



## 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 Konsumentkaufverträgen
    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 Beschränkung<sup>1</sup> der Mangelgewährleistung beim Kaufvertrag grosszügiger fest.<sup>2</sup> Nur bei einem arglistigen Verschweigen<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

\* 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.

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Vgl. unten III. für eine Übersicht.