



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_261/2020](#) vom 10. Dezember 2020  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

## Die «Verwirkungsfalle» bei Gewährleistungsansprüchen

### Autor / Autorin

Viktoriya Chernaya, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_261/2020 vom 10. Dezember 2020 setzte sich das Bundesgericht einmal mehr mit der Mängelrüge bei versteckten Mängeln auseinander. Dabei stellte es fest, dass ein Mangel, der in seinem Ausmass progressiv ist, nicht schon bei ersten Anzeichen der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands gerügt werden müsse. Es bestätigte aber seine Praxis, wonach die Mängelrüge unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls «sofort» nach Entdeckung des Mangels erfolgen müsse.*

### Sachverhalt

[1] Im Juli 1959 erwarb H (nachfolgend: Verkäufer) ein Haus im Kanton Neuenburg (nachfolgend: Haus). In einem Teil des Hauses richtete er eine Werkstatt ein, die er bis ins Jahr 1992 u.a. für seine Tätigkeit im Chemiehandel nutzte (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 15. Dezember 2005 teilte die kantonale Fachstelle für Umweltschutz dem Verkäufer mit, dass das Grundstück aufgrund der dort früher ausgeübten Tätigkeit im Chemiehandel in den Kataster der belasteten Standorte aufgenommen würde. Eine Untersuchung des Betriebsstandortes sei aber nicht notwendig, da keine schädlichen oder belastenden Auswirkungen auf die Umwelt zu erwarten seien (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 2. Dezember 2010 verpflichtete sich der Verkäufer in einem notariell beurkundeten Vertrag, das Haus Y zu verkaufen. In den von Y vor Unterzeichnung besichtigten Räumen wurden mehrere Tonnen chemischer Produkte gelagert. Die Zugangstür zu einem Keller, in dem weitere Chemikalien gelagert wurden, war allerdings von einem Stapel von Gegenständen verdeckt. Zudem konnten einige Wohnräumlichkeiten in den oberen Stockwerken und die Garagen, in denen sich ebenfalls Chemikalien befanden, nicht besichtigt werden (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Mit dem vom 1. Februar 2011 datierenden Kaufvertrag (nachfolgend: Kaufvertrag) verkaufte der Verkäufer das Haus für CHF 750'000 an die A SA (nachfolgend: Käuferin) – eine von Y im Jahr 2006 gegründete und der Bau- und Immobilienvermittlung dienende Gesellschaft. In Ziff. 2 des Kaufvertrages wurde ein Gewährleistungsausschluss für die von der Käuferin akzeptierten offenen und versteckten Mängel vereinbart. In

Ziff. 8 wurde die Eintragung des Grundstücks im Kataster der belasteten Standorte festgehalten (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Am 16. Juni 2011 starb der Verkäufer und hinterliess seine Ehefrau und drei Söhne (nachfolgend: Erben des Verkäufers; Sachverhalt Teil A.e).

[6] Im September 2011 veranlasste die Käuferin eine Bestandesaufnahme, bei der 9.096 kg Chemikalien festgestellt wurden. Im Korridor des nicht besichtigten Kellers befanden sich zudem 1.5 kg eines explosiven Lösungsmittels. Angesichts dessen wandte sich die Käuferin am 22. September 2011 an die städtische Abteilung für Gesundheit und Umwelt. Die Chemikalien wurden im Dezember 2011 für CHF 36'699.60 entsorgt (Sachverhalt Teil A.f).

[7] Mit Schreiben vom 27. Januar 2012 forderte die städtische Gesundheitskommission die Käuferin auf, die thermischen Belastungen zu beseitigen und Massnahmen zum Schutz der künftigen Bewohner zu ergreifen. Am 20. April 2012 informierte der Vertreter der Käuferin sodann die Erben des Verkäufers über die starke Verschmutzung des Hauses und hielt fest, dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss keine Geltung beanspruchen könne. Denn die ernsthafte Verschmutzung des Hauses und der Umstand, dass ein sehr starker Eingriff notwendig sein würde, um das Haus zu sanieren, seien vom Verkäufer arglistig verschwiegen worden (Sachverhalt Teil A.g).

[8] Am 3. Oktober 2012 teilte die kantonale Fachstelle Umweltschutz der Käuferin mit, dass das Haus nun im Kataster der belasteten Standorte als ein Grundstück, das zwecks Untersuchung, ob es überwachungs- oder sanierungsbedürftig ist, eingetragen würde. Mit Beschluss vom 2. August 2013 untersagte die städtische Gesundheitskommission sodann die Nutzung des Hauses zu anderen Zwecken als für die Erstellung eines Gutachtens (Sachverhalt Teil A.h).

[9] Im Jahr 2014 klagte die Käuferin gegen die Erben des Verkäufers beim erstinstanzlichen Neuenburger Zivilgericht. Sie beantragte, dass der Grundstückskauf auf den 1. Februar 2011 zu «annullieren» und die Erben des Verkäufers zur Zahlung von CHF 1'272'021.30 zu verpflichten seien. Mit Entscheid vom 30. Oktober 2019 verurteilte das Zivilgericht die Erben des Verkäufers gesamtschuldnerisch zur Zahlung von CHF 16'086 zuzüglich Zinsen. Diese Summe entsprach den Entsorgungskosten für Produkte aus den durch die Käuferin nicht besichtigten Räumen. Der Verkäufer habe die Lagerung der Produkte in den nicht besichtigten Räumen arglistig verschwiegen, die Gesamtverschmutzung sei ihm hingegen nicht bekannt gewesen. Die Käuferin sei aber ihren Rümpflichten bezüglich die Gesamtverschmutzung nicht nachgekommen (Sachverhalt Teil B.a).

[10] Auf die Berufung der Käuferin und der Erben des Verkäufers hin wies das Neuenburger Kantonsgericht die Klage in vollem Umfang ab (Sachverhalt Teil B.b).

[11] Die Käuferin reichte beim Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen ein. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 8).

## **Erwägungen**

[12] Das Bundesgericht hielt einleitend fest, die Parteien seien durch einen Kaufvertrag über ein Grundstück im Sinne von Art. 216 ff. [OR](#) gebunden, wobei sich die Gewährleistung aufgrund der Querverweisung in Art. 221 OR in analoger Weise nach Art. 197 ff. OR richte. Wie die Vorinstanzen unterschied das Bundesgericht zwischen zwei Mängeln: (i) Die Lagerung von Chemikalien, die zu Entsorgungskosten von CHF 36'699.60 führte; und (ii) die Gesamtverschmutzung, die ein Nutzungsverbot und Sanierungsmassnahmen von ca. CHF 1'234'000 nach sich zog (E. 4 und 5). In Einklang mit der Vorinstanz schloss das Bundesgericht die Haftung des Verkäufers für den ersten Mangel aus. Die Käuferin habe die Lagerung von Chemikalien in den nicht besichtigten Räumen als Immobilienexpertin in Kauf genommen und hätte den Vertrag ohnehin zu den gleichen Bedingungen geschlossen (E. 6). In der Folge befasste sich das Bundesgericht primär mit der Frage, ob die Gewährleistungsausschlussklausel vorliegend greifen würde und ob andernfalls die Mängelrüge in Bezug auf den Mangel der Gesamtverschmutzung rechtzeitig und hinreichend substantiiert erfolgte.

[13] Die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss durch den Verkäufer sei dann ausgeschlossen, wenn der Mangel (i) ausserhalb dessen liege, womit eine vernünftige Käuferin zu rechnen habe und (ii) den wirtschaftlichen

Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Käuferin nicht damit rechnen musste, dass das Haus unbewohnbar werde. Das Ausmass des Mangels und die Kosten für seine Beseitigung seien zudem so hoch, dass der wirtschaftliche Zweck des Vertrages ernsthaft beeinträchtigt sei. Die Berufung des Verkäufers auf die Gewährleistungsausschlussklausel sei damit ausgeschlossen (E. 7.1).

[14] Um ihre Gewährleistungsrechte zu wahren, müsse die Käuferin ihren Untersuchungs- und Rügepflichten nachkommen. Versteckte Mängel, die bei einer übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar seien, müssten nach Art. 201 Abs. 3 OR sofort nach der Entdeckung gerügt werden. Die Rechtsprechung räume dem Käufer eine kurze Bedenkzeit ein und liesse die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu. Ein Mangel gelte dann als entdeckt, wenn die Käuferin sein Vorhandensein zweifelsfrei feststellen könne, um betreffend die Art und den Umfang des Mangels in der Lage zu sein, eine hinreichend substantiierte Rüge zu erheben. Bei Mängeln, die in ihrem Ausmass progressiv seien,<sup>[1]</sup> müsse deshalb nicht schon bei ersten Anzeichen des Mangels gerügt werden. Die Mängelrüge habe sodann deutlich zu machen, dass die Käuferin die Sache für nicht vertragskonform halte und den Verkäufer haftbar mache. Letztlich verwies das Bundesgericht einerseits auf (i) die in der Lehre geäusserte Kritik, wonach die Anforderungen an Zeitpunkt und Inhalt der Mängelrüge zu lockern seien, wenn auf der Käuferseite ein Laie stehe, und andererseits auf (ii) den Vorentwurf zur Revision des Obligationenrechts im Hinblick auf Baumängel, die eine 60-tägige Frist für Mängelrügen im Zusammenhang mit Werk- oder Grundstückkaufverträgen vorsehe. Auf beide Punkte ging es jedoch nicht weiter ein (E. 7.2.1).

[15] Gemäss Art. 203 OR würde eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige allerdings dann nicht greifen, wenn der Verkäufer den Käufer absichtlich täuschte (E. 7.2.2). Die Vorinstanz habe die Kenntnis des Verkäufers über die Gesamtverschmutzung des Hauses verneint. Aus den Schreiben vom 15. Dezember 2005 und vom 27. Januar 2012 seien keine Befürchtungen von schädlichen oder belastenden Auswirkungen auf die Umwelt hervorgegangen und dem Verkäufer könne kein Wissen unterstellt werden, das selbst den Experten fehlte. Zudem habe der Verkäufer das Gebäude bis zu seinem Tod mit seiner Familie bewohnt, was aufzeige, dass er sich der Risiken nicht bewusst war (E. 7.3.1). Mangels einer begründeten Rüge und entsprechenden Belegen seitens der Käuferin hielt das Bundesgericht fest, dass eine absichtliche Täuschung bzw. Willkür der Vorinstanz auszuschliessen sei, womit die Erben des Verkäufers die Einhaltung der Rügepflichten verlangen könnten (E. 7.3.2).

[16] Beim Mangel der Gesamtverschmutzung handelt es sich laut Bundesgericht um einen Mangel, der zunächst in Hinsicht auf das Ausmass und die Konsequenzen nicht erkennbar gewesen sei. Die Gesamtverschmutzung sei erst im Laufe des Jahres 2013 aufgedeckt worden. Dies habe dazu geführt, dass am 2. August 2013 ein Nutzungsverbot ausgesprochen wurde. Die Käuferin hatte die Gesamtverschmutzung jedoch bereits und einzig in ihrem Schreiben vom 20. April 2012 beanstandet. Die Rüge eines Mangels vor Entdeckung des vollen Ausmasses sei zwar zulässig, mache aber spätere Vervollständigungen notwendig. Die Käuferin machte geltend, dass das gerichtliche Sachverständigengutachten vom 23. Januar 2019 abgewartet werden musste, um das genaue Ausmass des Mangels zu erkennen. Das Bundesgericht entgegnete aber, der Begriff der Entdeckung des Mangels impliziere nicht, dass die Käuferin die Kosten seiner Beseitigung genau beziffern können müsse. Im Übrigen hätte es der Käuferin freigestanden, sich an einen Spezialisten zu wenden. Von der Käuferin, einer anwaltlich vertretenen Immobilienexpertin, sei letztlich zu erwarten gewesen, dass sie die Art und das Ausmass des Mangels genauer angebe, nachdem sie im Jahr 2013 über die neuen Elemente informiert worden war. Die Käuferin sei damit ihren Rügepflichten nicht nachgekommen und habe ihr Recht auf Gewährleistung verwirkt (E. 7.4.2 und 7.4.3).

### **Kurzkommentar**

[17] Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer der Käuferin sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Der Anspruch aus Sachmängelhaftung setzt allerdings eine rechtzeitige und inhaltlich genügende Mängelrüge der Käuferin voraus. Der Kaufgegenstand muss, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist», geprüft und entdeckte Mängel «sofort» angezeigt werden (Art. 201 Abs. 1 OR). Bei Mängeln, die trotz sorgfältiger Prüfung erst später erkennbar werden, muss die Anzeige «sofort nach der Entdeckung» erfolgen (Art. 201 Abs. 3 OR; *Sofort-Rüge*).

[18] Die Rechtsprechung<sup>[2]</sup> und die Lehre machen Prüfungs- und Rügefristen von den Umständen des Einzelfalls abhängig, namentlich von der Branchenübung und der Natur des Kaufgegenstands.<sup>[3]</sup> Entsprechend lehnen die Rechtsprechung und die Lehre die Festlegung einer starren Rügefrist ab.<sup>[4]</sup> Bei offenen Mängeln, bei denen die Prüfungs- und Rügefristen zusammengerechnet werden, variieren die vom Bundesgericht als angemessen betrachtete Fristen von einigen Stunden (so etwa bei leicht verderblicher Ware)<sup>[5]</sup> über einige Tage (beispielsweise sechs Tage beim Handel von Seidenstoffen).<sup>[6]</sup> Ähnlich verhält es sich bei versteckten Mängeln. So kann die Frist bei Vorliegen von besonderen Gründen einige Monate betragen (beispielsweise Isolierungsprobleme, die erst bei kälteren Temperaturen festgestellt werden können).<sup>[7]</sup>

[19] Auch der Begriff der «Entdeckung» von versteckten Mängeln ist auslegungsbedürftig und wird vom Bundesgericht mit der «zweifelsfreien Feststellung» gleichgestellt.<sup>[8]</sup> Zweifelsfrei festgestellt ist ein Mangel dann, wenn die Käuferin ihn nach Umfang und Konsequenzen als einen Sachmangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR erkannt haben konnte, der die Rügeobliegenheit nach sich zieht. Keine Entdeckung liegt vor, wenn ein Käufer als Laie beispielsweise die Bedeutung und Tragweite kleiner Risse an der Hauswand nicht erkennen konnte.<sup>[9]</sup> Im vorliegenden Fall stellte das Bundesgericht fest, die Entdeckung des Mangels setze Expertenwissen voraus und bestätigte seine Praxis, wonach der Begriff Entdeckung bei technischen Fragen gegebenenfalls das Abwarten eines Gutachtens zulassen würde.<sup>[10]</sup> Es stellte allerdings zugleich klar, dass die Bezifferung des Schadens zur «zweifelsfreien Feststellung» des Mangels nicht notwendig sei (vgl. E. 7.4.3, Rz. 16).

[20] In der Praxis überfordert die kurze Rügefrist viele Käufer, da sie nach dem Auftreten von Mängeln oftmals nicht in der Lage sind, deren rechtliche Bedeutung zu erkennen. Wie vom Bundesgericht angedeutet, ist die Kombination der strengen Anforderungen an den Zeitpunkt der Mängelrüge mit der Rechtsfolge der vollständigen Verwirkung sämtlicher Mängelrechte bei unterlassener, verspäteter oder nicht genügend substantzierter Mängelrüge in der Lehre<sup>[11]</sup> auf Kritik gestossen und vom Bundesrat aufgegriffen worden (vgl. E. 7.2.1, Rz. 14). Gemäss Vorentwurf des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts betreffend «Baumängel» bei Werk- und Grundstückkaufverträgen soll für die Rüge von (offenen und versteckten) Mängeln eines unbeweglichen Werkes eine 60-tägige Frist gelten. Diese neue Regelung soll dispositiv sein, sodass die Parteien vertraglich davon abweichen können.<sup>[12]</sup> Die Vernehmlassung wurde am 30. November 2020 abgeschlossen. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz sollte die Botschaft voraussichtlich bis Mitte 2022 ausgearbeitet sein und vom Bundesrat zuhanden des Parlaments verabschiedet werden.

MLaw VIKTORIYA CHERNAYA, Substitutin, Walder Wyss AG.

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

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

---

[1] «défauts évolutifs dans leur étendue ou leur gravité».

[2] Siehe die Auflistung bei JESSICA MÜLLER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Rechtzeitige Mängelrüge](#), in: dRSK, publiziert am 23. April 2019, Rz. 15.

[3] BGE [81 II 56](#) E. 3b S. 59 f.; HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 201 OR N 9.

[4] Vgl. Urteil des Bundesgerichts [4A 399/2018](#) vom 8. Februar 2019 E. 3.2, wonach «es keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt»; HUBERT STÖCKLI, Etwas mehr «souplesse» bei der Mängelrüge, BR 2019, S. 127 f., S. 128; ARNOLD RUSCH, Entscheidbesprechungen. BGer [4A 399/2018](#): Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt?, AJP 2019, S. 740 ff., S. 741.

[5] Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 12. November 1964, in: SJZ 1965, S. 327 f.

[6] BGE [47 II 160](#) Sachverhalt Teile A und B S. 161 f. und E. 3 S. 165.

[7] BGE [81 II 56](#) E. 3b S. 60.

[8] Vgl. BGE [117 II 425](#) E. 2 S. 427; BGE [107 II 172](#) E. 1a S. 175; vgl. auch E. 7.2.1 des referierten Urteils.

[9] BGE [59 II 309](#) S. 312 f.

[10] Vgl. auch BGE [76 II 221](#) E. 3 S. 224 f.

[11] Z.B. YEŞİM M. ATAMER/MIRJAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, S. 731 ff., S. 759 f. und 762 ff.

[12] Vgl. zum Ganzen: Art. 219a Abs. 1, Art. 367 Abs. 1 zweiter Satz und Art. 370 Abs. 3 zweiter Satz VE-OR; vgl. dazu auch Bundesrat, Erläuternder Bericht vom 19. August 2020 zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel), S. 24 ff.; siehe ferner CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020](#), in: Jusletter 29. November 2021, Rz. 97.

**Zitiervorschlag:** Viktoriya Chernaya / Dario Galli / Markus Vischer, Die «Verwirkungsfälle» bei Gewährleistungsansprüchen, in: dRSK, publiziert am 3. Dezember 2021

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**