

Kommentar zu: Urteil: 4A_444/2017 vom 12. April 2018
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

De | Fr | It |

# Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten

**Autor / Autorin**

Anissa Kern, Markus Vischer
walderwyss

**Redaktor / Redaktorin**

Christoph Brunner
PETER & PARTNERS ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A_444/2017 und 4A_448/2017 vom 12. April 2018 bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen und erweitert diese um die Fallgruppe der Neubauten: Die Zustimmung des Käufers für einen Haftungsausschluss für erhebliche, nicht erkennbare und grobfahrlässig verursachte Mängel kann nicht leichthin vermutet werden, wenn die Liegenschaft erst kurz vor dem Kauf erstellt worden ist und der Verkäufer gleichzeitig auch Hersteller der Baute war. Dass die Mängelbehebungskosten nur 5 % des Kaufpreises ausmachen, fällt dabei nicht ins Gewicht.*

## Sachverhalt

[1] Mit Kaufvertrag vom 23. Oktober 2009 kauften die Kläger 1 und 2 (nachfolgend Käufer) von der Beklagten (nachfolgend Verkäuferin) u. a. ein Grundstück mit einem in den Jahren 2006/2007 gebauten Mehrfamilienhaus. Der Kaufvertrag enthielt folgende Freizeichnungsklausel:

> *«2. Währschaft: In Bezug auf die Kaufsobjekte wird unter Vorbehalt von Absatz 2 hienach, seitens der Verkäuferschaft jegliche Währschaft wegbedungen (soweit gesetzlich zulässig). Die Käuferschaft übernimmt die Räumlichkeiten im heutigen Zustand und wie besichtigt. Die Parteien erklären ausdrücklich, dass sie vom Notar über die Folgen der Währschaftswegbedingung eingehend orientiert worden sind. Zur Geltendmachung der heute noch bestehenden Mängelrechte der Grundstücke U._____ Nr. XXX (Mehrfamilienhaus) und V._____Nr. XXX (Tiefgarage) überträgt hiermit die Verkäuferschaft der Käuferschaft alle mit den Kaufsobjekten verbundenen Garantien der an der ganzen Überbauung beteiligten Planer und Unternehmer. Sie verpflichtet sich die Käuferschaft bei einer allfälligen Geltendmachung von Mängelrechten zu unterstützen.»*

[2] Im Juni 2012 wurde auf dem Grundstück ein Rohrbruch festgestellt, woraufhin die Käufer die Fundation des Mehrfamilienhauses für CHF 140‘969.25 sanierten.

[3] Mit Klage vom 15. November 2013 begehrten die Käufer beim Bezirksgericht Lenzburg, die Verkäuferin habe ihnen die Sanierungskosten nebst Zins zu bezahlen. Mit Urteil vom 23. Juni 2016 wies das Bezirksgericht Lenzburg die Klage ab (u. a. mit der Begründung, dass die vertragliche Freizeichnungsklausel gültig sei und den

streitgegenständlichen Mangel erfasse.) Dagegen legten die Käufer Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau ein. Dieses hiess die Berufung mit Urteil vom 2. Mai 2017 teilweise gut. Es hielt fest, dass die Klage nicht auf Grundlage der Freizeichnungsklausel abgewiesen werden könne, weil der Mangel nach objektivierter Auslegung der Freizeichnungsklausel nicht von der Klausel erfasst sei. Gegen diesen Entscheid reichten sowohl die Käufer als auch die Verkäuferin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein.

**Erwägungen**

[4] Bevor sich das Bundesgericht mit der Frage befasste, inwieweit die Haftung gültig wegbedungen werden konnte, prüfte es in einem ersten Schritt die Tragweite der Freizeichnungsklausel in Bezug auf die gerügten Mängel. Es hielt zunächst fest, dass sich der Umfang von Freizeichnungsklauseln gemäss den allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien bestimme. Lasse sich kein solcher nachweisen, sei die vereinbarte Klausel nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste. Wegen der Besonderheiten des Grundstückkaufs nähmen Lehre und Rechtsprechung bei der Auslegung von Ausschlussklauseln eine gewisse Einschränkung hinsichtlich der Natur der Mängel vor. So falle ein Mangel dann nicht unter einen Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dazu seien die konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend, wobei es wesentlich darauf ankäme, zu welchem erkennbaren Zweck jemand eine Sache gekauft habe. Mängel, die eine Sache für den vorgesehenen Gebrauch weitgehend untauglich machten, seien anders zu werten als solche, die diesen zwar erschwerten, aber dennoch zuliessen. Dazu sei auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrags abzustellen. (E. 5.1.)

[5] Ein allgemeiner Haftungsausschluss, wie vorliegend zu beurteilen, würde demnach keine Mängel erfassen, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen müsse. Dass die Parteien dies dennoch beabsichtigt hätten, hätte die Verkäuferin aufzeigen müssen. (E. 5.2.1.)

[6] Das Bundesgericht prüfte abschliessend, ob der Mangel im vorliegenden Fall gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste und fasste zu diesem Zweck die Erwägungen der Vorinstanz zusammen: Die Liegenschaft ist laut Vorinstanz erst zwei Jahre vor dem Verkauf fertiggestellt worden. Bei der Verkäuferin handle es sich um ein Architekturbüro, welches das Gebäude erst kurz zuvor selber errichtet habe, mithin um einen «Hersteller-Verkäufer». Deshalb könne nach Treu und Glauben nicht leichthin vermutet werden, dass die Käufer einem Haftungsausschluss für erhebliche, nicht erkennbare und grobfahrlässig verursachte Mängel zugestimmt habe. Das ergebe sich – indirekt – aus Art. 100 Abs. 1 Obligationenrecht (OR), wonach der vorgängige Ausschluss der Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nichtig sei. Ein «Hersteller-Verkäufer» hätte dem Käufer klar zu erkennen geben müssen, dass er die Haftung für von ihm selbst herbeigeführte, grobfahrlässige Mängel ausschliessen wollte. Auch der Beizug von Bauingenieuren zur Erstellung des Mehrfamilienhauses wirke gemäss Vorinstanz für den Verkäufer nicht haftungsbefreiend, weil er als Bauunternehmer/Architekt selbst über das fachgerechte Wissen verfügen sollte. (E. 5.4.)

[7] Weiter verwies das Bundesgericht auf die Feststellung der Vorinstanz, wonach es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Altbaute, sondern um eine unter der Bauherrschaft der Verkäuferin neu erstellte Liegenschaft handle. Es verletzte kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, eine ungenügende Fundation des Wohnhauses liege in diesem Fall gänzlich ausserhalb dessen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen müsse. Laut Bundesgericht erfasse die Ausschlussklausel Mängel, die bei jedem Neubau auftreten können, hingegen nicht solche, die im Wesentlichen zu einer Unbrauchbarkeit des Kaufobjekts führen, wie eine instabile Fundation. Zudem würde das blosse Verhältnis zwischen Kaufpreis und Mängelbehebungskosten von nur 5 % keinen Aufschluss darüber geben, dass der Käufer mit dem Mangel hätte rechnen müssen. Vielmehr seien diese verhältnismässig tiefen Kosten eine Folge davon, dass der Mangel entdeckt wurde, bevor er infolge Instabilität des Gebäudes zu grösseren Schäden und Sanierungskosten führen konnte. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Schadenspotential des Mangels berücksichtigte, denn die Tragweite des Gewährleistungsausschlusses könne nicht vom Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels abhängen. Die Beschwerde der Verkäuferin (4A_448/2017) erweise sich somit als unbegründet, weswegen sie abzuweisen sei, soweit darauf einzutreten sei. (E. 5.5./5.6.)

**Kurzkommentar**

[8] Die Wegbedingung der gesetzlichen Haftung nach Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR mittels Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen ist heutzutage ein weit verbreitetes Phänomen (ERICH RÜEGG, § 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, Bern 2017, S. 161 ff., S. 211, Rz. 121; vgl. auch MAJA BAUMANN, Gewährleistungen in Grundstückkaufverträgen mit professionellen Investoren, in: AJP 10/2010, S. 1269 ff., S. 1270). Bei Kaufverträgen über Altliegenschaften ist sie sogar die Regel (RÜEGG, a.a.O., Rz. 121). Auch Musterverträge über den Grundstückkauf enthalten oftmals Gewährleistungsbeschränkungen (vgl. ANDREAS TINNER, §71 Liegenschaftskaufvertrag [Grundstückskauf], in: Peter Münch/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst [Hrsg.], Schweizer Vertragshandbuch, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 11).

[9] Weil diese routinemässige Gewährleistungsbeschränkung zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, hat das Bundesgericht drei Ansätze entwickelt, um Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen zu kontrollieren und eine allfällige materielle Vertragsungerechtigkeit zu korrigieren (MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, in: SJZ 108/2012, S. 177 ff., S. 178). Ein Ansatz basiert auf der Ungültigkeit von Freizeichnungsklauseln bei Arglist des Verkäufers gemäss *Art. 199 OR*. Ein weiterer Ansatz stützt sich auf die Gültigkeitsschranke nach *Art. 100 OR*. Schliesslich wendet das Bundesgericht die Regeln der *Auslegung* an, um die Tragweite und Zulässigkeit solcher Klauseln zu bestimmen. Dieser letzte Ansatz war Gegenstand des kommentierten Bundesgerichtsentscheids und wird nun vertieft behandelt.

[10] Wie bereits erwähnt, legt das Bundesgericht Freizeichnungsklauseln nach dem Vertrauensprinzip aus, sofern der wirkliche Parteiwille nicht ermittelt werden kann (BGE 130 III 686 E. 4.3.1). Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung haben für diesen Fall mehrere Auslegungsregeln entwickelt, u. a., dass Freizeichnungsklauseln *klar formuliert und im Zweifel eng ausgelegt* werden müssen (Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2.1; BGE 126 III 59 E. 5a; RÜEGG, a.a.O., Rz. 143, dritter Spiegelstrich). Diese Auslegungsprinzipien wurden mit dem vorliegenden Urteil bestätigt; laut Bundesgericht liege es am Verkäufer darzutun, inwiefern ein allgemeiner Haftungsausschluss auch Mängel, mit welchen der Käufer nicht rechnen muss, erfassen soll (Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2017 und 4A_448/2017 vom 12. April 2018 E. 5.2.1).

[11] Gemäss einer weiteren Auslegungsregel ist *ein Mangel dann nicht von der Freizeichnungsklausel erfasst, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss*, und wenn *der Mangel den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages erheblich beeinträchtigt* (BGE 130 III 686 E. 4.3.1). Diese Voraussetzungen sind laut höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht in einer kumulativen, sondern in einer einheitlichen und gesamthaften Beurteilung festzustellen (BGE 130 III 686 E. 4.3.1). Inwieweit eine erhebliche Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Zwecks vorliegt, bemisst sich nach dem *Verhältnis zwischen Kaufpreis (für das mutmasslich mängelfreie und für den vorausgesetzten Gebrauch taugliche Kaufobjekt) und Mängelbehebungskosten* (BGE 130 III 686 E. 4.3.1). Zur Ermittlung dessen, womit ein Käufer rechnen muss, hat sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Fallgruppe der *Altbauten* herausgebildet (BGE 130 III 686 E. 4.3.1). So habe der Käufer einer Altbaute mit *Mängelbehebungskosten in der Höhe von ca. 10 % des Kaufpreises* zu rechnen und entsprechend liege eine erhebliche Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Zwecks in der Regel dann vor, wenn solche Kosten diese Höhe überschreiten (Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4. Januar 2011 E. 4.1 und E. 4.2.1.2; 4A_551/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 2.6; RÜEGG, a.a.O., Rz. 143, fünfter Spiegelstrich; vgl. auch VISCHER, a.a.O., S. 182).

[12] Mit dem vorliegenden Urteil hat das Bundesgericht das Kriterium, wonach der Mangel gänzlich ausserhalb dessen zu liegen hat, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen müsse, weiter ausgedehnt. Neu bejaht es nun die erhebliche Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Zwecks auch bei Neubauten, falls der Mangel die Neubaute praktisch unbrauchbar machen könnte, selbst wenn er tatsächliche Kosten von lediglich 5 % verursacht. Zusätzlich wird dieses Kriterium durch die Berücksichtigung des Schadenspotentials ausgeweitet, welches nebst den tatsächlichen Mängelbehebungskosten zum Tragen kommen kann.

[13] Ob die soeben beschriebene Kontrolle von Freizeichnungsklauseln der dogmatisch korrekte Ansatz ist, wird in der Literatur in Frage gestellt. Allgemein gefasste Freizeichnungsklauseln in Grundstückverträgen werden wegen

der Komplexität des Kaufgegenstandes als nicht sachdienlich erachtet (VISCHER, a.a.O., S. 187). Überhaupt ist dieser richterliche Eingriff in die Privatautonomie der Parteien umstritten (vgl. dazu DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, in: dRSK, publiziert am 30. September 2015, Rz. 13 f.). U. E. ist das Bestreben nachvollziehbar, die materielle Vertragsgerechtigkeit und eine angemessene Risikoverteilung gewährleisten zu wollen und im Gegenzug dazu, der Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien in Bezug auf Haftungsbeschränkungen eine Schranke zu setzen, insbesondere bei Transaktionen, die naturgemäss Informationsasymmetrien und ein erhebliches Schadenspotential bergen. Das dazu bundesgerichtlich entwickelte Korrektiv der Einschränkung von Freizeichnungsklauseln mittels Auslegung scheint u. E. der Rechtssicherheit nicht gänzlich Genüge zu tun, weder aus der Sicht des Verkäufers noch des Käufers. Des Weiteren ist fraglich, ob der mittels objektivierter Auslegung konstruierte Parteiwille, wonach beide Parteien nach Treu und Glauben gewollt hätten, dass nur Mängel, die bei jeder Neubauten zu erwarten sind, unter den Haftungsausschluss fielen, wirklich vertretbar ist.

[14] Ein besserer Ansatz besteht laut VISCHER und BAUMANN darin, zu bestimmten Problempunkten konkret formulierte Zusicherungen in die Grundstückkaufverträge aufzunehmen (VISCHER, a.a.O., S. 187; BAUMANN, a.a.O., S. 1270). Auch könnte den Notaren eine wichtige Rolle zukommen, indem sie bei der Beglaubigung von Grundstückkaufverträgen aufgrund ihrer Beratungspflicht und Sachkunde die Parteien über den Inhalt und die Konsequenzen von Freizeichnungsklauseln aufklären, so SCHMID und VISCHER (JÖRG SCHMID, Gewährleistung, in: Jörg Schmid [Hrsg.], Der Grundstückkauf, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 82 ff., S. 103; VISCHER, a.a.O., S. 186). Anzufügen bleibt, dass die Parteien in jedem Falle bestrebt sein sollten, die Risiken eines Grundstückkaufvertrags schon auf Stufe der Vertragsverhandlungen mittels Abklärungen und Gutachten fundiert abzuschätzen, wie dies bei Unternehmenskäufen regelmässig mittels einer professionellen Due Diligence getan wird (VISCHER, a.a.O., S. 187).

[15] Mit diesem Urteil bildet das Bundesgericht neu die Fallgruppe der Neubauten und hält an seiner restriktiven und entsprechend käuferfreundlichen Auslegung von Freizeichnungsklauseln fest.

ANISSA KERN, MLaw, LL.M., Substitutin, Walder Wyss.
Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss.

**Zitiervorschlag:** Anissa Kern / Markus Vischer, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten, in: dRSK, publiziert am 18. September 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw




**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch