



Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung

Wie viel Freiheit braucht es?

YEŞİM M. ATAMER*

JAN KÜNG**



1093

Im Entscheid 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 hat sich das Bundesgericht erneut mit der Beziehung von Art. 100 OR und Art. 199 OR auseinandersetzen müssen. Dennoch bringt auch dieser Entscheid keine abschliessende Klarheit über das Zusammenspiel dieser Artikel, womit die Grenzen der Haftungsbeschränkung bzw. des Haftungsausschlusses im Kaufvertrag unbestimmt bleiben. Dieser Beitrag nimmt den aktuellen Bundesgerichtsentscheid zum Anlass, einen Querschnitt durch die Thematik zu machen, um damit den Blick für die Anwendungsbereiche von Art. 100 OR und Art. 199 OR zu schärfen. Ferner werden in diesem Zusammenhang die Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im Rahmen von Verkäufer-AGB aufgezeigt sowie mögliche Lösungsansätze skizziert.

Dans son décision 4A_38/2021 du 3 mai 2021, le Tribunal fédéral s'est à nouveau penché sur la relation entre l'art. 100 CO et l'art. 199 CO. Néanmoins, cette décision n'apporte pas non plus de clarté concluante sur l'interaction de ces articles, ce qui signifie que les limites de l'exclusion de la responsabilité dans le contrat de vente restent indéterminées. Le présent article saisit l'occasion de la décision actuelle du Tribunal fédéral pour faire un tour d'horizon du sujet afin d'affiner la vision des domaines d'application des art. 100 CO et 199 CO. Dans ce contexte, il convient également de souligner les limites de la liberté contractuelle de rédaction dans le cadre des conditions générales de vente du vendeur et d'esquisser des pistes de solutions.

Inhaltsübersicht

- I. Darstellung des Problems und dessen Behandlung
- II. Vorfrage: Rechtsnatur der Sachgewährleistung
 - A. Gewährleistungstheorie vs. Erfüllungstheorie
 - B. Bedeutung des Theorienstreits für den Haftungsausschluss
 - C. Die Besonderheit der kaufvertraglichen Einstandspflicht für Sachmängel und die Rolle des Verschuldens
- III. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 100 OR und Art. 199 OR
 - A. Stückschulden
 1. Grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels
 2. Grobfahrlässige Verursachung des Mangels
 - B. Gattungsschulden
 - C. Beweislast
 - D. Zwischenfazit
- IV. Situationsbedingter Schutz gegen Beschränkungen der Sachgewährleistung
 - A. Schutz vor Haftungsbeschränkungsklauseln durch Auslegung
 - B. Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 1. Die AGB-Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG
 2. Potenziell unzulässige AGB-Klauseln in Konsumentekaufverträgen
 3. Ersatz der AGB-Kontrolle durch zwingendes Recht?
 4. AGB-Kontrolle bei B2B-Kaufverträgen?
- V. Fazit

I. Darstellung des Problems und dessen Behandlung

Die Problematik ist eine altbekannte: Art. 100 Abs. 1 OR bestimmt, dass «(e)ine zum voraus getroffene Vereinbarung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen» wird, nichtig ist. Hingegen legt Art. 199 OR die Grenze für den Haftungsausschluss bzw. die Beschränkung¹ der Mangelgewährleistung beim Kaufvertrag grosszügiger fest.² Nur bei einem arglistigen Verschweigen³ des Mangels ist die Begrenzung ungültig. Die Beziehung zwischen Art. 100 und 199 OR ist äusserst umstritten und das Bundesgericht hat sich bis heute, zuletzt im Mai 2021, in der Sache nicht bindend geäussert.⁴

* YEŞİM M. ATAMER, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., LL.M., Lehrstuhl für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Zürich.

** JAN KÜNG, BLaw, Hilfsassistent, Universität Zürich. Wir danken Florian Willi, MLaw, LL.M., Universität Zürich für seine wertvollen Anregungen und Sabrina Vieli, stud. iur., Hilfsassistentin, Universität Zürich, für die Durchsicht des Fussnotenapparats.

¹ Um eine Wiederholung im Text zu vermeiden, wird teilweise nur von der «Haftungsbeschränkung» bzw. «Haftungsbeschränkung» oder dem «Haftungsausschluss» gesprochen. Diese Ausdrücke sollen aber immer die anderen Varianten umfassen.

² Im Fokus dieses Aufsatzes steht die Begrenzung der Haftung für Sachmängel. Die Diskussion bezüglich der Rechtsgewährleistung kann aus Platzgründen hier nicht weiter ausgeführt werden.

³ Die Begriffe «rechtswidrige Absicht» und «arglistiges Verschweigen» werden in der Lehre als übereinstimmend ausgelegt, sodass es hier keiner weiteren Darstellung braucht. Siehe BSK OR I-HONSELL, Art. 199 N 7, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, Diss., Bern 2007, N 325.

⁴ Vgl. unten III. für eine Übersicht.

In diesem Aufsatz soll erst kurz zur Rechtsnatur der Sachgewährleistung des Verkäufers Stellung genommen und dargelegt werden, dass es sich in diversen Fällen nicht um ein Verursachen, sondern «nur» um ein Wissen um den Mangel handelt. Weiter soll erläutert werden, dass dieser unterschiedliche Grund für ein Vertretenmüssen auch eine unterschiedliche Handhabung der generellen Haftungsbegrenzung rechtfertigt und somit die Anwendungsbereiche von Art. 199 OR und 100 OR abgegrenzt werden können. Im letzten Teil soll dann erörtert werden, in welchen Konstellationen sich eine über diese Normen hinausgehende gerichtliche Intervention rechtfertigt.

II. Vorfrage: Rechtsnatur der Sachgewährleistung

A. Gewährleistungstheorie vs. Erfüllungstheorie⁵

Um die Frage, ob Art. 100 und/oder Art. 199 OR im Kaufrecht Anwendung finden sollte, richtig beantworten zu können, muss in erster Linie festgestellt werden, was überhaupt in das Pflichtenprogramm des Verkäufers gehört. Namentlich, ob der Verkäufer nur die Übergabe der Ware schuldet oder ob auch deren Mängelfreiheit zu seinen Pflichten zählt.

Die Tendenz in den europäischen Rechtsordnungen ist heute, bedingt auch durch das UN-Kaufrecht sowie die EU-Kaufrechtsrichtlinien⁶, die mangelfreie Lieferung als Teil der Leistungspflicht des Verkäufers zu qualifizieren und somit seine Haftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht einzugliedern.⁷ Der Gedanke, dass es

beim Kaufvertrag nur um einen Zuordnungsakt bezüglich des geschuldeten Sachgegenstands (Stückschuld) ohne Leistungsprogramm geht,⁸ wurde aufgegeben und das Gewährleistungsrecht am Beispiel der Gattungsschuld neuformuliert.⁹ Daraus resultierend kam dem Käufer ein Recht auf Nacherfüllung (Reparatur oder Ersatzlieferung) zugute. Da keine Unterscheidung zwischen der Gattungs- und der Stückschuld gemacht wurde, war die Pflicht zur Nacherfüllung nun auch für den Verkäufer einer Stückschuld gegeben, soweit sie mit zumutbarem Aufwand zu gewährleisten war. Die Stückschuld hat sich dadurch weitgehend in eine Sacheigenschaftsschuld umgewandelt.¹⁰ Der Paradigmenwechsel rückte das Kaufrecht näher an das Werkvertragsrecht heran.¹¹

Diese Entwicklungen haben bis heute zu keiner Revision des OR geführt.¹² Für Gattungsschulden steht es aber insoweit ausser Diskussion, als die Erfüllungstheorie zur Geltung kommt, da der Verkäufer verpflichtet ist, die konkret zu liefernden Güter so auszuwählen, dass sie den vertraglichen Bestimmungen entsprechen. Die Sachqualität gehört somit zur Leistungspflicht.¹³ Doch auch für Stückschulden scheint die heute überwiegende Meinung den Grund für die Sachgewährleistung in der Verletzung der kaufvertraglichen Qualitätsvorgaben selbst zu sehen – die Haftung ist somit «*ex empto*».¹⁴

⁵ Vgl. zur historischen Entwicklung dieser Theorien WOLFGANG ERNST, in: Matthias Schmoekel et al. (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, Tübingen 2013 (zit. HKK/Verfasser/in), §§ 434–445 N 14 ff.

⁶ Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-RL) sowie Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (Warenkauf-RL). Vgl. zur Warenkauf-RL YEŞİM M. ATAMER/SEMİR HERMIDAS, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, AJP 2020, 48–67.

⁷ Vgl. zur Entwicklung z.B. EUGEN BUCHER, Ein wenig zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo, in: Constanze Fischer-Czermak et al. (Hrsg.), Festschrift Rudolf Welser, Wien 2004, 93–108, 102 ff.; SEBASTIAN MARTENS, Art. 18:203(1) N 1 ff., in: Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018 (zit. Jansen/Zimmermann-Verfasser/in); zum deutschen Recht HKK/ERNST (FN 5), Vor § 433 N 12 ff.; §§ 434–445 N 22 ff.

⁸ Vgl. WOLFGANG ERNST, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungsschulds, ZEuP 1999, 583–641, 592.

⁹ Vgl. zur Problematik der gesetzlichen Regelung am Beispiel der Stückschuld ERNST (FN 8), 634 f.

¹⁰ Für das deutsche Recht siehe TIM KASPER, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, Zur Risikoverteilung beim Sachkauf bei Lieferung mangelhafter Ware unter besonderer Berücksichtigung der Verteilung der Leistungsgefahr im Rahmen der Nacherfüllung, Diss., Tübingen 2017, 434 ff.

¹¹ Vgl. BUCHER (FN 7), 104. Es ist es auch kein Zufall, dass Art. 3(1) CISG Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware prinzipiell dem Kaufvertrag gleichstellt.

¹² Vgl. aber die am 29. Januar 2021 vom BJ, BAFU und SECO ausgearbeitete Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) «Modernisierung des Gewährleistungsrechts». Siehe auch YEŞİM M. ATAMER/MIRJAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731 ff.

¹³ EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 60; MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 71; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, § 4 N 121.

¹⁴ HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. A., Bern 1980 (zit. BK-GIGER), Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR N 18 und 16 ff. So auch z.B. DIANA AKIKOL, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Diss., Zürich/Basel/Genf 2008, N 91; PETRA GINTER, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Zürich/Basel/Genf 2005, 75;

Dieser Theorienstreit ist in mancher Hinsicht von Bedeutung. Das Recht des Käufers auf Ersatzlieferung bei einer Stückschuld¹⁵ und – sollte man ein Recht auf Reparatur im Kaufrecht allgemein anerkennen¹⁶ – das Recht auf Reparatur für eine Stückschuld können nur dann gewährt werden, wenn man die Lieferung einer mangelhaften Sache als eine Pflichtverletzung qualifiziert. Der Verkäufer muss der Soll-Beschaffenheit entsprechend nacherfüllen. Auch bezüglich des Übergangs der Leistungsfahr hat die Erfüllungstheorie eine wichtige Wirkung, da man nun bei einer Stückschuld annehmen müsste, dass die Gefahr nicht schon mit Vertragsschluss übergeht. Denn wenn der Verkäufer verpflichtet ist, nachzuerfüllen, so muss er für eine zufällige Verschlechterung der Sache auch nach Vertragsschluss bis zur Lieferung bzw. bis zum Annahmeverzug haften – genau wie bei einer Gattungsschuld.¹⁷ Eine solche weite Auslegung der «besonderen Verhältnisse»

im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR wird in der Lehre auch vertreten.¹⁸

Dem Umschwung von der Gewährleistungstheorie hin zur Erfüllungstheorie ist ohne Bedenken beizupflichten. Stück- und Gattungsschulden sind schon lange nicht mehr vorbestimmte Kategorien, sondern müssen nach dem Parteiwillen in jedem Kaufvertrag neu definiert werden.¹⁹ Wollen die Parteien die Leistungspflicht des Verkäufers durch Identitätsvereinbarungen begrenzen, dann muss dies aus dem Vertrag klar hervorgehen.²⁰ Falls ein Händler von Oldtimern einen mangelhaften Wagen liefert und nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien eine Nacherfüllung mit einem äquivalenten anderen Modell ausgeschlossen haben, dann sollte der Anspruch auf diese Alternative auch möglich sein.²¹ Ob man nun diese Fälle als begrenzte Gattungsschuld oder als Stückschuld qualifiziert, sollte diesbezüglich keinen Unterschied machen. Es kann sehr wohl auch bei «reinen» Stückkäufen – wie z.B. einem M&A-Vertrag – Konstellationen geben, in denen ein Recht auf Nacherfüllung Sinn ergibt.²²

KELLER/SIEHR (FN 13), 72 f.; WILLI FISCHER, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Diss., Zürich 1985, 221; MARKUS NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss., Bern 1971, 25; ROBERT SIMMEN, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82), Unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Diss., Bern 1981, 80 ff.; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. A., Zürich 2016, N 631 f.; MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1168 ff., 1170; WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH BRUNNER, Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, 1 ff., 8, 11. Für die Gewährleistungstheorie und somit für eine gesetzliche Erfolgshaftung: ROLF FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973, 34; BUCHER, der für Stückschulden im Prinzip die Geltung der Gewährleistungstheorie vertritt (68–69), relativiert dies jedoch erheblich dadurch, dass er für technisch beeinflussbare Stückschulden nicht ausschliesst, dass die Parteien mit einer stillschweigenden Zusatzvereinbarung die Qualität zur Vertragspflicht erhoben haben, vgl. BUCHER (FN 13), 60. Siehe auch BUCHER (FN 7), 99 f. ZELLWEGE-GUTKNECHT vertritt hingegen, dass die Gewährsnormen nie eine Grundlage für Ansprüche aus Verschuldenshaftung sein können. Falls ein Mangel einem Verkäufer subjektiv vorwerfbar ist, soll die Sanktionierung auf die Vertragsverletzungsklagen des OR AT gestützt werden, ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 3), N 344, 421.

¹⁵ Vgl. CHRISTOPH BAUER/ARNOLD F. RUSCH, Abgekürzte Gattungsvereinbarungen, recht 2013, 209 ff., 214 ff.; BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 206 N 1.

¹⁶ So z.B. MARKUS MÜLLER-CHEN, Folgen der Vertragsverletzung, Habil., Zürich 1999, 151 ff.; GINTER (FN 14), 80 (gemäss Art. 97 ff. OR); VISCHER (FN 14), AJP 2011, 1172 (gemäss Art. 97 ff. OR); BUCHER (FN 13), 97 (gemäss Art. 2 ZGB). Dagegen: BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 205 N 5.

¹⁷ Vgl. im Detail zur Beziehung der Nacherfüllungspflicht zur Leistungsfahr im revidierten deutschen Kaufrecht KASPER (FN 10), 444 ff.

B. Bedeutung des Theorienstreits für den Haftungsausschluss

Wenn die mangelfreie Leistung der Sache als eine vertragliche Leistungspflicht qualifiziert wird, d.h. von einer Sacheigentumschuld ausgegangen wird, so könnte vertreten werden, dass die konsequente Folge davon auch die Anwendung von Art. 100 OR sei. BUCHERS Einwand, dass Art. 199 OR exklusiv Anwendung findet und keinen Raum für Art. 100 OR lässt, gründet bspw. genau auf dieser Unterscheidung.²³ Ebenfalls kann das Argument vorgebracht werden, dass, wenn jeder andere Schuldner die Haftung nur für leicht fahrlässige Nichterfüllung bzw. Schlechterfüllung ausschliessen kann, dies auch für den

¹⁸ Z.B. BAUER/RUSCH (FN 15), 220 f., argumentieren mit einer engen Auslegung der Stückschuld («Abgekürzte Gattungsvereinbarung»).

¹⁹ Vgl. dazu im Detail BAUER/RUSCH (FN 15), 209 ff.

²⁰ LARS FERENC FREYTAG, Grundstrukturen des Kaufvertrages, Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf die Pflichtenstellung des Verkäufers, Diss., Tübingen 2007, 213.

²¹ Vgl. zum Stand der Diskussion im deutschen Recht FLORIAN FAUST, § 439 N 47 f., in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. A., München (Stand 1.5.2021) (zit. BeckOK BGB-Verfasser/in).

²² Vgl. VISCHER (FN 14), AJP 2011, 1175.

²³ BUCHER (FN 13), 84: «Die [...] Meinung, OR 100/I [...] gelte auch für die kaufrechtliche Gewährleistung, ist abzulehnen; sie verkennt, dass OR 100 die Haftung für Nichterfüllung vertraglicher Pflichten betrifft, das Vorhandensein bestimmter Sacheigentumschulden aber gerade nicht zu den Verkäuferpflichten gehört.»

Verkäufer gelten müsste.²⁴ Diese Schlussfolgerung ist u.E. indessen aus den unten noch darzulegenden Gründen nicht in allen Fällen angebracht.

C. Die Besonderheit der kaufvertraglichen Einstandspflicht für Sachmängel und die Rolle des Verschuldens

Obwohl die Erfüllungstheorie für das geltende schweizerische Recht anerkannt werden muss, sollte das Spezifische am Kaufvertrag im Vergleich zu anderen Verträgen nicht ausser Acht gelassen werden. Im Kaufrecht geht es, insbesondere bei einem Stückkauf, oft um ein Wissen bzw. Nichtwissen um die Mangelhaftigkeit der Sache, nicht aber um die Verursachung dieser.

Es war sicherlich eines der grössten Verdienste des römischen Rechts der Klassik, von der Tradition des *caveat emptor*²⁵ teilweise Abstand zu nehmen und auf eine begrenzte Risikohaftung des Verkäufers für Mängel zu wechseln.²⁶ Die am Anfang nur beim Kauf von Sklaven oder Zugtieren gegebenen Rechtsbehelfe der *actio redhibitoria* und *quanti minoris* wurden zu jener Zeit von Justinian verallgemeinert und für alle Kaufgegenstände zugänglich gemacht – unabhängig davon, ob der Verkäufer von den Mängeln Bescheid wusste.²⁷ Hinzu kam bei jedem Kaufvertrag unabhängig vom Kaufgegenstand das Recht, für ein arglistiges Verhalten des Verkäufers einen begrenzten Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Hier handelte es sich aber nicht um eine Einstandspflicht für die Verursachung eines Mangels, sondern für ein arglistiges Verhalten wider besseres Wissen bezüglich des Mangels.

Die damals entstandene Risikoverteilung blieb eigentlich bis heute erhalten. Der Verkäufer trägt bis zum Gefahrenübergang das Risiko eines Mangels, der das vertragliche Synallagma stört. Mit der Annahme der Erfüllungstheorie begründet nun jeder Mangel prinzipiell eine

Pflichtverletzung.²⁸ Dem Käufer entstehen daraus Wahlrechte: Er kann sich vom Vertrag lösen, den Kaufpreis herabsetzen oder Nacherfüllung verlangen. In all diesen Fällen muss der Verkäufer eintreten, ohne dass er den Mangel verursacht hat oder überhaupt um diesen zu wissen braucht – also verschuldensunabhängig.

Die Frage des Verschuldens bezüglich der mangelhaften Lieferung ist im Kaufrecht nur in zwei Konstellationen von Bedeutung. Die erste betrifft den Schadenersatzanspruch des Käufers. Der Verkäufer kann einem solchen Anspruch – ausser in den Anwendungsfällen von Art. 208 Abs. 2 OR – entgehen, wenn er beweist, dass er die mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten hat.²⁹ Ob dem Verkäufer ein Verschulden angelastet werden kann, ist zweitens für die hier untersuchte Frage der Gültigkeit eines Haftungsausschlusses von Bedeutung. Je nach anwendbarer Norm wird die Ausschlussklausel bei Arglist oder schon grober Fahrlässigkeit des Verkäufers als nichtig qualifiziert.

Wenn nun von der Erfüllungstheorie ausgegangen wird, bezieht sich das Verschulden des Verkäufers entweder auf eine schuldhafte Verursachung des Mangels oder aber auf ein schuldhaftes Nichterkennen und somit Nichtbeheben des Mangels vor Gefahrübergang.³⁰ Bei nicht behebbaren Mängeln würde er haften, weil er bei Vertragsschluss die nötige Vorsicht nicht walten liess und somit die anfängliche Unmöglichkeit der mangelfreien Lieferung nicht erkannte und eine Verpflichtung einging, die er nicht erfüllen kann.³¹

²⁴ So z.B. MICHAEL KAMM, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht – ein Vergleich, Bergisch Gladbach 1985, 159 f.; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss., Zürich 1977, 146; NEUENSCHWANDER (FN 14), 100 f.

²⁵ So in den XII-Tafel-Gesetzen, vgl. PASCAL PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2020, N 2331 f. Vgl. zur parallelen Entwicklung im anglo-amerikanischen Recht INGEBORG SCHWENZER, Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt 1979, 24 ff.

²⁶ Siehe detailliert: HKK/ERNST (FN 5), §§ 434–445 N 4 ff.; PICHONNAZ (FN 25), N 2353.

²⁷ HKK/ERNST (FN 5), §§ 434–445 N 4–5.

²⁸ Vgl. HARM PETER WESTERMANN, § 437 N 23, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. A., München 2019 (zit. MüKo BGB-Verfasser/in). Alternativ kann auch die Pflicht auf Nacherfüllung verletzt werden, vgl. DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Besonderer Teil, 15. A., München 2020, § 4 N 52.

²⁹ Vgl. auch YEŞİM M. ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldensfordernis sachgerecht?, ZSR 2011, 449 ff.

³⁰ Vgl. im Detail MüKo BGB-ERNST (FN 28), § 280 N 63; BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 97 ff.

³¹ Vgl. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Gewährleistung, Mangel- folgeschaden und Verjährung – Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungsrecht, ZBJV 2007, 763 ff., 771, 773; MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129 ff., 132 f.; MüKo BGB-ERNST (FN 28), § 311a N 76, 78; BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 122; LOOSCHELDERS (FN 28), § 4 N 62.

III. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 100 OR und Art. 199 OR

In der nachfolgenden Analyse zur Bestimmung der Grenzen der beiden Artikel sollten zuerst all jene Haftungsbeschränkungen ausgeklammert werden, die ohnehin unter Art. 100 OR sowie Art. 199 OR zulässig bzw. ungültig wären. Dies betrifft erstens die Konstellation, in welcher der Verkäufer den Mangel entweder unverschuldet oder leichtfahrlässig nicht erkennt. Weiter geht es um Fälle, in welchen der Verkäufer den Mangel selbst verursacht, er aber unverschuldet oder leicht fahrlässig handelt. In beiden Konstellationen sprechen weder Art. 100 OR noch Art. 199 OR dagegen, die Gewährleistung zu beschränken. Das Risiko eines solchen Mangels wird dann prinzipiell vom Käufer getragen werden müssen.³²

Auf der entgegengesetzten Seite ist eine Haftungsbeschränkung ohne weitere Diskussion ungültig, wenn der Verkäufer den Mangel kennt und ihn arglistig verschweigt (Art. 199 OR)³³ oder wenn er den Mangel absichtlich verursacht (Art. 100 OR).

Es bleiben somit zwei Konstellationen und folglich zwei Fragen offen:

- Ist eine Gewährleistungsbeschränkung gültig, obwohl der Verkäufer den Mangel grobfahrlässig *nicht erkannt hat*?
- Ist eine Gewährleistungsbeschränkung gültig, obwohl der Verkäufer den Mangel grobfahrlässig *verursacht hat*?

Beide Fragen müssen bezüglich Stückschulden und Gattungsschulden getrennt untersucht werden, da sich der Bezugspunkt des Verschuldens unterscheidet. Eine Zuordnung der Lehre gestaltet sich jedoch nicht leicht, da die Unterteilung bezüglich Stück- bzw. Gattungsschuld und bezüglich des Bezugspunktes des Verschuldens (verursachen/nicht erkennen) nicht immer klar ausgedrückt wird. Die Entscheidungen des Bundesgerichts beziehen sich, soweit ersichtlich, nur auf Haftungsausschlüsse bei Stückschulden und das Gericht untersucht regelmässig auch, ob der Mangel vom Verkäufer verursacht worden ist oder nur nicht erkannt wurde.

³² Doch auch in diesen Fällen wird die Auslegung der Haftungsbeschränkungsklausel sowie deren Nutzung in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Bedeutung sein. Siehe hierzu unten IV.

³³ Die Zusicherung von Eigenschaften, welche die Kaufsache nicht aufweist, ist der Täuschung durch arglistiges Verschweigen von Mängeln gleichzustellen, vgl. BGer, 4C.16/2005, 13.7.2005, E. 1.5.

A. Stückschulden

1. Grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels

Eine grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels ist vorhanden, wenn der Verkäufer den Mangel zwar nicht kennt, ihn aber bei gebotener Sorgfalt hätte kennen müssen. Im Falle eines nichtkommerziellen Stückschuld-Verkäufers – wie der Eigentümer eines Grundstücks oder eines Autos – bedeutet dies nicht, dass eine Pflicht zur Untersuchung der Sache vor dem Verkauf gegeben ist.³⁴ Ein Wissen bzw. Wissenmüssen könnte jedoch auf Kenntnis durch Nutzung begründet werden. Falls ein relativ leicht erkennbares Problem gegeben ist, aber der Verkäufer dies nicht weiterverfolgt hat, wäre ein grobfahrlässiges Nichtwissen gegeben. Von einem Verursachen des Mangels kann u.E. nicht gesprochen werden – auch dann nicht, wenn der Mangel auf die Nutzung des Verkäufers vor Vertragschluss zurückgeführt werden kann. Der Verkäufer hat seine Sache so benutzt, wie man es sich als Eigentümer vorstellt.³⁵ Dieses Verhalten kann der Person – sofern sie den Mangel nicht kennt – nicht zur Last gelegt werden.

Falls eine Stückschuld kommerziell weiterverkauft wird, wie z.B. vom Gebrauchtgüterhändler, liegt die Schwelle bezüglich grober Fahrlässigkeit sicherlich etwas niedriger als bei einem nichtkommerziellen Verkäufer.³⁶ Doch auch hier geht z.B. der deutsche Bundesgerichtshof davon aus, dass abgesehen von konkreten Verdachtsmomenten keine ausführliche Untersuchungspflicht vor dem Verkauf gegeben ist und im Normalfall eine allgemeine Sichtkontrolle ausreicht.³⁷ Auch im schweizerischen

³⁴ SCHWENZER (FN 25), 106.

³⁵ Vgl. BUCHER (FN 13), 84. So auch das BGer im ersten Ansatz, BGE 107 II 161 E. 7b: «Es handelt sich hier nicht darum, dass der Verkäufer nach Wegbedingung der Gewährleistung absichtlich oder grobfahrlässig den Mangel herbeiführt und dadurch den Kaufvertrag verletzt. Vielmehr geht es um einen Mangel, den die Beklagten lange vor dem Vertragsschluss durch ungenügenden Unterhalt der Liegenschaft verschuldet haben sollen. Eine Verletzung des Kaufvertrages mit der Klägerin lag darin noch nicht. Kaufrechtlich von Belang war nur, ob die Beklagten der Klägerin diesen Mangel arglistig verschwiegen hatten, was nicht zutrifft. Selbst wenn sie, wie die Vorinstanz andeutet, bei gebotener Aufmerksamkeit hätten Verdacht schöpfen und diesen dann bei den Vertragsverhandlungen hätten offenbaren müssen, ist das nach Art. 199 OR unerheblich.» Parallel BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 98 («Verkäufe aus dem allgemeinen Vermögen»).

³⁶ SCHWENZER (FN 25), 106.

³⁷ BGH, VIII ZR 80/14, 15.4.2015, E. II 1a (N 14). Neben der Fehleranfälligkeit der Kaufsache sind auch die Untersuchungsmöglichkeiten sowie höheren Erwartungen des Käufers (bspw. bei hochwertigen Sachen oder besonderer Sachkunde) entscheidend für eine eventuelle Untersuchungspflicht im Einzelfall, siehe BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 103.

Recht wird eine solche vorvertragliche Pflicht des Verkäufers zur Untersuchung des Kaufobjekts abgelehnt.³⁸

In der Lehre sind die Meinungen zur Frage des Haftungsausschlusses bei grobfahrlässiger Mängelkenntnis geteilt, wobei die meisten Autorinnen und Autoren die Problematik, ob Art. 100 OR neben Art. 199 OR angewendet werden soll, eher allgemein angehen.³⁹ Es ist

deshalb nicht immer klar, ob Art. 100 OR nach diesen Meinungen nur für die grobfahrlässige Verursachung des Mangels gelten soll oder auch in Bezug auf die grobfahrlässige Mängelkenntnis. Es gibt aber einige Stimmen aus der Literatur, welche sich explizit dafür aussprechen, dass die grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels nicht unter Art. 100 OR fällt;⁴⁰ explizite Gegenstimmen gibt es ebenso.⁴¹

Das Bundesgericht liess zuletzt in seinem Entscheid vom 3. Mai 2021 wieder offen, ob und, falls ja, in welchen Fällen Art. 100 OR neben Art. 199 OR angewendet werden sollte.⁴² Es hat aber in mehreren Gelegenheiten klargestellt, dass Art. 100 OR nur dann überhaupt Anwendung finden kann, wenn es um die Verursachung des Mangels geht.⁴³ Geht es allein um die Mängelkenntnis,

³⁸ BGer, 4A_472/2010, 26.11.2010, E. 3.2; BGE 82 II 136 E. 3c; ATAMER (FN 29), 472 f.; BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 208 N 9. MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 208 OR N 14, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184–318 OR, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-Verfasser/in); VISCHER (FN 31), 133, 135; MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177 ff., 183. Vgl. zum deutschen Recht BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 103; SCHWENZER (FN 25), 106 f.; MüKo BGB-WESTERMANN (FN 28), § 437 N 30.

³⁹ So bspw. für eine *ausschliessliche Anwendung von Art. 199 OR*: PETER BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien im Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 59 ff., 99 f.; BUCHER (FN 13), 84; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Art. 199 N 6, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK OR-Verfasser); MORITZ W. KUHN, Wegbedingung der Haftung für Lieferverzögerung, Gewährleistung sowie Mangelfolgeschäden in Kaufverträgen, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 441 ff., 445; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 3), Art. 100 N 3. *Für eine parallele Anwendung von Art. 100 OR* bspw.: MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss., Zürich 1996, N 282; FURRER (FN 14), 85; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 3086; HANS GRIGER, Art. 100 N 12, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HPK-Verfasser/in); RAPHAËL HAAS, Grenzen der Haftungsbeschränkung bei Vertragsgestaltung, in: Bettina Hürlimann-Kaup et al. (Hrsg.), Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr – Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag, Zürich 2019, 133 ff., 140; CHRISTOPH HEHLI, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus culpa in contrahendo, Diss., Zürich/Basel/Genf 2008, N 83; MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss., Zürich 2006, N 94; KAMM (FN 24), 159 f.; KELLER/STIEHR (FN 13), 114 f.; ANINA KUONI, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss., Zürich/St. Gallen 2015, N 457; LÖRTSCHER (FN 24), 146; ANDREAS SCHIRRMACHER, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss., Zürich 2018, 154; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 376; INGBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, N 24.11; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZENRUFFINEN, Art. 199 N 2, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations I (Art. 1–529 CO), 2.

A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser/in); ANDRÉ WAHRENBERGER, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Diss., Zürich 1992, 129; ROLF H. WEBER/SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020, Art. 100 OR N 39; WIEGAND/BRUNNER (FN 14), 11; ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 3), N 371 (die aber Art. 199 OR nur bei verschuldensunabhängigen Tatbeständen anwenden will).

⁴⁰ ANNA BÖHME/FABIAN GÄHWILER, «Tutto nero» – Zur Frage der Abgrenzung zwischen Art. 97 Abs. 1 und Art. 197 Abs. 1 OR anhand ausgewählter Beispiele von Willi Fischer, in: Anna Böhme et al. (Hrsg.), Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 11 ff., 38 sowie Fn 169; BK-GIGER (FN 14), Art. 199 OR N 46; BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 199 N 1; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 2644 (explizit nur für Stückschulden); ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1995, N 214; FRANCO PEDRAZZINI, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Diss., Freiburg 1992, N 528; CHK OR-CHEN (FN 38), Art. 199 N 5; ERICH RÜEGG, Zusicherung und Freizeichnung, Unter besonderer Berücksichtigung von kontaminierten Grundstücken, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, 175 ff., 192 f.; HERIBERT TRACHSEL, Zum absichtlichen (arglistigen) Verschweigen von Mängeln, BR 2015, 135 ff., 135.

⁴¹ RUTH ARNET, Bemerkungen zu BGE 126 III 59, AJP 2000, 1162 ff., 1166 f.; JÖRG SCHMID, Gewährleistung, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, 63 ff., 92; so auch DERS., Die Gewährleistung beim Grundstückskauf, Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, ZBGR 2000, 353 ff., 380.

⁴² BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.3.4. So auch z.B. BGer, 4C.295/2004, 12.11.2004, E. 5.2; BGer, 4C.456/1999, 16.3.2000, E. 5b; BGE 107 II 161 E. 7b.

⁴³ BGE 107 II 161 E. 7b (bezüglich des Kaufs von verunreinigtem Bauland [c2b]): «Es handelt sich hier nicht darum, dass der Verkäufer nach Wegbedingung der Gewährleistung absichtlich oder grobfahrlässig den Mangel herbeiführt und dadurch den Kaufvertrag verletzt. Vielmehr geht es um einen Mangel, den die Beklagten lange vor dem Vertragsschluss durch ungenügenden Unterhalt der Liegenschaft verschuldet haben sollen. Eine Verletzung des Kaufver-

erwähnt es jeweils ausschliesslich Art. 199 OR.⁴⁴ Zudem hat das Bundesgericht in den letzten Jahren und nun auch sehr kürzlich explizit festgehalten, dass die grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels eine Gewährleistungsbeschränkung nicht ungültig machen würde.⁴⁵ Nicht als Grobfahrlässigkeit, sondern als positive Kenntnis des Mangels wird es aber angesehen, wenn der Verkäufer ernsthaft mit Mängeln an der Kaufsache rechnete und sich damit bewusst der besseren Kenntnis verschloss.⁴⁶

Es ergibt u.E. Sinn, den Parteien eines ausgehandelten Kaufvertrages die Freiheit zu lassen, auch für ein grobfahrlässiges Nichtwissen des Verkäufers das Risiko dem Käufer aufzubürden. Fälle, in denen die Haftung für fahrlässiges Unwissen um einen nicht verursachten Mangel ausgeschlossen worden sind, müssen deshalb ausschliesslich unter Art. 199 OR beurteilt werden.

Der Grund für die Andersbehandlung des Haftungsausschlusses für Sachmängel und damit der ausschliesslichen Anwendbarkeit von Art. 199 OR für diese Fälle liegt in der Tatsache, dass es sich nicht um ein verschuldetes Verursachen eines Mangels, sondern um ein ver-

schuldetes Nichtwissen um einen Mangel handelt.⁴⁷ Es geht um die Risikoverteilung für das Nichterkennen von Mängeln:⁴⁸ Während durchaus vertreten werden kann, dass ein Schuldner für selbst verursachte Vertragswidrigkeiten unter einem strengeren Regime eintreten muss, ist es nicht selbstverständlich, dass das Risiko eines fahrlässigen Nichterkennens von Vertragswidrigkeiten zwingend dem Verkäufer zugeordnet werden muss.

Das kaufrechtliche Gewährleistungssystem geht denn auch an mehreren Stellen auf diesen Risikoverteilungsgedanken ein. Die Erkennbarkeit des Mangels ist nicht nur für den Verkäufer, sondern auch für den Käufer von Bedeutung. Art. 200 Abs. 2 OR schliesst z.B. die Haftung des Verkäufers ganz aus, falls der Käufer den Mangel grobfahrlässig nicht erkannt hat. Der Käufer wird seine Rechte im Prinzip verlieren, auch wenn der Verkäufer gleichzeitig grobfahrlässig den Mangel nicht erkannt hatte.⁴⁹ Das heisst, dass auch vom Käufer die Anwendung einer gewöhnlichen Sorgfalt bei der Wahl der Kaufsache erwartet wird.⁵⁰

Eine gewisse Flexibilität bei der Risikoordnung erscheint überdies besonders wichtig, da die Grenze zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit in der Praxis sehr verschwommen sein kann. Wenn man bedenkt, dass diese Qualifikationen *ex post* gemacht werden und man im Nachhinein – wie bekannt – immer viel vernünftiger ist, als es *ex ante* der Fall war, besteht die Gefahr, dass ein Nichterkennen sehr oft als grobfahrlässig qualifiziert wird. Der Verkäufer einer Stückschuld hat – in einem ausgehandelten Vertrag – aber ein berechtigtes Interesse daran, gerade diese Ungewissheit durch einen Haftungsausschluss zu eliminieren. Da die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass in der Zukunft wegen zunehmender Nachhaltigkeitsbedenken das Volumen der C2C-Verträge bezüglich Secondhandgüter stark zunehmen wird, erscheint es uns umso wichtiger, gerade hier einer flexibleren Vertragsgestaltung die Tür zu öffnen.

Hinzu kommen auch allgemeine – nicht kaufspezifische – Argumente, die für eine grössere Freiheit bei der

trages mit der Klägerin lag darin noch nicht»; BGer, 4C_456/1999, 16.3.2000, E. 5b (bezüglich des Kaufs eines Occasionsautos von einer Garage [b2c]): «Der in Frage stehende Mangel ist unbestrittenmassen weder von der Beklagten selbst, noch von deren Hilfspersonen herbeigeführt worden. Somit entfällt die Anwendbarkeit von Art. 100 Abs. 1 OR zum vornherein [...]»; implizit auch: BGE 126 III 59 E. 4a (bezüglich des Kaufs einer Vase [c2b]). Anders anscheinend BGer, 4C.242/2004, 6.10.2004, E. 2 und 3 (bezüglich des Kaufs einer Liegenschaft [c2c]), wobei diese Erwägungen nicht in BGE 130 III 686 abgedruckt wurden.

⁴⁴ BGE 66 II 132 E. 6 (Verkauf eines Einfamilienhauses [c2c]); BGE 73 II 218 E. 3 (Verkauf einer Liegenschaft [c2c]); BGE 91 II 344 E. 2a (Verkauf eines Neuwagens von einem Autohändler [b2c]); BGer, 4A_226/2009, 20.8.2009, E. 3.2.3 (Verkauf einer Industriehalle [c2b]); BGer, 4A_70/2011, 12.4.2011, E. 4.1 (Verkauf einer Liegenschaft [c2c]); BGer, 4A_196/2011, 4.7.2011, E. 3 (Verkauf einer Liegenschaft [c2c]); BGer, 4A_514/2020, 2.11.2020, E. 6 (Verkauf eines Occasionautos [c2c]); BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.1 ff. (Verkauf eines Occasionautos [c2c]).

⁴⁵ BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.1: «Weiss der Verkäufer nicht um den Mangel, scheidet Arglist dagegen aus, selbst wenn die Unkenntnis aus der eigenen (selbst groben) Nachlässigkeit folgt. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis eines Mangels führt mithin nicht zur Ungültigkeit einer Freizeichnungsklausel», und E. 7.3.3: «Nach Art. 199 OR ist eine Freizeichnungsklausel nur dann ungültig, wenn der Verkäufer einen Mangel (arglistig) verschwiegen hat [...]. Dies setzt nach dem Gesagten effektive Kenntnis des Mangels voraus. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis genügt damit – und im Unterschied zu Art. 100 Abs. 1 OR – gerade nicht.» Ebenso bereits BGer, 4A_226/2009, 20.8.2009, E. 3.2.3; BGer, 4A_70/2011, 12.4.2011, E. 4.1; BGer, 4A_261/2020, 10.12.2020, E. 7.2.2 ff. Anders OGer TG, RBOG 2016, 182, E. 2a/cc sowie a/dd; kommentiert von HUBERT STÖCKLI, BR 2017, 352 ff.

⁴⁶ BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.1; RÜEGG (FN 40), 192; vgl. PEDRAZZINI (FN 40), N 526.

⁴⁷ Vgl. auch HUGUENIN (FN 40), N 2644; KOLLER (FN 40), N 214.

⁴⁸ Vgl. auch BÖCKLI (FN 39), 99 f., und BGer, 4C.456/1999, 16.3.2000, E. 3c: «Wird die Gewährleistung nicht nur für bestimmte Eigenschaften, sondern vollständig ausgeschlossen, erweitert sich die Risikosphäre des Käufers entsprechend. Er nimmt diesfalls grundsätzlich das Risiko jeglicher Abweichung des Kaufgegenstandes von der vorausgesetzten Beschaffenheit in Kauf [...]. Deshalb darf er das Fehlen von Mängeln, für welche die Gewährleistung ausgeschlossen wurde, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht als notwendige Grundlage des Kaufvertrages betrachten.»

⁴⁹ Vgl. WAHRENBERGER (FN 39), 103 f.

⁵⁰ CHK OR-MÜLLER-CHEN (FN 38), Art. 200 N 10.

Vertragsgestaltung sprechen: Die Parteien können in ihrem Vertrag den Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch alternative Ansprüche, wie z.B. eine Versicherung, kompensieren.⁵¹ Denkbar wäre auch ein extragünstiger Preis, der gerade auf diesen Haftungsausschluss gründet. Sie können bspw. auch nur bestimmte Rechtsbehelfe wie die Preisminderung vereinbart haben. Falls sich nun aber herausstellt, dass der Mangel vom Verkäufer grobfahrlässig nicht erkannt wurde, dann würden auch diese Begrenzungen alle hinfällig werden.⁵² Das vorsichtig auskalkulierte Gleichgewicht zwischen Preis und Rechte des Käufers würde somit durch einen Eingriff des Gesetzgebers aus den Angeln gehoben. Der günstige Preis bliebe dem Käufer erhalten – zusätzlich bekäme er auch alle Rechte in Bezug auf diejenigen Mängel, deren Risiko er eigentlich übernommen hatte.

Schliesslich darf u.E. das Interesse an einer von aussen an den Vertrag herangetragenen «gerechten Risikoverteilung» deshalb nicht im Vordergrund stehen;⁵³ vielmehr geht es darum, den Parteien im Kaufvertrag eine grösstmögliche Freiheit zu gewähren, damit sie eine für ihre Bedürfnisse angemessene Risikoverteilung wählen können.

2. Grobfahrlässige Verursachung des Mangels

Der Mangel an einer Stückschuld kann aber auch tatsächlich auf das fahrlässige Verhalten des Verkäufers zurückzuführen sein. Verursacht der Verkäufer einer Stückschuld den Mangel nach Vertragsschluss bis zum Gefahrübergang selbst⁵⁴ – z.B., indem er durch ein fahrlässiges Verhalten den Auspuff des schon verkauften Autos beschä-

digt –, ist dies ein klassischer Fall der Vertragswidrigkeit. Es liegt auf der Hand, dass wegen der noch ausstehenden Eigentumsübertragung die Sache mit grösserer Vorsicht genutzt werden muss.⁵⁵ Wenn dies nicht der Fall ist, dann hat der Verkäufer den Mangel bzw. die Vertragsverletzung selbst verursacht/verschuldet, so dass es keine Frage des Wissens um den Mangel mehr ist.⁵⁶ Von den oben erwähnten Autorinnen und Autoren spricht sich nun auch eine gewisse Zahl explizit dafür aus, dass die Haftung für durch den Verkäufer grobfahrlässig verursachte Mängel gemäss Art. 100 OR nicht wegbedungen werden kann.⁵⁷ Das Bundesgericht unterscheidet auch – wie oben ausgeführt – wiederholt zwischen der Herbeiführung eines Mangels und dem Nichtwissen um den Mangel.⁵⁸ Der Kaufvertrag ist in diesem Aspekt gleich wie die anderen Verträge zu behandeln. Deshalb kann für solche Schäden nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen werden.

Mit der Akzeptanz der Erfüllungstheorie und der Pflicht des Verkäufers – soweit zumutbar –, auch bei Stückschulden nachzuerfüllen, wird zudem in der mangelhaften Nacherfüllung eine Pflichtverletzung liegen.⁵⁹ Verweigert der Verkäufer den berechtigten Anspruch auf Nacherfüllung oder führt er die Reparatur grobfahrlässig mangelhaft durch (falls ein Recht auf Reparatur per Analogie anerkannt bzw. vertraglich vereinbart wird⁶⁰), dann würde es sich um eine verschuldete Pflichtverletzung handeln, bei der ein Wissen der Mangelhaftigkeit der Ware keine Rolle spielt. Es geht um die Verursachung. Auch hier sollte deshalb Art. 100 OR zur Anwendung kommen und ein Ausschluss für grobfahrlässiges Verhalten nichtig sein.

Folglich wäre bezüglich Stückschulden eine zeitliche Begrenzung der Anwendungsbereiche gegeben: Bis zum Moment des Vertragsschlusses ginge es um Wissen und somit um die Anwendung von Art. 199 OR und ab Vertragsschluss wäre es ein Verursachen und fielen in den Anwendungsbereich von Art. 100 OR. Nicht leicht zu beantworten ist die Frage, wie die Lage bei einem

⁵¹ Vgl. z.B. BGHZ 103, 316, 3.3.1988; MATTHIAS WENDLAND, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Habil., Tübingen 2019, 955. Siehe auch ALEXANDER BRUNS, Haftungsbegrenzung und Mindesthaftung, Tübingen 2003, 257 ff.

⁵² Vgl. zu den unterschiedlichen Arten von Haftungsbegrenzungen und die Anwendbarkeit von Art. 100 OR WEBER/EMMENEGGER (FN 39), Art. 100 OR N 62 ff.

⁵³ Vgl. aber ARNET (FN 41), AJP 2000, 1166 f.

⁵⁴ Eine Mängelverursachung vor Vertragsschluss beim Verkauf einer Stückschuld ist – wie oben erwähnt – unter der Kenntnisnahme abzuhandeln und nicht unter der Verursachung. Eine Ausnahme können aber die Fälle bilden, in denen der Verkäufer auch der Hersteller der Stückschuld ist und somit diese schon von Beginn für den Weiterverkauf vorgesehen ist. Gerade im Bausektor wird dies der Fall sein, wenn z.B. der Verkäufer die neu erstellte Liegenschaft verkauft. Dies war der Fall in BGer, 4A_444/2017, 12.4.2018, wo auch die Vorinstanz vom «Hersteller-Verkäufer» spricht. Zwar hat das BGer den Haftungsausschluss durch eine enge Auslegung der Klausel umgangen (E. 5.5–5.6), doch hätte hier das gleiche Resultat auch durch Anwendung von Art. 100 OR erreicht werden können, da der Mangel am Gebäude offensichtlich grobfahrlässig vom

Hersteller-Verkäufer verursacht worden war. Vgl. zur Auslegung von Haftungsbegrenzungsklauseln unten IV.A.

⁵⁵ Vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 60.39.

⁵⁶ ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 3), N 370 Fn 313.

⁵⁷ BUOL (FN 39), N 282; HOCHSTRASSER (FN 39), N 94; PEDRAZZINI (FN 40), N 854; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN (FN 39), Art. 199 N 2; WAHRENBERGER (FN 39), 129; HUGUENIN (FN 40), N 2644; KOLLER (FN 55), N 60.39; vgl. auch KELLER/SIEHR (FN 13), 114 f.; HPK-GIGER (FN 39), Art. 100 N 12.

⁵⁸ Siehe FN 43.

⁵⁹ Vgl. zum deutschen Recht MüKo BGB-ERNST (FN 28), § 281 N 50.

⁶⁰ Vgl. FN 16.

vom Verkäufer nach Vertragsschluss erfahrenen, aber nicht mitgeteilten Mangel bewertet werden sollte. Beispielsweise wenn der Verkäufer erst nach Abschluss des Grundstückkaufvertrages, aber vor der Grundbuchanmeldung feststellt, dass das Grundwasser mit Heizöl kontaminiert ist, kann dieses Wissen noch zur Änderung der mit der Haftungsausschlussklausel schon vorgesehenen Risikoordnung führen? Dies erscheint nicht angebracht. In einem solchen Fall sollte der Verkäufer nicht für den Mangel haften, auch wenn er ihn vor Vertragsschluss grobfahrlässig nicht erkannt hat. Dennoch ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB die Pflicht der Parteien, die Rechtsgüter des Vertragspartners zu wahren (bspw. in Form einer Schutzpflicht oder Aufklärungspflicht).⁶¹ Basierend auf dieser vertraglichen Nebenpflicht wäre der Verkäufer zur Mitteilung des Mangels verpflichtet. Sieht der Verkäufer von der Mitteilung ab, wäre er aus Art. 97 Abs. 1 OR für all denjenigen Schaden ersatzpflichtig, der mit der unterlassenen Mitteilung in einem hypothetisch kausalen Zusammenhang steht, aber müsste nicht für die Mängel selbst einstehen.⁶²

B. Gattungsschulden

Es ist bezeichnend, zu sehen, dass bezüglich Haftungsausschlussklauseln bei Gattungsschulden bis heute – soweit ersichtlich – kein Bundesgerichtentscheid gefällt worden ist. Auch fällt es in den in der Praxis genutzten AGB bezüglich Gattungsschulden auf, dass diese einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit vornehmen, jedoch nicht für grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers.⁶³ Dies lässt den Schluss zu, dass die Verkäufer einer Gattungsschuld trotz der unklaren juristischen Lage davon ausgehen, dass Art. 100 OR anwendbar ist.

Nun erscheint es auch richtig, in den Konstellationen, in denen der Verkäufer gleichzeitig der Hersteller ist, von einer Verursachung des Mangels zu sprechen. Anders als bei einem vor Vertragsschluss nicht gut gepflegten Auto hat der Hersteller entweder eine Serie von Gütern oder

einzelne Güter, die sowieso für den Weiterverkauf vorgesehen sind, mangelhaft produziert. Ob das konkret gelieferte Stück vor oder nach Vertragsschluss mangelhaft produziert wurde, kann oft gar nicht festgestellt werden (z.B. Einkauf eines Sessels auf der Habitat-Webseite, Lieferung in einem Monat) und sollte deshalb auch keinen Unterschied machen. Es erscheint hier angebracht, direkt an die Verursachung anzuknüpfen und die Haftungsbeschränkung für grobe Fahrlässigkeit gemäss Art. 100 OR nicht zu erlauben, da es nicht um das Wissen um einen Mangel geht, sondern um dessen Verursachung.

Falls hingegen der Verkäufer nur ein Händler ist und nicht der Produzent, könnte argumentiert werden, dass es hier wieder um ein Wissen bzw. Nichtwissen bezüglich der Mangelhaftigkeit geht. Erfüllt der Händler-Verkäufer mit einem mangelhaften Kaufobjekt, liegt das Verschulden darin, dass er die Mangelhaftigkeit des gelieferten Produkts nicht erkannt und durch Auswahl einer anderen Sache die Vertragswidrigkeit nicht vermieden hat. Ein Verschulden in der Produktion der Sache muss sich der Händler jedoch nicht zurechnen lassen, da er nicht die Herstellung der Sache schuldet.⁶⁴ Problematisch erscheint die Anknüpfung an das Nichtwissen jedoch erstens, weil der Verkäufer sowie der Käufer im Moment des Vertragsschlusses noch nicht wissen, mit welcher Ware erfüllt werden wird. Da es sich um eine Wahl nach Vertragsschluss handelt und dem Verkäufer immer die Alternative offensteht, mangelfreie Ware auszusuchen, erscheint es nicht angebracht, das Risiko der Grobfahrlässigkeit des Verkäufers dem Käufer aufzubürden.⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Umsetzung unterschiedlicher Grenzen für den Haftungsausschluss des Händler-Verkäufers (Art. 199 OR) und Hersteller-Verkäufers (Art. 100 OR) für die Praxis zu kompliziert wäre. Zweitens wäre fraglich, wie man Verkäufer, die zwar nicht selbst Hersteller sind, aber ihre Marke auf der Sache anbringen, einordnen sollte. Sie wären nicht die Verursacher der Mängel, doch sind sie als Hersteller zu qualifizieren. Deswegen erscheint es korrekter, auch die Fälle, in denen der Verkäufer den Mangel an der Gattungsschuld nicht selbst verursacht hat, unter Art. 100 OR zu subsumieren und es dem Verkäufer zu verbieten, Haftung für Grobfahrlässigkeit auszuschliessen. Da aber den blossen Händler keine Pflicht trifft, jede verkaufte Ware zu untersuchen,⁶⁶ wird er in den meisten Fällen nicht grobfahrlässig gehandelt haben, so dass ein

⁶¹ BGer, 4A_494/2010, 7.12.2010, E. 4.1.

⁶² A.A. TRACHSEL (FN 40), 135 ff., 137, der auch bei Mangelentdeckung zwischen Vertragsschluss und Erfüllung sowie sogar bei Mangelentdeckung nach Erfüllung eine Aufklärungspflicht bejaht und bei Verstoß gegen diese die vertragliche Freizeichnung ungültig werden lässt. Dies ist u.E. nicht zutreffend: Die Parteien vereinbaren die Gewährleistungsbeschränkung im Wissen darum, dass die Wahrscheinlichkeit eines Mangels gegeben ist – und setzen möglicherweise den Preis auch dementsprechend an. Erkennt der Verkäufer den Mangel nach Vertragsschluss, muss er dies zwar mitteilen, doch haftet er nicht für den Mangel selbst. Genau dies wurde mit der Haftungsbeschränkung schliesslich ausgeschlossen.

⁶³ Siehe die Klauseln in FN 124.

⁶⁴ BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 437 N 99. Vgl. dazu auch ATAMER (FN 29), 471 ff.

⁶⁵ So auch HUGUENIN (FN 40), N 2644; KOLLER (FN 55), N 60.39.

⁶⁶ Siehe dazu die Verweise oben in FN 38.

Haftungsausschluss auch unter Art. 100 OR Bestand haben dürfte.

C. Beweislast

Wer konkret die Beweislast dafür trägt, dass der Verkäufer arglistig im Sinne von Art. 199 OR gehandelt hat, ist diskutiert. Das Bundesgericht hat dies wiederholt dem Käufer aufgebürdet.⁶⁷ Er muss darlegen, dass der Verkäufer den Mangel gekannt hat bzw. ernsthaft damit gerechnet hat (im Sinne eines Eventualvorsatzes).⁶⁸ Es genügt ein Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁶⁹ In Bezug auf die Verursachung der Mängel ist das Bundesgericht in einem Entscheid ebenfalls davon ausgegangen, dass der Käufer im Fall von Art. 100 Abs. 1 OR den Vorsatz resp. die Grobfahrlässigkeit des Verkäufers nachweisen muss und somit eine Beweislastumkehr im Vergleich zu Art. 97 Abs. 1 OR vorhanden ist.⁷⁰

Ein Teil der Lehre geht indessen davon aus, dass es für den Käufer oftmals schwer möglich sein wird, die Grobfahrlässigkeit oder den Vorsatz nachzuweisen, was faktisch zu einem Ausschluss der Haftung auch für diese beiden Verschuldensformen führen würde.⁷¹ Richtig erscheint, dass allein aus der Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung noch nicht geschlossen werden kann, dass die Parteien die Beweislast ändern wollten; dies müsste sich deutlich aus der Vereinbarung ergeben.⁷² Im Prinzip

bürdet Art. 97 OR die Beweislast dem Schuldner auf. Haben die Parteien keine Beweislastumkehr vereinbart, dann muss der Verkäufer beweisen, dass er nur grob- bzw. leichtfahrlässig war.⁷³

D. Zwischenfazit

Wie oben dargelegt wurde, sollte in den Fällen, wo es um die Kenntnis bzw. Unkenntnis des Mangels beim Vertragsschluss geht, ausschliesslich Art. 199 OR zur Anwendung kommen. Dies wird nur bei Stückschulden möglich sein. Bei grobfahrlässiger Mangelunkenntnis wäre eine Haftungsbeschränkung deshalb gültig. Geht es hingegen um die Verursachung des Mangels – wie der nachvertraglichen Mängelverursachung bei Stückschulden, der Produktion bzw. Lieferung von fehlerhaften Kaufobjekten (Gattungsschuld) oder der mangelhaften Nacherfüllung –, so ist auf Art. 100 OR abzustellen und eine Haftungsbeschränkung für grobfahrlässiges Handeln als nichtig zu qualifizieren.

Auf die Frage, wie weit die *ratio legis* von Art. 100 OR nachvollziehbar ist, kann hier nicht weiter eingegangen werden.⁷⁴ Warum in einem ausgehandelten Vertrag die Parteien nicht frei darüber entscheiden dürfen, wie weit ihre Haftung geht, ist aber nicht verständlich. Wenn man sich die neueren Rechtsvereinheitlichungsprojekte anschaut, sieht man auch durchgehend, dass nicht mit Allgemeinverboten, sondern mit situativen Schutzmechanismen gearbeitet wird.⁷⁵ Art. 7.1.6 PICC sieht z.B. vor, dass die Berufung auf eine Freizeichnungsklausel nicht erlaubt ist, falls unter Berücksichtigung des Vertragszwecks dies grob unredlich wäre. Der Richter hat dies im Einzelfall zu bewerten. Dies wäre u.E. auch der richtige Ansatz für eine Gesetzesrevision in der Schweiz.

Doch Ziel dieses Artikels ist es, die weiteren Grenzen der Vertragsfreiheit im Kaufrecht auszuloten. Es soll deswegen im zweiten Abschnitt untersucht werden, wann ein über Art. 199 bzw. 100 OR hinausgehender Schutz vor Haftungsbeschränkungen gegeben sein müsste. Denn auch wenn Art. 100 OR auf den ersten Blick strikter im Vergleich zu Art. 199 OR ausfällt, relativiert sich diese Sicht, sobald man Art. 101 OR mit in die Bewertung einbezieht. Wie bekannt, erlaubt Art. 101 Abs. 2 OR die komplette

⁶⁷ BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.4.2; BGE 131 III 145 E. 8.1; BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 199 N 7. So auch im deutschen Recht BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 444 N 24; MüKo BGB-WESTERMANN (FN 28), § 444 N 18.

⁶⁸ BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.4.2. Vgl. auch die Ausführungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts in 1 BvR 3271/14, 3.3.2015: «Das Oberlandesgericht legt seiner Würdigung nicht die persönlichen Kenntnisse des Beschwerdeführers, [...] sondern die Kenntnisse eines Fachmanns zugrunde. Es überspannt damit die Anforderungen an die Kenntnisse eines privaten Autoverkäufers, indem es den Beschwerdeführer für verpflichtet hält, den richtigen Schluss aus einer auch dem Käufer bekannten Fehlermeldung, dem Aufleuchten der MIL Kontrollleuchte, zu ziehen und den Käufer dementsprechend technisch korrekt aufzuklären. [...] Derjenige, der gutgläubig falsche Angaben macht, handelt nämlich grundsätzlich nicht arglistig, mag der gute Glaube auch auf Fahrlässigkeit oder selbst auf Leichtfertigkeit beruhen. Anders ist es, wenn der Verkäufer auf Fragen des Käufers falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage – «ins Blaue hinein» – macht, mit deren Unrichtigkeit er rechnet. Wer so antwortet, handelt grundsätzlich bedingt vorsätzlich.»

⁶⁹ Siehe BGer, 4A_38/2021, 3.5.2021, E. 7.4.2 ff.

⁷⁰ BGE 107 II 161 E. 7c.

⁷¹ HPK-GIGER (FN 39), Art. 100 N 5; INGBORG SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 99 ff., 113; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 3), Art. 100 N 5.

⁷² CR CO I-THÉVENOZ (FN 39), Art. 100 N 19.

⁷³ CR CO I-THÉVENOZ (FN 39), Art. 100 N 19.

⁷⁴ Vgl. dazu ERNST A. KRAMER, Konzeptionsfragen zur Vertragssinhaltskontrolle, ZSR 2018 I, 295 ff., 314 f.

⁷⁵ So auch Art. 8:109 PECL. Siehe dazu Jansen/Zimmermann-MARTENS, Art. 8:109 N 7; vgl. auch Art. 122 OR 2020. Für eine rechtsvergleichende Übersicht siehe INGBORG SCHWENZER/CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, International B2B Contracts – Freedom Unchained?, 4 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF. (2015), 33 ff.

Freizeichnung auch von grobfahrlässigen oder gar vorsätzlichen Schädigungen durch Erfüllungsgehilfen.⁷⁶

Weiter zu beachten ist, dass ein Ausschluss der Haftung für leichte sowie grobe Fahrlässigkeit (falls Art. 199 OR Anwendung findet) bzw. für leichte Fahrlässigkeit (falls Art. 100 OR Anwendung findet) in einem nicht ausgehandelten Vertrag einer zusätzlichen Kontrolle unterliegen muss. Denn so sehr man auch in einem ausgehandelten Vertrag den Parteien die Freiheit geben möchte, bis an die Grenze der Absicht bzw. Arglist zu gehen, so fällt unsere Bewertung in einem nicht ausgehandelten Vertrag anders aus. Hier sind die Grenzen im Gesetz immer noch zu weit. Nun sollen im nächsten Abschnitt Wege aufgezeigt werden, wie dieses Problem angegangen werden kann.

IV. Situationsbedingter Schutz gegen Beschränkungen der Sachgewährleistung

Das Bundesgericht hat eine beständige Praxis der «Kontrolle» von Haftungsbeschränkungsklauseln durch eine restriktive Auslegung.⁷⁷ Soweit ersichtlich waren es bis heute primär ausgehandelte Klauseln in C2C-Kaufgeschäften, die zur Entwicklung dieser Auslegungsprinzipien führten. Doch kann man davon ausgehen, dass das Bundesgericht auch bei der Auslegung von Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB die gleichen Prinzipien anwenden würde. Kaum praktiziert wird hingegen eine effiziente AGB-Inhaltskontrolle – obwohl dies in der heutigen Wirtschaftsrealität deutlich zentraler erscheint als die Korrektur über eine Auslegung. Im folgenden Abschnitt sollen erst die Auslegungsmethoden des Bundesgerichts kurz untersucht werden, da jeder Inhaltskontrolle die korrekte Feststellung des Inhalts und Umfangs der Ausschlussklausel vorausgeht.⁷⁸ Danach werden die Möglichkeiten einer AGB-Inhaltskontrolle dargelegt.

⁷⁶ Vgl. die Kritik von SUSAN EMMENEGGER/NICOLA JEGHER/SERAINA GRAF, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch? Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Susan Emmenegger et al. (Hrsg.), *Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller*, Bern 2018, 177 ff., 188 ff.; ARNOLD F. RUSCH/PHILIP BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 2010, 1228 ff.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 3), Art. 101 N 16.

⁷⁷ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. A.*, Zürich/Basel/Genf 2020, N 1230a, sprechen von einer «verdeckten Inhaltskontrolle». Siehe auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (FN 39), N 24.11.

⁷⁸ BGer, 4A_444/2017, 12.4.2018, E. 4.2.3.

A. Schutz vor Haftungsbeschränkungsklauseln durch Auslegung

Die erste Auslegungsregel, welche das Bundesgericht anwendet, besagt, dass Haftungsbeschränkungen aufgrund der Abweichung vom dispositiven Gesetzestext im Zweifel einschränkend auszulegen sind und der Verkäufer seinen Willen klar zum Ausdruck bringen muss.⁷⁹ Dies knüpft auch an die zweite Auslegungsregel, wonach bei Zusicherungen nicht gleichzeitig die Gewährleistung vollständig ausgeschlossen werden kann.⁸⁰ Der Ausschluss gilt in solchen Fällen nur für sonstige Mängel, nicht aber für die zugesicherte Eigenschaft,⁸¹ der Ausschluss ist also nicht nichtig, aber nicht anwendbar für diese Zusicherungen.⁸² Die teilweise Wegbedingung bloss einzelner Gewährleistungspflichten (bspw. des Rücktritts) ist allerdings mit dem Sinn einer Zusicherung vereinbar und damit zulässig.⁸³

Die dritte und letzte Auslegungsregel besagt, dass ein Mangel, der überhaupt nicht im Rahmen der gewöhnlichen Erwartungen liegt und der den wirtschaftlichen Zweck des Vertrags erheblich beeinträchtigt, nicht vom Haftungsausschluss umfasst sein kann.⁸⁴ Das Bundesgericht begründet dies insbesondere mit der vertraglichen Preisbildung.⁸⁵ Die Praxis des Bundesgerichts ist zwar eher restriktiv, doch bejahte es in einigen Fällen die Unvoraussehbarkeit von gewissen Mängeln und klammerte diese folglich von der Haftungsbeschränkung aus.⁸⁶

⁷⁹ BGE 126 III 59 E. 5a; BGE 91 II 344 E. 2a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 77), N 1230a; CHK OR-MÜLLER-CHEN (FN 38), Art. 199 N 2; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 39), N 372.

⁸⁰ BK-GIGER (FN 14), Art. 199 OR N 21; KELLER/SIEHR (FN 13), 110 und 116 f.; OFK OR-KOSTKIEWICZ (FN 39), Art. 199 N 8; LÖRTSCHER (FN 24), 253; CHK OR-MÜLLER-CHEN (FN 38), Art. 199 N 8. Vgl. auch § 444 BGB und BeckOK BGB-FAUST (FN 21), § 444 N 20 ff.

⁸¹ BSK OR I-HONSELL (FN 3), Art. 199 N 3.

⁸² Entscheidend ist die Frage, wann überhaupt eine Zusicherung vorliegt. Das Bundesgericht verneint das Vorhandensein einer Zusicherung, wenn im Vertrag unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird, dass sich der Verkäufer nicht auf seinen Angaben behaften lassen möchte. Eine Zusicherung wurde bspw. bejaht in BGer, 4C.119/2005, 25.8.2005, E. 2.3 f., sowie in BGE 109 II 24 E. 4; verneint bspw. in BGE 123 III 165 E. 3 f.

⁸³ BK-GIGER (FN 14), Art. 199 OR N 21; KELLER/SIEHR (FN 13), 117; LÖRTSCHER (FN 24), 253 f.

⁸⁴ BGE 130 III 686 E. 4.3.1.

⁸⁵ BGer, 4A_261/2020, 10.12.2020, E. 7.1.

⁸⁶ Voraussehbarkeit bspw. bejaht in BGer, 4A_538/2013, 19.3.2014, E. 6.3 (in Bezug auf die Unfallfreiheit eines Occasionsautos); BGer, 4A_226/2009, 20.8.2009, E. 3.2.2 (in Bezug auf die Dichtheit des Dachs einer Industriehalle); BGE 126 III 59 E. 4a (in Bezug auf die Veränderung einer Gallé-Vase nach Entdeckung eines Sprungs am Vasenhals); BGE 72 II 267 E. 3 (in Bezug auf den Nichterhalt der Bewilligung zur Inbetriebnahme eines Lastwagens). Vorausseh-

In der Lehre wird teilweise ausgedrückt, dass durch diese Rechtsprechung eine Rechtlosstellung des Käufers verhindert wird, falls die vertraglichen Erwartungen völlig enttäuscht und jegliche Rechtsbehelfe abgeschnitten werden.⁸⁷ Es fragt sich indessen, ob dieser Ansatz nicht eher die Risikoverteilung zwischen den Parteien aus den Angeln zu heben droht. In den besagten Entscheidungen ging es immer um eine Stückschuld (z.B. Grundstück, gebrauchtes Auto, Kunstgegenstand), d.h. hauptsächlich um die Zuordnung eines Risikos der Unkenntnis eines Mangels bei Vertragsschluss, hingegen nicht um die Verursachung eines Mangels.⁸⁸

Obwohl der Gesetzgeber in Art. 199 OR dem Verkäufer erlaubt hat, seine Haftung für nicht erkannte Mängel ausser bei Arglist auszuschliessen, wird durch diese Auslegungsmethode die gesetzlich gestattete Risikoverteilung geändert. Der Verkäufer hat aber ein berechtigtes Interesse daran, gerade für unvorhergesehene Fälle einen Haftungsausschluss zu vereinbaren.⁸⁹ Für alles Unerwartete möchte er nicht einstehen und das gerade, wenn es um ein gänzlich unverschuldetes Nichtwissen um den Mangel geht. Doch auch diese Fälle werden der Auslegungskontrolle der Rechtsprechung unterfallen, da diese unabhängig vom Verschulden des Verkäufers eingreift.

Ferner ist die Begründung, wann ein Mangel nicht in den «Bereich der Eventualitäten»⁹⁰ fällt, nicht immer nachvollziehbar. Warum z.B. die unzulängliche Wasserversorgung in einem Chalet, von dem der Käufer weiss, dass es den städtischen Wasserwerken nicht angeschlossen ist, unvorhersehbar und deswegen nicht vom Haftungsausschluss umfasst sein soll, ist nicht auf den ersten Blick verständlich. Doch wie im Gutachten des Sachverständigen festgestellt wurde, hatte der Verkäufer Kenntnis von diversen weitergehenden Problemen (Arglist), so dass

dem Käufer hinreichend Schutz durch eine Ungültigkeit des Haftungsausschlusses hätte gewährt werden können.⁹¹ Auch ist es nicht ersichtlich, dass bei einem Kauf einer Liegenschaft, die im Kataster der belasteten Standorte (CANEPO) eingetragen ist, es unvorhersehbar sein sollte, dass sich eine grössere Kontamination herausstellt, als es im Kataster angegeben war. Insbesondere wenn man bedenkt, dass die Käuferin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, «die sich dem allgemeinen Bauwesen und der Immobilienvermittlung widmet», die Liegenschaft besucht und gesehen hatte, dass mehrere Tonnen chemischer Produkte gelagert waren, und es akzeptierte, dass einige der Räumlichkeiten nicht besichtigt wurden. Das Bundesgericht führte hier auch ausführlich aus, dass der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hatte.⁹² Somit war der Haftungsausschluss gültig und es ist fraglich, ob er mit der Begründung der «erheblichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Vertragszwecks» nicht ausgehöhlt wurde. Schliesslich handelt es sich bei all diesen Verträgen um ausgehandelte Individualvereinbarungen, die meist auch öffentlich beurkundet wurden. Die Parteien machen eine informierte Entscheidung. Genau deshalb müsste es den Parteien auch erlaubt sein, sich für alle zukünftigen Eventualitäten abzusichern – und den Preis dementsprechend festzusetzen.

B. Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Grundsätzlich sollte die Begrenzung der vertraglichen Haftung unser Gerechtigkeitsgefühl erst dann stören, wenn festgestellt wird, dass die Parteien nicht gleichberechtigt an der Vertragsgestaltung teilgenommen haben. Es ist heute allgemein anerkannt, dass insbesondere bei Konsumentenverträgen ein Einfluss auf den Inhalt der AGB, sei es durch Verhandeln oder durch ein Ausweichen auf Anbieter mit «besseren» AGB, wegen zu hoher Informationskosten unterbleibt.⁹³ Durch den Einsatz von

barkeit bspw. verneint in BGer, 4A_261/2020, 10.12.2020, E. 7.1 (in Bezug auf die starke Verschmutzung durch Chemikalien einer Werkstatt, welche sich dem Chemikalienhandel und der Gravur von Uhrengehäusen widmete); BGer, 4A_444/2017, 12.4.2018, E. 5.6 (in Bezug auf ein mangelhaftes Fundament eines Mehrfamilienhauses); BGer, 4A_551/2010, 2.12.2010, E. 2.6 (in Bezug auf eine unzulängliche Trinkwasserversorgung in einem Chalet); BGE 91 II 275 E. 2 (in Bezug auf die Überbaubarkeit eines Grundstücks, da sich die Freizeichnung nach Bundesgericht nur auf körperliche, nicht aber rechtliche Mängel bezog).

⁸⁷ Vgl. z.B. MERET REHMANN, Grenzen vertraglicher Haftungsbeschränkungen, SJZ 2017, 129 ff., 134.

⁸⁸ Vgl. aber die oben erwähnte (FN 54) Ausnahme vom Hersteller-Verkäufer einer Stückschuld.

⁸⁹ Kritisch ebenfalls WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, ZBJV 2008, 613 ff., 634. Siehe schon WIEGAND/BRUNNER (FN 14), 12.

⁹⁰ BGer, 4A_551/2010, 2.12.2010, E. 7.1.

⁹¹ BGer, 4A_551/2010, 2.12.2010, E. 2.7.

⁹² BGer, 4A_261/2020, 10.12.2020, E. 7.3. Die Haftung des Verkäufers wurde dann aber wegen nicht Einhaltung der Rügefristen abgelehnt, vgl. E. 7.2–7.4.

⁹³ YEŞİM M. ATAMER, Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Susan Emmenegger et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 35 ff., 41 ff.; PETER BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986, 170 f.; MATTEO FORNASIER, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss., Berlin 2013, 158; STEFAN HENNIGS, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, Berlin 2017, 63 ff.; VALENTIN JENTSCH, Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, SZW

AGB werden dem Konsumenten die Transaktionskosten bezüglich der Feststellung und Aushandlung neutraler Vertragsklauseln aufgebürdet.⁹⁴ Zu einem Konditionenwettbewerb kommt es gerade wegen dieser Kosten nicht. Die wirtschaftliche Vernunft gebietet, sich bei Verträgen mit geringem Wert nicht mit den AGB auseinanderzusetzen (rationale Ignoranz).⁹⁵ Nun können sich auf einem solchen Markt auch die Anbieter durch eine Informationsaufdeckung nicht von anderen Anbietern differenzieren,⁹⁶ da die Konsumenten gegenüber Informationen gleichgültig sind, deren Aufarbeitung im Vergleich zum Vertragswert zu kostspielig ist. Diese unüberwindbare Informationsasymmetrie bei Konsumenten-AGB ist es, die auch auf einem vollständigen Konkurrenzmarkt ein Marktversagen verursacht.

Wenn die Marktkontrolle versagt, dann versagt auch die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus, was wiederum zur ineffizienten Risiken- und Ressourcenallokation führt.⁹⁷ Diese Fallkonstellation ist natürlich prominent gegeben, wann immer eine der Parteien AGB einsetzt, um ihre Haftung zu begrenzen.⁹⁸ Anders als beim ausgehandelten Vertrag gehen diese Haftungsbegrenzungen nicht in das Vertragskalkül des Käufers ein, da er den

Vertragsinhalt nicht wahrnimmt bzw. rationell ignoriert. Deswegen dürfte in diesen Fällen nicht nur bei grober Fahrlässigkeit des Verkäufers der Haftungsausschluss als ungültig qualifiziert werden, sondern teilweise auch bei leichter Fahrlässigkeit oder sogar bei Unverschulden. Das heisst, dass bei einem unverhandelten Vertrag je nach Konstellation die Grenzen viel enger gezogen werden müssen, als es überhaupt in Art. 100–101 OR bzw. 199 OR vorgesehen ist.

Die AGB-Kontrolle erfolgt auf drei Ebenen: Auf der Ebene des Konsenses wird geprüft, ob die AGB in korrekter Weise in den Vertrag einbezogen wurden⁹⁹ und vom Konsens der Parteien gedeckt sind (Ungewöhnlichkeitsregel).¹⁰⁰ Auf der Ebene der Auslegung erfolgt ein Schutz u.a. durch die Unklarheitenregel.¹⁰¹ Zuletzt steht in B2C-Geschäften den Konsumenten¹⁰² eine offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG zu.¹⁰³ Auf dieser Ebene der offenen Inhaltskontrolle gilt es u.E. hauptsächlich anzusetzen, um Haftungsbegrenzungen in bestimmten Fällen zu limitieren. Ob eine offene Inhaltskontrolle auch bei B2B-Geschäften in Frage kommen sollte, wird unten kurz angesprochen.

1. Die AGB-Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

Nach Art. 8 UWG handelt derjenige unlauter, der «allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und

2020, 106 ff., 111 ff. HEIN KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209, 211 ff.; LARS LEUSCHNER, Einleitung N 16 ff., in: Lars Leuschner (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, München 2021 (zit. Leuschner AGB-Verfasser/in); PATRICK C. LEYENS/HANS-BERND SCHÄFER, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 2010, 771, 783 ff.; WALTER STICHER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Luzern 1981, 54 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 13, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013 (zit. BSK UWG-Verfasser).

⁹⁴ EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Zürich 2000, 394.

⁹⁵ ATAMER (FN 93), 41; HAJO MICHAEL HOLTZ, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der AGB, Baden-Baden 2010, 87; ERNST A. KRAMER, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-Verfasser), N 7; MARKUS STOFFELS, AGB-Recht, 3. A., München 2015, 86; MüKo BGB-WURMNEST (FN 28), § 309 Nr. 7 N 2.

⁹⁶ LEYENS/SCHÄFER (FN 93), 783 f.

⁹⁷ Vgl. ATAMER (FN 93), 42; BSK UWG-THOUVENIN (FN 93), Art. 8 N 15.

⁹⁸ Diese Feststellung soll aber nicht ausschliessen, dass es auch in Fällen der einmaligen Nutzung von Vertragsklauseln einen unausgehandelten Vertrag geben kann. Vgl. Art. 3 EWG-Richtlinie für missbräuchliche Klauseln (93/13/EWG, zit. EU-Klausel-RL). Siehe auch KRAMER (FN 74), 302 ff.; VALENTIN JENTSCH, Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2020, 73 ff., 81 ff.

⁹⁹ Siehe hierzu ausführlich: ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Basel, Basel 2011, sowie Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 95), N 112 ff.

¹⁰⁰ Zur Ungewöhnlichkeitsregel siehe bspw. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 1 OR N 358 ff.; NADIA WALKER, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, 48 ff., sowie BGer, 4A_238/2019, 2.12.2019, E. 3.3.

¹⁰¹ Zur Unklarheitenregel siehe bspw. HELMUT HEISS, Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 589 ff. Für weitere Regeln der Auslegungskontrolle siehe Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 95), N 245 ff. (Vorrang der Individualabrede) sowie N 266 ff. (Gesetzeskonforme Auslegung).

¹⁰² Zum Begriff des Konsumenten im Rahmen von Art. 8 UWG siehe HELMUT HEISS, Art. 8 N 108 ff., in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. UWG-Kommentar-Verfasser/in); vgl. auch BGer, 4A_275/2019, 29.8.2019, E. 1.4.

¹⁰³ Vgl. zu den Rechtsfolgen einer Missbräuchlichkeit gemäss Art. 8 UWG: UWG-Kommentar-HEISS (FN 102), Art. 8 N 242; BSK UWG-THOUVENIN (FN 93), Art. 8 N 143 ff.; THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, AJP 2014, 19 ff., 34 ff.

Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und vertraglichen Pflichten vorsehen». Die Verwendung von mehreren unbestimmten Rechtsbegriffen (Treu und Glauben, erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis) macht den Wortlaut von Art. 8 UWG sehr vage und führte bereits bei dessen Erlass im Jahr 2012 zu Uneinigkeiten in der Lehre.¹⁰⁴ Die Anwendung dieser Norm gestaltet sich dementsprechend schwierig.¹⁰⁵ Auch die Rechtsprechung vermochte dieser Norm nicht zu einer Konkretisierung zu verhelfen. Die einzige Frage, welche das Bundesgericht bezüglich Art. 8 UWG zu klären hatte, war dessen intertemporalrechtlicher Anwendungsbereich.¹⁰⁶ Auch die kantonalen Gerichte übten Zurückhaltung und bejahten bis jetzt noch keinen Verstoß gegen Art. 8 UWG.¹⁰⁷

In Anbetracht der abstrakten Natur von Art. 8 UWG erscheint es u.E. zielführender, anstelle von allgemeinen Ausführungen zwei spezifische Konstellationen im Bereich der kaufrechtlichen Haftungsbeschränkung zu betrachten und deren Missbräuchlichkeit zu analysieren.

2. Potenziell unzulässige AGB-Klauseln in Konsumentenkaufverträgen

a. Vollständige Wegbedingung der Gewährleistungsrechte

Unzulässig sollte u.E. die vollständige Wegbedingung der Gewährleistungsrechte in den Verkäufer-AGB sein.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Vgl. die ausführliche Zusammenstellung von Literaturstimmen zu den umstrittenen Fragen bezüglich Art. 8 UWG in LISA AESCHIMANN, Rundgang durch Art. 8 UWG, Jusletter vom 1.9.2014, N 4 ff.

¹⁰⁵ ARNOLD F. RUSCH, Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012, 337 ff., 345; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29.10.2012, N 1.

¹⁰⁶ BGE 140 III 404 E. 4.1 ff. Indessen liess es sich das Bundesgericht in diesem Entscheid nicht nehmen, eine zukünftig restriktive Praxis in Bezug auf Art. 8 UWG in Aussicht zu stellen, siehe E. 4.5.

¹⁰⁷ TC JU, 112/2015, 4.4.2016, E. 5.2.3 (bzgl. eines Leasingvertrags); OGer ZH, NP180028-O/U, 2.5.2019, E. 3.3.3 ff. (bzgl. eines Schulvertrags); Zivilgericht BS, V.2016.1387, 11.1.2017, in: BJM 2020, 133 ff. (bzgl. eines Mietvertrags); Cour de Justice GE, C/26648/2014, ACJC/421/2017, 7.4.2017, E. 5.2 (bzgl. der Erstattungsfähigkeit eines Zugtickets).

¹⁰⁸ So auch ATAMER/EGGEN (FN 12), 773; SCHIRRMACHER (FN 39), 165 f.; ANGELO SCHWIZER, Herstellergarantie in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen, Zürich 2016, N 213 und 219; vgl. GUIDO SUTTER/FLORIAN LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, 93 ff.; HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 153 f. (noch zum alten Recht), und BSK OR I-HONSELL

Für die Vertragsgerechtigkeit ist es entscheidend, dass das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gewahrt wird und deshalb Mängel an der Kaufsache sanktioniert bleiben.¹⁰⁹ Alles andere würde die Käuferrechte zu stark limitieren. Auch ökonomische Gesichtspunkte sprechen gegen eine vollständige Wegbedingung der Mängelgewährleistung: Sie würde vor allem den Anreiz für eine fehlerresistente Produktion schwächen¹¹⁰ und zu einem abnehmenden Qualitätsstandard führen.¹¹¹ Zudem ist der Verkäufer derjenige, der den Eintritt eines Risikos mit dem geringsten Aufwand verhindern kann (wenn er als Produzent agiert)¹¹² bzw. diese Kosten an den Käufer mit einem Preisaufschlag weitergeben kann (wenn er als Händler auftritt).¹¹³

Erlaubt sollte es hingegen sein, bspw. eine Hierarchie der Mängelrechte (zuerst Ersatzlieferung/Reparatur, dann Minderung/Rücktritt) vorzusehen¹¹⁴ oder die Auswahl des Wahlrechts beim Verkäufer zu lassen.¹¹⁵ Doch muss dem

(FN 3), Art. 210 N 5, vertreten dies für neu hergestellte Sachen, aber nicht für Gebrauchsgüter. Der komplette Ausschluss von der Gewährleistung ist bspw. in Deutschland auch beim Kauf hergestellter Sachen untersagt (§ 309 Ziff. 8 lit. b aa BGB) und gilt i.d.R. auch zwischen Unternehmen nicht (DAGMAR COESTER-WALTJEN, § 309 Nr. 8 N 52, in: J. von Staudinger (Hrsg.), AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz (§§ 305–310; UKlaG), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 18. A., Berlin 2019 (zit. Staudinger/Verfasser/in). Die RL 93/13/EWG untersagt es in lit. b Anhang, «die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden [...], einschließlich der Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen, [auszuschliessen] oder ungebührlich [einzuschränken], wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt». Vgl. zum gleichen Ansatz im amerikanischen Recht SCHWENZER (FN 25), 61 ff.

¹⁰⁹ Siehe bspw. der Oberste Gerichtshof von Österreich in OLG 10b106/13i, 29.8.2013, E. 2.2 f., sowie JENS DAMMANN, § 309 Nr. 8 lit. b aa N 74, in: Manfred Wolf/Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. A., München 2020 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Verfasser/in).

¹¹⁰ ATAMER (FN 29), 466; ANTONIOS KARAMPATZOS, Private law, nudging and behavioral economic analysis, The mandated-choice model, Abdingdon 2020, 126 ff.; THOMAS OESCH, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss., Basel 1978, 46.

¹¹¹ MICHAEL RIHA, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, Diss. München, München 2007, 42; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. A., Berlin/Heidelberg 2012, 518 f.; vgl. MICHAEL HASSEMER, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Habil., Tübingen 2007, 104.

¹¹² Vgl. SCHÄFER/OTT (FN 111), 252.

¹¹³ ATAMER (FN 29), 466 f.

¹¹⁴ So bspw. Art. 13 der Warenkaufrichtlinie.

¹¹⁵ So bspw. IKEA (Ziff. 7: «Im Falle eines Mangels, den IKEA zu vertreten hat, hat IKEA das Wahlrecht, die mangelhaften IKEA Ar-

Käufer auf jeden Fall ein Rechtsbehelf zu Verfügung stehen, falls z.B. die Nacherfüllung nicht funktionieren sollte.¹¹⁶

In der Praxis kommen indessen vollständige Gewährleistungsbeschränkungen auch meist dann vor, wenn sie gleichzeitig mit einer Verkäufer- bzw. Herstellergarantie verbunden werden, die ähnliche Rechte einräumen.¹¹⁷ Immerhin ist es denkbar, dass gewisse Unternehmen für Produkte im Ausverkauf oder Gebrauchtwaren die Gewährleistung vollständig wegbedingen; u.E. hat dies aber in einem ausgehandelten Vertrag zu geschehen und nicht in AGB.¹¹⁸

b. Wegbedingung von Schadenersatz

In Bezug auf Schadenersatz fragt es sich, ob der Verkäufer die Haftung für Schäden, die durch einen Mangel an der Kaufsache verursacht werden, wegbedingen kann. Unter solche Schäden fallen bspw. Mangelfolgeschäden, insbesondere Personenschäden (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit) und Schäden an anderen Sachen; entgangener Gewinn; Verlust von Aufträgen etc. (siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 OR).¹¹⁹

Im internationalen Vergleich¹²⁰ unterscheiden bspw. Deutschland und Österreich explizit zwischen dem Haftungsausschluss für Körperschäden sowie jenem für sonstige Schäden.¹²¹ Während für den ersten Typus kein Haftungsausschluss durch AGB möglich ist, ist für sonstige Schäden das Verbot nur bezüglich Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gegeben. Ein Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit des Schuldners sowie der Erfüllungsgehilfen ist zwar prinzipiell möglich, doch können solche Klauseln im Einzelfall unter der Generalklausel als unzulässig bewertet werden.¹²² In Frankreich wurde hingegen diese Unterteilung nicht übernommen und die Wegbedingung von jederart Schadenersatzanspruch der Konsumenten generell verboten.¹²³

In der schweizerischen Rechtspraxis werden Schadenersatzansprüche grundsätzlich wegbedingen, wobei meist eine Ausnahme für vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten gemacht wird.¹²⁴ Ausnahmen gibt es eben-

tikel nachzubessern, durch den gleichen oder einen gleichartigen zu ersetzen oder den geleisteten Kaufpreis zurückzuerstatten»), Internet: https://assets.ikea-schweiz.ch/PDF-links/DE/Services/AGB_IKEA_CH_de.pdf (Abruf 6.8.2021), Globus (Ziff. 7.4: «Wir leisten Gewähr durch die Behebung von Mängeln. Dies geschieht nach unserer Wahl entweder durch Nacherfüllung, nämlich Beseitigung eines Mangels [Nachbesserung] oder Lieferung einer mangelfreien Sache [Ersatzlieferung]»), Internet: <https://www.globus.ch/agb> (Abruf 6.8.2021).

¹¹⁶ So auch: GIGER (FN 108), 157 f.; LÖRTSCHER (FN 24), 250, (beide zu altem Recht). KOLLER (FN 55), N 60.25, spricht sich für Sittenwidrigkeit aus. KELLER/SIEHR (FN 13), 116, sprechen unter altem Recht von einem Verstoss gegen Treu und Glauben. Siehe § 309 Ziff. 8 lit. b bb BGB für das deutsche Recht.

¹¹⁷ So bspw. bei Interdiscount (Ziff. 7.2: «Interdiscount räumt dem Kunden eine Garantie auf die gekauften Produkte ein. [...] Die gesetzliche Gewährleistung wird vollumfänglich wegbedingen»), Internet: <https://www.interdiscount.ch/de/cms/unternehmen/agb> (Abruf 6.8.2021), oder digitec (Ziff. 7.1: «Digitec Galaxus bzw. der Händler übernimmt während 2 Jahren nach der Lieferung bzw. Filialabholung die Garantie für Mängelfreiheit und Funktionsfähigkeit des bestellten Produktes. [...] Alle weitergehenden und insbesondere die gesetzlichen Bestimmungen zur Gewährleistung werden ausgeschlossen»), Internet: <https://www.digitec.ch/de/wiki/478> (Abruf 6.8.2021).

¹¹⁸ Ebenfalls problematisch erscheint uns, wenn Verkäufer die Gewährleistung für ganz bestimmte Bestandteile eines Produkts (bspw. Akkus oder Leuchtmittel) vollständig wegbedingen.

¹¹⁹ Vgl. für eine Übersicht zu den Lehrmeinungen, was ein unmittelbarer Schaden ist und wie dieser vom mittelbaren Schaden abgegrenzt werden kann: RICARDA STOPPELHAAR, Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung, recht 2019, 180 ff. Diese Diskussion ist für diese Abhandlung jedoch nicht relevant, da im Fokus Fälle stehen, in denen der Verkäufer verschuldet ist.

¹²⁰ Im Gegensatz zu den übrigen Gewährleistungsrechten ist der Schadenersatzanspruch von der Verbrauchsgüterkauf-RL nicht erfasst (vgl. Art. 8 Abs. 1, ebenso in der Warenkauf-RL), weshalb es in diesem Gebiet keine Harmonisierung in der EU gibt. Vgl. ATAMER/HERMIDAS (FN 6), AJP 2020, 50 Fn 17.

¹²¹ Deutschland: § 309 Ziff. 7 lit. a und lit. b BGB; Österreich: § 6 Abs. 1 Ziff. 9 KSchG (gilt auch für ausgehandelte Verträge). Diese Unterscheidung basiert teilweise auf lit. a des Anhangs der EU-Klausel-RL, wonach der Verwender von AGB die Haftung für Körperschäden, die auf vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen seinerseits oder durch Erfüllungsgehilfen zurückzuführen sind, nicht ausschliessen kann.

¹²² Siehe für Deutschland bspw. BGH, VIII ZR 155/99, 27.9.2000, E. XV 2. b (N 132) betreffend eine Klausel in Neuwagenverkaufs-AGB, welche die Haftung für Schäden wie Wertminderung, entgangener Nutzen, Mietwagenkosten, Abschleppkosten etc. bei leichter Fahrlässigkeit ausschloss. Die Klausel wurde als unzulässig eingestuft, da sie gerade die Haftung für «typische und vorhersehbare Folgeschäden» ausschloss.

¹²³ Art. R212-1 6° Code de la Consommation sowie Art. L217-11 i.V.m. Art. 241-5 Code de la Consommation. Vgl. auch Art. IV.A.-2:309 und IV.A.-4:101 DCFR oder Art. 84 CESL.

¹²⁴ Siehe bspw. AGB von Orell Füssli (§ 6 Abs. 2: «Der Haftungsausschluss gemäss vorstehendem Abs. 1 gilt nicht für rechtswidrige Absicht [Vorsatz] oder für grobe Fahrlässigkeit»), Internet: <https://www.orellfuessli.ch/shop/hilfe-agb/show/> (Abruf 6.8.2021), von Nettoshop (Ziff. 10: «Schadenersatzansprüche aus Unmöglichkeit der Leistung, aus Vertragsverletzung, aus Verschulden bei Vertragschluss und aus unerlaubter Handlung, sind, soweit nicht vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln vorliegt, ausgeschlossen»), Internet: <https://www.nettoshop.ch/asdkfjaskl%C3%B6dfjaskl%C3%B6dfjalk%C3%B6sdfj> (Abruf 6.8.2021), oder von Ochsner Sport (Ziff. 12: «Insbesondere schliesst OCHSNER SPORT jede Haftung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit aus»), Internet: <https://www.ochsnersport.ch/de/shop/cp/unternehmen/agb.html> (Abruf 6.8.2021).

falls häufig für Körperschäden, für welche bei jeder Fahrlässigkeit gehaftet wird.¹²⁵

Sinnvoll erscheint es uns, das Werturteil bezüglich Körperschäden für das schweizerische Recht zu übernehmen. Diese Unterteilung ist jüngst durch den Gesetzgeber auch in Bezug auf die Verjährungsfristen gemacht worden. Art. 60 Abs. 1^{bis} und 128a OR geben hier einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken wieder. Das heisst, dass Haftungsausschlüsse in Verkäufer-AGB bezüglich Tod oder Körperschäden für jeden Verschuldensgrad ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis gemäss Art. 8 UWG verursachen und somit als missbräuchlich qualifiziert werden müssen.¹²⁶ Da aber in den meisten dieser Fälle der Verkäufer, der nicht der Hersteller der Sache ist, sich entlasten kann, ist diese Begrenzung nicht besonders problematisch. Für den Hersteller-Verkäufer wird eine solche Entlastung nicht möglich sein, doch entspricht dies auch Art. 1 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8 PrHG.

Wichtiger ist die Frage, wie weit sich der Verkäufer durch eine AGB-Klausel von der Haftung für andere Mangelfolgeschäden entwinden können soll, wenn diese durch seine eigene grobe oder leichte Fahrlässigkeit bzw. die seines Erfüllungsgehilfen entstanden sind. Ausgangspunkt muss die Tatsache bilden, dass Schadenersatzansprüche sich inhärent von Mängelgewährleistungsrechten unterscheiden.

Schadenersatzansprüche sind für den Verkäufer schwierig vorauszusehen und können ein unverhältnismässiges Mass erreichen – insbesondere im Vergleich zum Wert der Ware und zum angestrebten Verkaufsgewinn,

der mit dem Produkt erzielt wird.¹²⁷ Die Problematik von hohen potentiellen Schadenersatzansprüchen hat sich aufgrund Zunahme der Bevölkerungsdichte, der Technisierung sowie der starken Verflechtung von wirtschaftlichen Strukturen noch erhöht.¹²⁸ Sicherlich werden bei B2C-Verträgen Schäden in Form von entgangenem Gewinn nicht anfallen, doch kann es zu Mangelfolgeschäden von erheblichem Ausmass kommen. Falls z.B. der Händler-Verkäufer trotz einiger Mängelanzeigen ein bestimmtes Modell eines Wasserkochers weiterhin verkauft und es zu einem Brand im Haus des Verbrauchers kommt, dann könnte neben der Produkthaftungsklage gegen den Hersteller auch eine Klage gegen den Verkäufer wegen leichter Fahrlässigkeit angestrengt werden.

Aufgrund der Unvorhersehbarkeit solcher Ansprüche ist es nur schwer möglich, diese in die Risikokalkulationen einzubeziehen und einzupreisen.¹²⁹ Dieses Problem verschärft sich dadurch, dass bei Mangelfolgeschäden auf Seiten des Verkäufers ein Informationsdefizit vorhanden ist: Obwohl er ein durchschnittliches Schadenspotential kennt, wird er Faktoren beim Käufer, die den Schaden erhöhen, nicht einschätzen können.¹³⁰ Das heisst, dass der Verkäufer ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seine Haftung für leichte und sogar grobe Fahrlässigkeit auszuschliessen. Die Gültigkeit dieses Ausschlusses sollte hingegen differenziert betrachtet werden.

Eine Haftungsausschluss für grobfahrlässiges Verschulden im Anwendungsbereich von Art. 199 oder 101 OR sollte u.E. nicht in AGB erlaubt sein.¹³¹ Einerseits sind solche Normen auch im internationalen Umfeld das «Minimum» für eine AGB-Kontrolle und normalerweise in

¹²⁵ Siehe bspw. H&M (Ziff. 8: «H&M haftet bei Tod oder Körperverletzung, wenn dies durch Fahrlässigkeit unsererseits oder der unserer Mitarbeiter und Beauftragten verursacht wurde»), Internet: https://www2.hm.com/de_ch/customer-service/legal-and-privacy/terms-and-conditions.html (Abruf 6.8.2021).

¹²⁶ Ein grosser Teil der Lehre sieht einen solchen Haftungsausschluss für Körperschäden bereits ausserhalb von AGB als unzulässig an, siehe BUOL (FN 39), N 336; ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2018, 305; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), N 3094; HUGUENIN (FN 40), N 2642; NICOLAS KUONEN, Le contrôle des conditions générales: L'envol manqué du phénix, SJ 2014 II, 1 ff., 17; JÖRG SCHMID, Freizeichnungsklauseln, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 307 ff., 316 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (FN 39), N 24.14; offengelassen vom Bundesgericht: BGE 60 II 341 E. 3. Die Unzulässigkeit von solchen Klauseln ist im ausgehandelten Vertrag u.E. hingegen nicht zwingend gegeben, siehe hierzu ausführlich: MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden, AJP 2016, 910 ff.; KOLLER (FN 55), N 60.20 ff.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 3), Art. 100 N 4.

¹²⁷ OESCH (FN 110), 42 f.; GERHARD WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, in: Horst Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis, Tübingen 2011, 1 ff., 44. Man denke hier bspw. an den Mülleramazonenpapageien-Fall (BGE 133 III 257), wo bei einem Verkauf von sechs Vögeln (Kaufpreis CHF 4800) ein Schaden von CHF 2 Millionen entstanden ist.

¹²⁸ Siehe ausführlich: PHILIPP S. FISCHINGER, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, Habil., Tübingen 2015, 746 ff.

¹²⁹ Vgl. zur Vorhersehbarkeitsregel als Grenze eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs EVA DRUEY, Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung, Basel 2004; FLORIAN FAUST, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäss Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), Tübingen 1996.

¹³⁰ ATAMER (FN 29), 467.

¹³¹ Vgl. auch BGH, VIII ZR 141/06, 19.9.2007, E. II. 2. c bb (N 15; bezüglich des Kilometerstands eines Gebrauchtwagens), wo eine umfassende Freizeichnung für grobes Verschulden auch im unternehmerischen Verkauf als unzulässig in AGB gewertet wurde (offengelassen wurde hingegen, ob auch eine Haftungsbeschränkung anstelle einer umfassenden Freizeichnung zulässig gewesen wäre). Bestätigt in: BGH, VIII ZR 26/14, 4.2.2015, E. II 1 b (N 16; bezüglich eines Motorschadens bei einem Gebrauchtwagen).

schwarzen Listen aufgeführt.¹³² Andererseits geht es bei der Grobfahrlässigkeit um die Missachtung «elementarer Vorsichtsmassnahmen».¹³³ Auch wenn es Konstellationen gibt, in denen der Verkäufer sich berechtigterweise gegen seine eigene Grobfahrlässigkeit absichern möchte, ist der Ort hierfür nicht die AGB, sondern ein ausgehandelter Vertrag.

Dies sollte unabhängig davon gelten, ob das grobe Verschulden beim Verkäufer selbst oder bei dessen Hilfsperson liegt.¹³⁴ Einerseits ist es dem Verkäufer wesentlich leichter als dem Käufer möglich, auf seine Erfüllungshelfer einzuwirken und mit ausreichender Überwachung und gezielter Ausbildung solche Mängel zu verhindern.¹³⁵ Schliesslich wählt er sie aus, instruiert und kontrolliert sie – der Kunde hingegen kann keinen Einfluss auf das Verhalten der Hilfsperson ausüben.¹³⁶ Andererseits gibt es so auch für die Hilfspersonen einen Anreiz, weniger Fehler zu begehen, da der Verkäufer den Schaden aufgrund des Regressanspruchs an sie weitergeben könnte.¹³⁷ Zudem erhält der Verkäufer auch den Nutzen sowie die Vorteile durch den Einsatz von Hilfspersonen; er sollte deshalb auch für ihre Handlungen einstehen.¹³⁸ Ohnehin erscheint eine Differenzierung von Verkäufer und Hilfsperson in der heutigen Zeit nicht mehr angebracht, da die Arbeitsteilung die Regel und nicht mehr die Ausnahme bildet.¹³⁹

Schwieriger ist hingegen die Frage, wie man mit leichter Fahrlässigkeit umgehen sollte. Relevant ist hier u.E. besonders, dass im Vergleich zur Mängelhaftung bei einem Schadenersatzanspruch regelmässig ein Informationsdefizit auf der Seite des Verkäufers vorliegt. Deswegen sollten Haftungsbeschränkungen für leichte Fahrlässigkeit (auch der Hilfspersonen) in AGB wenigstens dann erlaubt sein, wenn sie sich nur auf Schäden beziehen, die ausserhalb des von den Parteien normalerweise Erwarteten liegen. Anders würde es sich aber verhalten, wenn die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit auch für vertragstypische

und somit voraussehbare Schäden ausgeschlossen wird.¹⁴⁰

3. Ersatz der AGB-Kontrolle durch zwingendes Recht?

Aufgrund der Verbrauchsgüterkauf-RL, die mittlerweile durch die Warenkauf-RL ersetzt worden ist, sind in den Ländern der Europäischen Union die Gewährleistungsrechte zwingend ausgestaltet, d.h., sie können nicht durch Vereinbarung beschränkt werden.¹⁴¹ Es fragt sich, ob dies anstelle der AGB-Kontrolle ein gangbarer Weg für die Schweiz wäre.¹⁴²

Zwingendes Recht rechtfertigt sich allgemein dann, wenn die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen, über welche die Parteien nicht disponieren dürfen.¹⁴³ Werden hingegen «nur» die Interessen der Vertragsparteien berührt, sollte zwingendes Vertragsrecht erst dann greifen, wenn auch eine individuell von Parteien ausgehandelte Klausel zu verwerfen wäre.¹⁴⁴ Dies ist der Fall, wenn sie in sämtlichen Konstellationen missbräuch-

¹³² So in Deutschland und Österreich, siehe FN 121.

¹³³ BGE 107 II 161 E. 7c.

¹³⁴ So auch RUSCH/BORNHAUSER (FN 76), AJP 2010, 1237; vgl. auch KUONEN (FN 126), 17.

¹³⁵ MATTHIAS HAAS, Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse, Diss., Frankfurt am Main 1991, 241; vgl. TOBIAS TRÖGER, Arbeitsteilung und Vertrag, Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Habil., Tübingen 2012, 273, 278 f.

¹³⁶ ATAMER (FN 93), 38 f.; ebenso RUSCH/BORNHAUSER (FN 76), AJP 2010, 1229.

¹³⁷ HAAS (FN 135), 196 f.

¹³⁸ RUSCH/BORNHAUSER (FN 76), AJP 2010, 1229 und 1237.

¹³⁹ Ausführlich: EMMENEGGER/JEGHER/GRAF (FN 76), 188 ff.; KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungshelfer, Bern 1984, 365 ff.

¹⁴⁰ So wird im deutschen Recht die Zulässigkeit von AGB verneint, wenn typischerweise zu erwartende Schäden nicht abgedeckt werden, siehe Staudinger/COESTER-WALTJEN (FN 108), § 309 Nr. 7 N 38; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/DAMMANN (FN 109), § 309 Nr. 7 N 109 f.; BGH VIII ZR 155/99, 27.9.2000, E. XV. 2 a (N 131: Eine formularmässige Begrenzung der Haftung «ist regelmässig unwirksam, wenn sie vertragstypische, vorhersehbare Schäden, die aus der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten entstehen, nicht abdeckt»); BGH, VIII ZR 121/04, 20.7.2005, E. X. 2a (N 121).

¹⁴¹ Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL; Art. 21 Warenkauf-RL; umgesetzt bspw. in Deutschland in § 476 Abs. 3 BGB. Nicht hiervon erfasst ist der Schadenersatzanspruch, siehe FN 120.

¹⁴² So bspw. Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer (16.412) «Modernisierung des Gewährleistungsrechts» vom 16. März 2016. Die gesetzgeberische Entscheidung, eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre sogar in ausgehandelten B2C-Verträgen zu verbieten (Art. 210 Abs. 4 OR), hingegen die Möglichkeit offen zu lassen, kaufrechtliche Gewährleistungsrechte praktisch vollständig gemäss Art. 199 OR wegzubedingen, bildet einen Wertungswiderspruch. Siehe ERNST A. KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, recht 2013, 52; ATAMER/EGGEN (FN 12), 773. Vgl. auch ALESSIA DEDUAL, Kaufrechtliche Verjährung contra legem?, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, St.Gallen 2013, 75 ff., die entgegen den Gesetzesmaterialien die Meinung vertritt, dass Art. 201 Abs. 4 OR als lex specialis Vorrang vor Art. 199 OR zukommt und somit in B2C-Kaufverträgen eine völlige Wegbedingung der Gewährleistung nicht mehr möglich ist.

¹⁴³ OMRI BEN-SHAHAR/OREN BAR-GILL, Regulatory Techniques in Consumer Protection: A critique of European consumer contract law, Common Market Law Review 2013, 109 ff., 115; GERHARD WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, ZEuP 2018, 821 ff., 835. Aus ökonomischer Sicht werden hierbei Nachteile zu Lasten Dritter bzw. der Allgemeinheit externalisiert.

¹⁴⁴ WAGNER (FN 143), 836.

lich wäre,¹⁴⁵ d.h. jede andere Regelung unvertretbar erscheinen würde.¹⁴⁶ Ein Beispiel hierfür wären Fälle der Übervorteilung, der Haftungsbefreiung für vorsätzliche Schadenzufügung oder des Gewährleistungsausschlusses für arglistig verschwiegene Mängel.¹⁴⁷

Es gibt aber gerade im Bereich der Gewährleistung mehrere Gründe, die gegen eine allgemeine zwingende Ausgestaltung sprechen:

Erstens würde eine solche Regelung durch (halb-) zwingendes Recht dazu führen, dass den verschiedenen Verbrauchern bzw. Verkäufern untereinander ein wesentlicher Gestaltungsspielraum genommen wird.¹⁴⁸ Es gibt nämlich Konstellationen, in denen die Parteien (auch Verbraucher) in vollem Bewusstsein durch Individualabrede auf die Gewährleistungsrechte verzichten wollen – bspw. um einen günstigeren Preis zu erhalten.¹⁴⁹ Zweitens ist auch für den Verkäufer ein solcher Ausschluss wichtig, da er das Haftungsrisiko namentlich bei Gebrauchsgütern nur schwer abschätzen kann.¹⁵⁰ In diesem Sinne erwartet der Verbraucher bei einer gebrauchten Ware nicht dieselbe Gebrauchstüchtigkeit und Lebensdauer wie bei einem neuwertigen Gut.¹⁵¹ Bei älteren Produkten fällt zudem die Differenzierung schwierig, ob Mängel im Übergabezeitpunkt vorhanden waren und durch Verschleiss/falschen Gebrauch entstanden sind.¹⁵² Es erscheint deshalb bspw. bezüglich Gebrauchtwagen in Ordnung, wenn der Händler sich über den genauen Zustand des Fahrzeugs nicht informiert und sich die kostspieligen Untersuchungen erspart, dafür aber zu einem geringeren Preis verkauft.¹⁵³

Zuletzt kommen im wirtschaftlichen Massenverkehr solche individualvertraglichen Haftungsausschlüsse realistischweise oft auf Initiative des Kunden (bspw. Gebrauchsgütern) oder bei einem Tarifwahlmodell vor.¹⁵⁴

In diesem Sinne hat die Inhaltskontrolle von AGB gegenüber zwingendem Recht den Vorteil, dass es das mildere Mittel darstellt.¹⁵⁵ Dies bedingt aber, dass die AGB-Kontrolle ernsthaft und konsequent durchgesetzt wird. Da jedoch die Schweizer Gerichte bis heute davon Abstand gehalten haben, sollte für B2C-Verträge über Neuwaren die regulatorische Alternative der zwingenden Normen nicht ganz ausgeschlossen werden.¹⁵⁶

4. AGB-Kontrolle bei B2B-Kaufverträgen?

Im Rahmen dieses Beitrages kann die Frage, ob AGB-Bestimmungen bzw. in AGB enthaltene Haftungsausschlussklauseln im unternehmerischen Verkehr auch der Inhaltskontrolle unterliegen sollten, nur angestreift werden.¹⁵⁷ Wie weit das oben für B2C-Verträge erläuterte¹⁵⁸ Argument der rationalen Ignoranz auch für B2B-Geschäfte hervorgebracht werden kann, ist eine kontrovers diskutierte Frage.¹⁵⁹ Es liegt jedoch auf der Hand, dass auch im unternehmerischen Rechtsverkehr das Verhältnis des Vertragswerts zu den AGB bezogenen Informationskosten ausschlaggebend sein wird: je höher der Vertragswert, desto niedriger die Informationskosten im Vergleich zum Vertragswert, sodass vom Kunden erwartet werden

¹⁴⁵ WAGNER (FN 127), 37.

¹⁴⁶ JOSEF DREXL, Zwingendes Recht als Strukturprinzip des Europäischen Verbrauchervertragsrechts?, in: Michael Coester et al. (Hrsg.), *Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, München 2004, 771 ff., 788.

¹⁴⁷ WAGNER (FN 143), 836.

¹⁴⁸ YESIM M. ATAMER, Do we really need special provisions for business-to-consumer Sales?, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *35 years CISG and beyond*, Den Haag 2016, 185 ff., 202; DREXL (FN 146), 788 f.; HASSEMER (FN 111), 101 f. Vgl. allgemein zur Problematik der unbeabsichtigten Nebenfolgen der Regulierung STEFAN BECHTOLD, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts*, Tübingen 2010, 92 ff.

¹⁴⁹ SIMON LAIMER, *Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungsverpflichtungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vertraglichen Leistungsbegrenzung am Beispiel von Qualitätsvereinbarungen beim Warenkauf sowie anhand der Definition des Haftpflichtversicherungsfalles*, Habil., Tübingen 2020, 294; WAGNER (FN 127), 38 f.

¹⁵⁰ DREXL (FN 146), 778.

¹⁵¹ DREXL (FN 146), 787.

¹⁵² WAGNER (FN 127), 39.

¹⁵³ MICHAEL MARTINEK, *Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr*, in: Stefan Grundmann (Hrsg.), *System-*

bildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2000, 511 ff., 537 ff.

¹⁵⁴ MATTEO FORNASIER, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht*, zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. München, Berlin 2013, 251.

¹⁵⁵ WAGNER (FN 143), 835.

¹⁵⁶ Vgl. ATAMER/EGGEN (FN 12), 773; ATAMER/HERMIDAS (FN 6), AJP 2020, 66.

¹⁵⁷ Vgl. dazu JENTSCH (FN 98), 85 f.; KRAMER (FN 74), 320 ff.; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 95), N 515–516; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (FN 39), N 46.06 ff.; ESTHER WIDMER, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG*, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2015, 170 ff.; ISABELLE WILDHABER, *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr*, SJZ 2011, 537 ff. Vgl. zum deutschen Recht jüngst LEUSCHNER AGB-BACH (FN 93), Teil 3 Gewährleistungsklauseln, N 1 ff., und LEUSCHNER AGB-LEUSCHNER (FN 93), Teil 3 Freizeichnungsklauseln, N 1 ff.

¹⁵⁸ Siehe oben IV.B.

¹⁵⁹ Vgl. dazu LEYENS/SCHÄFER (FN 93), 790 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (FN 95), N 8 ff.; LARS LEUSCHNER, *AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen*, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2014, passim.

kann, dass er verhandelt.¹⁶⁰ Da Unternehmer wiederholt gleichartige Verträge abschliessen, kann auch davon ausgegangen werden, dass ein bestimmter Lerneffekt in B2B-Verträgen eintritt.¹⁶¹ Das heisst, dass die Informationsbeschaffung bezüglich AGB und die Suche nach besseren Konditionen kostengünstiger ausfallen werden.

Trotzdem gibt es aber auch in B2B-Geschäften Konstellationen, in denen die Verhandlungsposition des Unternehmers nicht besser ist als die des Konsumenten, da eine Informationsproblematik bzw. Ausnutzung der marktmächtigen Position gegeben ist.¹⁶² Besonders in Kaufverträgen mit kleinen und mittleren Unternehmen wird dieses Problem vermehrt auftreten. In diesen Fällen ist die negative Auswirkung des Marktversagens für Handelsleute genauso gegeben. Ein pauschaler Ausschluss von B2B-Geschäften aus der AGB-Kontrolle erscheint deswegen als verfehlt.¹⁶³

V. Fazit

Der Bedarf zur höchstrichterlichen Klärung des Verhältnisses von Art. 100 und Art. 199 OR wird aus dem vorliegenden Beitrag evident. Unseres Erachtens kann eine sinnvolle Trennlinie durch die Unterscheidung zwischen

Kenntnis bzw. Unkenntnis des Mangels beim Vertragschluss und der Verursachung des Mangels bzw. der fehlerhaften Nacherfüllung erreicht werden. Ausschluss der Haftung für grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels einer Stückschuld sollte gemäss Art. 199 OR erlaubt sein. Handelt es sich hingegen um die Verursachung eines Mangels, so ist auf Art. 100 OR abzustellen und eine Haftungsbeschränkung für grobfahrlässiges Handeln als nichtig zu qualifizieren. Wird ein Haftungsausschluss nicht individuell vereinbart, dann müssen andere Grenzen beachtet werden, so dass unter Umständen sogar ein Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit verboten sein kann.

Es wäre vielleicht aber auch an der Zeit, Art. 100, 101 und 199 OR einer Gesetzesrevision zu unterziehen. Weder das strikte Verbot von Art. 100 OR, für grobe Fahrlässigkeit die Haftung auszuschliessen, noch die Möglichkeit, sogar bei Arglist der Erfüllungsgehilfen einer Haftung zu entkommen, entsprechen den Bedürfnissen der heutigen wirtschaftlichen Verhältnisse. Es vermag auch nicht zu überzeugen, dass die Grenzen eines Haftungsausschlusses für so diverse Fälle wie etwa einen M&A-Vertrag¹⁶⁴ in der Höhe von CHF 60 Millionen, einen Grundstückskauf für CHF 3 Millionen und den Kauf eines Computers für CHF 1000 gleichermassen strikt oder locker geregelt werden. Haftungsbeschränkungen, die so weit gehen, dass sie dem Käufer «sämtliche Gewährleistungsrechte» wegnehmen, und solche, die «nur» das Recht auf Rücktritt ausschliessen oder den Schadenersatz auf die Höhe des Verkaufspreises begrenzen über den gleichen Kamm zu scheren, überzeugt genauso wenig.

Eine Lösung, welche der Einzelfallgerechtigkeit mehr Raum lässt, müsste gezwungenermassen die konkreten Vertragsparteien, deren Verhandlungsstärken, die Höhe der Informationskosten und den Inhalt der jeweiligen Vertragsklausel mitberücksichtigen. Pauschale Verbote im Gesetz entbehren jedoch gerade dieser nötigen Flexibilität, unterschiedlichen Interessen gerecht zu werden. Ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit entspricht in manchen Konstellationen einer ausgehandelten, rationalen Entscheidung der Parteien, die vor dem Gesetz auch standhalten sollte. In all den Fällen, in denen es an einem ausgehandelten Vertrag fehlt, sollte stattdessen eine effektive AGB-Kontrolle praktiziert werden. Dieser Ansatz gäbe der Praxis sowie der Rechtsanwendung die nötige Marge, eine den unterschiedlichen Interessen der Parteien gerecht werdende Lösung zu finden.

¹⁶⁰ ROUVEN F. BODENHEIMER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen und deutschen Recht*, Frankfurt 2012, 199; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (FN 95), N 10; The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor by Command of Her Majesty Laid before the Scottish Parliament by the Scottish Ministers February 2005, N 2.40 und 5.55; LEUSCHNER (FN 159), 290; LEYENS/SCHÄFER (FN 93), 790 ff.; TOBIAS MIETHANER, *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, Tübingen 2010, 209–211; SCHÄFER/OTT (FN 111), 554–555; HANS SCHULTE-NÖLKE, *No Market for «Lemons»: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, *European Review of Private Law* 2015, 195 ff., 212 f.; ANDREAS STOMPS, *Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln*, Baden-Baden 2011, 292.

¹⁶¹ LEYENS/SCHÄFER (FN 93), 784.

¹⁶² Vgl. z.B. jüngst die EU-Regelungen zu zwei solcher situativen Ungleichgewichtslagen in B2B-Bereichen: Verordnung 2019/1150 vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und Richtlinie 2019/633 vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette. Beide Regelungen verbieten diverse Klauseln und Praktiken in B2B-Verträgen.

¹⁶³ Vgl. zur diesbezüglichen Kritik der neuen Fassung des Art. 8 UWG KRAMER (FN 74), 320 ff.; JÖRG SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, ZBJV 2012, 1 ff., 7; WILDHABER (FN 157), 537 ff.

¹⁶⁴ Zur Anwendbarkeit von Art. 199 OR auf M&A-Verträge vgl. z.B. RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, *M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 427–428.