

Gewährleistung beim Immobilienkauf

Eine Übersicht unter Berücksichtigung der «Altlasten»-Problematik

Beim Immobilienkauf können die Parteien trotz Sondernormen die Regeln der Mängelhaftung in den Schranken des Gesetzes aufheben, abändern oder durch eigene Gewährleistungsregeln ersetzen. Eine adäquate Formulierung hat sich an der Art und am Zustand des Kaufobjektes im konkreten Einzelfall zu orientieren.

- der Überbaubarkeit gemäss öffentlichem Recht;
- des privaten Nachbarrechts;
- der Qualifikation als belasteter Standort.

Die interessierte Partei kann sich vor dem Problemeintritt schützen, indem sie das Kaufgeschäft erst nach Vorliegen

- der Geometer-Mutationstabelle bzw. eines Flächennachweises,
- der Baugrunduntersuchung [5, 6],
- einer rechtskräftigen Baubewilligung

schliesst oder zuvor nur bedingt schliesst und erst nach Bedingungs-eintritt grundbuchlich vollzieht [7].

1. Allgemeines und Abgrenzung

Der «Grundstückkauf» ist nicht ein selbständiger Typus des Kaufs, sondern ein Sondertypus des «Fahrniskaufs» [1], der für bestimmte Aspekte eigene Gesetzesbestimmungen (OR 216–221) enthält, nämlich:

- das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung (OR 216 [2] i. v. m. ZGB 657);
- die Rechtswirkungen des bedingten Kaufs und der Ausschluss des Eigentumsvorbehalts (OR 217);
- die Sperrfrist für landwirtschaftliche Grundstücke (OR 218 [3]);
- der Übergang von Nutzen und Gefahr (OR 220) und (hier interessierend);
- die Gewährleistung (OR 219).

Für die Unterscheidung der anwendbaren Gesetzesregeln bzw. eine adäquate Darstellung der Ergänzungs- oder Änderungsmöglichkeiten ist zu differenzieren in:

- überbaute Grundstücke;
- unüberbaute Grundstücke.

2. Unüberbaute und überbaute Grundstücke

2.1 Unüberbaute Grundstücke

Bei der Thematisierung des unüberbauten Grundstücks geht es um den Baugrund [4] und seine Probleme

- des Mindermasses;
- der Beschaffenheit;



Urs Bürgi, Rechtsanwalt und Inhaber des Zürcher Notar-, Grundbuch- und Konkursverwalterpatentes, Partner, Bürgi Nägeli Rechtsanwälte, Zürich

2.2 Überbaute Grundstücke

Bei überbauten Grundstücken wird differenziert zwischen solchen mit

- *Altbauten* und solchen mit
- *Neubauten*.

2.2.1 Gewährleistung bei Altbauten

Es ist Usanz, Altbauten ohne Gewährleistung zu veräussern [8]. Der Partei-disposition entzogen sind die Gewähr für arglistig verschwiegene Mängel und für belastete Standorte bzw. sog. Altlasten [9].

2.2.2 Gewährleistung bei Neubauten

Neubauten, d. h., geplante, bereits begonnene oder kürzlich fertiggestellte Gebäude werden mit dem Grundstück an den Ersterwerber nach differenzierten Gewährleistungsregeln [10] übertragen:

- Baute: Abtretung der Mängelrechte gegenüber den Unternehmern [11];

- Land: Wegbedingung der Gewährleistung.

Der professionelle Immobilienverkäufer will mit dieser «differenzierten Gewährleistung» nicht für mehr oder anderes und vor allem auch nicht länger haften als die von ihm für die Gebäudeerstellung zugezogenen Unternehmer.

Beim Vertrieb unternehmerseitig motivierter EFH- und StWE-Neubauobjekten wird vielfach der Begriff «*schlüsselfertig*» verwendet [12, 13]. Sachbedingt folgt der grundbuchliche Vollzug nicht unmittelbar an die öffentliche Beurkundung des Grundstückkaufvertrages, sondern eben erst bei Bauvollendung. Der Begriff ist Terminierung und Qua-

bis zur Bauvollendung [14] aufgeschoben [15].

- Es wird das Land samt fertiggestellter Baute auf den Käufer übertragen.
- Es liegt ein reiner, vollumfänglich öffentlich zu beurkundender Kauf vor.

3.2 Gemischter Grundstückkauf/Werkvertrag

Das gemischte Vertragsverhältnis ist bei zwei Verkehrstypen anzutreffen:

- Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht für Neubau [16] und
- Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht für die Fertigstellung einer angefangenen Baute [17, 18].

nicht abhängig voneinander sein oder der eine bloss Nebenabrede des andern bilden; die Parteien können, brauchen aber nicht identisch zu sein. Die Gewährleistung in solchen Fällen richtet sich für den Baugrund nach Kaufrecht und für die in Ausführung eines Werkvertrages erbrachten Bauleistungen nach den werkvertragsrechtlichen Mängelhaftungsregeln [25].

4. Gewährleistungsnormen und Abweichungsmöglichkeiten

Nachfolgend (4.1 und 4.2) sollen die Haftungsnormen von Immobilienkauf und Werkvertrag kurz aufgelistet werden, um anschliessend die Abweichungsmöglichkeiten (4.3) und die Schranken des zwingenden Rechts (4.4) aufzeigen zu können. Unter 4.5 soll noch auf die Belehrungspflichten des Urkundsbeamten eingegangen und unter 4.6 dem Leser eine Übersicht über das Mängelhaftungsspektrum geboten werden.

«Es ist Sache des Urkundsbeamten, den genauen Sachverhalt zu erforschen und die adäquaten Mängelhaftungsregeln festzulegen.»

litätszusicherung zugleich: Die Baute ist «*schlüsselfertig*», wenn die Baubewilligungsbehörde die Bezugsbewilligung erteilt hat.

3. Kauf- oder werkvertragliche Gewährleistungsnormen?

Nicht nur für die Form-, sondern auch für den Entscheid der anwendbaren Haftungsbestimmungen ist die Qualifikation des Rechtsgeschäftes von Bedeutung:

- Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache;
- gemischter Grundstückkauf-/Werkvertrag (sog. Innominatkontrakt);
- zusammengesetzte Einzelverträge (Kaufvertrag und Werkvertrag).

3.1 Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache

Die Kriterien sind:

- Das Verpflichtungsgeschäft wird sofort eingegangen, der Vollzug aber

Für einen gemischten Grundstückkaufvertrag mit Bauleistungspflicht sprechen

- Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess [19];
- Bauvollendung nach Eigentumsübertragung [20];
- Vereinbarung einer pauschalen Vergütung [21].

Gemäss herrschender Lehre [22] ist es aus Praktikabilitätsgründen [23] gerechtfertigt, die Mängelhaftung für das Gebäude insgesamt dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen, auch für Bauteile, die bei Vertragsschluss bereits erstellt waren. Umgekehrt rechtfertigt es sich, abgeschlossene Bereiche kaufrechtlicher Natur wie Mindermass, Bodenbeschaffenheit usw. dem Kaufrecht zu unterwerfen. Es ist Sache des Urkundsbeamten den genauen Sachverhalt zu erforschen und die adäquaten Mängelhaftungsregeln festzulegen.

3.3 Mehrere Hauptverträge oder Vertrag mit Nebenabrede(n)

Eine Mehrzahl von Verträgen [24] können vom Bestand her abhängig oder

4.1 Gewährleistung nach Kaufrecht

4.1.1 Rechtsgewährleistung [26]

Gegenstand

Dritter macht Käufer Eigentum streitig und entwehrt ihn ganz oder teilweise.

Käufermöglichkeiten

Anrufung Rechtsgewährleistung und/oder Nichterfüllung [27], evtl. Irrtumsanfechtung [28].

Verkäufer

Unterstützungspflicht.

Verjährungsfrist

10 Jahre [29].

Bedeutung

Gering.

4.1.2 Sachgewährleistung [30]

a) *Gegenstand*

Bauland/zu geringes Flächenmass [31]

Käufermöglichkeiten

Grundbuch nicht eingeführt (OR 219 Abs. 1): Ersatzanspruch aus Sachgewährleistung.

Grundbuch eingeführt (OR 219 Abs. 2)[32]: Ersatzanspruch nur bei ausdrücklicher Zusicherung.

Verkäufer
Unterstützungspflicht.

Verjährungsfrist
Jahresfrist.

Bedeutung
Abnehmend.

b) Gegenstand
Bauland/Beschaffenheit.

Käufermöglichkeiten
Ersatzanspruch aus Sachgewährleistung.

Verkäufer
Unterstützungspflicht.

Verjährungsfrist
1 Jahr nach grundbuchlicher Eigentumsübertragung.

Bedeutung
Zunehmend.

c) Gegenstand
Gebäude

Käufermöglichkeiten
Ersatzanspruch aus Sachgewährleistung.

Verkäufer
Unterstützungspflicht

Verjährungsfrist
5 Jahre nach grundbuchlicher Eigentumsübertragung [33]

Bedeutung
Weiterhin beachtlich

4.2 Gewährleistung nach werkvertraglichen Regeln

4.2.1 Mängelhaftung nach OR

Der Gesetzgeber unterscheidet in:

- offene Mängel (Rüge nach Ablieferung und Prüfung des Werkes) [34];
- versteckte Mängel (Rüge sofort nach Entdeckung) [35].

Dem Besteller stehen bei Mängeln des Objektes zu:

- ein (Preis-)Minderungsanspruch;
- alternativ und unter eingeschränkten Voraussetzungen [36] ein Wandlungsanspruch;
- alternativ zur Minderung ein Nachbesserungsanspruch für minder erhebliche Mängel.

Verjährung Werke:

- beweglich: 1 Jahr seit Ablieferung;
- unbeweglich: 5 Jahre seit Ablieferung;

- mit arglistig verschwiegenen Mängeln: 10 Jahre seit Ablieferung.

4.2.2 SIA-Garantien

Dem Kaufs- oder gemischten Geschäft können auch die Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) zugrundegelegt werden.

Der Besteller hat bei der hier massgebenden SIA-Norm 118 [37] folgende Mängelrechte:

- zunächst einzig das Nachbesserungsrecht und bei Säumnis;
- Anspruch auf Minderung, Wandlung, Schadenersatz bzw.;
- das Recht auf Ersatzvornahme, sofern die Mängelbeseitigung dem Unternehmer im Verhältnis zum Interesse des Bestellers an der Verbesserung nicht unverhältnismässige Kosten verursacht.

Die Wahlfreiheit des Bestellers ist damit stark eingeschränkt.

Verjährung:

- offene Mängel: 2 Jahre seit Abnahme [38];
- versteckte Mängel: 5 Jahre seit Abnahme [39];
- arglistig verschwiegene Mängel: 10 Jahre nach Abnahme [40].

Abbildung
Mögliche Gewährleistungsabreden

Gewährleistungsumfang Rechtsbereich	Zusicherung	Vertragliche Gewährleistung	Gesetzliche Gewährleistung	Wegbedingung Gewährleistung (Freizeichnung)	Keine Freizeichnung		
					Arglist	Mangel liegt ausserhalb Vorstellungen bei Willensbildung	Nicht dispositionsfähig
					Haftung des Verkäufers/ Unternehmers		Haftung des Verursachers
Zivilrecht							
– Kaufsrecht	x	x	x	x	x	x	–
– Werkvertragsrecht	x	x	x	x	x	x	–
– SIA Norm 118	x	x	x	x	x	–	–
Öffentliches Recht							
– USG	–	–	–	–	–	–	x
Verhandlungsspielraum	+	← →			–	–	–

4.3 Dispositives Recht (Abweichungsmöglichkeit von der Normierung)

Die Normen der kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht wie auch die werkvertragliche Mängelhaftung sind dispositives Recht:

Die Parteien können daher

- den Inhalt der gesetzlichen Normen aufheben, ersetzen oder ergänzen;
- eigene, den individuellen Bedürfnissen angepasste Haftungsregeln redigieren [41];
- auf die gesetzlichen Bestimmungen der werkvertraglichen Mängelhaftung verweisen;
- vorformulierte Vertragsbestimmungen zur Mängelhaftung (AGB) übernehmen [42];
- vereinbaren, dass der Verkäufer die ihm seitens der Unternehmer zustehenden Nachbesserungsrechte [43]; dem Käufer abtritt [44];
- verabreden, dass jede Gewährleistungspflicht wegbedungen wird (sog. Freizeichnung) [45].

Nun zu den zwei Gewährleistungsextremen, der Wegbedingung und der Zusicherung.

4.3.1 Wegbedingung der Gewährleistung

Die Wegbedingung der Gewährleistungspflicht [46], auch «Freizeichnung» genannt, bewirkt in aller Regel, dass die Rechts- und Sachgewährleistung vollständig wegbedungen wird.

Die Freizeichnung steht im Widerspruch zur Vertragstreue. Die Freizeichnungsklausel ist, wenn nicht ungültig [47], so doch restriktiv auszulegen [48]. Sind die Mängel ausserhalb der Vorstellungskraft der Parteien, so ist die Freizeichnung diesbezüglich unwirksam, und der Käufer kann seine Gewährleistungsbehelfe doch durchsetzen (Ausschluss nicht voraussehbarer Mängel) [49].

4.3.2 Zusicherung

Mit der formfrei [50] gültigen Zusicherung [51] gibt der Veräusserer zu erkennen und will dafür einstehen, dass

eine Eigenschaft des Kaufobjektes im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden ist.

Themen sind bestimmte:

- körperliche Eigenschaften [52];
- rechtliche Eigenschaften [53];
- wirtschaftliche Eigenschaften [54].

4.4 Zwingendes Recht

4.4.1 Arglist [55]

Den Verkäufer trifft eine Offenbarungspflicht: Er muss den Käufer über krasse, verborgene oder von diesem nicht erwartete Mängel [56], die zu dessen Vermögensschädigung führen könnten, informieren. Eine Wegbedingung der Gewährleistungspflicht für arglistig verschwiegene Mängel ist unzulässig.

4.4.2 Belasteter Standort (USG)

Gemäss *Umweltschutzgesetz (USG 32c Abs. 1)* müssen Deponien und andere durch Abfälle belastete Standorte saniert werden, wenn sie zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen

- F4 Die Kontaminierung ist Gewissheit.
- F5 Der Verkäufer ist nicht Verursacher.
- F6 Der Verkäufer ist Verursacher.
- F7 Der Verkäufer saniert in eigenem Namen und auf eigene Rechnung bis zur grundbuchlichen Eigentumsübertragung (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache).
- F8 Der Verkäufer saniert in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Käufers (Sofortkauf kontaminiertes Grundstück/Sanierung im Werkvertrag).
- F9 Der Käufer saniert in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Verkäufers (Sofortkauf kontaminiertes Grundstück/Kostenübernahme Verkäufer unlimitiert, bis Maximalbetrag oder Übernahme desjenigen Betrages durch den Verkäufer, der den vom Käufer zu tragenden Sanierungskostenbeitrag übersteigt).
- F10 Der Käufer saniert in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (Sofortkauf kontaminiertes Grundstück/Kaufpreisfestsetzung unter

«Eine Wegbedingung der Gewährleistungspflicht für arglistig verschwiegene Mängel ist unzulässig.»

können. Die Behörden [57] können nicht nur im Rahmen von Bauvorhaben, sondern jederzeit die Sanierung sanierungspflichtiger belasteter Standorte verlangen. Das mögliche oder vermutete Vorhandensein von Schadstoffen (Untergrund, Boden oder Gebäude) ist bei der Redaktion des Grundstückkaufvertrages im allgemeinen und bei der Gewährleistungsklausel im besonderen zu beachten. Verschiedene Sachverhaltsvoraussetzungen sind denkbar:

- F1 Grundstück ist nicht im Kataster der belasteten Standorte vorgemerkt.
- F2 Grundstück ist im Kataster der belasteten Standorte vorgemerkt
- F3 Es besteht ein Verdacht auf Kontaminierung.

Berücksichtigung der Sanierungskosten)

- F11 Der Käufer saniert im Namen und auf Rechnung des Verkäufers vor der grundbuchlichen Eigentumsübertragung (Grundstückkaufvertrag über eine künftige Sache).

Die Haftung gemäss USG ist eine unbefristete Verursacher-Kausalhaftung. Die oben aufgeführten Fragestellungen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) zeigen die Komplexität, die Notwendigkeit der frühzeitigen Befassung und den Bedarf an weiteren Abklärungen (Steuerplanung, Roulung mit Grundsteuerbehörden usw.). Gefragt ist hier ein individueller Vertragstext, was auch dem «Floskelvorwurf» entgegenwirkt. Der Verkäufer, der zugleich Verursacher der Belastung ist, tut zur Ver-

meidung einer Doppelzahlung gut daran, in jenen Fällen, wo der Käufer saniert, entweder das Grundstück zum Nettowert, d. h. nach Abzug der mutmasslichen Sanierungskosten, zu verkaufen oder seine Kostenbeiträge sicherzustellen und die Auszahlung von der erfolgten Sanierung abhängig zu machen [58].

4.5 Belehrungspflichten des Urkundsbeamten

Es ist Aufgabe des Notars, den wirklichen Willen der Parteien zu ergründen, den Vertragstext zu redigieren (Vorverfahren) und diesen von den Parteien genehmigen und unterzeichnen zu las-

bis zur Wegbedingung und die der Disposition entzogenen Aspekte sind in der *Abbildung* dargestellt.

5. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen dokumentieren, dass die Gewährleistungsklausel bzw. die Klausel über die Wegbedingung der Gewährleistungspflicht vielfach nicht bloss bedeutungslose Floskeln sind. Urkundsbeamte und Parteien sollten sich mit dem Mängelhaftungsthema ernsthaft auseinandersetzen. Noch wichtiger ist aber, dass der Käufer zu neudeutsch eine Boden- und

ihm zu bearbeitenden Baugrundes zu verpflichten (vgl. hierzu BR 1989/3, S. 67).

- 6 Weitergehende Literatur: Briner Hans, Das Baugrundrisiko in Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, S. 225 ff.
- 7 Die an einer Klärung des Problems interessierte Partei wird beim Entscheid über den Umfang der Bindungswirkung die Marktlage, die Gefahr eines zwischenzeitlichen Verkaufs an einen Dritten und das eigene Mass des Erwerbs- bzw. Veräusserungsinteresses ins Kalkül ziehen.
- 8 Mustertext für weitere Bestimmung im Grundstückskaufvertrag: «Den Parteien ist Art. 192 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts bekannt. Jede Gewährleistung für Sach- als auch für Rechtsmängel am Kaufobjekt wird seitens des Verkäufers ausdrücklich wegbedungen. Nach den Vorschriften des Obligationenrechts haftet der Verkäufer für ihm bekannte, dem Käufer jedoch arglistig verschwiegene Mängel trotzdem.»
- 9 Siehe hinten.
- 10 Mustertext für weitere Bestimmung im Grundstückskaufvertrag: «Der Verkäufer tritt dem Käufer sämtliche Garantieansprüche (Nachbesserungsrechte) im Rahmen der abgeschlossenen Architekten-, Ingenieur-, Unternehmer- und Lieferantenverträge der am Bau des Einfamilienhauses, der Umgebung und der Zufahrt Beteiligten ab. Der Architekt wird den Käufer bei der Garantieabnahme, der Geltendmachung der Garantieansprüche und bei der Überwachung der Garantiearbeiten vertreten. Im übrigen entschlägt sich der Verkäufer jeglicher Gewährleistung.»
- 11 Die Abtretung der Mängelrechte gegenüber Architekt, Ingenieur, Unternehmern und Lieferanten hat unterschiedliche Währschaften z. B. Haftung nach SIA-Normen, nach offenen und verdeckten Mängeln mit 2 bzw. 5 Jahren Garantiedauer oder nach den Regeln für den Fahrnisverkauf bei den Apparaten wie Backofen, Herd, Geschirrspüler und Waschmaschine mit 1 Jahr Garantiedauer zur Folge.
- 12 In den weiteren Bestimmungen des Grundstückskaufvertrages wird der Begriff «schlusselfertig» nebst der Erfüllungszeitpunkt- und Gewährleistungsklauseln verwendet.
- 13 Auch bei der Lieferung von «Fertighäusern» findet der Begriff «schlusselfertig» Anwendung; im übrigen, d. h. mit Bezug auf Rechtsqualifikation und Formzwang, lassen sich keine Richtlinien ableiten; massgebend sind daher die Bestimmungen des individuellen Einzelvertrages.
- 14 Der Käufer hat meistens keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess.
- 15 Auch hier wird i. d. R. ein Erfüllungszeitpunkt für den Grundstückskauf in den weiteren Bestimmungen verabredet (Mahn-, Verfalltags- oder Fixtermingeschäft, vgl. OR 107 ff.).
- 16 Der Verkäufer verkauft das Bauland sofort und schliesst gleichzeitig mit dem Käufer einen Werkvertrag für die Erstellung der Baute (Baubeginn also nach dem grundbuchlichen Vollzug des Baulandverkaufs).
- 17 Ist die vom Verkäufer nach grundbuchlichem Vollzug auszuführende Arbeit nur von untergeordneter Bedeutung (z. B. Reparatur u. dgl.), so liegt nicht ein gemischter, sondern ein gewöhnlicher Kaufvertrag vor; vgl. Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Nr. 347.

«Die Wegbedingung der Gewährleistungspflicht, auch «Freizeichnung» genannt, bewirkt in aller Regel, dass die Rechts- und Sachgewährleistung vollständig wegbedungen wird.»

sen sowie die Willenserklärung öffentlich zu beurkunden (Hauptverfahren). Dieser Beurkundungsakt dient

- dem Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen [59];
- der Förderung der Präzision des Vertrages;
- der Herstellung einer sicheren Basis für den grundbuchlichen Vollzug.

Das Ziel wird nur erreicht, wenn es die Urkundsperson bei der Beurkundung des Kaufvertrages mit ihren Mitwirkungs-, Prüfungs-, Aufklärungs- und Rechtsbelehrungspflichten ernst nimmt. In den Zeiten moderner Bürotechnik mit Textbausteinen und bei Arealüberbauungen ist die Gefahr besonders gross, dass dem rechtsunkundigen Käufer Vertragsmustertexte des Notariats oder des Generalunternehmers [60] tel quel oder als sakrosankt geltend vorgelegt werden [61, 62].

4.6 Schematische Übersicht

Das Spektrum der möglichen Gewährleistungsabreden von der Zusicherung

Gebäude-Due-Diligence unternimmt. Besser sich vorher zu informieren als nachher zu streiten!

Anmerkungen

- 1 Vgl. OR 221.
- 2 Vgl. ferner OR 216^{bis}–216 e.
- 3 Vgl. ferner OR 218^{bis}–218 ^{quinquies}.
- 4 Es geht nicht um landwirtschaftliche Grundstücke mit ihren besonderen Mängelhaftungsthemen.
- 5 Eine (geologisch-geotechnische) Bauerkundung sollte jeder Planung und Ausführung vorausgehen. Meistens wird das Bauwerk durch den Baugrund geprägt. Formationen, Bodeneigenschaften und die Lage des Grundwasserspiegels präjudizieren die Gestaltung, das Bauprogramm, die Kosten, die Wahl der Baugeräte und die Sicherheit. Erkundungsmethoden sind die visuelle Beurteilung der Baugrundoberfläche, alle direkten Methoden wie Schürfung, Schlitz, Schächte usw. sowie alle indirekten Methoden wie Rammsondierungen. Je nach Methode und Anzahl der Untersuchungen bleiben grössere oder kleinere Streuungen bzw. Abweichungen möglich. Die Baugrundüberprüfung kann zugleich Basis für die Unternehmerofferten und für die unternehmerseitige Abweichungskontrolle bei der Bauausführung bzw. die ev. notwendige Abmahnung (OR 365 Abs. 3; SIA Norm 118 Art. 25 Abs. 3) bilden. Empfehlenswert ist, den Unternehmer zu einer eigentlichen Prüfung der ihm übergebenen Pläne und des von

- 18 Mustertext für weitere Bestimmung im Grundstückkaufvertrag: «Mit dem gegenwärtigen Stand des Baufortschrittes der Rohbauteile sind folgende Arbeiten
- abschliessend ausgeführt (Tabelle 1/fertiggestellte Arbeiten/Bauprogramm) und folgende Arbeiten
 - nur teilweise ausgeführt (Tabelle 2/Schnittstellen + Erledigungsstand/Bauprogramm).
- Für diese Arbeiten bietet der Verkäufer dem Käufer im Sinne der entsprechenden SIA-Normen Gewähr für richtige Ausführung. Den Parteien sind diese Normen bekannt. Folgende Dokumente bilden einen integrierenden Bestandteil dieses Kaufvertrages:
- SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten);
 - Tabelle 1 fertiggestellte Arbeiten;
 - Tabelle 2 Schnittstellen + Erledigungsstand.»
- 19 Z. B. durch
- Recht auf Plangenehmigung;
 - Recht auf Planänderungen;
 - Recht auf Handwerkerwahl;
 - Recht auf Herstellung nach individuellen Wünschen;
 - Recht auf Änderung der Bauausführung.
- Es muss ein gemischter Vertrag angenommen werden, auch wenn die kaufvertraglichen Elemente überwiegen. Demgegenüber führen geringfügige Wahlmöglichkeiten des Käufers, die nicht von Einfluss auf den Arbeitsprozess sind wie z. B. Farbwahl der Fassade, nicht zur Annahme eines gemischten Vertrages.
- 20 Das Akzessionsprinzip (ZGB 667) lässt alle eingebauten Bauteile automatisch zu Bestandteil des Grundstückes werden. E contrario können Bauarbeiten des Verkäufers nach der grundbuchlichen Eigentumsübertragung nicht Gegenstand eines Kaufvertrages sein.
- 21 Diese Art der Preisgestaltung lässt nur in Verbindung mit den anderen Kriterien Schlüsse auf die Vertragsnatur zu.
- 22 Vgl. Gauch Peter, a. a. O., Nr. 349.
- 23 Eine nach Kaufs- und Werkvertragsrecht differenzierte Mängelhaftung würde eine Schnittstellenaufnahme bedingen und bei Nachbesserung oder Verjährung unpraktikable Ergebnisse zeitigen.
- 24 Z. B. Koppelung eines Grundstückkaufvertrages mit Architekturvertrag oder mit der Verpflichtung (Vorvertrag/Nebenabrede) zum Abschluss eines (Haupt-)Werkvertrages (Unternehmerklausel im Grundstückkaufvertrag).
- 25 Vgl. dazu auch Gauch Peter, a. a. O., Nrn. 416ff.
- 26 OR 192–196 gelten auch für Grundstückskäufe.
- 27 OR 97ff.
- 28 Vgl. BGE 109 II 322.
- 29 Da in den Sondernormen des Grundstückkaufs nicht geregelt; strittig, ob Beginn Fristenlauf ab Vertragsschluss, mit Eigentumsübertragung oder ab Eintritt des Eviktionsfalles.
- 30 OR 219:
 «1 Der Verkäufer eines Grundstückes hat unter Vorbehalt anderweitiger Abrede dem Käufer Ersatz zu leisten, wenn das Grundstück nicht das Mass besitzt, das im Kaufvertrag angegeben ist.
 2 Besitzt ein Grundstück nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass, so hat der Verkäufer dem Käufer nur dann Ersatz zu leisten, wenn er die Gewährleistung hierfür ausdrücklich übernommen hat.
 3 Die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes verjährt mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums an gerechnet.»
- 31 Für Details vgl. Koller Alfred, Grundstückskauf mit falscher Flächenangabe, in ZBGR 78 (1997) 1ff.
- 32 Achtung: Stockwerkeigentums-Aufteilungspläne nehmen nicht am guten Glauben des Grundbuchs teil.

- 33 Vgl. auch OR 210. Das Erfordernis der Prüfungs- und Rügepflicht gilt auch bei Grundstücken!
- 34 Vgl. OR 367 und 370 Abs. 1.
- 35 Vgl. OR 370 Abs. 3.
- 36 Bei Werken, die auf dem Grundstück des Bestellers errichtet worden sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, besteht die Möglichkeit der Wandelung nicht (OR 368 Abs. 3).
- 37 Art. 169 Abs. 1.
- 38 Art. 172.
- 39 Art. 180.
- 40 Art. 180 Abs. 2.
- 41 Z.B. gemeinsame Prüfung; anstatt Verwirkung der Mängelrechte, Ersatz des Schadens, welcher hätte bei rechtzeitiger Mängelrüge vermieden werden können usw.
- 42 Mustertext für weitere Bestimmung im Grundstückkaufvertrag: «Der Verkäufer leistet Gewähr gemäss den SIA-Normen, insbesondere nach der SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten) mit ihren zahlreichen Bestimmungen wie zur Abnahme mit oder ohne Prüfung (Art. 157ff.), über die Haftung für Mängel (Art. 165ff.) und über die Verjährung (Art. 172 und 180) usw.»
- 43 Wandelungs- und Minderungsrechte sind nicht abtretbar, es sei denn, es erfolge eine Vertragsübertragung des Werkvertrages vom Verkäufer als Besteller auf den Käufer, natürlich unter Zustimmung des jeweiligen Unternehmers; vgl. dazu Egli Anton, Kaufvertrag und Garantien nach der SIA-Norm 118 in BR 1983/1, S. 7ff., Abs. IV.
- 44 Siehe FN 10. Für den Käufer ist die Abtretung meistens unbefriedigend. Für den Unternehmer ist der «Parteiwechsel» insofern nachteilig, als er neuen Bauherren und ev. neuen Bauleitungen mit möglicherweise anderen Ansprüchen gegenübersteht.
- 45 Siehe Anm. 8.
- 46 Beim Grundstückkauf öffentlich zu beurkunden.
- 47 BK-Giger, N 84ff. zu OR 221. Ein Teil der Lehre betrachtet Freizeichnungsklauseln als unwirksam. Ein Lösungsansatz von Giger Hans ist die individuelle Geltungs- und Inhaltskontrolle gleich der AGB-Kontrolle (vgl. BK-Giger, N 27f. zu OR 219).
- 48 Und zwar nach dem Grundsatz «in dubio contra stipulatorem», im Sinne der Wirkungsbegrenzung Ausschluss nicht voraussehbarer Mängel.
- 49 Vgl. BK-Giger, N 15 zu OR 219; BGE 60 II 444 (ZBGR 16 S. 148) und BGE 107 II 161 Nr. 21 (ZBGR 65 [1984] 186ff).
- 50 Vgl. BK-Giger, N 234 zu OR 216 und N 55ff. zu OR 221; BGE 63 II 79, BGE 73 II 220.
- 51 OR 197.
- 52 Z.B. Zusage des Bauvolumens, des ordnungsgemässen Zustands des veräusserten Gebäudes («übliche Baugarantie»), des Fehlens übermässiger Grundwasserfeuchtigkeit, der Tragkraft der Decken, des Erschliessungszustands des verkauften Grundstücks bzw. zu dessen Baureife, von Bodenschätzen, der Existenz eines Gleisanschlusses, der Absenz eines anderen Wohnungszugangs auf dem gleichen Stockwerk, einer schönen Aussicht oder von Seeanstoss, vgl. BK-Giger, N 61 zu OR 221.
- 53 Z.B. Zusage des Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung; die Klausel «frei von Pacht» gilt dagegen nicht als Zusage, vgl. dazu BK-Giger, N 62 zu OR 221.
- 54 Z.B. Zusage einer bestimmten Mietzinseinnahme oder Rendite, des Umsatzes einer auf dem Kaufobjekt befindlichen Gastwirtschaft oder der Rentabilität einer Gärtnereiliegenschaft; vgl. BK-Giger, N 63 zu OR 221.
- 55 Die Rügepflicht besteht auch bei arglistiger Verschweigung des Mangels, so für das Werkvertragsrecht: BGE 100 II 33f.
- 56 Für die unter diesem Titel die Gerichte beschäftigenden Mängel vgl. BK-Giger, N 99 zu OR 221. Vgl. auch ZR [1931] Nr. 56 S. 104ff.
- 57 Die Kantone sind zur Führung eines sog. Katasters der belasteten Standorte verpflichtet.
- 58 Abnahme z.B. im Kanton Zürich durch das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL).
- 59 Dazu zählt auch der Schutz vor «Übervorteilung» der anderen nicht geschäftskundigen Partei!
- 60 Manchmal präjudiziert der Generalunternehmer die Wegbedingung der Gewährleistung durch die «Reservationsvereinbarung» mit dem Käufer.
- 61 BK-Giger, N 84 zu OR 221.
- 62 BK-Giger, N 85 zu OR 221.

RESUME

Achat d'immeubles et garantie

La loi (art. 216 à 221 CO) prévoit des normes spéciales pour l'achat d'immeubles, notamment en ce qui concerne la garantie. Indépendamment de la responsabilité du vendeur pour d'éventuels défauts qu'il a intentionnellement cachés à l'acheteur, le droit civil contient la disposition suivante: la forme la plus poussée de la responsabilité pour défauts est la garantie de certaines qualités. L'autre extrême est l'exclusion de la garantie (libération de la responsabilité).

Dans le cas de constructions anciennes, il est d'usage que le vendeur supprime la garantie. Pour les construc-

tions neuves, le vendeur accorde souvent une garantie au sens de la norme SIA 118 ou, ce qui est encore plus fréquent, il cède à l'acheteur les garanties qu'il a obtenues de l'entreprise (ceci est possible seulement avec les actions en réparation, mais pas avec les actions en résiliation de la vente ou en réduction du prix). Dans le cas de contrats mixtes (contrat de vente et contrat d'entreprise), on utilise les normes relatives aux défauts du contrat d'entreprise telle la norme SIA 118. Si le site est contaminé, le vendeur, qui est en même temps responsable de la contamination, court le risque que tous les acheteurs poten-

tiels se retournent contre lui pour un assainissement. Le vendeur ne doit vendre qu'à prix net (après déduction des coûts d'assainissement) ou en garantissant une participation aux coûts (manière d'éviter un double paiement). Les parties et les officiers publics ne devraient pas considérer la responsabilité pour les défauts comme une simple figure de rhétorique. L'acheteur ferait bien de faire procéder à une Due Diligence du sol et des murs avant l'acquisition du bien et son inscription au Registre foncier. Mieux vaut prévenir que guérir!

B/AFB