www.jusletter.ch

PD Dr. Christoph Brunner / Dr. Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2011 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die im Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2011 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

Rechtsgebiet(e): Kaufrecht; Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2011 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 24. September 2012

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung
II. Gewährleistungsrecht – Fahrniskauf
1. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bei offenen Mängeln nach Art. 201 OR
2. Unerheblicher Mangel gem. Art. 197 OR; Anforderungen an den Beweis des Schadens aus entgangenem Gewinn; (keine) Vormerknahme eines Nachklagevorbehalts
III. Gewährleistungsrecht – Grundstückkauf
1. Umfang einer Freizeichnungsklausel
2. Unbeachtlichkeit einer Freizeichnungsklausel bei arglistigem Verschweigen von Mängeln
3. Arglistiges Verschweigen von Mängeln nur bei Kenntnis dieser Mängel durch Verkäufer ?
4. Offene AGB-Kontrolle von Freizeichnungsklauseln?
IV. Grundstückkauf – sonstiges
1. Rückzahlungsforderung gemäss Vorvertrag
2. Vorvertragliche Haftung aus culpa in contrahendo
3. Passivlegitimation / Durchgriff
4. Grundstückkauf mit projektierter Baute – vertragliche Qualifikation und Beurkundungsumfang
V. Vertragsbedingungen
1. Suspensivbedingungen in Kaufverträgen
3. Nichtigkeit eines Vertrags aufgrund Unmöglichkeit einer Vertragsbedingung
VI. Hinweis auf Revision des OR: längere Verjährungsfristen für kauf- und werkvertragliche Mängelrechte

I. Vorbemerkung

[Rz 1] Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2011 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2010 in Jusletter vom 3. Oktober 2011 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2008 und 2009 im Jusletter vom 26. Juli 2010 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2007 im Jusletter vom 13. Oktober 2008 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2006 im Jusletter vom 12. November 2007 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2005 im Jusletter vom 19. Juni 2006 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2004 im Jusletter vom 18. April 2005 (Markus Vischer) und für die Jahre 2000-2003 im Jusletter vom 18. Oktober 2004 (Angela Geisselhardt).

II. Gewährleistungsrecht – Fahrniskauf

1. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bei offenen Mängeln nach Art. 201 OR

Urteil des Bundesgerichts 4D_4/2011 vom 1. April 2011 (CB)

[Rz 2] Die Y. SA (Käuferin) bestellte bei der X. SA (Verkäuferin) Bäume zur Einpflanzung in einer Hecke. Am 9. Oktober 2006 wurden die Bäume, welche die Verkäuferin von einer Baumschule in Deutschland bezog, geliefert. Am gleichen und darauffolgenden Tag wurden die Bäume, mit den Sackleinen um die Wurzeln gewickelt, sofort verpflanzt. Dabei stellten Mitarbeiter der Käuferin fest, dass die Wurzelballen schlaff waren, weil die Sackleinen abgefallen waren, wodurch die Wurzeln entblösst und ungeschützt gewesen waren. Die Käuferin fotografierte die Wurzelballen, um den Mangel zu dokumentieren. Daraufhin rief sie die Verkäuferin am 13., 19. und 26. Oktober 2006 an und sandte ihr am 31. Oktober 2006 per E-Mail kommentarlos die Fotos der Wurzelballen. Ende des Jahres bemerkte die Käuferin, dass die gekauften Bäume ihre Nadeln verloren. Nachdem die Parteien am 13. April 2007 eine Inspektion vor Ort vorgenommen hatten, lehnte die Verkäuferin mit E-Mail vom 20. April 2007 jegliche Haftung ab, reduzierte aber ihre Rechnung für die Bäume um etwa die Hälfte. Da die Käuferin die Rechnung der Verkäuferin nicht bezahlte, wurde sie betrieben und reichte im Anschluss an die provisorische Rechtsöffnung eine Aberkennungsklage und Schadenersatzklage ein. Diese wurde vom Kantonsgericht des Kantons Wallis gutgeheissen. Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde zog die Verkäuferin das Urteil weiter an das Bundesgericht.

[Rz 3] Das Bundesgericht erwog, gem. Art. 197 Abs. 1 OR hafte der Verkäufer sowohl für zugesicherte Eigenschaften als auch dafür, dass die Kaufsache weder körperliche noch rechtliche Mängel aufweise, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Die Mängel müssten bereits vor dem Risikoübergang vorliegen und der Käufer dürfe sie zur Zeit des Kaufs nicht gekannt haben (Art. 200 OR). Der Käufer habe die Wahlmöglichkeiten von Art. 205 bis 209 OR, sofern er nach Art. 201 OR dem Verkäufer nach Entdeckung der Mängel sofort Anzeige erstatte.

[Rz 4] Entgegen der Behauptung der Verkäuferin und in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz bestätigte das Bundesgericht die Mangelhaftigkeit der gelieferten Bäume, u.a. mit der Begründung, dass es für die Gewährleistung nach Art. 197 OR unwichtig sei, ob der Verkäufer oder sein Lieferant für den Mangel an der Sache die Verantwortung trage.

[Rz 5] Im Weiteren folgte das Bundesgericht der Ansicht der Verkäuferin und Beschwerdeführerin, wonach die Mängelrüge der Käuferin verspätet erfolgt sei. Nach den allgemeinen Regeln von Art. 8 ZGB sei die Käuferin sowohl für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge als auch für den Zeitpunkt, in dem sie vom Mangel Kenntnis erhalten hat, beweispflichtig (E. 3). Das Bundesgericht erwog, dass aufgrund der Aktenlage (insbesondere einem Telefonjournal) die Feststellung der Vorinstanz, dass die Käuferin gegenüber der Verkäuferin am 9. Oktober 2006 telefonisch die Mängel gerügt hätte, willkürlich und daher unbewiesen sei. Da es sich vorliegend um offene Mängel handle, die also nach einer Prüfung

nach dem üblichen Geschäftsgang hätten entdeckt werden können (Art. 201 Abs. 2 OR am Ende), hätten diese sofort gerügt werden müssen, ansonsten die Ware als genehmigt gelte (Art. 201 Abs. 2 OR). Nach gefestigter Rechtsprechung gelte eine innerhalb einer Frist von 2-3 Werkstagen seit Entdeckung des Mangels erhobene Rüge als «sofort» erhoben; 17-20 Tage seien demgegenüber als verspätet zu erachten. Die Käuferin habe am 31. Oktober 2006 der Verkäuferin per E-Mail die Fotos der Wurzelballen der Bäume gesandt, jedoch ohne weitere Erklärung oder genaue Bezeichnung des Mangels. Es sei zweifelhaft, ob diese E-Mail überhaupt die Anforderungen einer Mängelrüge erfülle. In jedem Fall sei diese mit 22 Tagen nach Lieferung der Ware als zu spät erfolgt. In der Folge wurde die Beschwerde vom Bundesgericht gutgeheissen.

Bemerkung

[Rz 6] Das Bundesgericht bestätigt seine Praxis, wonach hinsichtlich der Rügeobliegenheit in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht strenge Anforderungen gelten[1]. Obschon die Anzeige der Mängelrüge nicht formbedürftig ist, also an sich auch mündlich gültig ist, zeigt der Entscheid exemplarisch auf, dass aus Beweisgründen Schriftlichkeit nicht nur empfehlenswert, sondern oft auch praktisch erforderlich ist. In casu hatte der Vertreter der Käuferin behauptet, er habe den Mangel noch am Tag der Lieferung (9. Oktober 2006) per Mobiltelefon gerügt. Da dies von der Verkäuferin bestritten worden war und insofern kein schriftliches Beweismittel vorlag, erkannte das Bundesgericht, dass die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Käuferin der Verkäuferin die Mängel an diesem Tag telefonisch angezeigt habe, willkürlich sei. Weiter war aufgrund eines Telefonjournals des Festnetzanschlusses der Käuferin (Liste der gemachten und erhaltenen Telefonanrufe mit entsprechenden Nummern) erstellt, dass die Käuferin die Verkäuferin am 13., 19. und 26. Oktober 2006 angerufen hatte. Allerdings war damit noch kein Beweis erbracht über die Länge und den Inhalt der Anrufe, weshalb die Behauptung der Käuferin, sie habe anlässlich dieser Anrufe den Mangel gerügt, wiederum nicht bewiesen werden konnte. Im Prozess hatte die Verkäuferin bloss anerkannt, zu einem unbestimmten Zeitpunkt vor dem 31. Oktober 2006 telefonisch über den Mangel informiert worden zu sein. Einmal mehr gilt es daher festzuhalten, dass Käufer gut beraten sind, beweismässig alles vorzukehren, um die Existenz des Mangels und die sofortige (in der Regel innerhalb von 2-3 Werktagen) Mitteilung an den Verkäufer umfassend schriftlich zu dokumentieren.

[1] Vgl. Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 3. Oktober 2011, Rz. 12 ff. m.w.Nw. in Rz. 17.

2. Unerheblicher Mangel gem. Art. 197 OR; Anforderungen an den Beweis des Schadens aus entgangenem Gewinn; (keine) Vormerknahme eines Nachklagevorbehalts

Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2011 vom 18. Januar 2012 (CB)

[Rz 7] Am 29. Mai 2008 schlossen die Käuferin (X. GmbH) und die Verkäuferin (Y. AG bzw. deren Rechtsvorgängerin) einen Vertrag über den Kauf und die Montage eines hydraulischen Krans zum Preis von rund CHF 100'000. Der Kran wurde von der Verkäuferin auf dem Lastwagen der Käuferin montiert, worauf diese den Kaufpreis bezahlte. Vier Monate nach Übergabe des Krans gelangte die Käuferin erstmals mit einer Mängelliste an die Verkäuferin und setzte ihr eine Frist für eine Ersatzlieferung. Mangels Reaktion der Verkäuferin verlangte die Käuferin im November 2008 Wandelung, worauf die Verkäuferin im Dezember 2008 während einer Woche Reparaturarbeiten und Messungen durchführte. Während dieser Zeit konnte die Käuferin den Kran nicht einsetzen. Nachdem weitere Mängellisten hinzukamen, erhob die Käuferin gegen die Verkäuferin Klage, welche vom Bezirksgericht als auch vom Kantonsgericht abgewiesen wurde. In der Folge erhob die Käuferin Beschwerde in Zivilsachen und beantragte Minderung, Mängelbehebung, Schadenersatz und die Vormerknahme eines Nachklagevorbehalts. Vor Bundesgericht war die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht streitig.

[Rz 8] Die Käuferin machte geltend, dass das von ihr beanstandete Spiel an der Kransäule schon deshalb ein rechtlich relevanter Mangel sei, weil das Schwenkspiel von 9 mm über dem Maximalwert der in den Herstellerangaben festgehaltenen 8 mm liege. Das Bundesgericht schloss sich dem Urteil der Vorinstanz an, wonach aufgrund des Fehlens einer schriftlichen oder mündlichen Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Kaufsache (insbes. der betreffenden Herstellerangaben) gemäss Art. 197 OR einzig massgebend sei, ob dem Kran eine vorausgesetzte Eigenschaft fehle, er mit anderen Worten Mängel aufweise, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Entsprechend könne für sich alleine betrachtet ein Überschreiten der Herstellerangaben keine Erheblichkeit des Mangels begründen (E. 3.1). Des Weiteren sei das Bundesgericht an die Feststellung der Vorinstanz gebunden, welche aus dem einschlägigen gerichtlichen Gutachten abgeleitet habe, dass das Schwenkspiel in tatsächlicher Hinsicht nicht mangelhaft sei. In diesem Zusammenhang stimmte das Bundesgericht mit der Vorinstanz zudem darüber überein, dass der mit der Beseitigung des Mangels verbundene Aufwand relativ gering sei, weshalb kein rechtlich relevanter Mangel vorliege.

[Rz 9] Weiter rügte die Käuferin, die Vorinstanz habe zwar

gemäss dem gerichtlichen Gutachten festgehalten, der linke Steuerblock sei beim äussersten Element undicht. Die Vorinstanz habe aber zu Unrecht die Undichte des Steuerblocks als unerheblichen Mangel qualifiziert. Das Bundesgericht erwog indessen, dass es gemäss dem Gutachten genüge, den Steuerblock an diesem Element neu abzudichten. Die Vorinstanz stellte (offensichtlich mangels substantiierter Bestreitung) auf die Behauptung der Verkäuferin ab, wonach dieser Mangel eine Bagatelle sei und die Behebung bloss einen halben Arbeitstag beanspruche. Die Käuferin (Beschwerdeführerin) wies vor Bundesgericht nicht mit den erforderlichen Aktenhinweisen nach, dass sie vor den kantonalen Instanzen substantiiert geltend gemacht hätte, die Abdichtung dieses Elements sei aufwendiger als von der Verkäuferin behauptet (E. 3.2). Entsprechend war aus Sicht des Bundesgerichts nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz kein Gutachten zum Minderwert eingeholt hatte, da sich ein allfälliger Minderwert der Kaufsache bei Fehlen eines erheblichen Mangels als von vornherein unerheblich erweisen würde (E. 3.3).

[Rz 10] Schliesslich beanstandete die Käuferin überspannte Beweisanforderungen hinsichtlich des Schadens wegen Nutzungsausfalls während der Reparaturzeit, d.h. vom 15. bis 19. Dezember 2008. Das Bundesgericht schloss sich dem Urteil der Vorinstanz an, wonach zwar ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns grundsätzlich zu bejahen sei, jedoch der geltend gemachte Schaden als nicht rechtsgenüglich nachgewiesen sei. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen des Vormonats (November 2008) seien nicht geeignet gewesen, den entgangenen Gewinn eines anderen Monats mit genügender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Käuferin hätte vielmehr durch das Heranziehen der Vorwochen (erste zwei Dezemberwochen) als Referenzgrösse oder den konkreten Nachweis von Transportaufträgen für die fragliche Zeitspanne den Beweis für den entgangenen Gewinn erbringen können. Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der Richter die Schadensschätzung bei entgangenem Gewinn vornehmen kann, sofern der ziffernmässige Nachweis des Schadens nicht möglich ist, befreie «die beweispflichtige Partei nicht davon, soweit möglich und zumutbar alle für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechenden Umstände zu behaupten und zu beweisen» (E. 3.5).

[Rz 11] Schliesslich trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Käuferin, die Vorinstanz habe es zu Unrecht abgelehnt, von ihrem Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen (weil sich der Schaden aufgrund weiterer Betriebsausfälle weiter vergrössern könne), nicht ein. Ob eine «Teilklage» erhoben wurde bzw. wie weit die Rechtskraft reicht, hänge von den gestellten Klagebegehren ab sowie vom Rechtsgrund und vom Sachverhalt, auf welche diese gestützt werden, und nicht davon, ob im Urteil von einem Nachklagevorbehalt Vormerk genommen werde. Aus der unterbliebenen Vormerknahme von ihrem Nachklagevorbehalt sei der Beschwerdeführerin somit von vornherein kein Nachteil entstanden (E. 4). In der Folge wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Bemerkung

[Rz 12] Nach dem Bundesgericht stellt eine Abweichung von bestimmten Herstellerangaben nicht automatisch einen Mangel dar; vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Sache eine vorausgesetzte Eigenschaft fehlt, sie also Mängel aufweist, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Bemerkenswert ist, dass nach dem Entscheid eine Reparatur, die einen halben Arbeitstag beansprucht, bei einem Kaufpreis von rund CHF 100'000 keinen erheblichen Sachmangel darstellt, der die Berechnung eines Minderwerts rechtfertigen würde.

[Rz 13] Interessant sind auch die Ausführungen des Entscheids zu den Beweisanforderungen bei der Geltendmachung von Schadenersatz aus entgangenem Gewinn. Zum Nachweis des entgangenen Gewinns (infolge Ausfalls des Krans bzw. entgangener Transportaufträge) während dem 15. bis 19. Dezember 2008 erachtete das Bundesgericht (mit der Vorinstanz) die von der Käuferin eingereichten, den Monat November 2008 betreffenden Unterlagen und die darauf beruhenden Berechnungen der durchschnittlichen Tageseinnahmen als ungeeignet, den entgangenen Gewinn für den Dezember 2008 mit genügender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Käuferin hatte immerhin nachgewiesen, dass ihr im fraglichen Zeitraum im Dezember eine Firma Transportaufträge erteilt hätte. Auch wenn daraus weder Umfang noch Dauer bzw. die damit einhergehenden Einnahmen hervorgingen, so erscheint doch fraglich, ob nicht im Zusammenhang mit den Dokumenten vom November ein entgangener Gewinn in reduzierter Höhe (z.B. in der Höhe des Gewinns von wenigstens zwei durchschnittlichen Transportaufträgen) zuzusprechen gewesen wäre.

III. Gewährleistungsrecht – Grundstückkauf

1. Umfang einer Freizeichnungsklausel

Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4. Januar 2011 (MV)

[Rz 14] Mit Vertrag vom 14. Mai 2004 verkaufte Y (Verkäufer) den Ehegatten X (Käufer) eine Grundstücksparzelle mit sich darauf befindendem Chalet für CHF 315'000. Ziffer 3 des Kaufvertrages führte aus, dass das Grundstück in seinem aktuellen Zustand verkauft werde. Die Gewährleistung wurde unter Vorbehalt von Art. 199 OR wegbedungen. Zudem hielt Ziffer 7 des Vertrages fest, dass das zum Verkauf stehende Grundstück in der Bauzone liege. Am 1. Juni 2004 teilte X dem Verkäufer mit, dass sich das in Frage stehende Chalet in Schieflage befinde. Daraufhin liessen beide Parteien Expertenberichte erstellen, welche die Schieflage des Chalets bestätigten. Zudem erfuhren die Käufer zwischen dem 12. und 14. August 2004 durch Zufall, dass sich das Grundstück

nicht in der Bauzone, sondern in der Landwirtschaftszone befindet.

[Rz 15] In der Folge reichten die Käufer am 16. August 2004 beim Bezirksgericht Sion Klage ein und verlangten Minderung des Kaufpreises wegen Sachmängeln des Kaufgegenstandes in der Höhe von CHF 72'000. Das Bezirksgericht Sion und in zweiter Instanz das Kantonsgericht Wallis wiesen die Klage ab, soweit sie darauf eintraten. Die kantonalen Gerichte kamen zum Schluss, dass der Mangel betreffend die Schieflage von der Freizeichnungsklausel erfasst, der Mangel in Bezug auf die fehlende Zugehörigkeit zur Bauzone jedoch gar nicht vorgebracht worden sei.

[Rz 16] Daraufhin gelangten die Käufer mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie rügten die Verletzung der Art. 197 sowie Art. 199 OR durch die Vorinstanz betreffend die Schieflage des Chalets und der Fehlinformation betreffend die Zonenzugehörigkeit. Betreffend die Schieflage des Chalets brachten die Käufer vor, der Mangel sei derart gravierend, dass dieser nicht von der Freizeichnungsklausel im Sinne von Art. 199 OR erfasst sei. Zur Zonenzugehörigkeit wurde vorgebracht, dass die Tatsache, dass sich das Chalet in der Landwirtschaftszone und nicht wie vereinbart in der Bauzone befinde, einen beträchtlichen Minderwert darstelle, insbesondere im Hinblick auf die Ausbaupläne der Käufer. Ein solcher Mangel entziehe sich dem Geltungsbereich des Gewährleistungsausschlusses ebenfalls.

[Rz 17] In einem ersten Schritt gelangte das Bundesgericht betreffend die Schieflage des Chalets zum Schluss, dass der Verkäufer den Mangel nicht gekannt hatte, diesen folglich nicht arglistig verschweigen konnte und Art. 199 OR entsprechend nicht zur Anwendung gelange. In einem zweiten Schritte widmete sich das Bundesgericht dem Thema der Tragweite der Freizeichnungsklausel. Es führte aus, dass ein Mangel dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss falle, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liege, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen müsse[2]. Der Gewährleistungsausschluss sei wie alle anderen Willensäusserungen auslegungsbedürftig. Seine Tragweite sei gestützt auf den übereinstimmenden Willen der Parteien zu ermitteln und falls dieser nicht mehr feststellbar sei, gestützt auf das Vertrauensprinzip.

[Rz 18] Ob ein Mangel ausserhalb des für die Parteien Vorhersehbaren liege, sei insbesondere vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Zielsetzung des Vertrages zu beantworten. In casu hätten die Käufer das Chalet mit der Absicht erworben, dieses zu bewohnen (unbeachtlich ob ganzjährig oder nicht). Erwiesenermassen habe die Schieflage des Chalets die Stabilität desselben zu keinem Zeitpunkt gefährdet. Die Schieflage, welche vermutlich die Folge eines 25 Jahre zurückliegenden Umbaus sei, habe den Verkäufer nicht daran gehindert, in diesem Chalet zu wohnen und diverse Gäste zu empfangen, welche die Schieflage des Chalets nicht einmal bemerkt hätten. Entsprechend gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass die Schieflage des Chalets den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages nicht gefährdet habe.

[Rz 19] In einem zweiten Schritt untersuchte das Bundesgericht die wirtschaftliche Bedeutung des Mangels an sich. In diesem Zusammenhang verwies es auf ein früheres Bundesgerichtsurteil, welches besagt, dass der Käufer beim Kauf eines älteren Gebäudes mit unvorhergesehenen Auslagen im Umfang von 10% des Kaufpreises rechnen müsse[3]. Gemäss Sachverständigen wäre für die Instandstellung des Chalets in casu mit Kosten in der Höhe von CHF 16'200 zu rechnen, was lediglich ca. 5% des Kaufpreises entsprechen würde. Überdies habe der Verkäufer den Käufern das Chalet unter dem von der Bank ermittelten Wert verkauft, was ebenfalls darauf hinweise, dass die Parteien ein Gegengewicht zur Freizeichnungsklausel schaffen wollten. Unter Berücksichtigung der ausgeführten Erwägungen gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der geltend gemachte Mangel der Schieflage nicht ausserhalb dessen liege, womit die Parteien vernünftigerweise rechnen mussten und der Mangel damit von der Freizeichnungsklausel erfasst sei.

[Rz 20] Die Zonenzugehörigkeit betreffend hält das Bundesgericht fest, dass es sich bei der in Ziffer 7 des Kaufvertrages genannten Zugehörigkeit des Chalets zur Bauzone zwar um eine zugesicherte Eigenschaft handle, dass das Fehlen einer solchen aber nicht zwingend einen Minderwert der Kaufsache zur Folge habe. Die Käufer hätten es unterlassen darzulegen, inwiefern die fehlende zugesicherte Eigenschaft einen Minderwert der Kaufsache zur Folge habe. Ein Minderwert sei aber Voraussetzung für die Minderung[4]. Entsprechend wies das Bundesgericht die Beschwerde auch in diesem Punkt ab.

Bemerkung[5]

[Rz 21] Das Bundesgericht hält an seiner bisherigen Praxis zu den Freizeichnungsklauseln fest. Es führt diesbezüglich jeweils eine AGB ähnliche Kontrolle durch und prüft erstens, ob in Bezug auf den gerügten Mangel ein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR vorliegt, in welchem Fall die Freizeichnungsklausel nicht greift, und zweitens, ob der gerügte Mangel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist[6].

---

[2] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 130 III 686, E. 4.3.1 und BGE 126 III 59, E. 4a, 5a.

[3] E. 4.1 und 4.2.1.2 unter Berufung auf BGE 130 III 686, E. 4.3.1.

[4] E. 4.2.2 unter Berufung auf Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf, Zürich, Basel 2009, Rz 869.

[5] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Gewährleistung beim Grundstückkauf, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 1. März 2011, besprochen.

[6] Zum Ganzen Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 182 ff.

[Rz 22] Im konkreten Fall verneint das Bundesgericht ein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR, weil der Verkäufer den Mangel der Schieflage des Chalets nicht kannte. Ein arglistiges Verschweigen liegt aber nach seiner eigenen Praxis nicht nur vor, wenn der Verkäufer den Mangel kannte, sondern u.U. auch, wenn er ihn hätte kennen müssen[7], was aber das Bundesgericht im konkreten Fall implizit zu verneinen scheint. In Bezug auf den zweiten Mangel prüfte das Bundesgericht die Frage nicht, weil es die Beschwerde aus einem anderen Grund abwies.

[Rz 23] In Bezug auf die Frage, ob der Mangel der Schieflage des Chalets überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist, bestätigte das Bundesgericht, dass nur Mängel, die im Lichte der wirtschaftlichen Zielsetzung des Vertrages gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit der Käufer vernünftigerweise rechnen muss, von einer Freizeichnungsklausel nicht erfasst werden. Einen solchen Fall hatte das Bundesgericht beispielsweise im Urteil 4A_551/2010 vom 2. Dezember 2010[8] angenommen. Dabei führte eine unzureichende Wasserversorgung eines Chalets, welches zur dauerhaften Bewohnung erworben wurde, zu einer Unbrauchbarkeit zum vorausgesetzten Zweck und lag deshalb ausserhalb dessen, womit der Erwerber vernünftigerweise zu rechnen hatte. Das Bundesgericht hatte argumentiert, eine Freizeichnungsklausel umfasse beim Erwerb eines alten Gebäudes nach Vertrauensprinzip lediglich typische Mängel wie Alterung und Abnutzung, nicht aber eine unzureichende Wasserversorgung.

[Rz 24] Liegt aber, wie im vorliegenden Fall, keine Unbrauchbarkeit zum vorausgesetzten Zweck vor, muss gemäss Bundesgericht in einem zweiten Schritt die wirtschaftliche Bedeutung des Mangels an sich untersucht werden. Entsprechend der vom Bundesgericht entwickelten 10%-Regel bei Altbauten[9] verneinte das Bundesgericht eine genügende wirtschaftliche Bedeutung des Mangels der Schieflage des Chalets im konkreten Fall. In Bezug auf den zweiten Mangel prüfte das Bundesgericht die Frage nicht, weil es die Beschwerde aus einem anderen Grund abwies.

2. Unbeachtlichkeit einer Freizeichnungsklausel bei arglistigem Verschweigen von Mängeln

Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12. April 2011 (MV)

[Rz 25] Mittels öffentlich beurkundeten Kaufvertrages vom 19. Oktober 2006, verkaufte A (Verkäufer) dem B (Käufer) eine sich im Kanton Neuenburg befindende Liegenschaft für CHF 1'470'000. Unter anderem enthielt der Kaufvertrag eine Freizeichnungsklausel. Kurz vor der Vertragsunterzeichnung leitete der Verkäufer dem beurkundenden Notar vier Rechnungen betreffend diverser, während der Jahre 2004 – 2006 behobenen Wasserschäden weiter. Nach dem Einzug anfangs März 2007 informierte der Käufer den Verkäufer mit Brief vom 12. März 2007 über diverse Wasserschäden und berief sich auf die Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel mit der Begründung, der Verkäufer habe bereits in den Jahren 2005 und 2006 mehrfach Mängel in Zusammenhang mit dem Wasserrohrleitungssystem beheben lassen und habe somit bereits vor Vertragsunterzeichnung von diesen Mängeln Kenntnis gehabt. Ein im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung erstelltes gerichtliches Gutachten bestätigte die Mangelhaftigkeit des Wasserrohrleitungssystems und führte aus, dass es sich dabei um einen erheblichen Mangel mit immer wieder auftretenden Problemen handle, welche lediglich durch den Austausch des Wasserrohrleitungssystems beseitigt werden könnten. Das Gutachten bezifferte die Kosten für den Austausch auf CHF 27'705.

[Rz 26] Am 13. Dezember 2007 reichte der Käufer Klage beim Kantonsgericht Neuenburg auf Minderung des Kaufpreises in der Höhe von CHF 35'410 (zzgl. Zinsen) ein. Mit Urteil vom 17. Dezember 2010 hiess das Kantonsgericht die Klage im Umfang von CHF 27'308 gut und erklärte die Freizeichnungsklausel für ungültig. In der Begründung führte das Kantonsgericht aus, der Verkäufer habe den Mangel am Wasserrohrleitungssystem arglistig verschwiegen, indem er es unterliess, den Käufer auf die damit verbundenen Probleme und die Wiederholungsgefahr hinzuweisen. Auch die an den Notar weitergeleiteten Rechnungen vermochten daran nichts zu ändern, da diese naturgemäss nicht geeignet waren, über die dem Verkäufer bekannte allgemeine Mangelhaftigkeit des Wasserrohrleitungssystems, beziehungsweise den damit in Zusammenhang stehenden und immer wieder auftretenden Problemen, zu orientieren. Gegen dieses Urteil gelangte der Verkäufer mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht – unter anderem unter Berufung auf die fehlerhafte Anwendung von Art. 199 OR.

[Rz 27] Betreffend Art. 199 OR führte das Bundesgericht aus, dass ein arglistiges Verschweigen insbesondere dann vorliege, wenn der Verkäufer dem Käufer das Fehlen einer Eigenschaft verheimliche, ohne dessen Vorhandensein der Käufer den Kaufvertrag nicht oder zumindest nicht unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte[10]. Zusätzlich müsse den Verkäufer bei Verheimlichung von Tatsachen eine Aufklärungspflicht treffen, welche sich entweder aus Gesetz, Vertrag oder dem Prinzip vom Treu und Glauben ergeben

[7] Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6. Oktober 2004 (= BGE 130 III 686), E. 2 (in amtlicher Sammlung nicht publiziert); dazu Vischer (Fn 6), 183, insbesondere Fn 79; s. auch Rz 38–40 nachstehend.

[8] Dazu bereits Brunner/Vischer, (Fn 1), Rz 94 ff.

[9] Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 2.6; z.B. Vischer (Fn 6), 182.

[10] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 132 II 161, E. 4.1, und Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5.

könne[11]. Bereits mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen entstehe für die Parteien die Pflicht, einander in gewissem Mass Aufklärung über Tatsachen zu geben, welche für den Entschluss des Vertragspartners von ausschlaggebender Bedeutung seien[12]. Die Aufklärungspflicht hänge von den Umständen im Einzelfall ab, werde allgemein aber dann bejaht, wenn der Verkäufer davon ausgehen müsse, dass der ihm bekannte Mangel den vom Käufer vorgesehenen Gebrauch der Kaufsache verhindere oder wesentlich beeinträchtige[13]. Eine Aufklärungspflicht entfalle einzig dann, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen dürfe, der Käufer werde den richtigen Sachverhalt ohne Weiteres erkennen[14]. Dies treffe in der Regel dann zu, wenn der Käufer den richtigen Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können[15]. Dabei gelte es jedoch zu berücksichtigen, dass der Käufer den wahren Sachverhalt lediglich dann erkennen müsse, wenn diesem die relevanten Informationen in einer Art und Weise mitgeteilt wurden, die es ihm erlaube, sich eine Vorstellung über den allfälligen Mangel zu machen. Bei spontaner Weitergabe von Informationen seitens des Verkäufers sei diese Voraussetzung nur erfüllt, wenn die relevanten Informationen vollständig weitergegeben worden seien[16].

[Rz 28] Das Bundesgericht erachtete es als erstellt, dass dem Verkäufer der Mangel und die damit verbundene Gefahr wiederholter Probleme in genügendem Ausmasse bekannt gewesen sind. Es bejahte zudem eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben, da bei einem Mangel dieser Art der Verkäufer davon ausgehen müsse, dass der Käufer den Kaufvertrag nicht oder zumindest nicht unter den gegebenen Bedingungen abgeschlossen hätte, falls dieser über den mangelhaften Zustand des Wasserrohrleitungssystems im Bilde gewesen wäre. Die Aufklärungspflicht vermochte auch nicht durch die Tatsache eingeschränkt zu werden, dass der Käufer nach dem Erwerb Um- und Renovierungsarbeiten an der Villa plante. Des Weiteren stellte das Bundesgericht fest, dass die vom Verkäufer an den Notar weitergeleiteten Rechnungen betreffend die Behebung der während der Jahre 2004 – 2006 aufgetretenen Wasserschäden den Käufer nicht soweit aufgeklärt hätten, als dieser den wahren Sachverhalt, i.e. den wirklichen Zustand des Wasserrohrleitungssystems, ohne Weiteres hätte erkennen können. Die in den Rechnungen enthaltenen Informationen hätten es dem Käufer nicht erlaubt, sich eine Vorstellung über das Ausmass des fraglichen Mangels und die wiederholt damit verbundenen Probleme machen zu können.

Bemerkung[17]

[Rz 29] Wie dargelegt führt das Bundesgericht bezüglich Freizeichnungsklauseln jeweils eine AGB ähnliche Kontrolle durch und prüft erstens, ob in Bezug auf den gerügten Mangel ein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR vorliegt, in welchem Fall die Freizeichnungsklausel nicht greift, und zweitens, ob der gerügte Mangel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist.

[Rz 30] Das Bundesgericht fasst in diesem illustrativen Urteil (einen Teil) seine(r) Praxis zu Art. 199 OR zusammen. Wie immer hält es diesbezüglich jeweils fest, dass es keine allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers gebe. Trotzdem bejaht das Bundesgericht im konkreten Einzelfall aber jeweils relativ schnell eine Aufklärungspflicht[18], was aber mindestens bei komplexeren Kaufgegenständen wie Unternehmen, aber auch bei überbauten Grundstücken, gerechtfertigt ist[19].

[Rz 31] Im konkreten Fall war die Bejahung einer Aufklärungspflicht aber auch abgesehen davon gerechtfertigt. Denn wer – wie der Verkäufer im konkreten Fall – dem Käufer Informationen liefert, ist entsprechend der ihn dann treffenden absoluten Wahrheitspflicht verpflichtet, sämtliche relevanten Informationen weiterzugeben[20], was der Verkäufer im konkreten Fall offensichtlich nicht getan hat.

3. Arglistiges Verschweigen von Mängeln nur bei Kenntnis dieser Mängel durch Verkäufer ?

Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011 (MV)

[Rz 32] Mittels öffentlich beurkundeten Kaufvertrages vom 12. November 2007 verkaufte das Ehepaar Z (Verkäufer)

[11] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 116 II 431, E. 3a.

[12] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 106 II 346, E. 4a.

[13] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 132 II 161, E. 4.1, und Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20. August 2009, E. 3.2.3.

[14] E. 4.1 unter Berufung auf BGE 116 II 431, E. 3a.

[15] E. 4.1 unter Berufung auf Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5, und BGE 102 II 81, E. 2.

[16] E. 4.1 unter Berufung auf Franco Pedrazzini, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Freiburg 1992, Rz 468, 470.

[17] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Arglistiges Verschweigen von Mängeln im Grundstückkauf, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 30. August 2011, besprochen.

[18] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7. September .2010; dazu bereits Brunner/Vischer (Fn 1), Rz 74 ff. und Michele Casale/Markus Vischer, Unternehmenskauf, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 17. Januar 2011.

[19] Gl.M. bezüglich Unternehmenskäufe z.B. Oliver Beldi, Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf, in Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, herausgegeben von Carl Baudenbacher/Juliane Kokott, Basel 2011, 15 f.; Stefan Eberhard, Acquisitions, due diligence et responsabilité pour les défauts, in Aspects actuels du droit de la société anonyme, herausgegeben von Mathieu Blanc/François Dessemontet/Pierre-André Oberson/Alain Thévenaz, Lausanne 2005, 590; Rudolf Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich, Basel, Genf, 2003, 2. Kapital, N 4.

[20] S. auch Vischer (Fn 6), 183; Beldi (Fn 19), 16; Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 135.

dem Ehepaar X (Käufer) eine Villa zum Preis von CHF 2'037'000. Der Kaufvertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel, welche wie folgt lautete: «Les acquéreurs prendront possession de cet immeuble tel qu'il se trouve à ce jour, en l'état et sans garanties, déclarant l'avoir visité et avoir procédé aux vérifications usuelles, renonçant d'ores et déjà à toutes réclamations pour d'éventuels défauts. Est réservé l'article 199 du code des obligations lequel stipule que toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle dans l'hypothèse où les vendeurs ont frauduleusement dissimulé aux acquéreurs les défauts de la chose.»

[Rz 33] Im Januar 2008 entdeckten die Käufer diverse Mängel im Zusammenhang mit der Bedachung der gekauften Villa. In der Folge zeigten sie die Mängel den Verkäufern an und verlangten von diesen, die Kosten für die Beseitigung dieser Mängel, welche auf CHF 75'000 geschätzt wurden, zu übernehmen. Die Verkäufer bestritten jegliche Verpflichtung zur Kostentragung.

[Rz 34] Am 23. Oktober 2008 gelangten die Käufer an das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf und verlangten unter Berufung auf die Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel die Bezahlung von CHF 75'000 plus 5% Zins seit dem 4. Dezember 2007. Nachdem die Klage abgewiesen wurde, riefen die Käufer das Kantonsgericht des Kantons Genf an, welches die Berufung ebenfalls abwies und das erstinstanzliche Urteil bestätigte. Schlussendlich gelangten die Käufer mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

[Rz 35] Nachdem sich das Bundesgericht generell zur Stellung von Freizeichnungsklauseln in Kaufverträgen äusserte, hielt es im Hinblick auf die Anwendung von Art. 199 OR insbesondere fest, dass als erste Voraussetzung der Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel Kenntnis der Mängel durch den Verkäufer vorliegen müsse, da das Verschweigen ein vorsätzliches Handeln impliziere[21].

[Rz 36] Die Beschwerdeführer brachten vor, die Beschwerdegegner hätten von den Mängeln des Daches gewusst. Gemäss Bundesgericht vermöge aber weder die Tatsache, dass die Beschwerdegegner regelmässig eigenhändig das Dach von Moos befreit haben noch die Tatsache, dass sie selbst den Bau des Daches in Auftrag gegeben haben, zu beweisen, dass die Beschwerdegegner Kenntnis von den Mängeln hatten. Entsprechend befand das Bundesgericht die vertraglich vereinbarte Freizeichnungsklausel für gültig und wies die Beschwerde ab.

Bemerkung[22]

[Rz 37] Wie dargelegt führt das Bundesgericht bezüglich Freizeichnungsklauseln jeweils eine AGB ähnliche Kontrolle durch und prüft erstens, ob in Bezug auf den gerügten Mangel ein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR vorliegt, in welchem Fall die Freizeichnungsklausel nicht greift, und zweitens, ob der gerügte Mangel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist.

[Rz 38] In casu scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass der Verkäufer die Mangelhaftigkeit des Verkaufsobjektes tatsächlich kennen muss, damit der Tatbestand der arglistigen Täuschung im Sinne von Art. 199 OR erfüllt sein kann.

[Rz 39] Es genügt aber Eventualvorsatz. Das bedeutet in Bezug auf die Wissenskomponente des Vorsatzes, dass der Verkäufer um den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) wissen oder doch mindestens mit der Möglichkeit des Vorhandenseins des Mangels (und des Nichtwissens des Käufers) rechnen muss. Das bedeute weiter in Bezug auf die Willenskomponente des Vorsatzes, dass der Verkäufer sich bei Wissen um den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) entschliesst, nicht aufzuklären bzw., bei Rechnen mit der Möglichkeit des Vorhandenseins des Mangels (und des Nichtwissens des Käufers) sich entschliesst, nicht nachzuforschen (und aufzuklären), weil es ihm gleichgültig ist, ob der Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) vorhanden ist oder nicht, er den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) also in Kauf nimmt (und nicht bloss fahrlässig auf das Nichtvorhandensein des Mangels und des Wissens des Käufers vertraut)[23].

[Rz 40] Entsprechend kann der Tatbestand von Art. 199 OR nicht nur bei Wissen des Verkäufers um den Mangel, sondern auch bei Wissen Müssen des Mangels durch den Verkäufer erfüllt sein[24].

4. Offene AGB-Kontrolle von Freizeichnungsklauseln?

Urteil des Bundesgerichts 4A_272/2011 vom 22. August 2011 (MV)

[Rz 41] Im Frühling 2005 verkaufte M (Verkäufer) den Ehegatten X (Käufer) eine elf Jahre alte Liegenschaft zum Preis

[21] E. 3 unter Berufung auf BGE 66 II 132, E. 6, und BGE 131 III 145, E. 8.1.

[22] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 15. November 2011, besprochen.

[23] Vischer (Fn 6), 183, v.a mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011, E. 4.1.

[24] Vischer (Fn 2), 183, v.a. mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6. Oktober 2004 (= BGE 130 III 686), E. 2 (in amtlicher Sammlung nicht publiziert); Pedrazzini (Fn 16), 102; Markus Vischer, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 232; s. auch Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, Basel, Genf 2008, Rz 864, insbesondere Fn 280, v.a. mit Hinweis auf BGE 55 II 143, E. 1a; eher a.M. neben dem hier besprochenen Urteil 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011, E. 3., Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20. August 2009, E.3.2.3, und der im hier besprochenen Urteil 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011, E. 3., zitierte BGE 66 II 132, E. 6, wobei im letzteren Entscheid allerdings das Wissen der Verkäufer bejaht wurde, weshalb das Wissen Müssen nicht geprüft werden musste.

von CHF 1'100'000. Im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag wurde unter Vorbehalt von absichtlich bzw. arglistig verschwiegenen Mängeln «jede Gewährspflicht des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel am Kaufsobjekt im Sinne des OR» ausgeschlossen.

[Rz 42] Ende März bzw. Ende April 2005 rügten die Käufer verschiedene Mängel an der Liegenschaft und reichten schliesslich am 14. März 2006 Klage beim Bezirksgericht Hinwil ein und verlangten die Bezahlung von CHF 40'603.45 nebst Zinsen. Das Bezirksgericht verpflichtete den Verkäufer, den Käufern CHF 2'158.35 zu bezahlen und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Während dieses Urteil für die Ehefrau X in Rechtskraft erwuchs, gelangte der Ehegatte X (Beschwerdeführer) mittels Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 24. Juni 2010 wurden dem Beschwerdeführer weitere CHF 982.50 zugesprochen. Im Übrigen wurde die Berufung abgewiesen. In der Folge gelangte der Beschwerdeführer mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich und verlangte unter anderem die Aufhebung des Urteils des Obergerichts. Das Kassationsgericht wies die Beschwerde jedoch vollumfänglich ab, soweit es darauf eintrat. Schlussendlich reichte der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen, eventualiter subsidiäre Verfassungsbeschwerde, beim Bundesgericht ein.

[Rz 43] Vor Bundesgericht trug der Beschwerdeführer in erster Linie vor, dass die im Kaufvertrag vorgesehene Freizeichnungsklausel keine Anwendung finde, weshalb der Beschwerdegegner gegenüber den Beschwerdeführern verpflichtet sei, nicht mitgeteilte Mängel zu entschädigen. Zu diesem Schluss kam der Beschwerdeführer, indem er argumentierte, dass es der Wille der Parteien war, für den Verkauf der Liegenschaft einen Standardvertrag zu wählen, ohne den von den gesetzlich vorgesehenen abweichenden Gewährleistungsregeln besondere Beachtung zu schenken. Dass die Freizeichnungsklausel dann doch in den Kaufvertrag aufgenommen wurde, sei nicht auf spezielle Parteiüberlegungen zurückzuführen, sondern darauf, dass solche Freizeichnungsklauseln in 100% der Grundstückkaufverträge bereits standardmässig vorgesehen seien. Die Tatsache, dass in der Praxis standardmässig von den gesetzlich vorgesehenen Regelungen abgewichen werde, lasse auf eine Lücke im Gesetz schliessen, welche es in dem Sinne zu schliessen gelte, dass nicht mitgeteilte Mängel entschädigungspflichtig seien.

[Rz 44] Dieser Argumentation folgte das Bundesgericht nicht. Dem Beschwerdeführer habe es nämlich freigestanden, bei Vertragsschluss seine Zustimmung zur Freizeichnungsklausel zu verweigern, wenn ihm daran gelegen hätte, die Haftung für sämtliche Mängel auf den Verkäufer abzuwälzen. Gemäss Bundesgericht lasse der Umstand, dass regelmässig von einer dispositiven gesetzlichen Bestimmung abweichende Vereinbarungen getroffen werden, nicht auf eine Lücke im Gesetz schliessen, sondern bedeute lediglich, dass von einem gesetzlich belassenen Gestaltungsspielraum in bestimmter Weise wiederholt Gebrauch gemacht werde. Gemäss Bundesgericht bleibt eine von der dispositiven Regelung abweichende Freizeichnungsklausel entsprechend zulässig, selbst wenn sie standardmässig verwendet wird.

[Rz 45] Was die vom Beschwerdeführer vorgebrachte mangelhafte Fensterqualität betrifft, so hält das Bundesgericht – wie bereits das Obergericht – fest, dass der Verkäufer diesbezüglich keine ausdrücklichen Zusicherungen abgegeben habe. Dass die Fenster nur mittelmässig statt überdurchschnittlich gut seien stelle bei einer 11-jährigen Liegenschaft keinen Mangel dar, der ausserhalb dessen liege, mit dem normalerweise zu rechnen sei oder hinsichtlich dessen eine Aufklärungspflicht bestehe.

[Rz 46] Die Forderung für den Ersatz des defekten Mikrowellengeräts wies das Bundesgericht in Übereinstimmung mit dem Obergericht ebenfalls ab mit der Begründung, der Beschwerdeführer hätte die Funktionstüchtigkeit der Mikrowelle durch einfache Inbetriebsetzung (auch ohne die ihm nicht übergebene Betriebsanleitung) ohne Weiteres überprüfen können.

[Rz 47] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Bemerkung[25]

[Rz 48] Wie ausgeführt führt das Bundesgericht bezüglich Freizeichnungsklauseln jeweils eine AGB ähnliche Kontrolle durch und prüft erstens, ob in Bezug auf den gerügten Mangel ein arglistiges Verschweigen i.S. von Art. 199 OR vorliegt, in welchem Fall die Freizeichnungsklausel nicht greift, und zweitens, ob der gerügte Mangel überhaupt von der Freizeichnungsklausel erfasst ist.

[Rz 49] Im konkreten Fall wurde das Bundesgericht indirekt angerufen, nicht nur die übliche AGB ähnliche Kontrolle, sondern eine offene AGB-Kontrolle durchzuführen. Das Bundesgericht lehnte dies jedoch ab und erinnerte den Beschwerdeführer daran, dass es im freistand, die Freizeichnungsklausel zu akzeptieren oder nicht.

[Rz 50] Das Bundesgericht machte sich entsprechend nicht die Mühe, zu prüfen, ob aArt. 8 UWG (in Kraft bis 30.6.2012) Anwendung finden könnte. Das passt zur Tatsache, dass diese Bestimmung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mindestens prima vista keine grosse Rolle spielte[26]. Allerdings hatte aArt. 8 UWG eine grosse (und allgemein unterschätzte) Ausstrahlungskraft auf die von der Rechtsprechung entwickelte sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel im Allgemeinen und die erwähnte AGB ähnliche Kontrolle von Freizeichnungsklauseln im Besonderen[27].

---

[25] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12. Januar 2012, besprochen.

[26] Vischer (Fn 6), 178, insbesondere Fn 14 mit Hinweis auf die relevanten Urteile des Bundesgerichts.

[27] Vischer (Fn 6), 178.

[Rz 51] Ob sich die Zurückhaltung des Bundesgerichts gegenüber einer offenen AGB-Kontrolle gestützt auf die Nachfolgebestimmung von aArt. 8 UWG, nämlich nArt. 8 UWG (in Kraft ab 1. Juli 2012) ändern wird, bleibt abzuwarten, darf aber angesichts der Fülle von Auslegungsproblemen von nArt. 8 UWG[28] bezweifelt werden[29].

[Rz 52] So oder so ist der theoretische Anwendungsbereich von nArt. 8 UWG bei Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen klein, auch weil viele Grundstückkaufverträge keine Konsumentenverträge sind[30].

[Rz 53] Es ist zudem so, dass die Parteien gut daran tun, von der weitverbreiteten Praxis einer generellen oder mindestens teilweisen Wegbedingung der Gewährleistung in Grundstückkaufverträgen abzurücken und differenzierte Gewährleistungsbestimmungen in den Grundstückkaufvertrag aufzunehmen, um so bei Problemen nicht auf ein Eingreifen der Gerichte hoffen bzw. bangen zu müssen[31]. Sie können sich dabei ohne Weiteres an der differenzierten und entwickelten Praxis bei Unternehmenskaufverträgen orientieren[32].

[Rz 54] Es ist klar, dass dabei auch die beurkundenden Notare gefordert sind[33].

IV. Grundstückkauf – sonstiges

1. Rückzahlungsforderung gemäss Vorvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_304/2011 vom 15. August 2011 (CB)

[Rz 55] Die X. AG (Verkäuferin) schloss mit der Y. (Käuferin) einen Vorvertrag, in welchem sich die Vertragsparteien zum Abschluss von zwei Kaufverträgen verpflichteten. Der von der X. AG zu schliessende Vertrag betraf eine Liegenschaft, dessen Kaufpreis teilweise im Umfang von CHF 250'000.– bereits bezahlt worden war. Damit die gesamte Liegenschaft übernommen werden konnte, überwies die Käuferin an die Verkäuferschaft einen weiteren Betrag von CHF 2'900'000.– zum Zweck des Rückkaufs einer auf dem Kaufobjekt begründeten und veräusserten Stockwerkeinheit. In Ziff. IV/2.1 des Vorvertrags vereinbarten die Parteien die Rückerstattung dieses Betrags, sofern die Verkäuferin die veräusserte Stockwerkeinheit nicht zurückkaufen sollte und aufgrund dessen der Kaufvertrag nicht zu Stande kommen oder vollzogen werden könnte. Einige Wochen später teilte die Verkäuferin per E-Mail vom 19. März 2008 mit, dass es ihr nicht möglich sei, die fragliche Wohnung zu kaufen, weshalb die Käuferin entweder die Liegenschaft zu einem geringeren Preis als vereinbart ohne diese Wohnung erwerben oder aber unter Rückzahlung der Anzahlung auf einen Kauf verzichten könne. Die Käuferin trat alsdann von den Käufen zurück. Da sich die Parteien über die Rückabwicklung des Vorvertrags nicht einigen konnten, erhob die Käuferin Klage auf Bezahlung von knapp CHF 7 Mio., bestehend aus den geleisteten Zahlungen und Schadenersatz. Nachdem sowohl das Bezirksgericht als auch das Kantonsgericht die Klage teilweise guthiessen, erhob die Verkäuferin Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 56] Die Verkäuferin machte zunächst geltend, die Käuferin hätte ihr nach Art. 107 – 109 OR eine Nachfrist ansetzen müssen oder vor Ablauf des im Vorvertrag genannten Termins nicht zurücktreten können. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz erwog das Bundesgericht, nach Treu und Glauben habe die Käuferin aus der E-Mail der Verkäuferin schliessen dürfen, dass definitiv keine Möglichkeit bestehe, den Kauf wie geplant abzuwickeln. Folglich sei der angefochtene Entscheid diesbezüglich nicht zu beanstanden und eine Rückforderung der CHF 2'900'000.– ohne Weiteres gerechtfertigt.

[Rz 57] Weniger klar präsentiere sich die Sachlage bezüglich der Frage, ob die Käuferin über das in Ziff. IV/2.1 des Vorvertrags Geschuldete Forderungen stellen dürfe. Die Vorinstanz hatte die geltend gemachten Ansprüche nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR beurteilt und nicht nach Ziff. IV/2.1 des Vorvertrags. Sie war davon ausgegangen, dass diese Ziffer nur die Folgen der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit regle, es jedoch nicht erwiesen sei, dass die Verkäuferin die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe und sie daher nach Art. 97 OR dafür beweispflichtig sei. Das Bundesgericht zog in Zweifel, dass Art. 97 OR insofern einschlägig sei. Die von den Parteien in Ziff. IV/2.1 getroffene Regelung zeige, dass sie sich der Unsicherheit des Rückkaufs der Wohnung bewusst waren und die Verkäuferin nicht garantierte, sie werde die Wohnung erhältlich machen können. Die Verkäuferin sei vertraglich lediglich verpflichtet gewesen, sich hinreichend um den Rückkauf der Wohnung zu bemühen. Das Bundesgericht liess jedoch die Frage offen, ob die Käuferin oder die Verkäuferin ein Verschulden der Verkäuferin am Scheitern des Zustandekommens der Kaufverträge beweisen müsste.

[Rz 58] Entscheidend sei, dass die Verkäuferin selbst davon ausgehe, dass der Rückkauf hätte bewerkstelligt werden können, falls die Käuferin rechtzeitig das im Vorvertrag vorgesehene Zahlungsversprechen abgegeben hätte. Wenn die Verkäuferin, statt die Käuferin auf diese Tatsache hinzuweisen, ihr die notwendigen Informationen zukommen zu lassen

---

[28] Vischer (Fn 6), 180 ff. mit weiteren Hinweisen.

[29] Zur bisherigen AGB-Kontrolle durch das Bundesgericht s. neben Vischer (Fn 6), 178 ff. auch Kathrin Klett/Christoph Hurni, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.

[30] Vischer (Fn 6), 184 f., auch zum Thema, ob bei Gebrauch von internen Mustern, Verbands- oder Branchenmustern durch den Notar überhaupt eine Verwendung i.S. von nArt. 8 UWG vorliegt; s. dazu auch Hubert Stöckli, Freizeichnung beim Grundstückkauf – weitverbreitet und zulässig, BR 2012, 62.

[31] Vischer (Fn 6), 185 ff.

[32] Vischer (Fn 6), 186 f.

[33] Vischer (Fn 6), 186.

und die Zahlungsversprechen einzufordern, mit einer E-Mail nach Treu und Glauben zu verstehen gebe, es bestehe definitiv keine Möglichkeit, die Stockwerkeinheit zurückzukaufen, habe sie sich objektiv nicht hinreichend um den Rückkauf bemüht und ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Sie sei mithin aufgrund ihrer eigenen Angaben für das Scheitern des Abschlusses der im Vorvertrag geplanten Verträge verantwortlich, so dass die Vorinstanz die Forderungen der Beschwerdegegnerin zumindest im Ergebnis zu Recht nicht auf das gemäss Ziff. IV/2.1 des Vorvertrags Geschuldete beschränkt habe. In der Folge wurde die Beschwerde abgewiesen.

Bemerkung

[Rz 59] Der Entscheid veranschaulicht, dass eine Partei gut beraten ist, eine im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsfrage entwickelte Position auf mögliche Implikationen für andere Streitfragen zu überdenken. In casu hatte die Verkäuferin zur Begründung ihrer Auffassung argumentiert, ihre E-Mail vom 19. März 2008 sei nicht als definitive Erklärung, dass der Rückkauf der Stockwerkeinheit unmöglich geworden sei, zu verstehen gewesen, der Eigentümer der Stockwerkeinheit hätte nur durch ein höheres Preisangebot zum Verkauf bewegt werden können, weshalb sie auf gewisse gemäss dem Vorvertrag durch die Käuferin abzugebende Zahlungsversprechen angewiesen gewesen sei. Wie gesehen nahm das Bundesgericht die Verkäuferin insofern beim Wort, so dass diese Behauptung der Verkäuferin hinsichtlich der Frage, ob sie die Unmöglichkeit zu vertreten hat, zum Verhängnis wurde. Die Verkäuferin setzte sich dadurch dem Vorwurf aus, dass sie, um die Möglichkeit des Rückkaufs der Stockwerkeinheit nicht zu vereiteln, die Käuferin auf diese Tatsache hätte hinweisen und die Zahlungsversprechen einfordern sollen.

2. Vorvertragliche Haftung aus culpa in contrahendo

Urteil des Bundesgerichts 4A_615/2010 vom 14. Januar 2011 (CB)

[Rz 60] Nachdem Y (kaufwilliger Käufer) von einer Bank eine Immobilie zum Kauf angeboten erhalten hatte, wurde ihm im Oktober 2006 von einem Makler ein anderes Gebäude im Besitz von HX und FX (mutmassliche Verkäufer) zum Kauf vorgeschlagen. Nach einem Besuch vor Ort einigten sich die Parteien über eine Preisreduktion. Am 17. November 2006 regelten sie in einem Schreiben den Preis und die Konditionen des bevorstehenden Kaufs. Am selben Tag informierte Y die Bank, dass er definitiv auf den Kauf der von ihr angebotenen Immobilie verzichten würde. Im Januar 2007 wurde Y darüber in Kenntnis gesetzt, dass HX und FX sich dazu entschieden hatten, ihr Haus ihrem Sohn zu verkaufen. Daraufhin erhob Y Klage gegen HX und FX wegen Abbruch der Vertragsverhandlungen. Das Kantonsgericht befand, dass HX und FX aus culpa in contrahendo haften würden und sprach Y einen Teil der geforderten Summe zu. HX und FX zogen das Urteil mit einer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weiter.

[Rz 61] Das Bundesgericht zog in Erwägung, dass nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit jede Partei frei sei, Vertragsverhandlungen nach eigenem Gutdünken aufzunehmen und zu beenden, auch ohne Begründung. Diese Freiheit sei einzig durch den Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt. Die Haftung aus culpa in contrahendo beruhe auf der Überlegung, dass bereits Vertragsverhandlungen eine Rechtsbeziehung zwischen den Parteien schaffe und wechselseitige Pflichten entstehen liesse, welche grundsätzlich darin bestünden, ernsthaft und mit ehrlicher Absicht zu verhandeln.

[Rz 62] Dennoch komme eine Haftung aus culpa in contrahendo nur unter restriktiven Bedingungen zur Anwendung. Es reiche nicht aus, dass die Vertragsverhandlungen lange angedauert hätten oder dass diejenige Partei, die die Verhandlungen abgebrochen hat, sich über die bereits getätigten Investitionen der anderen Partei bewusst gewesen wäre. Beide Parteien hätten immer damit zu rechnen, dass der Vertrag nicht zustande kommen könnte. Folglich widersprach das Bundesgericht dem Argument von Y, wonach HX und FX ihre vorvertragliche Pflicht verletzt hätten, indem sie ihn hätten glauben lassen, die Sache sei so gut wie beschlossen und sie später dennoch vom Vertragsschluss absahen.

[Rz 63] Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass der Grundstückskauf sowie ein vorhergehendes Verkaufsversprechen an die gleich strenge Formvorschrift gebunden seien (diejenige der öffentlichen Beurkundung, die vorab dem Schutz der Übervorteilung dient; Art. 22 Abs. 2, 216 Abs. 1 und 2 OR). Y müsse insbesondere bewusst gewesen sein, dass seine Erfolgsaussichten auf Abschluss des Vertrags unter Einhaltung der Formvorschrift mit Vorsicht zu beurteilen waren. Es treffe ihn die Obliegenheit, das Vorhandensein spezieller Umstände nachzuweisen, die seine Annahme, dass der öffentlich zu beurkundende Vertrag mit Sicherheit abgeschlossen würde, zu rechtfertigen vermöge. Allein aus dem Schreiben vom November 2006 lasse sich kein Schluss ziehen, dass die Parteien sich über die grundlegenden objektiven wie subjektiven Elemente eines Grundstückskaufs geeinigt hätten. Entsprechend hätte Y mit einem Rückzug von HX und FX rechnen müssen. Es sei auch nicht erwiesen, dass HX und FX von der anderen Kaufoption, d.h. der von der Bank angebotenen Immobilie, Kenntnis hatten und somit einen allfälligen Schaden hätten vorhersehen können. In Folge dessen verneinte das Bundesgericht eine vorvertragliche Haftung aus culpa in contrahendo, weshalb die Beschwerde gutgeheissen und die Klage des Y abgewiesen wurde.

Bemerkung

[Rz 64] In den Erwägungen werden die Voraussetzungen einer Haftung aus culpa in contrahendo im Zusammenhang mit dem Abschluss eines öffentlich zu beurkundenden Grundstückkaufvertrags übersichtlich dargestellt (E. 4). Für den Ausgang des Verfahrens war die Natur des eingeklagten

Anspruchs von Bedeutung: Y machte den entgangenen Mietertragsausfall in der Höhe von rund CHF 60'000 bezüglich des Verzichts auf den Kauf der von der Bank angebotenen Immobilie geltend. Zu beurteilen war daher nur die Frage, ob bis zur definitiven Absage des Y an die Bank (am 17. November 2006) HX und FX insofern ein vorvertragliches Verschulden traf. Ausschlaggebend war dabei, dass nicht erstellt war, dass HX und FX oder deren Makler von den parallelen Verhandlungen des Y mit der Bank Kenntnis hatten (E. 4.2).

3. Passivlegitimation / Durchgriff

Urteil des Bundesgerichts 4A_58/2011 vom 17. Juni 2011 (CB)

[Rz 65] Das Unternehmen A. SA verkaufte am 24. April 1996 je eine Wohneinheit aus einem zu ihrem Besitz zählenden Gebäude an F.Y und H.Y. Vorgängig war am selben Tag Stockwerkeigentum begründet worden; dies, nachdem seit 1986 umfassende Arbeiten am betreffenden Gebäude (insbesondere auf dem Dachboden) der A. SA durchgeführt worden waren. Das Aktienkapital der A. SA wurde hälftig durch X und seine Ehefrau gehalten. Im Juli 1998 wurde die A. SA aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Ab Ende des Jahres 1996 drang Wasser in das Gebäude, weshalb erste Interventionen zur Abhilfe unternommen und Expertenbeurteilungen eingeholt wurden. Die Expertisen kamen zum Schluss, dass der Wasserschaden auf wesentliche Mängel in der Einrichtung des Dachbodens als auch auf einen schlechten Zustand des Dachs hinweise. In zwei unabhängigen Verfahren erhoben F.Y. und H.Y. Klage gegen X auf Preisminderung aufgrund Sachmängelgewährleistung. X. schloss auf Abweisung der Klagen und machte vorab geltend, die Kläger sollten nicht gegen ihn, sondern gegen die A. SA vorgehen. Ausserdem berief er sich auf Garantieausschlussklauseln. Das Regionalgericht als auch das kantonale Kassationsgericht hiessen die Klagen der F.Y und H.Y gut. Einerseits dürfe über die juristische Selbständigkeit der A. SA hinweggesehen und auf den X durchgegriffen werden. Andererseits habe das Vorliegen von Garantieausschlussklauseln nicht bewiesen werden können. Daraufhin gelangte X (Beschwerdeführer) mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[Rz 66] Das Bundesgericht hielt fest, dass grundsätzlich nur der Verkäufer für Mängel im Rahmen des Kaufvertrags hafte. Vorliegend sei klar, dass die A. SA Verkäuferin der Liegenschaft gewesen sei und nicht X. Die Löschung der A. SA aus dem Handelsregister begründe für sich keine direkte Haftung des X. Eine Haftung des X könne sich jedoch, wie von den Vorinstanzen angenommen, aus der Rechtsfigur des Durchgriffs ergeben. Das Bundesgericht erinnerte vorab an die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung, nämlich die wirtschaftliche Identität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und einer offenbar zweckwidrigen, missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person. Diese Voraussetzungen waren aber nach Ansicht des Bundesgerichts vorliegend nicht erfüllt. So habe nicht bewiesen werden können, dass die A. SA unter Ausschluss der Ehefrau als Mitaktionärin nur durch den Beschwerdeführer wirtschaftlich beherrscht wurde. Weiter sei kein rechtsmissbräuchliches Verhalten irgendwelcher Art ersichtlich. Aus den Feststellungen der Vorinstanz könne nicht auf die geringste Willenskundgebung des Beschwerdeführers geschlossen werden, wonach er sich bereit erklärt habe, die Rechtsnachfolge der A. SA anzutreten oder deren Gewährleistungspflichten zu übernehmen. Der Beschwerdeführer sei also weder der Verkäufer der Liegenschaft noch dessen Rechtsnachfolger, und er habe die Pflichten der A. SA auch nicht übernommen. Da X folglich nicht Schuldner und damit nicht passivlegitimiert sei, müssten die Rechtsbegehren der F.Y. und H.Y. abgewiesen werden. Dementsprechend hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und hob das angefochtene Urteil auf.

Bemerkung

[Rz 67] Im überzeugend begründeten Entscheid gibt das Bundesgericht auch die Lösung an, wie X (bzw. dessen Anwalt) hätte vorgehen sollen: Sie hätten die Wiedereintragung der AG im Handelsregister verlangen können und dann direkt gegen die AG klagen sollen. Das Bundesgericht führt aus (E. 2.3): «La véritable raison pour laquelle les demandes ont été dirigées contre le recourant tient probablement au fait que la société A. SA avait été radiée du registre du commerce. Cette situation n'empêchait cependant pas les demandeurs de faire valoir leurs droits. Selon la jurisprudence constante, ils pouvaient en effet requérir la réinscription de la société au registre du commerce (ATF 132 III 731 consid. 3.2 p. 734; 121 III 324 consid. 1 p. 326). Les problèmes d'infiltration d'eau étant déjà connus, ils auraient aussi pu songer à s'opposer à la radiation (cf. art. 65 al. 1 ORC). En tout cas, ils ne pouvaient pas, pour éluder la procédure de réinscription, s'en prendre à l'administrateur ou à un actionnaire de leur choix, en lieu et place de la société qui était leur cocontractante.»

4. Grundstückkauf mit projektierter Baute – vertragliche Qualifikation und Beurkundungsumfang

Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2010 vom 24. Februar 2011 (MV)

[Rz 68] Am 30. Juni 2000 und am 18. Juni 2001 unterzeichneten B und A (Käufer) je einen Vertrag mit Y und Z (Verkäufer) über den Erwerb von Stockwerkeigentum an noch zu erstellenden Chalets, wobei B den Erwerb durch A finanzierte. In den Verträgen wurden ratenweise Zahlungen vereinbart, wobei die jeweiligen Ratenzahlungen an den Fortschritt der Bauarbeiten geknüpft waren.

[Rz 69] Aufgrund von finanziellen Problemen von B wurden daraufhin gewisse Ratenzahlungen nicht geleistet, worauf die Bauarbeiten eingestellt wurden. In der Folge lösten die Parteien die Verträge vom Juni 2000 und Juni 2001 mittels

Aufhebungsvereinbarungen auf, wobei Schadenersatzforderungen vorbehalten blieben.

[Rz 70] Später gelangten die Käufer an das Bezirksgericht und verlangten von den Verkäufern und der Baufirma die Bezahlung von CHF 533'212.15 (zzgl. Zinsen), unter anderem wegen Auflösung der im Juni 2000 und Juni 2001 geschlossenen Verträge. Nach Abschluss der Instruktionsverhandlung überwies der Bezirksrichter das Dossier an das Kantonsgericht des Kantons Wallis, welches die Klage mit Urteil vom 27. September 2010 vollumfänglich abwies. Gegen dieses Urteil gelangten die Käufer mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragten nebst Gutheissung der Beschwerde die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat, wobei es bezüglich Qualifikation der Verträge vom Juni 2000 und Juni 2001 festhielt, «qu'il n'est pas douteux que les contrats conclus entre les parties sont, selon le droit interne suisse, des contrats mixtes combinant des éléments du contrat de vente et du contrat d'entreprise» (E. 2).

Bemerkung[34]

[Rz 71] Grundsätzlich stehen den Vertragsparteien bei einem Grundstückkauf mit projektierter Baute drei Möglichkeiten zur Verfügung[35]: Zum einen können sie zwei getrennte Verträge abschliessen, i.e. einen Werkvertrag und einen Kaufvertrag. Zum anderen besteht (wie offenbar im hier besprochenen Urteil des Bundesgerichts) die Möglichkeit, einen gemischten Vertrag abzuschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet[36]. Die dritte Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt als Kauf einer künftigen Sache zu regeln.

[Rz 72] Da sich ein zwischen zwei Parteien abgeschlossener Vertrag grundsätzlich nicht zur rechtlichen Qualifikation desselben äussert, gilt es anhand der Ausgestaltung der konkreten Leistungspflichten zu entscheiden, welche vertragliche Regelung die Parteien angestrebt haben. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung.

[Rz 73] Die rechtliche Qualifikation ist unter anderem im Hinblick auf beurkundungsrechtliche Fragen relevant. Geht man von zwei getrennten Verträgen, i.e. einem Kaufvertrag und einem Werkvertrag aus, muss lediglich der Kaufvertrag beurkundet werden. Gleiches gilt, wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass die Parteien den Kauf einer künftigen Sache beabsichtigten. Kommt man jedoch zum Schluss, dass der Grundstückkauf mit projektierter Baute als gemischter Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen zu qualifizieren ist, scheint weniger klar, inwiefern neben den kaufvertraglichen auch die werkvertraglichen Elemente beurkundet werden müssen.

[Rz 74] Bezugnehmend auf BGE 107 II 215 E. 4, stellte das Bundesgericht in BGE 117 II 259 E. 2b, fest, dass bei gemischten Verträgen lediglich die kaufvertraglichen Elemente beurkundet werden müssen, wenn die werkvertraglichen Abreden ein selbständiges Leistungspaar bilden, i.e. wenn für den Erwerb des unüberbauten Grundstücks und die Erstellung des Bauwerks getrennte Vergütungen festgestellt werden können[37].

[Rz 75] Eine von der Meinung des Bundesgerichts abweichende Ansicht vertritt das Obergericht des Kantons Zürich, wobei es sich auf Krauskopf und Schmid abstützt[38]. Während es grundsätzlich auch von drei verschiedenen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten ausgeht, definiert es die zweite Möglichkeit nicht als gemischten Vertrag mit kauf- sowie werkvertraglichen Elementen, sondern als Grundstückkauf im Kontext mit einem unechten Werkvertrag. Dabei stellte es fest, dass als Gegenleistung des der Form der öffentlichen Beurkundung unterliegenden Vertrages einerseits das Entgelt für den entsprechenden Landanteil, andererseits aber auch das Entgelt der fertig zu stellenden Bauten gelte. Gemäss Obergericht des Kantons Zürich ist im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung alsdann einzig der Gesamtpreis entscheidend, i.e. die Summe der kauf- sowie werkvertraglichen preisbestimmenden Elemente. Für das Vorliegen eines unechten Werkvertrages ist entscheidend, dass die erwerbende Partei und gleichzeitig «Werkbestellerin» im Gegensatz zu einem echten Werkvertrag keinen Einfluss auf den Bau, die Ausgestaltung und die Erschliessung der Überbauung, den Erstellungszeitplan und die Leistungserbringung nehmen kann. Ein Mitspracherecht an Details der Innenausstattung, wie Bodenbeläge, Küchengeräte etc. vermag aber noch nicht einen solchen Einfluss zu bewirken[39].

---

[34] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Grundstückkauf mit projektierter Baute, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 18. Mai 2011, besprochen.

[35] BGE 117 II 259, E. 2b; Rainer Schumacher/Erich Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Der Grundstückkauf, herausgegeben von Alfred Koller, Bern 2001, 225 ff.; s. auch BSK OR I-Zindel/Pulver, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR N 9, 18; Peter Gauch, Der Werkvertrag, Zürich, Basel, Genf 2011, Rz 126 ff., 231 f.; 347 ff.; Frédéric Krauskopf, Grundstückkauf mit angefangener Baute, in: Der Grundstückkauf, herausgegeben von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 253 ff.; Jürg SCHMID, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, in: Der Grundstückkauf, herausgegeben von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 269 ff.; Pierre Tercier/Pascal G. Favre (Fn 4), Rz 4239 ff.; BK-Koller, Art. 363 OR N 104 ff.; BK-Gautschi, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR N 16 ff., Art. 363 OR N 17c, Art 365 OR N 25b.

[36] S. auch der BGE 118 II 142 zugrunde liegende Fall.

[37] S. zum Ganzen auch Gauch (Fn 35), Rz 408 ff.

[38] Krauskopf (Fn 35), 233 ff.; Schmid (Fn 35), 267 ff.

[39] Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Notare betreffend die Erforschung des Parteiwillens und die Belehrungs- und Beratungspflicht der Urkundsperson beim Kauf von Grundstücken mit projektierter oder angefangener Baute, vom 24. November 2010 (http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/

[Rz 76] Ob in casu lediglich die kaufvertraglichen Elemente oder aber der gesamte Vertrag öffentlich beurkundet wurde, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden, da Ausführungen zu beurkundungsrechtlichen Fragen fehlen.

V. Vertragsbedingungen

1. Suspensivbedingungen in Kaufverträgen

Urteil des Bundesgerichts 4A_259/2011 vom 3. August 2011 (MV)

[Rz 77] Mittels Kaufvertrag vom 29. Juli 2004 verkauften die Ehegatten X (Verkäufer) den Ehegatten Q (Käufer) die Inneneinrichtung eines Gastronomiebetriebes, die Untermietverträge sowie einen Getränkelieferungsvertrag zum Preis von CHF 750'000. Ziffer 6 dieses Vertrages lautete dabei wie folgt: «Es wird vereinbart, dass dieser Kaufpreis sofort nach Unterzeichnung dieses Kaufvertrages auf das Konto von B. & A.X. bei der Bank S., Konto-Nr. XXXX einbezahlt wird. Der Kaufvertrag wird demnach mit dem Zahlungseingang rechtskräftig und die Verkäufer verpflichten sich, die notwendigen Übertragungen der verschiedenen Verträge vorzunehmen.» Nach Unterzeichnung des Kaufvertrages überwiesen die Käufer CHF 150'000. Die restliche Kaufpreisforderung wurde nicht beglichen.

[Rz 78] Am 16. September 2005 klagten die Verkäufer beim Bezirksgericht Zürich und verlangten die Bezahlung der noch offenen Kaufpreisforderung gemäss Vertrag vom 29. Juli 2004 in der Höhe von CHF 600'000 nebst Zins zu 5% seit dem 29. Juli 2004. Nachdem das Bezirksgericht die Klage abgewiesen hatte, erklärten die Verkäufer Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich mit gleichlautenden Anträgen. Am 24. März 2011 wies das Obergericht die Klage ebenfalls ab.

[Rz 79] Gegen dieses Urteil gelangten die Verkäufer mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Insbesondere trugen die Verkäufer vor, dass die Parteien – selbst wenn davon ausgegangen werde, dass Ziffer 6 des Kaufvertrages eine Resolutivbedingung enthalte – auf die Geltendmachung dieser Bedingung verzichtet hätten, indem die Käufer CHF 150'000 an die Verkäufer überwiesen und diese die Zahlung angenommen sowie hierauf die Übertragung der Kaufgegenstände mehrfach angeboten hätten. Auf letztere Aussage konnte das Bundesgericht nicht abstellen, da den Feststellungen des Obergerichts nicht entnommen werden konnte, dass die Verkäufer die Übertragung der Kaufgegenstände mehrfach angeboten hätten. Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Teilzahlung über CHF 150'000 in Übereinstimmung mit dem Obergericht als blosser Beleg für eine Zahlungsabsicht bzw. einen Zahlungswillen gewürdigt werden könne – nicht jedoch als Verzicht auf die in Ziffer 6 enthaltene Bedingung.

[Rz 80] Inwiefern gemäss übereinstimmendem tatsächlichen Parteiwillen lediglich eine Vorleistungspflicht, nicht aber eine Bedingung vereinbart wurde, bzw. inwiefern das Obergericht bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Bundesrecht verletzt haben soll, begründeten die Verkäufer nicht.

[Rz 81] Die Beschwerde wurde dementsprechend vom Bundesgericht abgewiesen.

Bemerkung[40]

[Rz 82] Das Bundesgericht geht in vorliegendem Entscheid davon aus, dass es sich bei Ziffer 6 des Kaufvertrages um eine Bedingung handelt, von deren Eintritt das Zustandekommen des ganzen Kaufvertrages abhängig gemacht wurde.

[Rz 83] Es kann aber kaum dem Vertragswillen entsprochen haben, das Zustandekommen des beabsichtigten Verkaufs/Kaufs allein vom Willen der Käufer abhängig zu machen. Entsprechend wäre es naheliegender gewesen, wenn das Bundesgericht, wie von den Verkäufern geltend gemacht, eine Vorleistungspflicht der Käufer angenommen hätte. Das Bundesgericht hätte die fragliche Klausel aber auch als Verpflichtung beider Parteien zu einem Zug um Zug-Austausch der Hauptleistungspflichten, d.h. Geld nur gegen «Assets» bzw. «Assets» nur gegen Geld, interpretieren können, wie sie für M&A-Transaktionen, insbesondere auch Asset Deals[41], typisch ist[42]. Zu guter Letzt hätte das Bundesgericht, wenn es denn den Fall unbedingt über eine Bedingung im Rechtssinn hätte lösen wollen, auch eine suspensiv bedingte Verpflichtung zur Vornahme der verkäuferseitigen Hauptleistung, der Lieferung der «Assets» (und nur dieser und nicht aller Pflichten des Kaufvertrages bzw. des Kaufvertrages überhaupt) annehmen können. Das Bundesgericht wäre dann bei einer sogenannten Closing Condition (Vollzugsbedingung) für die verkäuferseitige Hauptleistung «gelandet», wie sie für M&A-Transaktionen typisch ist. Allerdings betreffen solche Closing Conditions bei M&A-Transaktionen normalerweise nicht die Verknüpfung der verkäufer- und käuferseitigen Hauptleistungspflichten, sondern von Verkäufer und Käufer nur teilweise beeinflussbare Ereignisse wie die Überwindung privat- oder öffentlichrechtlicher Vollzugs- und Übertragungshindernisse wie wettbewerbsrechtliche Bewilligungen[43].

Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/ab_2010/24_11_2010_OCR.pdf), besucht am 22. Mai 2012).

[40] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani/Markus Vischer, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12. Januar 2012, besprochen.

[41] Zum Begriff des Asset Deal z.B. Tschäni (Fn 19), 3. Kapital, N 1 ff.

[42] Wolfgang Zürcher, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in Mergers & Acquisitions IX, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2007, 152.

[43] Dazu z.B. Rolf Watter/Yves Schneller, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in Mergers & Acquisitions IX, herausgegeben von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2007, 221 ff.

[Rz 84] Closing Conditions in M&A-Transaktionen sind im Regelfall (Suspensiv-)Bedingungen für die Vornahme der Hauptleistungspflichten des Verkäufers und des Käufers (d.h. für die Vornahme der Verfügungsgeschäfte des Verkäufers und des Käufers), welche normalerweise gleichzeitig, also Zug um Zug, vorzunehmen sind (und nicht wie hier nur für die Hauptleistungspflicht des Verkäufers). Closing Conditions sind damit im Regelfall nicht (Suspensiv-)Bedingungen für alle Pflichten des Kaufvertrages (bzw. überhaupt des Kaufvertrages), sondern nur für deren Hauptleistungspflichten. Sie sind aus diesem Grunde im Regelfall auch keine (Suspensiv-)Bedingungen für die Verfügungsgeschäfte des Verkäufers und des Käufers, sondern wie gesagt vielmehr (Suspensiv-)Bedingungen der Verpflichtung zur Vornahme der Verfügungsgeschäfte[44].

3. Nichtigkeit eines Vertrags aufgrund Unmöglichkeit einer Vertragsbedingung

Urteil des Bundesgerichts 4D_122/2010 vom 10. Januar 2011 (CB)

[Rz 85] Am 13. Juni 2008 schlossen X. und Y. mit Z. einen bedingten Kaufvertrag über ein Grundstück. Im Kaufvertrag hatten die Käufer den Erwerb vom Erhalt einer rechtskräftigen und vollstreckbaren Baugenehmigung abhängig gemacht. Die beauftragte Baufirma V. Sàrl informierte darauf den Notar, dass es ihres Erachtens unnütz wäre, ein Baugesuch einzureichen und der Kaufvertrag aufzuheben sei, da es nicht möglich wäre, eine Zufahrtsstrasse zum Grundstück oder einen Parkplatz für den zukünftigen Hauseigentümer zu erstellen. Weitere Abklärungen ergaben jedoch, dass eine Zufahrtsmöglichkeit über benachbarte Grundstücke das Problem lösen könnte. In der Folge konnten sich die Parteien über die Gültigkeit des Kaufvertrags nicht einigen, weshalb die Käufer beim Regionalgericht Klage einreichten. Das Regionalgericht entschied zugunsten der Käufer. Es hielt fest, dass der Kaufvertrag eine unmöglich zu erfüllende Bedingung enthalte, da eine Baugenehmigung aufgrund der durchschnittlichen Steigung des Geländes nicht erteilt werden könnte. In zweiter Instanz entschied das Kantonsgericht zugunsten des Verkäufers mit der Begründung, dass das Erteilen einer Baugenehmigung in casu nicht i.S.v. Art. 20 OR unmöglich gewesen wäre.

[Rz 86] Das Bundesgericht stimmte dem Urteil des Kantonsgerichts zu, insbesondere deshalb, weil der Abstellplatz für das Auto nicht unbedingt auf dem Grundstück selbst, sondern auch bei einem Nachbarn oder am Rande des Hangs hätte liegen können. Die Beurteilung der von den Beschwerdeführern (Käufern) kritisierten Anwendung von Art. 157 und Art. 20 OR durch das Kantonsgericht auf den vorliegenden Fall wurde vom Bundesgericht offen gelassen. Es verwies auf die diesbezüglich divergierenden Lehrmeinungen, wonach umstritten sei, ob ein Vertrag mit einer nicht erfüllbaren Bedingung in allen Fällen nichtig ist oder nur dann, wenn der Wille der Parteien der Bedingung eine solche Bedeutung zuschreibt. Es sei unbestritten, dass die Parteien den Vertrag ohne die Erfüllung der Bedingung nicht geschlossen hätten, folglich wäre der Kaufvertrag beim Vorliegen einer unmöglich zu erfüllenden Bedingung nichtig. Da die Beschwerdeführer die Unmöglichkeit des Bedingungseintritts nicht beweisen konnten, wurde die Beschwerde vom Bundesgericht vollumfänglich abgewiesen.

Bemerkung

[Rz 87] Zu beurteilen war die Frage, ob eine anfängliche rechtliche Unmöglichkeit gem. Art. 20 OR bestand, d.h., ob die Erteilung der Baubewilligung unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Bau- und Planungsvorschriften anfänglich unmöglich war. Da sich die Käufer auf die Bedingung im Kaufvertrag beriefen, wonach im Falle einer Unmöglichkeit der Kaufvertrag hinfällig wurde, und daraus die Ungültigkeit des Kaufvertrags ableiteten, waren sie hinsichtlich des Bestehens der rechtlichen Unmöglichkeit beweisbelastet (Art. 8 ZGB). Wie gesehen konnten die Käufer den Beweis der Unmöglichkeit nicht erbringen. Nicht geholfen hat ihnen dabei, dass sie das Baugesuch gar nicht eingereicht hatten, obschon sie eine vertragliche Obliegenheit hatten, entsprechende Schritte zu unternehmen («les acheteurs se sont obligés envers le vendeur à déposer en mains du Greffe municipal de ..., d'ici au 15 août 2008, un dossier d'enquête publique complet en vue de l'obtention du permis de construire. Ils ne pouvaient se prévaloir de la réserve formulée à l'art. 1 du contrat s'ils ne déposaient pas leur dossier dans ce délai (art. 2)).» Da unbestritten war, dass die Käufer diese Obliegenheit nicht erfüllten, hätte deren Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrags wohl bereits aus diesem Grund als verwirkt betrachtet werden können. Die Frage der Verwirkung (bzw. vertraglichen Ausschlusses der Berufung auf die Unmöglichkeit) wurde allerdings im Entscheid nicht diskutiert.

VI. Hinweis auf Revision des OR: längere Verjährungsfristen für kauf- und werkvertragliche Mängelrechte

[Rz 88] In der Schlussabstimmung vom 16. März 2012 hat das Parlament einer Revision der Verjährungsfristen des Gewährleistungsrechts im Kauf- und Werkvertragsrecht zugestimmt[45]. Die neuen Artikel 210 revOR und 317 revOR lauten wie folgt:

Art. 210

9. Verjährung

[44] Unpräzis deshalb Patrick Schleiffer, No Material Adverse Change, in Mergers & Acquisitions VI, Zürich, Basel, Genf 2004, 68, und Tschäni (Fn 19), 4. Kapitel, N 20 f.; zum Ganzen Chiani/Vischer (Fn 40), Rz 8 ff.

[45] BBl 2012 3447 f.

[1] Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

[2] Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

[3] Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 20034 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

[4] Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:

a. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;

b. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und

c. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

[5] Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist. [6] Der Verkäufer kann die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird. Dies gilt nicht für die 30-jährige Frist gemäss Absatz 3.

Art. 371

e. Verjährung

[1] Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes. Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.

[2] Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes.

[3] Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.

[Rz 89] Ein wesentlicher Unterschied zum geltenden Recht ist die in Art. 210 Abs. 1 revOR vorgesehene Verlängerung der ordentlichen Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Sachgewährleistungsansprüchen von bisher einem Jahr auf grundsätzlich zwei Jahre, wobei die Verjährung wie gehabt mit der Ablieferung der Kaufsache beim Käufer zu laufen beginnt[46]. Dem Käufer wird durch die Verlängerung der Verjährungsfrist ermöglicht, Mängel, die trotz einer angemessenen Prüfung nach Übergabe erst später entdeckt werden (sog. versteckte Mängel), noch während zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer geltend zu machen, sofern die Anzeige an den Verkäufer «sofort» (Art. 201 OR) nach der Entdeckung erfolgt. Weiter wird damit das schweizerische Recht in Übereinstimmung mit der zweijährigen Verwirkungsfrist von Art. 39 Abs. 2 CISG gebracht und die bisherige «Genfer Praxis» (Verlängerung der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 210 OR auf zwei Jahre seit der Ablieferung der Kaufsache) Gesetz[47].

[Rz 90] Nach Art. 210 Abs. 2 revOR hingegen beträgt die Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Käufers fünf Jahre, wenn die verkaufte Ware bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk eingebracht wurde und sie die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werks bewirkt hat. Dadurch wurde beabsichtig, eine Anpassung an die fünfjährige Verjährungsfrist für werkvertragliche Mängelrechte des Bestellers bei unbeweglichen Werken gegenüber dem Unternehmer vorzunehmen[48].

[Rz 91] Mit Art. 210 Abs. 4 revOR wurde eine Bestimmung zum Konsumentenschutz eingeführt. Dieser Artikel sieht vor, dass bei Vorliegen eines Konsumentenvertrags eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, für gebrauchte Sachen auf weniger als ein Jahr, ungültig ist. Entsprechendes gilt nach Art. 371 Abs. 3 revOR.

[Rz 92] Wann die neuen Verjährungsbestimmungen im Kauf- und Werkvertragsrecht in Kraft treten, steht noch nicht definitiv fest[49]. Nachdem die Referendumsfrist am 5. Juli 2012 abgelaufen ist, wird der Bundesrat über das Datum des Inkrafttretens entscheiden. Voraussichtliches Inkrafttreten ist nach Auskunft des Bundesamts für Justiz der 1. Januar 2013.

---

[46] Zum Revisionsentwurf vgl. Peter Gauch, Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 2011, 145 ff.

[47] Vgl. dazu Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Art. 4 N 25 ff.; Christoph Brunner/Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht in den Jahren 2008 und 2009, in: Jusletter 26. Juli 2010, Rz. 7-10.

[48] Parlamentarische Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten», Änderung von Artikel 210 OR, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Januar 2011, BBl 2011 2889 ff.

[49] Hinsichtlich übergangsrechtlicher Fragen sei auf folgenden Beitrag verwiesen: David Rüetschi, Übergangsrechtliche Fragen zum revidierten Gewährleistungsrecht, in: Jusletter 4. Juni 2012.

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

PD Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Python & Peter, Bern und Genf. Er ist Leiter des Ressorts Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

* * *