Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

Der Autor beleuchtet Bedeutung und Anwendbarkeit des am 1. Juli 2012 in Kraft tretenden neuen Art. 8 UWG, der sowohl eine individuell-konkrete wie auch eine generell-abstrakte AGB-Kontrolle zulässt. Im Hinblick auf diese erweiterte Kontrolle analysiert der Autor die bundesgerichtliche Praxis zur Kontrolle der Freizeichnungsklauseln. Da Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen zufolge häufiger Aufsetzung durch Notare in der Regel keinen AGB-Charakter aufweisen, erfährt die bisherige Praxis unter dem neuen Art. 8 UWG keine wesentliche Weiterung. Der Autor appelliert an die Selbstverantwortung der Grundstückkäufer und fordert diese und die Notare auf, eine aktive Rolle bei der Vertragsgestaltung zu spielen. Zi.

L'auteur examine la signification et les applications pratiques du nouvel art. 8 LCD qui entrera en vigueur le 1er juillet 2012 et qui permettra un contrôle des conditions générales, tant concret et individuel que général et abstrait. A l'aune de ce contrôle plus important, l'auteur analyse la jurisprudence du Tribunal fédéral portant sur le contrôle de la clause d'exclusion de garantie. En matière de vente immobilière, la clause d'exclusion de garantie ne peut en principe pas être qualifiée de conditions générales, étant insérée dans un acte authentique par le notaire. La pratique actuelle ne devrait donc pas subir de modifications de par le nouvel art. 8 LCD. L'auteur en appelle dès lors à l'acheteur immobilier et l'encourage, avec le notaire, à jouer un rôle actif dans la rédaction du contrat. P.P.

I. Einleitung

Der Grundstückkaufvertrag ist in Art. 216 ff. OR geregelt. Er bedarf zur Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung[1].

Auf den Grundstückkaufvertrag, ob er nun in der Form des Share Deal oder des Asset Deal und ob er nun «traditionell» mittels Singularsukzession nach dem OR oder nach FusG abgewickelt wird, findet, vorbehältlich der Sonderbestimmungen in Art. 219 OR bezüglich (Aus-)Mass des Grundstücks und der Gewährleistungsfrist, in Bezug auf die Gewährleistung die Bestimmungen über den Fahrniskauf Anwendung[2].

Es kommen damit Art. 192 ff. OR in Bezug auf die Rechtsgewährleistung und Art. 197 ff. OR in Bezug auf die Sachgewährleistung zur Anwendung. Entgegen der herrschenden Lehre umfassen Sachmängel gemäss Art. 197 ff. OR auch Rechtsmängel im Sinne von Art. 192 ff. OR, sodass der Käufer auch beim Grundstückkaufvertrag bei Vorliegen eines Rechtsmangels bei gegebenen Voraussetzungen alternativ nach Art. 192 ff. OR oder nach Art. 197 ff. OR vorgehen kann[3].

Grundsätzlich ist das gesetzliche Gewährleistungsrecht im Kaufrecht[4] dispositives Recht[5].

Es ist deshalb grundsätzlich zulässig, dass die Parteien die Haftung des Verkäufers gemäss Art. 192 ff. und/oder Art. 197 ff. OR wegbedingen oder einschränken. Man spricht in

1 Art. 216 Abs. 1 OR; s. z.B. auch *Christian Brückner*, Umfang des Formzwangs, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 1 ff.; *Christoph Chappuis/Nicolas Kuonen*, Contenu matériel de l'acte de vente immobilière, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 15 ff.; *Roland Pfäffli*, Beurkundung des Kaufpreises, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 39 ff.; *Christoph Leuenberger*, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Alfred Koller, 2. A., Bern 2001, 27 ff.

2 Art. 221 OR; z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2.12.2010, E. 2.2, mit Hinweis auf BGE 131 III 145, E. 3; s. auch *Alfred Koller*, Begriff und Rechtsgrundlagen des Grundstückkaufs, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Alfred Koller, 2. A., Bern 2001, 20 ff.; zu den Strukturierungsmöglichkeiten einer Immobilientransaktion im Allgemeinen z.B. *Anne-C. Imhoff/Franz Schubiger*, Zivilrechtliche Strukturierung von Immobilientransaktionen, Der Schweizer Treuhänder *2011* 474 ff.; zur gleichen Aussage bezüglich Unternehmenskäufen z.B. *Markus Vischer*, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP *2011* 1168 m.w.H.

3 *Vischer* (Fn. 2) 1169 f. m.w.H., insbesondere auf *Markus Vischer*, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ *2010* 129 f.

4 Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR.

5 Z.B. BSK OR I-*Honsell*, Art. 199 OR N 1; *Erich Rüegg*, Zusicherung und Freizeichnung, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 188; *Markus Vischer*, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ *2009* 136.

diesem Zusammenhang von Freizeichnung. Entsprechende Klauseln nennt man entsprechend Freizeichnungsklauseln[6].

Es ist eine Tatsache, dass sich in den meisten Grundstückkaufverträgen Freizeichnungsklauseln befinden, welche die gesetzliche Gewährleistung in Art. 192 ff. und Art. 197 ff. OR wegbedingen oder einschränken[7].

II. AGB-Kontrolle im Allgemeinen

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind vorformulierte Vertragsbedingungen[8]. Charakteristisch für sie ist, dass sie als geformte Ergebnisse einer Denkarbeit[9] zwischen den Parteien nicht im Einzelnen ausgehandelt werden[10].

AGB verfolgen den Zweck, Abläufe zu rationalisieren, indem das Rad nicht jedes Mal neu zu erfinden ist[11]. Sie haben entsprechend einen grossen Nutzen[12], was in der oft an ihnen geübten Kritik meist vergessen geht. Angesichts gewisser Missbräuche mit AGB stellte und stellt sich auch in der Schweiz die Frage nach einer AGB-Kontrolle.

Allerdings fehlen in der Schweiz im Unterschied zum benachbarten Ausland spezifische Normen zur AGB-Kontrolle[13], sieht man einmal von aArt. 8 UWG (in Kraft bis 30.6.2012) ab, welche Bestimmung in der Rechtsprechung aber nach landläufiger Meinung keine grosse Rolle spielt[14]. Zurückgeführt wird dies auf das in aArt. 8 UWG enthaltene Erfordernis der «Irreführung»[15]. Allerdings hatte aArt. 8 UWG entgegen der landläufigen Meinung insofern einen grösseren Einfluss auf die Rechtsprechung, als die Bestimmung die Rechtsprechung zur sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel doch massgebend beeinflusst hat[16].

Traditionell wird aufgrund der fehlenden spezifischen Normen zur AGB-Kontrolle und aufgrund des Erfordernisses der «Irreführung» in aArt. 8 UWG (im Sinne einer Art Behelfs- oder Notlösung)[17] versucht, im individuellen und konkreten Einzelfall (u.a.) mit den allgemeinen Bestimmungen des OR eine (demzufolge individuell-konkrete) AGB-Kontrolle vorzunehmen.

Der Grund dafür ist neben den erwähnten Missbräuchen wohl das Postulat für und in der Tat eine Tendenz des Privatrechts zu einem Wertewandel hin zu einem sozialeren Privatrecht, in dem das Vertragsrecht zunehmend «materialisiert» und die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt

6 Z.B. BSK OR I-*Honsell*, Art. 199 OR N 1; *Rüegg* (Fn. 5) 188; *Michael Hochstrasser*, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich, Basel, Genf 2006, 5 ff.

7 Z.B. *Rüegg* (Fn. 5) 177; *Maja Baumann*, Gewährleistung in Grundstückkaufverträgen mit professionellen Investoren, AJP *2010* 1270; *Imhoff/Schubiger* (Fn. 2) 482; *Jörg Schmid*, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in: In Sachen Baurecht, hrsg. von Pierre Tercier, Freiburg 1990, 49; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 2493; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4.7.2011, E. 2: «... l'exclusion de la garantie est classique dans la vente de bâtiments qui ne sont pas neufs ...»; s. auch Musterverträge von *Andreas Tinner*, Liegenschaftenkaufvertrag (Grundstückkauf), in: Schweizer Vertragshandbuch, hrsg. von Peter Münch/Peter Böhringer/Sabina Kasper Lehne/Franz Probst, 2. A., Basel 2010, 1517 (Ziff. III C: «Gewährleistung); und von *Roland Pfäffli*, Der Grundstückkauf: Kommentierter Mustervertrag, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 613 (Ziff. III 2 c: «Aufhebung bzw. Beschränkung der Gewährleistung (Freizeichnung)».

8 Z.B. *Peter Gauch*, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich, Genf 2011, N 190; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationrecht Allgemeiner Teil, 5. A., Bern 2009, N 44.01; Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28.11.2002, E. 3.1.

9 ZK-*Schönenberger/Jäggi*, Art. 1 OR N 433.

10 Z.B. *Schwenzer* (Fn. 8) N 44.01; Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. November 2002, E. 3.1; s. zum Begriff der AGB auch VI.

11 Z.B. *Claire Huguenin Jacobs*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht *1995* 85; *Rainer Schumacher*, Wie zu Gotthelfs Zeiten: schlechte Verträge ... und zeitgemässe Gegenmittel, Jusletter vom 4. April 2005, Rz 43 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1.

12 Z.B. *Schumacher* (Fn. 11) Rz 43 f.

13 S. auch die pointierte Meinung von *Peter Gauch*, Die Vertragshaftung und ihre AVB, recht *2006* 85: «... ist die Schweiz ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB ...».

14 Ausnahmen z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19.5.2008, E. 2.1.1; Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2002 vom 6.6.2002, E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.538/1996 vom 5.8.1997 (=Pra *1998* 53), E. 2; BGE 122 III 373, E. 3a; BGE 119 II 443, E. 1c; BGE 117 II 332, E. 5; zur bundesgerichtlichen Praxis z.B. *Alexander Brunner*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Schweizerisches Privatrecht X, Konsumentenschutz im Privatrecht, hrsg. von Ernst E. Kramer, Basel 2008, 134.

15 Z.B. *Andreas Furrer*, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, HAVE *2011* 324; SHK UWG-*Probst*, Art. 8 UWG N 52, 71; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich, Basel, Genf 2008, N 434.

16 Dazu gleich nachstehend.

17 So *Wolfgang Wiegand*, Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, hrsg. von Heinrich Honsell/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow, Basel, Genf, München 2004, 342.

wird[18]. Wie weit sich eine Umsetzung dieses Wertewandels allerdings mit Art. 19 Abs. 1 OR, wo die formale Vertragsfreiheit bzw. eine ihrer Hauptausprägungen, die Inhalts- bzw. Gestaltungsfreiheit, explizit statuiert ist[19], verträgt, bzw. wie weit sich dieser Wertewandel ausserhalb von Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 21 OR, Art. 27 ZGB, etc. de lege lata umsetzen lässt, und wie weit das hinter Art. 19 Abs. 1 OR, aber eben auch hinter Art. 19 Abs. 2/Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 21 OR, Art. 27 ZGB etc. stehende Vertragsdenken entsprechend wirklich «paläo-liberal»[20], also Vergangenheit ist bzw. sein soll, soll hier nicht weiter thematisiert werden[21].

Im Vordergrund einer solchen AGB-Kontrolle steht die sogenannte Geltungskontrolle: Danach gelten AGB nur bei ihrer Voll- oder Global-Übernahme[22] durch die Parteien in den konkreten Einzelvertrag, was bei der Globalübernahme tatsächliche und nach einem Teil der Lehre (in Überdehnung des Vertrauensprinzips[23]) zumutbare Zugänglichkeit der Parteien zu den AGB bedingt[24]. Sie gelten weiter bei einer Globalübernahme nur, wenn (und soweit) die Parteien nicht eine abweichende individuelle Abrede getroffen haben und wenn (und soweit) es sich nach der bereits erwähnten sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel nicht um ungewöhnliche Bestimmungen handelt[25]. Ungewöhnliche Bestimmungen sind dabei Bestimmungen, die «zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen»[26]. Die Anlehnung dieser Formulierung an aArt. 8 UWG ist offensichtlich.

Die Geltungskontrolle setzt auf der Ebene des Konsenses an und stützt sich auf die Regeln über das Zustandekommen eines Vertrags in Art. 1 ff. OR. Massgebend bei dieser Konsensfrage ist nach Art. 18 OR der wirkliche Wille der Parteien und, wenn dieser (wie meist) nicht feststellbar ist, der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte Wille der Parteien[27].

Weiter massgebend für die genannte AGB-Kontrolle ist die sogenannte Auslegungskontrolle:

Sie setzt auf der Ebene der Auslegung an und stützt sich auf die üblichen Auslegungsregeln, insbesondere auch die sogenannte Restriktionsregel[28] und die sogenannte Unklarheitsregel[29], da AGB im Rahmen der individuell-konkreten AGB-Kontrolle nach der Rechtsprechung der herrschenden Lehre anders als in Deutschland wie individuell getroffene Abreden auszulegen sind[30]. Massgebend bei dieser Auslegungsfrage ist nach Art. 18 OR der wirkliche Wille der Parteien, und, wenn dieser (wie meist) nicht feststellbar ist, der nach dem Vertrauensprinzip ermittelte Wille der Parteien.

Geltungskontrolle und Auslegungskontrolle von AGB gehen ineinander

[18] S. BGE 123 III 292, E. 2e aaa mit der Feststellung einer entsprechenden Tendenz; zum Postulat z.B. *Ingeborg Schwenzer*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Haftung aus Vertrag, hrsg. von Alfred Koller, St. Gallen 1998, 104.

[19] Z.B. BSK OR I-*Huguenin*, Art. 19/20 OR N 1.

[20] BK-*Kramer*, Art. 19-20 OR, N 23.

[21] S. z.B. aber BK-*Kramer*, Art. 19–20 OR N 17 ff.; s. auch *Jörg Schmid*, Freizeichnungsklauseln, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, hrsg. von Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl, Zürich, Basel, Genf 2003, 308: «Angesprochen ist [bei den Freizeichnungsklauseln] also nicht nur das (formale) Element der Vertragsfreiheit, sondern auch das (materielle) Element der Vertragsgerechtigkeit».

[22] Dazu z.B. *Huguenin* (Fn. 11) 417; *Peter Higi*, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, hrsg. von Sandra Hotz/Klaus Mathis, Zürich, St. Gallen 2008, 500 ff.

[23] *Higi* (Fn. 22) 506: «Direkt aus dem Vertrauensprinzip lässt sich dieses zusätzliche Erfordernis der Zumutbarkeit kaum mehr herleiten.» und 508: «Das generelle Erfordernis der Zumutbarkeit ist m.a.W. Folge richterlicher Wertungen, die nicht direkt aus dem Gesetz folgen, sondern aus einer richterlichen Richtigkeitsvorstellung».

[24] Z.B. *Peter Gauch/Walter R. Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, bearbeitet von Jörg Schmid und Susan Emmenegger, 9. A., Zürich, Basel, Genf 2008, N 1140 unter fälschlicher Berufung auf BGE 77 II 154, E. 4, und 100 II 200, E. 5d; zum Ganzen *Roman Perrig*, Die AGB-Zugänglichkeitsregeln, Basel 2011, 1 ff.

[25] BSK OR I-*Huguenin*, Art. 19/20 OR N 27; *Huguenin* (Fn. 15) N 413 ff.

[26] BGE 135 III 1, E. 2.1; s. auch BGE 135 III 225, E. 1.3, und BGE 119 II 443, E. 1a.

[27] Z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 24) N 309; zur vertrauenstheoretischen Begründung insbesondere der Ungewöhnlichkeitsregel z.B. BGE 135 III 1, E. 2.1: «Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.»; auch BGE 119 II 443, E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007, E. 5.1.

[28] Z.B. *Schwenzer* (Fn. 18) 111 f.; *Schwenzer* (Fn. 8) N 45.11.

[29] Z.B. BSK OR I-*Huguenin*, Art. 19/20 OR N 27; *Huguenin* (Fn. 15) N 427.

[30] Z.B. BGE 135 III 225, E. 1.3; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 OR N 27; *Huguenin* (Fn. 15) N 425.

über[31], auch weil sich rechtstheoretisch nicht zwischen Entstehung und Inhalt von Rechtsverhältnissen unterscheiden lässt[32], auch wenn in der Praxis der sogenannte reine Auslegungsstreit eine Tatsache ist[33].

Neben der genannten Geltungs- und Auslegungskontrolle findet eine sogenannte Inhaltskontrolle von AGB insofern statt, als die Übereinstimmung mit zwingendem Recht überprüft wird[34].

Es gibt aber nicht nur diese beschränkte Inhaltskontrolle. Vielmehr ist bei genauerem Hinsehen die geschilderte Geltungs- und Auslegungskontrolle in Tat und Wahrheit eine verdeckte Inhaltskontrolle von AGB[35], indem das Vertrauensprinzip vielfach überstrapaziert und trotz Lippenbekenntnis zur Massgeblichkeit des konkreten Einzelfalls oft losgelöst von diesem konkreten Einzelfall angewandt wird, in welchem Fall die individuell-konkrete AGB-Kontrolle auch zu einer generell-abstrakten AGB-Kontrolle mutiert[36]. Daran ändert nichts, dass das Bundesgericht sich bis dato nicht zu einer (offenen) Inhaltskontrolle bekannt hat[37].

Besonders augenfällig ist die oftmalige Überstrapazierung des Vertrauensprinzips bei der Geltungskontrolle, bei welcher ein Konsensstreit fingiert wird, obwohl meist ein reiner Auslegungsstreit vorliegt, was im Widerspruch zum Vorgehen bei der Auslegungskontrolle steht, bei der ein reiner Auslegungsstreit angenommen wird, obwohl man z.B. bei der Unklarheitsregel der Logik bei der Geltungskontrolle folgend eher ein Konsensproblem annehmen müsste[38].

III. AGB-Kontrolle nach nArt. 8 UWG im Speziellen

Am 1.7.2012 wird nArt. 8 UWG als Teil der UWG-Revision in Kraft treten und aArt. 8 UWG ersetzen[39].

nArt. 8 UWG erlaubt (wie mindestens theoretisch bereits aArt. 8 UWG) einerseits eine individuell-konkrete AGB-Kontrolle, aber andererseits auch, über die Rechtsbehelfe des UWG, eine generell-abstrakte AGB-Kontrolle. Im Vordergrund stehen bei den Rechtsbehelfen des UWG Klagen der Betroffenen v.a. nach Art. 9 UWG[40], aber auch Klagen von Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes nach Art. 10 UWG.

nArt. 8 UWG enthält, wohl nicht zuletzt auch wegen des harten politschen Ringens um seine Formulierung[41], eine Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe[42]. Was sind von nArt. 8 UWG erfasste AGB? Was heisst Verwendung von AGB? Was heisst in Treu und Glauben verletzender Weise? Wer ist Konsumentin bzw. Konsument? Was heisst Nachteil? Was ist ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten?

31 Gl.M. *Wiegand* (Fn. 17) 332 f.; s. auch die aufschlussreichen Zitate in BGE 109 II 452 («Hühnerstallfall»), E. 4: «Vielmehr ist aufgrund der Besonderheit des vorliegenden Falles zu entscheiden, ob sich die Beklagte auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen darf. Inhaltliche Gesichtspunkte können dabei insofern eine Rolle spielen, als eine Anwendung dieser Regel um so eher berechtigt ist, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt.»; und in BGE 135 III 225, E. 1.3: «Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 135 III 1 E. 2.1 S. 7; 119 III II 443 E. 1a, 446 mit Hinweisen)».

32 Z.B. *Markus Vischer*, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 42.

33 Zu diesem sogenannten reinen Auslegungsstreit als Gegenstück des sogenannten Konsensstreits z.B. *Gauch/Schluep* (Fn. 24) N 1199 und 309.

34 Z.B. *Schwenzer* (Fn. 8) N 46.01.

35 Z.B. BSK OR I-*Huguenin*, Art. 19/20 OR N 27; *Huguenin* (Fn. 15) N 430; s. auch BGE 135 III 1, E. 2.2, wo das Bundesgericht ohne weitere Stellungnahme bemerkt, dass die Lehre seine Rechtsprechung v.a. zur Ungewöhnlichkeitsregel als verdeckte Inhaltskontrolle qualifiziert.

36 *Wiegand* (Fn. 17) 331 ff. unter Hinweis u.a. auf BGE 123 III 183, einem Entscheid zur SIA-Norm 118, und auf BGE 100 II 145 und BGE 90 II 302, Entscheiden zu den Richtlinien für Dokumentenakkreditive, insbesondere auch 341: «Betrachtet man die Resultate der Rechtsprechung, und nur diese, so führt die individuelle Auslegung zu durchaus akzeptablen Einzelfallentscheidungen, die auf einer – allerdings manchmal oft exzessiven – ‹objektivierten› Interpretation der vorformulierten Vertragsbestimmungen beruhen»; s. auch *Walter Sticher*, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, St. Gallen 1981, 38 ff. mit seiner Kritik am «Modell» der Geltungskontrolle, und schon *Werner A. Hecht*, Der standardisierte Vertrag, ZSR *1960* I 59 ff.; siehe schon Bemerkung zur Globalübernahme bei Fn. 22 und 23.

37 Z.B. BGE 109 II 452 («Hühnerstallfall»), E. 4: «Auch im vorliegenden Fall erübrigt sich eine Stellungnahme zur Frage, ob und inwieweit der Richter neben der Geltungs- eine Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen vornehmen kann, ...».

38 S. auch *Brunner* (Fn. 14) 139: «In theoretischer Hinsicht wäre die so genannte Unklarheitsregel entbehrlich. Denn man kann mit guten Gründen die Meinung vertreten, dass bei ‹verbleibender Mehrdeutigkeit der AGB› ein offener und versteckter Dissens vorliegt.»

39 S. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Änderung vom 17. Juni 2011, AS *2011* 4909.

40 Dazu z.B. *Gauch* (Fn. 8) N 200.

41 Zur diesbezüglichen Geschichte z.B. *Furrer* (Fn. 15) 324 f.

42 Z.B. *Hubert Stöckli*, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2012, hrsg. von Stephan Weber, Zürich 2012, 200: «Griffiger ist die Bestimmung ob der Teilrevision kaum geworden; ...»; s. auch *Laurent Bieri*, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter vom 24. Oktober 2011, Rz 8.

Die im Hinblick auf das Inkrafttreten von nArt. 8 UWG Woche für Woche zunehmende Lehre «kämpft» mit diesen Fragen und gibt unterschiedlichste Antworten[43]. Umstritten ist insbesondere auch das Verhältnis der verschiedensten Tatbestandselemente: Richtig dürfte diesbezüglich sein, den Gesetzgeber ernst zu nehmen und bei den Erfordernissen der Verletzung von Treu und Glauben und des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten von zwei selbständig nebeneinander stehenden Prüfungsmassstäben auszugehen[44].

Besondere Bedeutung für die Klärung dieser Begriffe wird die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen haben[45], weil sie vom Parlament immer wieder als Vorbild für nArt. 8 UWG genannt wurde, gerade wenn es darum ging, die Abweichung zum bundesrätlichen Vorschlag zu begründen[46].

Als Generalklausel bedarf nArt. 8 UWG wie z.B. auch Art. 2 ZGB der Konkretisierung durch den Richter, allerdings nicht im Einzelfall aufgrund einer reinen Billigkeitsentscheidung, sondern durch Typisierung mittels Regelbildung[47]. Es ist damit zu rechnen, dass für die Gerichte Ansatzpunkte für eine solche Typisierung die im Anhang zur Richtlinie 93/13 aufgelisteten («grauen»)[48] Klauseln sein werden, bei denen eine Art «Anfangsverdacht» einer Missbräuchlichkeit besteht, die aber dann an den Erfordernissen von nArt. 8 UWG zu testen sind[49].

Umstritten ist die Rechtsfolge einer Verletzung von aArt. 8 UWG[50]. Sie dürfte es auch bezüglich einer Verletzung von nArt. 8 UWG sein. Im Rahmen einer individuell-konkreten AGB-Kontrolle dürfte Nichtigkeit nach Art. 20 OR vorliegen[51], aber nach Art. 20 Abs. 2 OR i.d.R. nicht Nichtigkeit des ganzen Vertrags oder der ganzen AGB, sondern nur Nichtigkeit der betreffenden AGB-Klausel[52]. Ob eine modifizierte Teilnichtigkeit, also die geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Klausel, möglich ist, ist umstritten[53].

Unklar ist auch die Anwendung von nArt. 8 UWG in zeitlicher Hinsicht. Es ist diesbezüglich bei der individuell-konkreten AGB-Kontrolle davon auszugehen, dass nArt. 8 UWG nicht auf vor dem 1.7.2012 verwendete AGB zur Anwendung kommt. Es gilt die Regel

43 Z.B. *Ahmet Kut/Demian Stauber*, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rz 105 ff.; *Ansgar Schott*, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Der Schweizer Treuhänder *2012* 79 f.; *Jörg Schmid*, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV *2012* 6 ff.; *Peter Fatzer/Franz Hasenböhler,* AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen?, in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, hrsg. von KPMG, Zürich 2011, 188 ff.; *Hubert Stöckli*, Der neue Art. 8 UWG-offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, Baurecht *2011* 184; s. auch *Eugénie Holliger-Hagmann,* Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rz 1 ff. mit Ausführungen zu diesen Fragen gerade auch vor dem Hintergrund des offenen Verhältnisses von nArt. 8 UWG und nArt. 2 UWG (= aArt. 2 UWG).

44 Gl.M. *Schott* (Fn. 43) 79 f.; a.M *Schmid* (Fn. 43) 13 ff., nach welchem in Anlehnung an die deutsche Lehre, welche allerdings nicht unumstritten ist (z.B. *Peter Ulmer*, in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, bearbeitet Peter Ulmer/Horst-Dieter Hensen/Guido Christensen/Andreas Fuchs/Harry Schmidt, 10. A., Köln 2006, § 307 N 97, insbesondere Fn. 286) der Prüfungsmassstab der Ungerechtfertigtkeit des Missverhältnisses und der Verletzung von Treu und Glauben zusammenfällt und bei Erheblichkeit des Missverhältnisses überdies eine Vermutung für die Ungerechtfertigkeit des Missverhältnisses (und der Verletzung von Treu und Glauben) besteht; gl.M. wie *Schmid*: *Furrer* (Fn. 15) 327 und *Arnold F. Rusch*, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht *2011* 172; noch etwas weitergehend *Stöckli* (Fn. 43) 184, nach welchem jedes erhebliche Missverhältnis ungerechtfertigt ist und Treu und Glauben verletzt; s. auch *Stöckli* (Fn. 42) 205.

45 ABl. L 95 vom 21.4.1993, 29, dazu z.B. *Huguenin* (Fn. 11) 85 f., 89 ff.; *Rolf P. Jetzer/Gaudenz G. Zindel*, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ *1994* 432 ff.

46 Z.B. *Hermann Bürgi*, AB 2011, 304, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4817/350673/d_s_4817_350673_350685.htm?DisplayTextOid=350686; Gl.M. *Schmid* (Fn. 43) 5 f., 15; a.M. wohl *Furrer* (Fn. 15) 328; s. auch *Stöckli* (Fn. 42) 200: «Dieser Nachvollzug europäischen Konsumentenschutzrechts erwies sich als tragfähiger Kompromiss …», und: «Das schweizerische Recht liegt AGB-rechtlich nun auf dem Niveau des EU-Rechts …».

47 Zu Generalklauseln im Allgemeinen z.B. BK-*Merz*, Art. 2 ZGB N 29 ff., insbesondere N 32 mit dem Hinweis auf die der Privatautonomie durch solche Klauseln drohenden Gefahr.

48 *Schmid* (Fn. 43) 15.

49 *Fatzer/Hasenböhler* (Fn. 43) 190; s. auch in § 308 und § 309 BGB genannte Klauseln.

50 Z.B. *Schwenzer* (Fn. 8) N 46.05; *Huguenin* (Fn. 15) N 433.

51 Gl.M. z.B. *Stöckli* (Fn. 42) 200; *Gauch* (Fn. 8) N 200; *Schwenzer* (Fn. 8) N 46.09; a.M. (früher) z.B. *Peter Gauch*, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, Baurecht *1987* 57 ff.

52 Z.B. *Bieri* (Fn. 42) Rz 10; *Probst* (Fn. 15) Art. 8 UWG N 68.

53 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2.9.2009, BBl *2009* 6180; für einen Fall einer Ablehnung einer modifizierten Teilnichtigkeit Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1; demgegenüber z.B. m.E. zu Recht BGE 123 III 292, E. 2d mit der Bejahung einer modifizierten Teilnichtigkeit.

der Nichtrückwirkung von Art. 1–4 SchlT ZGB. Art. 2 SchlT ZGB kommt nicht zur Anwendung[54].

IV. Bundesgerichtliche Praxis zur Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen

Infolge der nach der Auffassung des Bundesgerichts oft unbilligen Resultate der Wegbedingung oder Einschränkung der gesetzlichen Gewährleistung in Art. 192 ff. und 197 ff. OR sah sich das Bundesgericht immer wieder gezwungen, mittels einer Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen einzugreifen, um deren Folgen zu korrigieren[55]. Es entwickelte dazu[56] zwei Ansätze, nämlich den Ansatz einer Kontrolle über die Auslegung der Freizeichnungsklausel und den Ansatz einer Kontrolle über Art. 199 OR[57]. Nicht weiter verfolgt hat es dagegen den Ansatz einer Kontrolle über Art. 100 OR und andere denkbare Ansätze.

A. Ansatz über die Auslegung der Freizeichnungsklausel

Freizeichnungsklauseln sind nach dem Bundesgericht wie alle anderen Vertragsklauseln auszulegen[58]. Grundsätzlich ist nach Art. 18 OR der wirkliche Wille der Parteien massgebend[59]. Kann dieser nicht festgestellt werden, ist die Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen[60].

Nach dieser Auslegung sind generelle Freizeichnungsklauseln insoweit unbeachtlich, als explizite und spezifische Zusicherungen vorliegen[61].

Nach dieser Auslegung dürfen Freizeichnungsklauseln, um wirksam zu sein, nicht bloss floskelhaft sein[62].

Weiter sind nach dieser Auslegung Freizeichnungsklauseln nach der bereits erwähnten sogenannten Restriktionsregel[63] eng auszulegen[64].

Nach dieser Auslegung fällt weiter ein Mangel dann nicht unter eine Freizeichnungsklausel, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Mangel infolge seiner Schwere den wirtschaftlichen Zweck des konkreten Kaufvertrages erheblich beeinträchtet[65]. Eine erhebliche Beeinträchtigung liegt nach dem Bundesgericht beim Kauf einer Altbaute in der Regel dann vor, wenn Mängel Kosten von mehr als 10 % des Kaufpreises verursachen[66].

B. Ansatz über Art. 199 OR

«Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht [also eine Freizeichnungsklausel] ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat»[67].

Nach dem Bundesgericht ist der Begriff des arglistigen Verschweigens mit dem Begriff des absichtlichen

[54] Gl.M. *Schott* (Fn. 43) 80; *Arnold F. Rusch/Eva Maissen,* Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12. Dezember 2011, Rz 24 unter Berufung auf die deutsche Rechtsprechung; zu Art. 1-4 SchlT ZGB im Allgemeinen BSK ZGB II-*Vischer*, Art. 1 SchlT ZKB N 1 ff., insbesondere zur Regel der Nichtrückwirkung Art. 1 SchlT ZGB N 12 ff.

[55] Erstmals soweit überblickbar in BGE 60 II 436, E. 5; seit 2004 z.B.: Urteil des Bundesgerichts 4A_272/2011 vom 22.8.2011; Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4.7.2011; Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011; Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4.1.2011; Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2.12.2010; Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2009 vom 26.10.2009; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20.8.2009; Urteil des Bundesgerichts 4C. 273/2006 vom 6.12.2006; Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2005 vom 29.8.2006; Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13.7.2005; BGE 131 III 145 (= Pra 2005, 389); Urteil des Bundesgerichts 4C. 297/2004 vom 9.12.2004; Urteil des Bundesgerichts 4C.267/2004 vom 23.11.2004; Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2004 vom 12.11.2004; Urteil des Bundesgerichts 4C. 242/2004 vom 6.10.2004 (teilweise publiziert in BGE 130 III 686).

[56] Soweit überblickbar erstmals in BGE 60 II 436, E. 5.

[57] *Philipp Chiani/Markus Vischer*, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Gegenstand einer AGB-Kontrolle?, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12. Januar 2012, Rz 7.

[58] Z.B. Urteil 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 4.3.1.

[59] Z.B. Urteil 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 4.3.1.

[60] Z.B. Urteil 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 4.3.1.

[61] Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4.1.2011, E. 4.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2.12.2010, E. 2.6; Urteil des Bundesgerichts 4A_237/2009 vom 26. Oktober 2009, E. 5.1; alle Urteile mit Hinweis auf BGE 109 II 24, E. 4.

[62] Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20.8.2009, E. 3.2.1, mit Hinweis u.a. auf BGE 107 II 161, E. 6a; ausführlich zu den sogenannten Vertragsfloskeln in Grundstückkaufverträgen z.B. *Alfred Koller*, Vertragsfloskeln, Baurecht *1989* 24.

[63] S. II.

[64] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.273/2006 vom 6.12.2006, E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2004 vom 12.11.2004, E. 4; BGE 126 III 59, E. 5a.

[65] Z.B. Urteil 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 4.3.1, mit Hinweis auf BGE 126 III 59, E. 5c, Urteil des Bundesgerichts 4C.273/1995 (publiziert in ZGBR *1996* 330), BGE 107 II 161, E. 6d/e, BGE 91 II 275, E. 2 und BGE 72 II 267, E. 3; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4.1.2011, E. 4.1.

[66] Urteil des Bundesgerichts 4A_529/2010 vom 4.1.2011, E. 4.1 und 4.2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2.12.2010, E. 2.6.

[67] Art. 199 OR.

Verschweigens in Art. 192 Abs. 3 OR identisch[68].

Ein absichtliches Verschweigen ist nach dem Bundesgericht ein absichtliches Verschweigen von Mängeln trotz Aufklärungspflicht[69], setzt also vom objektiven Tatbestand her eine Aufklärungspflicht und vom subjektiven Tatbestand her Vorsatz voraus[70].

Eine allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers gibt es nach dem Bundesgericht nicht[71]. Weiss allerdings der Verkäufer um wesentliche Mängel des Kaufobjekts (und der Käufer nicht und musste der Käufer auch nicht um sie wissen), so hat er den Käufer aufzuklären[72]. Klärt der Verkäufer zudem von sich aus oder auf Anfrage des Käufers auf, so gilt nach Bundesgericht eine absolute Wahrheitspflicht, auch was die Vollständigkeit der Angaben angeht[73].

Ebenso wie es keine allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers gibt, gibt es nach dem Bundesgericht auch keine allgemeine, der Aufklärungspflicht vorangehende Untersuchungspflicht des Verkäufers, also eine Pflicht des Verkäufers zur vorangehenden Durchführung einer vendor's due diligence[74]. Eine solche ist nur unter besonderen Umständen zu bejahen[75].

Der Vorsatz hat ein Wissens- und Willenselement[76]. Zunächst muss 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[77]. Voluntativ ist gefordert, dass der Verkäufer sich bei Wissen um den Mangel (und das Nichtwissen des Käufers) entschliesst, nicht aufzuklären (Vorsatz) 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 (Eventualvorsatz). Kein Eventualvorsitz liegt vor, wenn der Verkäufer mit der Möglichkeit des Vorhandenseins des Mangels (und des Nichtwissens des Käufers) rechnet, sich aber entschliesst, nicht nachzuforschen (und aufzuklären), weil er auf das Nichtvorhandensein des Mangels (bzw. auf das Wissen des Käufers) vertraut (bewusste Fahrlässigkeit)[78].

Ein absichtliches Verschweigen kann also nach dem Bundesgericht nicht nur vorliegen, wenn der Verkäufer den Mangel kennt, sondern auch, wenn er den Mangel kennen sollte[79].

Dem absichtlichen Verschweigen ist nach dem Bundesgericht die absichtliche Täuschung gleichgestellt[80], umso mehr, als sich oft nicht genau bestimmen lässt, ob ein Unterlassen oder ein Tun vorliegt[81].

[68] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7.9.2010, E. 3.2; BGE 131 III 145, E. 8.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6.10.2004, E. 2 (in BGE 130 III 686 nicht publiziert); zustimmend die herrschende Lehre z.B. *Rüegg* (Fn. 5) 192.

[69] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011, E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20.8.2009, E. 3.2.3; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7.9.2010, E. 3.2, betreffend Art. 210 Abs. 3 OR, BGE 131 III 145, E. 8.1, betreffend Art. 203, und BGE 117 II 118, E. 6a, und BGE 116 II 431, E. 3a, betreffend Art. 28 OR; zustimmend BK-*Giger*, Art. 199 N 34 ff.

[70] S. zu diesen bei einem strafrechtlichen Unterlassungsdelikt notwendigen Elementen z.B. *Andreas Donatsch/Brigitte Tag*, Strafrecht I, 8. A., Zürich, Basel, Genf 2006, 293 ff.

[71] Urteil des Bundesgerichts 4C.26/2000, E. 2a)bb); *Vischer* (Fn. 5) 135 m.w.H.

[72] Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011, E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20.8.2009, E. 3.2.3; zustimmend z.B. *Vischer* (Fn. 5) 135 m.w.H.

[73] Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011, E. 4.1; s. auch *Vischer* (Fn. 5) 135.

[74] Zum Begriff z.B. *Markus Vischer*, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ *2000* 229.

[75] Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2010 vom 26.11.2010, E. 3.1, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 14.5.1985, publiziert in JdT 1986 I 571, E. 3d («Klappstuhlfall»), BGE 82 II 136, E. 3c; zum Ganzen auch *Vischer* (Fn. 5) 135 m.w.H.

[76] Z.B. im Bereich des Strafrechts *Donatsch/Tag* (Fn. 70) 296.

[77] S. dazu bei einem strafrechtlichen Unterlassungsdelikt z.B. *Donatsch/Tag* (Fn. 70) 293.

[78] Zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit z.B. *Donatsch/Tag* (Fn. 70) 115 ff.; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_70/2011 vom 12.4.2011, E. 4.1: «La dissimulation doit être intentionelle; le dol éventuel suffit.», und «… l'ignorance due à une négligence même grave ne suffit pas …».

[79] So deutlich Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 2 (in amtlicher Sammlung nicht publiziert) mit Hinweis auf BK-*Giger*, Art. 199 OR N 34; unklarer z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4.7.2011, E.3, und Urteil des Bundesgerichts 4A_226/2009 vom 20.8.2009, E. 3.2.3; s. auch *Rüegg* (Fn. 5) 193 Fn. 73, welcher der Auffassung ist, das Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 2 (in amtlicher Sammlung nicht publiziert), sei «[w]ohl nur unpräzis», s. dann aber 211; zum Ganzen, insbesondere auch zum unklaren Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2011 vom 4.7.2011 (und Urteil 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 2, (in amtlicher Sammlung nicht publiziert)) auch *Philipp Chiani/Markus Vischer*, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Voraussetzungen für deren Ungültigkeit, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 15. November 2011.

[80] Urteil des Bundesgerichts 4C.16/2005 vom 13.7.2005, E.1.5; zustimmend z.B. BSK OR I-*Honsell*, Art. 199 OR N 7.

[81] S. auch Art. 203 und 210 Abs. 3 OR.

Art. 199 OR ist nach dem Bundesgericht zwingender Natur[82].

C. Ansatz über Art. 100 OR und andere denkbare Ansätze

Das Bundesgericht ist in konstanter Rechtsprechung der Auffassung, der Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 OR stehe dem Käufer alternativ zu den Rechtsbehelfen gemäss Art. 197 ff. OR zur Verfügung[83]. Allerdings seien auf den Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR gewisse Vorschriften von Art. 197 ff. OR und insbesondere Art. 201 und Art. 210 OR anwendbar[84]. Ist die Annahme der Alternativität richtig, so müsste das Bundesgericht konsequenterweise Art. 97 ff. OR insgesamt zur Anwendung bringen[85].

Eine andere Frage als die Anwendung von Vorschriften von Art. 197 ff. OR und insbesondere Art. 201 und Art. 210 OR auf Art. 97 ff. OR ist die Frage der Anwendung von Vorschriften von Art. 97 ff. auf Art. 197 ff. OR, also insbesondere die Frage der Anwendung von Art. 100 OR auf Art. 197 ff. OR (und Art. 192 ff. OR)[86]. Diese in der Lehre umstrittene Frage[87] hat das Bundesgericht bis dato in konstanter Rechtsprechung offengelassen[88]. Mindestens müsste Art. 100 OR soweit anwendbar sein, als das Bundesgericht im Bereich der Mängelhaftung Art. 97 OR zur Anwendung bringt[89].

Allerdings wäre Art. 100 OR kaum so effektiv wie Art. 199 OR, erfasst Art. 100 OR doch nur eine «zum voraus getroffene Verabredung», womit die Bestimmung bei Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen in Bezug auf im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückkaufvertrages bereits bestehende Mängel ins Leere greift[90].

Auch andere denkbare Ansätze einer Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, z.B. über Art. 19/20 OR, Art. 21 OR, Art. 23 ff. OR etc., verfolgte das Bundesgericht nicht, bzw. auf jeden Fall nicht systematisch[91].

V. Bundesgerichtliche Praxis zur Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen als AGB-Kontrolle?

Es ist offensichtlich, dass die vom Bundesgericht entwickelten Ansätze zur Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, nämlich der Ansatz der Kontrolle über die Auslegung der Freizeichnungsklausel und der Ansatz einer Kontrolle über Art. 199 OR, an sich klassische Mittel einer AGB-Kontrolle sind.

Der eine Ansatz entspricht der klassischen Auslegungskontrolle[92], während der andere Ansatz eine beschränkte Inhaltskontrolle mit der Prüfung auf Übereinstimmung mit zwingendem Recht, nämlich Art. 199 OR, ist.

Allerdings nimmt das Bundesgericht keine Geltungskontrolle bei Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen vor. Der Grund dafür ist wohl, dass erhebliche Zweifel bestehen, ob Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen bzw. überhaupt Klauseln in Grundstückkaufverträgen AGB-Charakter haben können bzw. von Verwendung von AGB-Klauseln (von einer Partei zum Nachteil der anderen Partei) gesprochen werden kann[93].

In dem Sinne kann nicht wirklich von einer AGB-Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen durch das Bundesgericht gesprochen werden. Es liegt aber immerhin eine einer AGB-Kontrolle ähnliche (verdeckte Inhalts-)Kontrolle vor[94].

VI. AGB-Konrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen neu über nArt. 8 UWG?

Bezüglich der Begriffe der AGB und der Verwendung der AGB hat sich in

82 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_272/2011, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2005 vom 29.8.2006, E. 2.2.1.

83 Z.B. BGE 133 III 335, E. 2.4.1.

84 Z.B. BGE 133 III 335, E. 2.4.1.

85 *Vischer* (Fn. 2) 1172.

86 *Vischer* (Fn. 2) 1172 Fn. 39.

87 Z.B. *Vischer* (Fn. 2) 1172 Fn. 39 m.w.H.; s. auch *Pascal Pichonnaz*, Garantie pour les défauts: Présentation générale, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 119 mit der Auffassung, die überwiegende Lehre neige zur Anwendbarkeit von Art. 100 OR.

88 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2005 vom 12.11.2004, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 6.10.2004 (= BGE 130 III 686), E. 3 (in amtlicher Sammlung nicht publiziert) mit Hinweis auf BGE 126 III 59, E. 4a, und BGE 107 II 161, E. 7b.

89 So *Schwenzer* (Fn. 8) N 24.11.

90 So z.B. *Rüegg* (Fn. 5) 189 ff.

91 S. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_21/2009 vom 11.3.2009, E. 3 ff., in welchem das Bundesgericht eine Nichtigerklärung und Rückabwicklung eines Grundstückkaufvertrages gestützt auf Übervorteilung (Art. 21 OR) und Sittenwidrigkeit (Art. 19/20 OR) ablehnte, insbesondere E. 3.3 mit einer Rekapitulation, was eine Notlage i.S. von Art. 21 OR ist: «Entscheidend ist, dass ein Verhandlungspartner den Abschluss eines für ihn ungünstigen Vertrags gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile als das kleinere Übel betrachtet, sofern diese Güterabwägung auch in objektiver Betrachtung (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als vertretbar erscheint», und E. 5.2: «Die Wertdisparität von Leistung und Gegenleistung bedeutet für sich allein keine Sittenwidrigkeit».

92 S. auch *Schwenzer* (Fn. 8) N. 24.11: «Denn das Bundesgericht kontrolliert Freizeichnungsklauseln in erster Linie im Wege der Auslegung».

93 S. VI.

94 *Chiani/Vischer* (Fn. 57) Rz 7.

nArt. 8 UWG gegenüber aArt. 8 UWG nichts geändert.

Im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 und 2 RL 93/13 und im Einklang mit dem allgemeinen Begriff[95] sind AGB (i.S. von aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG) vorformulierte Vertragsbedingungen, die zwischen den Parteien nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. Keine Rolle spielt, ob die AGB öffentlich beurkundet sind oder nicht[96].

Eine Verwendung von AGB (i.S. von aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG) liegt vor, wenn der Verwender deren Übernahme in einen konkreten Vertrag veranlasst (bei der individuell-konkreten AGB-Kontrolle)[97], bzw. wenn der Verwender deren Übernahme in konkrete Verträge bezweckt (bei der generell-abstrakten AGB-Kontrolle)[98], ihm also die AGB für die Zwecke von aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG zuzurechnen sind. Dabei ist unerheblich, ob der Verwender die AGB selbst verfasst hat oder nicht. Allerdings liegt keine Verwendung im Sinne von aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG vor, wenn ein Dritter wie ein Notar die relevanten Klauseln gestützt auf interne Muster, Verbandsmuster oder Branchenmuster formuliert und wenn die Formulierung gleich ausgefallen wäre, hätte die eine oder die andere Partei den Auftrag bzw. Instruktionen zur Formulierung gegeben[99].

Grundstückkaufverträge dürften daher nur sehr selten einer AGB-Kontrolle nach aArt. 8 UWG und nArt. 8 UWG unterliegen[100].

Nach Art. 2 lit. b RL 93/13 ist ein Verbraucher[101] eine «natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann». Juristische Personen sind danach also keine Verbraucher[102]. Nach Art. 1 Abs. 1 RL 93/13 fallen nur Verträge «zwischen Gewerbetreibende und Verbraucher» (also Business-to-Consumer-Verträge, nicht auch Business-to-Business- und Consumer-to-Consumer-Verträge) unter die Richtlinie. Es ist davon auszugehen, dass dieser Begriff auch nArt. 8 UWG zugrundeliegt. Entsprechend ist nArt. 8 UWG nicht der Konsumentenbegriff von Art. 32 Abs. 2 ZPO zugrunde zu legen[103].

Damit sind gewisse Grundstückverträge von nArt. 8 UWG erfasst[104]. Business-to-Business- und Consumer-to-Consumer-Grundstückverträge sind demgegenüber von nArt. 8 UWG nicht erfasst.

VII. Fazit

nArt. 8 UWG dürfte im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen in Zukunft mangels Anwendbarkeit in den meisten Fällen keine grosse Rolle spielen.

Damit dürfte es bei der geschilderten bundesgerichtlichen, einer AGB-Kontrolle ähnlichen Kontrolle von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen bleiben, zumal ja nArt. 8 UWG so oder so die allgemeinen Regeln des OR nicht verdrängt[105].

Wie gezeigt, befriedigt dies dogmatisch infolge der Überstrapazierung des Vertrauensprinzips nicht.

Es ist zudem so, dass der Käufer, ob nun Konsumentin/Konsument oder nicht, bei Unterzeichnung eines Grundstückkaufvertrages mit einer Freizeichnungsklausel nicht einfach auf den Richter hoffen sollte, wenn nachträglich Mängel auftauchen.

Vielmehr sollte er selbstverantwortlich eine aktivere Rolle in der Vertragsgestaltung und in deren Vorfeld übernehmen und sich nötigenfalls auch durch Spezialisten wie Architekten, Rechtsanwälte, etc. beraten lassen.

---

95 S. II.

96 *Chiani/Vischer* (Fn. 57) Rz 9; *Rainer Schumacher/Erich Rüegg*, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 285; *Schmid* (Fn. 7) 93; *Gauch* (Fn. 51) 55.

97 SHK UWG-*Probst*, Art. 8 N 34; *Gauch* (Fn. 51) 55.

98 SHK UWG-*Probst*, Art. 8 N 34.

99 Gl.M. BSK OR I-*Bucher*, Art. 1 OR N 49; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 153; wohl auch *Schmid* (Fn. 7) 65 f. und *Gauch* (Fn. 51) 56 f.; für das deutsche Recht *Ulmer* (Fn. 44) § 305 BGB N 31 ff., welche allerdings [m.E. unpraktikablerweise] für Privatnotare, von ihm Hausnotare genannt, eine Ausnahme machen will, wenn der Verwender dessen Muster kennt und sie sich zunutze machen will; a.M. SHK UWG-*Probst*, Art. 8 N 33 Fn. 98 und N 37 Fn. 108, der m.E. zu stark darauf abstellt, wer dem Notar [m.E. oft zufälligerweise] den Auftrag erteilt hat.

100 Z.B. dann, wenn der Notar quasi den vom Verwender gestellten «Hausvertrag», der in einer Vielzahl von Fällen für den Verwender zum Einsatz kommt oder kommen soll, beurkundet; s. auch *Jörg Schmid*, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, ZBGR *2000* 380 f.; *Schmid* (Fn. 7) 65 f.; für das deutsche Recht *Ulmer* (Fn. 44) § 305 BGB N 33a.

101 In der Terminologie von Art. 8 UWG eine Konsumentin/ein Konsument.

102 *Schmid* (Fn. 43) 9.

103 Gl.M. *Stöckli* (Fn. 42) 202; *Schmid* (Fn. 43) 7 ff.; *Stöckli* (Fn. 43) 186 f., allerdings mit dem Hinweis, dass möglicherweise insoweit eine Abweichung des Konsumentenbegriffs der RL 93/13 und nArt. 8 UWG vorliegt, als nach nArt. 8 UWG ein Gewerbetreibender im nicht gewerblichen oder beruflichen Verkehr im Unterschied zur Richtlinie unter keinen Umständen ein Verbraucher sein könne; a.M. *Kut/Stauber* (Fn. 43) Rz 115; *Schott* (Fn. 43) 79; *Furrer* (Fn. 15) 326.

104 Noch etwas unbestimmter *Chiani/Vischer* (Fn. 57) Rz 9.

105 Z.B. *Bieri* (Fn. 42) Rz 4 f., 11.

Das bedingt insgesamt eine Professionalisierung der Vertragsgestaltung, ja, des ganzen Ablaufs eines Grundstückverkaufs[106].

Eine wesentliche Rolle bei der Professionalisierung der Praktiken und Vertragsmuster beim Grundstückkauf sollte den Notaren zukommen. Das setzt allerdings voraus, dass die Notare oftmals aktiver werden[107] und sich bei der Erstellung des Grundstückkaufvertrags von überkommenen Usanzen[108], internen Mustern, Verbandsmustern oder Branchenmustern lösen, inbesondere auch, was das routinemässig erfolgende Einfügen von Freizeichnungsklauseln betrifft[109].

Ausgangspunkt dabei ist die den Notaren obliegende bundesrechtliche (und nicht etwa «nur» kantonalrechtliche) Pflicht, den wirklichen Willen der Parteien zu erforschen und die für das Zustandekommen des Vertrags erforderliche Übereinstimmung der Willenserklärungen festzustellen[110]. Das impliziert nicht nur eine Belehrungs- und Aufklärungspflicht[111], sondern auch eine Beratungspflicht[112], wobei unter Letzterer unter Umständen auch das Aufzeigen verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten mit Aufzeigen der Vor- und Nachteile zu verstehen ist[113].

Angesichts der geschilderten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Freizeichnungsklauseln, insbesondere angesichts der geschilderten oftmaligen Korrektur von Freizeichnungsklauseln mittels einer (generösen) Auslegung der Willenserklärungen der Parteien, ist die Wahrnehmung dieser Pflichten durch den Notar besonders relevant. Entsprechend sind diese Pflichten oftmals nicht durch eine blosse Belehrung und Aufklärung der Parteien über die Risiken einer Freizeichnungsklausel zu erfüllen, sondern in vielen Fällen nur dadurch, dass der Notar den Parteien differenzierte Vertragsvorschläge bezüglich Zusicherungen und Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Zusicherungen und bezüglich Freizeichnungsklauseln macht.

An diesen Pflichten ändert die m.E. (aufgrund eines nicht korrekten Verständnisses der Rechtsnatur einer Zusicherung als blosse Vorstellungs- oder Wissensäusserung statt als rechtsgeschäftliche, zustimmungsbedürftige Willensäusserung)[114] nicht korrekte bundesgerichtliche Praxis nichts, wonach Zusicherungen zu ihrer Gültigkeit nicht der öffentlichen Beurkundung bedürfen[115]. Denn selbst wenn diese Rechtsprechung korrekt wäre, gebietet die Rechtssicherheit die Aufnahme der Zusicherungen in die öffentliche Urkunde[116]. Dasselbe gilt auch für Freizeichnungsklauseln[117].

Orientieren können sich die Betroffenen bei der Vertragsgestaltung bzw. überhaupt dem Ablauf eines Grundstückkaufs an den Praktiken und Vertragsmustern beim Unternehmenskauf[118]. Diesbezüglich hat in den letzten 25 Jahren eine starke Professionalisierung stattgefunden[119], die v.a. auf die (beim Grundstückkauf auch wegen der Lex Koller[120] weniger stark stattfindende) Internationalisierung des Markts und den prägenden Einfluss der anglo-amerikanischen Praxis zum Unternehmenskauf zurückzuführen ist[121]. So wird bei Unter-

[106] Gl.M. *Baumann* (Fn. 7) 1269, 1275.

[107] S. auch *Brückner* (Fn. 7) N 897 im Zusammenhang mit der Unparteilichkeitspflicht: «Die Unparteilichkeitspflicht darf nicht dazu herhalten, notarielle Indifferenz gegenüber krass unausgewogenen Vertragsgestaltungen zu legitimieren».

[108] S. auch das von den Notariaten im Kanton Zürich verwendete «Kaufsangaben-Formular» (zu finden unter http://www.notariate.zh.ch/ind_dow.php?fil=gru_kau_for, zuletzt besucht am 30. Januar 2012), das zum Thema «Gewährleistung» einen Kommentar enthält, der v.a. auf die Wegbedingung der Gewährleistung ausgerichtet ist.

[109] Gl.M. *Baumann* (Fn. 7) 1269.

[110] BSK ZKB II-*Schmid*, Art. 55 SchlT ZGB N 25 m.w.H.

[111] Zur Belehrungs- und Aufklärungspflicht im Allgemeinen *Brückner* (Fn. 7) N 1725 ff.

[112] Zur Beratungspflicht im Allgemeinen *Brückner* (Fn. 7) N 1783 ff.

[113] BSK ZKB II-*Schmid*, Art. 55 SchlT ZGB N 25 m.w.H.; s. sehr generell auch *Jörg Schmid*, Gewährleistung, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 82 f., 102, insbesondere auch 103: «Die Urkundsperson kann und soll demnach – in den Schranken der notariellen Unparteilichkeit – einen Beitrag leisten zur Bewerkstelligung von Vertragsgerechtigkeit.», und *Schmid* (Fn 7) 72: «Den Notar trifft [...] Recht und Pflicht, auf eine der Billigkeit entsprechende Vertragsgestaltung hinzuwirken»; s. zum Ganzen auch die illustrativen § 18–20 der (zürcherischen) Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Notariate vom 23.11.1960 mit der durchaus berechtigten Handlungsanweisung an den Notar, wonach er sich bei Allem einer zudringlichen Einflussnahme (aber eben nicht per se einer Einflussnahme) auf die Willensbildung der Parteien, insbesondere was die wirtschaftliche Seite des Geschäfts anbelangt, zu enthalten hat.

[114] Dazu z.B. *Vischer* (Fn. 2) 1169.

[115] So z.B. BGE 73 II 218, E. 1.

[116] Gl.M. *Schmid* (Fn. 113) 81; *Schmid* (Fn. 100) 378.

[117] *Schmid* (Fn. 113) 100; s. auch *Schumacher/Rüegg* (Fn. 96) 283.

[118] S. auch *Imhoff/Schubiger* (Fn. 2) 482: «Generell ist in jüngster Zeit ein zunehmende Annäherung der Vertragsgestaltung im Bereich der Immobilientransaktionen zu derjenigen im Bereich der M&A-Transaktionen festzustellen.» Und: «Transaktionen über Immobilienpakete – Where Real Estate meets M&A and Tax».

[119] Gl.M. *Baumann* (Fn. 7) 1269.

[120] *Baumann* (Fn. 7) 1269; *Imhoff/Schubiger* (Fn. 2) 474.

[121] Zum prägenden Einfluss des common law auf M&A-Transaktionen im Allgemeinen z.B. *Vischer* (Fn. 2) 1174 f., insb. Fn. 78; *Vischer* (Fn. 5) 137 m.w.H.

nehmenskäufen regelmässig vor dem Vertragsabschluss eine professionelle Due Diligence unter Beizug von Spezialisten durchgeführt, um Risiken des betroffenen Unternehmens zu erkennen[122]. Zudem wird regelmässig ein professioneller Unternehmenskaufvertrag erstellt, in dem differenziert mit den erkannten Risiken umgegangen wird[123]. Allenfalls wird bereits vorgängig eine Absichtserklärung unterzeichnet, in der erste Weichen gestellt werden, oft auch, was die Planung und den Ablauf des Unternehmenskaufs und insbesondere auch der Due Diligence[124] betrifft[125].

Freizeichnungsklauseln im Sinne einer generellen oder weitgehenden Wegbedingung der Haftung für Mängel nach Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR sind in solchen Unternehmenskaufverträgen (fast) undenkbar und kommen in der Praxis nicht (bzw. kaum) vor.

Solche Freizeichnungsklauseln sind auch in Grundstückkaufverträgen nicht sinnvoll, ist doch der Kaufgegenstand wie beim Unternehmenskauf zu komplex, wobei es nicht nur um die Altlastenproblematik[126] und überhaupt den tatsächliche Zustand des betroffenen Grundstücks geht, sondern auch um den rechtlichen Zustand dieses Grundstücks (Fragen des Eigentums, beschränkter dinglicher Rechte, der Rechtskonformität, der Nutzungsmöglichkeiten, der Bewilligungen, Miet- und anderer Verträge, Rechtsstreitigkeiten, Steuern und Gebühren, etc).

Entsprechend sind wie beim Unternehmenskauf auf den konkreten Einzelfall abgestimmte Zusicherungen des Verkäufers und adäquate Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Zusicherungen in den Grundstückkaufvertrag aufzunehmen[127], um eine zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ausgewogene Allokation der mit einem Grundstück immer vorhandenen Risiken vorzunehmen[128].

Im Vordergrund stehen dabei neben Zusicherungen zum tatsächlichen Zustand des betroffenen Grundstücks, insbesondere auch was Altlasten angeht, Zusicherungen betreffend des rechtlichen Zustands, also insbesondere zu Fragen des Eigentums, beschränkter dinglicher Rechte, der Rechtskonformität, der Nutzungsmöglichkeiten, der Bewilligungen, Miet- und anderer Verträge, Rechtsstreitigkeiten, Steuern und Gebühren, etc.[129].

Um diese Zusicherungen formulieren zu können (aber auch aus anderen Gründen), ist auch beim Grundstückkauf eine (je nach Grundstück eine grössere oder kleinere) Due Diligence vorzunehmen, wozu u.U. auch Spezialisten beizuziehen sind[130].

Bezüglich Rechtsfolgen bei Verletzung von Zusicherungen gilt dabei das Gleiche wie beim Unternehmenskauf, bei welchem man infolge Ungenügens der gesetzlichen (dispositiven) Regeln von Art. 192 ff. OR und Art. 197 ff. OR dazu übergegangen ist, den einheitlichen Rechtsbehelf eines verschuldensunabhängigen Schadenersatzes bei Verletzung von Zusicherungen vorzusehen[131].

Damit erspart man sich Ärger und zwingt auch die Gerichte am Ende des Tages weniger, über manchmal dogmatisch etwas zweifelhafte Begründungen korrigierend einzugreifen, um die Hausaufgaben zu machen, welche die Betroffenen bei der Vertragsgestaltung und in deren Vorfeld nicht gemacht haben.

[122] Zur Due Diligence beim Unternehmenskauf im Allgemeinen z.B. *Eric Olivier Meier*, Due Diligence bei Unternehmensübernahmen, Zürich St. Gallen 2010, 1 ff.; *Mariel Hoch Classen/Peter Ch. Hsu/Katja Roth Pellanda*, Due Diligence und Vertrag, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 324 ff.; *Oliver Blum*, Rechtliche Bedeutung der Due Diligence, in: Mergers & Acquisitions VIII, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2006, 175 ff.; *Oliver Blum*, Rechtliche Aspekte der Due Diligence, Rechte, Pflichten und Obliegenheiten der Parteien im Zusammenhang mit der Unternehmensprüfung, Der Schweizer Treuhänder *2006* 233 ff.; *Stefan Eberhard*, Acquisitions, due diligence et responsabilité pour les défauts, in: Aspects actuels du droit de la société anonyme, hrsg. von Francois Dessemontet/Pierrre-André Oberson/Alain Thévenaz/Mathieu Blanc, Lausanne 2005, 583 ff.; *Jakob Höhn*, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich, Basel, Genf 2003, 1 ff.; *Urs Schenker*, Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions III, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich 2001, 209 ff.; *Vischer* (Fn. 74) 229 ff.

[123] Z.B. *Wolfgang Zürcher*, Käuferfreundliche versus verkäuferfreundliche Vertragsklauseln, in: Mergers & Acquisitions IX, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2007, 143 ff.

[124] *Vischer* (Fn. 74) 230.

[125] Z.B. *Peter R. Isler*, Letter of Intent, in: Mergers & Acquisitions VI, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2004, 1 ff.

[126] Dazu z.B. *Edgar Philippin*, Garantie pour les défauts: clauses particulières, in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2010, 145 ff.; *Rüegg* (Fn. 5) 197 ff.; *Michael Lips/Moritz Maurer*, Immobilientransaktionen aus umweltrechtlicher Sicht, Der Schweizer Treuhänder *2011* 485 ff.; *Oliver Bucher/Erich Rüegg*, Asbestkontaminierte Gebäude, Jusletter vom 30. November 2009, Rz 1 ff.; *Schmid* (Fn. 100) 353 ff.

[127] Gl.M. *Baumann* (Fn. 7) 1275.

[128] Zur Funktion der Zusicherungen betreffend Risikoallokation (neben anderen Instrumenten) im Allgemeinen z.B. *Urs Schenker*, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Mergers & Acquisitions VII, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich, Basel, Genf 2005, 239 ff.

[129] Z.B. *Baumann* (Fn. 7) 1272 ff.; *Imhoff/Schubiger* (Fn. 2) 482.

[130] S. auch *Baumann* (Fn. 7) 1270.

[131] Dazu beim Unternehmenskauf z.B. *Vischer* (Fn. 3) 130 m.w.H.

VIII. Exkurs

Am 5.3.2012 bereinigte das Parlament die letzten Differenzen zwischen den Räten in seiner Behandlung der Parlamentarischen Initiative von Frau S. Leutenegger Oberholzer mit dem Titel «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR»[132].

Dabei stand auch eine Änderung von Art. 199 OR zur Diskussion. Diese Änderung wurde schlussendlich nicht in Art. 199 OR, sondern in Art. 210 OR vorgenommen, indem die Räte sich darauf einigten, dass eine Verkürzung der neuen (Regel-)Verjährungsfristen von 2 bzw. 5 Jahren nicht bzw. nur beschränkt zulässig ist, soweit es um Konsumentenverträge geht.

Interessanterweise betrifft die angesprochene Einschränkung nur die Verkürzung der Verjährungsfristen, nicht aber generell andere Beschränkungen der Mängelhaftung bzw. überhaupt die Wegbedingung der Gewährleistung[133].

[132] S. Parlamentarische Initiative. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBl *2011* 8889; zum Stand der Gesetzesarbeiten: http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2006/20060490/S3%20D.pdf und http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4902/374688/d_s_4902_374688_374738.htm, zuletzt besucht am 8.3.2012.

[133] *Peter Gauch,* Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht *2011* 153 f., der im Übrigen betreffend Freizeichnungsklauseln im Kauf- (und Werkvertrags-)recht eine ähnliche Regelung wie im Miet- und Pachtrecht in Art. 256 Abs. 2 bzw. Art. 288 Abs. 2 OR fordert: s. auch Ständerat Pirmin Bischof: «Merkwürdigerweise ist auch unbestritten, dass ein Ausschluss der Gewährleistung weiterhin uneingeschränkt zulässig sein soll. Wir streiten also eigentlich nur über die zeitliche Einschränkung, die völlige Wegbedingung bleibt zulässig.» http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4902/374688/f_s_4902_374688_374738.htm, zuletzt besucht am 8.3.2012.