

# ZUSICHERUNG UND FREIZEICHNUNG

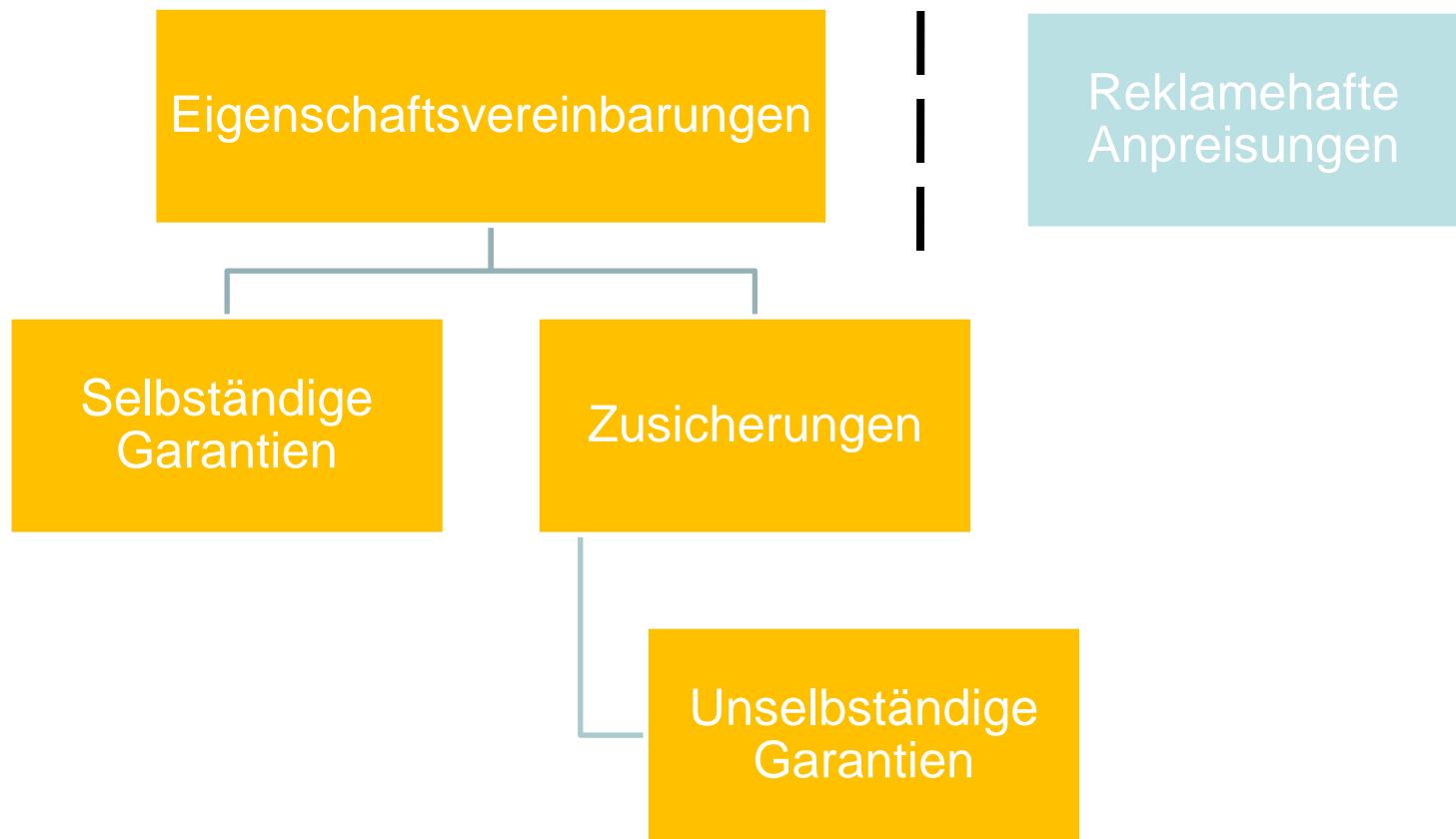
**Dr. Erich Rüegg**

Schumacher Baur Hürlimann  
Zürich und Baden

# Teil 1: Zusicherung

- Übersicht Eigenschaftsvereinbarungen
- Zusicherung
- Selbständige Garantie
- Unselbständige Garantie
- Anpreisung
- Empfehlungen für die Praxis

# Eigenschaftsvereinbarungen



# Zusicherung: Begriff

- Willenserklärung, die der Verkäufer im Rahmen einer vertraglich bindenden Eigenschaftsvereinbarung abgibt.
- Jede Behauptung,
  - dass die Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweise,
  - wenn der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf.
- Die Verwendung der Wörter „Zusicherung“ oder „Garantie“ ist nicht erforderlich.

# Zusicherung: Begriff (Fortsetzung)

- Die zugesicherten Eigenschaften,
  - müssen grundsätzlich spätestens im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden sein, oder
  - ausnahmsweise auch erst in einem späteren Zeitpunkt, wenn der Verkäufer haupt- oder nebenvertraglich verpflichtet und objektiv auch in der Lage ist, die Kaufsache noch in den zugesicherten Zustand zu überführen (z.B. im Fall von Montage- und Fertigungspflichten).

# Zusicherung: Kausalität

- Die Zusicherung muss zum Entschluss des Käufers, die Sache überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu erwerben, kausal sein (BGE 4A\_417/20077 vom 14.02.08).
- Dies Kausalität ist bei Zusicherungen zu vermuten, die nach den Erfahrungen geeignet sind, den Käufer in seinem Entschluss, überhaupt oder doch zu den konkreten Bedingungen zu kaufen, entscheidend zu beeinflussen.
- Kausalität wurde vermutet:
  - Bauvolumen eines Wohnhauses;
  - Zimmerzahl;
  - bewohnte Fläche;
  - Gefahrene Kilometer bei Occasionswagen.

# Selbständige Garantie: Begriff

- Begründung eines neuen und selbständigen Anspruchs (daher „selbständige“ Garantie):
  - Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Erfolges.
  - Auch zukünftige Eigenschaften des Kaufgegenstandes (z.B. zukünftige Überbaubarkeit eines Grundstückes).
  - Eine solche zukünftige Eigenschaft ist zwar typischerweise Inhalt einer selbständigen Garantie, nicht aber Voraussetzung: Im Rahmen der Inhaltsfreiheit kann jede Eigenschaft des Kaufgegenstandes zur selbständigen Garantie erhoben werden.

# Selbständige Garantie: Merkmale

- Tritt das garantierte Ereignis nicht ein, so muss der Garant den Begünstigten finanziell so stellen, als wäre das Ereignis eingetreten → Schadenersatz.
- Dies gilt – eine andere Abrede vorbehalten – insbesondere auch dann, wenn der Erfolg ohne ein Verschulden des Garanten ausgeblieben ist.
- Das selbständige Garantieverprechen unterliegt nicht den kaufrechtlichen Modalitäten:
  - Keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit;
  - Haftung unabhängig vom Wissensstand des Begünstigten;
  - Verjährung: 10 Jahre.



# Unterschiede: Zusicherung / selbständige Garantie

Zusicherung	Selbständige Garantie
Haftungsgegenstand ist eine (grundsätzlich) spätestens im Zeitpunkt von Nutzen und Gefahr bestehende Eigenschaft.	Haftungsgegenstand können auch künftige - positive oder negative - Umstände sein. <u>Aber:</u> Auch eine gegenwärtige Eigenschaft des Kaufgegenstandes kann im Rahmen der Vertragsfreiheit zur selbständigen Garantie erhoben werden.
Fehlende zugesicherte Eigenschaft → Mangel.	Nichterfüllung der selbständigen Garantie → Schadenersatz.
Keine Haftung für dem Käufer bekannte Mängel (Art. 200 Abs. 1 OR).	Haftung unabhängig vom Kenntnisstand des Begünstigten.
Keine <u>vorvertragliche</u> Prüfungsobliegenheit (Art. 200 Abs. 2 OR).	Keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit.
<u>Vertragliche</u> Prüfungs- und Rügeobliegenheit.	
Verjährung bei Grundstücken: 5 Jahre (Art. 219 Abs. 3 OR).	Verjährung: 10 Jahre.

# Unselbständige Garantie

- Die unselbständige Garantie bezieht sich – wie die Zusicherung – auf Eigenschaften des Kaufobjektes, die im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bereits vorhanden sind.
- Sie stipuliert aber vom Gesetz abweichende Rechtsfolgen.
- Ein häufiger Anwendungsfall ist die Haltbarkeitsgarantie: Gewährleistung des Verkäufers für Vertragsmässigkeit während der Dauer der Garantiefrist.
- Die unselbständige Garantie ist also eine Zusicherung mit abweichend vom Gesetz geregelten Rechtsfolgen und daher ein Spezialfall der Zusicherung.
- Die unselbständige Garantie unterliegt daher den kaufrechtlichen Modalitäten. Insbesondere gelten – eine andere Abrede vorbehalten – die kaufrechtlichen Verjährungsfristen. Achtung: Eine Verlängerung der Verjährungsfrist kann nicht alleine aufgrund der Zusicherung einer dauerhaften Eigenschaft angenommen werden (BGE 4C.260/2001 vom 04.01.2002).

# Unterschiede: unselbständige Garantie / selbständige Garantie

Unselbständige Garantie	Selbständige Garantie
Typischerweise auf Zukunft ausgerichtete Zusicherungen; <u>betrifft also Eigenschaften, die im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bereits vorhanden sind</u> (BGE 4C.260/2001 vom 04.01.2002).	Der Verkäufer verspricht einen (selbständigen) typischerweise zukünftigen Erfolg, welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Kaufgegenstandes hinausgeht, <u>weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt, welche von der Sacheigenschaften unabhängig sind und ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Verkäufers liegen</u> (BGE 4C.260/2001 vom 04.01.2002).
Keine selbständige Anspruchsgrundlage ausserhalb des Kaufrechts (daher „unselbständige Garantie“).	Selbständige Anspruchsgrundlage ausserhalb des Kaufrechts (daher „selbständige Garantie“).
Unterliegt den Modalitäten des Kaufrechts (Verjährung, Prüfungs- und Rügeobliegenheit).	Unterliegt nicht den Modalitäten des Kaufrechts.

# (Reklamehafte) Anpreisung: Begriff

- Anpreisungen sind Aussagen (Werturteile) des Verkäufers, die
  - offenkundig übertrieben oder gar falsch sind oder
  - so unbestimmt gehalten sind, dass der Käufer nicht darauf vertrauen darf.
- Ob eine (unverbindliche) Anpreisung oder eine (verbindliche) Zusicherung vorliegt, entscheidet sich, wenn der übereinstimmende wirkliche Parteiwille (subjektive Auslegung) nicht festgestellt werden kann, durch Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens, in dem die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzipes so auszulegen sind, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Auslegung).

# Unterschied: Reklamehafte Anpreisung / Zusicherung

Reklamehafte Anpreisung	Zusicherung
Allgemeines Werturteil, das nicht als konkrete Sacheigenschaft verstanden werden kann.	Haftungsgegenstand ist eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft, auf die der Käufer nach Treu und Glauben vertrauen darf.

# Beispiele: Reklamehafte Anpreisungen / Zusicherungen

Reklamehafte Anpreisung	Zusicherung
Ausführungen in einem "Exposé", der Verkäufer sei bereit, einen Teil des Kaufpreises als Grundpfandforderung im dritten Rang stehen zu lassen, "was die Bonität des Geschäftes deutlich beweise,, (BGE 88 II 416).	Abgabe eines detaillierten Mieterspiegels des verkauften Wohn- und Geschäftshauses (BGE 4A_480/2007 vom 27.05.2008).
Ein Occasionswagen befindet sich in „ausserordentlich gutem Zustand“ (SJZ 49 S. 198; anders ZR 28 Nr. 153).	Angaben über Bruttogeschossflächen in den Aufteilungsplänen einer STWE-Einheit (BGE 4A_417/2007 vom 14.02.2008).
	Baujahr eines Bootes (BGE 4C.119/2005 vom 25.08.2005).

# Empfehlungen für die Praxis

**Empfehlung 1** Vermeiden Sie das Wort „Garantie“ oder verwenden Sie es nur mit einer entsprechenden Präzisierung. Präzisierungen sind generell zu empfehlen. Zum Beispiel:

„Der Verkäufer garantiert im Sinne eines selbständigen Erfolgsversprechens ...“ → selbständige Garantie.

„Der Verkäufer sichert gemäss Art. 197 OR zu ...“ → Zusicherung.

„Der Verkäufer sichert im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung zu ...“ → Zusicherung.

„Der Verkäufer sichert im Sinne einer unselbständigen Garantie zu, dass das Flachdach während zwei Jahren seit Übergang von Nutzen und Gefahr dicht bleiben wird.“ → Zusicherung (unselbständige Garantie).

# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

**Empfehlung 2** Sprechen Sie nicht von **Zusicherung (oder zugesicherter Eigenschaft oder Gewährleistung)** bei Eigenschaften, die im Zeitpunkt von Übergang von Nutzen und Gefahr gar noch nicht vorhanden sein können (ausser der Verkäufer ist verpflichtet und objektiv in der Lage, einen solchen zukünftigen Zustand herbeizuführen).

In einem solchen Fall ist nur eine selbständige Garantie möglich. Über die entsprechenden (weittragenden) Rechtsfolgen sind die Parteien aufzuklären.



# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

**Empfehlung 3** Bei allen Eigenschaftsaussagen ist deren Verbindlichkeit zu klären. Unverbindliche Eigenschaftsaussagen (insbes. Anpreisungen) sind klar als solche zu deklarieren.

„Der Verkäufer übernimmt keinerlei Mietzinsgarantie. Der Käufer nimmt daher zur Kenntnis, dass der ihm übergebene Mieterspiegel und die darin enthaltenen Angaben unverbindlich sind und folglich keine Zusicherungen und/oder Garantien begründen.“

# Teil 2: Freizeichnung

- Grundsätzliches zur Freizeichnung
- Gesetzliche Bestimmungen
- Arglistig verschwiegener Mangel
- Auslegung von Freizeichnungsklauseln

# Freizeichnung: Grundsätzliches

- Sowohl das Rechts- wie auch das Sachgewährleistungsrecht ist dispositiv.
- Freizeichnungsklauseln: Klauseln betreffend Ausschluss oder Beschränkung der Haftung.
- Freizeichnungsklauseln umfassen grundsätzlich auch die konkurrierenden Ansprüche.
- Freizeichnungsklauseln umfassen zugesicherte Eigenschaften nicht, wenn dies nicht ausdrücklich anders geregelt wird (BGE 4C.119/2005 vom 25.08.2005).

# Freizeichnung: Gesetzliche Bestimmungen

- Art. 199 OR: Keine Freizeichnung für arglistig verschwiegenen Mangel.
- Art. 100 OR: Keine Freizeichnung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit.
- Art. 27 ZGB: Keine Freizeichnung für Personenschäden.
- Art. 8 UWG: Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen.

# Arglistig (absichtlich) verschwiegener Mangel

- Dem Käufer ist der Mangel unbekannt;
- Dem Verkäufer, der die Aufklärung bewusst unterlässt, ist der Mangel dagegen bekannt:
  - Der Verkäufer verschweigt einen Mangel auch dann arglistig, wenn er sich bewusst der besseren Kenntnis verschliesst. Das trifft namentlich dann zu, wenn er einen wesentlichen Mangel aufgrund von Umständen, die nach der Lebenserfahrung auf Mängel schliessen lassen, vermutet oder vermuten muss. Der Verkäufer muss daher auch die Vermutung eines wesentlichen Mangels mitteilen.
  - Blosser fahrlässiger Unkenntnis seitens des Verkäufers ist allerdings mit Arglist nicht vereinbar.

# Arglistig (absichtlich) verschwiegener Mangel (Fortsetzung)

- Die Verschweigung verstösst gegen Treu und Glauben. Das trifft zu, wenn:
  - der Verkäufer nach den Umständen annehmen muss, der Käufer erkenne den Mangel nicht und werde ihn auch nicht erkennen;
    - ein Käufer kann nach Treu und Glauben eine Aufklärung über Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR) erkennbar sind, nicht erwarten, weil er sie bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann;
  - der Verkäufer nach den Umständen annehmen muss, der Käufer hätte den Kaufvertrag nicht oder nur mit erheblich anderem Inhalt abgeschlossen, was nur bei wesentlichen Mängeln in Frage kommt.

# Arglistig (absichtlich) verschwiegener Mangel: Rechtsfolgen

- Keine Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Art. 203 OR).
- Der Mangel verjährt erst in 10 Jahren (Art. 210 Abs. 3 OR).
- Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR)?
- Keine Freizeichnung (Art. 199 OR).

# Freizeichnung: Auslegungsregeln

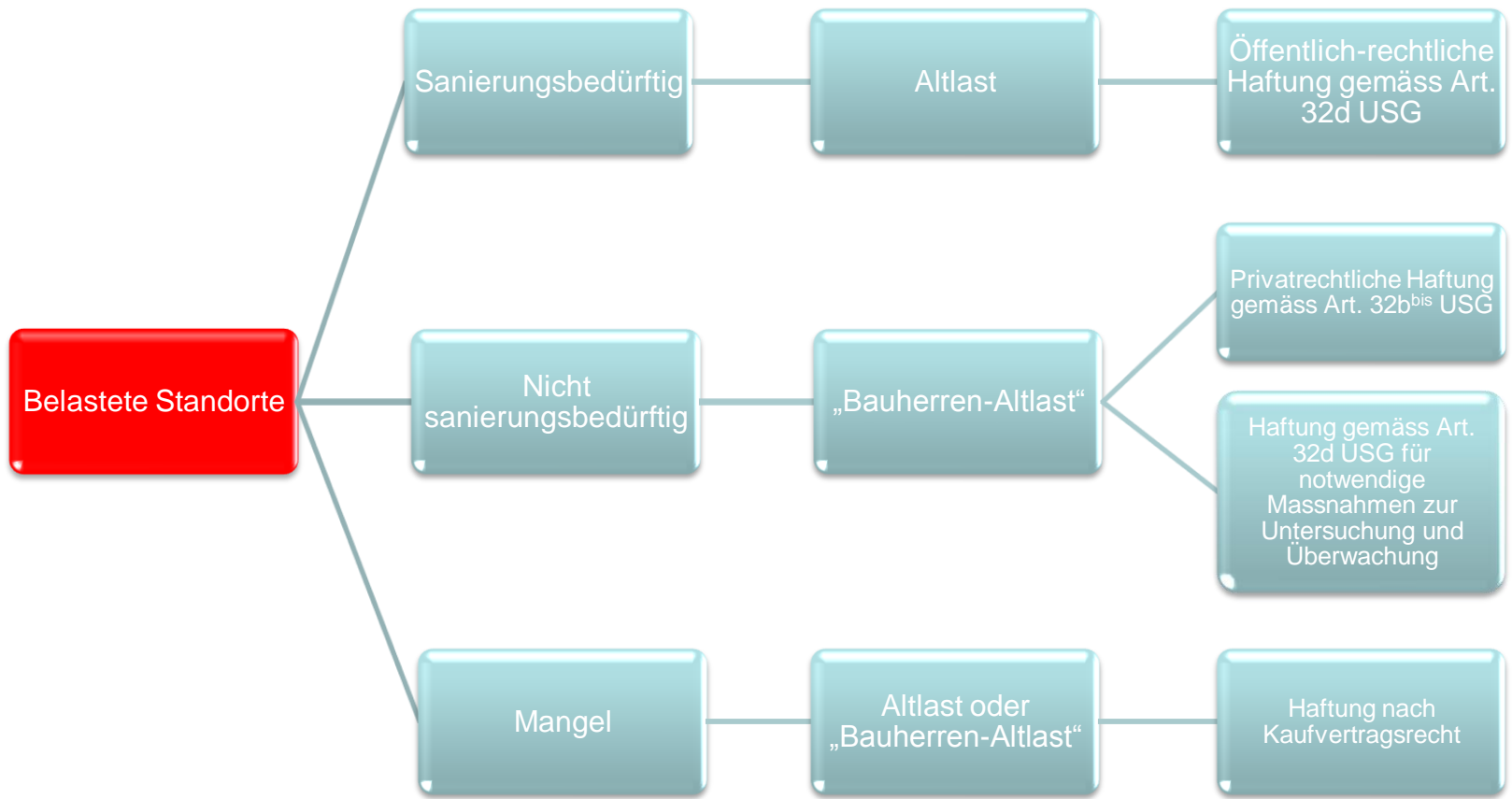
- Subjektive Vertragsauslegung
- Objektivierete (normative) Vertragsauslegung
  - Freizeichnungsklauseln sind im Zweifel eng auszulegen.
  - Auslegung nach Treu und Glauben.
  - Ein Mangel wird von einer Freizeichnungsklausel nicht erfasst, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste.
  - Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt, ist auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen.
  - Verwendung der Gesetzesterminologie.
  - Unklarheitsregel?



# Teil 3: Freizeichnung bei kontaminierten Grundstücken

- Belastete Standorte
  - Öffentlich-rechtliche Haftung nach Art. 32d USG
  - Privatrechtliche Haftung nach Art. 32b<sup>bis</sup> USG
  - Haftung nach Kaufvertragsrecht
- Freizeichnung für belastete Standorte
- Rechtswirkungen des KBS
- Asbest
- Radon
- Empfehlungen für die Praxis

# Belastete Standorte: Übersicht



# Belastete Standorte: öffentlich-rechtliche Haftung nach Art. 32d USG

- Zwar muss in der Regel der bloße Inhaber der Altlast die Sanierung durchführen.
- Er kann aber von der zuständigen Behörde verlangen, dass sie eine Kostenverteilungsverfügung erlässt.
- Für die Kostenverteilung gelten folgende Grundsätze:
  - Mehrere Verursacher haften nach ihrem Anteil an der Verursachung.
  - In erster Linie haftet der Verhaltensstörer.
  - Wer lediglich als Inhaber der Deponie oder des Standortes beteiligt ist (sog. Zustandsstörer), trägt keine Kosten, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte.
- Der Staat übernimmt die so genannten Ausfallkosten.
- Keine Verjährung.

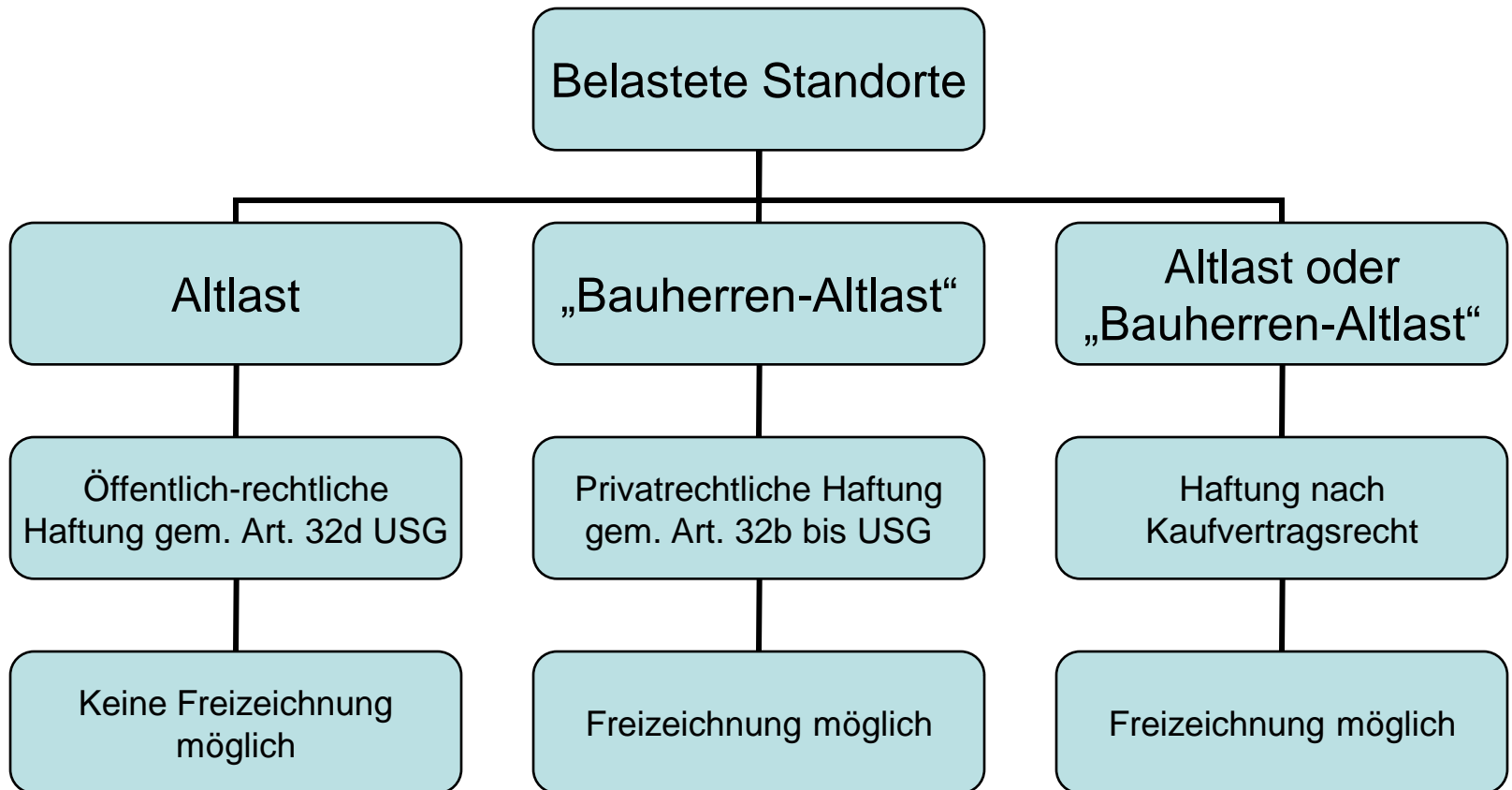
# „Bauherren-Altlast“: privatrechtliche Haftung nach Art. 32b<sup>bis</sup> USG

- Der Inhaber eines nicht-sanierungsbedürftigen belasteten Standortes kann zwei Drittel der Mehrkosten für Untersuchung und Entsorgung des belasteten Materials von den Verursachern oder den früheren Inhabern der Belastung verlangen, wenn
  - der Beklagte nicht bereits für die Belastung eine Entschädigung geleistet hat;
  - die Entfernung des Materials für die Erstellung oder Änderung von Bauten notwendig ist; und
  - der Kläger das Grundstück zwischen dem 1. Juli 1972 und dem 1. Juli 1997 erworben hat.
- Die Forderung ist auf dem Zivilweg geltend zu machen.
- Die Forderung muss bis spätestens 1. November 2021 geltend gemacht werden.

# Belastete Standorte: Haftung nach Kaufvertragsrecht

- Wurde die Kontamination nicht im Sinne einer Eigenschaftsvereinbarung Vertragsbestandteil, so bildet ein belasteter Standort immer einen Mangel.
- Hat der Verkäufer keine Kontaminationsfreiheit zugesichert, entfällt seine Haftung, wenn der Käufer den Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt hätte kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR). An die vorvertragliche Prüfungsobliegenheit werde keine strengen Anforderungen gestellt.
- Ansprüche unterliegen der üblichen strengen Rügepflicht und verjähren in 5 Jahren seit Eigentumserwerb.
- Allgemein gehaltende und unspezifische Freizeichnungsklauseln erfassen belastete Standorte nicht, sofern der Käufer in Immobilienfragen unerfahren ist.

# Freizeichnung für belastete Standorte



# Rechtswirkungen des Katasters der belasteten Standorte (KBS)

- Der KBS hat keine Publizitätswirkungen. Die Eintragungen werden im Grundbuch nicht einmal angemerkt.
- Zu unterscheiden vom sog. Altlastenverdachtsflächenkataster.
- Gilt ein Katastereintrag als arglistig verschwiegen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht aufklärt?
- Muss der Käufer den Katastereintrag bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit vorvertraglich erkennen (Art. 200 Abs. 2 OR)?
- Muss der Käufer den Katastereintrag im Rahmen seiner Prüfungsobliegenheit erkennen?

# Asbest

- Bis in die 70er-Jahre galt Asbest als Material der tausend Möglichkeiten und als „wundersamer“ Baustoff. Asbest ist billig, brennt nicht, widersteht aggressiven Chemikalien, isoliert gegen Hitze, Schall, Elektrizität und kann zu Fasern versponnen stärkeren Zug aushalten als Stahl.
- Asbest ist an sich ungefährlich (z.B. wenn es über die Nahrung eingenommen wird).
- Gefährlich ist Asbest, wenn Fasern eingeatmet werden: Dies kann zu Krebs führen, typischerweise Jahrzehnte nach der Exposition.



# Rechtliche Konsequenzen: Mangel, Freizeichnung

- Altlast?
  - Frage in Lehre und Rechtsprechung weitgehend ungeklärt.
  - In der Praxis: Asbest wird nicht als Altlast behandelt.
- Mangel
- Freizeichnung?
  - Gemäss der wohl herrschenden Lehre ist eine Freizeichnung für Körperschäden sittenwidrig und daher nichtig. Daher kann auch für als Mangelfolgeschaden eingetretene Personenschäden nicht freigezeichnet werden.
  - Trifft dies zu, so ist m.E. auch eine Freizeichnung für in diesem Sinne gefährliche Mängel nicht möglich.

# Radon

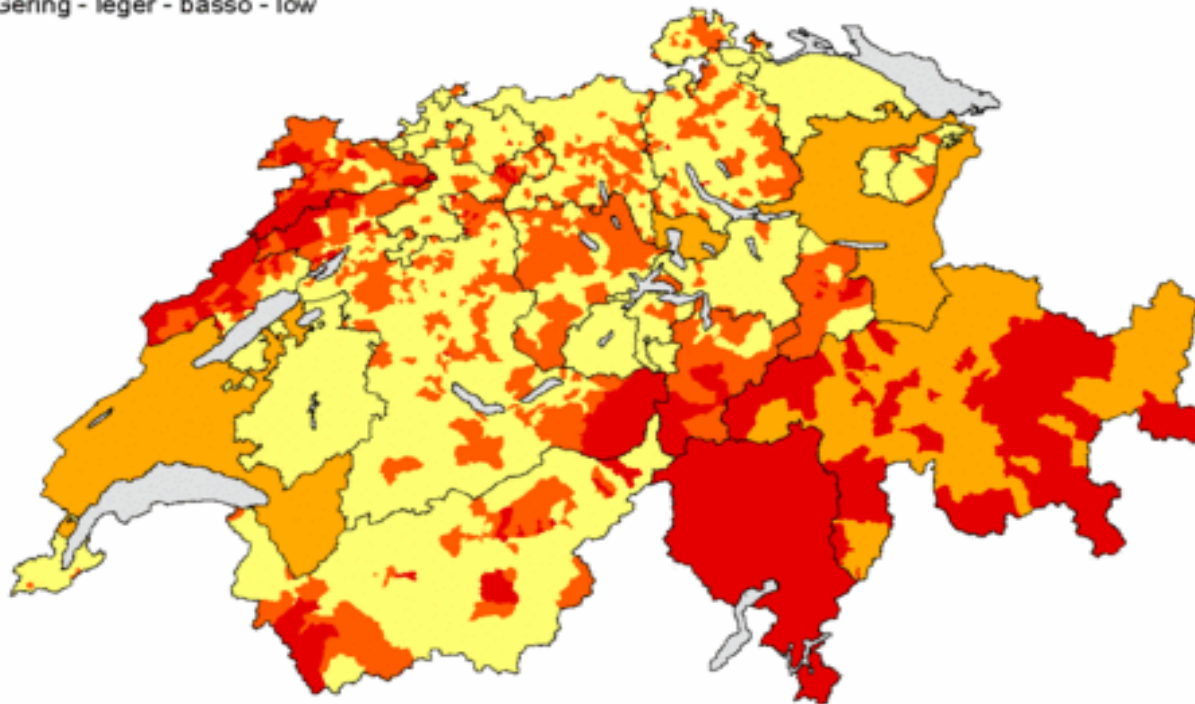
- Radon ist ein im Boden produziertes radioaktives Edelgas.
- Radon zerfällt in Folgeprodukte (Polonium, Wismuth, Blei). Diese sind ebenfalls radioaktiv und schweben in der Atemluft. Wenn sie in die Lunge geraten, lagern sie sich im Lungengewebe ab und bestrahlen dieses. Das kann zu Lungenkrebs führen.
- Je durchlässiger der Boden, desto eher kann Radongas bis zur Erdoberfläche aufsteigen.
- In die Häuser gelangt Radon durch den sog. „Kamineffekt“ (aufsteigende Wärme erzeugt einen Unterdruck).

# Rechtliche Konsequenzen: Mangel, Freizeichnung

- Altlast?
- Publikation des BAG (Rechtliche Informationen für Immobilien- und Baufachleute):
  - Eine Überschreitung des Radongrenzwertes von 1'000 Bq/m<sup>3</sup> ist ein Mangel.
  - Freizeichnung möglich, aber nur falls ausdrücklich (mit anderen Worten: Mit Radon muss vernünftigerweise nicht gerechnet werden).
    - Anmerkung: Ist eine Freizeichnung nicht sittenwidrig?
- Suchmaschine nach Gemeinde:  
<http://www.bag.admin.ch/themen/strahlung/00046/01624/index.html?lang=de>
- Das BAG empfiehlt, dass der Notar bei Objekten in Gebieten mit mittlerem oder hohem Radonrisiko die Parteien über die Problematik informiert.

# Radonrisiko in der Schweiz

- Hoch - élevé - elevato - high
- Mittel - moyen - medio - medium
- Gering bis mittel - léger à moyen - basso a medio - low to medium
- Gering - léger - basso - low



# Empfehlungen für die Praxis

**Empfehlung 1** Gehen Sie mit der Terminologie im Zusammenhang mit belasteten Standorten besonders vorsichtig um. Sprechen Sie nicht von Altlasten, wenn auch nicht-sanierungsbedürftige belastete Standorte gemeint sind. Sprechen Sie dann nur von belasteten Standorten.

# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

**Empfehlung 2** Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Haftung für belastete Standorte gemäss Art. 32d USG kann nicht freigezeichnet werden. Gegenüber diesem Haftungsrisiko helfen nur Schadloshaltungsklauseln.

# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

**Empfehlung 3** Asbest und Radon sind umweltgefährdende Stoffe, aber keine belasteten Standorte. Zusicherungen und Freizeichnungen, die nur belastete Standorte behandeln, erfassen daher Asbest und Radon nicht.

# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

**Empfehlung 4** Allgemein gehaltene und unspezifizierte Freizeichnungsklauseln erfassen Grundstückskontaminationen in aller Regel nicht. Spezifizieren Sie die Freizeichnungsklausel, wenn diese Risiken ausgeschlossen werden sollen.



# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

## Beispiel für eine umfassende Zusicherung für Umweltrisiken:

Die Verkäuferschaft sichert im Sinne von Art. 197 OR zu, dass das Kaufobjekt frei von umweltgefährdenden Stoffen und belasteten Standorten ist.

Die Verkäuferschaft ist verpflichtet, die Käuferschaft für Nachteile aller Art, die ihr durch erforderliche Massnahmen im Zusammenhang mit umweltgefährdenden Stoffen oder belasteten Standorten erwachsen, vollumfänglich schadlos zu halten. Diese Schadloshaltungsklausel gilt auch dann, wenn die Käuferschaft mittels Verwaltungsmassnahmen und/oder Drittansprüchen belangt wird. Die gesetzlichen Mängelrechte bleiben von dieser Schadloshaltungsklausel unberührt.

# Empfehlungen für die Praxis (Fortsetzung)

## Beispiel für eine umfassende Freizeichnung für kontaminierte Grundstücke (allerdings ohne Schadloshaltungsklausel zu Gunsten des Verkäufers):

Die Haftung des Verkäufers für allfällige Sach- und Rechtsmängel (einschliesslich Mängel im Zusammenhang mit umweltgefährdenden Stoffen und/oder belasteten Standorten) wird vollumfänglich wegbedungen, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Die Parteien bestätigen, über Bedeutung und Tragweite dieser Haftungsbefreiungsklausel vom Notar aufgeklärt worden zu sein.