Christoph Brunner / Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2005 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Zur Abrundung des Überblicks werden neu auch die in der amtlichen Sammlung im Jahre 2005 (Band 131) publizierten kaufrechtlichen Entscheide berücksichtigt.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen; Anwendungsbereich des CISG
III. Abschluss des Kaufvertrags und Vertragsinhalt; Vertragsergänzung
IV. Mängelrechte
V. Nebenpflichten/Auflagen
VI. Willensmängel (Irrtum, Täuschung)
VII. Gefahrtragung
VIII. Spezielles; Gesetzgebung
IX. Schlussbemerkungen

I. Einleitung ^

[Rz 1]In Jusletter 18. Oktober 2004 hat Angela Geisselhardt die auf dem Internet (www.bger.ch) zur Verfügung stehenden, «unpublizierten Entscheide» des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht aus den Jahren 2000 – 2003 zusammengefasst und teilweise kurz kommentiert. In Fortführung dieses «Überblicks» hat Markus Vischer für die «unpublizierten Entscheide» des Bundesgerichts des Jahres 2004 in Jusletter 18. April 2005 einen Beitrag veröffentlicht. Zur Aktualisierung soll nun von den Autoren ein solcher Überblick auch in Bezug auf die wesentlichen Entscheide des Kaufvertragsrechts für das Jahr 2005 gegeben werden. Neu werden auch die in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide im Bereich des Kaufvertragsrechts zusammenfassend besprochen, wobei es im Jahr 2005 (Band 131) nur einen solchen Entscheid gab.

II. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen; Anwendungsbereich des CISG ^

[Rz 2] Keine nennenswerte Entscheide im Jahr 2005. Zur Anwendung des CISG auf Vertragsverhandlungen vgl. unten III.1. Zur Abgrenzung Kaufvertrag – Werkvertrag vgl. das Urteil 4C.151/2005 vom 29. August 2005. Zur Abgrenzung zum Trödelvertrag vgl. das Urteil vom 11. Januar 2005 (unten VII.1.).

III. Abschluss des Kaufvertrags und Vertragsinhalt; Vertragsergänzung ^

1. Urteil 4C.474/2004 vom 5. April 2005: Zustandekommen des Vertrags nach CISG; Beschaffungsrisiko des Verkäufers ^

[Rz 3] Die Beklagte (und Berufungsbeklagte) mit Sitz in der Schweiz hatte der Klägerin (und Berufungsklägerin) mit Sitz in Deutschland ein als «Offerte» bezeichnetes Telefaxschreiben zugesandt, mit welchem sie ca. 70 t Triethylen Tetramin (TETA) zum Verkauf anbot. Das Fax enthielt auch einen Hinweis auf den Produzenten. Nach darauf folgenden telefonischen Verhandlungen liess die Klägerin der Beklagten eine Einkaufsbestätigung

zukommen, die unter anderem die Menge mit 60 t angab, einen Preis festhielt mit dem Hinweis «gemeinsamer Verkauf» und die Qualität und Lieferdaten bezeichnete. Zudem bat die Klägerin unter dem Titel «Bemerkungen» um Übermittlung der Spezifikation sowie des EG-Sicherheitsdatenblattes. Die Beklagte stellte darauf der Klägerin letzteres Dokument samt Begleitbrief mit Angabe der Menge (ca. 62 t, Lieferung in 1000 lt. Container) zu. Ein paar Tage später liess sie der Klägerin auch die Spezifikationsanalyse zukommen mit dem Hinweis, dass es sich um ein technisches Produkt handle, was bei der Preisgestaltung berücksichtigt worden sei. Im Begleitschreiben führte die Beklagte in der Betreffzeile die Auftragsnummer der Einkaufsbestätigung der Klägerin auf. Zusätzlich verschickte die Beklagte mit separater Post die auf ihrem Briefpapier erstellte Lieferantenerklärung nach der massgebenden EG-Verordnung.

[Rz 4] In der Folge machte die Beklagte die Klägerin bereits vor dem ersten Liefertermin auf Verzögerungen aufmerksam. Die Beklagte konnte schliesslich das TETA nicht erhältlich machen, obwohl sie einen Lastwagen nach Italien schickte, um Druck auf den Lieferanten auszuüben. Die Klägerin hatte ihrerseits einen Abnehmer für das TETA gefunden und mit diesem bereits einen Kaufvertrag geschlossen. Der Abnehmer hielt am Vertrag fest und tätigte die notwendigen Deckungskäufe. Die Preisdifferenz stellte er der Klägerin in Rechnung. Die Beklagte war nicht bereit, den der Klägerin in Rechnung gestellten Betrag zu ersetzen, da zwischen ihr und der Klägerin kein Vertrag zustande gekommen sei. Beide Vorinstanzen wiesen die Schadenersatzklage mit dieser Begründung ab.

[Rz 5] Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass das Telefaxschreiben nicht als gültige Offerte gelte, da der Vorschlag gemäss Art. 14 CISG nicht genug bestimmt sei. Die Offerte nenne keinen Preis (E. 2.1). Hinzu komme, dass – selbst wenn man von einer gültigen Offerte ausginge – die Einkaufsbestätigung keine blosse Annahme der «Offerte» darstelle, zumal es sich bei den Angaben betreffend Menge und Preis um wesentliche Änderungen i.S.v. Art. 19 Abs. 3 CISG handle. Demgemäss sei die Einkaufsbestätigung als (Gegen-)Angebot i.S.v. Art. 19 Abs. 1 / Art. 14 CISG zu betrachten (E. 2.2, 3). Nach Art. 18 CISG stellt jede Erklärung oder sonstiges Verhalten, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, eine Annahme dar, nicht dagegen das blosse Schweigen oder die Untätigkeit allein, es sei denn, es bestehe zwischen den Parteien eine entsprechende Übung. Gemäss dieser Bestimmung sowie den Grundsätzen betreffend Vertragsauslegung (Art. 8 CISG) prüfte das Bundesgericht, ob ein Vertrag zustande gekommen war (E. 3, 4). Da der Nachweis einer tatsächlich übereinstimmenden Willensäusserung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 CISG nicht gelungen war, prüfte das Bundesgericht, ob eine vernünftige Person in der Position der Klägerin gestützt auf die Einkaufsbestätigung sowie die gesamten Umstände davon ausgehen durfte, es sei ein Vertrag mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt abgeschlossen worden. Unter Hinweis auf die seitens der Beklagten zugesandten Dokumente sowie die Bezugnahme auf die Einkaufsbestätigung in den Begleitschreiben bejahte das Bundesgericht dies und ging deshalb von einer vertraglichen Bindung aus (E. 4.3). So hiess das Bundesgericht die Berufung in diesem Punkt gut und wies die Streitsache zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen betreffend Tragung des Beschaffungsrisikos und zu neuer Entscheidung über die Haftung für nicht erfolgte Lieferung an die Vorinstanz zurück (vgl. dazu die anschliessende Bemerkung).

Bemerkung

[Rz 6] Der Entscheid zeigt exemplarisch auf, dass die Frage des Vertragsabschlusses und der Bestimmung des Vertragsinhaltes auch bei Kaufverträgen vielfach nicht auf Grundlage eines blossen Austauschs von Offerte und Akzept beurteilt werden kann, sondern die Berücksichtigung weiterer Umstände erfordert, wie Vertragsverhandlungen, Korrespondenz der Parteien oder deren Verhalten im Hinblick auf die Vertragserfüllung[1]. Konstitutives Element der Vertragsentstehung ist im OR wie im CISG der Konsens der Parteien. Andere Formen vertraglicher Einigung als eine solche aufgrund identifizierbarer Angebots- und Annahmeerklärungen unterstehen ebenfalls dem Anwendungsbereich des CISG, obwohl sie nicht speziell geregelt sind[2]. Im Entscheid bejaht das Bundesgericht in überzeugender Weise das Zustandekommen des Vertrages aufgrund der – praktisch regelmässig im Vordergrund stehenden[3] – objektiven Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip. Das Bundesgericht bestätigt damit die für den Schweizer Juristen nicht nur beruhigende, sondern auch in der Sache zutreffende Feststellung, dass die objektive Auslegung gemäss Art. 8 Abs. 2 CISG den Grundsätzen der normativen Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip, welche im innerstaatlichen Recht zur Anwendung kommen, entspricht[4].

[Rz 7] Da das Bundesgericht zum Schluss kam, dass eine vernünftige Person in der Position der Klägerin das Verhalten der Beklagten (die genannten Schreiben sowie die Benachrichtigung der Klägerin über die Verschiebung

des Liefertermins) nicht anders interpretieren konnte, als dass die Beklagte grundsätzlich mit der Einkaufsbestätigung einverstanden war (E. 4.2, 4.3), musste es die in der Literatur eingehend diskutierte Problematik, inwieweit Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben den Vertrag mit dem Inhalt dieses Schreibens zustande bringt, nicht erörtern[5]. Im Übrigen ist einer anderweitig geäusserten Ansicht zu widersprechen, wonach dem Entscheid der Leitsatz entnommen werden könne, dass auch entgegen der Übung in einer laufenden Geschäftsbeziehung, Vereinbarungen schriftlich zu bestätigen, ein Vertrag durch konkludentes Handeln geschlossen werden könne[6]. Zwar bemerkte das Bundesgericht, dass es zwischen den Parteien, die seit mehr als 11 Jahren in Geschäftsbeziehungen standen, üblich war, dass beide die getroffenen Vereinbarungen schriftlich bestätigten (E. 4.1). Das Bundesgericht führte dann aber weiter aus, dass die Beklagte nach Empfang der Einkaufsbestätigung nicht einfach untätig geblieben war und Letztere durch ihre Schreiben bzw. ihr Verhalten jedenfalls indirekt bestätigte. Im Entscheid finden sich keine Anhaltspunkte, dass dieses Vorgehen klarerweise im Widerspruch zur genannten Übung der Parteien gestanden wäre.

[Rz 8] Mit der Bejahung des wirksamen Vertragsabschlusses war indessen die Begründetheit des Schadenersatzanspruchs der Klägerin noch nicht erstellt. Im kantonalen Verfahren hatte die Beklagte behauptet, sie habe sich bewusst vorsichtig verhalten und keine Verkaufsbestätigung versandt, da sie nicht sicher gewesen sei, ob sie das TETA vom Lieferanten erhältlich machen könne und dies auch der Klägerin mitgeteilt. Zu beurteilen war wiederum nach normativer Vertragsauslegung, ob die beklagte Verkäuferin das Risiko der ausgebliebenen eigenen Belieferung durch ihren Lieferanten zu tragen hatte (sog. Beschaffungsrisiko). In E. 5.1 führte das Bundesgericht aus: «Welche der beteiligten Parteien inwieweit das Beschaffungsrisiko trägt, können diese unter sich beliebig vereinbaren (vgl. Brunner, a.a.O., N. 11 zu Art. 79 CISG; Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, a.a.O., N. 18 zu Art. 79 CISG). So kann zu Gunsten des Verkäufers beispielsweise vereinbart werden, dieser sei nur zur Lieferung verpflichtet, soweit er selbst beliefert wird, oder es kann der Übung entsprechen, dass der Verkäufer das Beschaffungsrisiko erst übernimmt, wenn er den Verkauf schriftlich bestätigt hat.» Da die Vorinstanz diesen Punkt nicht entscheiden musste und deshalb dazu keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hatte, wurde die Streitsache insoweit an die Vorinstanz zur Ergänzung zurückgewiesen. Da der Verkäufer von Gattungsware grundsätzlich das Beschaffungsrisiko zu tragen hat, trägt er auch die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer vertraglichen Beschränkung dieses Risikos[7]. Jedenfalls dürfte der in der «Offerte» der Beklagten enthaltene Hinweis auf den Produzenten für sich allein genommen nach dem Vertrauensprinzip für eine wirksame Einschränkung des Beschaffungsrisikos nicht genügen.

2. Urteil 4C.7/2005 bzw. 4C.11/2005 vom 30. Juni 2005: Vertragsauslegung, Lückenfüllung bei partiellem Doppelverkauf; zugesicherte Eigenschaften (Liste der Mietobjekte) ^

[Rz 9] Mittels öffentlich beurkundetem Kaufvertrag verkaufte der Verkäufer (Beklagter) der Käuferin (Klägerin) im Jahre 1998 in Genf gelegene Wohnliegenschaften samt einem Teil an einer unterirdischen Garage zu einem Preis von CHF 27 Mio. Der Verkäufer bescheinigte, dass die Liegenschaften seit 1992 vermietet waren und dass die Bruttomietzinserträge per Ende 1997 rund CHF 3 Mio. betrugen. Dem Kaufvertrag war eine detaillierte Liste der vermieteten bzw. vermietbaren Objekte beigefügt, wo auch der effektive Ertrag jedes einzelnen Mietobjekts angegeben war. Die Liste enthielt insbesondere Angaben betreffend Parkplätze, die in der Garage gelegen waren. Im Juni 2001 stellte eine neu von der Käuferin beauftragte Liegenschaftsverwaltung fest, dass 59 der in der Liste aufgeführten Parkplätze sich nicht in dem Teil der Garage befanden, den die Käuferin erworben hatte. Die zum Zeitpunkt des Verkaufs der Liegenschaften zuständige Liegenschaftsverwaltung wurde über diesen Fehler benachrichtigt und versprach, den Verkäufer einzuschalten und die Situation zu regularisieren. Dies geschah indessen nicht; vielmehr übertrug der Verkäufer der C AG Ende 2001 mit öffentlich beurkundetem Vertrag zum Preis von CHF 600´000 frei übertragbare Personaldienstbarkeiten, welche den Inhaber zum Gebrauch von 40 Parkplätzen in derselben Garage berechtigten. 39 von diesen 40 Parkplätzen waren auch auf der Liste enthalten, welche dem zwischen dem Verkäufer und der Käuferin abgeschlossenen Kaufvertrag beigefügt war. Daraufhin klagte die Käuferin den Verkäufer ein, machte Nichtigkeit des Vertrags mit der C AG geltend und verlangte, (1) dass sie bezüglich der 39 Parkplätze aufgrund von entsprechenden Dienstbarkeiten (d.h. solchen, wie sie der Verkäufer der C AG übertragen hatte) im Grundbuch eingetragen werde, (2) dass hinsichtlich dreier Parkplätze, bezüglich derer der Verkäufer die Verfügungsmacht noch besass, zu ihren Gunsten neue Dienstbarkeiten zu begründen seien, und (3) dass hinsichtlich der restlichen, ebenfalls in der Liste erwähnten 17 Parkplätze, über die der Verkäufer die Verfügungsmacht im Zeitpunkt des Verkaufs nicht innegehalten hatte, eine Entschädigung von rund CHF 420´000 zu zahlen sei. In einem Eventualbegehren verlangte die Käuferin Bezahlung eines Betrags von rund CHF 1.5 Mio.

[Rz 10] Das Obergericht des Kantons Genf erwog, der Vertrag zwischen dem Verkäufer und der C AG sei gültig, da nicht erwiesen sei, dass der Verkäufer in der Absicht handelte, die Käuferin zu schädigen. Das Obergericht stellte fest, der Verkäufer habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewusst, dass gewisse Parkplätze nicht einen integralen Teil der verkauften Parzellen darstellten, und dass er insoweit die Käuferin getäuscht habe. Demnach müsse der Vertrag mit der Käuferin dergestalt ergänzend ausgelegt werden, dass der Verkäufer sich hinsichtlich der 42 Parkplätze, die ihm gehörten, verpflichtet habe, der Käuferin an den entsprechenden Parkplätzen den entsprechenden Rechtstitel zu verschaffen. Allerdings sei die Erfüllung der 39, an die C AG übertragenen Parkplätze nicht mehr möglich, weshalb insoweit Schadenersatz von CHF 1 Mio. geschuldet sei. Hinsichtlich der drei Parkplätze, die noch immer dem Verkäufer gehörten, seien drei neue Dienstbarkeiten zugunsten eines Grundstücks der Käuferin zu begründen. Hinsichtlich der Parkplätze, die dem Verkäufer bei Abschluss des Vertrags nicht gehörten, hätte er sich nicht zu einer Übertragung verpflichten können, und es liege insoweit bloss eine zugesicherte Eigenschaft bezüglich der veräusserten Liegenschaften vor. Wegen verspäteter Rüge wies das Obergericht die Klage insoweit ab.

[Rz 11] Das Bundesgericht befand, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid Art. 18 Abs. 1 OR, d.h. die Grundsätze betreffend Vertragsauslegung und Lückenfüllung, verletzt hatte. Zum einen hatte die Vorinstanz keinen tatsächlichen Konsens zwischen dem Verkäufer und der Käuferin bezüglich einer Übertragung von Parkplätzen festgestellt, die von den übertragenen Parzellen nicht erfasst waren. Zum andern ergab sich auch in Anwendung des Vertrauensprinzips, dass nach dem Vertragszweck der Käuferin bloss das Eigentum an den im Vertrag bezeichneten Grundstücken verschafft werden sollte, unter Ausschluss von irgendwelchen anderen Immobiliarsachenrechten (E. 2.4). Der dem Verkäufer bekannte Irrtum der Käuferin könne nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Der von der Vorinstanz getroffenen Unterscheidung zwischen den Parkplätzen, die dem Verkäufer gehörten und den übrigen Parkplätzen war ohnehin nicht zu folgen, da nach dem obergerichtlichen Entscheid diese Unterscheidung der Käuferin nicht bekannt war. Hingegen stellte die in der Liste angegebene Anzahl Parkplätze eine zugesicherte Eigenschaft gemäss Art. 197 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 OR dar (E. 3.1) [8]. Da der Verkäufer die Käuferin insofern absichtlich getäuscht hatte, konnte er sich nicht auf die angeblich verspätete Rügeerhebung berufen (Art. 203 OR). Hinsichtlich der Frage der Gültigkeit des Vertrags zwischen dem Verkäufer und der C AG verwies das Bundesgericht auf die verbindliche Feststellung der Vorinstanz, dass der Verkäufer und die C AG bei der Übertragung der Personaldienstbarkeiten an den 39 Parkplätzen nicht in der Absicht gehandelt hatten, die Käuferin zu schädigen. Da die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit im vorliegenden Zusammenhang ein Zusammenwirken der Vertragsparteien in der Absicht, die Rechte eines Dritten zu schädigen, voraussetze, seien die Voraussetzungen von Art. 20 OR nicht gegeben (E 4.3). Gestützt auf diese Erwägungen hiess das Bundesgericht die Berufung der Käuferin teilweise gut und verurteilte den Verkäufer, der Käuferin rund CHF 1.5 Mio. (geminderter Kaufpreis) samt Zins seit Bezahlung des Kaufpreises durch die Käuferin zu bezahlen. Die Berufung des Verkäufers hiess das Bundesgericht insoweit gut, als es feststellte, dass keine neuen Dienstbarkeiten zu begründen seien.

Bemerkung

[Rz 12] In BGE 127 III 529 E. 3 entschied das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Ehevertrag, dass das Gericht «auch bei formbedürftigen Verträgen befugt [ist], ‹konstruktiv› bzw. ‹modifizierend› einzugreifen, wenn dies als notwendig und sinnvoll erscheint» (Regeste). Der Entscheid steht mit dieser Praxis nicht im Widerspruch, scheint aber auf der – im Entscheid allerdings unausgesprochenen – Prämisse zu basieren, dass bei öffentlich zu beurkundenden Grundstückkaufverträgen eine Lückenfüllung nicht leichthin anzunehmen ist, insbesondere dann nicht, wenn die objektiv wesentlichen Vertragspunkte (hier die Bezeichnung der zu übertragende Grundstücke bzw. dinglichen Rechte) betroffen sind. Vorliegend war ein vertragsergänzendes richterliches Eingreifen eben auch deshalb nicht notwendig, weil die Käuferin durch das Gewährleistungsrecht geschützt war.

[Rz 13] Auf die Erwägungen des Bundesgerichts zu Art. 203 OR (kein Ausschluss der Gewährleistungsrechte trotz unterbliebener Rüge bei absichtlicher Täuschung) wird unten IV.2. eingegangen; auf die Ausführungen zur Minderung gemäss Art. 205 Abs. 1 OR unten IV.5.

IV. Mängelrechte ^

1. Urteil 4C.324/2004 vom 11. Januar 2005, BGE 131 III 145: Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bei [9]

undichtem Dach; absichtliche Täuschung durch den Verkäufer ^

[Rz 14] Die Verkäufer (Beklagte und Berufungskläger) hatten den Käufern (Kläger und Berufungsbeklagte) eine Liegenschaft mit Wohnhaus zum Preis von CHF 450´000 verkauft. Die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags erfolgte am 8. Juni 2001 und die Eintragung im Grundbuch am 25. September 2001. Die Käufer nahmen die Liegenschaft bereits im Juli 2001, also vor der Grundbucheintragung, in Besitz. Im Mai 2002 wurden Wassereinbrüche im Haus festgestellt, die auf den mangelhaften Zustand des Daches zurückzuführen waren. Die Käufer machten Minderung geltend und erhielten in erster Instanz CHF 12´500 zugesprochen. Als Minderwert wurden die Reparaturkosten des Daches veranschlagt. Die Vorinstanz bestätigte diesen Entscheid. Die Verkäufer führten dagegen bundesrechtliche Berufung.

[Rz 15] Zur Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge führte das Bundesgericht aus, dass die Obliegenheit, den Kaufgegenstand zu prüfen und bei Erkennen der Mangelhaftigkeit umgehend Mängelrüge (Art. 201 OR) zu erheben, mit Besitzübergabe des Kaufgegenstands entstehe (E. 7.1). Die Besitznahme erfolgte vorliegend im Juli 2001; unerheblich war also, dass die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erst rund drei Monate später erfolgte. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist der Käufer im Rahmen der Prüfung weder verpflichtet, einen Sachverständigen beizuziehen noch diese Prüfung bereits vor Vertragsabschluss vorzunehmen (E. 6.3). Geheime Mängel, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, wie dies vorliegend bei einem undichten Dach der Fall sei, würden nicht bereits dann als entdeckt gelten, wenn erste Anzeichen für die Mangelhaftigkeit aufträten. Es sei vielmehr erforderlich, dass der Käufer die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen könne (E. 7.2). Vorliegend seien die Käufer im Juli 2001 eingezogen. Bereits in diesem Zeitpunkt sei durch einen Handwerker die Mangelhaftigkeit des Daches festgestellt worden und die Bedeutung und Tragweite der Mängel für den Käufer erkennbar gewesen. Die Mängelrüge, die erst im Mai 2002 erfolgte, als weiteres Wasser durch das Dach eindrang, müsse deshalb gemäss Art. 201 Abs. 3 OR («Anzeige sofort nach der Entdeckung») als verspätet gelten (E. 7.3).

[Rz 16] Eine Haftung der Verkäufer aus Sachgewährleistung hätte deshalb nur noch in Frage kommen können, wenn im Sinne von Art. 203 OR eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vorgelegen hätte. Nach dem Bundesgericht kann eine solche Täuschung auch darin liegen, dass dem Käufer Tatsachen verschwiegen wurden, auf die dieser nach Treu und Glauben hätte hingewiesen werden müssen. In Anwendung von Art. 64 Abs. 1 OG wies das Bundesgericht die Sache deshalb an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts hinsichtlich der Frage der Täuschung und zur neuen Entscheidung zurück (E. 8).

Bemerkung

[Rz 17] Bei geheimen bzw. versteckten Mängeln kann sich die Bestimmung des Beginns der Frist für die «sofortige» Mängelrüge gemäss Art. 201 Abs. 3 OR (bzw. Art. 370 Abs. 3 OR) als problematisch erweisen. Geheime Mängel sind im Unterschied zu den offenen Mängeln solche, die bei der Annahme und ordentlichen bzw. übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar sind, insbesondere Mängel, die erst nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen. Als entdeckt gilt ein Mangel erst mit dessen zweifelsfreier Feststellung [10]. Insoweit ist der Zeitpunkt massgeblich, in dem der Käufer die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen kann, weil «der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird»[11]. Somit wird die Rügefrist nicht durch die Feststellung der ersten Mängelspuren in Gang gesetzt, sofern der Käufer (bzw. der Besteller, vgl. Art. 370 Abs. 3 OR) nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, es handle sich bloss um übliche Erscheinungen, die keine Abweichung vom Vertrag darstellen, wie das insbesondere für «wachsende» Mauerrisse zutreffen kann [12].

[Rz 18] Wie erwähnt hatte im vorliegenden Fall ein Sachverständiger (Handwerker) Wassereinbrüche im Dach bereits im Juli 2001 festgestellt. Brisant ist dabei, dass der Sachverständige von den Verkäufern beauftragt wurde, nachdem die Käufer den Verkäufern die Wassereinbrüche am Dach angezeigt (und wohl beanstandet) hatten. Der Handwerker führte alsdann die Reparaturen gratis aus, informierte dabei aber offenbar sowohl die Käufer als auch die Verkäufer darüber, dass das Dach auch an anderen Stellen Mängel aufweisen könnte (E. 5, 7.3). Das Bundesgericht folgerte daraus, dass die Käufer bereits zu diesem Zeitpunkt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Bedeutung und Tragweite der möglichen weiteren Mängel des Dachs hätten erkennen müssen. Daher sei die Rüge im Mai 2002, als neue Wassereinbrüche eingetreten waren, verspätet gewesen. Dieses Ergebnis erscheint als nicht unproblematisch, da im Juli 2001 die Käufer die Mängel am Dach ja offenbar (global) und jedenfalls [13]

stillschweigend gerügt hatten, und die Möglichkeit weiterer – versteckter – Mängel vom Sachverständigen beiden Parteien mitgeteilt worden war. Die Folgerung des Bundesgerichts, dass die Käufer unter diesen Umständen nach Treu und Glauben tatsächlich verpflichtet gewesen wären, diese möglichen zusätzlichen Schadstellen sofort formell zu rügen, erscheint als eher streng[14]. Es fragt sich insbesondere, ob hier nicht von einem einheitlichen Mangel hätte ausgegangen werden können[15]. Weiter kann man sich im Hinblick auf die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Prüfung der Frage des Vorliegens einer absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 203 OR auch fragen, inwiefern die Verkäufer gerade die erst im Mai 2002 aufgetretenen undichten Stellen absichtlich hätten verschweigen können, zumal der Handwerker im Juli 2001 bloss von möglichen weiteren Mängeln des Dachs gesprochen hatte[16]. Aus praktischer Sicht ist jedenfalls den Käufern bzw. Bestellern zu raten, in solchen Fällen sofort unmissverständlich alle auch nur möglichen Mängel jeweils einzeln und so substantiiert wie möglich formell zu rügen[17].

[Rz 19] Im Übrigen konnten die Käufer nichts aus dem Umstand ableiten, dass die Verkäufer es versäumt hatten, im Prozess ausdrücklich die Verspätetheit der Rüge gemäss Art. 201 OR geltend zu machen, da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwenden kann, wenn die rechtserheblichen Tatsachen geltend gemacht worden sind (E. 7.3).

2. Urteil 4C.7/2005 bzw. 4C.11/2005 vom 30. Juni 2005: Keine Verwirkung der Rügemöglichkeit bei absichtlichem Verschweigen von Mängeln ^

[Rz 20] Im oben (III.2.) dargestellten Entscheid verwarf das Bundesgericht die Erwägung der Vorinstanz, die Käuferin habe ihre Gewährleistungsansprüche verloren, da sie den Mangel (d.h. den Umstand, dass die veräusserten Grundstücke der Käuferin kein Recht an Parkplätzen einräumte, obschon diese in einer dem Kaufvertrag beigefügten Liste der Mietobjekte genannt waren) nicht rechtzeitig gerügt habe. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung (bzw. eines absichtlichen Verschweigens) i.S.v. Art. 203 OR, da dem Verkäufer bei Vertragsschluss dieser Mangel bekannt war und er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, die Käuferin entsprechend zu orientieren. Insoweit ist nicht relevant, dass die Käuferin, hätte sie ihrerseits die vertragliche Situation eingehender geprüft, ihren Irrtum hätte vermeiden können (E. 2.3, 3.1): «Le devoir d´information imputé au vendeur, qui se déduit des règles de la bonne foi, doit être ici confirmé; il est sans importance que sa cocontractante eût peut-être pu, selon l´argumentation soumise au Tribunal fédéral, dissiper sa propre erreur en faisant preuve de plus d´attention (Bruno Schmidlin, op. cit, n. 9 et 21 ad art. 28 CO; Silvio Venturi, n. 4 ad art. 203 CO). C´est donc à tort, en violation de l´art. 203 CO, que la Cour de justice tient le comportement dolosif du vendeur pour non démontré. Par conséquent, il n´est pas nécessaire de discuter, au regard de l´art. 201 CO, le comportement de l´acquéresse après la vente car le défendeur est de toute manière tenu à garantie.» Vorliegend war vorab und schwergewichtig der Verkäufer zur Aufklärung verpflichtet. Gleich entschied das Bundesgericht auch im Urteil 4C.152/2005 vom 29. August 2005 (siehe unten 4), während es im nachstehend besprochenen Urteil 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 aufgrund der anders gelagerten Umstände zu einem anderen Schluss kam[18].

3. Urteil 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005: Rüge wegen fehlender Bezugsbereitschaft der Liegenschaft; Gewährleistungsausschluss und Aufklärungspflicht bzw. arglistiges Verschweigen ^

[Rz 21] Die Verkäuferin (Beklagte und Berufungsbeklagte) wies die am Kauf der Liegenschaft interessierte nachmalige Käuferin (Klägerin und Berufungsklägerin) in einem Schreiben auf die Kosten für die Erfüllung der objektbezogenen feuerpolizeilichen Vorschriften von ca. CHF 70´000 hin. Dem Schreiben war eine Bestandesaufnahme eines Ingenieurbüros beigelegt. Der Geschäftsführer der Käuferin wurde zudem von einem Architekten auf nicht erfüllte feuerpolizeiliche Auflagen hingewiesen. Vor dem Abschluss des Kaufvertrags übermittelte die Verkäuferin der Käuferin ein Schreiben mit Mietinteressenten und -ansätzen. Zur Finanzierung des Kaufs schloss die Käuferin mit einer Bank einen Rahmenvertrag für einen Grundpfandkredit ab, der vorsah, dass vor Kreditauszahlung der Mietvertrag für das Erdgeschoss abzuschliessen sei. Die Käuferin schloss die entsprechenden Verträge mit den Mietern ab. Im Kaufvertrag wurde die Gewährleistungspflicht entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen ausgeschlossen. Auch erklärte die Käuferin, sie sei seitens der Verkäuferin über sämtliche Baumängel und die diesbezüglichen behördlichen Auflagen informiert worden. Anschliessend forderte die Baukommission der Gemeinde die Käuferin unter Hinweis auf die noch nicht behobenen Mängel auf, das (bereits vermietete) 1. Untergeschoss zu räumen bzw. die mit Dritten geschlossenen Mietverträge wieder aufzuheben. Ein erneuter Bezug könne erst nach Behebung der Mängel sowie mit Bewilligung erfolgen. Die Käuferin klagte beim Handelsgericht mit der Begründung, die Verkäuferin habe beim Verkauf Mängel arglistig verschwiegen und insbesondere nicht auf den grossen Umfang der feuerpolizeilichen Mängel hingewiesen. Zudem sei die

Bezugsbereitschaft eine implizit zugesicherte bzw. vorausgesetzte Eigenschaft gewesen. Demnach habe die Verkäuferin ihre Aufklärungspflicht verletzt. Das Handelsgericht wies die Klage ab.

[Rz 22] Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass ein arglistiges Verschweigen (Art. 199 OR) zu bejahen ist, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht. Keine Aufklärungspflicht bestehe, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen darf, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne weiteres erkennen[19]. Dies treffe in der Regel zu, wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen. Entsprechend sieht Art. 200 Abs. 2 OR vor, dass für Mängel, die der Käufer bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, der Verkäufer nur haftet, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat.

[Rz 23] Bei Wegbedingung der Gewährleistung akzeptiert der Käufer, dass er das Fehlen von nicht zugesicherten Eigenschaften nachträglich grundsätzlich nicht mehr geltend machen kann[20], weshalb in solchen Fällen vom Käufer eine Überprüfung der Ware vor Vertragsschluss erwartet werden kann. Dies gilt jedoch in analoger Anwendung der Rechtsprechung zur Arglist im Strafrecht dann nicht, wenn die Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich und damit nicht zumutbar ist oder der Verkäufer den Käufer von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (vgl. Art. 146 StGB). Eine Überprüfung zugesicherter Eigenschaften vor Abschluss des Kaufvertrags könne deshalb nicht erwartet werden. Dem arglistigen Verschweigen von Mängeln sei daher die Täuschung durch das Zusichern von Eigenschaften gleichzustellen, welche die Kaufsache nicht aufweist (E. 1.1).

[Rz 24] In casu kam das Bundesgericht wie das Handelsgericht zu dem Ergebnis, Zusicherungen seitens der Verkäuferin lägen nicht vor und die Verkäuferin habe auf Grund der konkreten Umstände (Schreiben der Verkäuferin, Studie des Ingenieurbüros, Hinweis des Architekten, vollständiger Gewährleistungsausschluss) davon ausgehen dürfen, die Käuferin werde den richtigen Sachverhalt erkennen. Daran ändere auch die Zustellung der Liste mit Mietinteressenten sowie die Kenntnis des Rahmenvertrags mit der Bank seitens der Verkäuferin nichts. Bezüglich der neuen Nutzung des Gebäudes war von der Käuferin ohnehin eine Abklärung der nutzungsbedingten Auflagen zu erwarten. Demnach habe die Verkäuferin bezüglich der feuerpolizeilichen Auflagen keine Aufklärungspflicht verletzt bzw. Tatsachen arglistig verschwiegen. Aus diesem Grunde konnte offen bleiben, ob die Käuferin unter den gegebenen Umständen voraussetzen konnte, die Erfüllung der feuerpolizeilichen Auflagen koste CHF 70´000 (und nicht erheblich mehr) und die Liegenschaft dürfe schon vorher bezogen werden (E. 1.4-1.6).

Bemerkung

[Rz 25] Für den Ausgang des Verfahrens war also entscheidend, dass ein Gewährleistungsausschluss bestand und die Verkäuferin der Käuferin vor Vertragsschluss bezüglich der feuerpolizeilichen Auflagen hinreichende (wenn auch möglicherweise teilweise unvollständige) Informationen zukommen liess, so dass die Verkäuferin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass die Käuferin nähere Abklärungen hinsichtlich der neuen Nutzung des Gebäudes vornehmen würde. Für die Verneinung einer Aufklärungspflicht der Verkäuferin war nicht zuletzt auch erheblich, dass die Käuferin sich «professionell mit dem Erwerb und der Verwaltung von Liegenschaften befasst[e]». Entsprechend führte das Bundesgericht aus (E. 1.6): «Weshalb der Käuferin entsprechende Erkundigungen nicht zumutbar gewesen sein sollen, wird von der Klägerin nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, zumal diese anerkanntermassen bei anderen Behörden Auskünfte eingeholt und sie dafür mehrere Monate Zeit hatte.»

[Rz 26] Bemerkenswert ist im Übrigen die analoge Anwendung der Rechtsprechung zur Arglist i.S.v. Art. 146 StGB im Strafrecht[21].

4. Urteil 4C.152/2005 vom 29. August 2005: Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bzw. arglistigem Verschweigen von Mängeln ^

[Rz 27] Die Eigentümer (Beklagte und Berufungskläger) eines Grundstücks verkauften dieses an den Käufer (Kläger und Berufungsbeklagter). Der Kaufvertrag enthielt eine Klausel, welche den vollständigen Gewährleistungsausschluss vorsah. Nachdem verschiedenste Mängel – insbesondere betreffend die Bodenstabilität – am Grundstück auftraten, beauftragte der Käufer ein Unternehmen mit der Behebung der Mängel, worauf ihm die entsprechenden Kosten anfielen. Schliesslich klagte der Käufer auf Bezahlung der entstandenen Kosten. Beide

Instanzen schützten die Klage, worauf die Verkäufer Berufung beim Bundesgericht erklärten.

[Rz 28] Die Verkäufer erklärten, die Vorinstanz sei zu Unrecht von absichtlichem Verschweigen i.S.v. Art. 28 OR i.V.m. Art. 199 OR ausgegangen, hätten sie die Mängel doch weder gekannt noch arglistig verschwiegen. Das Bundesgericht jedoch war der Meinung, dass die Verkäufer durch Verharmlosen und unklare Angaben betreffend gewisser Unzulänglichkeiten des Grundstücks ihre Aufklärungspflicht verletzt hatten. So hätten die Verkäufer den Käufer auf das Problem der Bodenstabilität aufmerksam machen müssen, um ihm die von Art. 200 Abs. 2 OR geforderte Untersuchung des Grundstücks zu ermöglichen. Da die Verkäufer dem Kläger nicht die nötigen Informationen zur Verfügung gestellt bzw. ihre Aufklärungspflicht verletzt hätten, sei die Freizeichnungsklausel insofern gemäss Art. 199 OR ungültig. Somit folgte das Bundesgericht der Ansicht der Vorinstanzen (E. 2.2).

Bemerkung

[Rz 29] Zur Unwirksamkeit der Wegbedingung der Gewährleistungspflicht infolge arglistigem Verschweigen bzw. Verletzung der Aufklärungspflicht vgl. auch Urteil 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, oben 3. Zur Unwirksamkeit der Wegbedingung infolge Vertrauensprinzip siehe BGE 130 III 686 E. 4.3.1 und unten VI.2.

5. Urteil 4C.461/2004 vom 15. März 2005: Minderungsklage und relative Methode; tatsächliche Vermutungen ^

[Rz 30] Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag über ein Chalet und eine Garage ab. Nachdem es zu Wasserschäden am Dach kam und eine Expertise ergab, dass Mängel sowohl hinsichtlich Dichte als auch Feuerschutz bestanden, reichten die Käufer (Kläger und Berufungsbeklagte) Klage auf Minderung des Kaufpreises sowie auf Rückerstattung der Kosten für bereits vorgenommene Reparaturarbeiten ein. Das kantonale Gericht schützte die Klage.

[Rz 31] Das Bundesgericht erwog zunächst, dass nach Art. 221 OR i.V.m. Art. 205 OR das Verhältnis zwischen dem herabgesetzten und dem vereinbarten Preis dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert des Kaufgegenstandes mit Mangel (Ist-Wert) und seinem objektiven Wert ohne Mangel (Soll-Wert) entspreche (sog. relative Methode). Der vereinbarte Preis entspricht dabei vermutungsweise dem Soll-Wert; vorbehalten bleibt der Beweis des Gegenteils. Fehlen hinreichende Anhaltspunkte für die Bestimmung des Ist-Werts, besteht zudem eine Vermutung, der Minderwert entspreche den Kosten für die Behebung des Mangels. Zusammen angewandt führen die beiden Vermutungen dazu, dass der Kaufpreis einfach um die Kosten der Mängelbeseitigung gemindert wird. Sodann erwähnte das Bundesgericht – in Analogie zu Art. 42 Abs. 2 OR – den Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Rahmen der Festsetzung des Schadens (E. 2). Der Ansicht der Vorinstanz folgend wies das Bundesgericht die Berufung ab.

Bemerkung

[Rz 32] Die Rechtsprechung und die h.L. folgen bei der Berechnung der Minderung der relativen Methode. Diese trägt dem Umstand Rechnung, dass in der Praxis Kaufpreis und tatsächlicher Wert (in mangelfreiem Zustand) auseinander fallen können. Dieses von den Parteien vertraglich vereinbarte Preis-Wert-Gefälle soll durch die Minderung nicht verwischt werden, sondern proportional erhalten bleiben[22]. Dies wird von einem Teil der Lehre kritisiert, welche – nicht zuletzt aufgrund des Wortlauts von Art. 205 Abs. 1 OR – für die absolute Methode eintritt [23]. Hier ermittelt man den Unterschied zwischen dem objektiven Wert der Sache ohne Mangel (Soll-Wert) und dem objektiven Wert der Sache im mangelhaften Zustand (Ist-Wert). Es handelt sich somit um eine einfache Differenzrechnung. Die vom Bundesgericht erwähnte Vermutung, wonach der objektive Wert des Kaufgegenstands vermutungsweise mit dem Kaufpreis identisch ist[24], führt – so auch in casu – dazu, dass man mit der relativen Methode zum selben Ergebnis kommt wie mit der absoluten Methode.

[Rz 33] Im bereits oben III.2. besprochenen Urteil 4C.7/2005 bzw. 4C.11/2005 vom 30. Juni 2005 wandte das Bundesgericht ebenfalls die genannte Vermutung an, wonach der Soll-Wert dem vereinbarten Preis entspricht, da es in der Praxis oft schwierig sei, den Sollwert zu bestimmen (E. 3.2). Damit entsprach der geminderte Preis dem Ist-Wert (objektiver Wert mit Mangel, d.h. ohne die zugesicherten, aber «fehlenden» Parkplätze). Die erste Instanz hatte festgehalten, dass nach der Liste der Mietobjekte, die dem Kaufvertrag beigefügt war, der jährliche Ertrag der

59 «fehlenden» Parkplätze CHF 160´170 betrug, also 5,69% des totalen Ertrags sämtlicher Mietobjekte gemäss dieser Liste. Die proportionale Berücksichtigung dieses Ertragswertes ergab einen Minderwert von CHF 1´536´300 (5,69% des Kaufpreises von CHF 27 Mio.). Das Bundesgericht hielt dafür, dass in casu hinsichtlich des Soll-Werts auf den Ertragswert abgestellt werden könne (E. 3.2): «En présence de bâtiments d´habitation importants, très récents et destinés à la location, il n´y a pas lieu d´envisager une valeur objective très différente de la valeur de rendement, de sorte que la méthode précitée peut être jugée compatible avec le droit fédéral.»

6. Urteil 4C.57/2005 vom 11. April 2005: Voraussetzungen für Wandelung nach AVB ^

[Rz 34] Die Verkäuferin (Beklagte und Berufungsklägerin) verkaufte der Käuferin (Klägerin und Berufungsbeklagte) einen Mercedes Benz CL. In der Folge zeigte sich, dass der Wagen einen zu hohen Stromverbrauch im Ruhezustand hatte. Nach einigen Gesprächen und Reparaturversuchen erklärte die Käuferin die Anfechtung des Kaufvertrags wegen absichtlicher Täuschung, evtl. wegen Grundlagenirrtum. Den Wagen, welcher sich zwecks Reparatur bei der Verkäuferin befand, verkaufte diese zur Schadensminderung im Einvernehmen mit der Käuferin und schrieb ihr den erzielten Verkaufserlös gut. Das Bezirksgericht wies die auf den Restbetrag gerichtete Klage der Käuferin ab, das Obergericht dagegen schützte die Klage.

[Rz 35] Ziff. 6.3 der in casu massgeblichen AVB sah vor, dass der Käufer eine Herabsetzung des Kaufpreises oder eine Rückgängigmachung des Vertrages verlangen kann, falls ein erheblicher Mangel trotz Nachbesserung nicht behoben werden kann (E. 3.2). Der Anspruch der Käuferin wurde von der Vorinstanz im Rahmen der gültig vereinbarten – und das Wandelrecht einschränkenden – AVB-Bestimmungen und nicht etwa im Lichte der gesetzlichen Regelung (Art. 197 ff. OR) geprüft (E. 3.5). Das Obergericht erachtete sowohl die Voraussetzung des erheblichen Mangels als auch diejenige der (genügenden) Nachbesserungsversuche als gegeben und damit die Wandelung durch die Käuferin als zulässig (E. 3.3, 3.4). Hinsichtlich der Beurteilung der Schwere des Mangels erwog das Bundesgericht, dass die Vorinstanz einen Ermessensentscheid getroffen habe, welcher im Berufungsverfahren zwar frei, aber mit Zurückhaltung geprüft werde (E. 3.6.1). Es kam zum Schluss, dass die Vorinstanz von ihrem Ermessen keinen bundesrechtswidrigen Gebrauch gemacht hatte (E. 3.6.3). Bezüglich der Reparaturversuche sei massgebend, ob der Verkäuferin nach den gesamten Umständen im Zeitpunkt der Wandelungserklärung noch ein weiterer Reparaturversuch hätte zugestanden werden müssen. Auch in diesem Punkt kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Vorinstanz zu Recht schloss, der betreffende Mangel habe trotz Nachbesserung nicht behoben werden können. Somit erkannte auch das Bundesgericht, dass die Voraussetzungen nach AVB für die Wandelung gegeben waren und wies die Berufung ab.

Bemerkung

[Rz 36] In zweiter Instanz wurde offen gelassen, ob die Käuferin die AVB tatsächlich erhalten bzw. übernommen hatte. Das Obergericht befand, dass die Verkäuferin sich die AVB entgegenhalten lassen müsse, nachdem sie sich selbst auf einzelne Bestimmungen der AVB berufen hatte. Somit befasste sich das Gericht nicht mit dem – oftmals streitigen – Vorliegen einer Voll- oder Globalübernahme der AVB, sondern bloss mit den darin vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Wandelung. Diese waren im Vergleich mit der gesetzlichen Regelung erschwert (Nachbesserung)[25]. Zudem zeigt der Entscheid auf, wie schwierig es ist, im Berufungsverfahren einen Ermessensentscheid erfolgreich anzufechten. So schreitet das Bundesgericht nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Umstände berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen oder umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, d.h. als in stossender Weise ungerecht erweisen [26].

7. Urteil 4C.151/2005 vom 29. August 2005: Ausübung der Gewährleistungsrechte nach SIA-Norm 118 analog ^

[Rz 37] Die Käufer (Kläger und Berufungsbeklagte) kauften vom Verkäufer (Beklagter und Berufungskläger) eine Stockwerkeigentumseinheit. Der Kaufvertrag enthielt eine Klausel, gemäss welcher der Verkäufer dem Käufer gemäss den gesetzlichen Gewährleistungsregeln i.S.v. Art. 197 ff. und Art. 219 OR für Mängel der Kaufsache haftet. Der Vertrag bestimmte weiter, dass betreffend Inhalt und Ausübung der Gewährleistungsansprüche die Art. 165-180 der SIA-Norm 118 analog anzuwenden seien. Nachdem Probleme mit der Schallisolation auftauchten,

meldeten die Käufer diese Mängel beim Verkäufer. Anlässlich einer STWEigentümer-Versammlung verpflichtete sich der Verkäufer, einen multilateralen Vertrag zu unterzeichnen und die aufgelisteten Mängel zu beheben. Die Käufer – handelnd im Namen der ganzen STWEigentümerschaft – liessen dem Verkäufer einen Vertragsentwurf zukommen, welcher die Mängelliste umfasste. Der Verkäufer bestritt die Mängel, worauf die Käufer Minderungsklage (Art. 205 OR) einreichten. Die kantonalen Instanzen kamen unter anderem [27] zum Schluss, dass es sich vorliegend nicht um einen Werkvertrag, sondern um einen Kaufvertrag mit Verweis auf die Art. 165-180 der SIA-Norm 118 gehandelt habe. Zudem seien die Käufer zur Klage auf Minderung i.S.v. Art. 205 OR berechtigt gewesen. Durch die Zusendung des Vertragsentwurfs hätten die Käufer einerseits die Mängelrüge rechtzeitig erhoben. Andererseits habe man den Verkäufer vor Erhebung der Klage vorschriftsgemäss aufgefordert, die Mängel zu beheben (Art. 169 SIA-Norm 118)[28].

[Rz 38] Das Bundesgericht folgte der Ansicht der Vorinstanzen. So hätten diese den Vertragsentwurf richtigerweise als Aufforderung zur Beseitigung der Mängel i.S.v. Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118 verstehen müssen (E. 4.1.2). Mithin sei dieses Schreiben richtig ausgelegt und Art. 18 OR nicht verletzt worden. Der Verkäufer hätte somit die Möglichkeit zur Behebung der Mängel gehabt, weshalb die Voraussetzungen zur Erhebung der Minderungsklage gegeben waren.

Bemerkung

[Rz 39] An dieser Stelle sei auf die dispositive Natur der Bestimmungen über die Sachgewährleistung hingewiesen. Eine Wegbedingung der Gewährspflicht ist nur bei arglistigem Verschweigen eines Mangels unzulässig (Art. 199 OR). Strittig ist, ob daneben gemäss Art. 100 OR ein Gewährleistungsausschluss mit entsprechender Wegbedingung der Haftung auch dann unzulässig ist, wenn der Mangel vom Verkäufer grobfahrlässig verursacht worden ist[29]. Modifizierende Klauseln, die die Haftung des Verkäufers ändern, z.B. durch Vereinbarung eines Nachbesserungsanspruchs des Käufers oder eines Nachbesserungsrechts des Verkäufers, sind zulässig und in der Praxis häufig. Wenngleich Gegenstand der SIA-Norm 118 der Bauwerkvertrag – und nicht der Kaufvertrag – ist, können diese «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten» auch in Kaufverträgen als vorformulierte Vertragsbestimmungen von den Parteien rechtsgeschäftlich übernommen werden. So wurde in casu vereinbart, die Gewährleistungsansprüche seien analog der SIA-Norm 118 auszuüben. Wie alle AVB haben diese Bestimmungen aber natürlich keine allgemeine Verbindlichkeit i.S. eines Gesetzes oder einer Verordnung[30].

V. Nebenpflichten / Auflagen ^

[Rz 40] Keine nennenswerten Entscheide im Jahr 2005. Hinzuweisen ist aber auf die Bedeutung von allfälligen Aufklärungspflichten des Verkäufers, einerseits im Rahmen der Zulässigkeit eines Ausschlusses von Gewährleistungsrechten gemäss Art. 199 OR (vgl. das Urteil 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005 (oben IV.3.), Urteil 4C.152/2005 vom 29. August 2005 (oben IV.4.), andererseits im Rahmen von Art. 203 OR (Nichteintritt der Genehmigungsfiktion gemäss Art. 201 OR trotz unterlassener Prüfung und Rüge bei absichtlicher Täuschung bzw. absichtlichem Verschweigen) (Urteil 4C.324/2004 vom 11. Januar 2005, BGE 131 III 145, oben IV.1.; Urteil 4C.7/2005 bzw. 4C.11/2005 vom 30. Juni 2005, oben IV.2.).

VI. Willensmängel (Irrtum, Täuschung) ^

1. Urteil 4C.43/2005 vom 24. Juni 2005: Willensmangel und Expertise betreffend Echtheit einer «Harley-Davidson» ^

[Rz 41] Der Käufer (Kläger und Berufungskläger) hatte von der Verkäuferin (Beklagte und Berufungsbeklagte) eine Harley-Davidson «ab Platz ohne Garantie» für CHF 13´500 gekauft. Nachdem er einige Male mit der «Harley» gefahren war, liess er für rund CHF 3´000 Reparatur- und Instandstellungsarbeiten vornehmen. Angeblich wurde er ein halbes Jahr nach Vertragsschluss von einem Dritten darauf aufmerksam gemacht, dass einige Teile – u.a. der Rahmen – des Motorrads keine originalen Harley-Davidson-Teile seien. So forderte er die Verkäuferin auf, die «Harley» gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen, da es sich lediglich um eine Harley-Kopie handle. Die Verkäuferin weigerte sich, weshalb der Käufer Klage einreichte mit dem Eventualantrag für den Fall, dass die

Leistungsklage nicht geschützt wird, festzustellen, dass der Kaufvertrag infolge Willensmängel (Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung) für den Käufer einseitig unverbindlich sei und eine Rückabwicklung zu erfolgen habe. Er habe beim Vertragsschluss gemeint, es handle sich um ein «originales 52-er Modell mit ausschliesslich originalen Harley-Davidson-Teilen». Sowohl das Kantonsgericht wie auch das Obergericht wiesen die Klage ab. Der Käufer machte ursprünglich neben Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) und absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) auch Sachmängelhaftung (Art. 197 OR) geltend. Diesen Haftungsgrund liess er indessen bereits vor dem Obergericht fallen, nachdem das Kantonsgericht zum Schluss gekommen war, dass seine Mängelrüge verspätet erfolgt sei.

[Rz 42] Zunächst verwarf das Bundesgericht die vom Käufer erhobene Rüge der Verletzung des Beweisanspruchs gemäss Art. 8 ZGB als unbegründet. Die Vorinstanz hatte ausschliesslich auf die vom Kantonsgericht eingeholte Expertise Z abgestellt und die vom Käufer eingereichten Privat-Expertisen aufgrund des Novenverbots von § 205 ZPO ZG abgelehnt. In diesem Punkt könne das Urteil nicht überprüft werden (Art. 43 OG und 55 Abs. 1 lit. c OG) und nach ständiger Rechtsprechung liege keine Verletzung von Art. 8 ZGB vor (E. 2.1). Das Bundesgericht folgte der Ansicht der Vorinstanz (bzw. der Expertise), wonach ohne weiteres erkennbar habe sein müssen, dass das Motorrad unmöglich ein originales 52-er Modell sein könne, war es doch zu einem «Chopper» umgebaut worden. Auch der vereinbarte (angemessene) Kaufpreis hätte darauf hingewiesen (CHF 13´500 statt dem Marktpreis von CHF 20´000-25´000 für ein originales 52-er Modell). So sei das Obergericht richtigerweise zum Ergebnis gekommen, dass das Vorhandensein eines originalen Rahmens bei objektiver Betrachtung keine notwendige Grundlage des Kaufvertrags i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR habe bilden können, zumal der Käufer kein Motorrad-Laie sei (E. 3.2). Auch betreffend absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) erwog das Bundesgericht, dass eine Überprüfung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung – wonach trotz Änderungen von einer «Harley» ausgegangen werden dürfe – ausgeschlossen sei, mithin eine absichtliche Täuschung bereits vom Tatsächlichen her ausgeschlossen werden könne (E. 4).

Bemerkung

[Rz 43] Der Käufer machte ursprünglich neben Grundlagenirrtum und Täuschung auch Sachmängelhaftung geltend. Dem Entscheid kann nicht klar entnommen werden, ob der Käufer sich vor dem erstinstanzlichen Gericht primär oder bloss subsidiär auf Sachmängelgewährleistungsrecht berufen hatte. Das Vorgehen des Käufers ist, wie hier in Erinnerung zu rufen ist, nicht unwesentlich. Nach ständiger Rechtsprechung hat der Käufer zwar die Wahl, ob er bei sachlich mangelhafter Erfüllung durch den Verkäufer gemäss Art. 197 ff. OR auf Gewährleistung klagen oder den Vertrag wegen eines Willensmangels im Sinne der Art. 23 ff. OR anfechten will[31]. Dabei hat sich der Käufer aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen. Entscheidet er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt[32]. Die Genehmigungswirkung tritt auch dann ein, wenn der Käufer sich auf Wandelung beruft[33]. Immerhin ist es möglich, sich im Eventualstandpunkt auf die Gewährleistung zu berufen, falls die Berufung auf Willensmängel scheitert[34].

[Rz 44] Der Entscheid gibt auch Anlass, auf die Tragweite von Art. 8 ZGB hinzuweisen, welcher für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung regelt, und andererseits der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf gibt, für rechtserhebliche Tatsachen zum Beweis zugelassen zu werden[35]. Wo der Richter allerdings im Rahmen der Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bereits bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung bedeutungslos und es liegt eine bundesrechtlich nicht – auch nicht durch Art. 8 ZGB – geregelte freie Beweiswürdigung vor.

2. Urteil 4C.119/2005 vom 25. August 2005: Freizeichnungsklausel und Zusicherung betreffend Baujahr von Motorboot; Grundlagenirrtum ^

[Rz 45] Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag über ein Motorboot ab. Sowohl Käufer (Kläger und Berufungsbeklagter) als auch Verkäufer (Beklagte und Berufungskläger) gingen davon aus, es handle sich dabei um ein Boot mit Baujahr 1982. So war das Baujahr auch im Vertrag aufgeführt. Nach verschiedenen Problemen mit dem Motor und darauf folgenden Reparaturen stellte sich nach über einem Jahr seit Vertragsschluss heraus, dass das Schiff im Jahre 1971 gebaut worden war. Darauf erhob der Käufer Klage auf Anfechtung wegen Grundlagenirrtum. Die Verkäufer stellten sich zur Hauptsache auf den Standpunkt, dass dem Käufer das Baujahr des Bootes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses egal gewesen sei. Das Bezirksgericht erachtete die Voraussetzungen von Art. 24

Abs. 1 Ziff. 4 OR als gegeben, zog dem Käufer jedoch aufgrund erkannter Fahrlässigkeit (Art. 26 OR) die Wertverminderung des Bootes während der Zeit, in dem es im Besitze des Käufers war, von seinem Anspruch ab.

[Rz 46] Auf Berufung und Anschlussberufung befand auch das Kantonsgericht, dass die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums gegeben seien und wies darauf hin, dass mit der Wendung «wie gesehen» die Sachgewährleistung grundsätzlich ausgeschlossen sei, eine solche Freizeichnungsklausel aber die Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR betreffend zugesicherte Eigenschaft nicht zu verhindern vermöge. Eine solche Zusicherung sei darin zu sehen, dass die Verkäufer das Baujahr im Vertrag ausdrücklich angegeben hätten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kam das Kantonsgericht zudem zum Schluss, dass dem Käufer keine Fahrlässigkeit i.S.v. Art. 26 Abs. 1 OR vorgeworfen werden könne und hiess die Anschlussberufung des Käufers in diesem Sinne gut.

[Rz 47] Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass eine allgemeine Freizeichnungsklausel die Haftung des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften nicht ausschliesst, weil der Käufer trotz einer solchen Klausel auf Zusicherungen des Verkäufers vertrauen darf, soweit im Vertrag nicht unmissverständlich zum Ausdruck kommt, dass sich der Verkäufer bei seinen Angaben nicht behaften lassen möchte. Eine Zusicherung liegt nicht bloss dann vor, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft ausdrücklich «zusichert» oder «garantiert». Jede Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer genügt, sofern dieser die Erklärung nach Treu und Glauben als Zusicherung einer bestimmten, objektiv feststellbaren Eigenschaft verstehen darf. Des Weiteren wies das Bundesgericht darauf hin, dass unabhängig von einer Zusicherung ein Gewährleistungsausschluss bei objektivierter Auslegung einen Mangel nicht erfasse, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liege, womit der Käufer bei Vertragsschluss unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise rechnen musste und der Mangel den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigt[36]. In casu erkannte das Bundesgericht, die zweite Instanz habe bundesrechtskonform angenommen, die Freizeichnungsklausel komme wegen der ausdrücklichen Angabe des Baujahrs im Vertrag nicht zur Anwendung, da der Käufer diese Angabe als Zusicherung habe verstehen dürfen. Ob der Käufer – unabhängig von einer Zusicherung – vernünftigerweise mit einer Unsicherheit bezüglich Baujahr hätte rechnen müssen, sei demnach unerheblich für den Entscheid (E. 2). Die Berufung auf Grundlagenirrtum war deshalb nicht durch die Freizeichnungsklausel ausgeschlossen.

Bemerkung

[Rz 48] Der Entscheid bestätigt den allgemeinen Grundsatz, dass Freizeichnungsklauseln im Zweifel eng auszulegen sind. Eine vollständige Wegbedingung der Haftung für zugesicherte oder vertraglich vereinbarte Eigenschaften ist namentlich bei generell gefassten Klauseln hinsichtlich dieser Eigenschaften widersprüchlich und deshalb unanwendbar. Ein Haftungsausschluss hält nur dann vor der Auslegungskontrolle stand, wenn «im Vertrag unmissverständlich zum Ausdruck kommt, dass sich der Verkäufer bei seinen Angaben nicht behaften lassen möchte» (E. 2.3). Dies war in casu nicht der Fall.

[Rz 49] Da im Entscheid die Freizeichnung bereits aufgrund des Widerspruchs mit der Zusicherung (Altersangabe des Boots) unanwendbar war, musste das Bundesgericht nicht weiter prüfen, ob der Gewährleistungsausschluss unanwendbar sei, weil er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit der Käufer bei Vertragsschluss unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise rechnen musste. Der Entscheid verweist insofern auf den einschlägigen BGE 130 III 686 E. 4.3.1, wo diese vertrauenstheoretisch motivierte Auslegungskontrolle, welche den Anwendungsbereich von (generellen) Freizeichnungsklauseln (jedenfalls potentiell) weiter einschränkt, näher dargelegt wird[37]. Danach kommt es «für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat. Insofern sind Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, ist deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrags abzustellen». Für das Alter des Boots hätte dies wohl nicht zugetroffen, soweit der Zweck der Benutzung des Boots für Freizeitfahrten nicht erheblich beeinträchtigt worden wäre.

VII. Gefahrtragung ^

1. Urteil 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005: Gefahrtragung im Rahmen der Rückabwicklung bei

gestohlenen Teppichen; objektive Unmöglichkeit ^

[Rz 50] Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag bzw. einen Trödelvertrag ab, wobei die Käufer das Recht hatten, den Vertrag durch einseitige Erklärung aufzuheben und die Ware der Verkäuferin zurückzugeben. Die Käufer übten dieses Recht aus, boten der Verkäuferin an, die Ware in ihrem Lager abzuholen und verlangten die Rückerstattung der von ihnen geleisteten Anzahlung von CHF 130´000. Anschliessend wurden die Teppiche ohne Verschulden der Käufer in deren Lager gestohlen. Die Vorinstanz und auch das Bundesgericht liessen die Frage nach der Rechtsnatur des Vertrags offen und wandten bezüglich der Frage der Gefahrtragung Kaufrecht an [38]. Aufgrund des Diebstahls wurden die Käufer von ihrer Rückgabepflicht gemäss Art. 119 Abs. 1 OR infolge objektiver Unmöglichkeit befreit (E. 9.1).

[Rz 51] Zu entscheiden war damit, ob die Käufer gemäss Art. 119 Abs. 2 OR entsprechend auch die Forderung auf Rückerstattung der Anzahlung verloren hatten, oder ob gemäss Art. 119 Abs. 3 OR die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger, d.h. die Verkäuferin, übergegangen war (E. 9.1, 9.2). Das Bundesgericht liess offen, ob Art. 185 Abs. 1 OR auf die Gefahrtragung bei der Rückabwicklung Anwendung findet, wonach im Prinzip der Sachleistungsgläubiger (hier die Verkäuferin) die Gefahr, den erhaltenen Preis zurückzahlen zu müssen, ohne die Sache zurückzuerhalten, tragen müsste (E. 9.1.2 a.E.) [39]. Da die Verkäuferin im Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit im Gläubigerverzug (Annahmeverzug) war, hatte sie nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz die Gefahr zu tragen. Das Bundesgericht verwies insofern auf § 326 Abs. 2 BGB sowie Art. 376 Abs. 1 OR; auch das CISG enthält einen entsprechenden Grundsatz [40]. Die Verkäuferin war im Gläubigerverzug, weil sie sich in der irrigen Annahme, die Teppiche seien unwiderruflich verkauft worden, weigerte, diese zurückzunehmen. Daneben war im Zweifel von einer Holschuld der Verkäuferin auszugehen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR analog; E. 9.1.3).

[Rz 52] Damit konnten die Käufer die Anzahlung zurückverlangen, mussten aber im Gegenzug die für die gestohlene Ware erhaltene Versicherungsleistung als stellvertretendes Commodum herausgeben (E. 10). Da die vertraglich vereinbarte Versicherungsdeckung ungenügend war, konnte die Verkäuferin die Differenz als Schadenersatz (positives Interesse) in der Höhe des Versicherungswerts der Teppiche geltend machen, d.h. CHF 286´550, abzüglich Anwaltskosten von CHF 16´474 zwecks Durchsetzung der Versicherungsleistung.

Bemerkung

[Rz 53] Die Rückleistungspflicht der Verkäuferin hinsichtlich der Anzahlung der Käufer hätte auch damit begründet werden können, dass die Verkäuferin das stellvertretende Commodum bzw. den entsprechenden Schadenersatzanspruch als sekundäre Leistung geltend machte. Macht der Gläubiger (hier die Verkäuferin) das Surrogat (bzw. den entsprechenden Schadenersatzanspruch) geltend, so bleibt seine Leistungspflicht (hier: die Rückerstattung der Anzahlung) bestehen; Art. 119 Abs. 2 OR findet keine Anwendung [41].

VIII. Spezielles; Gesetzgebung ^

[Rz 54] Gemäss einer Medienmitteilungen des EJPD vom 9. November 2005 hat der Bundesrat beschlossen, auf ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr und die damit verbundene Revision des Obligationenrechts zu verzichten. Nach diesem Gesetzesentwurf wären verschiedene kaufrechtliche Bestimmungen des OR in teilweiser Umsetzung der massgeblichen EG-Richtlinie revidiert bzw. ergänzt worden. Namentlich sah Art. 210 E-OR eine Ausdehnung sowohl der Rügebefristung als auch der Verjährungsfrist auf zwei Jahre vor, welche insbesondere zwecks Harmonisierung des schweizerischen Rechts mit dem CISG für sämtliche Kaufverträge hätte gelten sollen [42]. Zur Zeit ist offen, wie das Parlament auf diesen Kurswechsel reagiert [43].

IX. Schlussbemerkungen ^

[Rz 55] Es fällt auf, dass die Mehrzahl der Entscheide im Zusammenhang mit der Ausübung von Mängelrechten stand. Insoweit sind verschiedene Tendenzen zu beobachten. Zum einen scheint das Bundesgericht die Anforderungen an die Erhebung einer rechtzeitigen und hinreichend substantiierten Rüge nach wie vor in der

Mehrzahl der Urteile eher streng und damit verkäuferfreundlich zu handhaben. Umgekehrt ist die Rechtsprechung zur Auslegungskontrolle von Freizeichnungsklauseln eher käuferfreundlich. Man darf gespannt sein, wie sich die Judikatur zu diesen in der Praxis äusserst relevanten Problemkreisen weiterentwickelt.

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss & Partner, Zürich.
Der Autor bedankt sich bei seinem Kollegen lic. iur. Lucas Hänni für seine wertvolle Mithilfe.

Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Konsulent in der Anwaltskanzlei Python Schifferli Peter, Genf/Bern, und Leiter des Ressort Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

---

[1] Nach *Eugen Bucher* stellt der sog. *verhandelte Vertrag* die Regel, der lehrbuchmässige Vertragsschluss durch Offerte und Akzept die Ausnahme dar (BSK OR I-*Bucher*, Vorbem. zu Art. 3-9 OR N 3 f.; zum Ganzen *Theodor Bühler-Reimann*, Der verhandelte Vertrag, SJZ 1989, 257 ff.

[2] *Christoph Brunner*, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Vorbem. zu Art. 14-24 CISG N 4; *Peter Schlechtriem* in: *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer* (Hrsg.), Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. A., München 2004, Vor Art. 14-24 CISG N 2.

[3] *Brunner* [Fn. 2], Art. 8 CISG N 2-3, 6.

[4] E. 3.3; vgl. *Brunner* [Fn. 2], Art. 8 CISG N 6.

[5] Vgl. dazu *Brunner* [Fn. 2], Vorbem. zu Art. 14-24 CISG N 6 ff.

[6] So der Leitsatz der Redaktion in IHR 2005, 204. Zur Relevanz einer individuellen Übung vgl. Art. 9 CISG.

[7] Vgl. *Brunner* [Fn. 2], Art. 79 CISG N 11, 45.

[8] Die Liste war hier dem Vertrag beigelegt und damit Bestandteil des Vertrages; Zusicherungen können sich aber auch aus ausserhalb des Vertrags liegenden Umständen ergeben (vgl. etwa Urteil 4C.267/2004 vom 23. November 2004, ZBGR 2005, 329; BSK OR I-*Honsell*, Art. 197 OR N 14 ff.).

[9] Eine französische Übersetzung des italienischen Entscheids findet sich in SJ 2005 I 321, eine deutsche Übersetzung in Pra 2005 Nr. 50.

[10] BGE 107 II 172 E. 1 S. 175; BSK OR I- *Honsell*, Art. 201 OR N 11; *Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 2182.

[11] BGE 118 II 142 E. 3 S. 149.

[12] BGE 117 II 425 E. 2 S. 427; vgl. auch *Gauch* [Fn. 10], N 2182.

[13] Eine stillschweigende Kundgabe des Willens ist grundsätzlich ausreichend (*Gauch* [Fn. 10], N 2134).

[14] Vgl. zur vorliegenden Problematik *Gauch* [Fn. 10], N 2137, 2139. Aus rechtsvergleichender Sicht sollten die Anforderungen an eine angemessene Rüge nicht überspannt werden; dies ist namentlich unter dem CISG anerkannt (vgl. *Brunner* [Fn. 2], Art. 39 CISG N 9 sowie N 3 ff.; in diesem Sinn auch das Urteil vom 28.05.2002, 4C.395/2001 und dazu *David Rüetschi*, Substanziierung der Mängelrüge, recht 2003, 115 ff.).

[15] Vgl. die Hinweise bei *Brunner* [Fn. 2], Art. 39 CISG N 9; vgl. auch *Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler*, Bevorschussung der Kosten für eine Ersatzvornahme und weitere Trouvaillen zum Mängelhaftungsrecht, recht 2003, 151.

[16] Natürlich könnte man insofern die allenfalls gegenüber den Käufern verschwiegene Kenntnis der Verkäufer hinsichtlich der Undichtheit des Dachs im Allgemeinen (und nicht bezüglich bestimmter Stellen) genügen lassen (zum absichtlichen Verschweigen vgl. *Gauch* [Fn. 10], N 2089 ff.). Man kann sich dann aber fragen, ob nicht auch eine generelle Rüge der Käufer ausreichend sein sollte.

[17] Vgl. dazu *Gauch* [Fn. 10], N 2130 ff.

[18]

Zur (vorvertraglichen) Aufklärungspflicht des Verkäufers (und eventuell sogar [vorvertraglichen] Untersuchungspflicht des Verkäufers) und zur (vorvertraglichen) Untersuchungspflicht bzw. –obliegenheit des Käufers und dem Verhältnis dieser Pflichten bzw. Obliegenheiten im Allgemeinen siehe *Markus Vischer*, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 229 ff.

19 BGE 116 II 431 E. 3a S. 434.

20 BGE 126 III 59 E. 3 S. 66.

21 E.1.1, mit Hinweis auf BGE 128 IV 18 E. 3a; 126 IV 165 E. 2a; 125 IV 124 E. 3 S. 127 f.

22 Sowohl die h.L. als auch die Judikatur folgen der relativen Methode (auch Verhältnisrechnung genannt), BGE 111 II 162 E. 3; BGE 89 II 239 E. 11. Auch das CISG folgt in Art. 50 der relativen Methode (*Brunner* [Fn. 2], Art. 50 CISG N 7 ff.).

23 *Silvio Venturi*, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Freiburg 1994, N 985 ff.; CR CO I-*Venturi*, Art. 205 CO N 22; BK-*Giger*, Art. 205 OR N 17 ff.; kritisch wohl auch BSK-*Honsell*, Art. 205 OR N 9; für die absolute Methode bei Unternehmenskäufen *Markus Vischer*, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 97 (2001) Nr. 16/17.

24 Vgl. BGE 111 II 162 E. 3 S. 163.

25 Nach OR wird allerdings bei leicht behebbaren, kleineren Mängeln ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers nach Art. 2 ZGB bejaht; die Ausübung dieses Rechts dürfte dann der Geltendmachung der Wandelung gemäss Art. 205 Abs. 2 OR entgegen stehen (vgl. etwa BSK OR I-*Honsell*, Art. 205 OR N 6-7).

26 Vgl. BGE 129 III 380 E. 2 betreffend den wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 OR) und BGE 128 III 390 E. 4.5 betreffend die Möglichkeit des Richters zur Ermässigung oder gänzlichen Entbindung von der Schadenersatzpflicht (Art. 44 Abs. 1 OR).

27 Abgesehen von der hier thematisierten Frage der Gewährleistung war auch die Aktivlegitimation der Kläger und die Verletzung der Beweisregeln i.S.v. Art. 8 ZGB streitig.

28 Gemäss Art. 169 Abs. 1 der SIA-Norm 118 hat der Bauherr (bzw. der Käufer) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer (bzw. Verkäufer) die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen. Erst soweit der Unternehmer (Verkäufer) die Mängel nicht innert Frist behebt, ist der Bauherr (Käufer) zur Klage auf Minderung berechtigt.

29 Vgl. etwa CR CO I-*Venturi*, Art. 199 OR N 2; BSK OR I-*Honsell*, Art. 199 OR N 1; *Brunner* [Fn. 2], Art. 4 CISG para. 13; *Erich Rüegg*, Wirksamkeit und Tragweite von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Einige Gedanken zu BGE 130 III 686 ff., in Jusletter 4. Juli 2005, Rz. 6 ff.

30 Zur SIA-Norm 118, ein privates Regelwerk, das der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein (SIA) herausgibt, im Allgemeinen *Peter Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190 (Ausgabe 1997), Zürich 1991, 21 ff.

31 BGE 127 III 83 S. 85; 114 II 131 S. 134; 109 II 319 S. 322.

32 BGE 127 III 83 S. 85, wonach der genannte Grundsatz jedenfalls dann gilt, wenn der Käufer anwaltschaftlich vertreten ist; a.M. *Peter Gauch*, Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache – Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages, recht 2001, 186 ff.

33 BGE 127 III 83 S. 85-86.

34 BGE 108 II 102 S. 104.

35 BGE 129 III 18 E. 2.6.

36 BGE 130 III 686 E. 4.3.1 S. 689 f.

37 Vgl. dazu *Rüegg* [Fn. 29]; *Roland Pfäffli*, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2005, BN 2005, 144 f.

38 Siehe E. 9.1.2: «*En effet, l´obligation de restituer les prestations réciproques qu´avait fait naître, en décembre 1987, la résolution par les défenderesses de la vente conditionnelle (ou l´exercice du droit de retour inhérent au contrat estimatoire) avait créé un rapport d´échange comparable à une vente, en ce sens que les défenderesses - à l´égal d´un vendeur - devaient livrer la chose 'vendue' à la demanderesse (i.e. lui restituer les tapis), tandis que cette dernière devait leur en payer le prix (i.e. leur rembourser l´acompte de 130´000 fr.), tel un acheteur.*»

39 Eine analoge Anwendung des problematischen Art. 185 Abs. 1 OR wäre u.E. kaum angebracht.

40

Vgl. Art. 69 CISG sowie *Brunner* [Fn. 2], Art. 67 CISG N 6: Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Käufer die Gefahr trägt, sobald er die tatsächliche Herrschaft über die Ware erhält oder dies durch sein vertragswidriges Verhalten verhindert.

41 BSK OR I-*Wiegand*, Art. 119 OR N 15.

42 Vgl. *Brunner* [Fn. 2], Art. 4 CISG N 27; vgl. ferner den Begleitbericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 17.01.2001 sowie *Honsell/Pietruszak*, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 ff. Nach Art. 199 lit. b E-OR wäre die Zweijahresfrist nur für Konsumentenverträge eine zwingende Minimalfrist gewesen.

43 Gemäss Auskunft des Bundesamts für Justiz hat Frau Sommaruga eine Parlamentarische Initiative eingereicht. Darin fordert sie eine Neuauflage der Vorlage über den elektronischen Geschäftsverkehr bzw. die Verbesserungen des Konsumentenschutzes. In eine ähnliche Richtung gehen offenbar auch Überlegungen der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats.

Rechtsgebiet:	Kaufvertrag / CISG
Erschienen in:	Jusletter 19. Juni 2006
Zitiervorschlag:	Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 19. Juni 2006
Internetadresse:	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4820