

Dr. iur. Erich Rüegg

Wirksamkeit und Tragweite von Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen Einige Gedanken zu BGE 130 III 686 ff.

Freizeichnungsklauseln (Haftungsbegrenzungs- und Haftungsausschlussklauseln) sind in Grundstückkaufverträgen besonders häufig anzutreffen. Das Bundesgericht musste sich in BGE 130 III 686 ff. mit einer Haftungsausschlussklausel befassen. Der vorliegende Aufsatz nimmt diesen Entscheid zum Anlass, um zuerst die Wirksamkeit und alsdann die durch besondere Auslegungsregeln zu ermittelnde Tragweite von Freizeichnungsklauseln zu diskutieren.

Inhaltsübersicht

- I. Die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln
 - 1. Die allgemeinen Gültigkeitsschranken
 - 2. Die Gültigkeitsschranke gemäss Art. 100 OR
 - 3. Die Gültigkeitsschranke gemäss Art. 199 OR
- II. Die Tragweite von Freizeichnungsklauseln

[Rz 1] Das Bundesgericht hat sich zuletzt in BGE 130 III 686 ff. mit der Tragweite einer Freizeichnungsklausel in einem Grundstückkaufvertrag auseinandergesetzt. Dieser Entscheid wirft, namentlich was die Auslegung von Freizeichnungsklauseln betrifft, zahlreiche Fragen auf. Ich nehme ihn daher zum Anlass, um nachfolgend zuerst (I.) die Frage der Wirksamkeit und dann (II.) der Tragweite von in Grundstückkaufverträgen enthaltenen Freizeichnungsklauseln zu diskutieren.

[Rz 2] Das Bundesgericht fasste den zu beurteilenden Sachverhalt im publizierten Entscheid wie folgt zusammen:

«A. (Klägerin, Käuferin) erwarb mit Kaufvertrag vom 13. Dezember 1999 von B. (Beklagte, Verkäuferin) die Liegenschaft «...» in X. (Parzelle Nr. 1386, Plan 11 Grundbuch X.), umfassend ein Wohnhaus und 604 m² Gebäudegrundfläche, Hofraum und Garten. Der Kaufpreis belief sich auf Fr. 450'000.-. Vor dem Verkauf hatte die Verkäuferin diverse Renovationsarbeiten durchführen lassen. In Ziffer 8 des Kaufvertrages wurde die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel des Kaufgrundstücks im gesetzlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen. Der Besitzantritt wurde auf den 1. Januar 2000 festgelegt. In der Folge traten in der Liegenschaft Mängel in Form von Feuchtigkeiterscheinungen und deren Auswirkungen auf. Im Frühjahr 2001 beauftragte die Käuferin den Architekten L., die Schäden am Wohnhaus in einem Privatgutachten festzustellen und eine Grobschätzung für die Instandstellung vorzunehmen. Der Gutachter ermittelte in seinem Bericht vom 26. April 2001 einen Aufwand von Fr. 148'400.- zur Mängelbeseitigung. In einem Nachtrag vom 22. September 2001 stellte er zudem an diversen Stellen im und am Haus Schimmelpilzbildungen und sonstige Feuchtigkeitsspuren fest und legte die Sanierungskosten auf weitere Fr. 37'000.- fest. Die Käuferin belangte die Verkäuferin am 14. November 2001 vor Bezirksgericht Landquart auf Bezahlung von Fr. 149'433.- bzw. eines Betrages nach richterlichem Ermessen nebst Zins. Auf Gesuch der Klägerin auf Sicherstellung eines gefährdeten Beweises hin behielt sich der Bezirksgerichtspräsident in der Beweisverfügung vom 23./25. Januar 2002 die Anordnung einer Expertise vor. Darauf reichte die Klägerin ein Wiedererwägungsgesuch sowie ein ärztliches Zeugnis ein, nach dem davon auszugehen sei, dass ihr am 12. Oktober 2000 geborenes Kind eine allergische Reaktion auf die im feuchten Wandmilieu des Hauses vorkommenden Schimmelpilze aufweise; da sich die Hals-, Nasen-, Ohren- und Lungensymptomatik trotz gezielter Behandlung nicht besserte, habe der Arzt der Familie dringend geraten, so rasch wie möglich einen Wohnungswechsel zu vollziehen. Mit Verfügung vom 5. März 2002 hiess der Bezirksgerichtspräsident das Gesuch um Sicherstellung des gefährdeten Beweises gut und beauftragte den Experten M. mit der Beweissicherung. Dieser stellte in allen untersuchten Proben sehr reichlich Kolonien oder Sporen verschiedener Pilze fest, unter anderem auch einer Gattung, die beim Einatmen als Allergene wirke. Mit Urteil vom 20. August 2003 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Eine gegen dieses Urteil erhobene kantonale Berufung der Klägerin wies das Kantonsgericht von

Graubünden am 17. Februar 2004 ab. Es kam zum Ergebnis, der Gewährleistungsausschluss sei wirksam. Die Ausschlussklausel sei insbesondere nicht unwirksam, weil der Mangel (recte wohl: nicht) gänzlich ausserhalb dessen liege, womit ein Erwerber vernünftigerweise rechnen müsse. Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Klage gutzuheissen, eventuell die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

[Rz 3] Das Bundesgericht hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies ihn zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellungen an die Vorinstanz zurück. Auf die Entscheidungsgründe wird nachfolgend näher einzugehen sein.

I. Die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln

[Rz 4] Der Frage der Tragweite von Freizeichnungsklauseln (Haftungsausschluss- und Haftungsbeschränkungsklauseln) ist oft jene über deren Rechtsbeständigkeit vorgeschaltet. Ich befasse mich daher vorab mit den Fällen, in denen eine Freizeichnungsklausel keine oder nur eine beschränkte Wirksamkeit entfaltet. Zuerst (1.) ist nachfolgend die Rede von den allgemeinen Gültigkeitsschranken für Freizeichnungsklauseln, dann (2.) vom Freizeichnungsausschluss für grob verschuldete Mängel gemäss Art. 100 OR und schliesslich (3.) für absichtlich verschwiegene Mängel gemäss Art. 199 OR¹.

1. Die allgemeinen Gültigkeitsschranken

[Rz 5] Vereinbarungen über die Aufhebung oder Beschränkung der Mängelhaftung unterstehen – wie alle Abreden – den allgemeinen Gültigkeitsschranken für Verträge². Eine solche allgemeine Gültigkeitsschranke bildet das Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 27 ZGB. Weil die körperlich-seelische Integrität zum höchstpersönlichen Bereich, der jeder vertraglichen Bindung entzogen sein soll, gehört, verstösst namentlich jede Wegbedingung oder Einschränkung der Haftung für Körperschäden gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und ist daher nichtig (Art. 20 OR)³. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch eine Freizeichnung für Mängel, die eine *wesentliche und unmittelbare* Bedrohung für die körperlich-seelische Integrität darstellen, unzulässig. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Freizeichnung für einen als Mangelfolgeschaden eingetretenen Personenschaden sittenwidrig und daher *nichtig*, dagegen für den gefährlichen Mangel selber, der den Mangelfolgeschaden verursachte, zulässig sein soll. Ein solcher Mangel, für den nicht rechtsgültig freigezeichnet werden kann, besteht beispielsweise bei einem einsturzfährenden Gebäude, da die Einsturzgefahr eine *wesentliche und unmittelbare* Bedrohung für die körperlich-seelische Integrität darstellt. Ob in BGE 130 III 686 ff. ein derartiger Mangel vorlag, lässt sich nicht abschliessend beurteilen, da die Sachverhaltsdarstellung die Frage, ob aufgrund der Feuchtigkeitmängel eine wesentliche und unmittelbare Bedrohung der körperlichen Integrität des Kindes vorlag, offen lässt. Gewiss ist demgegenüber die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses für den Personenschaden, den das Kind allenfalls erlitten hat.

2. Die Gültigkeitsschranke gemäss Art. 100 OR

[Rz 6] Eine weitere Gültigkeitsschranke bildet Art. 100 Abs. 1 OR. In der Lehre ist umstritten, ob diese Bestimmung von Art. 199 OR als *lex specialis* verdrängt wird und daher für das Kaufvertragsrecht gar nicht anwendbar ist⁴. Das Bundesgericht liess die Frage bis heute offen⁵. Meines Erachtens haben die beiden Bestimmungen einen unterschiedlichen Regelungsinhalt, so dass sie nebeneinander anwendbar sind. Während nämlich Art. 199 OR eine Freizeichnung für *arglistig verschwiegene* Mängel ausschliesst (wovon noch die Rede sein wird), verbietet Art. 100 Abs. 1 OR einen *zum Voraus* getroffenen Haftungsausschluss bzw. eine Haftungsbeschränkung für *absichtlich oder grobfahrlässig verursachte Mängel*⁶. Im Einzelnen:

- Da sich Art. 100 OR, wie bereits gesagt, nur mit Freizeichnungsklauseln befasst, die zum Voraus getroffen wurden, sind *nach* Entstehung des haftungsbegründenden Tatbestandes vereinbarte Freizeichnungsabreden unter dem Gesichtspunkt dieser Bestimmung unbeschränkt zulässig⁷. Zulässig ist daher auch die Mängelhaftungsfreizeichnung, wenn der Mangel im Zeitpunkt der Freizeichnung bereits vorhanden war, und zwar selbst dann, wenn die freizeichnende Partei vom Mangel keine Kenntnis hatte. Da die Haftung des Grundstückverkäufers voraussetzt, dass die Mangelursache bereits im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden war⁸, ist demgemäss die Anwendung von Art. 100 OR auf Grundstückskaufverträge auf zwei

Fallgruppen beschränkt, nämlich auf die Freizeichnung für Sekundärmängel⁹ einerseits und für Mängel, die nach Vertragsabschluss, aber vor Übergang von Nutzen und Gefahr entstanden sind, andererseits. Gemäss Sachverhaltsdarstellung des hier zu diskutierenden Bundesgerichtsentscheides traten die Feuchtigkeitsmängel erst nach Besitzeserwerb auf¹⁰. Ob dagegen ein im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr bereits vorhandener, aber erst nachträglich zum Vorschein gekommener Mangel¹¹, ein Sekundärmangel oder eine blosser Verschlechterung des Kaufgegenstandes, für die der Verkäufer grundsätzlich nicht einzustehen braucht, vorlag, klärte die Vorinstanz nicht ab, was vom Bundesgericht zu Recht beanstandet wurde¹².

- Art. 100 Abs. 1 OR schliesst eine Freizeichnung nur für *absichtlich oder grobfahrlässig* verursachte Mängel aus. Auf die *grob verschuldete Verursachung* des Mangels kommt es also an. Liegt ein grob verschuldeter Primärmangel vor, so ist daher auch die Freizeichnung für den daraus resultierenden Sekundärmangel ausgeschlossen¹³.
- Zieht der Verkäufer zur Vertragserfüllung, etwa zur Durchführung von Reparatur- oder Renovationsarbeiten, zu deren Vornahme er vertraglich verpflichtet ist¹⁴, Hilfspersonen bei, so ist – abgesehen von den seltenen Fällen von Art. 101 Abs. 3 OR – die Freizeichnung unbeschränkt und damit für jedes Verschulden zulässig. Ob eine generelle Freizeichnungsklausel nur für eigenes Verschulden gilt oder auch den Haftungsausschluss für Hilfspersonen einschliesst, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln¹⁵. In der Regel wird aber im Rahmen der objektivierten Auslegung¹⁶ eine umfassende, nicht näher spezifizierte Freizeichnungsklausel auch die Freizeichnung für Erfüllungsgehilfen einschliessen¹⁷, da anzunehmen ist, dass die Parteien etwas Vernünftiges vereinbaren und sich deshalb nicht mit einer halben Lösung begnügen wollten¹⁸.
- Soweit eine Freizeichnungsklausel gegen Art. 100 Abs. 1 OR verstösst, ist sie teilnichtig, bleibt aber im Übrigen, also für Mängel, die überhaupt nicht oder zumindest nicht grob verschuldet sind, gültig. Und der von der Haftungsbegrenzung begünstigte Verkäufer kann nicht einwenden, er hätte den Vertrag ohne die nichtige Freizeichnung für grobes Verschulden nicht abgeschlossen (Art. 20 Abs. 2 OR)¹⁹.

3. Die Gültigkeitsschranke gemäss Art. 199 OR

[Rz 7] Gemäss der auch für den Grundstückkauf²⁰ anwendbaren Bestimmung von Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Wie ich bereits dargelegt habe, setzt diese Bestimmung im Gegensatz zu Art. 100 Abs. 1 OR nicht voraus, dass der Verkäufer den arglistig verschwiegenen Mangel durch grobes Verschulden verursacht hat. Art. 100 Abs. 1 OR sanktioniert also ein grobes Verschulden des Freizeichneten, Art. 199 OR dagegen *den unzulässigen Inhalt* einer Freizeichnungsklausel. Festzuhalten ist dazu Folgendes:

- In der Lehre ist die Frage, ob Art. 199 OR voraussetzt, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Freizeichnung vorhanden war und spätestens dann verschwiegen worden ist, umstritten²¹. Da die Bestimmung, wie bereits gesagt, einen unzulässigen Inhalt sanktioniert²², ist die Freizeichnung – der Lehrmeinung von Gauch folgend – auch dann nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel erst bei einem späteren Übergang von Nutzen und Gefahr arglistig verschweigt²³, sei es, dass der Mangel überhaupt erst nach der Freizeichnung entstanden ist, sei es, dass der Mangel zwar schon vorbestand, der Verkäufer aber erst nach Abschluss der Freizeichnungsklausel davon Kenntnis erhielt. Ob der Freizeichnungsausschluss gemäss Art. 199 OR bei entsprechender Aufklärungspflicht des Verkäufers sogar über den Zeitpunkt des Nutzen- und Gefahrenübergangs hinauszuwirken vermag²⁴, möchte ich offen lassen, da solche Aufklärungspflichten im Bereich des Grundstückkaufs nur selten bestehen werden.
- Was den Tatbestand der arglistigen Verschweigung betrifft, so besteht in Lehre und Rechtsprechung²⁵, soweit ersichtlich, zunächst Einigkeit darüber, dass der Begriff der *arglistigen* Verschweigung mit demjenigen der *absichtlichen* Verschweigung, den das Gesetz andernorts verwendet (vgl. z.B. Art. 192 Abs. 3 und Art. 370 Abs. 1 OR), gleichzusetzen ist²⁶. Im Übrigen sind die Lehrmeinungen kontrovers: Bald soll ein arglistiges Verschweigen schon dann vorliegen, wenn eine Aufklärungspflicht besteht²⁷, bald wird auf die Rechtsprechung zu Art. 28 OR und die strafrechtliche Doktrin zum Betrugstatbestand verwiesen²⁸. Nach der hier vertretenen Auffassung, die wiederum der Lehrmeinung von Gauch²⁹ folgt, müssen demgegenüber folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Der Mangel muss (i) dem Käufer im Zeitpunkt des Übergangs von

Nutzen und Gefahr unbekannt, dagegen (ii) dem Verkäufer, der die Aufklärung bewusst unterlässt, bekannt sein³⁰. Schliesslich (iii) muss die Verschweigung gegen Treu und Glauben verstossen³¹. Letzteres ist schon dann anzunehmen, wenn der Verkäufer nach den gegebenen Umständen davon ausgehen muss, der Käufer kenne den Mangel nicht und werde ihn auch nicht erkennen, sei es überhaupt nicht oder nicht in der vollen Tragweite³². Im hier zur Diskussion stehenden BGE 4C.242/2004 (= BGE 130 III 686 ff.), Erw. 2 (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert), stellte das Bundesgericht aufgrund der vorinstanzlichen, für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsermittlung fest, dass der Verkäufer im massgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis vom Mangel hatte. Beide Instanzen hielten daher zu Recht fest, dass die Freizeichungsklausel vor Art. 199 OR Stand hält. Dagegen scheint das Bundesgericht in der vorzitierten Erwägung davon auszugehen, dass die zweite Voraussetzung für die arglistige Verschweigung (Kenntnis des Mangels durch den Verkäufer) auch dann erfüllt ist, wenn der Verkäufer den Mangel hätte kennen können. Das ist abzulehnen, denn fahrlässige Unkenntnis ist mit Arglist nicht vereinbar. Keine Fahrlässigkeit, sondern absichtlich unterlassene Kenntnisnahme liegt dagegen vor, wenn der Verkäufer den Mangel nur deshalb nicht kennt, weil er sich bewusst der besseren Erkenntnis verschliesst. Eine solchermaßen unterlassene Kenntnisnahme ist dem Verkäufer auf jeden Fall anzurechnen³³.

II. Die Tragweite von Freizeichungsklauseln

[Rz 8] Das Bundesgericht entwickelte in langjähriger Rechtsprechung zwei besondere Auslegungsregeln zur Ermittlung der Tragweite von Freizeichungsklauseln in Kaufverträgen. Diese Auslegungsregeln lauten: *Erstens* fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. *Zweitens* ist für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen³⁴. Das Gesagte bedarf der Ergänzung:

- Der Inhalt von Freizeichungsklauseln ist, wie von anderen Vertragsbestimmungen auch, durch Auslegung zu ermitteln. Massgebend ist dabei in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Inhalt und damit auch die Tragweite einer Freizeichungsklausel nach dem festgestellten wirklichen Willen der Parteien³⁵.
- Führt die subjektive Auslegung nicht zum Ziel, weil der wirkliche Wille der Parteien nicht oder nicht mit rechtsgenügender Sicherheit festgestellt werden kann, ist der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln. Dabei hat der Richter als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden³⁶. Die vom Bundesgericht für Freizeichungsklauseln entwickelten Auslegungsregeln dürfen m.E. nicht als allgemeine Prinzipien, sondern nur als Konkretisierung der objektivierten Auslegung aufgefasst werden. Dabei kommt es immer auf den Einzelfall an³⁷. Und auch die anderen Auslegungsregeln, namentlich jene, dass Freizeichungsklauseln im Zweifel eng und damit zu Gunsten des Käufers auszulegen sind³⁸, bleiben nach Massgabe des Einzelfalls anwendbar.
- Bei der vom Bundesgericht auf Freizeichungsklauseln angewendeten vorerwähnten ersten Auslegungsregel handelt es sich regelmässig um eine sinnvolle Konkretisierung der objektivierten Auslegung, denn vernünftige Parteien beziehen einen *allgemein gehaltenen und unspezifizierten* Gewährleistungsausschluss nur auf solche Mängel, die nicht gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit vernünftigerweise zu rechnen ist. Nur weil ein Mangel unerwartet ist, liegt er allerdings noch nicht notwendigerweise ausserhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren³⁹, denn auch Mängel, mit denen vernünftigerweise zu rechnen ist, können für den Käufer unerwartet sein. Ausserhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren liegen dagegen in der Regel sog. Altlasten, wenn der Käufer mit Grundstücksgeschäften unerfahren und das gekaufte Grundstück «unverdächtig» ist⁴⁰. Ob die Feuchtigkeitsmängel gemäss dem hier zu diskutierenden Bundesgerichtsentscheid innerhalb dessen liegen, womit vernünftigerweise zu rechnen ist, musste das Bundesgericht mangels vorinstanzlicher Feststellung über das genaue Ausmass der Mängel richtigerweise offenlassen⁴¹.
- Mehr Schwierigkeiten bereitet dagegen die zweite Auslegungsregel, wonach für die Beurteilung der Frage, ob

ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen ist. Das Bundesgericht will diese zweite Auslegungsregel nicht losgelöst von der ersten angewendet wissen. Demgemäss soll im Sinne einer einheitlichen und gesamten Beurteilung (nicht im Sinne einer kumulativen Voraussetzung) die Frage, ob der Käufer mit den Mängeln einer bestimmten Art rechnen muss, auch von der Beurteilung der zweiten Frage, ob der Mangel den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes beeinträchtigt, abhängen. Daher kann ein Mangel auch dann ausserhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren liegen, wenn zwar nicht der Mangel, jedoch sein Ausmass derart unerwartet ist, dass der Kaufgegenstand für den vorgesehenen Zweck untauglich ist⁴². Wird die zweite Auslegungsregel in diesem Sinne als eine Ergänzung der ersten verstanden, mag auch «das Verhältnis zwischen Kaufpreis für das mutmasslich mängelfreie und für den vorausgesetzten Gebrauch taugliche Kaufobjekt und den Kosten einer allfälligen Mängelbehebung zur Herstellung der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch» (BGE 130 III 686, S. 690) eine Rolle spielen. Zu unterstreichen ist, dass diese finanziellen Aspekte nur im Hinblick auf die Frage, ob ein Mangel gänzlich ausserhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren liegt, zu beachten sind. Davon losgelöst sind sie für die Auslegung von Freizeichnungsklauseln nicht von besonderer Bedeutung.

Dr. iur. Erich Rüegg, LL.M., M.B.A. (Chicago), ist Rechtsanwalt und Notar bei Schumacher Baur Hürlimann, Rechtsanwälte und Notare, Baden und Zürich.

- ¹ Nicht behandelt werden dagegen Art. 192 Abs. 3 OR, der sich mit der Rechtsgewährleistung befasst, und die Rechtslage bei vorgeformter Freizeichnung. Beides ist bei Grundstückkaufverträgen nur von untergeordneter Bedeutung.
- ² Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. A., Zürich 1996, Nr. 2573.
- ³ Gauch (FN 2), Nr. 2573; Pierre Tercier, in: *FS Assista*, Genf 1979, 266 f.; Wolfgang Wiegand, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 3. A., Basel 2003, N 4 zu Art. 100 OR; Rainer Schumacher/Erich Rüegg, *Die Haftung des Grundstückverkäufers*, in: *Der Grundstückkauf*, 2. A., Bern 2001, Nr. 334; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 8. A., Zürich 2003, Nr. 660. A.M.: Rolf H. Weber, in: *Berner Kommentar*, Bern 2000, N 34 zu Art. 100 OR.
- ⁴ Weber (FN 3), N 39 zu Art. 100 OR; Hans Giger, in: *Berner Kommentar*, Bern 1979, N 6 zu Art. 199 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 2826. A.M.: Heinrich Honsell, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 3. A., Basel 2003, N 1 zu Art. 199 OR.
- ⁵ BGE 107 II 161, S. 166, 126 III 59, S. 67; BGE 4C.242/2004 (= BGE 130 III 686 ff.), *Erw.* 3 (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert).
- ⁶ Weber (FN 3), N 39 zu Art. 100 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 2886; BGE 107 II 161, S. 166 f.
- ⁷ Weber (FN 3), N 6 zu Art. 100 OR; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 2830.
- ⁸ BGE 130 III 686, S. 689; Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 162.
- ⁹ Der Sekundärmangel zeichnet sich dadurch aus, dass er auf einen im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhandenen Primärmangel zurückzuführen ist, jedoch erst später in Erscheinung tritt. Als solcher unterscheidet er sich von der blossen Verschlechterung des Kaufgegenstandes, die keinen Mangelhaftungstatbestand bildet. Vgl. dazu Gauch (FN 2), Nr. 1455, 1451 und Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 162.
- ¹⁰ BGE 130 III 686.
- ¹¹ Vgl. Gauch (FN 2), Nr. 1454.
- ¹² BGE 130 III 686, S. 689, 693 f.
- ¹³ Vgl. dazu FN 9.
- ¹⁴

- Der Beizug der Hilfsperson muss im Rahmen der Erfüllung erfolgen (Weber (FN 3), N 98 ff. zu Art. 101 OR). Nicht anwendbar ist die Hilfspersonenhaftung für Handlungen, die vorgenommen werden, bevor überhaupt eine Verpflichtung des Schuldners entstanden ist (Weber (FN 3), N 100 zu Art. 101 OR).
- ¹⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 2898; Weber (FN 3), N 165 zu Art. 101 OR; Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 335.
- ¹⁶ Vgl. dazu weiter unten Ziff. II.
- ¹⁷ Weber (FN 3), N 165 zu Art. 101 OR.
- ¹⁸ Vgl. Peter Gauch, in: BR 1982, S. 19.
- ¹⁹ Vgl. Gauch (FN 2), Nr. 2576; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 2824; Roland Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, S. 86; Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 339.
- ²⁰ Art. 221 OR.
- ²¹ Gauch (FN 2), Nr. 2581.
- ²² Gauch (FN 2), Nr. 2582.
- ²³ Gauch (FN 2), Nr. 2583.
- ²⁴ Gauch (FN 2), Nr. 2583.
- ²⁵ BGE 4C.242/2004 (= BGE 130 III 686 ff.), Erw. 2 (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert).
- ²⁶ Honsell (FN 4), N 7 zu Art. 199 OR; Giger (FN 4), N 28 zu Art. 199 OR; Gauch (FN 2), Nr. 2091.
- ²⁷ Honsell (FN 4), N 7 zu Art. 199 OR.
- ²⁸ Giger (FN 4), N 31 zu Art. 199 OR.
- ²⁹ Die hier übernommene Lehrmeinung von Gauch befasst sich zwar mit Art. 370 Abs. 1 OR und der dort geregelten Ausnahme von der Verwirkung der Mängelrechte durch Genehmigung des Werkes im Fall von absichtlich verschwiegenen Mängeln. Doch sind m.E. die gleichen Kriterien auch für die Frage der Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln massgeblich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb der eine oder andere Tatbestand nach einem weitergehenden Schutz des Käufers bzw. Bestellers ruft. Im einen wie im anderen Fall geht es darum, die absichtliche Verschweigung als unzulässigen Vertragsinhalt zu sanktionieren. Gl. M. wohl Gauch (FN 2), Nr. 2583, aufgrund des dort angeführten Verweises auf Nr. 2089 ff. Siehe auch Peter Gauch, in: BR 1981, S. 55.
- ³⁰ BGE 4C.242/2004 (= BGE 130 III 686 ff.), Erw. 2 (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert).
- ³¹ Gauch (FN 2), Nr. 2092 f.
- ³² Gauch (FN 2), Nr. 2093.
- ³³ Gauch (FN 2), Nr. 2092.
- ³⁴ BGE 130 III 686, S. 689 f.
- ³⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 1200; Peter Gauch, in: BR 1982, S. 19; BGE 130 III 686, S. 689.
- ³⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 3), Nr. 1201.
- ³⁷ Peter Gauch, in: BR 1982, S. 19.
- ³⁸ Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 317.
- ³⁹ BGE 130 III 690.
- ⁴⁰ Schumacher/Rüegg (FN 3), Nr. 218.
- ⁴¹ BGE 130 III 686, S. 693.
- ⁴² BGE 130 III 686, S. 690.

Rechtsgebiet: Kaufvertrag / CISG

Erschienen in: Jusletter 4. Juli 2005

Zitiervorschlag: Erich Rüegg, Wirksamkeit und Tragweite von Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen, in: Jusletter 4. Juli 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4088>