Kommentar zu: Urteil: 4A_590/2024 vom 18. Dezember 2025
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It

Flächenangaben im vorvertraglichen Verkaufsprospekt als zugesicherte Eigenschaften

Autor / Autorin

Ramona Hutter, Dario Galli, Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner
brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_590/2024 vom 18. Dezember 2025 hielt das Bundesgericht fest, dass Flächenangaben in einem vorvertraglichen Verkaufsprospekt bei der Auslegung des Kaufvertrags zu berücksichtigen seien und als zugesicherte Eigenschaften im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR qualifiziert werden könnten. Dies gelte selbst dann, wenn der später abgeschlossene Kaufvertrag keine Flächenangaben enthalte und eine hiervon abweichende Vertragsklausel vorsehe. Darüber hinaus bestätigte das Bundesgericht, dass der Durchgriff (principe de la transparence) nicht auf das Verhältnis zwischen einer juristischen und einer natürlichen Person beschränkt sei, sondern auch zwischen mehreren von derselben natürlichen Person beherrschten Gesellschaften anwendbar sein könne, sofern die Berufung auf deren rechtliche Selbstständigkeit missbräuchlich erscheine.

Sachverhalt

[1] Die A Sàrl, B Sàrl, C SA und D Sàrl (Verkäuferinnen, Beklagte und Beschwerdeführerinnen, nachfolgend: Verkäuferinnen) verfolgten sich überschneidende Zwecke im Immobilienbereich. F war einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der drei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Aktiengesellschaft (Sachverhalt Teil A).

[2] Am 16. Januar 2015 schlossen a.E und b.E (Käufer, Kläger und Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) mit der D Sàrl einen Reservationsvertrag über eine 3,5-Zimmer-Wohnung im fünften Obergeschoss (nachfolgend: Wohnung) (Sachverhalt Teil A).

[3] Gleichentags veröffentlichte die C SA einen Verkaufsprospekt (nachfolgend: Prospekt), der auf den ersten vier Seiten eine allgemeine Beschreibung des Gebäudes enthielt, in dem sich die Wohnung befand. Am Ende dieser ersten Seiten fand sich der Vermerk «unverbindliches Dokument» *(«document non contractuel»).* Dieser Vermerk erschien auf den nachfolgenden Seiten des Dokuments nicht mehr. Die Wohnung wurde wie folgt beschrieben: «gewichtete Fläche ca. 78,25 m², Bruttogeschossfläche ca. 71 m², Wohnfläche ca. 64 m², Balkon-/Gartenfläche ca. 28,55 m²» (Sachverhalt Teil A).

[4] Am 14. November 2017 schlossen die Käufer mit der A Sàrl, vertreten durch F, einen Generalunternehmervertrag über die Wohnung. Eine allgemeine Baubeschreibung vom 13. Juni 2016 und die vom Architekten erstellten Pläne waren integraler Bestandteil des Generalunternehmervertrags. Die Pläne für das fünfte Obergeschoss entsprachen denjenigen des Prospekts, enthielten jedoch keine Mass- oder Flächenangaben. Diese Dokumente waren dem Generalunternehmervertrag beigefügt und von b.E und F unterzeichnet worden (Sachverhalt Teil

A).

[5] Gleichentags schlossen die Käufer mit der B Sàrl, vertreten durch F, einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über die Wohnung. Der Kaufvertrag sah vor, «dass in Abweichung von Art. 197 OR und unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen von Art. 199 OR die Liegenschaft, die Gegenstand dieser Urkunde ist, ohne jegliche gesetzliche oder vertragliche Gewährleistung des Verkäufers übertragen wird» (Sachverhalt Teil A).

[6] Am 12. Februar 2018 schickten die Käufer per Einschreiben eine Mängelrüge betreffend die Wohnung an die A Sàrl und die B Sàrl. Sie erklärten, die Wohnung besichtigt zu haben und dabei festgestellt zu haben, dass im Vergleich zu den ihnen ausgehändigten Unterlagen und damit zu den versprochenen Eigenschaften sowohl 7 m² Innenfläche als auch 7 m² Balkonfläche fehlten (Sachverhalt Teil A).

[7] Mit Klage vom 26. September 2019 beim Kreisgericht Lausanne beantragten die Käufer, die Verkäuferinnen seien wegen Mängeln an der Wohnung solidarisch zu verpflichten, ihnen CHF 100’000 nebst Zins zu zahlen (Sachverhalt Teil B.a).

[8] Mit Urteil vom 21. September 2022 verurteilte die Erstinstanz die Verkäuferinnen, den Käufern den Minderwert von CHF 89’048.80 nebst Zins zu zahlen. Im Wesentlichen erwog die Erstinstanz, die Verkäuferinnen würden eine einzige Einheit bilden; ihre Organisation in formal unabhängige Einheiten bezwecke, es jeder Einzelnen zu ermöglichen, sich ihren Verpflichtungen zu entziehen, was einen Rechtsmissbrauch darstelle. Die Fläche der verkauften Wohnung sei kleiner als im Prospekt angegeben. Dies stelle einen Mangel sowohl hinsichtlich der versprochenen als auch der erwarteten Eigenschaften dar; zudem seien die Verkäuferinnen nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Käufer darauf hinzuweisen, dass die tatsächlichen Flächen nicht mit den im Prospekt angegebenen übereinstimmten. Das arglistige Verhalten bewirke die Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel (Sachverhalt Teil B.c).

[9] Das Waadtländer Kantonsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit Entscheid vom 8. Oktober 2024 (Sachverhalt Teil B.d).

[10] Dagegen erhoben die Verkäuferinnen Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht und beantragten im Wesentlichen die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 7).

Erwägungen

[11] Vor Bundesgericht rügten die Verkäuferinnen, die Vorinstanz habe das Recht verletzt, indem es einen Durchgriff *(principe de la transparence)* angewendet und ihnen die Rechtshandlungen und das Verhalten der jeweils anderen Gesellschaften zugerechnet habe. Das Bundesgericht führte aus, die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person sei grundsätzlich zu beachten; nur unter aussergewöhnlichen Umständen könne ein Dritter für Verbindlichkeiten eines Schuldners in Anspruch genommen werden. Beim Durchgriff könne nicht uneingeschränkt auf die formale Existenz zweier rechtlich getrennter Personen abgestellt werden, wenn (nahezu) das gesamte Vermögen einer Gesellschaft, direkt oder über Mittelspersonen, derselben Person gehöre. In einem solchen Fall bestünden trotz formaler Dualität der Personen keine zwei unabhängigen Einheiten; die Gesellschaft sei bloss Instrument in der Hand ihres Trägers, mit dem sie wirtschaftlich eine Einheit bilde, weshalb Personenidentität anzunehmen sei und die Rechtsverhältnisse, die die eine binden, auch die andere bänden. Dies gelte insbesondere, wenn die Berufung auf die Verschiedenheit der Rechtssubjekte einen Rechtsmissbrauch darstelle oder eine offensichtliche Beeinträchtigung berechtigter Interessen zur Folge habe (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Der Durchgriff setze erstens Personenidentität oder zumindest wirtschaftliche Beherrschung eines Rechtssubjekts über das andere und zweitens die missbräuchliche Berufung auf die Dualität voraus (E. 4.1).

[12] Das Bundesgericht erwog, die Verkäuferinnen seien im Eigentum und unter der Kontrolle von F gewesen. Sie würden eine einzige Einheit bilden, würden sich überschneidende Zwecke im Bereich der Maklertätigkeit, des Baus, der Förderung und Verwertung von Immobilien verfolgen, was zeige, dass keine von ihnen ein von den anderen abweichendes Ziel verfolge. Die Verkäuferinnen seien gemeinsam durch das Verhalten ihres gemeinsamen Vertreters an den verschiedenen streitigen Verträgen beteiligt gewesen. Die Vorinstanz habe die Voraussetzung der Personenidentität zwischen allen Gesellschaften als erfüllt erachtet. Zudem sei das Verhalten der Verkäuferinnen im Rahmen der Verhandlungen über Reservation, Bau und Kauf der Wohnung

geeignet gewesen, bei den Käufern Verwirrung zu stiften; die A Sàrl und die B Sàrl hätten sich hinter der D Sàrl und der C SA versteckt, um sich ihrer Verantwortung zu entziehen, insbesondere im Zusammenhang mit den im Rahmen der Vermarktung des Stockwerkeigentums erteilten Informationen. Entgegen der Ansicht der Verkäuferinnen beschränke sich der Durchgriff nicht auf das Verhältnis zwischen juristischer und natürlicher Person (E. 4.2 und 4.3).

[13] Die Verkäuferinnen machten weiter geltend, die Vertragsunterlagen würden keine Flächenangaben betreffend die Wohnung enthalten. Deshalb könnten diese nicht als zugesicherte Eigenschaft gelten. Gemäss Art. 197 OR sei – so das Bundesgericht – der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer 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 Gebrauche aufheben oder erheblich mindern, Gewähr zu leisten. Ein Mangel liege vor, wenn eine vom Verkäufer zugesicherte oder eine nach Treu und Glauben zu erwartende Eigenschaft fehle. Diese zugesicherte Eigenschaft müsse für den Käufer entscheidend sein; wenn jedoch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Zusicherung geeignet sei, den Kaufentscheid des Käufers zu beeinflussen, werde die Kausalität vermutet. Ob eine Qualitätsangabe des Verkäufers als Zusicherung zu qualifizieren sei, bestimme sich durch Vertragsauslegung (Art. 18 OR) (E. 5.1).

[14] Zur Auslegungsmethodik führte das Bundesgericht aus, in einem ersten Schritt sei der tatsächliche und gemeinsame Wille der Parteien (subjektive Auslegung) zu ermitteln, gegebenenfalls empirisch anhand von Indizien. Indizien seien nicht nur der Inhalt der Willenserklärungen – schriftlich oder mündlich –, sondern auch der allgemeine Kontext, d.h. alle Umstände, die es ermöglichten, den tatsächlichen Willen der Parteien zu ermitteln, seien es Erklärungen vor dem Vertragsschluss oder Tatsachen danach, insbesondere auch das spätere Verhalten der Parteien. Gelinge es dem Richter nicht, den tatsächlichen und gemeinsamen Willen der Parteien zu ermitteln – weil Beweise fehlten oder nicht schlüssig seien – oder stelle er fest, dass eine Partei den von der anderen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geäusserten Willen nicht verstanden habe, müsse er auf die normative Auslegung nach dem Vertrauensprinzip *(principe de la confiance)* zurückgreifen, d.h. ihren objektiven Willen ermitteln, indem er die Bedeutung bestimme, die nach Treu und Glauben jede von ihnen den Willenserklärungen der anderen vernünftigerweise beimessen konnte und musste. Die Feststellung des objektiven Willens der Parteien nach dem Vertrauensprinzip sei eine Rechtsfrage; massgeblich seien dabei ausschliesslich die Umstände, die der Willensäusserung vorangegangen seien oder diese begleitet hätten, nicht aber spätere Ereignisse. Die in Verkaufsprospekten von Maklern angegebenen Flächen oder die bei den Vertragsverhandlungen vor Abschluss des Kaufvertrags über einen Stockwerksanteil verwendeten Pläne würden zugesicherte Eigenschaften darstellen; der Käufer könne sich grundsätzlich darauf verlassen, ohne deren Richtigkeit vor Vertragsschluss überprüfen zu müssen. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung werde vermutet, dass die zugesicherte Fläche für den Kaufentscheid ausschlaggebend gewesen sei, selbst wenn der Käufer die Wohnung besichtigt habe (E. 5.1.2 und 5.1.3).

[15] Vorliegend habe die Vorinstanz festgestellt, die Parteien hätten den inneren Willen der jeweils anderen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht verstanden, ohne sich dessen bewusst zu sein; es liege mithin ein versteckter Dissens *(désaccord latent)* vor. Die Vorinstanz habe daher den Willen der Parteien objektiv ausgelegt und ermittelt, welchen Sinn die Käufer und die Verkäuferinnen den Willenserklärungen der anderen vernünftigerweise beimessen konnten und mussten. Die streitigen Verträge hätten zwar keine Flächenangaben für die Wohnung enthalten, wohl aber den Grundriss des fünften Obergeschosses einschliesslich der Wohnung, der demjenigen des Prospekts entsprochen habe, jedoch ohne Mass- oder Flächenangaben. Das einzige Dokument, das Flächenangaben enthalten habe, sei der Prospekt gewesen, der dem Reservationsvertrag beigelegen habe. Die Vorinstanz habe daher zu Recht angenommen, die Käufer hätten sich auf den Prospekt als Willensäusserung der Verkäuferinnen stützen und erwarten dürfen, dass die Wohnung die darin angegebenen Flächen aufweise (E. 5.2).

[16] Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzliche Würdigung. Es hielt fest, der Prospekt, der dem Reservationsvertrag beigefügt gewesen sowie dem Generalunternehmervertrag und dem Kaufvertrag zeitlich vorangegangen sei, stelle eine Willensäusserung der Verkäuferinnen dar und sei zu Recht als Auslegungselement herangezogen worden. Der Prospekt habe Flächenangaben für die Wohnung enthalten und dem im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag enthaltenen Grundriss des 5. Obergeschosses entsprochen, der selbst keine Flächenangaben enthalte. Dieser Grundriss habe daher eine Auslegung des Kaufvertrags in dem Sinne erlaubt, dass die im Prospekt angegebene Fläche diejenige der verkauften Wohnung sein müsse. In Anwendung des

Vertrauensprinzips habe eine vernünftige Person in gleicher Lage nach Treu und Glauben davon ausgehen können, die Wohnung werde die im Prospekt ausgewiesenen Flächen aufweisen, zumal sich diese Angaben auf einer Seite befunden hätten, die den Vermerk «unverbindliches Dokument» nicht getragen habe, und kein anderes Verkaufsdokument Flächenangaben enthalten habe. Der Umstand, dass der Prospekt nicht in öffentlich beurkundeter Form vorliege (Art. 16 und 216 OR), sei bedeutungslos, da vorvertragliche Dokumente als reine Auslegungsinstrumente keiner Formvorschrift unterliegen würden. Ebensowenig entfalte die im Kaufvertrag enthaltene Klausel, wonach Verkaufsbeschreibungen, 2D- oder 3D-Illustrationen und Internetpräsentationen nicht Vertragsbestandteil seien, Wirkung. Es handle sich um eine *clause de style* ohne Tragweite, die insbesondere der Berücksichtigung dieser Dokumente für die Auslegung des objektiven Parteiwillens nicht entgegenstehe. Die im Prospekt angegebene Fläche stelle eine Qualitätsangabe dar, die als Zusicherung qualifiziert werden könne und den Käufern als Willensäusserung zur objektiven Auslegung des öffentlich beurkundeten Kaufvertrags übermittelt worden sei. Da sie nach der Lebenserfahrung für den Kaufentschluss der Käufer ausschlaggebend gewesen sei, würden die Verkäuferinnen dafür haften (E. 5.3).

Kurzkommentar

[17] Das referierte Urteil stellt eine kaufrechtlich zentrale Frage in den Mittelpunkt: Kann ein Verkaufsprospekt *(plaquette de vente)*, der dem Kaufvertrag zeitlich vorausgeht, nicht in diesen integriert wird und einen Passus enthält, wonach er nicht Vertragsbestandteil sei, Grundlage einer zugesicherten Eigenschaft im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR sein? Ein Verkaufsprospekt liegt im Grenzbereich zwischen reklamehafter Anpreisung, die nach Treu und Glauben nicht als Eigenschaftszusicherung zu verstehen ist, und einer ernsthaften und rechtsverbindlichen Erklärung über die Beschaffenheit des Kaufgegenstands.[1] Ob eine Anpreisung oder eine Zusicherung vorliegt, wird durch Vertragsauslegung ermittelt, was in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten und sogar widersprüchlichen Entscheidungen führen kann.[2] Das Bundesgericht bejaht im vorliegenden Fall das Vorliegen einer Zusicherung. Die Art und Weise, wie das Bundesgericht zu diesem Ergebnis gelangt, gibt Anlass zu einer kritischen Betrachtung im Lichte des subjektiv-objektiven Mangelbegriffs.[3]

[18] Um die bundesgerichtliche Qualifikation des Prospekts als Zusicherung zu prüfen, ist zunächst auf den Mängelbegriff einzugehen. Art. 197 Abs. 1 OR nennt zwei Mangelarten: das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und das Vorhandensein von Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. In der Lehre ist die Rechtsnatur der Gewährleistung seit langem umstritten. Die wohl herrschende Meinung folgt der *Gewährleistungstheorie:* Die Qualität des Kaufgegenstands ist nicht per se Gegenstand des Vertragsinhalts; der Verkäufer haftet nur dann, wenn er aufgrund einer Wissens- oder Vorstellungsäusserung für die Mängelfreiheit der Sache extra Gewähr geleistet hat.[4] Nach der überzeugenden Gegenmeinung, der *Erfüllungstheorie,* ist ein Mangel keine Frage eines besonderen Versprechens, sondern eine reine Frage der Vertragsauslegung bzw. der Vertragserfüllung: Ob ein Mangel vorliegt, bestimmt sich danach, ob der Kaufgegenstand dem entspricht, was die Parteien vereinbart haben.[5] Die beiden in Art. 197 Abs. 1 OR genannten Mangelarten, d.h. die fehlende zugesicherte und die fehlende vorausgesetzte Eigenschaft, sind dabei nur graduelle Nuancen derselben vertraglichen Abmachung. Die Parteien können eine Eigenschaft direkt vereinbaren, oder indirekt, indem sie den Verwendungszweck des Kaufgegenstands festlegen, aus dem sich die erforderlichen Eigenschaften ergeben. In beiden Fällen handelt es sich um Vertragsauslegung, und in beiden Fällen greift die Erfüllungstheorie: Der Verkäufer haftet, weil er die vereinbarte Leistung nicht erbracht hat, unabhängig davon, ob die Eigenschaft ausdrücklich zugesichert oder aus dem vereinbarten Gebrauch abgeleitet wurde. Der vorausgesetzten Eigenschaft kommt damit gegenüber der zugesicherten keine eigenständige dogmatische Bedeutung zu; beide sind Ausdruck derselben vertraglichen Vereinbarung und werden durch Auslegung ermittelt.[6]

[19] Ob eine Eigenschaft des Kaufgegenstands vereinbart wurde, bestimmt sich nach den allgemeinen Konsens-, Auslegungs- und Ergänzungsregeln: subjektiv-objektiv.[7] In einem ersten Schritt ist im Rahmen der subjektiven Auslegung zu ermitteln, ob der Verkäufer eine Zusicherung abgegeben hat. Erst wenn der wirkliche Parteiwille nicht feststellbar ist, kommt die objektive Auslegung oder Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip zum Zug, wobei Vertragsauslegung und Vertragsergänzung ineinander übergehen.[8] Zusicherungen entstehen damit nicht nur aufgrund subjektiver Auslegung, sondern unter bestimmten Umständen auch durch objektive Auslegung oder Ergänzung nach dem Vertrauensprinzip.[9] Bei der objektiven Auslegung und Ergänzung spielen der vereinbarte Kaufpreis und die Tauglichkeit zum

vereinbarten Gebrauch als subsidiäre Hilfskriterien eine herausragende Rolle; die Normalbeschaffenheit hat dabei lediglich die Bedeutung eines ergänzenden Hilfskriteriums.[10]

[20] Das Bundesgericht stellt im vorliegenden Urteil ausdrücklich auf den Prospekt als «Willensäusserung der Verkäuferinnenseite» ab und qualifiziert ihn als Auslegungselement zur Ermittlung des objektiven Parteiwillens. Dabei greift es in E. 5.1 auf den aus der bisherigen, langjährigen Rechtsprechung bekannten Textbaustein zurück, wonach ein Mangel vorliegt, wenn eine vom Verkäufer zugesicherte oder nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaft fehlt. Beide Begriffe bezeichnen letztlich dieselbe Kategorie, nämlich die vertragskonforme Eigenschaft. Der Textbaustein erscheint indes nicht völlig widerspruchsfrei, da er den Mangelbegriff unmittelbar an das Vertrauensprinzip anknüpft, ohne den subjektiv-objektiven Auslegungsweg zu durchlaufen. Im Vergleich zur früheren Rechtsprechung geht das Bundesgericht im vorliegenden Urteil jedoch methodisch konsequenter vor: Es zeichnet den zweistufigen Auslegungsprozess ausdrücklich nach, indem es zunächst einen versteckten Dissens feststellt und anschliessend den Vertragsinhalt nach dem Vertrauensprinzip objektiv ermittelt. Damit nähert sich seine Argumentation strukturell dem subjektiv-objektiven Mangelbegriff an. Im Ergebnis gelangt das Bundesgericht jedoch zum gleichen Resultat wie die Erfüllungstheorie, indem es die Wohnungsfläche als vereinbarte Eigenschaft qualifiziert.

[21] Auf dieser Grundlage ist zu prüfen, ob die Flächenangaben im Prospekt als zugesicherte Eigenschaft im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR gelten. In einem ersten Schritt ist der subjektive Parteiwille zu ermitteln. Der Kaufvertrag enthält keine Flächenangaben; auch sonst finden sich in den Vertragsunterlagen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die Fläche ausdrücklich oder konkludent zum Gegenstand einer Vereinbarung gemacht hätten. Der subjektive Wille ist nicht feststellbar.

[22] In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob im Rahmen der objektiven Auslegung eine Eigenschaftsvereinbarung über die Fläche ermittelt werden kann.[11] Die Zusicherung kann formfrei abgegeben werden; ob sie beim Liegenschaftskauf der öffentlichen Beurkundung bedarf, ist umstritten (vgl. Rz. 27). Ein Quantitätsmangel ist in der Regel kein Sachmangel, sondern blosse Teilerfüllung des Vertrags. Anders liegt es, wenn eine bestimmte Quantität im Vertrag zur Eigenschaft des Kaufgegenstands gemacht wurde.[12] Somit kann auch ein Quantitätsmangel, wie eine zu kleine Wohnfläche, unter Art. 197 Abs. 1 OR fallen, sofern die Grössenangabe Vertragsinhalt geworden ist und sie für den vom Käufer verfolgten Verwendungszweck entscheidend ist.[13]

[23] Im vorliegenden Fall enthielt eine Seite des Prospekts detaillierte Flächenangaben, die gerade nicht den Vermerk «unverbindliches Dokument» trug. Der Prospekt lag dem Reservationsvertrag bei und war das einzige Dokument, das überhaupt Flächenangaben enthielt. Solche Angaben dienen dem Käufer dazu, die Preiswürdigkeit des Kaufgegenstands zu beurteilen: Die im Prospekt für die Wohnung genannten CHF 655’000 standen der dort angegebenen gewichteten Fläche von rund 78 m² gegenüber. Die Verkäuferinnen mussten damit rechnen, dass die Erwerber dieser Angabe Bedeutung beimessen und sie darauf behaften wollen.[14] Eine vernünftige und redliche Person in der Lage der Käufer durfte und musste unter diesen Umständen davon ausgehen, dass die im Prospekt angegebenen Flächen der verkauften Wohnung entsprechen. Durch objektive Auslegung ist die Fläche damit eine vereinbarte und zugesicherte Eigenschaft im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR. Da die tatsächliche Fläche (= Ist-Fläche) erheblich von der zugesicherten Fläche (= Soll-Fläche) abweicht, liegt ein Mangel vor.

[24] Das Bundesgericht gelangt im Ergebnis dorthin, wo auch die Erfüllungstheorie landet: Die Flächenangaben im Prospekt werden durch normative Auslegung zur vereinbarten und damit zugesicherten Eigenschaft, und ihr Fehlen begründet einen Mangel als negative Vertragsabweichung.[15] Der versteckte Dissens *(désaccord latent)*, den das Bundesgericht als Ausgangspunkt nimmt, ist dabei weniger eine methodische Weichenstellung als eine prozessuale Eigenheit: Die Feststellung des subjektiven Parteiwillens ist eine Tatfrage, an die das Bundesgericht gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG); die anschliessende normative Auslegung nach dem Vertrauensprinzip prüft es demgegenüber als Rechtsfrage frei. Die Zuordnung zur Tat- oder Rechtsfrage entscheidet damit über die Kognition und in der Sache oft über das Ergebnis. In der Literatur ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass dies für die kantonalen Instanzen einen Anreiz schafft, einen tatsächlichen Konsens extensiv festzustellen, um den Entscheid «rekursfest» zu machen.[16] Die Feststellung eines versteckten Dissenses öffnet den Weg zur objektiven Auslegung und damit zur freien Prüfung (wobei das Bundesgericht an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten

grundsätzlich gebunden ist).[17] Das Bundesgericht hielt jüngst fest, dass ein Gericht, das seine tatsächlichen Schlüsse ausschliesslich aus den auch für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip massgebenden Umständen zieht, ohne Willkür nicht zu einem davon abweichenden tatsächlichen Parteiwillen gelangen kann, und dass auf einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen erst zu schliessen ist, wenn die Behauptung einer Partei, sie habe den Vertrag anders verstanden, angesichts der zu berücksichtigenden Umstände unglaubwürdig erscheint.[18] Diese Präzisierung bestätigt gerade, wie instabil die Grenze zwischen subjektiver und objektiver Auslegung verläuft, und stützt die hier vertretene Auffassung, dass allein normativ auszulegen ist.

[25] Damit ist erst die halbe Arbeit getan. Steht fest, dass die Fläche zum Vertragsinhalt gehört, folgt die zweite Frage: Ist dieser Inhalt von der öffentlichen Beurkundung gedeckt? Konsens und Form sind zwei verschiedene Dinge. Die Auslegung klärt, was die Parteien vereinbart haben; die Formlehre sagt, ob das Vereinbarte gültig zustande gekommen ist. Das Bundesgericht streift den Punkt zwar, erledigt ihn aber in einem einzigen, unbelegten Satz: Dass der Prospekt nicht öffentlich beurkundet sei, spiele keine Rolle, weil vorvertragliche Erklärungen reine Auslegungsinstrumente seien und keiner Form unterständen (E. 5.3). Dabei hält das Bundesgericht unmittelbar anschliessend selbst fest, die Fläche sei als zugesicherte Eigenschaft Teil des Vertrags. Genau dieser Vertragsinhalt wäre auf seine Formbedürftigkeit hin zu prüfen gewesen. Den Inhalt des Vertrags bestimmen die Parteien. Wenn Angaben aus dem Vorfeld über das Vertrauensprinzip zum Vertragsinhalt werden, wandern sie in den Vertrag hinein, ohne je beurkundet worden zu sein. Wer eine Zusicherung über das Vertrauensprinzip in den Vertrag hineinliest, sollte deshalb sagen, warum sie dort auch formgültig steht, nicht zuletzt aufgrund der harten Folgen eines Formmangels.[19]

[26] Welche Vertragspunkte zu beurkunden sind, beschäftigt Lehre und Rechtsprechung allerdings seit Jahrzehnten; herausgebildet haben sich sechs Theorien, von der strikten objektiven bis zur Theorie des umfassenden Formzwangs.[20] Vorherrschend ist die eingeschränkte subjektive Theorie, der auch das Bundesgericht folgt: Neben den *essentialia negotii* sind nur jene Nebenpunkte formbedürftig, die sich unmittelbar auf den Vertragsinhalt und das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auswirken.[21] Sie wird indessen oft kritisiert, unter anderem weil die Form den Parteien vor Augen führen soll, worauf sie sich einlassen, und gerade nicht den Konsens schützt, und weil die Urkundsperson den subjektiven Parteiwillen regelmässig weder kennt noch erforschen muss.[22]

[27] Im Ergebnis liegt der Entscheid auf der Linie der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach Zusicherungen formfrei gültig sind, und zwar auch beim Grundstückkauf.[23] Nur stützt sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht auf jene Argumentation. Ein namhafter Teil der Lehre unterstellt Zusicherungen dem Formzwang, und die Gegenposition wird ihrerseits unterschiedlich begründet; teils damit, die Mängelgewährleistung fliesse aus dem Gesetz und nicht aus dem Vertrag, teils damit, die Zusicherung sei blosse Wissenserklärung.[24] Es wäre daher begrüssenswert gewesen, wenn sich das Bundesgericht mit der Form auseinandergesetzt hätte, gerade weil es die Zusicherung ausdrücklich zum Vertragsbestandteil erklärt. Der Fall bot dazu Gelegenheit: Die Flächenangabe stand in keinem beurkundeten Dokument, sondern allein im Prospekt.

[28] In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bestätigt das Bundesgericht, dass der Durchgriff (*principe de la transparence*, Art. 2 Abs. 2 ZGB) nicht auf das Verhältnis zwischen natürlicher und juristischer Person oder zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft beschränkt ist, sondern auch horizontal, d.h. unter mehreren formell unabhängigen Schwestergesellschaften, die von derselben Person kontrolliert werden, anwendbar sein kann.[25] Im vorliegenden Fall diente die arbeitsteilige Struktur erkennbar dazu, die Urheberschaft der Vermarktungsangaben zu verschleiern. Diese Ausdehnung der Durchgriffshaftung auf horizontale Konstellationen überzeugt. Entscheidend ist nicht die formale Richtung der Beherrschung, sondern ob die Berufung auf die Vielheit der Rechtsträger missbräuchlich ist.

[29] Das referierte Urteil verdeutlicht, dass Flächenangaben in Verkaufsprospekten als zugesicherte Eigenschaften qualifiziert werden können, selbst wenn der später geschlossene Kaufvertrag keine Flächenangaben enthält und eine Klausel vorsieht, wonach Verkaufsunterlagen nicht Vertragsbestandteil seien. Solche floskelhaften Klauseln *(clause de style)* bleiben nach dem Bundesgericht ohne Tragweite und hindern die Berücksichtigung der Unterlagen bei der Auslegung nicht (E. 5.3). Verkäufer sind gut beraten, Prospektangaben sorgfältig zu verifizieren oder Abweichungen im Kaufvertrag ausdrücklich festzuhalten.

MLaw Ramona Hutter, LL.M., 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] Corinne Zellweger-Gutknecht, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 8. Aufl., Basel 2026, Art. 197 OR N 27 und 36; BGE 88 II 410 E. 3c S. 416.

[2] Yeşim M. Atamer/Mirjam Eggen/Dario Hug, Zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts im Fahrniskauf, in: Jusletter 20. November 2023, Rz. 9.

[3] Das Bundesgericht legt Verträge in ständiger Rechtsprechung subjektiv-objektiv aus und gewährt dem subjektiv übereinstimmend Gewollten den Vorrang vor dem objektiv Erklärten (E. 5.1.2 des vorliegenden Urteils; BGE 144 III 93 E. 5.2.2 f. S. 98; BGE 123 III 35 E. 2b S. 39). Die nachfolgenden Ausführungen folgen dieser Methodik, um das referierte Urteil an seinem eigenen Massstab zu messen. Unseres Erachtens ist demgegenüber ausschliesslich objektiv (normativ) auszulegen; zur Kritik an der subjektiv-objektiven Auslegung z.B. Wolfgang Wiegand/Christoph Hurni, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 8. Aufl., Basel 2026, Art. 18 OR N 3a ff.; Christoph Brunner/Dario Galli/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2024, in: Jusletter 24. November 2025, Rz. 134 f.; Tamara Zeiter/Dario Galli/Markus Vischer, Mangelbegriff bei Wohnflächenangaben, in: dRSK, publiziert am 4. Mai 2023, Rz. 12 f.; Delia Zellweger/Dario Galli/Markus Vischer, Vertragsauslegungsprinzipien des Bundesgerichts in der Sackgasse, in: dRSK, publiziert am 17. Februar 2023, Rz. 14.

[4] BSK OR I-Zellweger-Gutknecht (Nr. 1), Art. 197 OR N 29; Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff., S. 1.

[5] Gl.M. Alex Nikitine/Dario Galli, «Officer's Certificates» bei M&A-Transaktionen, in: Hans-Jakob Diem (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XXII, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 171 ff., S. 192 f.

[6] Vischer (Nr. 4), S. 3 f.; BGE 114 II 239 E. 5a/aa S. 244.

[7] Vischer (Nr. 4), S. 2.

[8] Vischer (Nr. 4), S. 2; Peter Jäggi/Peter Gauch/Markus Hartmann, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 18 OR N 356 und 639.

[9] Vischer (Nr. 4), S. 2.

[10] Vischer (Nr. 4), S. 8; siehe auch Dario Galli/Markus Vischer, Zum Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft bei Orangen, in: dRSK, publiziert am 16. Juni 2021, Rz. 13.

[11] Im Allgemeinen: Vischer (Nr. 4), S. 9.

[12] Zeiter/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 14.

[13] Urteil des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2.1 ff.; BGE 87 II 244 E. b S. 247; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht (Nr. 1), Art. 197 OR N 28.

[14] Urteil des Bundesgerichts 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 5; BGE 87 II 244 E. e S. 249; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht (Nr. 1), Art. 197 OR N 35.

[15] Vischer (Nr. 4), S. 4.

[16] Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.2; Brunner/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 135.

[17] Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.2; BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 99.

[18] Urteil des Bundesgerichts 4A_211/2023 vom 11. Januar 2024 E. 5.2.1 und E.5.3; Brunner/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 135.

[19] Brunner/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 180.

[20] Brunner/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 178; Markus Vischer/Dario Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff., S. 475.

[21] Brunner/Galli/Vischer (Nr. 3), Rz. 178.

[22] Vischer/Galli (Nr. 20), S. 478.

[23] Vgl. BGE 73 II 218 E. 1 S. 220.

[24] BSK OR I-Zellweger-Gutknecht (Nr. 1), Art. 197 OR N 31; für die grundsätzliche Formfreiheit der Zusicherung z.B. Vischer/Galli (Nr. 20), S. 481 und 484.

[25] BGE 132 III 489 E. 3.2 S. 493; BGE 121 III 319 E. 5a/aa S. 321.

Zitiervorschlag: Ramona Hutter / Dario Galli / Markus Vischer, Flächenangaben im vorvertraglichen Verkaufsprospekt als zugesicherte Eigenschaften, in: dRSK, publiziert am 21. September 2026

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern
T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch