



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_189/2021](#) vom 21. März 2023  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

## Die Unzumutbarkeit als Mangel

### Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsgewährleistung - zeitgemässe Unterscheidung?

#### Autor / Autorin

Deborah Kaderli

**BURKHALTER RECHTSANWÄLTE**

BERN / ZÜRICH

Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

#### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**brunner.arbitration**

*In seinem Urteil 4A\_189/2021 vom 21. März 2023 entschied das Bundesgericht, dass bereits ein Verdacht, wonach ein Mangel bestehen könnte (vorliegend: das Fehlen der freien Verfügbarkeit und ausschliesslichen Nutzbarkeit der verkauften Wohnung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften), die Gewährleistungshaftung des Verkäufers auszulösen vermöge. Obwohl zum Zeitpunkt der Wandelungsklage noch kein rechtskräftiger verwaltungsrechtlicher Entscheid ergangen war, bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines rechtlichen Sachmangels, da der Käuferin nicht zugemutet werden könne, mit dieser Ungewissheit die Wohnung zu übernehmen.*

#### Sachverhalt

[1] A (Verkäuferin, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Verkäuferin) ist Eigentümerin des Grundstücks xxx RFD in Locarno, auf dem sich ein Hotel befindet und von dem die Parzelle yyy abgetrennt wurde. Beide Grundstücke befinden sich in der touristischen Zone des Nutzungsplans. Am 1. Februar 2011 erteilte die Gemeinde Locarno die Baubewilligung für den Bau von vier Mehrfamilienhäusern auf dem Grundstück yyy, die später erneuert und ergänzt wurde. Die Mehrfamilienhäuser sollten im Stockwerkeigentum (STOWE) errichtet werden. Die Baubewilligung hielt fest, dass «die funktionale Verbindung der Wohnungen mit der Hotelstruktur durch eine klare Definition der Dienstleistungen, die das Hotel erbringen muss, im künftigen STOWE-Reglement gewährleistet werden muss» (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 14. Dezember 2014 verkaufte die Verkäuferin an B (Käuferin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) eine sich im Bau befindliche Wohnung zum Preis von CHF 1'235'000, zahlbar in mehreren Raten. Punkt 6 der Urkunde sah vor, dass «im Falle des Verzichts auf den Kauf des oben erwähnten Objekts wird von den geleisteten Anzahlungen ein Betrag in der Höhe von 25% zurückbehalten (aus dem Italienischen übersetzt)». In Punkt 11 stand wörtlich «Der Erwerber ist nicht verpflichtet, die Wohnung während seiner Abwesenheit zu vermieten. Er kann frei darüber verfügen.» (aus dem Italienischen übersetzt) und in Punkt 20 wurde festgehalten, dass der Übergang des Besitzes mit Nutzen und Gefahr nach Erlangung der Bewohnbarkeit und mit Übergabe des Objekts nach separater Vereinbarung erfolgen sollte (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 22. April 2015 verfügte die Gemeindeverwaltung eine Reihe von Änderungen des

Verwaltungs- und Nutzungsreglements der STOWE, u.a. dass «der Miteigentümer der Hotelverwaltung jedes Jahr seine Anteile an den ausschliesslichen Rechten und die ihm zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesenen Anteile zur Verfügung stellt, um die Nutzung des Eigentums als Hotel sicherzustellen», und dass «die Verwaltung dieser Mietwohnungen in der Verantwortung der Hotelverwaltung liegt». Am 18. Mai 2015 focht die Verkäuferin diesen Entscheid beim Staatsrat des Kantons Tessin an, der diese Einsprache mit Entscheid vom 20. Januar 2016 guthiess und den Gemeindebeschluss für nichtig erklärte. Die Kantonsregierung stellt fest, dass die Gemeinde mit Erlass eines Miteigentümerreglements zur Durchsetzung der baurechtlichen Vorschriften ein ungeeignetes Instrument gewählt hatte, wobei sie jedoch feststellte, dass die Pflicht zur Bereitstellung der Wohnungen inhaltlich richtig war (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Nachdem die Käuferin die Verkäuferin mehrmals zur Rückerstattung des bereits bezahlten Betrags aufgefordert hatte, klagte sie am 15. September 2017 beim erstinstanzlichen Gericht der Stadt Locarno und verlangte u.a. die Verurteilung der Verkäuferin zur Zahlung von CHF 185'500 zuzüglich Zinsen. Mit Urteil vom 14. Januar 2020 wies die Erstinstanz die Klage ab (Sachverhalt Teil B).

[5] Gegen diesen Entscheid erhob die Käuferin Berufung beim Appellationsgericht des Kantons Tessin, das die Berufung und die Klage mit Urteil vom 24. Februar 2021 guthiess (Sachverhalt Teil C).

[6] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Verkäuferin die Aufhebung dieses Urteils und die Klageabweisung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil D und E. 6).

### **Erwägungen**

[7] Die Vorinstanz – so das Bundesgericht – habe festgehalten, es sei unbestritten, dass sich die Verkäuferin verpflichtet habe, der Käuferin eine Wohnung zur freien Verfügung und ausschliesslichen Nutzung zu überlassen, ohne dass eine Pflicht bestehe, diese Wohnung für eine Hotelnutzung zur Verfügung zu stellen. Sie habe weiter erwogen, dass dies nicht vereinbar sei mit dem Flächennutzungsplan und dessen Durchführungsbestimmungen, was sowohl die Gemeinde als auch die Kantonsregierung bestätigt hätten. Es existiere zwar kein verwaltungsrechtlicher Entscheid, der diese Beschränkungen aberkenne, es sei aber nicht möglich, die Käuferin zu verpflichten, entgegen der Angaben der zuständigen Behörden in der Wohnung zu wohnen oder jahrelang auf ein Urteil betreffend die Nutzungsvoraussetzungen zu warten. Die Vorinstanz habe daher das Vorliegen eines Mangels bejaht, der einen Rücktritt im Sinne von Art. 205 Abs. 1 OR und 208 OR rechtfertige (E. 4.1).

[8] Das Bundesgericht hielt fest, dass der Verkäufer gemäss Art. 197 Abs. 1 OR dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch für Mängel hafte, die den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch wesentlich oder rechtlich erheblich beeinträchtigen oder mindern. Die zugesicherten Eigenschaften müssten spätestens bei Gefahrenübergang vorliegen. Liege ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so könne der Käufer mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig machen (Art. 205 Abs. 1 OR) und der Verkäufer habe den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten und die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer unmittelbar verursacht worden sei (Art. 208 Abs. 2 OR). Der Verkäufer hafte dabei verschuldensunabhängig. Diese Regeln seien analog auch auf den Grundstückskauf anwendbar (Art. 221 OR). Es sei unerheblich, dass die Gemeinde die Bereitstellung der Wohnungen erst nach Unterzeichnung des Vertrags bewilligt habe, da der Gefahrenübergang erst mit Wohnungsübergabe, d.h. Ende Mai 2016, hätte erfolgen sollen. Die Vorinstanz habe daher kein Bundesrecht verletzt, indem sie entschieden habe, dass die Zusicherung betreffend die exklusive Nutzung der Wohnung verletzt sei und es für die Käuferin unzumutbar sei, während mehrerer Jahre den Ausgang des Verwaltungsverfahrens abzuwarten (E. 4.3).

[9] Zudem schützte das Bundesgericht die Verurteilung der Verkäuferin durch die Vorinstanz zur Zahlung der Notarkosten und der Zinsen. Es hielt betreffend die Notarkosten fest, dass es sich hierbei um einen unmittelbaren Schaden im Sinne von Art. 208 Abs. 2 OR handle, der verschuldensunabhängig ersetzt werden müsse (E. 5.1 und 5.2).

### **Kurzkomentar**

[10] Das Bemerkenswerte am hier kommentierten Urteil ist, dass das Bundesgericht (und vor ihm die beiden Vorinstanzen) nicht prüften, ob die von der Verkäuferin zugesicherte freie Verfügbarkeit und ausschliessliche Nutzung der Wohnung verwaltungsrechtlich gegeben war oder nicht. Vielmehr begnügten sich die Gerichte mit der Feststellung, die ausstehende verwaltungsrechtliche Klärung und die deshalb bestehende Unsicherheit über die freie Verfügbarkeit und die ausschliessliche Nutzung

der Wohnung stelle einen Mangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR dar, weil es der Käuferin nicht zuzumuten sei, jahrelang auf eine verwaltungsrechtliche Klärung zu warten.<sup>[1]</sup> Soweit ersichtlich erkannte das Bundesgericht damit erstmals einen blossen Verdacht auf das Vorliegen eines Mangels als Mangel selbst an.<sup>[2]</sup>

[11] Mit dieser Rechtsfigur des Verdachts als Mangel ist behutsam umzugehen.<sup>[3]</sup> Ein solcher Verdacht kann nur dann ein Mangel sein, wenn eine Parteivereinbarung vorliegt, welche die Sollbeschaffenheit des Kaufgegenstands ohne das Vorliegen eines solchen Verdachts umschreibt.<sup>[4]</sup> Andernfalls wird dem Käufer eine unzulässige Beweiserleichterung bzw. sogar eine unzulässige Beweislastumkehr in Bezug auf das Vorliegen des behaupteten Mangels gewährt.<sup>[5]</sup> Vorliegend war eine solche Parteivereinbarung wohl nicht gegeben, weshalb das Bundesgericht den blossen Verdacht auf das Vorliegen eines Mangels nicht als Mangel selbst hätte genügen lassen dürfen.

[12] Bei dieser Würdigung spielt es keine Rolle, ob es sich beim Mangel um einen körperlichen oder einen rechtlichen Mangel handelt.<sup>[6]</sup> Auch rechtliche Mängel müssen in der Regel nachgewiesen werden und können in der Regel nicht mit der Rechtsfigur des Verdachts als Mangel umgangen werden. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn es sich um einen rechtlichen Mangel aus einem anderen Rechtsgebiet als das Zivilrecht handelt. Das Gleiche gilt für Rechtsmängel im Sinne von Art. 192 ff. OR, die sich nach hier vertretener Auffassung so oder so nicht klar von den rechtlichen (Sach-)Mängeln abgrenzen lassen und zudem immer auch Sachmängel im Sinne von Art. 197 ff. OR sind.<sup>[7]</sup>

MLaw DEBORAH KADERLI, Substitutin, Burkhalter Rechtsanwälte AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

---

[1] Urteil des Bundesgerichts [4A\\_189/2021](#) vom 21. März 2023 E. 4.1 und 4.3.

[2] ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012, S. 44 ff., S. 44 ff.

[3] Zurückhaltend auch MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Michael Hochstrasser/Tina Hubert-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse. Art 184–529 OR und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 197 OR N 26a, betreffend Kaufrecht; etwas liberaler PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 1424, betreffend Werkvertragsrecht; siehe zur Meinung von GAUCH auch Urteil des Bundesgerichts [4A\\_497/2018](#) vom 14. März 2019 E. 2.2 f., wo die Meinung von GAUCH «in der Tendenz» abgelehnt wird (so ROLAND HÜRLIMANN/THOMAS SIEGENTHALER, in: Michael Hochstrasser/Tina Hubert-Purtschert/Eva Maissen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht. Einzelne Vertragsverhältnisse. Art 184–529 OR und Innominatverträge, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 366 OR N 3 *in fine*).

[4] MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer [4A\\_394/2018](#) (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019, S. 842 ff., S. 851.

[5] Dazu THOMAS KOLLER/DAVID JOST, Rinder-Lasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxinverseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel? Überlegungen zum Mangelverdacht bei Lebensmitteln als Vertragswidrigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht (CISG), in: Peter V. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fagnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 35 ff., S. 47 f. mit Hinweis auf die vom BGH entschiedenen deutschen «Hasenfleisch-Fälle».

[6] Zur traditionellen Unterscheidung von körperlichen und rechtlichen Mängeln bei der Sachgewährleistung z.B. CHK-MÜLLER-CHEN (Nr. 3), Art. 197 OR N 20.

[7] MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, S. 129 ff., S. 130; MARKUS VISCHER, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, S. 233 ff., S. 234 f.; a.M. z.B. CHK-MÜLLER-CHEN (Nr. 3), Art. 192 OR N 6.

**Zitiervorschlag:** Deborah Kaderli / Dario Galli / Markus Vischer, Die Unzumutbarkeit als Mangel,  
in: dRSK, publiziert am 02. Februar 2024

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**