

BAUR HÜRLIMANN

RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

# ZUSICHERUNG UND FREIZEICHNUNG

Erich Rüegg

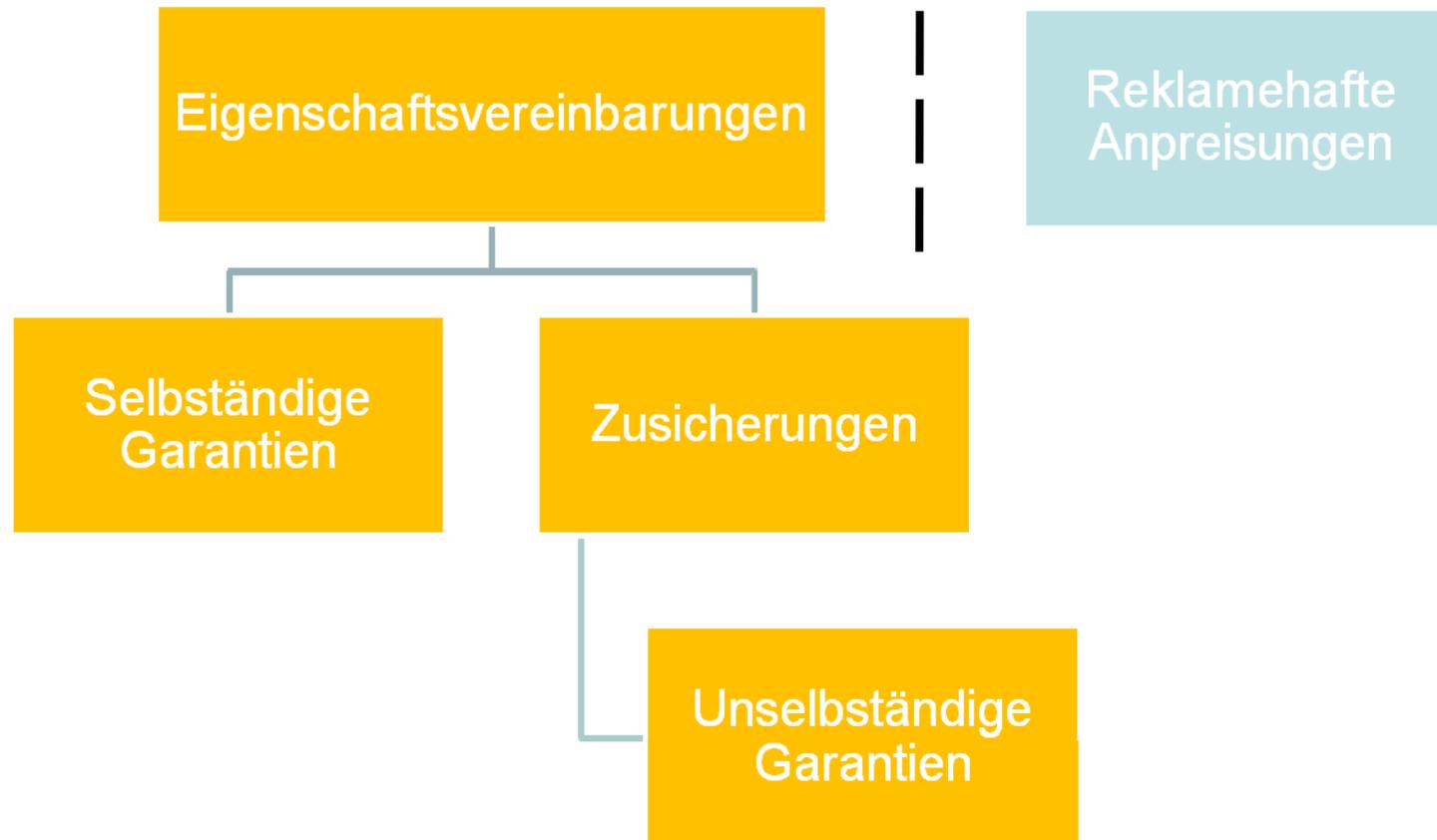
BAUR HÜRLIMANN AG  
Zürich und Baden

<http://www.bhlaw.ch>

# Teil 1: Zusicherung

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

# Eigenschaftsvereinbarungen



# Zusicherung: Begriff

- Eigenschaftsvereinbarung,
  - bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft;
  - auf die der Käufer vertrauen darf.
- Die Verwendung der Wörter „Zusicherung“ oder „Garantie“ ist nicht erforderlich.
- Zusicherungen:
  - unterstehen dem Formzwang nicht per se;
  - müssen sich nicht zwingend aus dem Kaufvertrag ergeben.

# Zusicherung: Begriff (Fortsetzung)

- Zeitlicher Aspekt der zugesicherten Eigenschaft:
  - Grundsatz: Zugesicherte Eigenschaft muss spätestens im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden sein.
  - Ausnahme:
    - Der Verkäufer ist verpflichtet, das Kaufobjekt noch in den zukünftigen, zugesicherten Zustand zu überführen;
    - Der Käufer ist dazu objektiv in der Lage;
    - Beispiel: Montage- und Fertigungspflichten.

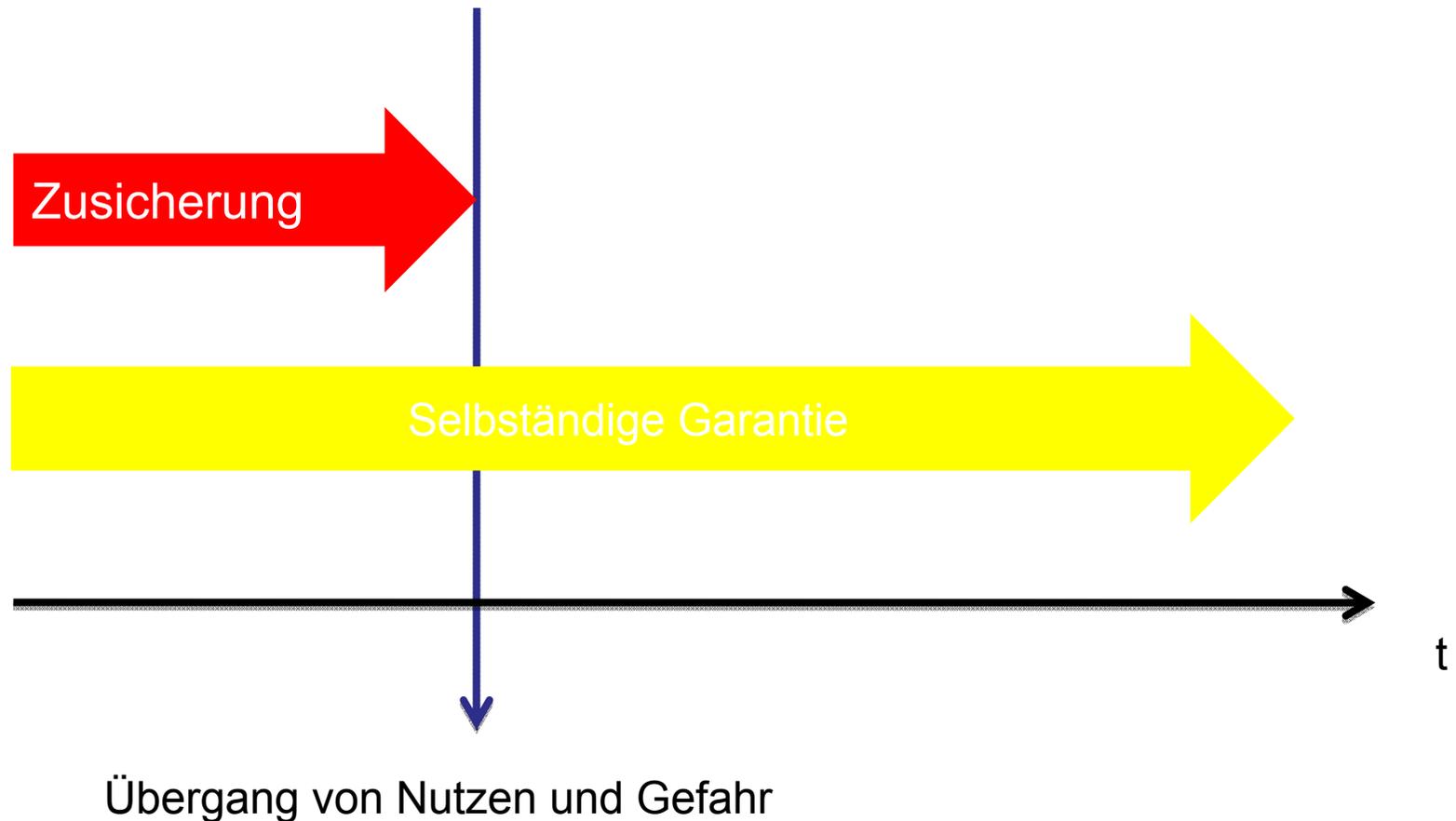
# Zusicherung: Kausalität

- Die Zusicherung muss für den Kaufentschluss kausal sein.
- Die Kausalität wird regelmässig 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).

# Selbständige Garantie: Anwendungsbereich



Übergang von Nutzen und Gefahr

# Selbständige Garantie: Merkmale

- Rechtsfolge, falls garantiertes Ereignis nicht eintritt:
  - Schadenersatz;
  - Kausalhaftung.
- 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

- Unselbständig garantierte Eigenschaften müssen – wie die Zusicherung – im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bereits vorhanden sind.
- Ein häufiger Anwendungsfall ist die Haltbarkeitsgarantie: Gewährleistung des Verkäufers für Vertragsmässigkeit während der Dauer der Garantiefrist.
- Spezialfall der Zusicherung: Zusicherung mit abweichend vom Gesetz geregelten Rechtsfolgen.
- Die unselbständige Garantie unterliegt daher den kaufrechtlichen Modalitäten (Verjährung).

# Unterschiede: unselbständige Garantie / selbständige Garantie

Unselbständige Garantie	Selbständige Garantie
<p>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).</p>	<p>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).</p>
<p>Keine selbständige Anspruchsgrundlage ausserhalb des Kaufrechts (daher „unselbständige Garantie“).</p>	<p>Selbständige Anspruchsgrundlage ausserhalb des Kaufrechts (daher „selbständige Garantie“).</p>
<p>Unterliegt den Modalitäten des Kaufrechts (Verjährung, Prüfungs- und Rügeobliegenheit).</p>	<p>Unterliegt nicht den Modalitäten des Kaufrechts.</p>

# (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.

# 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
<p>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).</p>	<p>Abgabe eines detaillierten Mieterspiegels des verkauften Wohn- und Geschäftshauses (BGE 4A_480/2007 vom 27.05.2008).</p>
<p>Alles in hervorragender Bauqualität gebaut.</p>	<p>Angaben über Bruttogeschossflächen in den Aufteilungsplänen einer STWE-Einheit (BGE 4A_417/2007 vom 14.02.2008).</p>
	<p>„Sie kaufen eine ausgezeichnete Immobilie mit einem sehr guten Baustandard“, enthalten in einer sog. Reservationsvereinbarung (BGE 4C.267/2004 vom 23.11.2004).</p>

# 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

- Rechts- und Sachgewährleistungsrecht: Dispositives Recht.
- 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.

# 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;
- Der Verkäufer hat Kenntnis vom Mangelsachverhalt:
  - Vermutung eines wesentlichen Mangels muss u.U. ebenfalls offenbart werden.
  - Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.

# 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;
  - 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

- Freizeichnungsklauseln umfassen auch die konkurrierenden Ansprüche des allgemeinen Teils.
- Allgemein gehaltene Freizeichnungsklauseln erfassen Zusicherungen nicht.
- Freizeichnungsklauseln müssen klar und dürfen nicht floskelhaft sein.
- Freizeichnungsklauseln sind im Zweifel eng auszulegen.
- 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.

**Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**