



Kauf von Grundeigentum – Verträge und Vertragsgestaltung

Kaufverträge über neu erstellte Bauten sind aktuell stark zugunsten der Verkäufer formuliert; ob sie auf Dauer rechtssicher sind, ist eher zweifelhaft. Eine käuferfreundlichere Ausgestaltung der Verträge könnte als Qualitätsmerkmal genutzt und zur Abhebung von der Konkurrenz umgesetzt werden.

■ Von **Susanne Hirschberg, LL.M., Rechtsanwältin**

Kernaussagen

- Verträge über den Kauf von neu erstelltem Grundeigentum sind in der aktuellen Marktsituation aufgrund der Freizeichnung der gesetzlichen Gewährleistung einseitig zugunsten der Verkäufer ausgestaltet.
- Die Durchsetzung von abgetretenen Ansprüchen auf werkvertragliche Gewährleistung ist für Käufer mit einer Vielzahl von tatsächlichen Hürden und rechtlichen Hindernissen verbunden.
- Dies bietet Verkäufern kurzfristige Vorteile, beinhaltet aber auch eine gewisse Rechtsunsicherheit und Risiken für einen möglichen Images-Schaden.
- Eine käuferfreundlichere Ausgestaltung der Verträge könnte als Qualitätsmerkmal genutzt und zur Abhebung von der Konkurrenz umgesetzt werden.

Aktuelle Situation auf dem Immobilienmarkt

Der Immobilienboom in der Schweiz hält noch immer an und verzeichnet gemäss zahlreichen Studien ein stetiges Wachstum. Unter anderem begünstigt durch die niedrigen Zinsen für Hypotheken, wechseln immer mehr Menschen von Miete zu Wohneigentum. Dabei hat insbesondere die Eigentumsform des Stockwerkeigentums in den letzten 15 Jahren erheblichen Zuwachs erfahren. So wurden beispielsweise gemäss den neusten statistischen Zahlen im Jahr 2015 im Kanton Zürich rund 7000 Wohnungen und Einfamilienhäuser verkauft, wobei der grösste Teil davon Stockwerkeigentum ist (Quelle: Medienmitteilung März 2017 des statistischen Amtes des Kantons Zürich).

Bei den Verträgen, die über diese Immobiliengeschäfte geschlossen werden, lässt sich feststellen, dass diese immer mehr einseitig

zulasten der Käufer formuliert sind und ein deutliches Ungleichgewicht in den Rechten und Pflichten der beiden Vertragsparteien aufweisen.

WICHTIGER HINWEIS

Beim Vertrag über den Erwerb einer Liegenschaft – sei dies ein einzelnes Haus oder auch eine Wohnung im Stockwerkeigentum – gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit. Von einigen wenigen gesetzlichen Anforderungen abgesehen können die Parteien den Inhalt der entsprechenden Verträge daher wie in anderen Bereichen des Vertragsrechts weitgehend frei bestimmen.



Gesetzliche Anforderungen, wonach ein Verkäufer einer neuen Sache einem Käufer Gewähr für deren Mangelfreiheit leisten muss, können grundsätzlich durch ausdrückliche gegenseitige Vereinbarung wegbedungen werden. Wenn die Parteien eine Einigung erzielt haben, muss der Vertrag für seine Rechtswirksamkeit notariell beurkundet werden. Das heisst, dass er vor einem Notar unterzeichnet werden muss. Dieser Notar hat zwar eine gesetzliche Aufklärungsverpflichtung, und er ist auch aufgefordert, den Parteien allfällige Fragen zu dem Vertrag zu erläutern. Der Notar ist aber kein Vertreter des Käufers oder des Verkäufers, sondern er amtiert als neutraler Dritter in einem öffentlichen Amt. Es ist insbesondere nicht seine Aufgabe, dafür zu sorgen, dass ein vertragliches Gleichgewicht in den Rechten und Pflichten der beiden Vertragsparteien erzielt wird.

Eine wichtige Einschränkung in Bezug auf die einzelnen Klauseln des Immobilien-Kaufvertrages diktiert in der freien Marktwirtschaft regelmässig der Markt, der in Bezug auf den Vertragsgegenstand herrscht.

Für Grundeigentumskaufverträge in der Schweiz ist festzustellen, dass seit einigen Jahren vor allem in Bereichen von Städten und Agglomerationen ein deutlicher «Verkäufermarkt» herrscht.

Das heisst, dass einem Angebotsdefizit an Wohneigentum ein Nachfrageüberschuss entgegensteht. Durch die aktuelle Preispolitik der Banken wird dieser Effekt noch weiter verstärkt. Für ein einzelnes Kaufobjekt interessiert sich in der Regel eine Vielzahl von Kaufinteressenten.

Dies ermöglicht es dem Verkäufer, die Bedingungen des Kaufs und somit auch die Klauseln des Kaufvertrages nach seinen Vorlieben zu bestimmen und die hier existierenden gesetzlichen Spielräume weit auszuschöpfen. Wenn ein Käufer auf diese Bedingungen nicht eingeht, gibt es eine Vielzahl von anderen Käufern, die den Kauf unter den vom Verkäufer vorgegebenen Bedingungen tätigen.

Wegbedingung der kaufvertraglichen Gewährleistung

Aus dieser Marktsituation heraus hat sich in den letzten Jahren eine Usanz entwickelt, wonach beim Verkauf neu erstellter Liegenschaften die kaufvertragliche Gewährleistung des Käufers vollständig wegbedungen wird. Soweit beide Vertragsparteien dem zustimmen und diese Klausel sich in einem notariell beurkundeten Kaufvertrag befindet, ist dies grundsätzlich rechtlich zulässig. Eine Einschränkung besteht lediglich dort, wo Mängel arglistig verschwiegen werden, wo bestimmte Eigenschaften ausdrücklich zugesichert werden oder wo ein grobes Verschulden des Verkäufers vorliegt. Wegen Sittenwidrigkeit wird überdies eine Freizeichnung für Personenschäden ebenfalls als nichtig angesehen; diese hat in der Praxis aber nur sehr selten Relevanz (Beispiel: Asbest-Kontamination). Der gerichtlich verwertbare Nachweis, dass im Einzelfall ein Mangel arglistig verschwiegen wurde oder dass eine bestimmte Eigenschaft ausdrücklich zugesichert wurde oder dass einem Verkäufer ein grobes Verschulden vorzuwerfen ist, ist in der Praxis einer Vielzahl von Schwierigkeiten unterworfen und mit den Beweislastfordernissen vor Gericht häufig nur sehr schwierig zu erbringen. Die im notariellen Kaufvertrag enthaltene umfangreiche



Wegbedingung der Gewährleistung ist daher fast umfassend zulässig und erweist sich in einer Vielzahl der Fälle (derzeit noch) als durchsetzbar.

Diese Wegbedingung der kaufvertraglichen Gewährleistung bei neu erstellten Liegenschaften wird damit begründet, dass dem Käufer stattdessen die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte gegen den Erbauer der Liegenschaft «übertragen» werden. Manche Verkäufer scheinen der Auffassung zu sein, dass dies beinahe gleichwertig sei. Dies ist rechtlich aus drei Gründen heikel: **erstens** deswegen, weil gar nicht klar ist, ob das überhaupt zulässig ist: Das Bundesgericht verneint beispielsweise die Abtretbarkeit des Minderungs- und des Wandelungsrechts. Diese zulässige vertragliche Klausel ist damit faktisch unwirksam. Somit verbleibt als einziges werkvertragliches Gewährleistungsrecht, welches der vorbesitzende Ersteller einer Überbauung noch an den Käufer abtreten kann, das Nachbesserungsrecht.

Hierzu ist aber in der Lehre **zweitens** heftigst umstritten, wie «oft» dieses Nachbesserungsrecht überhaupt abgetreten werden kann. Wenn die Ansprüche auf Nachbesserung bereits dem ersten Käufer einer Wohnung im Stockwerkeigentum abgetreten wurden, hat der Verkäufer und Ersteller der Baute dann überhaupt noch ein «weiteres» Nachbesserungsrecht, welches dem zweiten, dritten etc. Käufer ebenfalls abgetreten werden kann? Dies wird überwiegend verneint. Daraus ergibt sich dann die Folge, dass die zulässige und grundsätzlich allenfalls wirksame vertragliche Klausel faktisch unbrauchbar ist.

Drittens stellt sich in der Praxis bei Vorliegen eines Mangels eine Vielzahl von Fragestellungen über die tatsächliche Durchsetzbarkeit des abgetretenen Nachbesserungsanspruchs: Welche Rechte wurden mit der Abtretung genau übertragen? Trotz anderslautender Formulierungen im Kaufvertrag nur die Nachbesserungsrechte? An wen wurden diese Rechte übertragen? An den ersten Käufer einer Stockwerkeigentumseinheit? An einen einzelnen Stockwerkeigentümer oder an die Stockwerkeigentümergeinschaft als Ganze? Gegen wen ist ein abgetretener Anspruch geltend zu machen? Wer ist beispielsweise verantwortlicher Unternehmer dafür, dass im Keller der Liegenschaft plötzlich Wasserflecken auftreten? An wen sind in diesem Fall die Mängelrügen zu richten? Fraglich ist in vielen Fällen überdies, ob die gesamte Stockwerkeigentümergeinschaft einen Prozess zur Durchsetzung des Nachbesserungsanspruchs führen muss oder ob dies ein einzelner Stockwerkeigentümer verlangen kann.

Die auch auf den Notariaten bestehende Unsicherheit darüber, inwieweit Mängelrechte

überhaupt an einen Käufer übertragen werden können, hat im Alltag dazu geführt, dass die Liegenschafts Kaufverträge nun noch um einiges unverständlicher und komplizierter geworden sind.

So lautet beispielsweise die entsprechende Formulierung im Kanton Zürich gemäss den Vorlagen des Notariatsentwurfs eines Kaufvertrages hierzu:

«Soweit diese Ansprüche nicht abtretbar sein sollten, ermächtigt die veräussernde Partei die erwerbende Partei (bzw. die Stockwerkeigentümergeinschaft) zur Ausübung der Mängelrechte. Die entsprechenden Rechte müssen eventuell im Namen der veräussernden Partei, aber auf Kosten und Rechnung der erwerbenden Partei durchgesetzt werden.»

WICHTIGER HINWEIS



Es ist bekannt, dass Verträge, die klar formuliert sind und kaum Auslegungsspielraum haben, viel problemloser gelebt werden als solche, bei denen nicht eindeutig klar ist, was damit gemeint ist. Auch wenn es zu der vorab aufgeführten Klausel aufgrund ihrer neueren Erscheinungsform noch nicht allzu viel Rechtsprechung gibt, ist daher ersichtlich, dass diese Klausel viel eher «Juristenfutter» darstellt, als dass sie dazu geeignet wäre, den Vertragsparteien klar aufzuzeigen, wie bei Auftreten eines Mangels genau vorgegangen werden muss.



Entwicklungsprognose

Auf das deutliche Ungleichgewicht in der Ausgestaltung der Liegenschafts Kaufverträge sind mittlerweile auch die Marktschützer aufmerksam geworden. So gibt es bereits Stimmen, die fordern, zumindest bei grösseren Anbietern von Immobilien die Kaufverträge unter dem lauterkeitsrechtlichen Schutz des Art. 8 UWG zu prüfen.

Demnach handelt insbesondere unlauter, wer *«allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen»*.

Hier ist zwar festzuhalten, dass es sich bei Immobilienkaufverträgen nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Zumindest in den Fällen, in denen grosse Immobilienunternehmen aber mehrere Verkäufe tätigen (beispielsweise mehrere Stockwerkeigentumswohnungen in einer Überbauung) und hierfür jeweils fast gleichlautende Kaufverträge verwenden, werden diese von der Rechtsprechung unter den Aspekten der allgemeinen Geschäftsbedingungen behandelt. Die grundsätzlich bejahte Zulässigkeit der vertraglichen Wegbedingung ist damit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten unterworfen. Die Anwendung von Art. 8 UWG würde nämlich dazu führen, dass Kaufvertragsklauseln, die ein derartiges *«erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis»* aufweisen, im schlimmsten Falle als unwirksam und nichtig angesehen werden. Es ist nicht auszuschliessen, dass es in nächster Zeit ein

gerichtliches Verdikt geben wird, welches diese Ausschlüsse als unzulässig erachtet, wenn sie in einer Vielzahl gleichlautender Verträge verwendet werden.

Bereits zum jetzigen Zeitpunkt ist zudem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu berücksichtigen, wonach vertragliche Abreden, die in Grundstückskaufverträgen die Gewährleistung des Verkäufers teilweise oder gar vollständig wegbedingen, im Streitfall jeweils restriktiv auszulegen sind. Bei Unsicherheiten in der kaufvertraglichen Formulierung muss daher oft davon ausgegangen werden, dass diese eher zum Nachteil des Verkäufers ausgelegt werden.

WICHTIGER HINWEIS

Festzuhalten ist, dass in diesem Bereich aktuell eine vergleichsweise hohe rechtliche Unsicherheit besteht. Ob geschlossene Verträge sich als derart fest und sicher erweisen, wie das derzeit von den Hauptakteuren vermutet wird, muss aufgrund dieser neueren Tendenzen stark bezweifelt werden.



Möglichkeiten für Unternehmen der Immobilienwirtschaft

Ein kluger Unternehmer wäre aufgrund dieser Unsicherheiten gefordert, sich bereits jetzt damit auseinanderzusetzen, ob er in diesem Strom mitschwimmen und die Kaufverträge über seine Immobilien derart verfassen will oder ob er sich vielmehr aus der Masse emporheben und stattdessen Verträge mit ausgewogeneren Mechanismen einsetzen möchte. Den absehbaren Tendenzen in der Rechtsprechung könnte bereits jetzt mit einer Aufweichung der vertraglichen Normen begegnet werden. Dies würde erheblich zur

Rechtssicherheit der geschlossenen Verträge beitragen.

So könnte beispielsweise als Alternative eine Abtretung der Gewährleistungsrechte erst nach Ablauf der 2-jährigen Garantiefrist vereinbart werden. Damit würde der Verkäufer innerhalb der ersten zwei Jahre nach Erstellung des Bauwerks die Ausübung allfälliger Mängelrechte gegenüber dem erstellenden Unternehmer noch selbst vornehmen. Sofern die Frist vertraglich an die Abnahme des Bauwerks geknüpft wird (und nicht an den Abschluss des Kaufvertrages oder die Eigentumsübertragung an einen Käufer), würde sich dies tatsächlich ohne grössere Schwierigkeiten umsetzen lassen.

Zwar bestehen die rechtlichen Unsicherheiten in Bezug auf die Möglichkeiten und die Zulässigkeit der Abtretung nach Ablauf der 2-jährigen Garantiefrist auch dann noch. Da sich eine grosse Zahl von Baumängeln aber in den ersten zwei Jahren nach Abnahme zeigt, wird zumindest das vertragliche Ungleichgewicht bei einer derartigen Klausel deutlich abgemindert. In diesem Zeitfenster wäre dann noch immer der Verkäufer für die Mängelbehebung pflichtig. Selbst bei restriktiver Auslegung von Vertragsbestimmungen würden derartige Klauseln dazu beitragen, dass beurkundete Liegenschafts Kaufverträge sich am Ende auch als durchsetzbar erweisen.



AUTORIN

Susanne Hirschberg, LL.M., Rechtsanwältin, ist Inhaberin der Kanzlei hirschrecht in Zürich mit Schwerpunkten im Baurecht und Vertragsrecht.

BAU/IMMOBILIEN



WEKA Praxis-Seminar

Bauwerkvertrag nach SIA und OR

Senken Sie Aufwand und Kosten dank besserer Verträge

Sichere Bauwerkverträge abschliessen und teure Haftungsfälle vermeiden

In diesem Seminar zeigen Ihnen unsere Experten klipp und klar auf, was Sie beim Abschluss von Verträgen tun sollten, um Risiken sinnvoll aufzuteilen, wie Sie Probleme bei der Abwicklung vermeiden und wie Sie am besten vorgehen, wenn Ansprüche gegen Sie erhoben werden.

Jetzt informieren und anmelden:

www.praxisseminare.ch oder Telefon 044 434 88 34



Nächster Termin

- Donnerstag, 7. September 2017
1 Tag, 09:00–17:00 Uhr

Veranstaltungsort: Technopark Zürich

Seminarleitung:

Dipl. Architekt ETH/SIA, lic. iur. **Hans Stoller**
Dr. iur. **Matthias Streiff** Rechtsanwalt