



Real Estate Legal Update

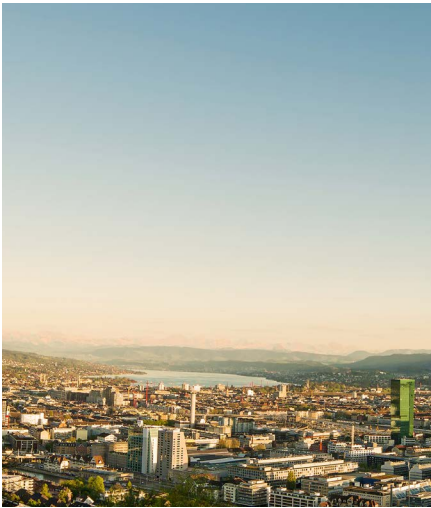
Neueste Entwicklungen aus den Bereichen Transaktionen,
Mietrecht, privates Baurecht, öffentliches Planungs- und Baurecht, sowie Immobiliensteuern.

Asset Market Legal Update

Übertragung von Grundstücken bei Betriebskäufen

Gehören Grundstücke zum Unternehmensvermögen und soll dieses mittels Betriebskauf (*Asset Deal*) auf einen Käufer übertragen werden, stellen sich komplexe Fragen bezüglich der Strukturierung und Abwicklung dieser Transaktion. Die zwei Transaktionsstrukturen, die dafür gemäss bestehender Praxis häufig gewählt werden, sind aus verschiedenen Gründen rechtlich problematisch. Durch Abschluss eines öffentlich beurkundeten Geschäftsübertragungsvertrags können die durch die bestehende Praxis verursachten rechtlichen Probleme vermieden werden.

[Vollständiger Artikel ->](#)



Dies ist eine Zusammenfassung der Artikel. Die vollständigen Artikel finden Sie auf den Folgeseiten.

Space Market Legal Update

Veräusserung einer Liegenschaft mit bestehenden Mietverhältnissen – Haftung für Ansprüche des Mieters am Beispiel der Nebenkosten

Bei der Veräusserung bzw. dem Erwerb einer Liegenschaft gehen bestehende Mietverhältnisse zusammen mit der Liegenschaft automatisch auf den Erwerber über. Soweit, so klar. Aus dieser auf den ersten Blick simpel erscheinenden Regelung ergeben sich aber in der Praxis häufig komplexe Folgeprobleme. Eines davon betrifft die latenten Ansprüche der Mieterschaft. Wer – der Veräusserer oder der Erwerber – haftet dem Mieter, insbesondere dann, wenn sich herausstellt, dass der Mieter in der Vergangenheit zuviel für die Nebenkosten bezahlt hat? Das Bundesgericht hat die Frage mit der Postulierung der sogenannten Spaltungstheorie beantwortet und damit wenig Klarheit geschaffen. Wir zeigen auf, wie mit der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheit am besten umzugehen ist.

[Vollständiger Artikel ->](#)

Construction Market Legal Update

Die Krux mit der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge kommt in der Baupraxis zentrale Bedeutung zu. Das Bundesgericht äusserte sich erst im Februar dieses Jahres erneut zur Dauer der Rügefrist, welche dem Werkbesteller/Käufer zur Verfügung steht, um allfällige Mängel an einer Liegenschaft anzuzeigen. Die Bundesgerichtspraxis zu dieser Thematik ist für den Werkbesteller/Käufer streng und wurde von den Gerichten bisher auch ausserordentlich starr angewandt. Bauherren wie Unternehmer ebenso wie Immobilienkäufer und -verkäufer sind deshalb gut beraten, genau hinzuschauen, wenn das Bundesgericht nun in seinem neuen Urteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 etwas mehr Flexibilität bei der Anwendung der Mängelrügefrist zu zeigen scheint.

[Vollständiger Artikel ->](#)

Übertragung von Grundstücken bei Betriebskäufen



Von **Michael Kündig**
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 52 34
michael.kuendig@walderwyss.com



und **Dario Galli**
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 56 62
dario.galli@walderwyss.com

Unternehmensvermögen

Das Vermögen eines Unternehmens (sog. Unternehmensvermögen) setzt sich aus allen dem Unternehmen zustehenden geldwerten Rechten (d.h. Aktiven bzw. Vermögen) und geldwerten Pflichten (d.h. Passiven bzw. Schulden) zusammen. Eigentümerin des Unternehmensvermögens kann eine natürliche oder juristische Person sein.

Ist eine natürliche Person Eigentümerin des Unternehmensvermögens spricht man vom Einzelunternehmen, umgangssprachlich auch als «Einzelfirma» bezeichnet. Häufiger ist die Eigentümerin des Unternehmensvermögens jedoch eine juristische Person, wie z.B. eine Aktiengesellschaft (AG) oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

Übertragung des Unternehmensvermögens – Transaktionsstrukturen

Der Eigentümer des Unternehmensvermögens kann dieses mittels eines Betriebskaufs (sog. *Asset Deal*) auf einen Käufer übertragen. Dabei überträgt der Eigentümer das Unternehmen *direkt* auf den Käufer. Der Käufer erwirbt die zum Unternehmen gehörenden Aktiven und Passiven, also das Unternehmensvermögen, und wird selbst direkter Eigentümer des Unternehmensvermögens. Der Betriebskauf ist eine komplexe Transaktion, da alle Vermögensgegenstände einzeln in den Vertrag aufgenommen, bezeichnet, und grundsätzlich auch einzeln in der für deren Übertragung gesetzlich vorgeschriebenen Form übertragen werden müssen.

Mitunter aus diesem Grund ist in der Praxis der sog. Gesellschaftskauf (sog. *Share Deal*) beliebt. Diese Transaktionsstruktur steht jedoch nur zur Verfügung,

wenn die Eigentümerin des Unternehmensvermögens eine juristische Person (z.B. eine AG oder GmbH) ist. Diesfalls wird das Unternehmensvermögen durch den Käufer nur *indirekt* – nämlich durch Übernahme dessen Eigentümers – erworben. Kaufgegenstand bilden nicht die Aktiven und Passiven des Unternehmens, sondern die Anteile des Eigentümers des Unternehmens (d.h. die Aktien der AG oder die Stammanteile der GmbH), was die Abwicklung solcher Kaufverträge stark vereinfacht.

Verkauf von Grundstücken im Allgemeinen

Grundstückkaufverträge sind nur gültig, wenn sie durch einen Notar öffentlich beurkundet werden. Der Käufer erwirbt das Eigentum am verkauften Grundstück erst dann, wenn die Eigentumsübertragung im Grundbuch eingetragen wird.

Verkauf von Grundstücken, die Teil des Unternehmensvermögens sind

Gehören Grundstücke (z.B. Liegenschaften oder Miteigentumsanteile an Grundstücken) zum Unternehmensvermögen und soll dieses mittels Betriebskauf (*Asset Deal*) auf den Käufer übertragen werden, stellen sich komplexe Fragen bezüglich der Strukturierung und Abwicklung dieser Transaktion. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Liegenschaft als zentrales Aktivum des Betriebs eng mit dem übrigen zu übertragenden Unternehmensvermögen, wie beispielsweise Mobilien (u.a. Maschinen, Inventar, Fahrzeuge oder EDV-Anlagen), Verträge (z.B. Arbeitsverträge oder Kundenverträge) und Schulden, verknüpft ist. Zu denken ist z.B. an den Verkauf eines Hotel- oder Fabrikationsbetriebs.

Bestehende Praxis

Gemäss einer weit verbreiteten Praxis werden solche Unternehmen regelmässig in einem öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag verkauft. Dabei werden auch alle anderen Aktiven und Passiven in diesem «Grundstückkaufvertrag» mitverkauft. Teilweise werden aber auch zwei Verträge abgeschlossen: Ein öffentlich beurkundeter Grundstückkaufvertrag, mit welchem das Grundstück verkauft wird und ein weiterer, nicht öffentlich beurkundeter Vertrag, mit welchem alle übrigen Vermögensgegenstände verkauft werden.

- **Verkauf des Unternehmensvermögens in einem «Grundstückkaufvertrag»:** Rechtlich problematisch ist diese Transaktionsstruktur, weil der Kaufgegenstand nicht nur das Grundstück ist, sondern das gesamte Unternehmensvermögen. Indem das verkaufte Grundstück in den Mittelpunkt des Vertrags gestellt wird und die anderen verkauften Aktiven und Passiven – häufig ohne diese überhaupt genauer zu bezeichnen – en passant «mitverkauft» werden, können sich verschiedene Probleme stellen. So sehen die Parteien solcher Grundstückkaufverträge beispielsweise vielfach keine, bei Betriebskäufen marktüblichen, Zusicherungen und Gewährleistungen vor. Weiter können mehrwertsteuerrechtliche Probleme auftreten, z.B. unter anderem dann, wenn die zu übertragenden Vermögensgegenstände im Grundstückkaufvertrag nicht genügend spezifiziert sind, da die Steuerfindung eine Einzelbetrachtung der zu übertragenden Aktiven und Passiven erfordert.
- **Verkauf des Unternehmensvermögens in zwei Verträgen (Grundstückkaufvertrag und Vertrag über übrige Vermögensgegenstände):** Diese Transaktionsstruktur ist rechtlich problematisch, weil Grundstück-

kaufverträge nur gültig sind, wenn sie durch einen Notar öffentlich beurkundet werden. Bereits in «einfachen» Grundstückkaufverträgen, also Kaufverträgen, die nur eine Liegenschaft (z.B. ein Einfamilienhaus) zum Gegenstand haben, ist umstritten, welche Vertragsklauseln öffentlich beurkundet werden müssen, damit der Grundstückkaufvertrag gültig ist. Diese Frage ist praktisch bedeutsam, da gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung Grundstückkaufverträge, bei denen nicht alle zu beurkundenden Klauseln öffentlich beurkundet wurden, nichtig, also rechtlich unverbindlich sind. Indem der Kaufgegenstand auf zwei Verträge aufgeteilt wird und ggf. die Gegenleistung und/oder gewisse vertraglichen Pflichten nur im nicht öffentlich beurkundeten Vertrag geregelt werden, kann dies die Nichtigkeit des Grundstückkaufvertrags zur Folge haben.

Ferner kann die Abgrenzung von Zugehör, d.h. von beweglichen Sachen, die Kraft gesetzlicher Vermutung das rechtliche Schicksal des Grundstücks als Hauptsache teilen, von anderen zum Unternehmensvermögen gehörenden Mobilien Schwierigkeiten bereiten. Dies kann die Redaktion der Verträge stark erschweren.

Alternativen zur bestehenden Praxis

Gehören Grundstücke zum Unternehmensvermögen und soll das Unternehmen mittels Betriebskauf (*Asset Deal*) verkauft werden, empfehlen wir vor diesem Hintergrund, dass die Parteien einen sog. Geschäftsübertragungsvertrag abschliessen und diesen öffentlich beurkunden lassen. Im Geschäftsübertragungsvertrag sind dabei alle Aktiven und Passiven, u.a. unter Zuhilfenahme einer (Pro-Forma-)Bilanz, zu besch-

reiben. Weiter sind im Geschäftsübertragungsvertrag – wie in M&A-Transaktionen üblich – marktübliche Gewährleistungen und Zusicherungen sowie ein vertragliches Haftungsregime vorzusehen. Mit dieser Strukturierung können die erörterten Probleme vermieden werden. Ob der Betriebskauf als «klassischer *Asset Deal*» oder als «Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz (FusG)» auszugestaltet ist, ist im Einzelfall zu prüfen, da beide Transaktionsstrukturen ihre Vor- und Nachteile haben. Im Rahmen dieser Beurteilung sind insbesondere auch steuerrechtliche Folgen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesstufe abzuklären.

Veräusserung einer Liegenschaft mit bestehenden Mietverhältnissen – Haftung für Ansprüche des Mieters am Beispiel der Nebenkosten



Von **Christian Eichenberger**
Dr. iur., LL.M., MRICS, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 56 59
christian.eichenberger@walderwyss.com



und **Yannick A. Moser**
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 14 85
yannick.moser@walderwyss.com

Einleitung

Bei der Veräusserung einer Liegenschaft bleiben allfällige Mietverhältnisse weiterhin bestehen und gehen zusammen mit der Liegenschaft unverändert auf den Erwerber über. In einem solchen Fall stellt sich für die Mieter die Frage, gegen wen – den Veräusserer oder den Erwerber – sie ihre Ansprüche aus den Mietverträgen geltend zu machen haben. Spiegelbildlich gilt es für Veräusserer und Erwerber, die Veräusserung bzw. den Erwerb der betreffenden Liegenschaft in voller Kenntnis aller relevanten Umstände, mitunter im Wissen darum, ob latente Ansprüche von Mietern bestehen und wer dafür haftet, zu tätigen. Hierin liegt aber, wie nachfolgend aufgezeigt wird, bereits die Krux.

Gegen wen muss der Mieter seine mietvertraglichen Ansprüche nach einer Handänderung geltend machen?

A. Zuordnung der Haftung für Forderungen der Mieterschaft gemäss Bundesgericht

Das Gesetz hält fest, dass die bestehenden Mietverhältnisse mit dem Eigentum an der Sache zusammen mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergehen, sofern der Vermieter die Liegenschaft nach Abschluss der Mietverträge „veräussert“ (Art. 261 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR]). Eine Veräusserung im Sinne des Gesetzes liegt unter anderem bei Kauf, Schenkung, Tausch, Erbteilung und Einbringung in eine Gesellschaft, nicht aber bei einer Fusion, bei einem Erbgang oder

einer rein wirtschaftlichen Handänderung vor. Die Bedeutung dieser trivial klingenden Regelung ist bis heute noch nicht restlos geklärt. Sie lässt offen, ob der Erwerber rückwirkend in vorbestandene und fällige oder doch nur in die im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung bestehenden sowie künftigen Rechte und Pflichten aus den Mietverträgen eintritt.

Das Bundesgericht hat diesbezüglich in einem Leitentscheid (BGE 127 III 273; bestätigt mit Urteil 4A_542/2014 vom 17. Februar 2015, E. 2.1) vermeintlich Klarheit geschaffen. Es hat im Zusammenhang mit einem nicht ordnungsgemäss hinterlegten Mietzinsdepot geurteilt, dass der Erwerber der Liegenschaft nicht rückwirkend in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag eintrete, der Mieter mithin nicht alle seine bestehenden Ansprüche aus dem Mietvertrag gegen den Erwerber geltend machen könne. Vielmehr seien im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs (Eintragung im Grundbuch bzw. Datum des Eintrags im Tagebuch) bereits entstandene und fällige Forderungen des Mieters gegenüber dem Veräusserer geltend zu machen. Nur jene, die nach dem Eigentumsübergang entstanden und fällig geworden seien, seien gegen den Erwerber zu richten. Das Bundesgericht hat sich damit – im Prinzip entgegen dem gesetzlichen Wortlaut – für die sogenannte Spaltungstheorie ausgesprochen. Inwiefern dieses Urteil, welches in einem doch speziellen Einzelfall ergangen ist, auch für andere Konstellationen Gültigkeit in Anspruch nimmt, bleibt abzuwarten.

B. Auswirkungen der Spaltungstheorie

Folgt man der Meinung des Bundesgerichts, haftet der Veräusserer, der nach der Veräusserung der Liegenschaft im Prinzip keinerlei Bezug mehr zu dieser hat, trotz des Eigentümerwechsels und des nunmehr fehlenden Vertragsverhältnisses zum Mieter weiterhin für alle vor dem Eigentumsübergang dem Mieter entstandenen und fälligen Verbindlichkeiten. Zu den möglichen Forderungen der Mieterschaft können unter anderem Rückforderungsansprüche aus nichtigen Mietzinserhöhungen, zu viel bezahlten Mietzinsen infolge von Mängeln und bereits erstellten Nebenkostenabrechnungen sowie Entschädigungen für Mieterausbauten etc. gehören. Im schlimmsten Fall kann sich der Veräusserer deshalb unvermittelt mit erheblichen Ansprüchen seiner ehemaligen Mieterschaft konfrontiert sehen.

Die Anwendung der Spaltungstheorie am Beispiel der Nebenkosten

An der Spaltungstheorie wurde verschiedentlich Kritik geäussert, da sie zu teilweise schwierig aufzulösenden Abgrenzungsfragen und sachlich nicht gerechtfertigten Lösungen führt. Gerade im Zusammenhang mit Nebenkosten zeigt sich diese Problematik exemplarisch auf. Wenig erstaunlich, dass in diesem Bereich im Rechtsalltag trotz des erwähnten Leiturteils des Bundesgerichts (127 III 273) eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht. Folgende Konstellationen sind unter Anwendung der Spaltungstheorie zu unterscheiden:

A. Anspruch auf Abrechnung der Nebenkosten

Die Mieter müssen – selbst wenn während der Abrechnungsperiode das Eigentum an der Liegenschaft wechselt – die Erstellung der Nebenkostenabrechnung jeweils von derjenigen Vertragspartei verlangen, welche am Ende der Abrechnungsperiode bzw. der vereinbarten Nachfrist zur Erstellung der Ne-

benkostenabrechnung Eigentümerin der betreffenden Liegenschaft ist respektive war. Für die Erstellung einer Nebenkostenabrechnung für länger zurückliegende und bereits vor dem Eigentümerwechsel fällig gewordene Perioden muss sich der Mieter deshalb in Anwendung der Spaltungstheorie nach nicht unumstrittener Auffassung an den Veräusserer halten.

B. Rückforderungsansprüche aus nicht abgerechneten Nebenkosten

Erstellt der Eigentümer der Liegenschaft in Verletzung des Mietvertrags keine Nebenkostenabrechnung, kann der Mieter die bereits für die entsprechende Abrechnungsperiode abgerechneten Akonto-Nebenkostenbeiträge dem Grundsatz nach zurückfordern. Handelt es sich um bezahlte Akontobeiträge für eine Abrechnungsperiode, in welcher die Eigentumsübertragung stattfand, hat sich der Mieter mit seinen Rückforderungsansprüchen im Sinne der Spaltungstheorie an den Erwerber zu wenden. Betreffen die bezahlten Akontobeiträge hingegen Abrechnungsperioden, die vor dem Eigentumsübergang fällig wurden, muss der Mieter seine Ansprüche nach kontrovers diskutierter Ansicht gegen den Veräusserer geltend machen.

C. Rückforderungsansprüche aus noch zu erstellenden Nebenkostenabrechnungen

Ergibt eine noch zu erstellende Nebenkostenabrechnung einen Saldo zugunsten des Mieters, gilt es zu unterscheiden:

- Erstellt der Erwerber nach Eigentumsübergang Nebenkostenabrechnungen für Abrechnungszeiträume, die im Moment der Eigentumsübertragung bereits fällig waren oder in welchen die Eigentumsübertragung stattfand, muss der Mieter die Rückforderung der zu viel bezahlten Akonto-Nebenkostenbeiträge vom Erwerber verlangen.

- Im Sinne der Spaltungstheorie müsste sich der Mieter konsequenterweise ebenfalls an den Erwerber halten, wenn der Veräusserer bereits nach dem Eigentumsübergang eine Nebenkostenabrechnung für eine vor diesem fällig gewordene Abrechnungsperiode erstellt, da der Saldo der Nebenkostenabrechnung erst mit Anerkennung durch den Mieter, somit nach dem Eigentumsübergang, fällig wird. Dies erscheint jedoch unbillig, da der Veräusserer für diese Abrechnungsperiode die zu viel bezahlten Akonto-Nebenkostenbeiträge eingehemmt hat und in diesem Umfang bereichert ist. Entsprechend wird in der Rechtslehre zum Teil gefordert, dass sich der Mieter in dieser Konstellation entgegen der Spaltungstheorie an den Veräusserer zu halten habe.

D. Rückforderungsansprüche aus bereits erstellten, aber unkorrekten Nebenkostenabrechnungen

Wird nachträglich festgestellt, dass der Mieter basierend auf einer unkorrekten, aber bereits abgerechneten (anerkannten), Nebenkostenabrechnung fälschlicherweise zu viele Nebenkosten bezahlt hat, muss er sich mit seinem Rückforderungsanspruch jeweils an die dadurch ungerechtfertigterweise bereicherte Partei halten.

Fazit und Empfehlung

Bei der Veräusserung bzw. dem Erwerb einer Liegenschaft ist der Problematik latenter Ansprüche der Mieterschaft erhöhte Aufmerksamkeit beizumessen.

Die Zuordnung, wer für die Ansprüche der Mieter haftet, weist dabei eine hohe Komplexität auf und ist nicht in jedem Fall eindeutig.

Aus Verkäufersicht empfiehlt sich deshalb die Aufnahme einer umfassenden Regelung zu diesem Problembereich in den

Veräusserungsvertrag, wonach der Käufer sich verpflichtet, alle bestehenden Mietverträge in toto, also mit allen daraus fließenden Rechten und Pflichten, zu übernehmen und von der Ausübung seines ausserordentlichen Kündigungsrechts gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR abzusehen. Dieses vertragliche Befreiungsversprechen des Erwerbers gegenüber dem Veräusserer wirkt zugunsten der Mieter und verdrängt gemäss gewichtigen Lehrmeinungen die Anwendung der vom Bundesgericht vertretenen Spaltungstheorie. Der Mieter muss folglich nach dem Übergang des Eigentums alle Ansprüche aus seinem Mietvertrag gegen den Erwerber erheben. Der Veräusserer wird mithin von seiner Haftung befreit. Die entsprechende Regelung im Veräusserungsvertrag ist den Mietern sodann anzuzeigen.

Der Erwerber ist auf der anderen Seite gut beraten, wenn er vor dem Erwerb einer Liegenschaft die potentiellen Ansprüche der Mieter im Rahmen einer Due Diligence-Prüfung abzuschätzen versucht, um etwaige böse Überraschungen zu vermeiden und mögliche Ansprüche beim Kaufpreis zu berücksichtigen oder sich entsprechende Zusicherungen geben zu lassen.

Eine rechtliche Beratung im Vorfeld des Abschlusses eines Veräusserungsvertrags über Liegenschaften mit bereits vermieteten Wohn- und/oder Geschäftsräumen empfiehlt sich deshalb sowohl für den Veräusserer als auch den Erwerber.

Die Krux mit der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung



Von **Christian Eichenberger**
Dr. iur., LL.M., MRICS, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 56 59
christian.eichenberger@walderwyss.com



und **Nadja D. Leuthardt**
MLaw, Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwyss.com

Einleitung

Im Zusammenhang mit der Erstellung oder dem Kauf einer Liegenschaft werden häufig Mängel entdeckt. Dem Bauherrn (Werkbesteller) bzw. der erwerbenden Person (Käufer) stehen für diesen Fall verschiedene Gewährleistungsrechte zur Verfügung, welche diese gegenüber dem Unternehmer bzw. dem Verkäufer geltend zu machen haben. Damit die Gewährleistungsrechte (Minderung, Wandelung sowie ggf. die Nachbesserung) auch tatsächlich ausgeübt werden können, wird vom Werkbesteller/Käufer verlangt, dass dieser die Mängel vorgängig mittels einer sog. «Mängelrüge» der dafür haftenden Person angezeigt hat.

Die Ausfertigung der Mängelrüge kann sich als zeitaufwändig und mühselig herausstellen. Dennoch ist die sorgfältige Ausarbeitung der Mängelrüge unabdingbar: Wird ein Mangel nicht ordnungsgemäss und rechtzeitig gerügt, so gilt die Liegenschaft als stillschweigend genehmigt (Art. 370 Abs. 2 bzw. Art. 201 Abs. 2 OR). Durch die Genehmigung verwirken die Gewährleistungsrechte, d.h. die Gewährleistungsrechte gehen unter und der Werkbesteller/Käufer kann diese nicht mehr geltend machen, womit er auf den Mängeln sitzen bleibt.

Um den Anforderungen einer ordnungsgemäss ausgesprochenen Mängelrüge zu genügen, gilt es aus rechtlicher Sicht einiges zu beachten. Namentlich die Einhaltung der Frist, innert welcher eine solche erhoben werden muss, spielt für die gehörige Aussprache der Mängelrüge

eine zentrale Rolle. In dieser Hinsicht hatte das Bundesgericht erst jüngst Gelegenheit, sich zur Dauer und Bemessung der Rügefrist erneut zu äussern (Bundesgerichtsurteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019).

Keine fixe Frist zur Mängelrüge

A. Grundsätzliches zur Rügefrist

Im Allgemeinen lässt sich die Frage, welche Reaktionszeit dem Werkbesteller/Käufer zur Erhebung der Mängelrüge zusteht, nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls beantworten.

Rechtlich zulässig – und im Bereich des Bauwerkvertragsrechts in der Praxis auch häufig anzutreffen – ist eine vertragliche Vereinbarung über die Frage, innert welcher Frist ein Mangel gerügt werden muss. So enthalten namentlich etwa die SIA Normen 118:2013 sowie 102:2014 Bestimmungen, welche die Rügefristen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung verlängern.

Haben sich die Vertragsparteien nicht über eine Rügefrist geeinigt, so gelten die gesetzlichen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Anwendbar sind regelmässig die Regelungen zum Werkvertrags- und Grundstückkaufvertragsrecht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Mängelrüge «sofort» zu erheben, (vgl. Art. 201 Abs. 3 OR und Art. 370 Abs. 3 OR).

B. Konkretisierung des Gesetzeswortlauts durch das Bundesgericht: Etwas mehr Flexibilität in zeitlicher Hinsicht gemäss Bundesgerichtsurteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019

Der zeitliche Horizont, innerhalb welchem noch von einer fristgerechten Mängelrüge gesprochen werden kann, wird vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung näher definiert.

Im dem Bundesgerichtsurteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 zu grunde liegenden Sachverhalt hatte es der Verkäufer entgegen seinen vertraglichen Zusicherungen unterlassen, bis zum Tag des Eigentumsübergangs neue Ablaufleitungen bis zu einem Sammel-schacht erstellen zu lassen und zu bezahlen. Die Käuferin hatte den Mangel nicht unmittelbar nach dem Übergang von Nutzen und Gefahr am 1. November 2010, sondern erst am 10. Januar 2014 entdeckt und am 21. Januar 2014 gerügt. Das Bundesgericht hatte nun zu entscheiden, ob die elf Kalendertage nach Entdeckung des Mangels ausgesprochene Rüge noch rechtzeitig erfolgt war.

Während das Bundesgericht bisher in konstanter Rechtsprechung eine Rügefrist von einer Woche (sieben Tage) im Allgemeinen als angemessen erachtete (statt vieler siehe Bundesgerichtsurteil 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.1), kam das höchste Schweizer Gericht nun zum Schluss, dass sich eine starre Beschränkung der Rügefrist auf sieben Tage nicht rechtfertigen lasse. Das Bundesgericht erachtete daher die am 21. Januar 2014 – und demnach erst elf Kalendertage nach Entdeckung des Mangels – erfolgte Mängelrüge als rechtzeitig erfolgt.

Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid gestützt auf die Tatsache, wonach zwischen dem 10. Januar 2014 und dem 21. Januar 2014 zwei Wochenenden lagen und die Mängelrüge daher innert lediglich sechs (oder acht, falls man den ersten und den letzten Tag

miteinberechnet) Arbeitstagen erfolgt ist (siehe Bundesgerichtsurteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2). Damit wäre es wohl übertrieben von einer grossen Lockerung der strengen Bundesgerichtspraxis zur Rügefrist zu sprechen. Immerhin hat das Bundesgericht zu Gunsten der Käufer und Werkbesteller in Bezug auf die Rügefrist etwas mehr Flexibilität gezeigt und ausgeführt, dass «es keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt».

Die Rügefrist beginnt für offensichtliche Mängel jeweils nach Abschluss der Prüfung, welche unmittelbar nach der Abnahme/Übergabe der Liegenschaft stattzufinden hat. Bei versteckten Mängeln, welche nicht ohne Weiteres erkennbar sind, läuft die Rügefrist ab dem Tag, an welchem der Mangel zweifelsfrei feststeht.

Die Frist zur Mängelrüge ist gewahrt, wenn diese innert der Rügefrist beim Unternehmer/Verkäufer eingegangen ist oder diesem zur Kenntnis gelangte. Die juristische Lehre will es darüber hinaus genügen lassen, wenn die Mängelrüge fristgerecht abgesandt wurde, sofern sich die rügende Partei für den Versand der Mängelrüge einer zwischen den Vertragsparteien üblichen Übermittlungsart bedient hat.

Fazit und Empfehlung für die Praxis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nach wie vor zentrale Bedeutung zukommt, weil ansonsten die drakonische Rechtsfolge der Verwirkung, d.h. des Totalverlusts der im Kauf- oder Werkvertrag vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Mängelrechte, droht.

Aus rechtlicher Sicht ist daher insbesondere darauf zu achten, dass allfällige Mängel rechtzeitig gerügt werden. Auch wenn das Bundesgericht in Bezug auf die

Rügefrist im Urteil 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 nun etwas mehr Flexibilität zeigte und von einer starren Anwendung der Sieben-Tage-Praxis absah, kann nicht von einer grossen Lockerung gesprochen werden. Die Anforderungen bleiben für Käufer und Werkbesteller ungemein streng. Mit Blick auf die einzel-fallbezogene Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Werkbesteller/Käufer, der sich auf der sicheren Seite bewegen möchte, daher zu raten, allfällige Mängel immer so rasch als möglich nach Entdeckung zu rügen. Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass die Mängelrüge genügend ausführlich bzw. substantiiert und aus Beweisgründen per eingeschriebener Post oder gegen Empfangsbestätigung gegenüber sämtlichen Beteiligten ausgesprochen wird, die aus Sicht des Käufers oder Werkbestellers als für den Mangel Haftpflichtige in Frage kommen. Da sich die Fragen, wer nun für den Mangel haftbar gemacht werden kann und wann die Mängelrüge als genügend substantiiert gilt, als juristisch kompliziert herausstellen können, ist der Werkbesteller/Käufer sicherlich gut beraten, wenn er bei der Entdeckung von Mängeln keine Zeit verliert und sich für die Ausarbeitung der Mängelrüge sofort juristischen Beistand holt.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano