

## Vertragsfloskeln\*

Prof. Dr. ALFRED KOLLER

Professor an der Hochschule St. Gallen

*Il est fréquent que les parties à un contrat de vente immobilière introduisent dans leur contrat sur proposition du notaire, une série de clauses dont la portée n'est pas toujours voulue; on parle alors de «clauses de style». Comme ces textes concernent le plus souvent l'exclusion ou la limitation de la garantie pour les défauts, ils ont en pratique une grande importance. L'auteur rappelle et propose quelques règles générales à ce sujet.*

1. Im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen ist immer wieder von sogenannten Vertragsfloskeln die Rede<sup>1</sup>. Unter einer Vertragsfloskel wird eine Bestimmung des öffentlich beurkundeten Grundstückskaufvertrages verstanden, die von der Urkundsperson ohne Verlangen der Parteien in den Vertrag aufgenommen wird und die ungültig ist, weil vom Vertragskonsens nicht erfasst.

Mit dieser merkwürdigen Erscheinung hatte sich auch schon das Bundesgericht zu befassen, erstmals in BGE 60 II 444. Zur Beurteilung stand ein Vertrag, welcher unter anderem bestimmte: «Gewährleistung ist wegbedungen.» Die Vorinstanz, das Zürcher Obergericht, hatte festgestellt, dass solche Gewährleistungsklauseln im zürcherischen Grundstücksverkehr auf die Zeit der ersten Fassung des privatrechtlichen Gesetzbuches zurückgingen und den Zweck hatten, den Verkäufer vor der Haftung für die damals noch zahlreichen, nirgends eingetragenen und darum oft ihm selbst unbekanntem dinglichen Rechte zu schützen; seither werde die Klausel von den Urkundsbeamten Übungsgemäss weiter verwendet, wobei die Parteien in den wenigsten Fällen darüber sprechen würden. Das Bundesgericht führte dann aus:

«Diese Feststellungen (sc. des Zürcher Obergerichts) sind tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG verbindlich. Darnach erscheint fraglich, ob der Klausel überhaupt irgendwelche rechtliche Wirkung zuerkannt werden kann. Wenn sie in den Kaufverträgen im Grunde genommen nur noch als traditionelle Formel mitgeführt wird, über deren Bedeutung sich die Parteien in den meisten Fällen gar nicht mehr Rechenschaft geben – und dafür, dass es sich im vorliegenden Fall anders verhalten habe, liegen keine Anhaltspunkte vor –, so fehlt der äusseren Erklärung der entsprechende innere Parteiwille, ohne den eine verbindliche Abrede nicht zustande kommt. Zum mindesten aber darf der Klausel beim erwähnten Sachverhalt nicht der weitgehende, jede Gewährspflicht ausschliessende Sinn beigelegt werden, den sie nach dem Wortlaut haben könnte.»

Unter welchen Voraussetzungen nun aber eine verbindliche, wenn auch eng zu interpretierende Vertragsklausel vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine völlig ungültige Klausel, somit eine Vertragsfloskel, das bleibt nach der Lektüre des Entscheids unklar. Spätere Entscheide bringen insoweit keine Verdeutlichung, auch kantonale Urteile nicht. Auf die Problematik soll daher hier näher eingetreten werden. Ich beschränke mich dabei auf Klauseln, mit denen die Gewährleistung des Verkäufers wegbedungen wird (*Enthauptungsklauseln*), da in der Praxis offenbar nur diese eine Rolle spielen.

2. Von einer Vertragsfloskel – insoweit besteht allseits Einigkeit – kann zum vornherein nur gesprochen werden, wenn die Urkundsperson eine Klausel selbständig in den öffentlich beurkundeten Vertrag einfügt, das heisst ohne Verlangen der Parteien und ohne Besprechung mit diesen. Eine solche Klausel ist nach Jäggi<sup>2</sup>, der sich in der Schweiz wohl am eingehendsten mit dem Problem der Vertragsfloskeln befasst hat, in bezug auf den konkreten Einzelvertrag als **vorgeformter Vertragsinhalt** aufzufassen. Die Vertragsfloskeln behandelt er entsprechend im Zusammenhang mit der Geltung vorgeformter Vertragsinhalte.

Diesem Ansatzpunkt ist nur mit Vorbehalten zuzustimmen. Gerade die wichtigsten vorgeformten Vertragsinhalte, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), haben mit den hier interessierenden, von der Urkundsperson in den Vertrag eingefügten Klauseln wenig gemeinsam. Namentlich macht es hinsichtlich der Geltung, die freilich in beiden Fällen eine vertragliche Übernahme voraussetzt<sup>3</sup> (unten Ziff. 3), einen erheblichen Unterschied, ob ein Vertragsinhalt von einer Partei für die Aufnahme in den Vertrag vorgeschlagen wird oder ob ein

\* Nach einem im März 1988 vor dem Luzerner Juristenverein gehaltenen Vortrag.

<sup>1</sup> Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N 496 f. zu Art. 1 OR, auf den *Kramer*, N 211 zu Art. 1 OR, verweist; für das französische Recht *Lecomte*, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris 1935, S. 305 ff. Aus der Rechtsprechung: LGVE 1986 I, Nr. 8, S. 10 ff.; AGVE 1966, S. 13 f., BGE 60 II 436 ff., 83 II 401 ff. (dazu *Merz*, ZBJV 1959, S. 56).

<sup>2</sup> *Schönenberger/Jäggi*, zit. in Anm. I.

<sup>3</sup> Das ist der Grundsatz. Ausnahmsweise erlangt eine von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag eingefügte Klausel auch Geltung, ohne dass sie vom Vertragskonsens erfasst ist (vgl. unten Ziff. 4/a am Ende).

Dritter (die Urkundsperson) eine Vertragsklausel selbstständig in den Vertrag einfügt. Sodann bestehen auch die spezifischen AGB-Probleme (Stichworte: ungerechtfertigte Risikoüberwälzung auf den «AGB-Kunden»; faktische Unmöglichkeit des «Kunden», bei Nichteinverständnis mit AGB-Klauseln deren Abänderung zu erlangen) bei den hier interessierenden vorgeformten Inhalten nicht. Die daran anschliessenden Regelungsvorschläge (z. B. strengere Geltungskontrolle bei Gerichtsstandsklauseln oder Inhaltskontrollen, die über die nach Art. 19 ZGB zulässigen Kontrollen hinausgehen; s. nun auch Art. 8 UWG) spielen denn auch im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

3. Von der Urkundsperson selbstständig in den Vertrag eingefügte Enthaftungsklauseln haben (selbstverständlich!) nicht aus sich selbst heraus **Geltung**, sondern **nur bei vertraglicher Übernahme**<sup>4</sup>. Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze. Ein natürlicher Konsens (tatsächliche Einigung) ist somit nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt auch ein sogenannter normativer, aus dem Vertrauensprinzip abgeleiteter Konsens. Ein solcher darf jedoch nicht leichthin angenommen werden, was aus dem Umstand folgt, dass die Parteien in der Regel nicht mit einer Vertragsergänzung durch die Urkundsperson rechnen müssen und dürfen. Jedenfalls müssen (dürfen) sie nicht damit rechnen, dass die Urkundsperson den Vertrag in einem *wesentlichen Punkt* ergänzt. Der Verkäufer darf daher – von Ausnahmen abgesehen – nicht damit rechnen, dass der Käufer die Enthaftungsklausel als solche versteht und akzeptiert; vielmehr muss er nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Käufer messe der Klausel keine rechtserhebliche Bedeutung bei oder er habe sie – da er mit ihr nicht zu rechnen brauchte – überhaupt übersehen. Umgekehrt muss der Käufer nicht davon ausgehen, der Verkäufer wolle die Enthaftungsklausel; vielmehr darf er davon ausgehen, der Verkäufer habe die Klausel gar nicht erkannt oder ihr zumindest nicht die ihr zukommende objektive Tragweite beigemessen beziehungsweise darf er davon ausgehen, der Verkäufer würde die Enthaftungsklausel – sollte er sie bemerken und ihre objektive Tragweite erkennen – zur Diskussion stellen.

4. Nach dem Gesagten können von der Urkundsperson ohne Verlangen der Parteien in den Vertrag eingefügte Enthaftungsklauseln gültig sein, sie sind es jedoch nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse. Das soll im folgenden konkretisiert werden. Dabei unterscheide ich folgende **Fälle**:

a) *Der Verkäufer hat den Inhalt der Enthaftungsklausel erkannt, und er vertraut darauf, der Käufer habe den Inhalt der Enthaftungsklausel ebenfalls erkannt und stimme ihr zu*<sup>5</sup>. Dieses Vertrauen ist grundsätzlich nicht schützenswert, weil der Käufer – wie gesagt – im Normalfall nicht damit rechnen muss, dass die Urkundsperson den Vertrag ergänzt und daher der Verkäufer nicht annehmen darf, der Käufer stimme der Enthaftungsklausel zu. Vorbehalten sind Fälle, in denen der Verkäufer aus besonderem Anlass annehmen darf, der Käufer habe um den Klauselinhalt gewusst, so etwa, weil er dem betreffenden Käufer schon mehrere Grundstücke verkauft und jeweils die Haftung wegbedungen hatte.

Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, verdient der Verkäufer keinen Schutz. Vielmehr ist ihm der Vorwurf zu machen, er hätte den Käufer auf die Bedeutung der Klausel hinweisen müssen. Das Unterlassen eines solchen Hinweises ist im allgemeinen mit der Ungültigkeit der Klausel zu sanktionieren. Und zwar auch dann, wenn der Käufer die objektive Tragweite der Klausel sehr wohl erkannt hat. Denn der Käufer darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Verkäufer habe mit der Einfügung der Enthaftungsklausel durch die Urkundsperson nicht gerechnet und daher die Tragweite der Klausel nicht erkannt oder er habe sie zwar erkannt, er hätte jedoch darauf hingewiesen, wenn er ihr hätte Geltung verschaffen wollen<sup>6</sup>. Nur wenn der Käufer erkennt, dass der Verkäufer von der Gültigkeit der Klausel ausgeht, wird man ihm – dem Käufer – Protest zumuten und an die Unterlassung eines Protests die Gültigkeit der Klausel knüpfen dürfen. Der Käufer kann diesfalls nicht einwenden, er habe die Klausel nicht gewollt und der Käufer habe nach Treu und Glauben nicht auf deren Bestand vertrauen dürfen (Unbeachtlichkeit der Mentalreservation).

Die Geltung der Enthaftungsklausel gründet diesfalls bei genauerer Betrachtung nicht in vertraglicher Übernahme (weder willens- noch vertrauens-theoretische Gesichtspunkte sprechen für die Geltung), sondern in einer selbstständigen Regel. Es gibt noch andere Regeln dieser Art, so etwa betreffend AGB die Unklarheitenregel, welche letztlich einen Dissens-Tatbestand betrifft<sup>7</sup> und vorsieht, dass die unklare Klausel trotz des Dissenses gilt, und zwar mit der für den «AGB-Kunden» günstigsten Bedeutung.

b) *Der Verkäufer hat den Inhalt der Klausel erkannt, geht aber davon aus, der Käufer sei mit der Klausel eventuell nicht einverstanden. Diesfalls rechtfertigt*

<sup>4</sup> Zu einem Sonderfall siehe unten Ziff. 4/a am Ende.

<sup>5</sup> Zu denken ist etwa an den Fall, da der Verkäufer schon verschiedentlich Grundstücke verkauft hat, und dies jeweils mit einer Enthaftungsklausel, so dass er mit Selbstverständlichkeit von der Geltung der Enthaftungsklausel auch für den konkreten Vertrag ausgeht.

<sup>6</sup> Wenn also sowohl der Verkäufer als auch der Käufer den Inhalt der Klausel erkennen und gegen deren Aufführung im Vertrag nicht op-

ponieren beziehungsweise die Klausel nicht zur Diskussion stellen, so wirkt sich dieses «Schweigen» zulasten des Verkäufers aus. Ihn von der Gewährleistung entgegen der gesetzlichen Dispositivordnung zu befreien, besteht bei dem fraglichen Tatbestand kein Anlass.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. *Christoph Bürgi*, Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1985, S. 175, 180.

sich die Geltung der Klausel unter keinem Gesichtspunkt. Dem Käufer schadet es – anders als beim vorigen Tatbestand – namentlich auch nicht, wenn er gegen die Einfügung der Klausel in den Vertrag nicht opponiert hat, obwohl er deren Tragweite erkannte und ihm auch bewusst ist, dass der Verkäufer die Klausel will. Zwar wäre es dem Käufer in diesem Fall zumutbar, gegen die Klausel zu protestieren. Noch viel mehr aber dürfte vom Verkäufer erwartet werden, dass er die Klausel zur Diskussion stellt. Dem Käufer muss unter diesen Umständen der Einwand offenbleiben, die Klausel nicht gewollt zu haben. Mit andern Worten ist eine Mentalreservation beachtlich<sup>8</sup>.

- c) *Der Verkäufer hat die Klausel übersehen oder zumindest deren Tragweite nicht erkannt.* Auch in diesem Fall muss die Klausel generell als ungültig angesehen werden. Es sind weder vertrauens- noch willentheoretische noch irgendwelche andern Gesichtspunkte ersichtlich, die für eine Gültigkeit der Klausel sprechen würden. Unerheblich ist namentlich auch, ob der Käufer den Inhalt der Klausel erkannt hat. Selbst wenn dies zutrifft, ist ihm der spätere Einwand, der Verkäufer sei bei Vertragsabschluss nicht von der Gültigkeit der Klausel ausgegangen, offenzuhalten.

Somit hätte wohl in BGE 60 II 444 auf Nichtgeltung der Enthauptungsklausel erkannt werden müssen. Denn die Parteien hatten sich nach den vorne zitierten Feststellungen des Bundesgerichts über die Bedeutung der Klausel keine Rechenschaft gegeben<sup>9</sup>.

**5. In beweiswürdiger Hinsicht** ist festzuhalten: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Parteien die Trag-

weite einer von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag aufgenommenen Enthauptungsklausel nicht erfasst beziehungsweise die Klausel überhaupt nicht bemerkt haben (so im Ergebnis wohl auch BGE 60 II 444, vgl. den oben zitierten Auszug). Die Partei, welche geltend macht, die andere Partei habe den Inhalt der Klausel gekannt oder unter den konkreten Umständen kennen müssen, hat dies demnach zu beweisen.

6. Ist eine von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag eingefügte Klausel nach den dargestellten Kriterien gültig, stellt sich die weitere Frage ihrer **Auslegung**. Insofern lässt sich eine generell enge Auslegung, wie sie zum Teil befürwortet wird<sup>10</sup>, nicht rechtfertigen. Die Auslegung folgt vielmehr den allgemeinen Grundsätzen. Zu beachten ist allerdings, dass auch «normal vereinbarte» Enthauptungsklauseln insofern eng auszulegen sind, als sich der Gewährleistungsausschluss nur auf Tatbestände bezieht, mit denen die Parteien vernünftigerweise rechnen mussten (BGE 107 II 161 ff.<sup>11</sup>).

7. Es versteht sich von selbst, dass Urkundspersonen nicht befugt sind, Enthauptungsklauseln selbständig in den Vertrag aufzunehmen<sup>12</sup>. Ihre Belehrungspflicht verlangt eine Besprechung der Klausel mit den Parteien. Pflichtverletzungen können haftbar machen. Angesichts dessen überraschen Feststellungen wie die folgende:

«Es ist gerichtsnotorisch, dass auch im Kanton Luzern der Hinweis, wonach jede Gewähr wegbedungen werde, routinemässig in die Kaufverträge aufgenommen wird, ohne ausdrückliches Verlangen der Parteien und ohne nähere Besprechung.»<sup>13,14</sup>

<sup>8</sup> In der Lehre findet sich die Auffassung, die Mentalreservation einer Partei sei auch dann unbeachtlich, wenn die Gegenpartei «den geheimen Vorbehalt durchschaute» (*Kramer*, N 54 zu Art. 1 OR). Nach dem Gesagten vermag ich dem nicht vollumfänglich zuzustimmen (Beachtlichkeit der Mentalreservation sogar in Fällen, in denen sie nicht erkannt wurde). Die weitere Auffassung, wonach die insgeheim nicht gewollte Erklärung gültig ist, wenn der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt nicht erkennt, dürfte in dieser Allgemeinheit ebenfalls kaum zutreffen. Man wird vielmehr unterscheiden müssen, ob derjenige, der den geheimen Vorbehalt macht, den in Frage stehenden Vertragspunkt zur Diskussion stellen müsste oder die Gegenpartei (vgl. im Text). Je nachdem ist die Mentalreservation beachtlich beziehungsweise unbeachtlich.

<sup>9</sup> Die Ungültigkeit einer Enthauptungsklausel hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Vertragsrests. Namentlich kann sich der Verkäufer nicht im Sinne des Art. 20 Abs. 2 OR darauf berufen, er hätte den Vertrag ohne die Enthauptungsklausel nicht geschlossen.

<sup>10</sup> Vgl. LGVE 1986 I, Nr. 8, S. 10 ff.

<sup>11</sup> Zu diesem Entscheid *Wessner*, BR 1987, S. 10 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Pfäffli*, BN 1987, Nr. 37, S. 142 f.; AGVE 1966, S. 14.

<sup>13</sup> LGVE 1986 I, S. 12; ähnlich für den Kanton Aargau AGVE 1966, S. 14.

<sup>14</sup> Der vorstehende Text bezieht sich – wie gesagt – auf Enthauptungsklauseln. Entsprechendes gilt aber auch für andere Vertragsklauseln, durch welche der von den Parteien ausgehandelte Vertrag abgeändert oder in einem wesentlichen Punkt ergänzt wird. Teilweise Abweichendes dürfte höchstens für Klauseln gelten, welche den Vertrag lediglich in einem untergeordneten Punkt ergänzen, z. B. hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten. Für solche Fälle ist folgendes anzunehmen: Die Parteien, welche im Beurkundungsverfahren formell erklären, eine solche Klausel als Vertragsinhalt zu wollen, müssen die Klausel gelten lassen, wenn sie um deren Bestand wissen. Und zwar auch dann, wenn sie deren Sinn nicht erkannt haben. Der Einwand einer Partei, den Inhalt der Klausel nicht gekannt zu haben, kann nicht gehört werden. Denn jede Partei, die erkannt hat, dass der Urkundsbeamte eine Klausel eingefügt hat, muss davon ausgehen, dass dadurch der Vertrag in einem untergeordneten Punkt «neutral» ergänzt werden soll, ansonst die Klausel ja überhaupt ohne Bedeutung wäre. Freilich ist möglich, dass der Notar rechtlich bedeutungslose Klauseln einfügt (z. B. einen Hinweis auf eine gesetzliche Regel wie etwa Art. 54 VVG), doch dürfen die Parteien wohl nicht annehmen, dass die Urkundsperson zum vornherein nur solche Regeln einfügt.