesgericht mit diesem Urteil seine bis anhin strenge Praxis betreffend die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge generell gelockert hat.

Sachverhalt

[1] Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 2. Juli 2010 (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte die B AG (Verkäuferin, Beklagte und Beschwerdegegnerin) der A AG (Käuferin, Klägerin, Beschwerdeführerin) ein Grundstück. Die Verkäuferin hatte sich in diesem Kaufvertrag u.a. dazu verpflichtet, bis zum 31. Oktober 2010 (Übergang Nutzen und Gefahr per 1. November 2010) neue Ablaufleitungen bis zum Sammelschacht erstellen zu lassen und zu bezahlen (Sachverhalt Teil A).

[2] Die Ablaufleitungen sind jedoch nicht erneuert worden (Sachverhalt Teil A): Die Käuferin hatte am 6. Januar 2014 aufgrund eines Rückstaus der Abwasserleitungen die C AG beigezogen, um die Leitungen zu spülen und zu entstopfen. Gemäss vorinstanzlichen Feststellungen hatte die Käuferin am 10. Januar 2014 Kenntnis vom Mangel gehabt, und zwar gestützt auf die Abklärungen der C AG vom 6. Januar 2014. Die C AG habe ihr bestätigt, dass die Grundleitungen ab Fallstrang bis Kontrollschacht alte, ausgewaschene Betonleitungen seien, die offene Muffen aufweisen würden, was immer wieder zu Verstopfungen führen könne. Die Käuferin rügte den Mangel 11 Tage nach Kenntnis des Mangels (E. 3.1).

[3] Mit Urteil vom 11. Mai 2016 hiess das Kantonsgericht Nidwalden die von der Käuferin erhobene Klage grösstenteils gut. Das Kantonsgericht verpflichtete die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 27'240.40 nebst Zins zu

5% und von CHF 7'695.25 nebst Zins von 5% (Sachverhalt Teil B.a).

[4] In Gutheissung der von der Verkäuferin erhobenen Berufung hob das Obergericht des Kantons Nidwalden das Urteil des Kantonsgerichts auf und wies die Klage der Käuferin ab (Sachverhalt Teil B.b).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Käuferin dem Bundesgericht u.a. den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben (Sachverhalt Teil C).

Erwägungen

[6] Im bundesgerichtlichen Verfahren war u.a. die Qualifikation des Kaufvertrags bzw. der darin enthaltenen Pflicht zur Erstellung von Ablaufleitungen strittig (E. 2). Wie die Vorinstanzen (Sachverhalt Teil B.b) qualifizierte auch das Bundesgericht den streitgegenständlichen Vertrag als reinen Kaufvertrag (E. 2, 2.1, 2.2). Das Bundesgericht verwarf auch das Eventualargument der Käuferin, wonach im Kaufvertrag zwei selbstständige Leistungen (Übertragung von Grundeigentum und Durchführung und Bezahlung von konkret umschriebenen Renovationsarbeiten) vereinbart worden seien, weshalb die Verkäuferin betreffend die Pflicht zur Erstellung und Bezahlung der Ablaufleitungen im (kaufrechtlich zu beurteilenden) Verzug sei (E. 2.3). Die Renovationsarbeiten, so das Bundesgericht, seien geknüpft an die Übertragung des Eigentums. An der Ausführung der Renovationsarbeiten habe für die Käuferin nur ein Interesse bestanden, wenn der eigentliche Vertragsgegenstand, die Übertragung des Eigentums am Kaufobjekt, zustande kam. Wäre diese Leistungspflicht zur Übertragung des Eigentums nicht eingehalten worden, wäre der Kaufvertrag insgesamt dahingefallen. Die Verpflichtung zur Erbringung der Renovationsarbeiten sei daher Bestandteil der Eigentumsübertragung gewesen, weswegen die fehlende Renovation der Ablaufleitungen von der Vorinstanz daher zu Recht unter dem Titel der Sachgewährleistung beurteilt worden sei (E. 2.3).

[7] Vor Bundesgericht war weiter strittig, ob die von der Käuferin erhobene Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist (E. 3).

[8] Das Bundesgericht führte aus, dass der Käufer einen Mangel «sofort» melden müsse (Art. 201 Abs. 3 [OR](#)). Was darunter zu verstehen ist, hänge von den Umständen ab, namentlich von der Natur des Mangels. Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt sei, müsse zwar auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Mängel, abgestellt werden. Entscheide in anderen Fällen seien deshalb nur mit Zurückhaltung heranzuziehen. Allgemein könne aber gesagt werden, dass die Rügefrist kurz zu bemessen ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen könne. In Fällen eines sich nicht fortentwickelnden Mangels habe die Rechtsprechung eine Frist von einer Woche als angemessen anerkannt während Mängelrügen als verspätet beurteilt wurden, die erst nach 14 Tagen bzw. 18 Tagen bzw. 1 Monat oder 5 Wochen erfolgt seien. Als verspätet wurde auch eine Erklärung nach 20 Tagen erachtet im Fall eines Motorschadens, der das Leben der Mitfahrer gefährden konnte (E. 3.2).

[9] Die Vorinstanz habe vorliegend nicht festgestellt, dass es sich um einen Schaden gehandelt habe, der sich hätte verschlimmern können, und solches sei auch nicht ersichtlich. Es sei zutreffend, so das Bundesgericht, dass das Bundesgericht eine siebentägige Rügefrist grundsätzlich als angemessen erachte bzw. es wurde eine Erklärungsfrist von «etwa einer Woche» zugestanden. Konkret habe diese allgemeine Formulierung dann aber oft keine Rolle gespielt, da es sich nicht um Sachverhalte gehandelt habe, bei denen diese Frist knapp überschritten und deshalb die Rüge als verspätet bezeichnet worden wäre. Das Bundesgericht habe schon in einem früheren Entscheid auf die Lehre hingewiesen, welche für eine grosszügigere Handhabung der Rügefrist plädiert und festgehalten, bei der Anwendung solle man eine gewisse Flexibilität («souplesse») an den Tag legen. In der Tat erachtet insbesondere die neuere Lehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) und betone zu Recht, dass es keine *ratio legis* gebe, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf 1 Woche rechtfertige (E. 3.2).

[10] Gemäss Bundesgericht kann vorliegend berücksichtigt werden, dass zwischen dem 10. Januar 2014 und dem 21. Januar 2014 zwei Wochenenden lagen und somit letztlich nur 6 Arbeitstage (bzw. 8, falls man den ersten und den letzten Tag mitzählt) zur Verfügung standen. Die alten Leitungen waren zudem schon über 3 Jahre

in Gebrauch. Vor allem aber spreche, so das Bundesgericht, die Interessenlage vorliegend gegen eine allzu grosse Strenge. Zwar stelle die fehlende Renovation einen Mangel der verkauften Liegenschaft dar und beinhaltet eine vom Verkauf unabhängige selbstständige Leistungspflicht, deren Nichterfüllung gestützt auf die Verzugsregeln zu beurteilen wäre. Doch könne berücksichtigt werden, dass der Mangel nicht entstanden sei, weil die Renovation der Leitungen schlecht ausgeführt wurde, sondern weil die Verkäuferin eine im Kaufvertrag klar zugesicherte Verpflichtung schlicht ignorierte. Insgesamt erscheine daher die Rügefrist als noch eingehalten (E. 3.2).

[11] Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut. Da die Vorinstanz die Folgen der rechtzeitigen Geltendmachung der Mängel noch nicht beurteilt hat, wies das Bundesgericht die Sache an sie zur Neubeurteilung zurück (E. 5).

Kurzkommentar

[12] Die Parteien schlossen vorliegend einen Vertrag über den Kauf und Verkauf einer Liegenschaft und die Erstellung von Ablaufleitungen. Die Qualifikation solcher Verträge ist umstritten (LARA ELLIOTT/MARKUS VISCHER, [Grundstückkaufvertrag mit angefangener Baute](#), in: dRSK, publiziert am 18. Dezember 2012, Rz. 9–10; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 347–351; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Grundstückkauf mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid [Hrsg.], Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 233–265; JÜRIG SCHMID, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, in: Jürg Schmid [Hrsg.], Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 269–276). Alle mit dem vorliegenden Fall befassten Gerichte qualifizierten den Kaufvertrag als reinen Kauf (siehe E. 2.3). Das referierte Urteil drehte sich im Kern jedoch um die Frage, ob die Käuferin den versteckten Mangel (= unterlassene Erneuerung der Ablaufleitungen) 11 Kalendertage nach dessen tatsächlicher Kenntnis gemäss Art. 201 Abs. 3 OR rechtzeitig gerügt hat (zum Mangelbegriff siehe MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1–9).

[13] Gemäss Art. 201 Abs. 3 OR muss der Käufer einen versteckten Mangel «sofort nach der Entdeckung» rügen, ansonsten gilt der Mangel als genehmigt (Art. 201 Abs. 3 OR; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 99; zur Zulässigkeit der vorsorglichen Mängelrüge siehe Urteil des Bundesgerichts [4A_293/2017](#) vom 13. Februar 2018 E. 2.2.3). Wann ein Mangel noch als «sofort» im Sinne von Art. 201 Abs. 3 OR gerügt gilt, definiert der Gesetzgeber nicht (siehe BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, Zürich 1972, S. 35). Der Begriff «sofort» («*immédiatement*» bzw. «*subito*») ist somit auslegungsbedürftig. Unbestritten ist nach heute vorherrschender Auffassung in der Doktrin einzig, dass dem Käufer eine gewisse Bedenkzeit zusteht (statt vieler: GAUCH, a.a.O., Rz. 2141; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 201 N. 16 [«sous réserve d'un bref délai de réaction»]; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 201 OR N. 77a; HANNES ZEHNDER, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 2000, S. 545–550, S. 547; kritisch hingegen HANS GIGER, Berner Kommentar, Bern 1979, Art. 201 OR N. 82, wonach verdeckte Mängel spätestens am folgenden Werktag gerügt werden müssen; a.M. wohl HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 201 OR N. 35 und 37; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Bern 1936, Art. 201 OR N. 21, PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 91).

[14] Ob eine Rüge im Einzelfall «sofort» erfolgt ist, muss somit jeweils unter Berücksichtigung der Umstände beurteilt werden. Bei dieser Beurteilung ist u.a. die Art des versteckten Mangels bedeutsam: Handelt es sich um einen sich fortentwickelnden Mangel, bei welchem durch Zuwarten ein grösserer Schaden entstehen kann, ist die Rügefrist kürzer zu bemessen als bei einem sich nicht fortentwickelnden Mangel (zu alledem BGE [118 II 142](#) E. 3b S. 148).

[15] Als Richtwert betreffend die Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge im Sinne von Art. 201 Abs. 3 OR galt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bis *dato* was folgt:

- Eine 2 bis 3 Kalendertage nach sicherer Kenntnis des Mangels erfolgte Rüge gilt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung als rechtzeitig (Urteil des Bundesgerichts [4D_25/2010](#) vom 29. Juni 2010 E. 2.2; BGE [98 II 191](#) E. 4 S. 198 *in fine*).
- Das Bundesgericht hat aber auch eine 4 Kalendertage nach sicherer Kenntnis des Mangels erfolgte Rüge als rechtzeitig qualifiziert, wenn dazwischen ein Sonntag lag (BGE [76 II 221](#) E. 3 S. 225).
- In verschiedenen Urteilen hat das Bundesgericht eine *siebentägige* Rügefrist als angemessen erachtet (Urteil des Bundesgerichts [4C.82/2004](#) vom 3. Mai 2004 E. 2.3 unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.143/1996 vom 12. November 1996 E. 2d). Dies hat dazu geführt, dass in der Lehre eine Rügefrist von 7 bis 10 Kalendertagen als üblich bezeichnet wird (z.B. GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER/BERTRAND G. SCHOTT, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 370 N. 16 m.w.H.).
- Als zu spät galten gemäss Bundesgericht hingegen Rügen, welche 14 Kalendertage nach Kenntnis des Mangels gemacht wurden (Urteil des Bundesgerichts [4A_251/2018](#) vom 11. September 2018 E. 5.2.3 [18 Kalendertage]; Urteil des Bundesgericht [4D_4/2011](#) vom 1. April 2011 E. 4.1 [22 Kalendertage]; Urteil des Bundesgerichts [4D_25/2010](#) vom 29. Juni 2010 E. 2.2 [über 1 Kalendermonat]; Urteil des Bundesgerichts [4A_367/2009](#) vom 2. November 2009 E. 1.2 [6 Kalenderwochen]; Urteil des Bundesgerichts [4C.205/2003](#) vom 17. November 2003 E. 3.3.1 [20 Kalendertage]; BGE [118 II 142](#) E. 3b S.148 [5 Kalenderwochen]).

[16] Diese restriktive Haltung des Bundesgerichts ist aufgrund der harschen Rechtsfolgen aus Sicht des Käufers in der Lehre auf Kritik gestossen (statt vieler: JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 1755a; siehe auch die Nachweise in E. 3.2). Das Bundesgericht hat im referierten Urteil denn auch richtigerweise ausgeführt, dass es keine *ratio legis* gäbe, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf 1 Woche rechtfertige (siehe E. 3.2). Aus diesem Grund hat das Bundesgericht den 11 Kalendertage nach dessen Kenntnis gerügten Mangel als «sofort» und damit als rechtzeitig qualifiziert.

[17] Es stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht im referierten Urteil wirklich die akzeptierte Rügefrist von 7 auf 11 Kalendertage ausgeweitet hat. Oder anders gewendet: Fraglich ist, inwieweit dieses Urteil verallgemeinerungsfähig ist. Das Bundesgericht hat nämlich im vorliegenden Urteil die Interessen der Parteien stark berücksichtigt. Da die Verkäuferin die Renovationsarbeiten nicht schlecht, sondern überhaupt nicht ausgeführt hat, spricht dies gemäss Bundesgericht gegen eine allzu grosse Strenge. Weiter betonte das Bundesgericht, dass zwischen dem Datum der Kenntnisnahme des Mangels und dem Rügedatum 2 Wochenenden und somit letztlich nur 6 Werkzeuge lagen (bzw. 8, falls der erste und letzte Tag mitgezählt werden). Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Rüge inskünftig wirklich nur noch die Werkzeuge und nicht mehr die Kalendertage zu berücksichtigen sind.

[18] Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht auch inskünftig den Käufern eine längere Rügefrist von neu 11 Kalendertagen zugestehen wird und ob vorliegendes Urteil damit wirklich ein Silberstreifen am Horizont ist.

B.A. HSG in Rechtswissenschaften JESSICA Y. MÜLLER, Kurzpraktikantin, Walder Wyss.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss.

Zitiervorschlag: Jessica Müller / Dario Galli / Markus Vischer, Rechtzeitige Mängelrüge, in: dRSK, publiziert am 23. April 2019

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch