

# BAU- UND IMMOBILIENRECHT

AKTUELLE THEMEN – KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE

MÄRZ 2024  
NEWSLETTER 03



## Liebe Leserin, lieber Leser

Probleme bei der Mängelhaftung führen immer wieder zu Unsicherheiten. Mit den Unterschieden in der Mängelhaftung nach OR und SIA-Norm 118 starten wir unsere heutige Ausgabe. Die wichtigsten Unterschiede wie etwa beim Nachbesserungsrecht, bei der Minderung oder Wandelung werden für Sie anschaulich gegenübergestellt und erläutert.

Ab Seite 4 stehen neue Gerichtsentscheide aus den Jahren 2022 und 2023 zum Grundstückskaufvertrag im Mittelpunkt. Die relevantesten Neuerungen und Konkretisierungen werden zusammengefasst, beispielsweise zum Ausmass der Immobilie oder zu arglistigem Verschweigen. Und schliesslich geht es ab Seite 7 um die Auswirkungen eines Eigentümerwechsels auf Mietverhältnisse.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre

Joel Weishaupt, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: Unterschiede in der Mängelhaftung Seite 1
- Best Practice: Grundstückkaufvertrag Seite 4
- Best Practice: Eigentümerwechsel und Mietverhältnisse Seite 7

## Unterschiede in der Mängelhaftung nach OR und SIA-Norm 118

Mängelhaftung nach OR oder SIA-Norm 118? – eine Frage, die sich bei Abschluss jedes Bauvertrags stellt. Die Wahl des Gewährleistungsregimes sollte nicht leichtfertig getroffen werden, denn es gibt bedeutsame Unterschiede zwischen der Mängelhaftung nach OR und derjenigen nach SIA-Norm 118. Der vorliegende Beitrag verschafft einen Überblick über die Mängelhaftung nach OR und SIA-Norm 118 und hebt – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die wichtigsten Unterschiede hervor.

■ Von Sophie Bühlmann, MLaw, LL.M., Anwaltskanzlei Grischott-Domanig AG

### System der Mängelhaftung

#### ► Nach OR

Die gesetzliche Mängelhaftung setzt voraus, dass die Bauherrin das abgelieferte Werk prüft, sobald es nach dem üblichen Ge-

schäftsgang tunlich ist, und den Unternehmer über allfällige Mängel sofort in Kenntnis setzt (Art. 367 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht erachtet eine siebentägige Rügefrist grundsätzlich als angemessen, wobei jedoch stets

die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.<sup>1</sup> Das Vorliegen eines Werkmangels ist die Kernvoraussetzung für den Eintritt der Mängelhaftung. Das Werk ist mangelhaft, wenn es vom Vertrag abweicht, oder bei Fehlen einer zugesicherten oder einer nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzten oder voraussetzbaren Eigenschaft.<sup>2</sup> Rügt die Bauherrin den erkannten Werkmangel nicht unverzüglich (also innerhalb von sieben Tagen), gilt das Werk als genehmigt, und die Mängelrechte sind verwirkt.<sup>3</sup>

#### ► Nach SIA-Norm 118

Das Werk wird von der Bauherrin gemeinsam mit dem Unternehmer innert Monatsfrist geprüft (Art. 158 Abs. 2 SIA-Norm 118). Im Unterschied zur gesetzlichen Regelung erfolgt die Prüfung *gemeinsam* und *vor* der Abnah-



## Neue Gerichtsentscheide zum Grundstückkaufvertrag

In den Jahren 2022 und 2023 hatte das Bundesgericht mehrfach die Gelegenheit, sich zu relevanten Aspekten des Grundstückkaufvertrags wie Haftung für zugesicherte Eigenschaften, arglistige Täuschung, Grundlagenirrtum und Formvorschriften beim Immobilienkauf zu äussern. Die relevantesten Neuerungen und Konkretisierungen sind in diesem Artikel zusammengefasst.

■ Von Dr. Maja Baumann, LL.M., Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

### Zu geringes Ausmass der Immobilie (BGer 4A\_499/2022 vom 8. August 2023)

Im vorliegenden Fall ging es um eine Stockwerkeinheit, welche kleiner war als in den im Grundbuch hinterlegten Plänen angegeben. Strittig war, ob dies einen Mangel darstellt, welcher nach Art. 219 OR zu beurteilen ist.

Art. 219 OR sieht vor, dass der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer Ersatz leisten muss, wenn das Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist; vorbehalten sind anderweitige vertragliche Abreden sowie Abweichungen von den basierend auf einer amtlichen Vermessung im Grundbuch angegebenen Massen. Für diese Masse haftet der Verkäufer nur, wenn er diese im Kaufvertrag explizit gewährleistet. Es handelt sich bei Art. 219 OR um einen Sonderfall der Mengenabweichung. Andere Mängel wie beispielsweise ein zu geringes Volumen des Gebäudes unterliegen der ordentlichen Regelung von Art. 197 ff. OR.

Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid klargestellt, dass eine zu geringe Fläche einer Stockwerkeigentumseinheit im Vergleich zu den Plänen, die zwar einen grundbuchlichen Beleg darstellten, aber nicht durch die im Grundbuch festgehaltene amtliche Vermessung erfasst waren, nicht nach Art. 219 OR, sondern gemäss der Regelung von Art. 197 ff. OR zu beurteilen ist. Die Verkäuferin hat daher den Mangel bzw. Minderwert zu erstatten (mehr dazu im nächsten Abschnitt).

### Abweichung von zugesicherten Eigenschaften (BGer 4A\_499/2022 vom 8. August 2023 und BGer 4A\_189/2021 vom 21. März 2023)

Das Bundesgericht hielt im oben erwähnten Entscheid fest, dass «zugesicherte Eigen-

schaften» gemäss Art. 197 Abs. 1 OR sowohl ausdrückliche als auch implizite Zusicherungen des Verkäufers bezüglich des Kaufobjekts umfassen. Relevant ist, ob der Käufer auf die Angabe, dass die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Beschaffenheit aufweist, nach Treu und Glauben vertrauen durfte.

Die Flächenangaben in den Plänen, die bei den Vertragsgesprächen vor Abschluss des Kaufvertrags über einen Stockwerkanteil verwendet wurden, sind gemäss Bundesgericht zugesicherte Eigenschaften; der Käufer kann sich grundsätzlich darauf verlassen, ohne die Richtigkeit der Angaben vor Vertragsabschluss überprüfen zu müssen. Selbst wenn der Käufer die Wohnung besichtigt hat, muss er eine Flächendiskrepanz nicht bemerken und darf sich auf die Pläne verlassen. Es wird vermutet, dass die so versprochene Fläche einer Wohnung nach der allgemeinen Lebenserfahrung ausschlaggebend für die Entscheidung des Käufers war, zum vereinbarten Preis den Stockwerkanteil zu kaufen. Im konkreten Fall führte die Verkaufsdokumentation einer Immobilie 288 m<sup>2</sup> Wohnfläche, in 6,5 Zimmern, davon zwei im 2. Stock, auf. Die Immobilie enthielt im 2. Stock bereits zwei Zimmer. Beim Erwerb erhielt der Käufer die Pläne, welche im 2. Stock zwei Zimmer, eines von 66,5 m<sup>2</sup> mit mehr als 2,40 m Höhe und eines von 81,7 m<sup>2</sup> mit weniger als 2,40 m Höhe aufzeigten. Das Gericht hielt fest, dass der Käufer in gutem Glauben beim Zimmer mit über 2,40 m Höhe davon ausgehen durfte, dass dieses zum Wohnen benutzt werden durfte, und das Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft Anspruch auf Minderung des Kaufpreises gibt.

In einem anderen Fall hatte der Verkäufer die Vermietbarkeit der Immobilie zugesichert. Es

bestand jedoch ein Entscheid der Gemeindebehörde, welche die Vermietbarkeit verneinte. Auch wenn dieser Entscheid angefochten wurde und das Verfahren noch hängig war, lag ein Mangel vor, weil es einem Käufer nicht zugemutet werden kann, jahrelang auf den Verfahrensausgang zu warten. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass der Zeitpunkt der Übergabe relevant ist für die Feststellung, ob ein Mangel vorlag oder nicht.

### Haftung für erwartete Eigenschaften (BGer 4A\_627/220)

Das Bundesgericht wies in diesem Fall darauf hin, dass die Haftung des Verkäufers bei erwarteten Eigenschaften weniger streng ist als bei zugesicherten Eigenschaften, da im ersten Fall, gemäss Art. 197 Abs. 1 OR, die Abweichung im Minimum zu einer erheblichen Minderung des beabsichtigten Nutzens oder des objektiven Werts der Sache führen muss, um als Mangel zu gelten. Zudem wurde klargestellt, dass das Ausmass der Anforderungen an die erwartete Qualität vom Vertragsinhalt, der Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben und den weiteren Umständen des konkreten Einzelfalls abhängt. Relevant ist grundsätzlich der geringere Wert oder Nutzen, sofern der Käufer in Kenntnis dieses Mangels den Vertrag nicht oder nur zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte.

Im besprochenen Fall ging es unter anderem um ein leckes Hausdach. Der Verkäufer hatte dem Käufer in den Verkaufsgesprächen mitgeteilt, dass es im Jahr zuvor Probleme mit der Dichtigkeit des Daches gegeben habe und dass er selber, d. h. ein Nicht-Profi, diese behoben habe. Der Kaufvertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Dichtigkeit des Daches zwar eine erwartete Eigenschaft eines Hauses sei, dass aber mit der Offenlegung, dass ein Nicht-Fachmann Arbeiten am Dach ausgeführt hatte, dem Handeln nach Treu und Glauben Genüge getan worden war und somit die Freizeichnungsklausel anwendbar ist.

Bemerkenswert ist zudem, dass in diesem Entscheid die Äusserung des Maklers, dass das Dach neu sei, nicht dem Verkäufer zugerechnet wurde, sondern nur als Wiedergabe des Wissensstands des Maklers gewertet wurde.



# Eigentümerwechsel und Mietverhältnisse

Es gilt der Grundsatz «Kauf bricht Miete in der Regel nicht». Entsprechend dem Gesetz Art. 261 OR gehen bestehende Mietverhältnisse auf den Erwerber über. Dieser kann aber das Mietverhältnis in gewissen Fällen vorzeitig kündigen. Der Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber der Mietsache befreit den Verkäufer nicht von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Mieter. Kündigt der Erwerber das Mietverhältnis früher, als es der Vertrag gestatten würde, so ist der Veräusserer gegenüber dem Mieter grundsätzlich schadenersatzpflichtig. Die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte, die einem Eigentümerwechsel gleichkommen, sind einer Veräusserung der Sache gleichgestellt.

■ Von Dr. Urban Hulliger

## Vom Liegenschaftenerwerber zu beachten

Grundsätzlich gehen alle Rechte und Pflichten auf den Erwerber über. Vor dem Erwerb sind die folgenden Sachverhalte zu klären:

### ► Sperrfrist

Lehre und Rechtsprechung sind sich überwiegend einig, dass eine allenfalls noch laufende Kündigungssperrfrist auf den Erwerber übergeht. Eine Kündigung des Mietverhältnisses ist deshalb nur beim Vorliegen eines nachgewiesenen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters möglich.

### ► Hängige Verfahren

Wird die Liegenschaft während eines hängigen Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens, welches Ansprüche der Mietvertragsparteien aus dem Mietverhältnis zum Gegenstand hat, veräussert, tritt der Erwerber in Anwendung der Bestimmungen des Art. 261 Abs. 1 OR als (neuer) Vermieter in den Prozess ein.

Dies aber nur insoweit, als der Klagegegenstand einen Sachverhalt betrifft, der sich auf das Mietverhältnis auch unter dem neuen Eigentümer auswirkt, wie z.B. eine Veränderung des Mietzinses, Beseitigung eines Mangels, Kündigung des Veräusserers und Erstreckung. Es ist nun Sache zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber, eine Regelung bezüglich angefallener und künftiger Gerichts-, Partei- und Anwaltskosten im Rahmen der ausseramtlichen Abrechnung zu finden.

### ► Fällige, noch ausstehende Mietzinse

Mit der ausseramtlichen Abrechnung findet eine Saldoziehung zwischen Einnahmen und Ausgaben per Antrittstag zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber statt. Das bedeutet, dass die vor dem Eigentümerwechsel geschuldeten, jedoch noch nicht bezahlten Mietzinse dem Veräusserer bleiben. Diese Guthaben gehen nur mit einer ausdrücklichen Forderungsabtretung im Sinne der Bestimmungen des Art. 164 ff. OR auf den Erwerber über. Eine Fristansetzung zur Bezahlung dieser ausstehenden Mietzinse nach Art. 257d OR kann aber vom Erwerber ausgehen. Auch kann der Erwerber nach unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist das Mietverhältnis kündigen. Dem Veräusserer fehlt für diese Massnahme das Rechtsschutzinteresse.

### ► Mögliche Mietzinsherabsetzungsansprüche von Mietern

Unter Beachtung der Bestimmung, dass der Erwerber in alle Rechte und Pflichten eines allenfalls bestehenden Mietverhältnisses eintritt, übernimmt er auch ein vom Mieter nach Art. 270a OR gestelltes Mietzinsreduktionsbegehren; dies in dem Stadium, in welchem es sich gerade befindet. Das bedeutet, dass der Mieter kein neues Begehren stellen muss. Der Erwerber kann einem solchen Ansinnen aber seine Renditenberechnung aufgrund seines investierten Kapitals entgegenhalten. Wurde das noch hängige Senkungsbegehren vom Mieter auf einen Zeitpunkt vor der Eigentumsübertragung geltend gemacht, so ist dem Erwerber der Einwand einer unge-

nügenden Rendite auf dem Kaufpreis verwehrt. Seinem Begehren hat der Mieter nur die Kapitalkosten des Veräusserers zugrunde gelegt.

### ► Mögliche Ansprüche des Mieters wegen Mängeln an der Sache

Der Anspruch auf Beseitigung von Mängeln richtet sich, auch wenn der Mangel vor dem Erwerb entstanden ist, gegen den neuen Vermieter. Ab Datum der Eigentumsübertragung trifft den Erwerber die Verpflichtung, das Mietobjekt in einem zum vertragsgemässen Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter bis dato noch nie eine Mängelrüge geltend gemacht hat. Die Ansprüche auf Beseitigung sind nicht verwirkt, denn ein Eigentümerwechsel stellt keinen neuen Mietvertragsabschluss dar.

Für die Zeit bis zur Eigentumsübertragung müssen aber die Ansprüche auf Mietzinsreduktion und Schadenersatz gegenüber dem Veräusserer geltend gemacht werden, da dieser durch die Entgegennahme des aufgrund der Mängel zu hohen Mietzinses sich im Sinne der Bestimmungen des Art. 62 ff. OR ungerechtfertigt bereichert hat.

Dies gilt auch für die Rückforderung, z.B. wegen einer nichtigen Mietzinserhöhung, zu viel bezahlter Mietzinse oder zu viel bezahlter Nebenkosten.

### ► Mieterkautionen

Der Anspruch auf die Leistung einer im Mietvertrag vereinbarten, vom Mieter aber noch nicht geleisteten Sicherheit geht auf den Erwerber über.

Ist im Mietvertrag eine Kautionsvereinbarung vereinbart, hat sich der Erwerber zu vergewissern, dass diese auch gesetzeskonform angelegt ist. Andernfalls muss dieser Umstand bei der ausseramtlichen Abrechnung berücksichtigt werden.

### Grundsatz: Übergang der Mietverträge

Art. 261 OR kann mindestens bezüglich Abs. 1, 2 und 4 als absolut zwingende Norm bezeichnet werden. Er wurde als Schutz für den Mieter im Falle von klar eingegrenzten Rechtsgeschäften zwischen dem Vermieter und einem dritten Erwerber eingeführt. Im SVIT-Kommentar ist dazu zu lesen: