dRSK

Kommentar zu: Urteil 4A_383/2016 vom 22. September 2016
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It |

Sachmängel und Gefahrübergang beim Kauf von Stockwerkeigentum

Zum Begriff des rechtlichen Mangels und zum Verhältnis zwischen Gefahrübergang und Gewährleistung

Autor / Autorin

Linda Bieri, Markus Vischer
walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner
PETER & PARTNERS
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_383/2016 vom 22. September 2016 entschied das Bundesgericht, dass eine Verminderung der nutzbaren Wohnungsfläche, die auf baurechtliche Vorschriften zurückzuführen ist, als vor dem Gefahrübergang entstandener Sachmangel zu qualifizieren ist.

Sachverhalt

[1] Die Gemeinde W. erteilte am 23. Dezember 2005 die Baubewilligung für eine durch die X. SA (Verkäuferin, Beschwerdeführerin) erstellte Überbauung. Die Baubewilligung schränkte die Bewohnbarkeit der Galerien in den Dachwohnungen nicht ein. Jedoch verlangte die Feuer- und Elementarschadensversicherung des Kantons Waadt (ECA) als Bedingung für die Erteilung der Baubewilligung, dass die Verglasung in den Galerien der Maisonette-Dachwohnungen fest ist, d.h. sich nicht öffnen lässt.

[2] Z. (Käufer, Beschwerdegegner) nahm 2009 mit der X. SA Kontakt auf betreffend Erwerb einer Maisonette-Wohnung mit 4.5 Zimmern. In den Plänen und in einem am 3. März 2013 unterzeichneten Reservationsvertrag wurde die Fläche der Wohnung mit 157.60 m^2 angegeben. Im Reservationsvertrag wurde zudem handschriftlich vermerkt, das Dachgeschoss würde mit Schrägfenstern, die sich öffnen lassen, ausgestattet.

[3] Am 18. März 2009 wurde der Kaufvertrag öffentlich beurkundet. Der Vertrag sah explizit eine Haftung der Verkäuferin gemäss Art. 197 OR vor. Der Käufer bezahlte CHF 720’000, inklusive CHF 10’000 für einen Parkplatz. Er wurde am 3. April 2009 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

[4] Mit Verfügung vom 12. Mai 2009 hielt die Gemeinde W. fest, dass die ECA-Bedingung in der Galerie der Wohnung nicht eingehalten wurde. Nach einer Besichtigung der Wohnung am 9. Juni 2009 teilte die kommunale Gesundheitskommission dem Kläger am 3. September 2009 mit, ein Schrägfenster in der Galerie müsse mit einem Verbundglas oder einem Geländer gesichert und ein weiteres Schrägfenster müsse mit einer Verglasung

geschlossen werden. Am 16. September 2009 teilte ein Vertreter des Käufers der Verkäuferin mit, dem Käufer sei eine nicht vorschriftsgemässe Wohnung verkauft worden, deren Dachgeschoss nicht nutzbar sei. Am 10. November erteilte die Gemeinde W. eine ergänzende Baubewilligung, mit der die Benutzung der Wohnung einer vorgängigen Bewilligung unterstellt wurde. Mit Verfügung vom 9. Februar 2010 erteilte die Gemeinde W. sodann eine partielle Wohnbewilligung, in der festgehalten wurde, dass die Schrägfenster sich nicht öffnen lassen und die Galerie daher nicht bewohnbar ist. Es steht fest, dass der Käufer die Wohnung nicht gekauft hätte, wenn er gewusst hätte, dass das Dachgeschoss nicht bewohnbar ist.

[5] Auf Beschwerde der Beklagten hin hielt das kantonale Verwaltungsgericht fest, dass die Gemeinde W. in der Baubewilligung vom 23. Dezember 2005 irrtümlicherweise festgehalten hatte, die Galerie sei bewohnbar, obwohl die ECA die Erteilung der Baubewilligung von der erwähnten Bedingung der festen Verglasung abhängig gemacht hatte. Diese Bedingung steht im Widerspruch zum Erfordernis der natürlichen Belüftung gemäss dem kantonalen Raumplanungs- und Baugesetz. Der Widerruf der Baubewilligung und die Erteilung der partiellen Wohnbewilligung waren daher rechtmässig.

[6] Mit Eingabe vom 1. März 2010 gelangte der Käufer an das Zivilgericht des Kantonsgerichts Waadt und beantragte sinngemäss, die Nichtigkeit des Vertrags sei festzustellen und der Vertrag sei rückabzuwickeln. Ein als Gutachter beauftragter Architekt stellte fest, dass eine Fläche von 122.40 m^2 tatsächlich bewohnbar ist und die Wohnung dem Käufer zu einem Kaufpreis von CHF 551’412 statt CHF 710’000 (ohne Parkplatz) hätte verkauft werden müssen, d.h. es ergibt sich eine Differenz von CHF 158’588.

[7] Mit Urteil vom 11. März 2015 verurteilte das Zivilgericht die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 158’588 zzgl. Zinsen. Das Appellationsgericht wies die Berufung der Verkäuferin ab. Dagegen erhob die Verkäuferin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Erwägungen

[8] Die Vorinstanz hielt fest, beim Kaufvertrag beeinflusse der Moment des Gefahrübergangs die Anwendung der Gewährleistungsregeln von Art. 197 ff. OR. Weiter führte sie aus, dass der Mangel, der zum Widerruf der Baubewilligung geführt hatte, vorbestehend zum Grundstückkauf gewesen sei und daher zumindest im Keim bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden habe. Da der Kläger die Obliegenheiten gemäss Art. 201 OR erfüllt habe, könne er seine Gewährleistungsrechte geltend machen und gemäss Art. 205 Abs. 2 OR eine Entschädigung für den Minderwert zugesprochen bekommen. Sie bezifferte den Minderwert auf CHF158’588, entsprechend der vom Gutachter berechneten Differenz zwischen dem bezahlten Kaufpreis und dem hypothetischen Preis der mangelhaften Wohnung. (E. 2.)

[9] Die Verkäuferin rügte eine Verletzung der Bestimmungen über die Sachgewährleistung und den Gefahrübergang. Der Mangel sei nach dem Gefahrübergang eingetreten, nämlich frühestens am 12. Mai 2009, als die Nichteinhaltung der ECA-Bedingung festgestellt wurde. Konkretisiert habe sich der Mangel am 9. Februar 2010 mit der Erteilung der partiellen Wohnbewilligung. Da der Mangel nach dem 3. April 2009, dem Datum der Grundbucheintragung, eingetreten sei, sei die Verschlechterung der Kaufsache nach dem Gefahrübergang eingetreten und stelle daher keinen Mangel dar. (E. 3.1.)

[10] Das Bundesgericht stellte fest, dass die Parteien einen Grundstückkaufvertrag über eine Maisonette-Wohnung mit 4.5 Zimmern abgeschlossen hatten. Dass die bewohnbare Fläche 157.60 m^2 betragen sollte und eine Eigenschaft der Kaufsache war, die die Verkäuferin im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR zugesichert hatte, sei unbestritten. (E. 3.2.)

[11] Das Bundesgericht führte aus, beim Kaufvertrag beeinflusse der Moment des Gefahrübergangs die Anwendung der Bestimmungen über die Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR. Es rief in Erinnerung, dass die Gewährleistung nur ins Spiel kommen könne, wenn der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zumindest im Keim bereits existiert habe. Trete die Verschlechterung der Kaufsache hingegen erst nach dem

Gefahrübergang ein, stelle sie keinen Mangel dar, auch wenn sie den Wegfall einer versprochenen Eigenschaft mit sich bringe. Der Verkäufer sei nicht verpflichtet, die Kaufsache im versprochenen oder erwarteten Zustand zu erhalten. Vorbehalten sei jedoch der Fall, dass ein sekundärer Mangel seinen Ursprung in einem primären Mangel habe, der bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden habe. In solchen Fällen habe der Verkäufer auch für den sekundären Mangel gemäss Art. 197 ff. OR einzustehen. (E. 3.3.)

[12] Sodann äusserte sich das Bundesgericht zu Art. 185 Abs. 1 OR, wonach Nutzen und Gefahr der Sache mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber übergehen (*«periculum est emptoris»)*, sofern nicht besondere Abreden oder Verhältnisse eine Ausnahme begründen. Art. 220 OR stelle für den Grundstückkauf eine besondere Regel auf. Wenn die Parteien für die Übernahme des Grundstücks einen bestimmten Zeitpunkt vertraglich festgelegt haben, werde vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst mit diesem Zeitpunkt übergehen. Diese Vereinbarung könne im Kaufvertrag aufgenommen sein, sich aber auch aus konkludenten Handlungen der Parteien ergeben. Bestehe keine Vereinbarung über den Zeitpunkt der Übergabe der Sache, komme Art. 185 OR zur Anwendung. (E. 3.3.)

[13] Im vorliegenden Fall erwog das Bundesgericht, die ECA-Bedingung, gemäss welcher sich die Fenster nicht öffnen lassen dürfen, und die Erfordernisse des kantonalen Baurechts an die natürliche Belüftung seien auf nicht behebbare Weise unvereinbar, und dies schon vor Erteilung der Baubewilligung. Trotzdem sei die Baubewilligung erteilt worden. Als die Schrägfenster geschlossen werden mussten, sei die Galerie infolge der Bestimmungen des kantonalen Baurechts *ipso facto* unbewohnbar geworden. Mit der partiellen Wohnbewilligung sei die Baubewilligung widerrufen worden, womit sie *ex tunc* aufgehoben worden sei. Das Bundesgericht schloss daraus, der Mangel, der in der zu geringen bewohnbaren Fläche bestehe, sei zwischen der Erteilung der Baubewilligung am 23. Dezember 2005 und der Beendigung der Bauarbeiten an der Wohnung aufgetreten, in jedem Fall aber vor Abschluss des Grundstückkaufvertrags bzw. einem späteren für den Besitzantritt vorgesehenen Zeitpunkt. Der Mangel sei daher vor dem Gefahrübergang entstanden, sodass sich der Käufer auf Art. 197 ff. OR berufen könne. (E. 3.4.)

[14] Die Ausführungen der Verkäuferin, wonach die Erteilung der partiellen Wohnbewilligung zu einer nachträglichen Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR geführt habe, liess das Bundesgericht nicht gelten. Die Regelung der nachträglichen Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR ziele nur auf Fälle, in denen die Unmöglichkeit dem Schuldner nicht zuzurechnen sei, nicht aber auf Fälle, in denen die Unmöglichkeit dem Schuldner anzulasten sei. Da es der Verkäuferin zuzurechnen sei, dass sie die Unvereinbarkeit der ECA-Bedingung mit den baurechtlichen Anforderungen an die Belüftung nicht vorhergesehen hatte, könne Art. 119 OR keine Anwendung finden. (E. 5.1./5.2.)

[15] Da die Bezifferung des Betrags, um den der Kaufpreis gemindert wurde, vor Bundesgericht nicht mehr bestritten wurde, prüfte das Bundesgericht diese Frage nicht. (E. 7.)

[16] Im Ergebnis wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. (E. 8.)

Kurzkommentar

[17] Gegenstand des Urteils ist die Sachgewährleistung beim Kauf eines Stockwerkeigentumsanteils, d.h. einem Grundstückkauf (Markus Vischer, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, in: ZBGR 2015, 217, 217). Das Urteil gibt Anlass, den Begriff des Sachmangels zu analysieren und den Zusammenhang zwischen Sachgewährleistung und Gefahrübergang aufzuzeigen. Auf die in der Literatur ausführlich behandelten allgemeinen Voraussetzungen der Sachgewährleistung soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

[18] Nach Art. 197 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auf dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Unter dem Begriff Sachmangel werden im Allgemeinen Fehler, d.h. körperliche und rechtliche Mängel, sowie das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft verstanden (BSK OR I-Heinrich Honsell, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 197 N 2). Die Mangelarten der vorausgesetzten

Eigenschaft und der zugesicherten Eigenschaft sind beide vertraglicher Natur (BK-Hans Giger, Der Fahrniskauf – Art. 184–215 OR, Bern 1979, Vor Art. 197–210 N 13 ff.; Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, in: recht 2015, 1, 1, 3; a.M. CHK-Markus Müller-Chen, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 197 N 16 m.w.H.). Sie haben keine eigenständige Bedeutung, sondern sind materiell identisch (Vischer, recht 2015, a.a.O., 3; Rainer Schumacher/Erich Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, § 5 N 164; a.M. wohl die h.L., vgl. z.B. CHK-Müller-Chen, a.a.O., Art. 197 N 14 ff.). Ein Sachmangel besteht immer im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft, d.h. einer ungünstigen Abweichung der effektiven von der vertraglich versprochenen Beschaffenheit (BSK OR I-Honsell, a.a.O., Art. 197 N 2; Vischer, recht 2015, a.a.O., 4 m.w.H.; Jörg Schmid, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf, in: ZGBR 2000, 353, 365).

[19] Ein körperlicher Mangel besteht im Fehlen einer physischen Eigenschaft, wohingegen ein rechtlicher Mangel vorliegt, wenn die Beschaffenheit der Kaufsache gegen objektives Recht verstösst (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 210, N 213; CHK-Müller-Chen, a.a.O., Art. 197 N 20). Ein solcher Sachmangel rechtlicher Natur ist vom Rechtsmangel i.S.v. Art. 192 OR abzugrenzen (so die h.L., gemäss einer Mindermeinung ist ein Rechtsmangel immer auch ein Sachmangel und der Käufer hat beim Vorliegen eines Rechtsmangels die Wahl, nach Art. 192 ff. OR oder Art. 197 ff. OR vorzugehen, vgl. Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, in: SJZ 2005, 233, 235). Während bei einem Rechtsmangel die Kaufsache durch Rechte eines Dritten belastet ist, fehlt ihr beim rechtlichen Sachmangel eine rechtliche Eigenschaft (BGE 95 II 119 E. 3b; BSK OR I-Honsell, a.a.O., Vor Art. 197–196 N 5). So liegt z.B. ein rechtlicher Mangel vor, wenn die Nutzbarkeit eines gekauften Grundstücks oder Gebäudes aufgrund baurechtlicher Vorschriften eingeschränkt ist (BGE 60 II 436 E. 3; Urteil des Bundesgerichts, ZBGR 1990, 367; BSK OR I-Honsell, a.a.O., Art. 197 N 2; ZK-Herbert Schönle/Peter Higi, Kauf und Schenkung – Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 197 N 75).

[20] Im vorliegenden Fall wich die tatsächlich bewohnbare Fläche von der zugesicherten Fläche ab, d.h. die effektive Beschaffenheit entsprach nicht der vertraglich versprochenen Beschaffenheit. Die Wohnung war daher mangelhaft. Der Grund für die Abweichung lag in der kombinierten Wirkung der baurechtlichen Vorschriften bezüglich Belüftung und den Anforderungen der Gebäudeversicherung an die Verglasung. Da die Verglasung geschlossen sein musste, konnten die baurechtlichen Anforderungen an Wohnräume nicht erfüllt werden. Mit der Erteilung der partiellen Wohnbewilligung wurde die Nutzung der Galerie als Wohnraum ausgeschlossen und damit die bewohnbare Fläche vermindert. Die bewohnbare Fläche und damit die Nutzbarkeit der Wohnung waren aufgrund rechtlicher Vorschriften eingeschränkt. Der Sachmangel war somit rechtlicher Natur.

[21] Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels ist unbestrittenermassen der Gefahrübergang (BSK OR I-Honsell, a.a.O., Art. 197 N 11; Schmid, a.a.O., 365). Tritt der Mangel erst nach dem Gefahrübergang auf, finden die Gewährleistungsvorschriften keine Anwendung und der Verkäufer haftet nach den allgemeinen Nichterfüllungsregeln gemäss Art. 97 OR (BSK OR I-Koller, a.a.O., Art. 185 N 45; Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 163). Es reicht, dass der *Keim* des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits existiert hat, auch wenn die Wirkungen erst später auftreten (Urteil des Bundesgerichts 4C_321/2006 vom 1. Mai 2007 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 E. 3.2.3; BK-Giger, a.a.O., Art. 197 N 43). Wann ein Mangel *im Keim* existiert, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht abstrakt erörtert. Es werden einzig beispielhafte Fälle aufgeführt, z.B. das als einwandfrei verkaufte Möbelstück, das von einem Holzwurm befallen ist, oder das als gesund bezeichnete Tier, das an einer Krankheit leidet (BK-Giger, a.a.O., Art. 197 N 43). Aus diesen Beispielen wird klar, dass die Formulierung sich auf die *Ursache* des Mangels bezieht. Diese muss der Kaufsache bereits vor dem Gefahrübergang anhaften. Eine Verschlechterung, die nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs eintritt, stellt hingegen keinen Mangel dar. Dies gilt nach der Rechtsprechung jedoch nicht für sekundäre Verschlechterungen, die ihren Ursprung in einem primären Mangel haben, der beim Gefahrübergang bereits bestand (Urteil des Bundesgerichts 4C_321/2006 vom 1. Mai 2007 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 E. 3.2.3; vgl. zum Begriff des Primär- und Sekundärmangels Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014; Katrin Speck/Markus Vischer, Contrat d'entreprise, prescription

des droits de garantie, in: dRSK, publiziert am 4. September 2014, N 34). Solche sekundären Mängel, die nach dem Gefahrübergang auftreten, haben im *Keim* ebenfalls bereits vor dem Gefahrübergang bestanden.

[22] Nutzen und Gefahr gehen mit dem Vertragsabschluss auf den Käufer über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Vereinbarungen eine Abweichung begründen (Art. 185 Abs. 1 OR) (vgl. zu Art. 185 OR allgemein Vischer Markus, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, in: Jusletter 26. Juli 2004, N 2). Bei Grundstückkäufen gilt gemäss Art. 220 OR die Vermutung, dass, falls für die Übernahme des Grundstücks ein bestimmter Zeitpunkt vertraglich festgelegt ist, der Gefahrübergang in diesem Zeitpunkt stattfindet. «Übernahme» meint den Antritt des Besitzes (BSK OR I-Koller, a.a.O., Art. 220 N 4 m.w.H.). Für Grundstücke ergibt somit für den Gefahrübergang folgende Kaskade: primär ist auf eine konkrete Vereinbarung über den Gefahrübergang abzustellen; in zweiter Linie wird vermutungsweise auf den Zeitpunkt des Besitzantritts abgestellt, sofern ein solcher vereinbart wurde; subsidiär gilt die Grundregel, wonach Nutzen und Gefahr mit dem Vertragsabschluss übergehen (Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 30, N 75).

[23] Im vorliegenden Fall musste das Bundesgericht sich nicht dazu äussern, in welchem Zeitpunkt Nutzen und Gefahr konkret übergingen. Der frühestmögliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs war der Abschluss des Grundstückkaufvertrags. Das Bundesgericht hielt richtigerweise fest, dass der Mangel auf jeden Fall früher eingetreten war. Der Mangel an der Wohnung bestand nämlich von Anfang an, d.h. ab dem Bau der Wohnung. Das Kaufobjekt war seit seiner Entstehung von einem Mangel betroffen, da die Galerie aufgrund rechtlicher Vorschriften objektiv unbewohnbar war. Wann die Gemeinde dies konkret feststellte, ist nicht relevant. Dass ursprünglich eine Baubewilligung irrtümlicherweise ohne Einschränkungen erteilt wurde, kann daran nichts ändern. Die Baubewilligung wurde mit Wirkung *ex tunc* widerrufen.

[24] Art. 119 OR regelt die nachträgliche, unverschuldete Unmöglichkeit. Die Bestimmung findet nur Anwendung, wenn das Unmöglichwerden der Leistung nicht dem Risikobereich des Schuldners zuzuordnen ist, d.h. den Schuldner darf kein Verschulden treffen und er muss nicht für das Verschulden einer Hilfsperson einstehen (BSK OR I-Wolfgang Wiegand, a.a.O., Art. 119 N 8; Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2534 f.; Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht, in: SJZ 2009, 129, 133). Ein sog. Übernahmeverschulden trifft den Schuldner, wenn er eine Leistung versprochen hat, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie nicht wird erbringen können (BGE 111 II 352 E. 2a; BSK OR I-Wiegand, a.a.O., Art. 97 N 12).

[25] Vorliegend hielt das Bundesgericht relativ knapp fest, es sei der Verkäuferin zuzurechnen, dass sie die Unvereinbarkeit der relevanten Bestimmungen nicht vorhergesehen hatte. Das Bundesgericht ging also davon aus, die Verkäuferin treffe ein Übernahmeverschulden. Sie hätte wissen müssen, dass die kombinierte Wirkung der ECA-Bedingung und der baurechtlichen Bestimmungen dazu führen würde, dass die Galerie nicht als bewohnbar gelten kann. Daher konnte sich die Verkäuferin nicht auf Art. 119 OR berufen.

Zitiervorschlag: Linda Bieri / Markus Vischer, Sachmängel und Gefahrübergang beim Kauf von Stockwerkeigentum, in: dRSK, publiziert am 23. Januar 2017

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw