



St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft
Universität St. Gallen

Stefan Lorenz Marti

Der Verdacht als Mangel

unter besonderer Berücksichtigung der
kaufrechtlichen Gewährleistung nach OR



DIKE 

ST. GALLER SCHRIFTEN ZUR RECHTSWISSENSCHAFT (SGRW)

SGRW Band 54

Herausgegeben von der Juristischen Abteilung
der Universität St. Gallen

Dr. iur. Stefan Lorenz Marti

Der Verdacht als Mangel

**unter besonderer Berücksichtigung der
kaufrechtlichen Gewährleistung nach OR**

DIKE 

ST. GALLER DISSERTATION

Abdruck der an der Universität St. Gallen auf Antrag von
Prof. Dr. Arnold F. Rusch und Prof. Dr. Vito Roberto
genehmigten Dissertation Nr. 5388.

Publiziert gemäss dem Open-Access-Gold-Standard.
Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
www.dike.ch

Text © Stefan Lorenz Marti 2024

ISBN (Paperback): 978-3-03891-676-5 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN (PDF): 978-3-03929-051-2

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-051-2>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Vorwort

Im Rahmen eines Sommerpraktikums in einer Wirtschaftskanzlei in St. Gallen stiess ich in der Bibliothek zufällig auf die Dissertation eines Kanzleipartners. Dieser gab einleitend das folgende Zitat wieder:

*I'm glad I did it, partly because it was worth to do it,
but mostly because I shall never have to do it again.*

Diese Zeilen wie auch Berichte anderer Kollegen liessen mich zwar erheblich zweifeln, aber schlussendlich nicht davon abbringen, selbst eine Dissertation zu verfassen. Die akribische Auseinandersetzung mit einer rechtswissenschaftlichen Fragestellung bereitete mir zugegeben nicht immer, aber doch ganz überwiegend Freude. Daneben konnte ich selbstredend von der Festigung und Erweiterung meiner juristischen Kenntnisse profitieren. Um einiges wertvoller gewichte ich aber die Wirkung der mir angeeigneten Arbeitsmethodik, die für das Verfassen einer Dissertation vonnöten ist. Glücklicherweise, so kann ich nun berichten, habe ich mich für das Doktorat entschieden. Einen massgeblichen Anteil daran hat die Betreuung durch Prof. Dr. Arnold F. Rusch, dem ich meinen besonderen Dank ausspreche. Ihm ist es sofort gelungen, meine Neugier für den Verdacht als Mangel zu wecken. Er hat diese Abhandlung durch seine Unterstützung und durch seine Anregungen geprägt. Ausserdem bedanke ich mich bei Prof. Dr. Vito Roberto, der thematische Probleme und Schwachstellen in meinen Überlegungen geradewegs benennen konnte.

Ich blicke also auf eine gleichsam erfüllende wie auch lehrreiche Zeit zurück und hoffe, mit diesen Worten etwaige Aspiranten nicht davor abzuschrecken, sondern zu ermuntern oder in ihrem bereits gefassten Entschluss zu bestärken, selbst eine Dissertation zu verfassen.

St. Gallen, im Juni 2023

Stefan Marti

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI
Judikaturverzeichnis	XXXVII
Zusammenfassung.....	XLI
Abstract.....	XLII
Résumé.....	XLIII
Einleitung.....	1
I. Problemstellung	3
II. Gliederung und Vorgehensweise	5
Teil 1: Untersuchung des Verdachts.....	7
I. Der massgebende Verdachtsbegriff.....	8
II. Kategorien des Verdachts	14
III. Der Verdacht und der merkantile Minderwert.....	22
Teil 2: Der Verdacht als Sachmangel.....	39
I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	40
II. Die Anforderungen an den Verdacht	70
III. Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	113
IV. Gefährübergang	131
V. Prüfung und Rüge des Verdachts.....	134
VI. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung.....	139
VII. Ansprüche des Käufers bei Verdacht.....	147
Teil 3: Der Verdacht als Rechtsmangel	151
I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	153
II. Die Anforderungen an den Verdacht	177
III. Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	180
IV. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung.....	183
V. Ansprüche des Käufers bei Verdacht.....	185

Inhaltsübersicht

Ergebnis	191
Anhang	193

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI
Judikaturverzeichnis.....	XXXVII
Zusammenfassung.....	XLI
Abstract.....	XLII
Résumé.....	XLIII
Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	3
II. Gliederung und Vorgehensweise.....	5
Teil 1: Untersuchung des Verdachts.....	7
I. Der massgebende Verdachtsbegriff.....	8
A. Der Verdacht als gegenwärtige ungesicherte Tatsachenlage.....	8
B. Der Verdacht als Tatsachenwürdigung.....	9
1. Die Bildung eines Verdachts als innere Würdigung von Tatsachen.....	9
2. Objektiver Massstab bei der Tatsachenwürdigung.....	10
3. Subjektiver Massstab bei den Kenntnissen des Käufers.....	10
C. Der Verdacht und die Gefahr.....	11
II. Kategorien des Verdachts.....	14
A. Der Verdacht vor und nach Leistungserbringung.....	14
1. Der nach Sachübergabe bestehende Verdacht.....	14
2. Der vor Sachübergabe bestehende Verdacht.....	14
B. Der offene und der versteckte Verdacht.....	14
C. Der Verdacht als Mangel und der Verdacht eines Mangels.....	15
1. Ruschs Vorschlag.....	15
2. Würdigung.....	16
2.1 Zum Verdacht als Mangel.....	16
2.1.1 Mediale Reaktion als ungeeignetes und nicht erforderliches Mangelkriterium.....	16

2.1.2 Begriffsklärung: Faktum ausserhalb der Physis der Kaufsache.....	17
2.2 Zum Verdacht eines Mangels	18
D. Der originäre und der derivative Verdacht.....	19
1. Der originäre Verdacht.....	19
2. Der derivative Verdacht	20
3. Relevanz der Unterscheidung	21
III. Der Verdacht und der merkantile Minderwert.....	22
A. Der Begriff des merkantilen Minderwerts	22
B. Der Ersatz des merkantilen Minderwerts.....	22
1. Im Allgemeinen.....	22
2. Zum Erfordernis einer Reparatur im Speziellen	24
C. Dogmatische Einordnung des merkantilen Minderwerts.....	25
D. Das Verhältnis zwischen Verdacht und merkantilem Minderwert	27
1. Meinungsstand	27
2. Stellungnahme zu Einzelpositionen der Lehre.....	28
2.1 Walter/Korves.....	28
2.2 Schwenger/Tebel	29
3. Untersuchung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale.....	30
3.1 Der konkrete und nicht ausräumbare Verdacht	30
3.2 Die Trias des merkantilen Minderwerts	30
4. Trias Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge	33
4.1 Der verdachtsbegründende Umstand	33
4.2 Das Risiko bzw. der Verdacht	33
4.3 Die Verdachtsfolge	34
5. Zwischenfazit	34
6. Konsequenzen	35
6.1 Der merkantile Minderwert als genuiner Mangel.....	35
6.2 Keine besonderen Anforderungen an den Mangelverdacht	36
6.3 Keine konkrete Schadensberechnung des merkantilen Minderwerts	37
Teil 2: Der Verdacht als Sachmangel.....	39
I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	40
A. Der simplifizierte Mangelbegriff nach Art. 197 Abs. 1 OR	40
1. Der Mangel nur noch als Fehlen von Eigenschaften	40

2.	Zugesicherte und vorausgesetzte Eigenschaften.....	41
3.	Ergebnis und Rechtsvergleich.....	42
B.	Der Verdacht und die Eigenschaften der Kaufsache.....	43
1.	Der Eigenschaftsbegriff.....	43
2.	Der Verdacht als wirtschaftliche Eigenschaft.....	44
C.	Folgen der Qualifikation als Eigenschaft.....	45
1.	Keine Verletzung der Beweislastregel.....	45
2.	Kein Erfordernis eines Sondergewährleistungsrechts.....	48
3.	Ausschluss anderer Möglichkeiten der Erfassung eines Verdachts.....	48
D.	Das Verhältnis zwischen Verdacht und körperlichem oder rechtlichem Fehler..	49
1.	Alternatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsbezogenem Fehler.....	49
2.	Kumulatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsfremdem Fehler.....	51
2.1	Im Allgemeinen.....	51
2.2	Der Verdacht und Handelsverbote im Speziellen.....	51
E.	Die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften nach Art. 197 Abs. 1 OR.	53
1.	Das Fehlen vereinbarter wirtschaftlicher Eigenschaften.....	53
2.	Das Fehlen vorausgesetzter wirtschaftlicher Eigenschaften.....	54
2.1	Grammatikalische Auslegung.....	55
2.2	Historische Auslegung.....	55
2.2.1	Munzingers Entwurf.....	55
2.2.2	Das Obligationenrecht von 1881.....	56
2.2.3	Das Obligationenrecht von 1911.....	57
2.2.4	Würdigung.....	58
2.3	Systematische Auslegung.....	59
2.3.1	Systematisch-logische Auslegung.....	59
2.3.2	Systematisch-teleologische Auslegung.....	60
2.4	Teleologische Auslegung.....	63
2.4.1	Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts.....	63
2.4.2	Ökonomische Betrachtung.....	65
2.5	Rechtsvergleichung.....	66
2.6	Ergebnis der Auslegung.....	68
F.	Zwischenergebnis.....	68
II.	Die Anforderungen an den Verdacht.....	70
A.	Vorbemerkungen.....	70
B.	Anforderungen nach Massgabe der Formel des BGH.....	70

1.	Die Verdachtsformel des BGH.....	70
2.	Der konkrete, gewichtige oder naheliegende Verdacht.....	71
2.1	Überblick über die Rechtsprechung.....	71
2.1.1	Lebensmittel.....	71
2.1.2	Grundstücke.....	72
2.1.3	Fahrzeuge.....	74
2.2	Rezeption im Schrifttum.....	74
2.3	Würdigung.....	75
2.3.1	Die Bildung der Verdachtsformel und ihre Auswirkungen auf die Praxis.....	75
2.3.2	Systematisierung der verschiedenen Begriffe.....	76
2.3.3	Die Folgeschwere und die Eintretenswahrscheinlichkeit als zweidimensionale Hilfskriterien.....	77
2.3.4	Stellungnahme zu von der Horst.....	80
3.	Die gesundheitsgefährdende Beschaffenheit.....	81
4.	Die Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr.....	83
4.1	Überblick über die Rechtsprechung.....	83
4.2	Stand der Lehre.....	83
4.3	Würdigung.....	84
5.	Zwischenergebnis.....	85
C.	Anforderungen nach Massgabe von Art. 197 Abs. 1 OR.....	85
1.	Das Fehlen der Eigenschaft «verdachtsfrei».....	86
1.1	Die positive und die negative Eigenschaftsumschreibung.....	86
1.2	Das Bestehen eines Verdachts.....	86
1.3	Der körperliche Bezug des Verdachts.....	87
1.4	Der Beweis des Verdachts.....	87
1.4.1	Der Beweis derivativer Verdachtsmomente.....	87
1.4.2	Der Beweis originärer Verdachtsmomente.....	89
2.	Die Verdachtsfreiheit als vereinbarte Eigenschaft.....	90
3.	Die Verdachtsfreiheit als vorausgesetzte Eigenschaft.....	90
3.1	Der nach Treu und Glauben fehlende Verdacht.....	90
3.2	Die erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit.....	91
3.2.1	Im Allgemeinen.....	91
3.2.2	Die Unzumutbarkeit des Gebrauchs im Speziellen.....	91
3.3	Die erhebliche Minderung des Werts.....	93
3.3.1	Wertbestimmende Faktoren.....	93
3.3.2	Der Zeitpunkt der Bestimmung des Minderwerts.....	94
3.3.3	Kein Markterfordernis.....	95

3.3.4	Die Kausalität zwischen Verdacht und Minderwert.....	95
3.3.5	Der Beweis des Minderwerts	96
3.3.6	Die Erheblichkeit des Minderwerts.....	98
3.4	Fallgruppen der vorausgesetzten Verdachtsfreiheit.....	100
3.4.1	Geminderte Handelbarkeit	100
3.4.2	Gesundheitsgefährdende Beschaffenheit	100
3.4.3	Geminderte Genussmöglichkeit	101
3.4.4	Erschwerung der Bebaubarkeit	102
3.4.5	Frühzeitiger Verschleiss	103
3.4.6	Gehäuftes Auftreten von Mängeln	107
3.4.7	Merkantiler Minderwert	107
4.	Spezialfälle.....	109
4.1	Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft.....	109
4.2	Kollision von Eigenschaften	110
D.	Zwischenergebnis	111
III.	Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	113
A.	Vorbemerkungen.....	113
B.	Die belastete Vertragspartei	114
1.	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	114
2.	Würdigung	115
2.1	Prüfung als Obliegenheit des Käufers.....	115
2.2	Prüfung als Nachbesserung durch die Verkäuferin	116
2.3	Beseitigung oder Bestätigung durch Dritte oder Zufall	117
C.	Der Umfang der Untersuchung	117
1.	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	117
2.	Würdigung	118
2.1	Last als Obliegenheit des Käufers.....	118
2.2	Last als Nachbesserung durch die Verkäuferin	119
D.	Die Bestätigung des Verdachts.....	120
1.	Tatbestand und Beweis der Bestätigung	120
2.	Das Verhältnis zum versteckten Mangel.....	121
3.	Rechtsfolge der Bestätigung	121
E.	Die Ausräumung des Verdachts	122
1.	Tatbestand der Ausräumung.....	122
1.1	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	122
1.2	Würdigung.....	123
1.2.1	Die rechtzeitige und die verspätete Widerlegung.....	123

1.2.2 Die vollständige Widerlegung nebst entfallenden Verdachtsfolgen	124
1.2.3 Die vollständige Widerlegung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen	125
1.2.4 Die Abschwächung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen ...	126
2. Der Beweis der Ausräumung	126
3. Rechtsfolgen der Ausräumung	128
3.1 Die rechtzeitige Ausräumung	128
3.2 Die verspätete Ausräumung	128
F. Zwischenergebnis	130
IV. Gefährübergang	131
A. Stand der Lehre und der Rechtsprechung	131
B. Würdigung	132
V. Prüfung und Rüge des Verdachts	134
A. Die Prüfung des Verdachts	134
1. Im Allgemeinen	134
2. Die Stichprobenprüfung im Besonderen	134
B. Die Rüge des Verdachts	136
1. Im Allgemeinen	136
2. Die Eventualrüge im Besonderen	137
2.1 Problemstellung und Meinungsstand	137
2.2 Würdigung	137
VI. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung	139
A. Vertragliche Beschränkung	139
1. Die Wegbedingung der Haftung bei Verdacht	139
2. Schranken der Wegbedingung	140
2.1 Im Allgemeinen	140
2.2 Aufklärungspflichten beim Grundstückkauf	141
2.3 Aufklärungspflichten beim Fahrniskauf	142
2.4 Aufklärungspflicht trotz vorvertraglicher Verdachtsausräumung ...	143
B. Gesetzlicher Ausschluss	145
VII. Ansprüche des Käufers bei Verdacht	147
A. Abwarten der Nachbesserungsfrist	147
B. Wandelung	147
C. Minderung	148
D. Ersatzleistung	148

E. Nachbesserung.....	148
F. Schadenersatz.....	149
G. Willensmängel	149
Teil 3: Der Verdacht als Rechtsmangel	151
I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	153
A. Der Mangelbegriff nach Art. 192 Abs. 1 OR.....	153
1. Die Rechtsgründe des Dritten	153
1.1 Stand der Lehre und der Rechtsprechung	153
1.1.1 Das bessere Recht des Dritten.....	153
1.1.2 Das Verhältnis zum rechtlichen Sachmangel	154
1.2 Würdigung.....	155
1.2.1 Der Rechtsgrund als taugliches Unterscheidungskriterium.....	155
1.2.2 Exklusives Verhältnis zwischen Rechts- und Sachgewährleistung	155
2. Die Entwehrung	158
2.1 Begriff und Umfang der Entwehrung.....	158
2.2 Das Eviktionsprinzip.....	158
2.3 Relativierungen des Eviktionsprinzips.....	159
2.3.1 Herausgabe ohne richterliche Entscheidung	159
2.3.2 Quasi-Eviktion	160
2.3.3 Eviktionsunfähige bessere Rechte Dritter.....	161
2.3.4 Verzicht des Dritten auf besseres Recht.....	162
2.4 Die Entwehrung der Kaufsache durch strafprozessuale Beschlagnahme	162
2.4.1 Keine Entwehrung während der Beschlagnahme	162
2.4.2 Entwehrung nach Aufhebung der Beschlagnahme	164
3. Immaterialgüterrechte im Speziellen	165
4. Zwischenergebnis.....	166
B. Der massgebende Verdachtsbegriff.....	167
1. Der Rechtsverdacht.....	167
2. Die Eviktionsgefahr	168
3. Verhältnis zwischen Rechtsverdacht und Eviktionsgefahr	168
C. Die Mangelfähigkeit des Rechtsverdachts.....	169
D. Die Mangelfähigkeit der Eviktionsgefahr.....	170
1. Stand der Lehre und der Rechtsprechung	170

2.	Würdigung	171
2.1	Einschränkung des Eviktionsprinzips	171
2.2	Die Eviktionsgefahr als dingliche Last i.S.v. Art. 196 Abs. 1 OR ..	172
3.	Konsequenzen	174
E.	Zwischenergebnis	176
II.	Die Anforderungen an den Verdacht	177
A.	Anforderungen an den Rechtsverdacht	177
1.	Rechtsgrundlage in Art. 194 Abs. 1 OR	177
2.	Die Voraussetzungen im Einzelnen	177
B.	Anforderungen an die Eviktionsgefahr	178
1.	Rechtsgrundlage in Art. 196 Abs. 1 OR	178
2.	Die Voraussetzungen im Einzelnen	178
C.	Zwischenergebnis	179
III.	Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	180
A.	Rechtsverdacht	180
1.	Vorbemerkungen	180
2.	Die Bestätigung des Verdachts	180
3.	Die Ausräumung des Verdachts	180
B.	Eviktionsgefahr	181
1.	Wegfall der Eviktionsgefahr	181
2.	Realisierung der Eviktionsgefahr	182
IV.	Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung	183
A.	Vertragliche Beschränkung	183
B.	Gesetzlicher Ausschluss	183
V.	Ansprüche des Käufers bei Verdacht	185
A.	Ansprüche aus Rechtsgewährleistung	185
1.	Bei Eviktionsgefahr	185
1.1	Grundsatz: Aufrechterhaltung des Vertrags	185
1.2	Ausnahme: Aufhebung des Vertrags	186
1.2.1	Voraussetzung der Aufhebung	186
1.2.2	Rechtsfolge bei Aufhebung	186
2.	Bei Rechtsverdacht	187
B.	Ansprüche des Allgemeinen Teils des OR	187
1.	Willensmängel	187
2.	Nichterfüllung	188
C.	Zivilprozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel	189

1. Die negative Feststellungsklage.....	189
2. Die Streitverkündung	189
2.1 Entstehungsgeschichtliches.....	189
2.2 Formen und Konstellationen der Streitverkündung	190
Ergebnis	191
Anhang	193

Literaturverzeichnis

- AEBI CHRISTIAN, Vermögenssicherung im Strafverfahren, Grundlagen, Tatverdacht, Praxis, Zürich 2020 (zit. AEBI).
- AKIKOL DIANA, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Zürich 2008 (zit. AKIKOL).
- ALVAREZ CIPRIANO et al., Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN).
- ARNOLD STEFAN et al., Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243–304, 13. Aufl., Stuttgart 2014 (zit. Soergel-BEARBEITER/IN).
- ATAMER YEŞİM, Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts, Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, ZSR 2022, 285 ff. (zit. ATAMER).
- ATAMER YEŞİM/EGGEN MIRJAM, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731 ff. (zit. ATAMER/EGGEN).
- ATAMER YEŞİM/GERBER PATRICK, Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?, AJP 2022, 1159 ff. (zit. ATAMER/GERBER).
- ATAMER YEŞİM/HERMIDAS SEMIR, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, AJP 2020, 48 ff. (zit. ATAMER/HERMIDAS).
- BALDI PETER, Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss. Zürich 1975 (zit. BALDI).
- BALKE RÜDIGER, Die Wertminderung bei unfallbeschädigten Fahrzeugen – Teil 1, Technische und merkantile Wertminderung bei verschiedenen Fahrzeugarten, SVR 2014, 371 ff. (zit. BALKE, Wertminderung I).
- DERS., Die Wertminderung bei unfallbeschädigten Fahrzeugen – Teil 2, Bewertungsfaktoren, Bewertungsmethoden, Darlegungs- und Beweisanforderungen, SVR 2014, 408 ff. (zit. BALKE, Wertminderung II).
- BALKE RÜDIGER/REISERT GESINE/JUST OLIVER/SCHULZ-MERKEL PHILIPP, Regulierung von Verkehrsunfällen, 2. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. BALKE/JUST/REISERT/SCHULZ-MERKEL).
- BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT/HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., München 2019 (zit. Bamb.-Roth-Komm.-BEARBEITER/IN).
- BAUMANN MAX/DÜRR DAVID/LIEBER VIKTOR/MARTI ARNOLD/SCHNYDER BERNHARD, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-BEARBEITER/IN).
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551 OR, Bern 1934 (zit. BK-BECKER).
- BECKMANN ROLAND MICHAEL/MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE/SCHERMAIER MARTIN JOSEF (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–480 (Kaufrecht), Berlin 2014 (zit. Staudinger-BEARBEITER/IN).

- BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. St. Gallen 2007 (zit. BRÄNDLI).
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. BK-BREHM).
- BRÜLHART MARCEL, Haftpflicht und gentechnische Risiken (Teil I) – Gedanken zum rechtlichen Umgang mit Unsicherheit, recht 2000, 265 ff. (zit. BRÜLHART).
- BRUNNER CHRISTOPH (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. SHK-BEARBEITER/IN).
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT).
- DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).
- BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-BÜHLER).
- BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996 (zit. BUOL).
- CALABRESI GUIDO, The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis, New Haven/London 1970 (zit. CALABRESI).
- CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, 5 ff. (zit. CANARIS).
- CARONI PIO et al., Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER/IN).
- CAVIN PIERRE, Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, SemJud 1969, 329 ff. (zit. CAVIN, SemJud).
- DERS., Kauf, Tausch und Schenkung, in: Max Gutzwiler et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Basel 1977, 1 ff. (zit. CAVIN, SPR).
- CIRIGLIANO LUCA/RUDIN FLORIAN, Arbeitsniederlegung bei Gefahr, AJP 2023, 446 ff. (zit. CIRIGLIANO/RUDIN).
- CYPRIAN ROBERTO, Die Aliud-Lieferung im Schweizerischen Kaufvertragsrecht, Diss. St. Gallen 1981 (zit. CYPRIAN).
- DAUNER-LIEB BARBARA/LANGEN WERNER (Hrsg.), Nomos Kommentar, BGB, Schuldrecht, Band 2/1, §§ 241–487, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. NK-BEARBEITER/IN).
- DAVID EUGEN, Rechte und Pflichten der Parteien bei Mängeln der Mietsache, in: Yvo Hantgartner (Hrsg.), Das neue Mietrecht, St. Gallen 1991, 47 ff. (zit. DAVID).
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK-BEARBEITER/IN).
- EGLI ANTON, Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes, in: Martin Lendi/Urs Nef/Daniel Trümpy (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, 85 ff. (zit. EGLI).

- EGLI DANIEL, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000 (zit. D. EGLI).
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER/VALLENDER KLAUS (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BV-Komm.-BEARBEITER/IN).
- ELLENBERGER JÜRGEN et al., Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022 (zit. Grüneberg-BEARBEITER/IN).
- ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000 (zit. ENGEL).
- ERGER CHRISTIAN, Der Rücktritt des Käufers beim «Montagsauto», NJW 2013, 1485 ff. (zit. ERGER).
- FÁBIÁN JÁNOS, Schnittstellen und Dissonanzen zwischen strafprozessualer Beschlagnahme (einschl. Einziehung, internationaler Rechtshilfe) und SchKG/ZPO, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren, Bern 2014, 61 ff. (zit. FÁBIÁN).
- FABRICIUS FRITZ, BGB § 459, BGH, Urteil v. 16.4.1969 – VIII ZR 176/66 (OLG Celle), JZ 1970, 28 ff. (zit. FABRICIUS).
- FANKHAUSER ROLAND/KÄMPF CHRISTINA, Der Streit um den Wert des Grundstücks, FamPra 2016, 598 ff. (zit. FANKHAUSER/KÄMPF).
- FASTRICH LORENZ, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992 (zit. FASTRICH).
- FAUST FLORIAN, Argentinische Hasen, belgische Schweine und österreichischer Wein, Der Verdacht als Mangel, in: Thomas Lobinger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 185 ff. (zit. FAUST).
- FELLMANN WALTER/BURGER YVONNE, Der merkantile Minderwert bei Grundstücken, HAVE 2019, 260 ff. (zit. FELLMANN/BURGER).
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN).
- FERRARI FRANCO/KIENINGER EVA-MARIA/MANKOWSKI PETER (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Kommentar, 3. Aufl., München 2018 (zit. Vertragsrecht-BEARBEITER/IN).
- FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016 (zit. Haftpflichtkomm.-BEARBEITER/IN).
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Das Verhältnis von Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers im UN-Recht, IHR 2003, 160 ff. (zit. FOUNTOULAKIS).
- FREY TOM, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2017 (zit. FREY).
- FURRER ROLF, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973 (zit. FURRER).
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019 (zit. GAUCH, Werkvertrag).
- DERS., Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache, ZBJV 1992, 189 ff. (zit. GAUCH, Mängelhaftung).

- GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. SIA 118-Komm.-BEARBEITER/IN).
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 1967 (zit. BK-GAUTSCHI).
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).
- GIGER HANS, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch – die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. Aufl., Bern 1979 (zit. BK-GIGER).
- DERS., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 256–259i OR, Bern 2015 (zit. BK-GIGER).
- GINTER PETRA, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Diss. St. Gallen 2005 (zit. GINTER).
- GRUNEWALD BARBARA, Der Verdacht als Mangel, in: Barbara Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 131 ff. (zit. GRUNEWALD).
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON/DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003 (zit. SHK-HAUSHEER/JAUN).
- HEDEMANN JUSTUS WILHELM, Der Dresdner Entwurf von 1866, Ein Schritt auf dem Wege zur deutschen Rechtseinheit, Berlin 1935 (zit. HEDEMANN).
- HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme, Wesen, Arten und Wirkungen, Zürich 2011 (zit. HEIMGARTNER).
- HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON/WILDISEN CHRISTOPH, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. ZK-BEARBEITER/IN).
- HONSELL HEINRICH, Arglistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 101 ff. (zit. HONSELL, FS Gauch).
- DERS., Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung – Irrungen und Wirrungen, SJZ 2007, 137 ff. (zit. HONSELL, Konkurrenz).
- DERS. (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010 (zit. Springer-Komm.-BEARBEITER/IN).
- DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017 (zit. HONSELL, OR BT).
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013 (zit. HONSELL/ISENRING/KESSLER).

- HUBER CHRISTIAN, Der merkantile Minderwert – das Ausmass des Ersatzes im österreichischen und deutschen Recht, ZVR 2006, 62 ff. (zit. C. HUBER).
- HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893 (zit. HUBER).
- HUBER-LEHMANN MELANIE, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2018 (zit. HUBER-LEHMANN).
- HÜTTE KLAUS, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, 289 ff. (zit. HÜTTE).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. HUGUENIN).
- HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete Leihe, Art. 184–318 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).
- DIES. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).
- JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Beweislast, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-JUNGO).
- KATZ HANS-PETER, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973 (zit. KATZ).
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995 (zit. KELLER/SIEHR).
- KNOCHE JOACHIM, Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines Altlastengrundstücks, NJW 1995, 1985 ff. (zit. KNOCHE).
- KOLLER ALFRED, Anmerkung zum Entscheid des Kantonsgerichts Luzern, 27.01.1992, LGVE 1992, Nr. 16, BR 1995, 94 (zit. KOLLER, Eventualrüge).
- DERS., Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995 (zit. KOLLER, Nachbesserung).
- DERS. (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. Grundstückskauf-BEARBEITER/IN).
- DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT).
- DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR, Band I, Bern 2012 (zit. KOLLER, OR BT).
- DERS., Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015 (zit. KOLLER, Werkvertrag).
- KOLLER THOMAS/JOST DAVID, Rinderlasagne mit Pferdefleisch, Salatgurken mit EHEC-Bakterien, dioxinverseuchtes Schweinefleisch – oft nur ein Verdacht und doch ein Mangel?, in: Peter Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 35 ff. (zit. KOLLER/JOST).
- KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Wien 2020 (zit. KOZIOL).

- KRAMER ERNST, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. KRAMER, *Methodenlehre*).
- DERS., *Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf*, recht 1997, 78 ff. (zit. KRAMER, *Gattungskauf*).
- KRAMER ERNST/PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-BEARBEITER).
- KRÖLL STEFAN/MISTELIS LOUKAS/PERALES VISCASILLAS PILAR (Hrsg.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), A Commentary*, 2. Aufl., München 2018 (zit. Beck-Komm.-BEARBEITER/IN).
- LANDOLT HARDY, *Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht für Autoschäden*, in: René Schaffhauser (Hrsg.), *Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008*, St. Gallen 2008, 89 ff. (zit. LANDOLT).
- LANGE HERMANN/SCHIEMANN GOTTFRIED, *Schadenersatz*, 3. Aufl., Tübingen 2003 (zit. LANGE/SCHIEMANN).
- LANZ MARCEL, *Die Haftung beim medizinischen Einsatz synthetischer Nanopartikel*, Zürich 2020 (zit. M. LANZ).
- LANZ RAPHAEL, *Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz*, recht 1996, 248 ff. (zit. LANZ).
- LAUTNER JULIUS GEORG, *Grundsätze des Gewährleistungsrechtes, Rechtsvergleichende Untersuchungen zu den deutschen Territorialkodifikationen, dem Code civil, den kantonalen Zivilgesetzbüchern und dem schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich 1937 (zit. LAUTNER).
- LÖRTSCHER THOMAS, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, Diss. Zürich 1977 (zit. LÖRTSCHER).
- MAGNUS ULRICH, *Mangelverdacht als Mangel im CISG?*, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II, München 2007, 257 ff. (zit. MAGNUS).
- MAISSEN LUIS, *Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen*, Diss. Zürich 1999 (zit. MAISSEN).
- MAUCHLE YVES, *Normenkonkurrenz im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung*, AJP 2012, 933 ff. (zit. MAUCHLE).
- MERZ HANS, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983*, ZBJV 1985, 177 ff. (zit. MERZ, ZBJV).
- DERS., *Schweizerisches Privatrecht*, Band VI/1, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Basel 1984 (zit. MERZ, SPR).
- MICHEL ANAIS, *Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée?*, *Analyse de la Loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung*, CRIDES Working Paper Series, 2/2019 (zit. MICHEL).
- MIETERINNEN- UND MIETERVERBAND DEUTSCHSCHWEIZ (Hrsg.), *Mietrecht für die Praxis*, 10. Aufl., Zürich 2022 (zit. MfdP-BEARBEITER/IN).

- MÜGGENBORG HANS-JÜRGEN, Der Kauf von Altlastengrundstücken nach der Schuldrechtsmodernisierung, NJW 2005, 2810 ff. (zit. MÜGGENBORG).
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER).
- MUENCH PETER/KASPER LEHNE SABINA/PROBST FRANZ (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. Vertragshandbuch-BEARBEITER/IN).
- MUNZINGER WALTHER, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, Bern 1865 (zit. MUNZINGER).
- NAKAMURA HIDEO, Conformity of Goods with Regulatory Restrictions – BGH Decisions in the Mussels and the Pork Case, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 2011, 53 ff. (zit. NAKAMURA).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).
- OETKER HARTMUT/MAULTZSCH FELIX, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2018 (zit. OETKER/MAULTZSCH).
- OFTINGER KARL/STARK EMIL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK).
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER).
- PASQUIER BRUNO, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen, Unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014 (zit. PASQUIER).
- PILTZ BURGHARD, Internationales Kaufrecht, das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2. Aufl., München 2008 (zit. PILTZ).
- REINICKE DIETRICH/TIEDTKE KLAUS, Kaufrecht, 8. Aufl., München 2009 (zit. REINICKE/TIEDTKE).
- REN QIANXIAO, Die Ersatzvornahme im schweizerischen Zivilrecht, Unter Berücksichtigung der betreffenden Probleme im chinesischen Zivilrecht, Zürich 2021 (zit. REN).
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018 (zit. REY/WILDHABER).
- RIEDER MARKUS/SCHOENEMANN ANDREAS, Korruptionsverdacht, Zivilprozess und Schiedsverfahren, NJW 2011, 1169 ff. (zit. RIEDER/SCHOENEMANN).
- ROBERTO VITO, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 27.8.1998, F. c. U. AG (4C.421/1997), Berufung, BGE 124 III 456, AJP 1999, 342 ff. (zit. ROBERTO, Wandelung).
- DETS., Ersatzfähigkeit abstrakter Schäden, AJP 2019, 1241 ff. (zit. ROBERTO, Ersatzfähigkeit).
- DETS., Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- DETS., Schadensrecht, Basel 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht).
- ROBERTO VITO/PAVATAJ BURIM, Merkantiler Minderwert, AJP 2019, 985 ff. (zit. ROBERTO/PAVATAJ).

- RUSCH ARNOLD, Aliud beim Werkvertrag, BR 2018, 89 ff. (zit. RUSCH, aliud).
- DERS., Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176 ff. (zit. RUSCH, Obsoleszenz).
- DERS., Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff. (zit. RUSCH, Grundlagenirrtum).
- DERS., Schleichwege zur werkvertraglichen Sachgewähr, BR 2017, 289 ff. (zit. RUSCH, Schleichwege).
- DERS., Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff. (zit. RUSCH, Verdacht).
- RUSCH ARNOLD/FISCHBACHER ADRIAN, Deaktivierung von Geräten durch Hersteller, Lösungsansätze im geltenden Recht, in: Wolfgang Portmann et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, 397 ff. (zit. RUSCH/FISCHBACHER).
- RUSCH ARNOLD/SCHWIZER ANGELO, BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19: Verurteilung von Volkswagen als Herstellerin zur Rücknahme eines abgasmanipulierten Fahrzeugs, AJP 2020, 1205 ff. (zit. RUSCH/SCHWIZER, Urteilsbesprechung).
- DIES., Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen, AJP 2016, 1299 ff. (zit. RUSCH/SCHWIZER, Abgasmanipulation).
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT/LIMPERG BETTINA (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 241–310 BGB, 9. Aufl., München 2022 (zit. MK-BEARBEITER/IN).
- DIES., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, §§ 433–534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl., München 2019 (zit. MK-BEARBEITER/IN).
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUDIUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012 (zit. SCHÄFER/OTT).
- SCHISTER ROMAN, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht, Zürich 2021 (zit. SCHISTER).
- SCHLECHTRIEM PETER, BGH, 2.3.2005 – VIII ZR 67/04, Öffentlich-rechtliche Vorgaben für Wareneigenschaften im grenzüberschreitenden Handel, JZ 2005, 844 ff. (zit. SCHLECHTRIEM).
- SCHLEMMINGER HORST, Die Gestaltung von Grundstückskaufverträgen bei festgestellten Altlasten oder Altlastenverdacht, BB 1991, 1433 ff. (zit. SCHLEMMINGER).
- SCHLUEP THOMAS ALEXANDER, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizer Kaufrechts, Diss. Bern 1990 (zit. SCHLUEP).
- SCHMID JÖRG, Die Gewährleistung beim Grundstückskauf, Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, ZBGR 2000, 353 ff. (zit. SCHMID).
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF).
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. Praxiskomm.-SCHMID/JOSITSCH).
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsschlusses, Art. 23–31 OR, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-SCHMIDLIN).

- SCHMOLKE KLAUS ULRICH, Verdacht als Mangel, Einige rechtsökonomische Überlegungen anlässlich der Entscheidung BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 195/13, AcP, 215. Bd., 351 ff. (zit. SCHMOLKE).
- SCHNEIDER ALBERT/FICK HEINRICH, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt [sic] den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, 3. Aufl., Zürich 1893 (zit. SCHNEIDER/FICK).
- SCHÖBI FELIX, Grundlagenirrtum neben Gewährleistung?, Urteilsanmerkung Zivilrecht, BGE 109 II 319 ff., recht 1984, 134 ff. (zit. SCHÖBI).
- SCHÖDLER SARA, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Zürich 2012 (zit. SCHÖDLER).
- SCHÖNLE HERBERT, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–191 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit. ZK-SCHÖNLE).
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit. ZK-SCHÖNLE/HIGI).
- SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIENWIRTSCHAFT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018 (zit. SVIT-BEARBEITER/IN).
- SCHWENZER INGBORG, Conformity of the Goods – Physical Features on the Wane?, in: Ingeborg Schwenzler/Lisa Spagnolo (Hrsg.), State of Play, the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, Den Haag 2012, 103 ff. (zit. SCHWENZER).
- SCHWENZER INGBORG/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020 (zit. SCHWENZER/FOUNTOLAKIS).
- SCHWENZER INGBORG/SCHROETER ULRICH (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München 2019 (zit. Schlechtriem/Schwenzler/Schroeter-BEARBEITER/IN).
- SCHWENZER INGBORG/TEBEL DAVID, Suspicions, mere Suspicions: Non-Conformity of the Goods?, Uniform Law Review 2014, 152 ff. (zit. SCHWENZER/TEBEL).
- SIDLER MAX, Schadensätzung und Gerechtigkeitsgebot, oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, AJP 2005, 535 ff. (zit. SIDLER).
- SIEGENTHALER THOMAS, BGE 145 III 225 vom 20. Mai 2019, BR 2019, 339 ff. (zit. SIEGENTHALER).
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).
- STARK EMIL/LINDENMANN BARBARA, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. BK-STARK/LINDENMANN).
- STÜRNER ROLF (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., München 2021 (zit. Jauernig-BEARBEITER/IN).
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. SK-BEARBEITER/IN).
- TAKEI NAOKI, Die Streitverkündung und ihre materiellen Wirkungen, Basel 2005 (zit. TAKEI).
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016 (zit. TERCIER/BIERI/CARRON).

- THEES ERIK, Zur Verschlichung der Ermittlung der Höhe eines (bautechnisch irrationalen) merkantilen Minderwerts, in: Martin Oswald/Matthias Zöller (Hrsg.), Aachener Bau-sachverständigentage 2018, Wiesbaden 2018, 161 ff. (zit. THEES).
- THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-BEARBEITER/IN).
- TIMKE JAN, Erhöhtes Ausfallrisiko von Medizinprodukten als Produktfehler, NJW 2015, 3060 ff. (zit. TIMKE).
- TONNER KLAUS/GAWEL ERIK/SCHLACKE SABINE/ALT MARINA/BRETSCHNEIDER WOLFGANG, Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, VuR 2017, 3 ff. (zit. TONNER/GAWEL/SCHLACKE/ALT/BRETSCHNEIDER).
- TRACHSEL HERIBERT, Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht, BR 2017, 333 ff. (zit. TRACHSEL, merkantiler Minderwert).
- DERS., Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, Bern 2000 (zit. TRACHSEL, Verantwortlichkeit).
- TRÜMPY DANIEL/KYBURZ KARIN/JENNI HARALD/FREY FRITZ/ROTHENBERGER ADRIAN/IMHOF CHRISTIAN/BAUSCH DANIEL/JUVET ISABELLE/WERZ JEAN-CLAUDE, § 12 Sach- und Vermögensschaden, in: Stephan Weber/Peter Münch (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Aufl., Basel 2015, 533 ff. (zit. TRÜMPY et al.).
- ULMER PETER/BRANDNER HANS/HENSEN HORST (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl., Köln 2016 (zit. Ulmer-BEARBEITER/IN).
- ULRICH JÜRGEN, Der «merkantile Minderwert» bei deutschen Immobilien, Standard oder Axiom, gar Chimäre, bloss ein Irrtum?, in: Martin Oswald/Matthias Zöller (Hrsg.), Aachener Bausachverständigentage 2018, Wiesbaden 2018, 142 ff. (zit. ULRICH).
- VISCHER MARKUS, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019, AJP 2019, 842 ff. (zit. VISCHER, Minderwert).
- DERS., Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1 ff. (zit. VISCHER, Mangelbegriff).
- VOGEL ROLAND, Merkantiler Minderwert, am Beispiel eines Altbau-Mietshauses (Rendite-Objekt), GuG 1997, 151 ff. (zit. VOGEL).
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit. VON BÜREN).
- VON DER HORST RUTGER, Mangelverdacht/Verdachtmangel: Wie verdächtig muss ein Verdacht sein?, NJOZ 2013, 385 ff. (zit. VON DER HORST).
- VUIA MIHAI, Der merkantile Minderwert als Teil des Vermögensschadens, NJW 2012, 3057 ff. (zit. VUIA, merkantiler Minderwert).
- DERS., Der Sachmangel bei Kaufverträgen über Gebrauchtwagen, DS 2015, 111 ff. (zit. VUIA, Gebrauchtwagen).
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).

- WALTER FRANK/KORVES ROBERT, Der merkantile Minderwert beim Immobilienkauf, NJW 2016, 1985 ff. (zit. WALTER/KORVES).
- WALTER HANS PETER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007, 259 ff. (zit. WALTER).
- WANK ROLF, Lieferung von Glykolwein als Falschliefierung, JuS 1990, 95 ff. (zit. WANK).
- WEILENMANN RETO, Drittgeschädigte Personen im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Privatklage-, Aushändigungs- und Zuwendungsanspruchs, Zürich 2020 (zit. WEILENMANN).
- WEISS ALEXANDER, Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, NJW 2021, 1047 ff. (zit. WEISS).
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. WERRO).
- WESTERMANN HARM PETER/GRUNEWALD BARBARA/MAIER-REIMER GEORG, Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 16. Aufl., Köln 2020 (zit. Erman-BEARBEITER/IN).
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Fehlerbegriff und Ersatz vorsorglicher Aufwendungen nach dem PrHG, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2016, Zürich 2016, 75 ff. (zit. WIDMER LÜCHINGER, Fehlerbegriff).
- DIES., Medizinproduktehaftung bei blossem Fehlerverdacht, HAVE 2015, 388 ff. (zit. WIDMER LÜCHINGER, Fehlerverdacht).
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK-BEARBEITER/IN).
- ZELLWEGE-GUTKNECHT CORINNE, Die Gewähr, Risikoverantwortlichkeit als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, Bern 2007 (zit. ZELLWEGE-GUTKNECHT, Diss.).
- DIES., Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung – Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungenrecht, ZBJV 2007, 763 ff. (zit. ZELLWEGE-GUTKNECHT, ZBJV).
- ZÖLLER MATTHIAS, Einleitung, in: Martin Oswald/Matthias Zölller (Hrsg.), Aachener Bau-sachverständigentage 2018, Wiesbaden 2018, 133 ff. (zit. ZÖLLER).

Materialienverzeichnis

- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905) vom 1. Juni 1909 (zit. BBl 1909 III 725).
- Bericht der Redaktionskommission des Obligationenrechtes an die Bundesversammlung vom 14. März 1911 (zit. BBl 1911 I 845).
- Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879 (zit. BBl 1880 I 149).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905 (zit. BBl 1905 II 1).
- Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985 (zit. BBl 1985 I 1389).
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (zit. BBl 2006 7221).
- EKAS Leitfaden für das Durchführungsverfahren in der Arbeitssicherheit, Nr. 6030, 6. Aufl., <https://www.ekas.ch> unter Themen/Grundwissen (Basics) in Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz/Links und Downloads/Unterlagen für Referenten – Ausbildungsunterlagen, besucht am 19. Mai 2023 (zit. EKAS Leitfaden).
- Geständnisvereinbarung (plea agreement) zwischen den USA und der Volkswagen AG vom 11. Januar 2017, <https://www.justice.gov/usao-edmi/page/file/930026/download>, besucht am 7. April 2023 (zit. Geständnisvereinbarung USA / VW AG vom 11. Januar 2017).
- Protokolle der Expertenkommissionen zur Revision des schweizerischen Obligationenrechtes vom 4. Mai 1908 bis 10. März 1909 (zit. Expertenkommission, Sitzung).
- Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband A im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, 2022, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2022-05-01.html>, besucht am 14. April 2023 (zit. Regulierungsfolgenabschätzung).

Abkürzungsverzeichnis

§ / §§	Paragraf / Paragraphen
a	alt
a.A.	alternative Ansicht / am Albis
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten [sic] deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (Republik Österreich)
Abs.	Absatz / Absätze
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht / Aktiengesellschaft / Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	am Main
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAFU	Bundesamt für Umwelt
Bamb.	Bamberger
BB	Betriebs-Berater
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BezGer	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Bundesrepublik Deutschland; Fundstelle 400-2)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJ	Bundesamt für Justiz

BK	Berner Kommentar
BR	Baurecht: Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18 April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1)
CO	Code des obligations; siehe OR
CR	Commentaire romand
CRIDES	Centre de recherche interdisciplinaire, droit, entreprise et société
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe / dieselben
DIRL / DIDRL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 (Digitale-Inhalte-Richtlinie)
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DS	Der Sachverständige
E.	Erwägung
E-	Entwurf
EG	Europäische Gemeinschaft
EHEC	enterohämorrhagische Escherichia coli
ehem.	ehemalig
einschl.	einschliesslich
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
et al.	et alii / et aliae
etc.	et cetera

EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f. / ff.	die folgende / die folgenden
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GE	Genf / Genève
ggf.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GR	Graubünden
GuG	Grundstücksmarkt und Grundstückswert
HAVE	Haftung und Versicherung
H.d.V.	Hervorhebung durch Verfasser
HGer	Handelsgericht
H.i.O.	Hervorhebung im Original
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
i.f.	in fine
IHR	Internationales Handelsrecht
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen / im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KGer	Kantonsgericht
km	Kilometer
Komm.	Kommentar
LG	Landgericht
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LMRR	Lebensmittelrecht Rechtsprechung
MAA	Moot Alumni Association
m.a.W.	mit anderen Worten

MCAS	Manoeuvring Characteristics Augmentation System
m.E.	meines Erachtens
MfdP	Mietrecht für die Praxis
MK	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Nummer / Note
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NWZ	Nordwest-Zeitung
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.Ä.	oder Ähnliches
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Republik Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PKW	Personenkraftwagen
Pra	Die Praxis
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 (Produkthaftpflichtgesetz; SR 221.112.944)
PrSG	Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009 (Produktesicherheitsgesetz; SR 930.11)
RL	Richtlinie
Rz.	Randziffer
S.	Satz / Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SemJud	La Semaine Judiciaire
SG	St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Schulthess Kommentar

sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht
Spring.	Springer-Verlag
SR	Systematische Rechtssammlung
StB	(beim BGH eingereichte strafrechtliche) Beschwerden
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung; SR 312.0)
StPO/D	Strafprozessordnung vom 1. Oktober 1879 (Bundesrepublik Deutschland; Fundstelle 312-2)
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SVR	Strassenverkehrsrecht
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
teilw.	teilweise
u.a.	unter anderem
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstössen vom 27. August 2002 (Bundesrepublik Deutschland; Fundstelle 402-37)
UN	United Nation
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.	vom
Vol.	Volume; siehe Bd.
Vorbem.	Vorbemerkungen
VuR	Verbraucher und Recht – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VW	Volkswagen
WKRL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 (Warenkaufrichtlinie)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

Abkürzungsverzeichnis

ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung; SR 272)
ZR	(beim BGH eingereichte zivilrechtliche) Revisionen, Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, Anträge auf Zulassung der Sprungrevision, Berufungen in Patentsachen
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Judikaturverzeichnis

Europäischer Gerichtshof (EuGH)

C-503/13	05.03.2015	NJW 2015, 1163
C-504/13	05.03.2015	NJW 2015, 1163

Bundesgerichtshof (BGH) und Reichsgericht

III ZR 32/66	20.06.1968	BeckRS 1968, 31169581
III ZR 106/66	25.01.1968	LMRR 1968, 2
III ZR 16/90	19.03.1992	NJW 1992, 1953
V 38/39	28.08.1939	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 161. Band, 193
V ZR 152/86	10.07.1987	NJW-RR 1987, 1415
V ZR 121/90	12.07.1991	NJW 1991, 2900
V ZR 140/91	05.03.1993	NJW 1993, 1703
V ZR 43/94	03.03.1995	NJW 1995, 1549
V ZR 218/98	01.10.1999	NJW 1999, 3777
V ZR 285/99	20.10.2000	NJW 2001, 64
V ZR 25/02	07.02.2003	NJW-RR 2003, 772
V ZR 203/09	10.12.2010	BeckRS 2011, 1685
V ZR 228/09	05.11.2010	NJW 2011, 1217
V ZR 25/12	30.11.2012	NJW 2013, 1671
V ZR 216/14	19.02.2016	NJW 2016, 2315
V ZR 35/15	08.07.2016	NJW-RR 2017, 468
V ZR 250/15	21.07.2017	NJW 2018, 389
VI ZR 72/65	02.12.1966	NJW 1967, 552
VI ZR 16/79	18.09.1979	NJW 1980, 281
VI ZR 357/03	23.11.2004	NJW 2005, 277
VI ZR 284/12	09.06.2015	BeckRS 2015, 11658
VI ZR 327/12	09.06.2015	NJW 2015, 2507
VII ZR 403/98	11.11.1999	NJW-RR 2000, 465
VII ZR 84/10	06.12.2012	NJW 2013, 525
VII ZR 46/17	22.02.2018	NJW 2018, 1463

VIII ZR 176/66	16.04.1969	BGHZ 52, 51; NJW 1969, 1171
VIII ZR 60/71	28.06.1972	NJW 1972, 1658
VIII ZR 75/71	14.06.1972	NJW 1972, 1462
VIII ZR 33/74	12.05.1976	BeckRS 1976, 31122131
VIII ZR 247/87	23.11.1988	NJW 1989, 218
VIII ZR 303/03	16.06.2004	NJW 2004, 2301
VIII ZR 67/04	02.03.2005	NJW-RR 2005, 1218
VIII ZR 253/05	12.03.2008	NJW 2008, 1517
VIII ZR 266/06	07.02.2007	NJW 2007, 1351
VIII ZR 330/06	10.10.2007	NJW 2008, 53
VIII ZR 140/12	23.01.2013	NJW 2013, 1523
VIII ZR 195/13	22.10.2014	NJW 2015, 544
VIII ZR 134/15	15.06.2016	NJW 2016, 2874
StB 10/19	05.09.2019	BeckRS 2019, 22602

Oberlandesgerichte (OLG) und Kammergericht (KG)

KG 12 U 35/08	27.07.2009	NJW-RR 2010, 706
KG 4 U 189/11	28.08.2015	BeckRS 2016, 10618
OLG Brandenburg 12 W 51/08	01.04.2009	BeckRS 2009, 45556
OLG Brandenburg 5 U 5/11	21.06.2012	BeckRS 2012, 15130
OLG Celle 8 U 49/08	21.08.2008	NJOZ 2009, 3778
OLG Düsseldorf 9 U 99/95	21.08.1996	NJW 1996, 3284
OLG Düsseldorf 22 U 166/08	16.10.2009	BeckRS 2012, 7234
OLG Düsseldorf 3 U 47/10	23.03.2011	NJW-RR 2011, 1276
OLG Düsseldorf 1 U 149/11	26.06.2012	BeckRS 2013, 462
OLG Frankfurt a.M. 3 U 84/03	29.01.2004	NJOZ 2004, 2851
OLG Hamm 28 U 150/02	13.05.2003	NJW-RR 2003, 1360
OLG Hamm 28 U 135/07	26.02.2008	BeckRS 2008, 20190
OLG Hamm 19 U 85/08	13.01.2009	BeckRS 2009, 7370
OLG Hamm 28 U 186/10	09.02.2012	BeckRS 2012, 5285
OLG Jena 3 U 221/03	28.04.2004	NZV 2004, 476
OLG Karlsruhe 3A U 2/01	27.03.2001	BeckRS 2001, 30170539
OLG Karlsruhe 9 U 165/01	29.05.2002	BeckRS 2002, 30262548
OLG Karlsruhe 7 U 37/07	25.06.2008	NJW-RR 2009, 134
OLG Koblenz 2 U 443/09	13.11.2009	NJW-RR 2010, 989

OLG Köln 12 U 146/73	25.04.1974	BeckRS 2009, 19247
OLG Köln 13 U 161/95	29.05.1996	NZV 1997, 312
OLG Köln 14 U 15/12	19.02.2013	BeckRS 2013, 6215
OLG München 32 U 2088/94	21.04.1994	NJW 1995, 2566
OLG München 21 U 4350/97	03.04.1998	NJW-RR 1999, 455
OLG München 1 U 549/12	24.05.2012	BeckRS 2012, 11262
OLG München 9 U 960/13	17.12.2013	NJOZ 2014, 898
OLG Naumburg 1 U 30/08	06.11.2008	BeckRS 2008, 25864
OLG Saarbrücken 7 U 126/03	09.09.2003	BeckRS 2003, 30327699
OLG Saarbrücken 1 U 132/12	06.02.2013	NJW-RR 2013, 1523
OLG Stuttgart 4 U 5/77	06.04.1977	BeckRS 2009, 19683

Land- (LG) und Amtsgerichte (AG)

LG Bochum 2 O 425/15	16.03.2016	BeckRS 2016, 5964
LG Bonn 10 O 27/03	30.10.2003	NJW 2004, 74
LG Bonn 2 O 341/04	23.03.2005	BeckRS 2006, 1701
LG Giessen 8 O 57/01	18.03.2003	CISG-online, 951
LG Krefeld 2 O 72/16	14.09.2016	BeckRS 2016, 16674
LG Krefeld 2 O 83/16	14.09.2016	NJW-RR 2016, 1397
LG Lübeck 6 S 90/86	23.09.1986	NJW-RR 1987, 243
LG München 5 HKO 3936/00	27.02.2002	CISG-online, 654
AG Dortmund 426 C 2022/16	28.06.2017	SVR 2017, 431
AG Wolfsburg 12 C 727/85	02.04.1986	NJW-RR 1986, 989

Zusammenfassung

Der Käufer verdachtsbehafteter Ware kann das Vorliegen eines effektiven Sachmangels nicht beweisen. Da er dennoch die Nachteile des Verdachts zu tragen hat, bejahen namentlich deutsche Gerichte in Verdachtsfällen eine Gewährhaftung der Verkäuferin. In der Lehre stösst diese Rechtsprechung mehrheitlich auf Zustimmung, wobei Vorbehalte aufgrund der Beweislastregel und der transienten Natur des Verdachts bestehen. Weiter existiert eine Fülle von Meinungen zu den Anforderungen, die an einen Verdacht zu stellen sind.

Diese Dissertation beschäftigt sich mit dem Verdacht als Mangel. Sie untersucht, wie ein Verdacht als Geschehnis rechtlich zu erfassen und wovon er abzugrenzen ist. Sie lokalisiert die Anwendungsfälle des Verdachts als Sach- und als Rechtsmangel und zeigt auf, unter welchen Umständen er rechtliche Wirkungen hervorrufen kann. Besondere Schwerpunkte setzt sie bei der dogmatischen Einordnung des Verdachts, bei den Anforderungen an diesen sowie bei den Konsequenzen seiner Ausräumung oder Bestätigung.

Abstract

The buyer of goods being subject to suspicion cannot prove the existence of an actual defect. Since he nevertheless must bear the disadvantages of the suspicion, German courts in particular affirm a liability of the seller under certain circumstances. In the doctrine, this case law meets with majority approval, although there are reservations due to burden of proof and the transient nature of the suspicion. A variety of opinions exist on the requirements to be met in the event of suspicion.

This dissertation is on the subject of suspicion as a defect. It examines how suspicion as an event is to be legally comprehended and what it is to be distinguished from. It localises the cases of application of suspicion regarding the warranty of quality and the warranty of title and shows under which circumstances it can give rise to legal effects. It places particular emphasis on the dogmatic classification of suspicion, the requirements for it and the consequences of its elimination or confirmation.

Résumé

L'acheteur de biens soupçonnés défectueux ne peut prouver l'existence d'un défaut effectif de la chose. Néanmoins, il souffrira les inconvénients de ce soupçon de défectuosité. En raison de cela, les tribunaux allemands, notamment, admettent la responsabilité par garantie du vendeur dans les cas d'un soupçon de défectuosité de la chose. La doctrine approuve majoritairement cette jurisprudence, tout en émettant des réserves, d'un part concernant la question de la charge de la preuve, d'autre part concernant la nature transitoire de la suspicion – à tel point qu'il existe une multitude d'opinions sur les conditions à remplir pour admettre un soupçon de défectuosités.

Cette thèse traite du soupçon en tant que défaut. Elle qualifie un soupçon juridiquement, le distingue d'autres matières, identifie ensuite les cas d'application d'un soupçon en tant que défaut matériel ou juridique, et en démontre les conséquences juridiques. L'accent est mis sur la classification dogmatique du soupçon, sur les exigences auxquelles il doit répondre et sur les conséquences de sa dissipation ou de sa confirmation.

Einleitung

I. Problemstellung

Nach Obligationenrecht haftet die Verkäuferin dem Käufer im Rahmen der Sachgewährleistung für Mängel an der Kaufsache. Bemerkte der Käufer nach Erhalt der Sache einen Mangel, der bereits zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorgelegen hat, so hat er der Verkäuferin diesen sofort anzuzeigen. Im Streitfall hat der Käufer den Mangel und die rechtzeitige Anzeige vor Gericht zu beweisen. Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist.¹ Im Allgemeinen bieten diese Grundregeln dem Käufer einen wirksamen Schutz vor dem Kauf mangelhafter Ware. Nicht immer liegen die Dinge aber so einfach, wie der erste Hasen-Entscheid zeigt.²

Hasen-Entscheid: Eine deutsche Fleischhändlerin importierte am 27. November 1963 argentinisches Hasenfleisch. Am Tag darauf titelte die Bild-Zeitung «**Achtung!** Die Hasen sind vergiftet».³ 50'000 verseuchte argentinische Hasen seien in den letzten Wochen über Hamburg eingeführt worden. Bei 31 % des untersuchten Fleisches seien Salmonellen festgestellt worden. Die Gesundheitsbehörden warnten davor, das Fleisch auch nur anzufassen. Auch andere Zeitungen berichteten darüber. Die Hasen-Affäre zog immer weitere Kreise. Das Fleisch der Importeurin war nicht Gegenstand der amtlichen Untersuchung. Eine eigene Prüfung hätte mehr gekostet als die Ware selbst. Obwohl damit die effektive Verseuchung ihres Fleisches offenblieb, erklärte die Importeurin die Wandelung. Der BGH schützte dieses Vorgehen und erwo, beim Kauf zum Weiterverkauf könne ein Fehler der gelieferten Ware vorliegen, wenn sie wegen ihrer Herkunft unter dem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit stehe und dieser Verdacht durch dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen sei.

Damit war der Grundstein der Verdachts-Rechtsprechung gelegt. Gerichte in Deutschland haben den Verdacht als Mangel in weiteren Urteilen bestätigt. In der deutschen und in der hiesigen Lehre stösst dies grösstenteils auf Zustimmung. Kritiker erkennen eine unzulässige Umkehr der Beweislast.

Bejaht man den Verdacht als Mangel, stellen sich delikate Folgefragen. Welche Anforderungen sind an einen Verdacht zu stellen? Im Hasen-Entscheid drängte sich die Bejahung des Verdachts als Mangels auf, da die Tauglichkeit des Gebrauchs offenkundig aufgehoben war. Heikler sind hingegen Fälle, in denen der

¹ Anstelle vieler BGE 148 III 105 E. 3.3.1; SK-HASENBÖHLER, Art. 157 ZPO N 22.

² BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969.

³ Abdrucke dieses Bild-Artikels und weiterer Beiträge sowie Hinweise auf weitere Zeitungsberichte befinden sich im Anhang ab Seite 230.

Käufer die Sache trotz Verdacht konsumieren kann. Wie verhält es sich mit dem Verdacht, Wein sei zur Vortäuschung einer besseren Qualität verfälscht worden? Der Käufer kann solchen Wein aus gesundheitlicher Sicht zwar bedenkenlos geniessen, doch nimmt er dabei metaphorisch den bitteren Beigeschmack wahr, über die echte Qualität getäuscht worden zu sein. Geradezu delikater ist die Frage des Mangels schliesslich, wo der Verdacht höchstens den Wert der Sache beschlägt. Soll der Käufer eines Smartphones Gewährleistungsrechte geltend machen dürfen, nur weil der Verdacht besteht, es unterliege einem von der Herstellerin geplanten frühzeitigen Verschleiss? Nebst den Fragen zu den Anforderungen an einen Verdacht bereitet dessen provisorischer Charakter Schwierigkeiten. Ist einem Verdacht überhaupt nachzugehen und wenn ja, mit welchen Massnahmen und durch welche Vertragspartei? Was gilt, wenn der Verdacht vor oder nach Geltendmachung von Gewähransprüchen entfällt oder sich bestätigt?

- 5 Die vorstehenden Ausführungen beschlagen die Sachgewährleistung, in deren Zusammenhang der Verdacht für gewöhnlich zur Diskussion steht. Das Verdachtspektrum ist aber nicht auf Sachverhalte der Sachgewährleistung zu reduzieren. Ebenso ist der Frage nachzugehen, ob der Verdacht einen Rechtsmangel bilden kann. Zieht der Verdacht, der nichtbesitzende Eigentümer werde die Sache herausverlangen, Gewährsfolgen nach sich? Und was gilt, wenn der Käufer nur den Verdacht hegt, ein Dritter verfüge über ein besseres Recht?

II. Gliederung und Vorgehensweise

Diese Abhandlung beleuchtet die vorstehend aufgeworfenen wie auch weitere 6
Fragen im Zusammenhang mit dem Verdacht als Mangel. In einem *ersten Teil*
steht das Phänomen «Verdacht» im Mittelpunkt. Es wird der Frage nachgegangen,
wie ein Verdacht rechtlich zu fassen, zu kategorisieren und wovon er abzugren-
zen ist. Einen Schwerpunkt bildet das Verhältnis des Verdachts zum merkantilen
Minderwert.

Der *zweite Teil* handelt vom Verdacht als Sachmangel. Unter dem Blickwinkel 7
der kaufrechtlichen Sachgewährleistung nach OR wird zunächst behandelt, ob
ein Verdacht in dogmatischer Hinsicht überhaupt Grundlage eines Mangels sein
kann. Anschliessend werden unter Einbezug der Kasuistik die Anforderungen an
einen Verdacht wie auch die Folgen und die Voraussetzungen seiner Ausräumung
und seiner Bestätigung umschrieben. Ferner gilt es, verdachtsspezifische Beson-
derheiten bei weiteren Mängelthemen (Gefahrübergang, Prüfung und Rüge, Be-
schränkung und Ausschluss der Gewährleistung, Mängelrechte des Käufers) zu
besprechen. Der *dritte Teil* hat den Verdacht als Rechtsmangel zum Inhalt. Seine
Struktur entspricht derjenigen des zweiten Teils.

Die in der Arbeit aufgeführten Urteile werden (zuweilen stark) vereinfacht wieder- 8
gegeben. Zwecks Entschlackung der Fussnoten sind die Fundstellen der Urteile in
einem separaten Verzeichnis aufgeführt.

Teil 1:
Untersuchung
des Verdachts

I. Der massgebende Verdachtsbegriff

- 9 Für die Beantwortung der Frage, ob ein Verdacht rechtliche Folgen zeitigen kann, muss er zunächst begrifflich erfasst werden. Es ist zu erörtern, *was* ein Verdacht in rechtsdogmatischer Hinsicht überhaupt ist.

A. Der Verdacht als gegenwärtige ungesicherte Tatsachenlage

- 10 Lehre und Rechtsprechung haben bislang nur am Rande Überlegungen zur Rechtsnatur eines Verdachts getätigt. Der Verdacht wird als Vermutung, als Risiko oder als Unsicherheit bezeichnet.⁴ Allen Begriffen gleich ist das spekulative Element.⁵ Ob ein Umstand tatsächlich vorliegt oder nicht, kann auf Grundlage des Bekannten nicht abschliessend beantwortet werden. Ein Verdacht ist also gleichbedeutend mit einer *ungesicherten* Tatsachenlage.
- 11 Aus der Sicht des Eigentümers kann eine unter Verdacht stehende Eigenschaft sowohl *vorteilig* wie auch *nachteilig* sein. Im gewährleistungsrechtlichen Umfeld interessiert wesensgemäss primär die vermutete nachteilige Eigenschaft. Ein Käufer wird sich wohl selten darüber beklagen, dass die Kaufsache womöglich höherwertige Eigenschaften aufweist als geschuldet. Dennoch ist eine Gewährleistungshaftung auch in diesem Fall denkbar. Fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, ist die Ware vertragswidrig beschaffen, selbst wenn sie objektiv betrachtet vorteilhaftere Eigenschaften aufweist.⁶
- 12 Sodann ist der Verdacht von *zukünftigen Eigenschaften* abzugrenzen. Die Unterscheidung ist von erheblicher Bedeutung, weil die Verkäuferin nur bei Vorliegen einer entsprechenden zusätzlichen Nebenabrede für zukünftige Eigenschaften haftet. Die Zusicherung zukünftiger Eigenschaften unterliegt also nicht dem Ge-

⁴ Vgl. GRUNEWALD, 139; SCHMOLKE, 362.

⁵ Vgl. SCHWENZER/TEBEL, 153: «All of these cases have in common the fact that at the relevant point in time it cannot be established whether the goods actually do possess the suspected feature.»

⁶ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 197 OR N 41.

währleistungsregime der jeweiligen Vertragstypen, sondern folgt den Regeln von Art. 97 ff. OR.⁷

Bei zukünftigen Eigenschaften sind die gegenwärtigen Eigenschaften der Kaufsache bekannt. Allerdings ist ungewiss, wie sie sich inskünftig entwickeln. Den Verdacht macht demgegenüber eine *gegenwärtige* ungesicherte Tatsachenlage aus. Ist der gegenwärtige Zustand einer Sache unbekannt, hat dies zwangsweise zur Folge, dass auch die zukünftigen Eigenschaften der Sache ungewiss sind. Die verdachtsimmanente gegenwärtige Ungewissheit strahlt also auf die zukünftige Beschaffenheit der Kaufsache aus, ist aber nicht mit dieser zu verwechseln. Der Verdacht betrifft unmittelbar die derzeitigen Eigenschaften der Kaufsache. 13

Lässt sich eine Tendenz erblicken, können auch zukünftige Eigenschaften unter Verdacht der späteren Realisierung stehen. Diese Konstellation ist aber gewährleistungsrechtlich infolge Entstehung nach Gefahrübergang nicht relevant. 14

B. Der Verdacht als Tatsachenwürdigung

1. Die Bildung eines Verdachts als innere Würdigung von Tatsachen

Ein Verdacht entsteht nicht aus sich selbst, sondern leitet sich von Tatsachen ab. Er beruht auf Wahrnehmung und Würdigung eines Sachverhalts. Bei Betrachtung des Umstands A (Kleidung bleibt trotz Waschgang verschmutzt) entsteht die subjektive Wahrscheinlichkeitsannahme, es könnte der Umstand B vorliegen (das erstmals verwendete Waschmittel wurde falsch dosiert).⁸ Der Verdacht ist damit einer tatsächlichen Vermutung ähnlich.⁹ Damit ein Verdacht überhaupt entsteht, bedarf es einer ungewöhnlichen Wahrnehmung, mithin einer Abweichung vom Soll-Zu- 15

⁷ BGE 122 III 426 E. 4, 5.c; BGer, 4A_220/2013, 30.09.2013, E. 4.3.1; vgl. ferner ZK-SCHÖNLE-HIGI, Art. 197 OR N 106, für das Kaufrecht; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1397, für das Werkvertragsrecht.

⁸ Vgl. SCHMOLKE, 370.

⁹ Von der Vermutungsbasis (dreckige Wäsche) wird auf die Vermutungsfolge (falsche Dosierung) geschlossen. Vgl. zur tatsächlichen Vermutung BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 409; ZK-JUNGO, Art. 8 ZGB N 278 ff.; BSK-LARDELLI/VETTER, Art. 8 ZGB N 85–89; vgl. auch BK-WALTER, Art. 8 ZGB N 475: «Die tatsächliche Vermutung ist Wahrscheinlichkeitsfolgerung.»

stand. Kommt die Wäsche sauber aus der Waschmaschine, besteht kein Anlass, an der Dosierung des Waschmittels zu zweifeln.¹⁰

2. Objektiver Massstab bei der Tatsachenwürdigung

- 16 Ob eine Person einen Verdacht hegt, hängt nebst der Qualität der Tatsachen massgeblich von der *Persönlichkeit* ab. Misstrauische Zeitgenossen ziehen aus dem Umstand der trotz Waschgang verschmutzten Kleidung allenfalls nicht den Schluss, das Waschmittel falsch dosiert zu haben, sondern stellen die Tauglichkeit des Waschmittels in Frage. Unter Verfolgungswahn leidende Menschen können gar den Nachbar verdächtigen, das Waschmittel unbemerkt aus dem Fach gestohlen zu haben.
- 17 Nebst der Persönlichkeit können sich auch die vom wertenden Subjekt *gesammelten Erfahrungen* auf die Tatsachenwürdigung auswirken. Wer in der Vergangenheit bereits negative Erfahrungen mit der Herstellerin der Waschmaschine gemacht hat, wird die Ursache der verschmutzten Kleidung vielleicht eher in einem Defekt der Waschmaschine als im Waschmittel vermuten. Jede Person reagiert entsprechend – je nach Ausprägung ihres Charakters und ihren Erfahrungen – anders auf Verdachtsumstände.
- 18 Um diese Unwägbarkeiten auszuschliessen, ist ein objektiver Massstab anzuwenden. Nur wenn die Tatsachen aus der Sicht eines Durchschnittsmenschen geeignet sind, einen Verdacht zu begründen, kann der Verdacht einen Mangel bilden.¹¹ Individuelle Mutmassungen und unfundierte Spekulationen sind damit gewährleistungsrechtlich unerheblich.¹²

¹⁰ Vgl. ferner ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 281, wonach ein Risiko nur denkbar ist, wenn «objektive Evidenzgründe» vorliegen.

¹¹ Gleiches gilt bei der antizipierten Vertragsverletzung nach Art. 366 Abs. 2 OR, vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 878; BGer, 4A_323/2012, 10.09.2012, E. 2.

¹² Anders ist die Lage bei kollektiven Mutmassungen, wie sie dann und wann bei einer ausschweifenden medialen Erwähnung stattfinden (z.B. die mutmasslichen Bremsprobleme des Toyota Prius im Jahr 2010, die sich als Fahrfehler erwiesen haben).

3. Subjektiver Masstab bei den Kenntnissen des Käufers

Einem Verdacht ist eine tatbestandsmässige Unsicherheit immanent. Ist die Sachlage bekannt, ist kein Raum für einen Verdacht. Im Einzelfall ist es möglich, dass die begriffsnotwendige Unsicherheit nicht alle Beteiligten gleichermaßen betrifft. Während für eine Person ein Verdacht vorliegt, kann er für andere Personen aufgrund ihres Wissensvorsprungs gar nie entstanden oder bereits ausgeräumt sein. In kaufrechtlichen Sachverhalten dürfte im Allgemeinen die Verkäuferin eher über Spezialwissen verfügen, um das der Käufer gegebenenfalls gar nicht wissen kann. Der Gutachten-Entscheid des OLG Düsseldorf zeigt, dass bei unterschiedlich vorhandenem Wissen der Informationsstand des Käufers massgebend sein muss.¹³ Allfälliges Spezialwissen der Verkäuferin oder Dritter muss er sich nicht anrechnen lassen.

Gutachten-Entscheid: Die spätere Beklagte ist Eigentümerin einer Liegenschaft, die während Jahren als Deponie benutzt worden war. Im Jahr 1994 beauftragte sie einen Gutachter, der trotz der früheren Nutzung als Deponie keine Bodenverunreinigungen feststellen konnte. Bei späteren Verkaufsgesprächen orientierte die Eigentümerin die Käuferin und spätere Klägerin weder über den (subjektiv ausgeräumten) Altlastenverdacht noch über das Gutachten. Nach Vertragsvollzug erfuhr die Käuferin von der früheren Nutzung als Deponie, schöpfte selbst Verdacht und holte ihrerseits ein Gutachten ein, das ebenfalls die Altlastenfreiheit zum Ergebnis hatte. Die Käuferin verlangte Ersatz ihrer Gutachterkosten in Höhe von rund DM 21'500.00. Das OLG Düsseldorf hiess die Klage gut. Der Umstand, dass das Grundstück früher als Deponie genutzt worden sei, stelle einen offenbarungspflichtigen Mangel dar, weil immer in Betracht gezogen werden müsse, dass auf der Deponie auch Abfälle gelagert worden seien, die wegen ihrer chemischen Zusammensetzung eine besondere Gefahr darstellen würden. Eine unterlassene Aufklärung sei arglistig.¹⁴

¹³ OLG Düsseldorf, 9 U 99/95, 21.08.1996, E. III.1; vgl. auch BGE 145 III 225 E. 3.1, wonach das subjektive Empfinden potenzieller Käufer massgebend ist.

¹⁴ Siehe zur Aufklärungspflicht trotz vorvertraglicher Ausräumung des Verdachts weiterführend Rz. 391 ff.

C. Der Verdacht und die Gefahr

- 21 Der Verdacht kann gleichbedeutend sein mit einer Gefahr. Auch der BGH verwendete die Begriffe in seiner Verdachts-Rechtsprechung zuweilen als Synonyme. So sah er den Sachmangel schon infolge der Gefahr einer Gesundheitsgefährdung und infolge des Verdachts einer Gesundheitsgefährdung als erfüllt an.¹⁵ Bei genauer Betrachtung sind indes beliebige Fälle denkbar, in denen die Begriffe auseinanderzuhalten sind. So kann die Gefahr einer Verbrennung beispielsweise von einer heissen Herdplatte ausgehen. Hier würde aber niemand auf die Idee kommen zu behaupten, es liege der Verdacht einer Verbrennung vor.
- 22 Der Begriff der Gefahr ist breiter als derjenige des Verdachts und kann auf zwei verschiedene Arten verwendet werden: Gleich wie dem Verdacht kann der einen Ausprägung der Gefahr eine Eventualität zugrunde liegen. In diesem Sinn stellt der Konsum von mit Salmonellen kontaminiertem Fleisch eine Gefahr dar für die Gesundheit. Selbst wenn bewiesen ist, dass das Fleisch mit Salmonellen belastet ist, muss dies noch keine pathologischen Folgen haben. Je nach Gesundheitszustand der Verbraucherin und der Bakterienkonzentration ist nicht auszuschliessen, dass die Konsumentin keine nachteiligen gesundheitlichen Folgen bemerkt. Im Regelfall dürfte die Verbraucherin jedoch mindestens milde Symptome verspüren. Eine Prognose zum Krankheitsverlauf ist zum Zeitpunkt des Konsums aber reine Spekulation. In Fällen des Verdachts der Gesundheitsgefährdung besteht gar eine doppelte Unsicherheit: Nebst der Ungewissheit über den Eintritt und das Ausmass der Einschränkung der Gesundheit ist zusätzlich ungewiss, ob das Lebensmittel überhaupt eine Gesundheitsgefährdung darstellt oder nicht.
- 23 Demgegenüber steht eine davon abweichende Ausprägung des Begriffs der Gefahr im Zusammenhang mit der Verletzung der gebotenen Sorgfalt. In diesen Fällen ist die Tatsachenlage gesichert. Eine Berührung der heissen Herdplatte (wie auch das Abkommen von der Strasse infolge unsorgfältiger Fahrweise oder das Abstürzen bei der Felskletterei infolge unsorgfältiger Seilsicherung) hat unweigerliche pathologische Konsequenzen. Diesem Gefahrenbegriff ist keine ungesicherte Tatsachenlage eigen.
- 24 Auf diese Mehrdeutigkeit des Begriffs der Gefahr gilt es bei der Umschreibung des Verdachts als Mangel besonders zu achten. Nur weil Autoren gefährliche Gegenstände als sachmangelbehaftet ansehen, wäre es wohl unterstellend, sie deswegen

¹⁵ Vgl. BGH, VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.b; VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.a.

als Befürworter des Verdachts als Mangel zu zitieren.¹⁶ Um Missverständnissen vorzubeugen, sollten die Begriffe Gefahr und Verdacht konsequent auseinandergehalten werden. Selbst in Fällen, in denen ihnen dieselbe semantische Bedeutung zukommt, ist zwischen Verdacht und Gefahr zu differenzieren.¹⁷

¹⁶ Vgl. BSK-WEBER, Art. 256 OR N 4; BK-GIGER, Art. 256 OR N 52; CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, Art. 197 OR N 19. Die Gefahr bewusst im Sinne eines Verdachts verstehend aber Spring. Komm.-MAGNUS, Art. 35 CISG N 13.

¹⁷ Vgl. ferner die hiervon unterschiedlichen Umschreibungen von Zufall, Gefahr und Risiko in ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 279 f., sowie den Risikobegriff nach BRÜLHART, 266 f., die sich für die Verdachtslehre nicht eignen, da sie nicht zwischen gegenwärtigen ungewissen Sachlagen und zukünftigen Eigenschaften unterscheiden. Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung Rz. 12 ff.

II. Kategorien des Verdachts

A. Der Verdacht vor und nach Leistungserbringung

1. Der nach Sachübergabe bestehende Verdacht

- 25 Die Haftung für Mängel nach Übergabe der Sache richtet sich nach den gesetzlichen oder vereinbarten Gewährleistungsregeln. Ob ein nach Sachübergabe bestehender Verdacht Gewährsfolgen nach sich zieht, misst sich je nach Vertragsqualifikation nach Art. 197 ff., Art. 259 ff. und Art. 367 ff. OR oder nach Art. 35 ff. CISG.

2. Der vor Sachübergabe bestehende Verdacht

- 26 Die Sachgewährleistungsregeln finden jedoch keine Anwendung, wenn der Verdacht besteht, eine erst zu erbringende Leistung werde mangelbehaftet sein. Beim Verdacht der mangelhaften zukünftigen Leistungserbringung handelt es sich um Fälle der antizipierten Vertragsverletzung.¹⁸ Für den Werkvertrag und das Wiener Kaufrecht bestehen entsprechende Spezialnormen.¹⁹ Für das Mietrecht und das Kaufrecht nach Obligationenrecht hat der Gesetzgeber im Besonderen Teil des Obligationenrechts keinen vorzeitigen Rechtsschutz vorgesehen. Daher stehen dem Käufer und dem Mieter bei vermuteter Schlechterfüllung vor Sachübergabe keine Rechtsbehelfe offen.²⁰

B. Der offene und der versteckte Verdacht

- 27 Verdachtsfälle lassen sich danach unterscheiden, ob dem Käufer der Verdacht bekannt war (offener Verdacht) oder ob er keinen Verdacht schöpfte (versteckter Verdacht).
- 28 Bei Vorliegen eines *offenen Verdachts* will der Käufer die Verkäuferin auf Grundlage des Verdachts in Anspruch nehmen. Als Musterbeispiele dieser Kategorie

¹⁸ MAGNUS, 258, 265 ff.; KOLLER/JOST, 54.

¹⁹ Vgl. Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 71 f. CISG.

²⁰ Vgl. ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 10; a.A. für das Mietrecht SVIT-TSCHUDI, Vorbem. zu Art. 258–259i OR N 18, der einen Anspruch aus Art. 108 Ziff. 1 OR ableitet und so Regeln der Nicht- und der Schlechterfüllung vermennt.

dienen Lebensmittelfälle. Hier rügt der Käufer die womöglich negative Beschaffenheit des Kaufobjekts und macht gestützt darauf Gewährleistungsrechte geltend.

Beim *versteckten Verdacht* klärt die Verkäuferin den Käufer nicht über verdachtsbegründende Umstände auf, so dass dieser keinen Verdacht hegt. Zugleich schließen die Parteien die Gewährleistung aus. Zu einem späteren Zeitpunkt bestätigt sich der Verdacht, so dass der effektive Mangel nun offen zutage tritt. In diesen Fällen rügt der Käufer primär den sich mittlerweile zeigenden Mangel. Im Unterschied zu Konstellationen des offenen Verdachts kommt ein Verdacht hier aus Käufersicht nie auf. Der Käufer stützt sich hier nicht unmittelbar auf den Verdacht, sondern benötigt diesen zur Beseitigung des Gewährsausschlusses. Er macht geltend, der Verkäuferin sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein entsprechender Verdacht bekannt gewesen, über den sie hätte aufklären müssen. Daher sei die Wegbedingung der Gewährspflicht ungültig. Stellvertretend für die Gruppe des versteckten Verdachts stehen Liegenschaftskäufe. Auffallend viele Entscheidungen folgen dem soeben umschriebenen Muster.²¹ 29

C. Der Verdacht als Mangel und der Verdacht eines Mangels

1. RUSCHS Vorschlag

RUSCH postuliert, der Verdacht solle nur dann ein Mangel sein, wenn er sich nicht mit zumutbaren Mitteln ausräumen lasse und ein genügend bedrohliches Mass aufweise, das den Gebrauch oder Konsum unzumutbar mache oder den Wert erheblich mindere. Dieser *Verdacht als Mangel* solle auf einem Faktum ausserhalb der Physis des Kaufobjekts beruhen, z.B. auf Medienberichten über Erkrankungen oder Unfälle. 30

Abzugrenzen vom vorbeschriebenen Verdacht sei der mangelunfähige *Verdacht eines Mangels*. Dieser zeige sich aufgrund konkreter Symptome, die sich im Rahmen einer körperlichen Prüfung der Kaufsache ergeben würden, und sei die Vorstufe eines eigentlichen Mangels. Der Käufer könne nicht zwischen eigentlichem 31

²¹ Illustrativ BGH, V ZR 285/99, 20.10.2000; V ZR 25/02, 07.02.2003; V ZR 203/09, 10.12.2010; V ZR 35/15, 08.07.2016.

Mangel und Verdacht wählen. Ferner bestünden materiell-rechtliche Unterschiede bei der Prüf- und Rügeobliegenheit und der späteren Ausräumung des Verdachts.²²

2. Würdigung

2.1 Zum Verdacht als Mangel

- 32 Für die Umschreibung des mangelfähigen Verdachts orientiert sich RUSCH am Sachmangelbegriff von Art. 197 Abs. 1 OR, den er mit dem Kriterium der unzumutbaren Verdachtsausräumung ergänzt.²³ So weit ist dem im Allgemeinen zuzustimmen.²⁴ Weiter konkretisiert RUSCH, der Verdacht beruhe auf einem Faktum ausserhalb der Physis des Kaufobjekts (z.B. Medienberichte über Erkrankungen oder Unfälle). Hierzu bedarf es Ausführungen.

2.1.1 Mediale Reaktion als ungeeignetes und nicht erforderliches Mangelkriterium

- 33 Zunächst ist das Festmachen am medialen Echo ein sachlich ungeeignetes Kriterium für die Frage, ob ein Mangel vorliegt oder nicht. Damit würden e contra rio alle nicht medial thematisierten Verdachtsfälle von der Gewährleistung ausgeschlossen. Eine gewährleistungsrechtliche Differenzierung danach, ob nur der Käufer einen Verdacht hegt oder ob ein allgemein bekannter Verdacht vorliegt, ist sachlich nicht gerechtfertigt.²⁵ Ein Verdacht muss nicht die Ausmasse eines Lebensmittelkandals erreichen, um Gewährleistungsrechte zu begründen. Auch darf die mediale Resonanz keine gewährleistungsrechtliche Berücksichtigung finden, weil das Ausmass der Medienberichterstattungen juristisch sachfremden Kriterien folgt.
- 34 Mit den «Medienberichten über Unfälle oder Erkrankungen» tönt RUSCH m.E. weniger die materiell-rechtliche Frage des Vorliegens eines Sachmangels an, sondern eher das formell-rechtliche Merkmal des Beweismittels. Ob die Presse einen Verdacht verbreitet oder nicht, ist in erster Linie eine Frage der Beweisbarkeit. Zeitungsberichte und dergleichen sind nur übermittelndes Medium und nicht Grund-

²² Vgl. zum Ganzen RUSCH, Verdacht, 47; diese Unterscheidung aufgreifend auch VON DER HORST, 387.

²³ Siehe Rz. 30.

²⁴ Ein Vorbehalt ist bei der Unzumutbarkeit der Ausräumung anzubringen, siehe dazu ausführlich Rz. 305 ff.

²⁵ MAGNUS, 262; vgl. auch SCHLECHTRIEM, 847.

lage des Verdachts. Die abweichende Möglichkeit der Beweisführung ist aber nicht geeignet, um zwischen mangelfähigen und mangelunfähigen Verdachtsfällen zu unterscheiden.

Nebst der fehlenden Eignung ist die verlangte mediale Reaktion auch nicht erforderlich, um zwischen gewährsfreien und gewährspflichtigen Sachverhalten zu differenzieren. Das Kriterium zielt darauf ab, nur Verdachtsfälle als Mangel genügen zu lassen, wenn sie ein gewisses Ausmass erreicht haben. Ohne Frage ist es richtig, Gewährleistungsrechte nur bei einem erheblichen Verdacht zu gewähren. Dafür bedarf es aber keines zusätzlichen Merkmals. Die Erheblichkeitsschwelle des kaufrechtlichen Mangelbegriffs bietet hierfür ausreichend Gewähr. 35

2.1.2 Begriffsklärung: Faktum ausserhalb der Physis der Kaufsache

RUSCH erwähnt die Medienberichte über Erkrankungen und Unfälle nur als Beispiele des «Faktums ausserhalb der Physis der Kaufsache». Es fragt sich, was sonst noch darunter zu verstehen ist. Für Unsicherheit sorgt, dass beim reparierten Unfallauto – immerhin Schulbeispiel des mangelfähigen Verdachts – zwar gesagt werden kann, der Verdacht beruhe auf der Unfallgeschichte des Fahrzeugs und damit auf einem Faktum ausserhalb seiner Physis. Gleichzeitig und m.E. zutreffender kann aber auch gesagt werden, der Verdacht der unfachmännischen Reparatur betreffe gerade die (eventuell nur unzureichend restituierte) körperliche Beschaffenheit des Fahrzeugs. Was unter einem «Faktum ausserhalb der Kaufsache» zu verstehen ist, bleibt also vage. 36

Abhilfe schafft das Beispiel «Medienberichte». Von den konkretisierenden «Medienberichten» ist auf das allgemeine «Faktum ausserhalb der Kaufsache» zu schliessen. Diese abstrahierende Betrachtung ist am ersten Hasen-Entscheid zu veranschaulichen. Damals übermittelte der Bericht der Bild-Zeitung die Information, die konkrete Prüfung von Hasen habe einen relevanten Befall mit Salmonellen ergeben. Gestützt auf diesen Befund hegten andere Käufer den Verdacht, auch das von ihnen gekaufte Hasenfleisch könnte verseucht sein. RUSCHS «Verdacht als Mangel» leitet sich also ab von Ware gleicher Art (*derivativer Verdacht*).²⁶ Dies verdeutlicht der Vergleich mit RUSCHS «Verdacht eines Mangels», der sich bei einer körperlichen Prüfung der Kaufsache ergeben soll.²⁷ Dieser Verdacht leitet sich gerade nicht von gleichartiger Ware ab, sondern entstammt der Ware selbst 37

²⁶ In dieser gleichartigen Ware kann das Faktum ausserhalb der Kaufsache betrachtet werden, wenn man denn an diesem Begriff festhalten will.

²⁷ Vgl. RUSCH, Verdacht, 47.

(*originärer Verdacht*). Die Art der Entstehung des Verdachts ist also ein weiterer Unterschied zwischen dem Verdacht eines Mangels und dem Verdacht als Mangel.

2.2 Zum Verdacht eines Mangels

- 38 Der Verdacht eines Mangels führe, so RUSCH, nicht zur Gewährhaftung. Er zeige sich aufgrund konkreter Symptome, die sich im Rahmen einer körperlichen Prüfung der Kaufsache ergeben würden. Er sei die Vorstufe eines eigentlichen Mangels, weshalb es kein Wahlrecht zwischen eigentlichem Mangel und dessen blossem Verdacht gebe.²⁸
- 39 Der Ausschluss solcher Verdachtskonstellationen von der Gewährleistung ist meines Erachtens zu konservativ. Mit der Qualifikation des Verdachts als Vorstufe eines eigentlichen Mangels fällt RUSCH zurück auf das (von Befürwortern der Verdachtslehre eigentlich überwundene) Argument der Beweislast. Warum nur der Verdacht eines Mangels blosser Vorstufe des «richtigen» Mangels sein und die Beweislastregel verletzen soll und nicht auch der Verdacht als Mangel, ergibt sich nicht. Dies gilt umso mehr, als das «Faktum ausserhalb der Physis der Kaufsache» als ins Feld geführtes Merkmal des mangelfähigen Verdachts nach den vorstehenden Erwägungen ausscheidet.
- 40 Nach der hier vertretenen Auffassung kann auch RUSCHS Verdacht eines Mangels Gewährsfolgen nach sich ziehen. Zur Begründung bedarf es allerdings tiefgreifender Erörterungen, auf die hier aus systematischen Gründen nur zu verweisen ist. Immerhin seien kurz die wichtigsten Ergebnisse angeführt: Die Unterstellung des Verdachts als Vorstufe des «richtigen Mangels» geht fehl. Er ist vielmehr selbständiger Mangel wirtschaftlicher Art. Der Verdacht selbst ist beweisrechtlich unabhängig von der unter Verdacht stehenden Eigenschaft.²⁹ Wie zu zeigen sein wird, steht es angesichts dessen dem Käufer frei, sich auf den Verdacht oder den «richtigen» Mangel selbst zu berufen.³⁰ Schliesslich zeigen nachfolgende Beispiele aus der Gerichtspraxis, dass der auf einer körperlichen Prüfung ruhende Verdacht durchaus Gewährsfolgen nach sich ziehen kann.
- 41 Wölbt sich die Fassade einer Baute nach deren Nässesanieierung erneut, besteht der Gewährsfolgen herbeiführende Verdacht der unzureichenden Sanierung.³¹ Ein kratzendes

²⁸ Siehe Rz. 31.

²⁹ Siehe ausführlich Rz. 108 ff.

³⁰ Siehe ausführlich Rz. 124 ff.

³¹ BGH, V ZR 140/91, 05.03.1993, E. III.

Geräusch in der Kaltstartphase eines Motors, das aber ohne Einschränkung der Leistung bleibt, begründet den Verdacht eines Mangels im Motorenbereich.³²

Daraus folgt beispielsweise auch, dass der von RUSCH erwähnte Verdacht, ein Wagen könnte ein Unfallwagen sein, Gewährsfolgen nach sich ziehen kann.³³ Hier kommt es massgebend darauf an, ob die konkreten Umstände des Einzelfalls überhaupt den Schluss zulassen, es bestehe ein solcher Verdacht.³⁴ 42

Zeitigen der Verdacht als Mangel und der Verdacht eines Mangels aber materiellrechtlich keine Unterschiede, sind ihre Bezeichnungen zu überdenken. Im Sinne einer stringenten Begrifflichkeit ist stattdessen vom originären und vom derivativen Verdacht zu sprechen. Sie werden sogleich in einem separaten Kapitel näher betrachtet. 43

D. Der originäre und der derivative Verdacht

Wie sich bereits aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, lassen sich Verdachtsfälle nach der Art der Entstehung des Verdachts kategorisieren. Diesbezüglich unterscheidet sich der eigenständige Verdacht (originär) vom abgeleiteten Verdacht (derivativ). 44

1. Der originäre Verdacht

Beim originären Verdacht können zwei Untergruppen gebildet werden. Er kann zunächst aufgrund einer tendenziösen Vorgeschichte der Kaufsache entstehen. Schulbeispiel ist hier das (un-)reparierte Unfallfahrzeug. Zu erwähnen sind ferner auch das ehemalige Taxi, das frühere Fahrschulauto oder die von Schimmel befreite Baute. Sodann kann ein originärer Verdacht auftreten, wenn der Käufer bei der Prüfung der erworbenen Ware – oder auch erst später bei ihrem Gebrauch – Unregelmässigkeiten entdeckt.³⁵ Diese beiden Untergruppen schliessen sich nicht 45

³² OLG Naumburg, 1 U 30/08, 06.11.2008.

³³ A.A. RUSCH, Verdacht, 47, 48.

³⁴ Ein Verdacht, das Fahrzeug habe früher einen Unfall erlitten, kann zum Beispiel aufkommen, wenn einzelne Karosserieteile innenseitig eine andere Lackfarbe aufweisen als aussenseitig. Ist z.B. ein Kotflügel nur auf seiner Aussenseite schwarz lackiert (wie der Rest des Fahrzeugs), auf der Innenseite aber rot (anders als der Rest des Fahrzeugs), deutet dies darauf hin, dass der Kotflügel ersetzt worden ist.

³⁵ Siehe die Beispiele in Rz. 41.

aus, sondern können nebeneinander vorkommen. Insbesondere bei Grundstücken kann sich der Verdacht sowohl aus der Vorgeschichte wie auch aus der körperlichen Beschaffenheit des Grundes ergeben.³⁶ Wesensmerkmal des originären Verdachts ist, dass ein effektiver Mangel gleichartiger Ware nie bewiesen worden ist.

2. Der derivative Verdacht

- 46 Neben dem originären Verdacht kann ein Verdacht der mangelhaften Beschaffenheit auch aufkeimen, weil bei anderer, in engem Zusammenhang mit der konkreten Kaufsache stehender Ware ein Mangel bewiesen ist oder wenigstens entsprechende Verdachtsfälle dokumentiert sind. Beim derivativen Verdacht erscheint die Kaufsache an sich völlig gewöhnlich. Sie unterliegt jedoch einem Verdacht, da sich gleichartige Ware als mangelhaft herausgestellt hat (z.B. argentinisches Hasenfleisch).
- 47 Zu denken ist hier insbesondere an Medienberichterstattungen, die einen (vermuteten) Mangel zum Gegenstand haben. Solche ab und an als Skandale dramatisierten Reportagen erscheinen in zuverlässiger Regelmässigkeit. Prominente Beispiele jüngerer Vergangenheit sind Metallsplitter schleudernde Airbags von ARC Automotive (2023), Salmonellenfunde in der Kinder-Schokolade von Ferrero (2022), das Grounding der Boeing 737 MAX (2019), Pferdefleisch in Fertiggerichteten (2013) und die mit EHEC verunreinigte Salatgurke (2011).
- 48 Damit sich ein bewiesener Mangel (oder auch nur der Verdacht eines Mangels) auf weitere Ware erstreckt, bedarf es einer besonderen Nähe. Dieser enge Zusammenhang kann sich grundsätzlich aus beliebigen Umständen ergeben. Im Regelfall liegt der Zusammenhang in der gleichen oder ähnlichen Herkunft der Ware.³⁷ Der Zusammenhang kann sich – unter Umständen auch in Verstärkung infolge gleicher Herkunft – auch aus einer zeitlichen Nähe ergeben. So steht z.B. Futtermittel unter

³⁶ Vgl. z.B. BGH, V ZR 285/99, 20.10.2000, wo einerseits der Umstand, dass auf dem Grundstück früher industriell Metall verarbeitet wurde, als auch kleinere Ölsuren den Altlastenverdacht begründeten; vgl. ferner OLG Celle, 8 U 49/08, 21.08.2008; LG Bonn, 2 O 341/04, 23.03.2005.

³⁷ Vgl. SCHWENZER/TEBEL, 154. So ist beispielsweise argentinisches Hasenfleisch mangelhaft, weil bei anderem Fleisch derselben Herkunft Salmonellen nachgewiesen werden konnten, oder österreichischer Wein fehlerbehaftet, weil er von einem Weingut stammt, bei dem die Behörde in etwa 70 Weinsorten Diethylenglykol feststellt, vgl. dazu BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a; VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.

dem Verdacht der Dioxinbelastung, weil es einen Tag vor sowie zwei Tage nach effektiv mit Dioxin belastetem Futter produziert wurde.³⁸

3. Relevanz der Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen originärem und derivativem Verdacht ist ohne materiell-rechtliche Bedeutung.³⁹ Sie stehen auch nicht in einem exklusiven Verhältnis zueinander. So kann sich ein zunächst nur auf eigenen Erkenntnissen basierender, d.h. originärer Verdacht festigen, wenn weitere Erfahrungsberichte derselben Art auftauchen (derivativer Verdacht). 49

Ein Autofahrer bemerkt zunächst selbst Unregelmässigkeiten beim Bremsverhalten seines Fahrzeugs (originärer Verdacht). Es mehren sich Berichte über ähnliche Wahrnehmungen. Nach Eröffnung einer Untersuchung findet der Automobilhersteller heraus, dass bei 5 % des Modells die Bremsen nicht wunschgemäss funktionieren (derivativer Verdacht). 50

Ein Gastronom erwirbt eine grössere Menge argentinisches Hasenfleisch, um es in seinem Restaurant anzubieten. Einige seiner Gäste berichten ihm von ihrer Salmonellen-erkrankung, nachdem sie das Hasenfleisch gegessen haben. Es entsteht der originäre Verdacht, das Fleisch könne verseucht sein. Kurz darauf berichtet die Bild-Zeitung, die Gesundheitsbehörden hätten in argentinischem Hasenfleisch Salmonellen nachgewiesen (derivativer Verdacht).

Unterschiede zeigen sich jedoch in der beweisrechtlichen Situation. Der Nachweis des derivativen Verdachts gestaltet sich einiges einfacher als der Nachweis des originären Verdachts.⁴⁰ 51

³⁸ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 47; vgl. auch BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005; OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008, Rz. 8.

³⁹ Ähnlich MAGNUS, 262, für die Unterscheidung zwischen amtlich bestätigten und privaten Verdachtsfällen; a.A. RUSCH, Verdacht, 47, für die Unterscheidung zwischen dem Verdacht als Mangel und dem Verdacht eines Mangels.

⁴⁰ Siehe Rz. 234 ff.

III. Der Verdacht und der merkantile Minderwert

A. Der Begriff des merkantilen Minderwerts

- 52 Der merkantile Minderwert bezeichnet einen aus dem subjektiven Empfinden potentieller Käufer herrührenden Preisabschlag.⁴¹ Er besteht im kollektiven Misstrauen, das der Beschaffenheit einer Sache bei Vorliegen gewisser Umstände entgegengebracht wird. In der Praxis ist er vor allem bei beschädigten Automobilen und Gebäuden von Bedeutung. Die Verkehrsanschauung misst einem reparierten Fahrzeug trotz faktisch einwandfreier Instandsetzung einen geringeren Wert zu.⁴² Der Grund für die geringere Wertschätzung liegt darin, dass die Vollständigkeit der Reparatur ex ante praktisch kaum erkenn- oder messbar ist. Es besteht ein Risiko von verborgenen, bei der Instandsetzung nicht entdeckten Mängeln, von unzureichenden Instandstellungsmassnahmen oder von unqualifizierten bzw. unsorgfältigen Personen, die mit der Reparatur betraut sind.⁴³ Auf diese Risiken reagiert der Markt mit einem Preisabschlag. Treten im Verlauf der Zeit keine Mängel auf, so nimmt das Misstrauen des Marktes entsprechend so weit ab, bis es bei der Bewertung keine Rolle mehr spielt.⁴⁴ Der Verdacht verborgener Mängel hat sich diesfalls nicht bestätigt. Die Reparatur erweist sich ex post als einwandfrei.

B. Der Ersatz des merkantilen Minderwerts

1. Im Allgemeinen

- 53 In der Schweiz ergingen zu Beginn des 20. Jahrhunderts erste Entscheide im Dunstkreis des merkantilen Minderwerts, ohne diesen aber explizit als solchen zu benennen.⁴⁵ Im Jahr 1938 äusserte sich das Bundesgericht erstmals eingehender zum Minderwert einer technisch einwandfrei reparierten Sache. Es führte aus, ihr Minderwert entstehe unabhängig von einem Verkauf des reparierten Fahrzeugs.⁴⁶ Den vorgenannten Urteilen lag stets ein Unfall im Strassenverkehr und damit ein

⁴¹ BGE 145 III 225 E. 3.1.

⁴² Anstelle vieler ROBERTO, Schadensrecht, 163.

⁴³ Vgl. BGer, 4A_113/2017, 06.09.2017, E. 4.3.3.2.

⁴⁴ BGE 145 III 225 E. 3.2.1; ROBERTO/PAVATAJ, 987; BK-BREHM, Art. 41 OR N 78b.

⁴⁵ BGE 56 II 116 E. 6; 29 II 273 E. 6.e; 27 II 221 E. 4.

⁴⁶ BGE 64 II 137 E. 3.c.

deliktisches Verhältnis zugrunde. Im Jahr 1958 bestätigte das Bundesgericht eine merkantile Wertminderung erstmals auch im vertraglichen Verhältnis.⁴⁷ Im Jahr 1970 hielt es in einem weiteren Entscheid fest, selbst Laien im Autohandel sei bekannt, dass nach Reparaturen am Fahrgestell mit der Möglichkeit erst später auftretender Mängel gerechnet werden müsse, weshalb Unfallwagen im Handel niedriger bewertet würden.⁴⁸

In zwei neueren Entscheiden prüfte das Bundesgericht das Vorliegen eines merkantilen Minderwerts erstmals auch bei Grundstücken. Während die Vorinstanz noch offenliess, ob auch Bauwerke einen merkantilen Minderwert erleiden können,⁴⁹ bejahte dies das Bundesgericht in seiner Restaurantbrand-Entscheidung. Weitergehend führte es aus, ein merkantiler Minderwert könne bei allen Sachen eintreten, für die aufgrund ihrer Eigenart die Möglichkeit erhöhter Schadenanfälligkeit typisch sei.⁵⁰ Im keine zwei Jahre später ergangenen Wassereinbruch-Entscheid hält das Bundesgericht an seinem prinzipiell breiten Verständnis des merkantilen Minderwerts fest.⁵¹ Anders als bei Fahrzeugen verlangt es bei Grundstücken jedoch, dass sich der Minderwert konkret im Vermögen des Geschädigten realisiert hat, was faktisch den Verkauf der Sache bedingt.⁵² Auch die deutsche Rechtsprechung anerkennt den merkantilen Minderwert bei der Wertbestimmung von Fahrzeugen und Gebäuden.⁵³ 54

Die hiesige Doktrin bejaht die grundsätzliche Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts sowohl bei vertraglichen wie auch bei deliktischen Verhältnissen unisono.⁵⁴ Sie bespricht ihn aber beinahe ausschliesslich im Zusammenhang mit 55

⁴⁷ BGE 84 II 158.

⁴⁸ BGE 96 IV 145 E. 2.

⁴⁹ KGer SG, BO.2016.3+4-K3, 24.01.2017, E. III.3.a.

⁵⁰ BGer, 4A_113/2017, 06.09.2017, E. 4.3.1.

⁵¹ BGE 145 III 225 E. 3.1.

⁵² BGE 145 III 225 E. 4.2.3. Neben dem Verkauf erwähnt das Bundesgericht auch die Enteignung oder die Zwangsverwertung als konkrete Schadenereignisse.

⁵³ Vgl. WALTER/KORVES, 1985, sowie VUIA, merkantiler Minderwert, 3057, je mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. Zur amerikanischen, französischen und österreichischen Rechtsordnung vgl. die Hinweise in ROBERTO, Schadensrecht, Fn. 172.

⁵⁴ BK-BREHM, Art. 41 OR N 78b; Haftpflichtkomm.-FISCHER/URWYLER, Art. 42 OR N 35; ROBERTO, Schadensrecht, 163 f.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz. 28.25 ff.; LANDOLT, 116 f.; GUHL/KOLLER, § 10 Rz. 65; OFTINGER/STARK, Rz. 370; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1633 ff.; KOLLER, Werkvertrag, Rz. 545; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 8 Rz. 51; vgl. ferner die Quellen in Fussnote 64.

einer reparierten Sache.⁵⁵ GAUCH schliesst einen Ersatz aus, wenn es an einem Markt fehlt, auf dem sich der Minderwert bilden kann.⁵⁶

2. Zum Erfordernis einer Reparatur im Speziellen

- 56 Nach der herrschenden Lehre kann der Geschädigte den merkantilen Minderwert unabhängig von einer Reparatur der beschädigten Sache geltend machen.⁵⁷ Damit übereinstimmend führte das Bundesgericht im Restaurantbrand-Entscheid aus, ein merkantiler Minderwert könne auch eintreten, wenn eine Sache nicht repariert werde.⁵⁸ Im Wassereintrich-Entscheid erwog es hingegen, da zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses die Reparatur noch nicht erfolgt sei, könne ein allfälliger trotz Reparatur bestehender merkantiler Minderwert noch gar nicht eingetreten sein.⁵⁹ Die Lehre reagierte hierauf kritisch, da man so den Geschädigten zwingt, die Sache zu reparieren, wenn er den merkantilen Minderwert geltend machen wolle.⁶⁰
- 57 Meines Erachtens ist die Haltung des Bundesgerichts nur scheinbar schwankend. Seine oben erwähnte Erwägung im Wassereintrich-Entscheid ist zusammen mit seinen Ausführungen im Restaurantbrand-Entscheid zu lesen. Dort unterscheidet das Bundesgericht zunächst im Sinne einer Auslegeordnung zwischen Schadenfällen mit Reparatur und solchen ohne Reparatur, wobei bei beiden ein merkantiler Minderwert eintreten könne.⁶¹ Das ist m.E. zutreffend. Im Wassereintrich-Entscheid verzichtet das Bundesgericht nun auf die einleitende Wiedergabe dieser Unterscheidung, sondern widmet sich – da hier eben ein Schadenfall mit Reparatur vorlag – ausschliesslich dem merkantilen Minderwert nach erfolgter Instandstellung. Nur in diesem Zusammenhang erfolgte m.E. die umstrittene Erwägung,

⁵⁵ Ausnahmen hiervon sind RUSCH, Verdacht, 45; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 341 ff.

⁵⁶ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1634a.

⁵⁷ Vgl. ROBERTO, Schadensrecht, 163 f.; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2344; LANDOLT, 117; OFTINGER/STARK, Rz. 370; ROBERTO/PAVATAJ, 988 f.; LANGE/SCHIEMANN, 265 ff.; MK-OETKER, § 249 BGB N 53; unklar MERZ, SPR, 194; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 18.08.

⁵⁸ BGer, 4A_113/2017, 06.09.2017, E. 4.3.3.1. Auch keine Reparatur verlangte bereits früh das Bezirksgericht Winterthur, 16.05.1963, SJZ 1964, 207 f.

⁵⁹ BGE 145 III 225 E. 3.2.2.

⁶⁰ Vgl. Roberto/Pavataj, 988.

⁶¹ Vgl. BGer, 4A_113/2017, 06.09.2017, E. 4.3.3.1, 4.3.3.2; so auch ROBERTO, Ersatzfähigkeit, 1432.

wonach ein allfälliger trotz Reparatur bestehender merkantiler Minderwert zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch gar nicht vorliegen könne.⁶² In diesem Licht betrachtet erscheint auch sachlogisch, dass der auf der Reparatur der Sache basierende merkantile Minderwert erst mit der Reparatur eintritt, wie es das Bundesgericht ausführt. Damit ist im Wassereinbruch-Entscheid nichts dazu gesagt, was gelten soll, wenn die Sache nicht repariert wurde. Demzufolge ist anzunehmen, dass die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts im Restaurantbrand-Entscheid nach wie vor zutreffen, das Bundesgericht mithin für den Ersatz des merkantilen Minderwerts die Reparatur der Sache nicht voraussetzt.⁶³

C. Dogmatische Einordnung des merkantilen Minderwerts

Seinem Ursprung bei Verkehrsunfällen entsprechend ist der merkantile Minderwert besonders im ausservertraglichen Haftpflichtrecht bedeutsam.⁶⁴ Nach einem Unfall soll der Ersatzpflichtige nebst den Kosten der Reparatur als technischem Minderwert auch den untechnischen bzw. merkantilen Minderwert des geschädigten Objekts ersetzen müssen. Von diesem Verständnis herrührend betrachtet die herrschende Lehre den merkantilen Minderwert in deliktischen Verhältnissen als einzelnen Schadenposten⁶⁵ und in vertraglichen Verhältnissen als Mangelfolgeschaden.⁶⁶ 58

⁶² Zumal das Bundesgericht ausdrücklich folgerte, ein *trotz Reparatur* (H.d.V.) bestehender merkantiler Minderwert könne erst nach derselben eintreten, vgl. dazu BGE 145 III 225 E. 3.2.2.

⁶³ Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus BGE 145 III 225 E. 4.2.3 a.E., wonach nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig sei und insofern nicht am Restaurantbrand-Entscheid festgehalten werden könne. Auch bei konkreter Schadensberechnung ist der merkantile Minderwert auch ohne Reparatur zu ersetzen, z.B. beim Verkauf der unreparierten Sache.

⁶⁴ Vgl. ROBERTO, Schadensrecht, 163; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2344; WERRO, Rz. 1093; REY/WILDHABER, Rz. 371; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz. 28.28; LANGE/SCHIEMANN, 264; TRÜMPY et al., Rz. 12.32; LANDOLT, 116; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 18.08; MERZ, SPR, 194; KOZIOL, Rz. D2/32, D2/84 ff.

⁶⁵ Vgl. BK-BREHM, Art. 41 OR N 78b; ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz. 28.25.

⁶⁶ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1634a ff.; BSK-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 OR N 38; EGLI, 91, 93.

- 59 Dementgegen hält die alternative Ansicht den merkantilen Minderwert in Vertragsverhältnissen für genuin mangelbegründend.⁶⁷ Nach BÜHLER könne er gar beides sein: Sei die Bewertung der Sache Gegenstand einer Zusicherung, gehöre er zum Minderwert, anderenfalls sei er Teil eines Mangelfolgeschadens.⁶⁸
- 60 Das Bundesgericht liess die Frage der rechtlichen Qualifikation im Wassereintrich-Entscheid offen.⁶⁹ Das Handelsgericht Zürich schliesst sich der herrschenden Lehre an und bezeichnet den merkantilen Minderwert als Mangelfolgeschaden.⁷⁰ Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Gerichte des Kantons Zug.⁷¹ In Deutschland geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, der merkantile Minderwert stelle einen unmittelbaren Sachschaden dar.⁷²
- 61 Wie sich aus der nachfolgenden Erörterung des Verhältnisses zwischen Mangelverdacht und merkantilem Minderwert ergibt, ist der alternativen Ansicht um KOLLER zuzustimmen.

⁶⁷ KOLLER, Werkvertrag, Rz. 545; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340; unklar noch KOLLER, Nachbesserung, Rz. 154, 502. Zum Meinungsstreit eingehend TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 337 ff.

⁶⁸ ZK-BÜHLER, Art. 368 OR N 88 f.

⁶⁹ BGE 145 III 225 E. 3.1: «Ob der merkantile Minderwert als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren ist oder im Bereich der Minderung zuzuordnen ist, ist in der Lehre umstritten.»

⁷⁰ HGer ZH, HG120187, 19.03.2015, E. 3.7.2.1 a.E.; HG120158, 26.11.2014, E. 7.3.

⁷¹ Vgl. OGer ZG, Z 1 2017, 29.05.2018, E. 2.1.

⁷² BGH, VI ZR 357/03, 23.11.2004, E. II.3.a mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

D. Das Verhältnis zwischen Verdacht und merkantilem Minderwert

1. Meinungsstand

Verschiedentlich weisen Autoren auf die Nähe des Verdachts als Mangel zum merkantilen Minderwert hin.⁷³ Auch die Rechtsprechung spricht im Kontext des merkantilen Minderwerts zuweilen einen Verdacht auf verborgene Mängel an.⁷⁴ 62

WALTER/KORVES haben sich eingehender zum Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zueinander geäußert. Sie grenzen den merkantilen Minderwert vom Mangelverdacht ab. Nur beim Mangelverdacht und nicht auch beim merkantilen Minderwert stehe dem Käufer ein Anspruch auf Beseitigung des Verdachts durch Klärung der Ursachen und gegebenenfalls Behebung des Schadens zu. Den Anspruch auf Beseitigung des Verdachts leiten sie aus dem im BGB vorgesehenen Nacherfüllungsanspruch nach § 437 Ziff. 1 sowie § 439 BGB ab. Dieser Anspruch entfalle aber bei Unmöglichkeit oder Unverhältnismässigkeit.⁷⁵ 63

⁷³ RUSCH, Verdacht, 45: «[Der merkantile Minderwert] passt zum Verdacht als Mangel»; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 159: «[Das Gericht verweist] zutreffend auf die parallele Argumentation im Rahmen der Rechtsprechung zum merkantilen Minderwert bei Unfallfahrzeugen»; MAISSEN, 54: «Der merkantile Minderwert [...] bezieht sich auf den Verdacht verborgener Mängel»; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340: «[Es] ist festzuhalten, dass im Fall eines Werkes, hinsichtlich dessen der begründete Verdacht verborgener Mängel [...] mit der Folge eines merkantilen Minderwerts besteht, der Verdacht selbst einen Mangel darstellt»; VUIA, merkantiler Minderwert, 3057: «eine vorgeschädigte Sache trotz fachgerechter Reparatur am Markt wegen des Verdachts verborgen gebliebener Schäden geringer bewertet wird (sog. merkantiler Minderwert)»; SCHMOLKE, 373: «Entsprechend leicht fiel es den Gerichten auch, den Mangelverdacht dort als rechtserheblich anzuerkennen, wo er sich in einem «merkantilen Minderwert» oder der «Unverkäuflichkeit» der Kaufsache niederschlug»; KOZIOL, Rz. D2/32: «Da [...] die Wertminderung durch den Unfall, die über die Reparaturkosten hinausgeht und auf dem Verdacht unentdeckter Mängel beruht.»

⁷⁴ Exemplarisch BGE 145 III 225 E. 3.1: «Während diese Wertminderung sich regelmäßig – etwa bei einer beschädigten Sache – mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären lässt»; BGH, III ZR 32/66, 20.06.1968, E. A.II.3: «[Es] kommt entscheidend darauf an, ob die Verkehrsanschauung mit der Wiederkehr des Schwammes rechnet; bereits der Verdacht, dass das Haus von neuem befallen werden könne, muss als ein den Verkaufswert des Hauses erheblich mindernder Fehler angesehen werden»; vgl. auch BGH, V ZR 250/15, 21.07.2017, Rz. 25.

⁷⁵ WALTER/KORVES, 1987.

- 64 Auch SCHWENZER/TEBEL unterscheiden den Mangelverdacht vom merkantilen Minderwert. Verdachtsfälle würden sich dadurch kennzeichnen, dass sie nur unter besonderen Umständen (wie z.B. dem Zeitpunkt der Lieferung) einem Verdacht unterlägen. So seien argentinische Hasen in der Regel einwandfrei. Erst die Häufung von Salmonellenbefällen führe den Mangel herbei. Die Eigenschaft «argentinische Herkunft» sei also nicht dauernd mangelbegründend, sondern nur unter besonderen Umständen. Anders liege die Sache beim merkantilen Minderwert. Dieser basiere ausschliesslich auf bekannten Tatsachen (Unfallauto, Vornutzung) und reagiere nicht auf sich verändernde äussere Umstände. Der merkantile Minderwert stelle folglich keine Verdachtsfragen, da die bekannten Eigenschaften der Ware ihre Mangelhaftigkeit herbeiführen würden.⁷⁶

2. Stellungnahme zu Einzelpositionen der Lehre

2.1 WALTER/KORVES

- 65 Die Autoren differenzieren zwischen Mangelverdacht und merkantilem Minderwert, da der Käufer nur bei Ersterem über einen Nachbesserungsanspruch verfüge. Der geltend gemachte Unterschied ist für das hiesige Recht von vornherein nur beschränkt einschlägig, da das hiesige Binnenkaufrecht anders als das deutsche BGB bekanntlich keinen gesetzlichen Nachbesserungsanspruch kennt.⁷⁷
- 66 Sodann lässt die von WALTER/KORVES vorgebrachte Abweichung auch inhaltlich nicht den Schluss zu, systemisch zwischen Mangelverdacht und merkantiler Wertminderung zu unterscheiden. Wie die Autoren einräumen, steht dem Käufer selbst bei Verdachtsfällen die Nachbesserung nicht in jedem Fall offen. Der Anspruch soll nicht bestehen, wenn die Nachbesserung unmöglich oder unverhältnismässig ist. So weit ist den Autoren zuzustimmen. Leider äussern sie sich nicht dazu, warum der Käufer einer Ware, die einer merkantilen Wertminderung unterliegt, nicht berechtigt sein soll, die Beseitigung des Verdachts zu verlangen. Freilich mutet die Nachbesserung beim merkantilen Minderwert etwas seltsam an, kann die Verkäuferin doch aus einem Unfallauto kein unfallfreies Auto zaubern. Doch geht dies an der Sache vorbei. Nicht die Eigenschaft als «Unfallauto» ist Gegenstand der Nachbesserung, sondern der auf dem Umstand des Unfalls basierende Verdacht

⁷⁶ SCHWENZER/TEBEL, 154.

⁷⁷ Die Einführung eines Nachbesserungsrechts zugunsten des Käufers scheiterte im Jahr 2005 am Widerstand aus der Wirtschaft, vgl. dazu BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5, sowie die Medienmitteilung des EJPD «Konsumentenschutz wird nicht ausgebaut – Bundesrat verzichtet auf Gesetzesrevision» vom 09.11.2005.

(z.B. der Verdacht, die effektiven Folgen des Unfalls seien zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vollständig ersichtlich). Ob es der Verkäuferin faktisch möglich ist, diesen Verdacht auszuräumen, ist zu bezweifeln, aber im Resultat gar nicht entscheidend. Denn selbst wenn man die Möglichkeit in Anbetracht aller technischen Möglichkeiten bejaht, steht der dafür notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Minderwert, der aus dem Verdacht resultiert. Der Grund, warum der Käufer eines Unfallfahrzeugs keine Nachbesserung geltend machen kann, liegt also in deren Unmöglichkeit oder zumindest in deren Unverhältnismässigkeit. Damit liegt aber dieselbe Ausgangslage vor wie beim Mangelverdacht, wo die Nachbesserung ebenfalls nur offensteht, wenn sie möglich oder verhältnismässig ist.

Ein systemischer Unterschied zwischen Mangelverdacht und merkantilem Minderwert liegt nach dem Gesagten also nicht vor. Vielmehr zeigt sich hier erstmals das *Teilmengenverhältnis*, das zwischen ihnen besteht. Beim merkantilen Minderwert ist die Beseitigung des Verdachts faktisch unmöglich oder zumindest – weil die Verkäuferin einen unverhältnismässigen Aufwand betreiben müsste – praktisch unmöglich. Beim Mangelverdacht kann dies der Fall sein, muss es aber nicht.⁷⁸

2.2 SCHWENZER/TEBEL

Die Autoren erkennen einen Unterschied zwischen Mangelverdacht und merkantilem Minderwert in der unterschiedlichen Permanenz des Verdachts. Während argentinisches Hasenfleisch für gewöhnlich einwandfrei und nur bei Hinzutreten besonderer Umstände mangelhaft sei, liege beim Unfallauto unabhängig von weiteren Tatsachen stets ein Mangel vor.

Meines Erachtens handelt es sich dabei um einen Scheinunterschied, der aus einem nicht stichhaltigen Äpfel-Birnen-Vergleich herrührt. SCHWENZER/TEBEL vergleichen Hasenfleisch in seiner physiologischen Form mit Fahrzeugen in ihrer pathologischen Form. Unbemerkt weisen sie dem Fahrzeug bereits die nachteilige Eigenschaft «Unfall» zu, während Hasenfleisch ohne Hinzutreten einer weiteren Eigenschaft nicht negativ behaftet ist. Für einen Äpfel-Äpfel-Vergleich müssen dagegen entweder zwei Objekte in ihrem physiologischen Soll-Zustand oder in ihrem pathologischen Ist-Zustand verglichen werden.⁷⁹ Offenkundig bedarf es sowohl beim «blossen» Hasenfleisch wie auch beim unfallfreien Auto weiterer

⁷⁸ Vgl. z.B. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; III ZR 106/66, 25.01.1968.

⁷⁹ Beim physiologischen Zustand wäre zum Beispiel gewöhnliches Hasenfleisch mit einem unfallfreien Auto zu vergleichen, beim pathologischen Zustand argentinisches Hasenfleisch, das gleichzeitig mit entsprechender salmonellenverseuchter Ware geliefert wird, mit einem Unfallauto.

Umstände für deren Mangelhaftigkeit, während beim argentinischen Hasenfleisch, das im zeitlichen Zusammenhang mit effektiv verseuchtem Fleisch geliefert wurde, wie auch beim Unfallauto keine weiteren Eigenschaften mehr hinzutreten müssen. Dass der merkantile Minderwert ferner entgegen SCHWENZER/TEBEL sehr wohl auf einem Verdacht und nicht auf bekannten Tatsachen beruht, ist sogleich aufzuzeigen.⁸⁰

3. Untersuchung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale

- 70 Nach dem Gesagten ist zu bezweifeln, ob Mangelverdacht und merkantile Wertminderung tatsächlich so verschiedenartig sind. Eine abschliessende Antwort ist anhand einer Untersuchung ihrer jeweiligen Tatbestandsmerkmale zu suchen. Es zeigt sich, dass sich die Sachverhalte des einen jeweils unter die Tatbestandsmerkmale des anderen subsumieren lassen.

3.1 Der konkrete und nicht ausräumbare Verdacht

- 71 Lässt man das (zweifelsfrei ungerechtfertigte⁸¹) Erfordernis der Gesundheitsgefährdung aussen vor, lassen sich die Fälle des merkantilen Minderwerts unter die Verdachtsformel des BGH subsumieren. Nach dem Leitsatz des BGH liegt ein Sachmangel nämlich vor, wenn die Ware unter dem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht negativer Beschaffenheit steht und dieser Verdacht durch dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen ist.⁸²
- 72 Der reparierte Unfallwagen steht aufgrund der konkreten Tatsache der kürzlich vorgenommenen Reparatur unter dem Verdacht verborgener Mängel. Der Nachweis, dass mit der Reparatur alle Mängel *lege artis* beseitigt wurden, ist nicht auf zumutbare Weise zu erbringen. Auch die übrigen Beispiele des merkantilen Minderwerts lassen sich unter die Verdachtsformel subsumieren.

3.2 Die Trias des merkantilen Minderwerts

- 73 Zuweilen wird ausgeführt, der merkantile Minderwert basiere auf der fehlenden Unfallfreiheit,⁸³ der langen Standzeit oder der atypischen Vorbenutzung von Fahr-

⁸⁰ Siehe Rz. 73 ff.

⁸¹ Siehe Rz. 217 f.

⁸² Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz.

⁸³ Vgl. KOLLER, Werkvertrag, Rz. 545.

zeugen.⁸⁴ Damit wird der Grund der tieferen Marktbewertung verkappt wiedergegeben. Der wirkliche Ursprung des Minderwerts liegt je nach Einzelfall in unterschiedlichen Umständen. Beim reparierten Unfallwagen liegt die Ursache des Minderwerts im Risiko von verborgenen, bei der Instandsetzung nicht entdeckten Mängeln, von unzureichenden Instandstellungsmassnahmen oder von unqualifizierten bzw. unsorgfältigen Personen, die mit der Reparatur betraut sind.⁸⁵ Andere Umstände liegen dem Minderwert beispielsweise bei einer Dachsanierung zugrunde, wie das OLG München differenziert erwägt.⁸⁶

Dachsanierungs-Entscheid. Nebst dem Verdacht der fachmännisch nicht einwandfreien Reparatur bestehe der Verdacht von Feuchteschäden. Während der Ausführung könne nämlich zeitweise der Schutz gegen Regen fehlen, Wasser in das Gebäude eindringen, durch Aufzugs- und Leitungsschächte tiefer gelegene Geschosse erreichen und dort Schimmel- und Feuchteschäden auslösen, etwa in Form verzogener Gipskarton-, Tür- und Fensterelemente. Werde zur Sanierung ein Gerüst aufgebaut, begründe dies den Verdacht von Schäden an der Gebäudehülle. Das Gerüst könne Schäden und Verschmutzungen an der Fassade verursachen und so die Lebensdauer von Anstrichen, Leitungen und anderen Einrichtungen verkürzen. 74

Auch bei unreparierten Sachen kann ein merkantiler Minderwert vorliegen. Hier liegt der Minderwert darin begründet, dass sich das wahre Ausmass des Schadens gegenwärtig noch nicht vollständig zeigt.⁸⁷ Die Ursache des merkantilen Minderwerts liegt also je nach Einzelfall in verschiedenen Umständen. Abstrahiert man das Konzept des merkantilen Minderwerts vom Einzelfall, so zeigt sich, dass er eine Reaktion des Marktes auf ein Risiko umschreibt. Die Verkehrsanschauung schliesst von einem *Umstand* auf ein *Risiko*. Aufgrund des Risikos sinkt der Marktwert (= *Risikofolge*). 75

Bei Kenntnis des Umstands der Reparatur des Autos entsteht die subjektive Wahrscheinlichkeitsannahme, das Auto könnte unzureichend repariert worden sein. Weil das Auto mit dem Risiko behaftet ist, sinkt die Nachfrage nach demselben, was sich schliesslich in der Bewertung des Guts niederschlägt. 76

Diese Trias *Umstand-Risiko-Risikofolge* lässt sich auch auf die Hasen-Entscheidung übertragen. So schliesst die Verkehrsanschauung z.B. beim Hasenfall von einem Umstand (Herkunft aus zumindest teilweise verseuchten Beständen) auf ein Risiko (Verdacht der Verseuchung des betroffenen Guts). Die Nachfrage nach 77

⁸⁴ TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340; vgl. SCHWENZER/TEBEL, 154.

⁸⁵ Vgl. BGer, 4A_113/2017, 06.09.2017, E. 4.3.3.2.

⁸⁶ OLG München, 9 U 960/13, 17.12.2013, E. II.2.

⁸⁷ Siehe zum Ersatz des merkantilen Minderwerts ohne vorgehende Reparatur Rz. 56 f.

argentinischem Hasenfleisch sinkt, was eine Wertminderung nach sich zieht (Risikofolge).⁸⁸ Wie die nachfolgende Abbildung 1 zeigt, lassen sich auf alle Fälle des Mangelverdachts die Trias-Elemente des merkantilen Minderwerts anwenden.⁸⁹

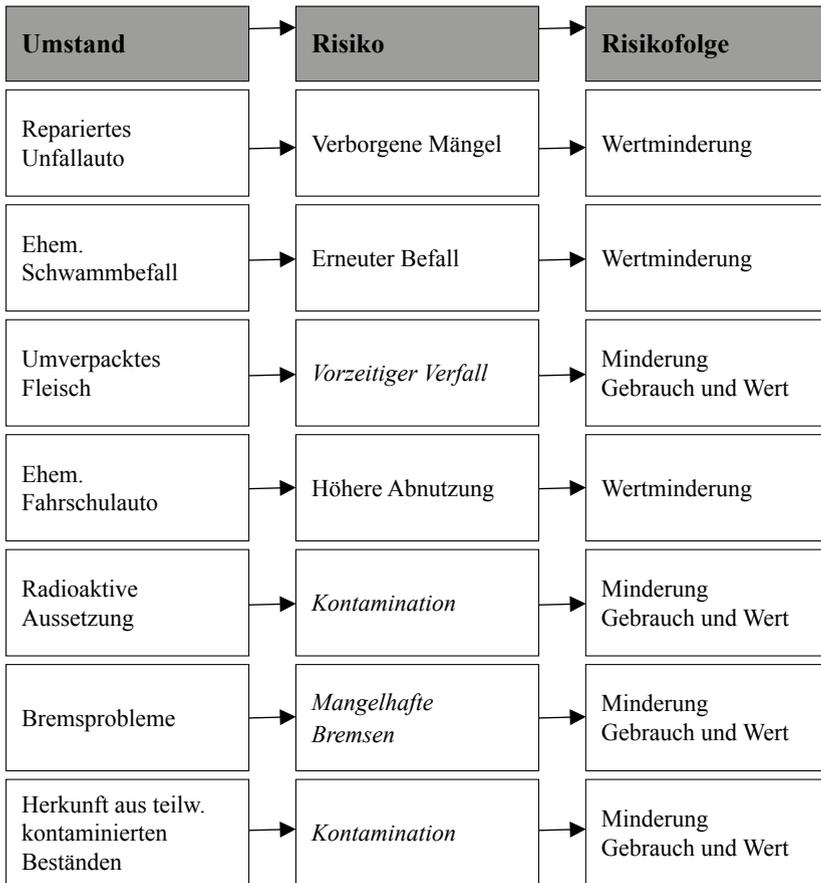


Abbildung 1: Die drei Glieder des Verdachts. In kursiver Schrift sind Fälle des Verdachts der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit.

⁸⁸ Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969. Neben der Wertminderung hat der Verdacht hier auch die Aufhebung der Tauglichkeit zum Verzehr zur Folge.

⁸⁹ Unter Verdachtsgesichtspunkten kann daher ebenso von der Trias Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge gesprochen werden.

4. Trias Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge

Um das Verhältnis zwischen Mangelverdacht und merkantilem Minderwert umfassend zu begreifen, sind die einzelnen Elemente der Trias gesondert zu betrachten. 78

4.1 Der verdachtsbegründende Umstand

Beim merkantilen Minderwert stehen die Umstände des Verdachts im Zentrum. Sie bilden seine von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen (Unfallwagen, ehemaliger Schwammbefall, ehemaliges Fahrschulauto, lange Standzeit).⁹⁰ Der merkantile Minderwert soll nach Bundesgericht zwar auch in weiteren Fällen ersatzfähig sein.⁹¹ In Gerichtsentscheiden hat sich dieses extensive Verständnis jedoch noch nicht niedergeschlagen. 79

Anders hingegen ist die Lage beim Mangelverdacht. Hier erkennen Lehre und Rechtsprechung keine Einschränkung auf ausgewählte verdachtsbegründende Tatsachen. Es kommen beliebige Umstände in Betracht, sofern sie einen Verdacht zur Folge haben. Die bisher ergangenen Entscheidungen zeigen aber, dass der Verdacht regelmässig auf der Herkunft der Kaufsache⁹² oder auf ihrer früheren Nutzung⁹³ basiert. 80

4.2 Das Risiko bzw. der Verdacht

Wie gesagt sind die verdachtsbegründenden Umstände beim Mangelverdacht nicht von Interesse. Hier dreht sich alles um den Verdacht selbst. Die Debatte versteift sich regelrecht auf die Anforderungen, die an einen Verdacht zu stellen sein sollen. Lehre und Rechtsprechung schlagen ein wahres Sammelsurium besonderer Verdachtsanforderungen vor. Der Verdacht muss zum Beispiel nach Auffassung 81

⁹⁰ Vgl. MAISSEN, 61 ff.; RUSCH, Verdacht, 45 ff.; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340; BGH, VIII ZR 33/74, 12.05.1976.

⁹¹ BGE 145 III 225 E. 3.1.

⁹² So geschehen bei den Lebensmittelfällen, vgl. dazu BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 247/87, 23.11.1988; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014; OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008; LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986; AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986; vgl. auch SCHWENZER/TEBEL, 154.

⁹³ So insbesondere beim Kauf von Grundstücken, vgl. dazu BGH, V ZR 121/90, 12.07.1991; V ZR 218/98, 01.10.1999; V ZR 285/99, 20.10.2000; V ZR 35/15, 08.07.2016; OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994.

des BGH naheliegend, auf eine Gesundheitsgefährdung gerichtet und überdies auch nicht zu beseitigen sein.⁹⁴

- 82 Von Grund auf anders ist die Lage wiederum beim merkantilen Minderwert. Das von den Umständen abgeleitete Risiko ist hier völlig irrelevant. Lehre und Rechtsprechung liegt es fern, irgendwelche inhaltliche Anforderungen an das Risiko bzw. den Verdacht zu stellen. Die beim Mangelverdacht verlangte Unzumutbarkeit der Ausräumung ist beim merkantilen Minderwert nicht nur inexistent. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist sie gar untauglich, um einen merkantilen Minderwert zu heilen.⁹⁵ Während zuweilen für den Mangelverdacht verlangt wird, der Verdacht müsse zwingend auf eine Gesundheitsgefährdung gerichtet sein, nimmt die analoge Position beim merkantilen Minderwert bizarre Züge an. So würde die Ansicht, der merkantile Minderwert sei beim Unfallwagen nicht ersatzfähig, da der Verdacht der unfachmännischen Reparatur nicht die Gesundheit des Lenkers beschlage, in der Lehre kaum auf positive Resonanz stossen.

4.3 Die Verdachtsfolge

- 83 Die notwendigen Folgen eines Mangelverdachts richten sich nach Art. 197 Abs. 1 OR. Fehlt der Ware eine vorausgesetzte Eigenschaft, ist die Aufhebung oder erhebliche Minderung des Werts der Kaufsache oder der Gebrauchstauglichkeit notwendig. Fehlt der Kaufsache hingegen eine vereinbarte Eigenschaft, liegt ein Mangel auch unterhalb dieser Erheblichkeitsschwelle vor.⁹⁶
- 84 Der merkantile Minderwert erfasst dementsgegen nur Verdachtssachverhalte, die eine Minderung des Verkehrswerts zur Folge haben. Auch hier zeigt sich wieder das zwischen den Rechtsinstituten bestehende Teilmengenverhältnis.

5. Zwischenfazit

- 85 Dass nach WALTER/KORVES der Käufer nur in manchen Fällen des Mangelverdachts und niemals beim merkantilen Minderwert die Nachbesserung verlangen kann, hat

⁹⁴ Anstelle vieler BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43. Siehe zur Diskussion der Anforderungen an einen Verdacht im Einzelnen Rz. 177 ff., 229 ff.

⁹⁵ Vgl. BGE 84 II 158 E. 2, wonach die Bescheinigung der technisch einwandfreien Reparatur (= Ausräumung des Verdachts verborgener Mängel) keine Rolle spiele. Siehe zur Kritik hierzu Rz. 355.

⁹⁶ Anstelle vieler HUGUENIN, Rz. 2597.

kein ausschliessendes Verhältnis der Institute zur Folge (siehe Rz. 65 ff.). Der von SCHWENZER/TEBEL vorgebrachte Unterschied liegt bei genauerer Betrachtung nicht vor (siehe Rz. 68 f.).

Der Mangelverdacht und der merkantile Minderwert erfassen denselben Lebenssachverhalt, nämlich die Reaktion des Marktes auf eine ungesicherte Tatsachelage. Ihre jeweiligen Voraussetzungen lassen sich ohne Einschränkung auf das andere Rechtsinstitut übertragen (siehe Rz. 70 ff.). 86

Alle Fälle des merkantilen Minderwerts und des Mangelverdachts lassen sich nach den Elementen Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge aufschlüsseln (siehe Rz. 73 ff.). Merkantiler Minderwert und Mangelverdacht fokussieren sich auf unterschiedliche Elemente der Verdachts-Trias. Beim merkantilen Minderwert stehen die Umstände des Verdachts im Zentrum der Überlegungen. Beim Mangelverdacht spielen diese eine untergeordnete Rolle (siehe Rz. 79 f.). Der Fokus liegt hier auf der Intensität des Verdachts. Wie der Verdacht genau beschaffen sein muss, ist wiederum in Diskussionen und Erörterungen des merkantilen Minderwerts irrelevant (siehe Rz. 81 f.). Der merkantile Minderwert bildet eine Teilmenge aller Mangelverdachtsfälle. Er umfasst wesensgemäss nur diejenigen Verdachtsfälle, die eine Wertminderung zur Folge haben. Dementgegen umfasst der Mangelverdacht zusätzlich auch eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit (siehe Rz. 83 f.). 87

6. Konsequenzen

6.1 Der merkantile Minderwert als genuiner Mangel

Die Trias Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge zeigt, dass der merkantile Minderwert einen Sonderfall des Mangelverdachts darstellt. Das hat Auswirkungen auf seine dogmatische Einordnung. Demzufolge muss er in Übereinstimmung mit der alternativen Ansicht zwangsläufig einen genuinen Sachmangel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR bilden und kann nicht blosse Folge eines Mangels sein.⁹⁷ 88

Mangelbegründend ist die ungesicherte Tatsachelage des betreffenden Guts, mithin der Verdacht einer negativen Beschaffenheit. Dieser Verdacht bildet einen Mangel, wenn er – nebst der beim merkantilen Minderwert irrelevanten Gebrauchsminderung – eine Wertminderung zur Folge hat (Minderwert als Erheb- 89

⁹⁷ Siehe zum Meinungsstreit Rz. 58 ff. sowie TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 337 ff.

lichkeitsschwelle; vgl. Art. 197 Abs. 1 OR). Zugleich ist der Minderwert auch Folge des Verdachts (Minderwert als Mangelsymptom).⁹⁸

- 90 Ist der merkantile Minderwert nicht Mangelfolgeschaden, sondern Mangel selbst, kann er bei Sachübergabeverträgen unter dem Titel «Minderung» auch ohne Verschulden des Veräusserers geltend gemacht werden.⁹⁹ Nicht per se auszuschliessen ist zudem die Wandelung.¹⁰⁰ Eine Nachbesserung im Sinne der Ausräumung des Verdachts ist theoretisch zwar denkbar. Sie ist aber regelmässig untaugliches Mangelbeseitigungsmittel, da sie das Vertrauen des Marktes in die *lege artis* vorgenommene Reparatur nicht wiederherstellt, der geringere Verkehrswert also trotz Bestätigung der einwandfreien Reparatur verbleibt.¹⁰¹
- 91 Die schwergewichtig von GAUCH vertretene gegenteilige Ansicht, wonach der merkantile Minderwert Mangelfolgeschaden sei, ist nicht zutreffend. Sie unterscheidet sich von der hier vertretenen Auffassung im Wesentlichen darin, dass GAUCH ein technisch einwandfrei nachgebessertes Werk für mangelfrei hält.¹⁰² Meines Erachtens beseitigt die technisch einwandfreie Nachbesserung den Mangel dementgegen nur auf der körperlichen Ebene. In wirtschaftlicher Hinsicht bleibt der Verdacht der unsachgemässen Nachbesserung an der Sache haften. Hat dieser Verdacht eine Wertminderung zur Folge, ist die Ware trotz technisch einwandfreier Nachbesserung nicht mangelfrei.

6.2 Keine besonderen Anforderungen an den Mangelverdacht

- 92 Während der merkantile Minderwert allseitig anerkannt ist, stösst der Mangelverdacht auf viel Ablehnung und Skepsis.¹⁰³ Die Identität von merkantilem Minder-

⁹⁸ Dahingehend auch RUSCH/SCHWIZER, Abgasmanipulation, 1303; vgl. ferner WALTER/KORVES, 1986, die den merkantilen Minderwert nur als Mangelsymptom bezeichnen.

⁹⁹ So auch KOLLER, Nachbesserung, Rz. 154; vgl. ferner auch KOLLER, Werkvertrag Rz. 545; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340; VISCHER, Minderwert, 849.

¹⁰⁰ Nach TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 341, ist die Wandelung insbesondere möglich bei einem Verdacht verborgener, lebensbedrohlicher Mängel.

¹⁰¹ Vgl. BGE 84 II 158 E. 2.

¹⁰² GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1634: «[Der merkantile Minderwert besteht] in einer Verminderung des Verkaufswertes, die auch bei einer vollständigen und ordnungsgemässen Mangelbeseitigung deshalb verbleibt, weil das betreffende Werk *wegen der einmal bestandenem (!) Mangelhaftigkeit [H.i.O.]* im Geschäftsverkehr geringer bewertet wird.»

¹⁰³ Illustrativ zum merkantilen Minderwert BGE 84 II 158 E. 2: «Es ist allgemein bekannt, dass ein solcher Unfall den Wert eines Autos mindert»; vgl. ebenso illustrativ zum Mangelverdacht MAGNUS, 262: «Auch [wenn nur der Käufer den Verdacht hat] er-

wert und Mangelverdacht fördert zutage, dass diese abweisende Haltung gegenüber Letzterem unbegründet ist. Die dem merkantilen Minderwert zukommende Anerkennungs- bzw. Geltungswirkung muss sich zwangsläufig auf den Mangelverdacht erstrecken. Wer den merkantilen Minderwert befürwortet, kann nicht gleichzeitig den Mangelverdacht ablehnen, ohne sich in Widersprüche zu verstricken.

Gleich wie an den merkantilen Minderwert sind auch an den Mangelverdacht keine besonderen Anforderungen zu stellen. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass er auf eine Gefährdung der Gesundheit gerichtet oder nicht mit zumutbaren Mitteln ausräumbar ist.¹⁰⁴ 93

6.3 Keine konkrete Schadensberechnung des merkantilen Minderwerts

Seit dem Wassereinbruch-Entscheid verlangt das Bundesgericht bei Immobilien für den Ersatz des merkantilen Minderwerts einen konkreten Schadeneintritt.¹⁰⁵ 94 Dies löste kritische Reaktionen aus. Die Lehre hält dafür, der Schaden müsse auch bei Immobilien abstrakt berechnet werden.¹⁰⁶ Diese Rüge ist zu unpräzise. Auch m.E. ist die vom Bundesgericht gewählte Lösung unzutreffend, jedoch aus anderen Gründen. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass in *vertraglichen Verhältnissen* der merkantile Minderwert (genauer der Verdacht der unzureichenden Instandstellung) genuiner Sachmangel ist, sofern er den Wert der veräußerten Sache verkleinert.¹⁰⁷ In vertraglichen Verhältnissen – und ein solches lag dem Wassereinbruch-Entscheid zugrunde – ist also von vornherein nicht ein Schaden zu berechnen, sondern der Minderwert der Sache. Im Werkvertragsrecht liegt nun eine konkrete Berechnung des Minderwerts nicht nur fern, sie ist gar «unhaltbar».¹⁰⁸ Nichts anderes hat im Kaufrecht zu gelten. Geht es um vertragliche Verhältnisse, ist die Diskussion über abstrakte oder konkrete Schadensberechnung also müßig.

scheint es aber gerechtfertigt, in engen Ausnahmefällen Mängelrechte auf Grund eines Mangelverdachts einzuräumen.»

¹⁰⁴ Siehe dazu eingehend Rz. 217 f. und Rz. 305 ff.

¹⁰⁵ BGE 145 III 225 E. 4.2.3.

¹⁰⁶ ROBERTO/PAVATAJ, 989 ff.; VISCHER, Minderwert, 848 f.; ROBERTO, Ersatzfähigkeit, 1243; FELLMANN/BURGER, 267.

¹⁰⁷ Siehe Rz. 88 ff.

¹⁰⁸ So das Bundesgericht ausdrücklich in BGE 117 II 550 E. 4.b.aa; vgl. auch BSK-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 OR N 36; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1627 ff.

- 95 Anders ist die Lage in *deliktischen Verhältnissen*. Hier dringen die Rügen der Lehre an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch, die über die unterschiedliche Bedeutung von Kompensations- und Restitutionsinteresse hinwegsieht.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Vgl. ROBERTO/PAVATAJ, 988; ROBERTO, Ersatzfähigkeit, 1243.

Teil 2:
Der Verdacht als
Sachmangel

I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts

- 96 In diesem Kapitel wird zunächst der Begriff des Sachmangels nach Art. 197 Abs. 1 OR beleuchtet (A.). Danach ist zu zeigen, dass der Verdacht im gegebenen Mangelsystem eine wirtschaftliche Eigenschaft darstellt (B.), welche Konsequenzen sich aus der Einordnung ergeben (C.) und in welcher Beziehung er zum körperlichen und zum rechtlichen Fehler steht (D.). Abschliessend ist darzulegen, inwiefern wirtschaftliche Eigenschaften einen Sachmangel bilden können (E.).

A. Der simplifizierte Mangelbegriff nach Art. 197 Abs. 1 OR

- 97 Art. 197 Abs. 1 OR beinhaltet den kaufrechtlichen Begriff des Sachmangels. Nach Massgabe dieser Bestimmung haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Obwohl diese Umschreibung auf den ersten Blick verständlich erscheint, hat sich in der Praxis ein in zweifacher Weise sprachlich vereinfachter Mangelbegriff durchgesetzt.

1. Der Mangel nur noch als Fehlen von Eigenschaften

- 98 Der Gesetzgeber umschreibt den Mangel in Art. 197 Abs. 1 OR sowohl auf eine positive als auch auf eine negative Weise.¹¹⁰ Die Legaldefinition ist damit unnötig schwerfällig. Das Schrifttum hat erkannt, dass ein und derselbe Mangel auf zwei Weisen beschrieben werden kann: Fehlt der Kaufsache eine Eigenschaft, die sie haben sollte, so hat sie gleichzeitig eine Eigenschaft, die sie nicht haben sollte.¹¹¹ Das Fehlen einer Eigenschaft ist daher immer auch gleichbedeutend mit dem Vorhandensein der gegenteiligen Eigenschaft.¹¹²

¹¹⁰ Die Verkäuferin haftet für (zugesicherte) Eigenschaften, welche die Sache haben soll, sowie dafür, dass sie Eigenschaft nicht hat, die sie nicht haben soll.

¹¹¹ KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 141; vgl. für das mangelhafte Werk GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1356.

¹¹² Illustrativ KOLLER, Nachbesserung, Rz. 23: «Ist das Haus entgegen dem Vertrag weiss statt gelb bemalt, so fehlt die Eigenschaft gelb, und es weist vertragswidrig die Eigenschaft weiss auf.» Oder auf eine vorausgesetzte Eigenschaft umgemünzt: Hat Rost

Dieser Erkenntnis folgend haben sich Lehre und Rechtsprechung von der umständlichen Legaldefinition abgewandt.¹¹³ Sie verkehren die im Gesetz positiv umschriebene Mangelart «Vorhandensein körperlicher und rechtlicher Mängel» ins Negative. Ein Mangel wird nicht im Vorhandensein eines Umstands gesehen (z.B. im vorhandenen Sprung in der Windschutzscheibe), sondern im Fehlen der gegenteiligen Eigenschaft (d.h. im Fehlen der intakten Windschutzscheibe). Damit wird der positiv formulierte Teil der Mangeldefinition eliminiert. Sie lautet nun einheitlich negativ. 99

2. Zugesicherte und vorausgesetzte Eigenschaften

Als zweite Vereinfachung fassen Lehre und Rechtsprechung die Mangelart «körperliche und rechtliche Mängel» unter dem Begriff der *vorausgesetzten* Eigenschaft zusammen.¹¹⁴ Diese Mängelkategorie umfasst jene Merkmale der Kaufsache, die die Verkäuferin gerade nicht zugesichert hat bzw. deren Vorhandensein die Parteien nicht vertraglich bestimmt haben, der Käufer aber nach den Regeln von Treu und Glauben voraussetzen darf.¹¹⁵ Diese Mängelkategorie bezweckt, Lücken in der vertraglichen Vereinbarung zu füllen.¹¹⁶ 100

Das Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften muss die Aufhebung oder erhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch zur Folge haben. Dies bedarf einer zweifachen Präzisierung. Zunächst ist der voraus- 101

ein Loch in den Unterboden des verkauften Autos gefressen, so fehlt die Eigenschaft «intakter Unterboden». Gleichzeitig weist es die vertragswidrige Eigenschaft «Loch im Unterboden» auf.

¹¹³ Seit dem Leitentscheid BGE 114 II 239 geht das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, ein Mangel liege vor, wenn eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte oder voraussetzbare Eigenschaft fehle, vgl. dazu BGE 114 II 239 E. 5.a.aa; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_627/2020, 24.08.2021, E. 4.1; 4A_497/2018, 14.03.2019, E. 2.1; vgl. für die Lehre BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 197 OR N 62; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 123.

¹¹⁴ Vgl. BK-GIGER, Art. 197 OR N 60; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 142; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 19; HONSELL, OR BT, 90; BUCHER, OR BT, 90; BGE 114 II 239 E. 5.a.aa.

¹¹⁵ ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 197 OR N 62; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 19; CAVIN, SPR, 82; FURRER, 37; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 659.

¹¹⁶ BK-GIGER, Art. 197 OR N 71; HUGUENIN, Rz. 2609 m.w.H.; vgl. FAUST, 190, für die Mangelkategorie der *gewöhnlichen Verwendbarkeit* nach § 434 BGB. Da sich auch die *vorausgesetzten Eigenschaften* nach hiesigem Recht am gewöhnlichen Gebrauch orientieren, stimmt der Sinngehalt der beiden Rechtsordnungen in dieser Hinsicht überein.

gesetzte Gebrauch vom vereinbarten Gebrauch zu unterscheiden. Ist ein bestimmter Gebrauchszweck vereinbart, so ist dieser massgebend.¹¹⁷ Die Tauglichkeit zum vereinbarten Gebrauch ist Gegenstand einer Eigenschaftsvereinbarung.¹¹⁸ Taugt die Sache nicht zum vereinbarten Gebrauch, fehlt der Kaufsache daher eine zugesicherte und nicht etwa eine vorausgesetzte Eigenschaft. Ohne solche Abrede wird auf den üblichen oder gewöhnlichen Gebrauch abgestellt. Gemeint ist damit derjenige Gebrauch, den ein Durchschnittskäufer von der betreffenden Kaufsache macht.¹¹⁹

- 102 Zudem ist zu verdeutlichen, dass der vorausgesetzte Gebrauch entgegen dem Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR nicht nur Erheblichkeitsmerkmal, sondern begriffsbestimmend für den Mangel ist.¹²⁰ In der aufgehobenen oder eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit liegt der Grund eines Mangels. Der Käufer hat folglich auch ohne besondere Abrede mit der Verkäuferin Anspruch auf eine Sache, die gebrauchstauglich ist.¹²¹ Anderenfalls fehlt ihr eine vorausgesetzte Eigenschaft.

3. Ergebnis und Rechtsvergleich

- 103 Damit die Kaufsache mangelfrei ist, muss sie die vereinbarten Eigenschaften aufweisen. Dazu gehört auch eine Abrede über einen bestimmten Gebrauch. Auch ohne Vereinbarung bestimmter Eigenschaften muss die Sache zum gewöhnlichen Gebrauch taugen. Das Obligationenrecht folgt demnach primär einem subjektiven Fehlerbegriff. Nur wo Abreden fehlen, ist der objektive Mangelbegriff massgebend.¹²² Der gewöhnliche Gebrauch stellt Mindestanforderungen auf, die das Kaufobjekt erfüllen muss.
- 104 Auch in den übrigen Ordnungen des deutschen Rechtskreises gilt nach § 434 Abs. 1 BGB sowie § 922 Abs. 1 ABGB primär der subjektive und subsidiär der objektive Fehlerbegriff.¹²³ Gleiches gilt auch für das CISG.¹²⁴ Die ausländische Literatur

¹¹⁷ KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 162.

¹¹⁸ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1415.

¹¹⁹ KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 162.

¹²⁰ CYPRIAN, 34 f. m.w.H.

¹²¹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 63; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 139; vgl. zur identischen Rechtslage im Werkvertragsrecht GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1407 f.

¹²² Anstelle vieler VISCHER, Mangelbegriff, 4.

¹²³ Anstelle vieler Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-Schwenzer, Art. 35 CISG N 56.

¹²⁴ SHK-BRUNNER, Art. 35 CISG N 9; Vertragsrecht-FERRARI, Art. 35 CISG N 1; Springer-Komm.-MAGNUS, Art. 35 CISG N 10–12.

und Judikatur können insofern auch für den schweizerischen Mangelbegriff beigezogen werden.

B. Der Verdacht und die Eigenschaften der Kaufsache

1. Der Eigenschaftsbegriff

Das Gesetz umschreibt den Begriff der Eigenschaft nicht. Gemäss Praxis sind 105 darunter die tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu verstehen, die sich auf die geschuldete Kaufsache beziehen, sie umschreiben und bestimmen und so ihre Wertschätzung beeinflussen.¹²⁵ Geläufig ist der hiesigen Rechtspraxis die Differenzierung zwischen körperlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Eigenschaften.¹²⁶

Leicht anders ist die Terminologie in Deutschland. Dafür ursächlich dürfte der 106 bis zur Schuldrechtsreform für den Sachmangelbegriff massgebende § 459 BGB a.F. sein. Dieser unterschied zwar – ähnlich wie Art. 197 Abs. 1 OR – zwischen zugesicherten Eigenschaften einerseits und Fehlern andererseits. Der deutsche Gesetzgeber unterliess es aber, die Fehler zusätzlich nach ihrer körperlichen oder rechtlichen Art zu unterteilen.¹²⁷ Dementsprechend fasst die deutsche Rechtspraxis alle nicht unmittelbar mit der physischen Beschaffenheit im Zusammenhang stehenden Eigenschaften der Kaufsache unter dem Begriff der Umweltbeziehungen zusammen. Nebst dem körperlichen Fehler kann die Kaufsache nach altem wie nach neuem Sachmangelbegriff des BGB mangelhaft sein, wenn ihre tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehungen zur Umwelt den Wert und die Brauchbarkeit der Kaufsache beeinflussen.¹²⁸

¹²⁵ ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 197 OR N 96; vgl. auch BK-GIGER, Art. 197 OR N 34; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1363.

¹²⁶ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 197 OR N 62 ff.; BGE 87 II 244 E. a. Im Werkvertragsrecht wird zuweilen zusätzlich nach ästhetischen Eigenschaften unterschieden, vgl. dazu CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 367 OR N 3; CR-CHAIX, Art. 368 OR N 7.

¹²⁷ Anders bekanntlich der hiesige Gesetzgeber in Art. 197 Abs. 1 OR.

¹²⁸ BGH, VIII ZR 134/15, 15.06.2016, Rz. 10 ff.; V ZR 25/12, 30.11.2012, Rz. 10; V ZR 228/09, 05.11.2010, Rz. 12 f. m.w.H.; VIII ZR 60/71, 28.06.1972; Bamb.-Roth-Komm.-FAUST, § 434 BGB N 14 f.; MK-WESTERMANN, § 434 BGB N 9 f.; Grüneberg-WEIDENKAFF, § 434 BGB N 9–11; VUIA, Gebrauchtwagen, 111 f.

- 107 Auch in der Schweiz löst sich die Lehre zuweilen richtigerweise von der starren Dreigliederung in körperliche, rechtliche oder wirtschaftliche Eigenschaften.¹²⁹ Diese Gliederung zielt nicht darauf ab, die Haftung für Mängel einzuschränken.¹³⁰ Eigenschaften einer Sache sind daher auch nach Massgabe von Art. 197 Abs. 1 OR nicht nur deren körperlichen Merkmale, sondern auch ihre tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehungen zur Umwelt, sofern diese wertbildenden Beziehungen in der tatsächlichen Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben.¹³¹

2. Der Verdacht als wirtschaftliche Eigenschaft

- 108 Der BGH verzichtete bislang auf eine eindeutige Qualifikation des Verdachts, schloss aber aus, dass der Verdacht auf blossen Markteinflüssen beruhe.¹³² Die deutsche Doktrin qualifiziert den Verdacht als Umweltbeziehung oder als Vorgeschichte der Kaufsache.¹³³ Zuweilen wird er als eigenständiger Fehler den körperlichen und rechtlichen Fehlern an die Seite gestellt.¹³⁴ Auch schweizerische Vertreter der Lehre bezeichnen den Verdacht als Umweltbeziehung bzw. unkörperliche Eigenschaft.¹³⁵
- 109 Die Einordnung des Verdachts als Umweltbeziehung bzw. – der konventionellen Terminologie folgend – als wirtschaftliche Eigenschaft, ist richtig. Wie die Gerichtspraxis zeigt, basiert der Verdacht regelmässig auf der Herkunft der Kaufsache¹³⁶ oder auf ihrer früheren Nutzung¹³⁷ und damit auf ihren tatsächlichen Beziehungen zu ihrer Umwelt. Der Verdacht haftet der Kaufsache an und liegt in der

¹²⁹ Nachfolgend wird dennoch der besseren Übersicht halber daran festgehalten.

¹³⁰ Siehe hierzu ausführlich Rz. 149 ff., insb. Rz. 152.

¹³¹ FURRER, 43; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 65a.

¹³² Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.c; VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 42–44.

¹³³ MK-WESTERMANN, § 434 BGB N 13; GRUNEWALD, 134 f.; OETKER/MAULTZSCH, § 2 Rz. 58; SCHWENZER/TEBEL, 155; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 158; Erman-GRUNEWALD, § 434 BGB N 7; VON DER HORST, 386; MÜGGENBORG, 2810.

¹³⁴ WANK, 99.

¹³⁵ RUSCH, Verdacht, 47; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 338.

¹³⁶ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 247/87, 23.11.1988; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014; LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986; AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

¹³⁷ Illustrativ BGH, V ZR 285/99, 20.10.2000; V ZR 35/15, 08.07.2016; OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994.

Beschaffenheit der Kaufsache selbst begründet. Er basiert nicht auf saisonalen, konjunkturellen oder sonst wie gearteten Markteinflüssen, sondern wirkt sich (gegebenenfalls) selbst auf den Wert der Ware aus.

Eine Qualifikation als körperlicher Mangel kommt dagegen nicht in Frage. Die verdachtsimmanente Ungewissheit muss sich zwar auf die körperliche Beschaffenheit der Kaufsache beziehen (z.B. der Verdacht, dass ein Lebensmittel gesundheitsgefährdende Stoffe beinhaltet), da ansonsten die Sachmängelhaftung von vornherein ausscheidet. Jedoch stellt der Verdacht selbst keine körperliche Sache dar, sondern entstammt einer inneren Tatsachenwürdigung.¹³⁸ 110

Auch bildet der Verdacht keinen rechtlichen Mangel. Ein solcher liegt vor, wenn öffentlich-rechtliche Bestimmungen die Verfügungs- oder Benutzungsmöglichkeit einschränken.¹³⁹ Ein Verdacht kann zwar den Erlass öffentlich-rechtlicher Massnahmen zur Folge haben, muss es aber nicht.¹⁴⁰ So steht beispielsweise der Motor eines Fahrzeugs, das 2'500 km mit einer modellfremden Nockenwelle zurückgelegt hat, unter dem Verdacht der unerkannten Schädigung bzw. des frühzeitigen Verschleisses, ist aber ohne Weiteres handelbar.¹⁴¹ 111

C. Folgen der Qualifikation als Eigenschaft

Die Qualifikation des Verdachts als wirtschaftliche Eigenschaft bzw. wirtschaftlicher Fehler ist elementar. Daraus folgt, dass der Mangelverdacht nicht bloss die Vorstufe eines «richtigen» Mangels ist, sondern selbständiger Mangel.¹⁴² 112

1. Keine Verletzung der Beweislastregel

An der Sache vorbei gehen daher jedwede Überlegungen, welche den Verdacht mit dem körperlichen Mangel verknüpfen. Verschiedentlich versteht die Lehre den Mangelverdacht als *normative Korrektur der Beweislastregel* bzw. der Folgen der Beweislosigkeit. Die Argumentation lautet wie folgt: Der körperliche Mangel ist zwar nicht bewiesen. Weil trotzdem eine gewisse, nicht von der Hand zu weisende 113

¹³⁸ Siehe Rz. 13.

¹³⁹ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 197 OR N 64.

¹⁴⁰ Siehe ausführlich Rz. 132 ff.

¹⁴¹ Vgl. BGE 91 II 344 E. 5.

¹⁴² WANK, 99; VON DER HORST, 387; teilweise auch RUSCH, Verdacht, 47.

Gefahr von der Kaufsache ausgeht, ist in diesem Ausnahmefall der Sachmangel trotzdem zu bejahen. Der Mangelverdacht wird so vom (unbewiesenen) körperlichen Fehler abgeleitet.

- 114 Diese Unterordnung des Verdachts unter den körperlichen Fehler führt zu fehlgeleiteten Beweislast- und Beweismasserwägungen.¹⁴³ Ein Widerspruch zur Beweislastregel nach Art. 8 ZGB liegt bei Anerkennung des Mangelverdachts richtig betrachtet nicht vor.¹⁴⁴ Kritiker des Mangelverdachts missverstehen den Mangelverdacht als blosses Vorstadium des nach herkömmlicher Ansicht bewiesenen körperlichen Fehlers. Sie gehen davon aus, dass bei der Prüfung der Kaufsache zunächst ein Verdacht auftritt, der sich im Verlauf der weiteren Untersuchung dermassen verdichtet, bis er als bewiesen zu betrachten ist.¹⁴⁵ Wo diese Verdichtung nicht oder zu wenig stark ausfällt, bleibt der körperliche Mangel unbewiesen. Die Bejahung eines Mangels auf Basis des blossen Verdachts soll deshalb Art. 8 ZGB verletzen.
- 115 Diese Argumentation geht von der unbegründeten Prämisse aus, bei einem Verdacht sei der körperliche Mangel zu beweisen. Richtig betrachtet beurteilt sich der Verdacht als wirtschaftliche Eigenschaft indes inhaltlich unabhängig vom körperlichen Mangel. Es können daher nicht die Anforderungen an einen körperlichen Fehler telquel auf einen wirtschaftlichen Fehler übertragen werden.
- 116 Das Vorliegen eines Mangelverdachts ist daher nicht an den Voraussetzungen des körperlichen Mangels zu messen. Zu beweisen sind gerade nicht effektive körperliche Fehler, sondern die verdachtsbegründenden Tatsachen.¹⁴⁶ Beim körperlichen Fehler und beim Mangelverdacht unterscheidet sich also der Gegenstand des Beweises. Der Fokus des Beweisthemas entfernt sich beim Verdacht weg von der körperlichen Beschaffenheit der Kaufsache hin zu den verdachtsbegründenden Tatsachen, wie nachfolgende Beispiele aus der Judikatur verdeutlichen.
- 117 Im *ersten Hasenfall* hatte der Käufer nicht die konkrete bakterielle Zusammensetzung des Fleisches zu beweisen, sondern, dass die streitgegenständliche Ware aus derjenigen Lieferung stammte, in welcher in 31 % des Fleisches Salmonellen nachgewiesen

¹⁴³ So auch FAUST, 188.

¹⁴⁴ So auch TIMKE, 3062, für den Fehlerverdacht nach Massgabe der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG vom 25.07.1985.

¹⁴⁵ Diese Konzentrierung des blossen Verdachts hin zum bewiesenen Mangel dürfte so im Geschäftsverkehr wohl regelmässig ablaufen und ist an sich aus gewährleistungsrechtlicher Sicht unproblematisch.

¹⁴⁶ Vgl. D. EGLI, 42, für die arbeitsrechtliche Verdachtskündigung.

wurden.¹⁴⁷ Diese Umstände, die die Aufhebung der Wiederverkäuflichkeit zur Folge haben, hatte der Käufer strikt zu beweisen.

Im *zweiten Hasen-Entscheid* hatte die Käuferin bewiesen, dass die streitgegenständliche Lieferung beschlagnahmt wurde und dass sie aus demselben Verarbeitungsbetrieb kam, aus dem eine nachgewiesenermassen mit Salmonellen behaftete Lieferung stammte.¹⁴⁸ 118

Im *Futtermittel-Fall* war bewiesen, dass die Dioxinbelastung bei untersuchtem Futtermittel den gesetzlichen Grenzwert überschritt. Zudem war erstellt, dass die Verkäuferin den Käufer mit nicht untersuchtem Futtermittel belieferte, das kurz vor und nach dem untersuchten Futtermittel hergestellt worden war. Daher bestand der Verdacht, dass auch das verkaufte, ungeprüft gebliebene Futtermittel übermässig mit Dioxin belastet war.¹⁴⁹ 119

Der Beweis der verdachtsbegründenden Tatsachen unterliegt dem Regelbeweismass. Gelingt der Beweis der verdachtsbegründenden Tatsachen, so ist die Sache in Einklang mit Art. 8 ZGB erwiesenermassen verdachtsbehaftet und daher mangelhaft. Misslingt der Beweis, bleibt der Verdacht unbewiesen und der Käuferin stehen keine Gewährleistungsrechte offen. Insofern umgeht der Mangelverdacht die Beweislastregel nicht. 120

Zugegebenermassen ändert dies nichts daran, dass der Käufer, der zwar die verdachtsbegründenden Tatsachen, nicht aber den unter Verdacht stehenden Fehler selbst beweisen kann, von einer Besserstellung seiner Rechtsposition profitiert, da ihm der Mangelverdacht einen weiteren Zugang zu den Gewährleistungsrechten ermöglicht. Stört dies das vertragliche Synallagma? Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Der erweiterte Zugang zu den Gewährleistungsrechten beruht nämlich auf der Tatsache, dass bereits ein Verdacht die Gebrauchstauglichkeit aufheben kann.¹⁵⁰ Die Bejahung des Mangelverdachts knüpft also am gesetzlichen Mangelbegriff an, wobei die Voraussetzungen von Art. 197 Abs. 1 OR nicht herabgesenkt oder aufgeweicht werden. Insofern führt die Akzeptanz des Verdachts nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Käufers. Vielmehr dient sie der umfassenderen Verwirklichung der gesetzlich vorgesehenen Käuferrechte. 121

¹⁴⁷ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a.

¹⁴⁸ BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.

¹⁴⁹ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 47.

¹⁵⁰ So auch GRUNEWALD, 138.

2. Kein Erfordernis eines Sondergewährleistungsrechts

- 122 Die Einordnung des Verdachts als Ausnahmetatbestand des körperlichen Fehlers hat auch nicht zielführende Wertungen zur Folge. In Anerkennung der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit des Käufers in Verdachtskonstellationen wurde im dogmatischen Blindflug nach Anhaltspunkten gesucht, welche die (nach diesem Verständnis vorliegende) Abweichung der Beweislastregel rechtfertigen können. Lehre und Rechtsprechung schufen so eine Art *Sondergewährleistungsrecht*, d.h. spezielle Regeln, nach welchem (nur) der Mangelverdacht zu beurteilen sei.¹⁵¹ So verlangt MAGNUS zum Beispiel «wirklich ernste Gefahren für Leib und Leben» und sieht es «gerechtfertigt, in engen Ausnahmefällen Mängelrechte auf Grund eines Mangelverdachts einzuräumen».¹⁵² Auch die Rechtsprechung möchte nur den «auf konkrete Tatsachen gestützten»¹⁵³, «naheliegenden»¹⁵⁴ oder auch «gewichtigen»¹⁵⁵ Verdacht zulassen. Namentlich mit der Verdachtsformel gemäss erstem Hasenfall konstruierte der BGH weitere materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Zulassung von Gewährleistungsansprüchen. Diese zusätzlichen Erfordernisse sollen wohl einen gewissen Schutz der Interessen der Verkäuferin bezwecken, deren Rechtsposition mit der (nach diesem Verständnis nur ausnahmsweisen und mit einer Missachtung der Beweislastregel einhergehenden) Zulassung des Mangelverdachts geschwächt ist. Die inhaltliche Loslösung des Verdachts vom körperlichen Fehler indiziert bereits hier, dass die aus der Verknüpfung mit Letzterem entstandene Schöpfung von besonderen Verdachtvoraussetzungen nicht erforderlich ist.¹⁵⁶

3. Ausschluss anderer Möglichkeiten der Erfassung eines Verdachts

- 123 Da der Verdacht eine Eigenschaft der Kaufsache bildet, gilt es abschliessend auf Basis von Art. 197 Abs. 1 OR zu erörtern, ob er gewährleistungsrechtliche Folgen nach sich ziehen kann. Andere denkbare Möglichkeiten, einen Verdacht rechtlich zu erfassen, sind demnach nicht zu verfolgen. Dem Phänomen «Verdacht» ist da-

¹⁵¹ SCHMOLKE, 363.

¹⁵² MAGNUS, 262.

¹⁵³ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz.

¹⁵⁴ BGH, VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.a.

¹⁵⁵ OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994, E. 1.a.

¹⁵⁶ SCHWENZER/TEBEL, 157; SCHMOLKE, 385. Siehe hierzu ausführlich Rz. 198 ff.

mit nicht mit einem verminderten Beweismass oder gar einer Umkehr der Beweislast zu begegnen.

D. Das Verhältnis zwischen Verdacht und körperlichem oder rechtlichem Fehler

Für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Verdacht einerseits und körperlichen sowie rechtlichen Fehlern andererseits ist je nach Objekt des Verdachts zu unterscheiden. Das Verhältnis unterscheidet sich je nachdem, ob sich der Verdacht inhaltlich auf denselben körperlichen oder rechtlichen Fehler bezieht (verdachtsbezogener Fehler¹⁵⁷) oder ob er sich auf einen anderen Umstand bezieht (verdachtsfremder Fehler¹⁵⁸). 124

1. Alternatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsbezogenem Fehler

Das Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsbezogenem Fehler lässt sich illustrativ am Hausbockkäfer-Entscheid des LG Bonn zeigen.¹⁵⁹ 125

Hausbockkäfer-Entscheid: Im Jahr 1997 stellten die Hauseigentümer im Rahmen einer Untersuchung des Dachstocks Zeichen eines bereits zurückliegenden Hausbockbefalls fest. Im Jahr 1999 verkauften sie das Gebäude an die späteren Kläger. Die Untersuchung im Jahr 1997 blieb dabei unerwähnt. Im Jahr 2000 fand die Mieterin der Dachgeschosswohnung einen Hausbockkäfer sowie frisches Holzmehl. Die Kläger machten Ersatz der Sanierungskosten geltend. Das Landgericht erwog, dass das Grundstück in zweifacher Weise mangelbehaftet sei. Ein Mangel liege erstens vor, weil von einem Lebendbefall auszugehen sei. Die Mangelhaftigkeit sei aber auch darin begründet, dass zur Zeit des Vertragsschlusses der Verdacht bestanden habe, dass die Dachkonstruktion mit Hausbockkäfern befallen sein könnte. 126

Das Landgericht Bonn leitete die Mangelhaftigkeit aus dem Verdacht des Käferbefalls und kumulativ aus dem effektiven Nachweis des Käferbefalls ab. Dies erscheint mir nicht schlüssig. Wo ein Verdacht vorliegt (hier der Verdacht auf 127

¹⁵⁷ Z.B. das unter Hausbockkäferverdacht stehende Haus und der effektive Käferbefall, vgl. dazu LG Bonn, 2 O 341/04, 23.03.2005.

¹⁵⁸ Z.B. das unter Dioxinverdacht stehende Fleisch, das darüber hinaus öffentlich-rechtliche Importbestimmungen verletzt, vgl. dazu BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005.

¹⁵⁹ LG Bonn, 2 O 341/04, 23.03.2005.

Käferbefall), kann der entsprechende körperliche Fehler nicht gleichzeitig bejaht werden (hier der effektive Käferbefall), ansonsten nicht von einem blossen Verdacht ausgegangen werden kann. Umgekehrt ist der Nachweis des körperlichen Fehlers gleichbedeutend mit der Bestätigung eines entsprechenden Verdachts. Wo der körperliche Fehler bewiesen ist, liegt nicht mehr nur ein Verdacht des Fehlers vor. Verdichtet sich der Verdacht im Laufe der Zeit dahingehend, dass er zum bewiesenen Faktum wird, geht der Verdacht als wirtschaftlicher Fehler demnach im (ehemals versteckten) körperlichen Mangel auf. Insofern hätte das LG Bonn im obigen Fall die Mangelhaftigkeit nur auf Basis des bewiesenen Käferbefalls bejahen dürfen.

128 Ungeachtet dieses alternativen Verhältnisses steht es dem Käufer nach Massgabe des Verhandlungsgrundsatzes frei, im Prozess sich prinzipaliter auf den körperlichen oder rechtlichen Fehler und eventualiter auf den Verdacht zu berufen. Insofern verfügt der Käufer in Verdachtsfällen über ein Mangel-Wahlrecht.¹⁶⁰ Misslingt diesfalls der Beweis des körperlichen (oder rechtlichen) Fehlers, gelingt aber jener des Verdachts, liegt zwingend folgende Situation vor:

- Dem Käufer gelingt der Nachweis des wirtschaftlichen Mangels, mithin der verdachtsbegründenden Tatsachen.
- Das Beweisergebnis in Bezug auf den körperlichen Mangel ist nicht eindeutig. Es ist möglich, dass ein körperlicher Mangel vorliegt, doch ist das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten nicht von dessen Vorliegen überzeugt.¹⁶¹ Der Sachverhalt ist diesbezüglich unklar (non liquet).

129 Das Vorliegen der «non liquet»-Situation beim körperlichen Mangel ist in dieser Konstellation zwingend. Der strikte Beweis seines Nichtvorhandenseins wäre nämlich gleichbedeutend mit der Ausräumung des Verdachts, d.h. mit der Verneinung des wirtschaftlichen Mangels. In der Konsequenz hat das Misslingen des körperlichen Beweises unter gleichzeitigem Nachweis des Verdachts also dennoch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache (unter dem Titel des wirtschaftlichen Mangels) zur Folge.

¹⁶⁰ Wenngleich der Mangelverdacht nicht im gleichen Ausmass zu den Rechtsbehelfen berechtigt, siehe hierzu Rz. 399 ff. Gegen ein Wahlrecht spricht sich RUSCH, Verdacht, 47, aus. Siehe zu der von ihm in diesem Zusammenhang getroffenen Unterscheidung zwischen Verdacht als Mangel und Verdacht eines Mangels Rz. 30 ff.

¹⁶¹ Vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1 zum sog. Regelbeweismass.

2. Kumulatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsfremdem Fehler

2.1 Im Allgemeinen

Fallen Verdacht und ein verdachtsfremder Fehler aufeinander, stehen sie sich 130
gleichberechtigt zur Seite. Dem Käufer steht es offen, auf welche Weise er im
Prozess die Mangelhaftigkeit der Sache herleitet, da ein Kaufgegenstand grund-
sätzlich mehrere Varianten des Mangelbegriffs erfüllen kann.¹⁶²

Der Käufer erwirbt argentinisches Hasenfleisch, welches unter dem Verdacht steht, mit 131
Salmonellen verseucht zu sein. Zudem ist das Mindesthaltbarkeitsdatum bereits über-
schritten. Das Fleisch ist auf zweifache Weise mangelhaft.

2.2 Der Verdacht und Handelsverbote im Speziellen

Bezieht sich der Verdacht auf eine gesundheitsgefährdende Beschaffenheit, reagiert 132
die Politik nicht selten mit Handelsbeschränkungen oder -verboten. Diesfalls füh-
ren die verdachtsbegründenden Tatsachen zum Erlass öffentlich-rechtlicher Mass-
nahmen, welchen die Kaufsache zu entsprechen hat. Lehre und Rechtsprechung
widmeten der dogmatischen Unterscheidung zwischen dem Mangelverdacht als
(wirtschaftlichem) Mangel und der Nichteinhaltung öffentlich-rechtlicher Bestim-
mungen als rechtlichem Mangel bislang zu wenig Aufmerksamkeit. Interessan-
terweise hätte es den Mangelverdacht gerade im ersten Hasen-Entscheid – im-
merhin Ursprung der Verdachts-Rechtsprechung – gar nicht gebraucht, um die
Mangelhaftigkeit des Hasenfleisches herzuleiten.¹⁶³ Das Hasenfleisch versties
wegen der potentiell gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit nämlich gegen öf-
fentlich-rechtliche Bestimmungen. Die Beschlagnahme stützte sich auf § 4 Ziff. 2
und § 7 des damaligen Lebensmittelgesetzes.¹⁶⁴ Weil das Hasenfleisch die lebens-
mittelrechtlichen Anforderungen für den Gebrauch und den Vertrieb nicht erfüllte,
lag ein rechtlicher Mangel vor.¹⁶⁵ Ob die öffentlich-rechtliche Massnahme gültig

¹⁶² Vgl. für die deutsche Rechtslage NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 7.

¹⁶³ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969. Auch MAGNUS, 262, will einen hinreichenden Ver-
dacht immer dann annehmen, wenn er öffentlich-rechtliche Verbote zur Folge hat. In
diesen Fällen bedarf es m.E. aber keiner Verdachtsargumentation, da die Handelsver-
bote oder -beschränkungen einen genuinen rechtlichen Mangel begründen.

¹⁶⁴ FABRICIUS, 30.

¹⁶⁵ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 75; CAVIN, SPR, 75 f.; KELLER/SIEHR, 49, 78;
BK-GIGER, Art. 197 OR N 64; ENGEL, 35; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 336.

erlassen wurde oder allenfalls anfechtbar war, ist aus gewährleistungsrechtlicher Sicht irrelevant.¹⁶⁶

- 133 Differenzierter ging der BGH im zweiten Hasen-Entscheid vor. Hier leitete er die Mangelhaftigkeit des Hasenfleisches einerseits von der polizeilichen Beschlagnahme (= rechtlicher Mangel) und andererseits vom Verdacht der gesundheitsgefährdenden Verseuchung ab (= Mangelverdacht).¹⁶⁷ Das Hasenfleisch war hier also auf zweifache Weise sachmangelhaft.
- 134 Auch der Schweine-Entscheid ist ähnlich gelagert. Hier erliessen zunächst einzelne europäische Staaten und anschliessend die Europäische Union öffentlich-rechtliche Massnahmen, die den Wegfall der Verkehrsfähigkeit von belgischem Schweinefleisch zur Folge hatten.¹⁶⁸ Der dadurch begründete rechtliche Mangel ist vom Mangelverdacht gedanklich zu trennen. Auch ohne Erlass öffentlich-rechtlicher Massnahmen wäre ein Sachmangel aufgrund des Verdachts zu bejahen gewesen.¹⁶⁹
- 135 Nun könnte man nach dem Gesagten schlussfolgern, der Mangelverdacht gehe im rechtlichen Mangel auf, womit seine Daseinsberechtigung entfalle. Das wäre meines Erachtens ein Trugschluss. So überlagern sich die Schutzbereiche des rechtlichen Mangels und des Mangelverdachts nur in den gravierendsten Fällen. In diesen wiegen die verdachtsbegründenden Tatsachen so schwer, dass sie die öffentliche Verwaltung zum Erlass hoheitlicher Massnahmen zwingen.¹⁷⁰ In etlichen Fällen liegen jedoch weniger gravierende Umstände vor, so dass sich der Staat in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips beispielsweise auf das mildere Mittel der öffentlichen Warnung beschränkt.¹⁷¹ Schliesslich dürften in der ganz überwiegenden Mehrheit der Fälle die verdachtsbegründenden Tatsachen gar keine öffentliche-rechtliche Handlung zur Folge haben.¹⁷² In den beiden letztgenannten Fällen

¹⁶⁶ KOLLER/JOST, 43.

¹⁶⁷ Vgl. BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.a zum rechtlichen Mangel und E. I.3.b zum Verdacht.

¹⁶⁸ BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005.

¹⁶⁹ SCHLECHTRIEM, 847.

¹⁷⁰ So z.B. geschehen beim Flugverbot des Boeing-737-MAX-8-Modells im Jahr 2019, das von allen im Flugverkehr bedeutenden Staaten erlassen wurde, siehe dazu auch Rz. 210 f.

¹⁷¹ So z.B. geschehen bei den spanischen Salatgurken, welche im Jahr 2011 unter dem Verdacht der Coli-Bakterien-Verseuchung standen (EHEC).

¹⁷² So z.B., wenn nur der Käufer einen Verdacht hegt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein individuelles Produkt und nicht eine ganze Produkteserie unter Verdacht steht. Die

verstösst die unter Verdacht stehende Kaufsache nicht gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen, womit sie jedenfalls keinen rechtlichen Mangel aufweist. Dennoch unterscheiden sie sich für den Käufer wertungsmässig nicht von den Fällen eines Verdachts mit hoheitlichem Kaufverbot.¹⁷³ Unabhängig davon, ob der Staat bereits ein Nutzungs- und Verkaufsverbot oder bloss eine Warnung erlassen hat, wird der durchschnittliche Käufer die Nutzung der womöglich gefährlichen Kaufsache weitestmöglich meiden. Diese Schutzlücke gilt es mit dem Mangelverdacht zu füllen.¹⁷⁴

E. Die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften nach Art. 197 Abs. 1 OR

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass der Verdacht im System der Mangelarten eine wirtschaftliche Eigenschaft bildet.¹⁷⁵ Nachfolgend ist daher der Frage nachzugehen, inwiefern wirtschaftliche Eigenschaften einen Sachmangel begründen können. 136

1. Das Fehlen vereinbarter wirtschaftlicher Eigenschaften

Eine Zusicherung liegt vor, wenn die Verkäuferin eine verbindliche Erklärung über das Vorliegen bestimmter Eigenschaften abgibt.¹⁷⁶ Die Zusicherung kann sowohl das Vorhandensein (positive Zusicherung) wie auch das Fehlen gewisser Eigenschaften (negative Zusicherung) umfassen.¹⁷⁷ 137

Nennung eines prominenten Beispiels ist hier aus augenfälligen Gründen nicht möglich. Der Verdacht wiegt in diesen Fällen wesensgemäss zu gering, um in der breiten Öffentlichkeit (sei es durch eine mediale Berichterstattung oder durch verwaltungsrechtliche Massnahmen) Bekanntheit zu erlangen.

¹⁷³ Vgl. MAGNUS, 262; WANK, 99.

¹⁷⁴ Ähnlich auch RUSCH, Verdacht, 46.

¹⁷⁵ Siehe Rz. 105 ff.

¹⁷⁶ Anstelle vieler HUGUENIN, Rz. 2599.

¹⁷⁷ GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 15.

- 138 Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind nebst körperlichen und rechtlichen Eigenschaften auch wirtschaftliche Eigenschaften der Kaufsache zusicherungsfähig.¹⁷⁸ Die Verkäuferin kann dem Käufer demnach im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebige Merkmale einer Kaufsache versprechen. Die Grenze bildet der blosser Wert der Kaufsache. Dieser stellt für sich allein mangels Mindestbezugs zur körperlichen Beschaffenheit der Ware keine zusicherungsfähige Eigenschaft dar.¹⁷⁹ Nur, wo sich der zugesicherte Wert aus inventarisierten Vermögenswerten ergibt, ist er zusicherungsfähig und kann damit Grundlage von sachgewährleistungsrechtlichen Ansprüchen sein.¹⁸⁰ Die Verkäuferin kann einem Käufer demnach ohne Weiteres wirtschaftliche Eigenschaften versprechen.

2. Das Fehlen vorausgesetzter wirtschaftlicher Eigenschaften

- 139 Dem Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR nach kann der Käufer nur körperliche oder rechtliche Eigenschaften voraussetzen. Dennoch spricht sich die herrschende Lehre dafür aus, dass auch die wirtschaftliche Beschaffenheit eine voraussetzungsfähige Eigenschaft ist. Teilweise wird dies mit nur knapper oder auch gleich ohne Begründung ausgeführt.¹⁸¹ Teilweise verweist die Lehre dafür auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹⁸² Dass wirtschaftliche Eigenschaften der Kaufsache voraussetzbare Eigenschaften im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR bilden können, lässt sich aus der zitierten Rechtsprechung indes nicht ableiten. Diese hat stets

¹⁷⁸ BGE 107 II 419 E. 1; 87 II 244 E. a; 71 II 239 E. 4; 63 II 77 E. 3; 45 II 441 E. 4; BGer, 4A_480/2007, 27.05.2008, E. 3.1; BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; BK-GIGER, Art. 197 OR N 35; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 90; ATAMER/GERBER, 1163.

¹⁷⁹ So ausdrücklich BGE 91 II 353: «Il fatto che una cosa venduta non possedga il valore indicato dal venditore non costituisce un difetto materiale o giuridico ai sensi dell'art. 197 CO.»; vgl. auch BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; HUGUENIN, Rz. 2610.

¹⁸⁰ Vgl. AKIKOL, Rz. 185 ff. mit Hinweis auf BGE 107 II 419.

¹⁸¹ Vgl. BK-GIGER, Art. 197 OR N 63; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 65a; FURRER, 37; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 163 f.; KELLER/SIEHR, 78; MAISSEN, 50; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 676; unklar HONSELL, OR BT, 92; CAVIN, SPR, 74; a.A. BALDI, 102 f.; KATZ, 41.

¹⁸² Vgl. HUGUENIN, Rz. 2609; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 11; ENGEL, 35; RUSCH, Verdacht, 47; VON BÜREN, 25; a.A. CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 21.

nur vereinbarte wirtschaftliche Eigenschaften zum Gegenstand.¹⁸³ Ob der Käufer wirtschaftliche Eigenschaften auch voraussetzen kann, ist demzufolge höchststrich-
terlich ungeklärt.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Mangelfähigkeit wirtschaftlicher 140
Eigenschaften unter dem spezifischen Blickwinkel der vorausgesetzten Eigen-
schaften hat bislang weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung stattgefunden.
Für den Verdacht als Mangel ist dies von zentraler Bedeutung. Die Tragweite des
Mangelbegriffs ist daher nachfolgend durch Auslegung zu ermitteln.

2.1 Grammatikalische Auslegung

Art. 197 Abs. 1 OR verlangt *körperliche oder rechtliche Mängel*. Die französi- 141
sche und die italienische Fassung («défauts qui, matériellement ou juridiquement»
bzw. «difetti che, materialmente o giuridicamente») stimmen mit dem deutschen
Gesetzestext überein. Damit lässt sich als Erstes der banale Schluss ziehen, dass
der wirtschaftliche Mangel in keiner Sprachfassung ausdrücklich als mögliche
Mangelart genannt wird.

Das Substantiv «*Mangel*» (oder auch «*défauts*» und «*difetti*») hat nach Duden 142
die semantische Bedeutung eines Fehlens von etwas, das vorhanden sein sollte.
Die Begriffe «*körperlich*», «*matériellement*» und «*materialmente*» nehmen auf
die physikalische Beschaffenheit der Kaufsache Bezug. Der rechtliche Mangel ist
demgegenüber von der Physis der Kaufsache losgelöst. «*Rechtlich*» (oder auch
«*juridiquement*» und «*giuridicamente*») bedeutet gemäss Duden «das Recht be-
treffend», d.h. die Gesamtheit der staatlich festgelegten bzw. anerkannten Normen
des menschlichen Verhaltens. Der Mangel liegt hier in der fehlenden Einhaltung
von Rechtsnormen begründet, die auf die Kaufsache anwendbar sind.

Aus der Verwendung des Wortes «*oder*» lässt sich schliessen, dass neben kör- 143
perlichen und rechtlichen Mängeln keine weiteren Mängelarten existieren. Die
grammatikalische Auslegung von «*körperliche oder rechtliche Mängel*» spricht
demzufolge gegen die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften.

¹⁸³ So u.a. BGE 87 II 244 E. a: «Das Bundesgericht lässt deshalb nicht nur körperliche und rechtliche Eigenschaften als im Sinne des Art. 197 OR zugesichert gelten, sondern auch rein wirtschaftliche.»; vgl. ferner BGE 71 II 239 E. 4; 63 II 77 E. 4; 45 II 441 E. 4; BGer, 4A_480/2007, 27.05.2008, E. 3.1; so auch BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2: «auch wirtschaftliche Mängel können ein Sachmangel sein [...]; jedenfalls soweit es sich um eine Zusicherung handelt.»

2.2 Historische Auslegung

2.2.1 MUNZINGERS Entwurf

- 144 Die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln gehen auf die römisch-rechtliche Marktgerichtsbarkeit der kurulischen Ädilen zurück.¹⁸⁴ Für die Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Art. 197 Abs. 1 OR genügt allerdings der Blick zurück ins 19. Jahrhundert. Das Bedürfnis nach einem vereinheitlichten schweizerischen Privatrecht entstand zunächst nur isoliert im Wechselrecht. In Anlehnung an den Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs vom 12. März 1861 beabsichtigte der hiesige Gesetzgeber, ebenfalls ein das gesamte Handelsrecht umfassendes Gesetz zu erlassen.¹⁸⁵
- 145 Der Bundesrat erteilte im Jahr 1862 WALTHER MUNZINGER, Professor des Handels- und Wechselrechts an der Universität Bern, den Auftrag, einen entsprechenden Entwurf auszuarbeiten.¹⁸⁶ Dieser Entwurf umfasste auch das Kaufrecht. MUNZINGER orientierte sich zur Umschreibung des Gewährleistungstatbestands beinahe wörtlich an Art. 172 des sog. Dresdner Entwurfs von 1866, der die Gewährleistungspflicht ausser beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften nur bei körperlichen Fehlern entstehen lässt, die überdies die erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit zur Folge haben.¹⁸⁷ Der Dresdner Entwurf beruhte seinerseits auf pandektenrechtlichen Grundsätzen unter Einbezug von neueren Gesetzgebungsprojekten wie etwa dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, dem französischen «code civil» oder auch dem zürcherischen Privatrechtsgesetzbuch.¹⁸⁸ MUNZINGERS Entwurf erwuchs in der Folge nicht in Gesetzeskraft, weil eine vorgehende Revision der Bundesverfassung scheiterte und dem Bund damit die nötige Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts fehlte.¹⁸⁹

2.2.2 Das Obligationenrecht von 1881

- 146 Erst mit der totalrevidierten Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund in Art. 64 Abs. 1 aBV nun Gesetzgebungskompetenz in ausgewählten Bereichen

¹⁸⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 197 OR N 2; HONSELL, OR BT, 80; BK-GAUTSCHI, Art. 367 OR N 3.

¹⁸⁵ BBI 1880 I 149, 151.

¹⁸⁶ BBI 1880 I 149, 158 f.

¹⁸⁷ CYPRIAN, 50; MUNZINGER, 251 ff.

¹⁸⁸ Vgl. BBI 1880 I 149, 165; HEDEMANN, 34 f.; LAUTNER, 25.

¹⁸⁹ BBI 1880 I 149, 162.

des Zivilrechts.¹⁹⁰ Darauf gestützt erliess der Gesetzgeber das «Bundesgesetz [sic] über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881». Das Parlament orientierte sich bei der Gewährleistung an MUNZINGERS Entwurf. Art. 243 aOR [1881] umschrieb die Gewährleistungshaftung der Verkäuferin wie folgt:

«Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Werth oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.» 147

Die inhaltliche Übereinstimmung von Art. 243 aOR [1881] mit dem derzeit geltenden Art. 197 Abs. 1 OR ist augenfällig. Ebenfalls zeigt sich, dass der damalige Gesetzgeber bei den vorausgesetzten Eigenschaften noch nicht zwischen körperlichen und rechtlichen Eigenschaften unterschieden hat, sondern bloss von «Mängeln» sprach. Was Gegenstand von Mängeln sein konnte, thematisierte die damalige Lehre noch nicht.¹⁹¹ 148

2.2.3 Das Obligationenrecht von 1911

Mit der Aufnahme von Art. 64 Abs. 2 aBV im Jahr 1898 wurde die bis anhin nur in wenigen Bereichen des Zivilrechts bestehende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf die übrigen Gebiete des Zivilrechts ausgeweitet.¹⁹² Auf Grundlage dieser Verfassungsrevision begann der Bund mit der Ausarbeitung des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht),¹⁹³ wie es in seinen Grundfesten noch heute in Kraft ist. Im Gewährleistungsrecht waren keine Neuerungen vorgesehen. Es sollte unverändert auf römisch-rechtlichen Grundsätzen basierend bestehen bleiben.¹⁹⁴ Dementsprechend schlug der Bundesrat in seiner Botschaft von 1905 vor, den Wortlaut von Art. 243 aOR [1881] unverändert in Art. 1232 E-OR [1905] zu überführen.¹⁹⁵ Die Räte wiesen das Geschäft zur nochmaligen Beratung an den Bundesrat zurück. 149

¹⁹⁰ Namentlich im Personen-, Obligationen-, Urheber- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, vgl. dazu BSK-GÖKSU, Art. 122 BV N 2.

¹⁹¹ Vgl. SCHNEIDER/FICK, Art. 243 OR [1881] N 1–7.

¹⁹² BV-Komm.-LEUENBERGER, Art. 122 BV N 1.

¹⁹³ BBI 1905 II 1, 2.

¹⁹⁴ HUBER, 854.

¹⁹⁵ BBI 1905 II 1, 24, 135.

- 150 Die Expertenkommission nahm daraufhin in ihren Beratungen im Jahr 1908 u.a. Anträge des Vereins zürcherischer Rechtsanwälte auf.¹⁹⁶ Die Gerichte des Kantons Zürich verneinten zu jener Zeit die Gewährspflicht in Fällen, wo die Verkehrsfähigkeit einer Kaufsache aufgrund eines rechtlichen Umstands litt, da ihrer Ansicht nach weder ein Sachmangel noch eine Eviktion vorlag. Daher beantragte der Verein zürcherischer Rechtsanwälte, die Gewährspflicht auf diese Fälle des rechtlichen Mangels auszudehnen. Aus der Beratung der Expertenkommission geht deren Ansicht hervor, wonach eine Haftung für solche rechtlichen Mängel bereits bei richtiger Gesetzesanwendung bestehe. Dennoch sprachen sie sich mit grosser Mehrheit für eine Ergänzung bezüglich Mängel rechtlicher Natur aus, liessen die redaktionelle Umsetzung aber aussen vor.
- 151 Mit Nachtrag von 1909 empfahl der Bundesrat, in Art. 1232 E-OR [1911] zwischen körperlichen und rechtlichen Mängeln zu unterscheiden. Zur Begründung führte er aus, Mängel eines Patents oder die gesetzliche Beschränkung in der Benutzungsbefugnis stellten einen Sachmangel in rechtlicher Hinsicht dar.¹⁹⁷ Die bundesrätliche Empfehlung setzte der Gesetzgeber, nachdem man überdies von der fortlaufenden Artikelnummerierung absah,¹⁹⁸ mit dem heute noch so geltenden Art. 197 Abs. 1 OR um.

2.2.4 Würdigung

- 152 Die Entstehungsgeschichte des Art. 197 Abs. 1 OR zeigt, dass das deutsche, das österreichische, das französische sowie das schweizerische Gewährleistungsrecht dem römischen Recht entspringen und demzufolge denselben Prinzipien folgen. Mit der Unterscheidung zwischen körperlichen und rechtlichen Mängeln machte der Bundesgesetzgeber deutlich, dass eine Kaufsache trotz einwandfreier physischer Eigenschaften sachmangelbehaftet sein kann.¹⁹⁹ Eine Absicht der Beschränkung der Gewährleistung auf körperliche und rechtliche Eigenschaften kann aus dieser Zweigliederung nicht abgeleitet werden. Vielmehr ging der Gesetzgeber mit der Kategorisierung in körperliche und rechtliche Mängel von einem extensiven Mangelbegriff aus.²⁰⁰ Folglich spricht die historische Auslegung des Mangel-

¹⁹⁶ Vgl. zum Ganzen Expertenkommission, 9. Sitzung vom 14.10.1908, 6–8.

¹⁹⁷ BBl 1909 III 725, 738.

¹⁹⁸ Vgl. BBl 1911 I 845, 849.

¹⁹⁹ ATAMER/GERBER, 1163 f.

²⁰⁰ So auch AKIKOL, Rz. 186: «Indem das Gesetz die Verkäuferhaftung auf rechtliche Mängel ausdehnt, gibt es nämlich zu erkennen, dass die Eigenschaften der Ware auch von äusseren Faktoren (Rechtsordnung) abhängen können.»

begriffs dafür, dass der Unterscheidung zwischen körperlichen und rechtlichen Mängeln keine materiell-rechtliche Ausschlusswirkung zukommt, sondern dass sie *nur deskriptiver Natur* ist. Demnach können auch wirtschaftliche Merkmale Gegenstand von vorausgesetzten Eigenschaften sein.

2.3 Systematische Auslegung

Nachfolgend wird der neueren Methodenlehre folgend zwischen der systematisch-logischen und der systematisch-teleologischen Auslegung unterschieden.²⁰¹ 153

2.3.1 Systematisch-logische Auslegung

Die systematisch-logische Auslegung befasst sich mit der formalen Einordnung einer Bestimmung in einen Bereich des Gesetzes, mitunter mit der Einbettung eines Artikels in eine gesetzliche Gliederung.²⁰² Art. 197 OR ist die erste Bestimmung innerhalb des Normenkomplexes «III. Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache» (Art. 197–210 OR) und definiert den Gegenstand der Gewährleistung im Allgemeinen.²⁰³ Art. 201 OR hat die Mängelrüge zum Gegenstand. Der Käufer soll die Beschaffenheit der Kaufsache prüfen und so entdeckte Mängel der Verkäuferin anzeigen. Die Existenz der Prüfbliedenheit indiziert, dass nur Mängel sein können soll, was bei der Prüfung der Kaufsache auch bemerkt werden kann. Hierzu vertritt GRUNEWALD, der Käufer könne einen Verdacht bei der Prüfung nicht bemerken, weshalb er nicht mangelfähig sei.²⁰⁴ 154

Die Prüfbliedenheit ist bei jeder Mangelart, also auch bei rechtlichen Fehlern und bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften, zu beachten.²⁰⁵ Sie hat nach Art. 201 Abs. 2 OR «übungsgemäss» zu erfolgen. Mit welcher Sorgfalt und in welcher Tiefe der Käufer die Ware zu prüfen hat, bestimmt sich nach der Branchenusanz und der Natur des Kaufgegenstandes.²⁰⁶ Dem Käufer obliegt in erster Linie eine 155

²⁰¹ Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 250, 255; SHK-HAUSHEER/JAUN, Art. 1 ZGB N 130.

²⁰² BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 250 f.

²⁰³ So die Marginalie von Art. 197 OR. Demgegenüber regelt Art. 198 OR den Gegenstand der Sachgewährleistung im Speziellen, d.h. beim Viehhandel.

²⁰⁴ GRUNEWALD, 135.

²⁰⁵ Vgl. GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 23 f.; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 3; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 139 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 OR N 15; HONSELL, OR BT, 99; FURRER, 48; AKIKOL, Rz. 690.

²⁰⁶ BGE 76 II 221 E. 2; BK-GIGER, Art. 201 OR N 45; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 OR N 16; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 5; FURRER, 49 ff.; KELLER/SIEHR, 83.

rein äusserliche Prüfung durch Besichtigen, Befühlen und Schmecken.²⁰⁷ Je nach Kaufobjekt muss der Käufer weitergehende Untersuchungen unternehmen, z.B. auch die Funktionsfähigkeit der Ware prüfen.²⁰⁸ Die Prüfbliedenheit ist damit wesensgemäss auf körperliche Eigenschaften zugeschnitten. Rechtliche Mängel wie die Nichteinhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften dürften mit der Prüfung kaum in Erscheinung treten, zumal nach Lehre und Rechtsprechung nicht nach Mängeln gefahndet werden muss.²⁰⁹ Dasselbe gilt bei der Prüfung von zugesicherten Eigenschaften.²¹⁰ Die Prüfung der Kaufsache nach Art. 201 Abs. 1 OR ist damit nicht für alle Mangelarten gleich relevant, sondern macht vornehmlich körperliche Mängel ausfindig. Das Vorhandensein der Prüfbliedenheit an sich spricht damit nicht entscheidend gegen die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften.

2.3.2 Systematisch-teleologische Auslegung

- 156 Die systematisch-teleologische Auslegung hat das funktionale Zusammenspiel der Rechtsnormen nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zum Inhalt.²¹¹ In dieser Hinsicht sind zwei Aspekte von Bedeutung. Zunächst ist die Unterscheidung zwischen der Gewährleistungshaftung und der Haftung bei nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 ff. OR zu beachten (a). Auch ist ein Quervergleich zum Mangelbegriff anderer Sachübergabeverträge geboten (b).
- 157 (a) Die gesetzliche Konzeption des Kaufrechts unterscheidet zwischen der Sachgewährleistung und der nichtgehörigen Erfüllung nach Art. 97 ff. OR. Während sich die Rechte des Käufers bei Vorliegen von Sachmängeln nach Art. 197 ff. OR richten, kommen für die verkäuferseitige Verletzung anderer Vertragspflichten (verschuldete Unmöglichkeit, Verletzung von Nebenpflichten etc.) Art. 97 ff. OR zur Anwendung.²¹² Daraus schliesst ein Teil der Lehre, der Begriff des Sachmangels bedürfe eines griffigen Rahmens.²¹³ Diese Argumentation trifft vornehmlich

²⁰⁷ AKIKOL, Rz. 668.

²⁰⁸ AKIKOL, Rz. 671 ff.

²⁰⁹ Anstelle vieler BGE 76 II 221 E. 2; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 5.

²¹⁰ Freilich, sofern die Verkäuferin rechtliche oder wirtschaftliche Eigenschaften zugesichert hat. Zugesicherte Eigenschaften körperlicher Natur sind einer Prüfung der Kaufsache gleich zugänglich wie vorausgesetzte körperliche Eigenschaften.

²¹¹ BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 255.

²¹² Vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 97 ff. und Art. 197 ff. OR ausführlich BK-GIGER, Vorbem. zu Art. 197–210 OR N 20 ff.; GINTER, 69–76.

²¹³ Vgl. zum deutschen Recht OETKER/MAULTZSCH, § 2 Rz. 58; GRUNEWALD, 135.

für das deutsche Recht zu, welches strikt zwischen Sachgewährleistung und sonstigen Verletzungen unterscheidet.²¹⁴ Für die hiesige Rechtsordnung ist aber relevant, dass das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung Gewährleistungsrechte nach Art. 197 ff. OR und Ansprüche aus nichtgehöriger Erfüllung nach Art. 97 ff. OR nicht scharf trennt, sondern ihre alternative Geltendmachung zulässt.²¹⁵ Eine scharfe Abgrenzung zwischen Sachmangel und übrigen Vertragsverletzungen bzw. der Sachgewährleistung und der Verletzung anderer Vertragspflichten ist für die schweizerische Rechtsordnung demnach nicht von derselben Bedeutung wie in Deutschland. Daher spricht die Unterscheidung zwischen Sachgewährleistung und nichtgehöriger Erfüllung nicht gegen ein breites Verständnis des Sachmangels.

(b) Ebenfalls in systematisch-teleologischer Hinsicht relevant sind Fälle, in denen der Gesetzgeber inhaltliche Verkoppelungen vorgenommen hat, beispielsweise durch Schaffung gleichlautender Regelungen. Zwischen Parallelnormierungen ist ein inhaltlicher Gleichklang zu vermuten.²¹⁶ Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung²¹⁷ ist von einem vereinheitlichten, kohärenten obligationenrechtlichen Mangelbegriff auszugehen. Neben dem Kaufrecht kennen auch das Miet(aa) und das Werkvertragsrecht (bb) Bestimmungen zur Sachgewährleistung. Der ihnen zugrunde gelegte Begriff des Sachmangels ist im Rahmen der systematischen Auslegung von Art. 197 Abs. 1 OR bedeutsam. 158

(aa) Das *Mietrecht* kennt keine Legaldefinition des Sachmangels. Aus der in Art. 256 Abs. 1 OR geregelten Unterhaltungspflicht der Vermieterin lässt sich jedoch herleiten, dass das Mietobjekt «in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand» zu sein hat. Die Ähnlichkeit zum kaufrechtlichen Sachmangelbegriff ist nicht zufällig. Der Gesetzgeber hat Art. 256 Abs. 1 OR per 1. Juli 1990 bewusst an den Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR angeglichen, ohne dabei den mietrechtlichen Begriff des Sachmangels materiell zu verändern.²¹⁸ Auch das 159

²¹⁴ Vgl. BGH, VIII ZR 303/03, 16.6.2004, E. II.2.a; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 437 BGB N 16; CANARIS, 88.

²¹⁵ BGE 133 III 335 E. 2.4.4; 114 II 131 E. 1.a; 107 II 419 E. 1; BGer, 4A_472/2010, 26.11.2010, E. 2.1; a.A. BK-GIGER, Vorbem. zu Art. 197–210 OR N 20–31.

²¹⁶ BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 257; BGE 120 II 112 E. 3.b: «Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist.»

²¹⁷ Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 245.

²¹⁸ Vgl. BBl 1985 I 1389, 1423; BK-GIGER, Art. 256 OR N 43; DAVID, 59; vgl. auch GAUCH, Mängelhaftung, 189 ff.

Bundesgericht verwendet einen mit dem Kaufrecht verflochtenen Mangelbegriff. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein Mietobjekt mangelhaft, wenn ihm eine vertraglich zugesicherte oder sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft fehlt. Die Parteivereinbarung ist massgebend für die Bestimmung des vorausgesetzten Gebrauchs und des Zustands der Mietsache, den die Mieter erwarten dürfen.²¹⁹ Die Rechtsprechung knüpft damit an die in Art. 197 Abs. 1 OR vorgegebene Unterscheidung zwischen zugesicherten Eigenschaften und vorausgesetzten Eigenschaften an. Auch wirtschaftliche Eigenschaften bzw. Umweltbeziehungen kann der Mieter nach Bundesgericht voraussetzen, auch wenn es die Schwelle hierfür hoch ansetzt.²²⁰ Auch die Doktrin anerkennt die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften.²²¹

- 160 **(bb)** Gleich wie das Mietrecht kennt auch das *Werkvertragsrecht* keine Legaldefinition eines Mangels. Das Bundesgericht setzt den kauf- und werkvertragsrechtlichen Mangelbegriff gleich. Mangelhaft sei demnach der Leistungsgegenstand für beide Vertragsarten, wenn er vom Vertrag abweiche, d.h. wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehle.²²² Auch die Lehre unterstützt die vom Bundesgericht vorgenommene Zweigliederung des Mangelbegriffs in vereinbarte und vorausgesetzte Eigenschaften.²²³ Zuweilen wird gar präzisiert, dass der Mangel körperlicher, ästhetischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sein könne²²⁴ oder sämtliche

²¹⁹ Vgl. BGE 135 III 345 E. 3.2 = Pra 98 (2009) Nr. 135; BGer, 4A_159/2014, 18.06.2014, E. 4.1; 4A_582/2012, 28.06.2013, E. 3.2.

²²⁰ Vgl. BGer, 4A_43/2009, 01.04.2009, E. 3.2, wo das Bundesgericht keinen Mangel darin sieht, dass Fenster und Balkone eines Neubaus neu die Sicht in die gemietete Wohnung ermöglichen, weil die Unveränderlichkeit der umgebenden Umstände weder als zugesicherte noch als vorausgesetzte Eigenschaft Eingang in den Vertrag gefunden hat.

²²¹ ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 258 OR N 32; SVIT-TSCHUDI, Art. 256 OR N 24; BK-GIGER, Art. 256 OR N 77; im Resultat auch BSK-WEBER, Art. 258 OR N 1; DAVID, 50; MfdPKUNZ, Rz. 9.4.2.

²²² BGE 114 II 239 E. 5.a.aa; 93 II 311 E. 3.b; BGer, 4A_173/2014, 10.06.2014, E. 5.2; 4C.90/2000, 05.07.2000, E. 2.a: «Au demeurant, la notion de défaut décisive en l'espèce est la même pour les deux contrats.»

²²³ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1434; KOLLER, Werkvertrag, Rz. 534; BSK-ZINDEL/SCHOTT, Art. 368 OR N 9; ZK-BÜHLER, Art. 368 OR N 26; BRÄNDLI, Rz. 199; EGLI, 86–88; VISCHER, Mangelbegriff, 6.

²²⁴ CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 367 OR N 3; TRACHSEL, Verantwortlichkeit, Rz. 129; CR-CHAIX, Art. 368 OR N 7.

Merkmale des Werks umfasse.²²⁵ Im Übrigen liegt auch Art. 166 SIA-Norm 118 derselbe Mangelbegriff zugrunde.²²⁶

Im Miet- wie auch im Werkvertragsrecht sind demnach auch wirtschaftliche Eigenschaften bzw. Umweltbeziehungen des Leistungsgegenstandes mangelfähig. Nach dem unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung massgebenden Prinzip der Einheit der Rechtsordnung hat dies auch für den kaufrechtlichen Mangelbegriff zu gelten. 161

2.4 Teleologische Auslegung

In teleologischer Hinsicht wird nachfolgend zunächst erörtert, welche Zwecke das Gewährleistungsrecht verfolgt. Anschliessend werden ökonomische Gesichtspunkte des Mangelverdachts beleuchtet. 162

2.4.1 Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts

Das Gewährleistungsrecht dient dem Käuferschutz. Der Verkäufer schuldet einen Kaufgegenstand, dem bestimmte Eigenschaften vereinbarungsgemäss zukommen müssen oder gerade nicht zukommen dürfen. Zudem muss die Ware über nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaften verfügen. Der Käufer darf solche Eigenschaften voraussetzen, die die Verwendung der Kaufsache zur bestimmten Nutzung ermöglichen. Ist kein bestimmter Gebrauchszweck vereinbart, ist der übliche Gebrauch massgebend. Der übliche Gebrauch bestimmt sich nach der Sicht des Durchschnittskäufers.²²⁷ Das Gewährleistungsrecht legt damit einen qualitativen Mindeststandard fest, über welchen der Kaufgegenstand verfügen muss.²²⁸ Es soll die Tauglichkeit zum Gebrauch sicherstellen, indem es eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers vorsieht.²²⁹ 163

²²⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1358.

²²⁶ Vgl. Art. 166 Abs. 2 SIA-Norm 118: «Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist, oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte.»; vgl. auch SIA 118-Komm.-GAUCH/STÖCKLI, Art. 166 SIA-Norm 118 N 2.

²²⁷ KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 162.

²²⁸ Für Gattungsschulden ist überdies Art. 71 OR zu beachten, wonach der Verkäufer zwar die konkret zu übergebende Ware bestimmen kann (Abs. 1), diese aber nicht unter mittlerer Qualität liegen darf (Abs. 2).

²²⁹ Vgl. BSK-HONSELL, Vor Art. 197–210 OR N 1.

- 164 Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, warum die Parteien neben körperlichen und rechtlichen auch wirtschaftliche Eigenschaften *zusichern*,²³⁰ diese aber – im Unterschied zu körperlichen und rechtlichen Eigenschaften – nicht nach Treu und Glauben *voraussetzen* können sollen. Sofern die Verkäuferin mit ihrem Verhalten oder die Vertragsumstände beim Käufer ein Vertrauen in die Eigenschaften der Kaufsache erwecken, so ist dieses Vertrauen unabhängig davon zu schützen, ob es körperliche, rechtliche, wirtschaftliche oder andersartige Eigenschaften beschlägt. Eine Privilegierung von körperlichen und rechtlichen gegenüber wirtschaftlichen Eigenschaften lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. In diesem Sinn führte das Bundesgericht bereits im Jahr 1919 aus, zwischen wirtschaftlichen Eigenschaften einerseits und den rechtlichen und körperlichen Mängeln andererseits bestehe gar kein grundsätzlicher Unterschied. Auch die letzteren seien in den meisten Fällen nur deswegen als Mängel zu betrachten, weil sie den wirtschaftlichen Wert der Kaufsache beeinträchtigen würden.²³¹
- 165 Sodann darf der Käufer gemäss konventioneller Lehre und Rechtsprechung berechtigterweise erwarten, eine erworbene Sache weise Eigenschaften auf, die deren Gebrauch ohne Gefahr für Leben und Gesundheit erlaubten.²³² Dies hat mit Blick auf den Schutzzweck auch zu gelten, wenn «nur» ein Verdacht einer Gesundheitsgefährdung vorliegt, d.h. in tatsächlicher Hinsicht ungesichert ist, ob eine Gefahr überhaupt besteht. An der Interessenlage des Käufers ändert sich nämlich nichts. Ungeachtet dessen, ob vom Kaufobjekt eine tatbestandsmässig gesicherte Gefahr oder eine nur möglicherweise vorhandene Gefahr ausgeht, wird der Käufer den Ge- oder Verbrauch der gekauften Sache tunlichst meiden. Die erworbene Sache ist für ihn auch beim Verdacht der Gefährdung nicht mehr von Nutzen.²³³
- 166 In solchen Fällen ist bereits die Möglichkeit des Eintritts einer Gesundheitsgefährdung ausreichend, um die Tauglichkeit zum Gebrauch vollständig aufzuheben. Diesfalls verliert der Käufer den Vorteil aus dem Vertrag. Es entsteht ein Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung. Das Gewährleistungsrecht hat zum Zweck, dieses Missverhältnis wieder auszugleichen.²³⁴ Weil ein Mangel

²³⁰ Siehe Rz. 138.

²³¹ BGE 45 II 441 E. 4.

²³² BGer, 4C.321/2006, 01.05.2007, E. 4.3.2: «L'acheteur est en droit d'attendre de la chose qu'elle ait les propriétés permettant une utilisation sans danger pour la vie et la santé de celui qui s'en sert.»; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 197 OR N 19; RUSCH, Grundlagenirrtum, 559.

²³³ RUSCH, Verdacht, 46; WANK, 99.

²³⁴ Vgl. CAVIN, SPR, 71; FURRER, 35.

ungeachtet seiner Erscheinungsart das synallagmatische Gleichgewicht stört, bestehen keine sachlichen Gründe, das Vorliegen von Gewährleistungsansprüchen von der Art des Mangels abhängig zu machen. Folglich müssen nach Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts nebst körperlichen und rechtlichen Eigenschaften auch wirtschaftliche und ästhetische (oder beliebige weitere denkbare) Eigenschaften mangelfähig sein. Zu verlangen ist nur, dass diese Eigenschaften Gegenstand einer Zusicherung wurden oder nach Treu und Glauben vom Käufer vorausgesetzt werden dürfen, da sie den vertraglich bestimmten oder subsidiär üblichen Gebrauch des Kaufgegenstandes ermöglichen. In Bezug auf das vorne erwähnte Beispiel des möglicherweise kontaminierten Nahrungsmittels kann der Käufer nach Treu und Glauben also erwarten, dass die Eigenschaft «Verdacht der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit» nicht vorliegt.

2.4.2 Ökonomische Betrachtung

Nebst der Zweckbestimmung sind wirtschaftliche Gegebenheiten bei der teleologischen Betrachtungsweise massgebend.²³⁵ Aus ökonomischer Warte ist es sinnvoll, denjenigen für einen Schaden haftbar zu machen, der den Eintritt desselben mit dem geringsten Aufwand hätte verhindern können (sog. «cheapest cost avoider»²³⁶). Im Gewährleistungsrecht kann die Verkäuferin das Risiko der mangelbedingten Wertminderung in der Regel billiger versichern oder zu günstigeren Konditionen tragen als der Käufer.²³⁷ Es erscheint daher im Allgemeinen wirtschaftlich effizienter, Risiken von der Verkäuferin tragen zu lassen. Dies spricht dafür, die Sachgewährleistung bei Vorliegen wirtschaftlicher Mängel zuzulassen.

Ferner ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch die Beherrschbarkeit des Risikos relevant. Bei Gattungsschulden ist die Verkäuferin berechtigt, innerhalb der Schranken der Parteivereinbarung den konkreten Kaufgegenstand zu bestimmen (vgl. Art. 71 Abs. 1 OR). Die Verkäuferin hat demzufolge gegenüber dem Käufer einen Kontrollvorteil. Sie ist eher in der Lage, das Risiko der verdachtsbehafteten Ware zu beherrschen bzw. die Verwirklichung des Risikos zu verhindern.²³⁸ Dementsprechend nimmt das Produktesicherheitsrecht nebst der Herstellerin auch die Importeurin sowie die Händlerin in die Pflicht (Art. 8 PrSG).²³⁹

²³⁵ BK-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 329; KRAMER, Methodenlehre, 199.

²³⁶ SCHÄFER/OTT, 279 f.; CALABRESI, 135.

²³⁷ SCHMOLKE, 364; SCHÄFER/OTT, 578; vgl. ferner Ulmer-FUCHS, § 307 BGB N 145 Fn. 553; FASTRICH, 303.

²³⁸ Ähnlich BK-BECKER, Vorbem. zu Art. 197–210 OR N 1.

²³⁹ RUSCH, Verdacht, 47.

Insofern scheint es angebrachter, das Risiko der Entstehung eines wirtschaftlichen Mangels der Verkäuferin anzulasten,²⁴⁰ was mit der Anerkennung der Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften gleichbedeutend ist.

2.5 Rechtsvergleichung

- 169 Das Bundesgericht hat sich bislang nicht ausdrücklich zur Rolle der Rechtsvergleichung in der Gesetzesauslegung geäußert. Ihre grundsätzliche Relevanz ist aber höchstrichterlich anerkannt.²⁴¹ Rechtsvergleichende Gesichtspunkte sind insbesondere bei einem internationalen Bezugsrahmen einer Norm zu beachten.²⁴²
- 170 Das Kaufrecht ist angesichts des internationalen Warenverkehrs ein Rechtsgebiet von weltumfassender Bedeutung. Im Besonderen der Begriff des Sachmangels ist keiner normativen Wertung ausgesetzt und damit einer global harmonisierten Definition zugänglich. Entsprechend kam es bereits im frühen 20. Jahrhundert zu ersten Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Kaufrechts, die schliesslich im Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG) gipfelten.²⁴³ Der in Art. 35 CISG geregelte Begriff des Sachmangels geht denn auch wie Art. 197 Abs. 1 OR von einem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff aus, nach welchem primär die Parteivereinbarung und subsidiär die Verkehrsauffassung massgebend ist.²⁴⁴ Diesem Verständnis liegt auch der Mangelbegriff von § 434 BGB zugrunde.²⁴⁵
- 171 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist der Mangelbegriff nach deutschem BGB nicht strikt auf körperliche Fehler beschränkt, sondern umfasst auch Umweltbeziehungen.²⁴⁶ Diese Ansicht vertrat das deutsche Reichsgericht be-

²⁴⁰ Vgl. zur generellen Zuweisung von Risiken zulasten der Verkäuferin auch ZELLWEGE-GUTKNECHT, ZBJV, 777.

²⁴¹ Vgl. BGE 124 III 266 E. 4: «Im übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische und historische [...]); auch rechtsvergleichende [...].»

²⁴² Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 319; vgl. ferner WALTER, 265, wonach das gesamte Privatrecht einer rechtsvergleichenden Auslegung zugänglich ist.

²⁴³ SHK-BRUNNER, Einleitung zum CISG N 3.

²⁴⁴ Vgl. SHK-BRUNNER, Art. 35 CISG N 9; Springer-Komm.-MAGNUS, Art. 35 CISG N 12; HONSELL, OR BT, 90; VISCHER, Mangelbegriff, 4.

²⁴⁵ Anstelle vieler MK-WESTERMANN, § 434 BGB N 6; NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 27.

²⁴⁶ Siehe die Hinweise in Fn. 128.

reits im Jahr 1939.²⁴⁷ Jedoch entspricht hier die deutsche Rechtsgrundlage seit der Schuldrechtsreform nicht mehr der hiesigen, da § 434 BGB – anders als Art. 197 Abs. 1 OR – nicht mehr zwischen zusicherungsfähigen Eigenschaften und Fehlern unterscheidet.²⁴⁸ In rechtsvergleichender Hinsicht von besonderer Bedeutung ist, dass nicht nur generell wirtschaftliche Eigenschaften, sondern im Speziellen ein Verdacht gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung sowohl nach dem BGB²⁴⁹ wie auch nach Wiener Kaufrecht²⁵⁰ einen Mangel bilden können. Dies deutet stark darauf hin, dass der Verdacht auch nach hiesigem Sachgewährleistungsrecht mangelfähig sein muss.²⁵¹ In völkerrechtlicher Hinsicht beschränkt sich ferner auch der Art. 35 CISG zugrunde gelegte Mangelbegriff nicht auf rein körperliche Fehler.²⁵² Nach SCHWENZER/TEBEL sollen die unkörperlichen Eigenschaften im internationalen Warenverkehr gar wichtiger geworden sein als die körperlichen Eigenschaften.²⁵³

Die Anerkennung des Mangelverdachts nach deutschem Recht hat ferner eine europarechtliche Komponente. § 434 BGB ist nämlich Folge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vom 25. Mai 1999,²⁵⁴ die u.a. die Harmonisierung

172

²⁴⁷ Reichsgericht, V 38/39, 28.08.1939.

²⁴⁸ BGH, V ZR 228/09, 05.11.2010, Rz. 13.

²⁴⁹ Anstelle vieler BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014; MK-WESTERMANN, § 434 BGB N 13, 55; FAUST, 200; NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 16; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 158; Jauernig-BERGER, § 434 BGB N 14; REINICKE/TIEDTKE, Rz. 316; SCHMOLKE, 385; WANK, 99; im Resultat auch VON DER HORST, 397; a.A. GRUNEWALD, 140; OETKER/MAULTZSCH, § 2 Rz. 57 f.; Grüneberg-WEIDENKAFF, § 434 BGB N 45.

²⁵⁰ BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-SCHWENZER, Art. 35 CISG N 14; Beck-Komm.-KRÖLL, Art. 35 CISG N 105; MAGNUS, 268; SCHWENZER/TEBEL, 167; KOLLER/JOST, 55; a.A. NAKAMURA, 62.

²⁵¹ Vgl. auch WALTER, 275, wonach bei einer gefestigten Rechtsprechung besonders sorgfältig zu überlegen sei, ob die Störung des internationalen Entscheidungsgleichklangs verantwortbar sei, eine Abweichung von der ausländischen Rechtsprechung gar nur angebracht sei, wenn die ausländische Praxis wertungsmässig als unvertretbar erscheine.

²⁵² Beck-Komm.-KRÖLL, Art. 35 CISG N 24 f.; Springer-Komm.-MAGNUS, Art. 35 CISG N 13.

²⁵³ SCHWENZER/TEBEL, 155; vgl. auch SCHWENZER, 103 ff.

²⁵⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

des Begriffs der vertragswidrigen Ware in Verbrauchersachen bezweckt.²⁵⁵ Kann der Verdacht nun nach dem Mangelbegriff von § 434 BGB einen Mangel darstellen, hat dies auch für die harmonisierten Mangelbegriffe der anderen Mitgliedstaaten zu gelten.²⁵⁶

2.6 Ergebnis der Auslegung

- 173 Einzig der Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR spricht dagegen, dass der Käufer wirtschaftliche Eigenschaften voraussetzen darf (siehe Rz. 141 ff.). Sämtliche anderen Auslegungselemente führen zum gegenteiligen Resultat. So kommt der Unterscheidung zwischen körperlichen und rechtlichen Mängeln kein Ausschusscharakter zu, sondern sie ist Folge einer gesetzgeberischen Präzisierung, wonach der Mangelbegriff gerade nicht nur auf körperliche Eigenschaften begrenzt sein soll (siehe Rz. 144 ff.). In systematischer Hinsicht spricht die Existenz der Prüfbliedenheit nach Art. 201 Abs. 1 OR nicht entscheidend gegen die Mangelfähigkeit von wirtschaftlichen Eigenschaften. Zwar ist es zutreffend, dass wirtschaftliche Eigenschaften bei einer Prüfung der Kaufsache nicht zwingend erkannt werden. Das trifft aber auch auf rechtliche Mängel zu (siehe Rz. 154 f.), die unbestrittenermassen mangelfähig sind. In systematisch-teleologischer Hinsicht ist die Differenzierung zwischen körperlichen und rechtlichen Mängeln dem Sachgewährleistungsrecht im Miet- sowie im Werkvertragsrecht fremd. Hier können auch wirtschaftliche Eigenschaften mangelfähig sein (siehe Rz. 158 ff.). Eine Privilegierung von körperlichen und rechtlichen gegenüber wirtschaftlichen Eigenschaften lässt sich aus teleologischem Blickwinkel nicht rechtfertigen. Erweckt die Verkäuferin aufgrund ihres Verhaltens beim Käufer ein Vertrauen in wirtschaftliche Eigenschaften der Kaufsache, so ist dieses gleichermassen zu schützen wie erwecktes Vertrauen in körperliche oder rechtliche Eigenschaften (siehe Rz. 163 ff.). Schliesslich sprechen auch ökonomische Gegebenheiten sowie die Rechtslage nach Wiener Kaufrecht und nach BGB für die Mangelfähigkeit von wirtschaftlichen Eigenschaften (siehe Rz. 167 ff.).

²⁵⁵ Vgl. Art. 2 RL 1999/44/EG; vgl. ferner Ziff. 6 ihrer Erwägungen: «Schwierigkeiten der Verbraucher und Konflikte mit den Verkäufern haben ihre Ursache vor allem in der Vertragswidrigkeit von Waren. Infolgedessen erweist sich eine Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Verbrauchsgüterkauf in dieser Hinsicht als geboten.»

²⁵⁶ Vgl. z.B. § 922 ABGB für das österreichische, Art. 129 codice del consumo für das italienische sowie Art. L213-3 ff. code de la consommation für das französische Recht.

F. Zwischenergebnis

Ein Kaufobjekt ist mangelhaft, wenn ihm vereinbarte oder nach Treu und Glauben vorausgesetzte Eigenschaften fehlen (siehe Rz. 97 ff.). Der Verdacht ist eine wirtschaftliche Eigenschaft bzw. eine Umweltbeziehung (siehe Rz. 105 ff.). Richtig verstanden ist der Mangelverdacht kein nur ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen vorliegender Mangel, sondern ein selbständiger Fehler in Erscheinungsform eines wirtschaftlichen Mangels. Das Gericht hat den Mangelverdacht nicht unter dem Gesichtspunkt des unbewiesenen körperlichen Fehlers zu prüfen (der nur ausnahmsweise in normativer Korrektur einen Sachmangel bilden soll), sondern unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Fehlers (siehe Rz. 112). 174

Mit der Verselbständigung des Mangelverdachts geht einher, dass er nicht bloss Vorstufe des körperlichen Mangels ist. Daraus folgt, dass kein Verstoss gegen die Beweislastregel vorliegt. Massgebend ist nur, ob der Käufer Verdachtsumstände beweisen kann, die die Tauglichkeit der Kaufsache zum Gebrauch oder ihren Wert aufheben oder erheblich mindern (siehe Rz. 113 ff.). Dabei handelt es sich um eine genuine bzw. originäre Mangelhaftigkeit. Die von Lehre und Rechtsprechung erschaffenen besonderen Verdachtsvoraussetzungen gründen auf der irrigen Einordnung des Verdachts als Ausnahmetatbestand des körperlichen Fehlers. Die inhaltliche Loslösung des Verdachts indiziert, dass es dieses nur für den Verdacht geschaffenen Sonder-Gewährleistungsrechts nicht bedarf (siehe Rz. 122). 175

Es ist einhellig anerkannt, dass die Parteien wirtschaftliche Eigenschaften vereinbaren können (siehe Rz. 137 f.). Entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR kann der Käufer sie auch nach Treu und Glauben voraussetzen (siehe Rz. 139 ff.). Der Kaufsache fehlende wirtschaftliche Eigenschaften können Grundlage eines Sachmangels sein. 176

II. Die Anforderungen an den Verdacht

A. Vorbemerkungen

- 177 Vorstehend konnte dargelegt werden, dass der Verdacht eine wirtschaftliche Eigenschaft der Kaufsache bildet (siehe Rz. 108 ff.) und die Parteien des Kaufvertrags wirtschaftliche Merkmale entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 OR sowohl vereinbaren wie auch voraussetzen können (siehe Rz. 136 ff.). Ein Verdacht kann also kaufrechtlicher Sachmangel sein. Das führt zur Frage nach den konkreten Anforderungen an den Verdacht. Insbesondere ist zu erörtern, in welchen Fällen ein Verdacht ausreichend ist und wie er beschaffen sein muss, damit er einen Sachmangel bildet. Die deutsche Rechtsprechung nimmt dabei kontinuierlich Bezug auf die vom BGH im ersten Hasen-Entscheid geschaffene Verdachtsformel. Auch die Lehre orientiert sich schwergewichtig an diesem Leitsatz. Sie dient daher als Ausgangspunkt für die nachfolgende Diskussion der Verdachtsvoraussetzungen (B.). Anschliessend gilt es zu erörtern, welche Anforderungen Art. 197 Abs. 1 OR an einen Verdacht stellt (C.).

B. Anforderungen nach Massgabe der Formel des BGH

1. Die Verdachtsformel des BGH

- 178 Der BGH stellte mit dem ersten Hasenfall folgenden Leitsatz auf: Beim Kauf zum Weiterverkauf kann ein Fehler der gelieferten Ware (hier: Hasenfleisch) vorliegen, wenn sie wegen ihrer Herkunft unter dem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit (Salmonellenbefall) steht und dieser Verdacht durch dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen ist.²⁵⁷ Lehre und Rechtsprechung orientieren sich bei der Diskussion der Anforderungen an einen Verdacht nach wie vor an dieser Verdachtsformel. Aus ihr lassen sich vier Merkmale ableiten, die ein mangelbildender Verdacht aufweisen müsse:
- die sachliche Beschränkung auf den Kauf zum Weiterverkauf,
 - der konkrete Verdacht,
 - das Erfordernis einer Gesundheitsgefährdung und
 - die Unzumutbarkeit der Beseitigung.

²⁵⁷ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz.

In diesem Kapitel werden die ersten drei Voraussetzungen besprochen. Die Unzumutbarkeit der Beseitigung des Verdachts wird übersichtshalber in einem separaten Kapitel behandelt.²⁵⁸ 179

2. Der konkrete, gewichtige oder naheliegende Verdacht

2.1 Überblick über die Rechtsprechung

Die untenstehende Auslese beinhaltet diejenigen Urteile, deren Erwägungen sich auf die Verdachtsformel des BGH beziehen. Sie lassen sich systematisch nach ihrem jeweiligen Kaufobjekt gliedern (Lebensmittel, Grundstücke und Fahrzeuge) und werden chronologisch wiedergegeben. 180

2.1.1 Lebensmittel

Der erste Hasenfall (1969). Gemäss Leitsatz verlangt der BGH einen *auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht*.²⁵⁹ In der Begründung wich er hiervon leicht ab. So hätten nicht nur konkrete, sondern auch *gewichtige* Tatsachen vorgelegen, die darüber hinaus einen *naheliegenden* Verdacht begründet hätten.²⁶⁰ 181

Der zweite Hasenfall (1972). In diesem Fall schlug der BGH einen Mittelweg zwischen den Anforderungen gemäss Leitsatz und denjenigen gemäss Entscheidungsbegründung des ersten Hasenfalls ein. So ging er gleich wie in der Begründung des ersten Hasenfalls davon aus, dass der Verdacht *naheliegend* sein müsse. Das nur in der Begründung des ersten Hasenfalls vorkommende Kriterium der *Gewichtigkeit* blieb unerwähnt.²⁶¹ 182

Glykolwein (1988). Nachdem mit Glykol versetzter Wein ab dem Jahr 1986 unterinstanzliche Gerichte beschäftigt,²⁶² hatte sich im Jahr 1988 der BGH damit zu befassen. Er näherte die Verdachtsformel dem gesetzlichen Mangelbegriff an, indem er sie um das Erfordernis des Wegfalls der Gebrauchstauglichkeit ergänzte: Mangelfähig sei der auf *konkrete* Tatsachen gestützte, *naheliegende* Verdacht, der durch zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen sei, weshalb *zwangsläufig* die 183

²⁵⁸ Siehe Rz. 305 ff.

²⁵⁹ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz.

²⁶⁰ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a.

²⁶¹ BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.b.

²⁶² Vgl. AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986; LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986.

nach dem Vertrag vorausgesetzte Verkäuflichkeit der Ware entfalle.²⁶³ Das Merkmal der *gewichtigen* Tatsachen blieb erneut unerwähnt.

- 184 **Schweinefall (2003–2005).** Im Schweinefall war für den BGH der Wegfall der Wiederverkäuflichkeit, der von der möglichen gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit herrührte, ausschlaggebend für die Bejahung des Sachmangels.²⁶⁴ So eigne sich die Ware im internationalen Gross- und Zwischenhandel nur zum gewöhnlichen Gebrauch im Sinne von Art. 35 Abs. 2 Bst. a CISG, wenn sie sich wiederverkaufen lasse.²⁶⁵ Bemerkenswerterweise erwähnt der BGH mit keiner Silbe, dass der Verdacht *naheliegend* sein oder auf *gewichtigen* oder *konkreten* Tatsachen beruhen müsse. Damit distanzierte er sich von seiner Verdachtsformel und näherte sich dem gesetzlichen Mangelbegriff an. Auch die Vorinstanzen verzichteten in ihren Erwägungen weitestgehend auf die besonderen Verdachtsvoraussetzungen.²⁶⁶ Nur das LG Giessen als Erstinstanz verlangte einen *konkreten* Verdacht.²⁶⁷
- 185 **Futtermittel-Fall (2014).** In dieser Entscheidung griff der BGH die Verdachtsformel wieder auf und verlangte einen auf *konkrete* Tatsachen gestützten, *naheliegenden* Verdacht.²⁶⁸ Ferner stellte der BGH klar, dass auch unter dem Regime des neuen Schuldrechts an der bisherigen Verdachts-Rechtsprechung festzuhalten sei.²⁶⁹

2.1.2 Grundstücke

- 186 **Kiesgrube (1994).** Das OLG München verlangte einen *naheliegenden* und *gewichtigen* Verdacht, ohne diese Merkmale zu konkretisieren.²⁷⁰
- 187 **Abgrenzung Verdacht–Gefahr (2003).** Der BGH bestätigte, dass der Verdacht eines *schwerwiegenden* Fehlers der Kaufsache selbst einen Fehler darstellen könne. Er verneinte in casu aber einen Mangel, da der Gutachter nicht festgestellt

²⁶³ BGH, VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.a.

²⁶⁴ BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005, E. II.3.d in fine.

²⁶⁵ Vgl. BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005, E. II.3.b.

²⁶⁶ Vgl. OLG Frankfurt am Main, 3 U 84/03, 29.01.2004.

²⁶⁷ LG Giessen, 8 O 57/01, 18.03.2003, 8.

²⁶⁸ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43.

²⁶⁹ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 44.

²⁷⁰ OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994.

habe, dass ein Hausschwammverdacht bestehe. Er habe vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass ein Befall «bei entsprechender Injektion jederzeit möglich» sei.²⁷¹

Undichter Keller (2003). Das LG Bonn verlangte den Verdacht einer *schwerwiegenden* Mangelhaftigkeit. Mit der Verwirklichung des Schadens müsse *ernsthaft* gerechnet werden.²⁷² 188

Hausbock (2005). In diesem Fall richtete sich das LG Bonn nach den gleichen Grundsätzen wie im «undichter Keller»-Fall (2003). Im Unterschied zur höchstrichterlichen Rechtsprechung verlangte das LG hier aber nicht konkrete Tatsachen, auf die sich der Verdacht stützen solle, sondern einen *konkreten Verdacht* selbst, der sich darüber hinaus in *ausreichendem Mass erhärtet* haben müsse.²⁷³ 189

Feuchte Fassade (2012). Gemäss OLG Brandenburg begründet nebst dem festgestellten Mangel der aufsteigenden Nässe auch der *konkrete Verdacht*, dies habe seine Ursache in einer unzureichenden Horizontalsperre, einen Mangel der Kaufsache.²⁷⁴ 190

Gleisgrundstück (2016). Der BGH präzisiert seine Verdachts-Rechtsprechung zur früheren Nutzung eines Grundstücks. Demnach sei nicht jedes ehemalige Industriegrundstück pauschal als altlastenverdächtig einzustufen. Die frühere Nutzung müsse vielmehr die *Gefahr einer erheblichen Schadstoffbelastung* begründen.²⁷⁵ 191

Altlasten (2017). Diese Entscheidung ist zentral. Der BGH passt seine Rechtsprechung an. Der Gerichtshof verzichtet ausdrücklich auf das Erfordernis von *konkreten und gewichtigen Tatsachen* oder eines *konkreten und naheliegenden Verdachts*. Überdies sei beim Altlastenverdacht der Gebrauchszweck des gekauften Grundstücks irrelevant. Ein solches weise unabhängig vom Gebrauchszweck schon wegen des Risikos der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme und wegen der mit einem Altlastenverdacht verbundenen Wertminderung nicht die übliche Beschaffenheit auf.²⁷⁶ 192

²⁷¹ BGH, V ZR 25/02, 07.02.2003. Siehe zur Unterscheidung zwischen Verdacht und Gefahr Rz. 21 ff.

²⁷² LG Bonn, 10 O 27/03, 30.10.2003.

²⁷³ LG Bonn, 2 O 341/04, 23.03.2005.

²⁷⁴ OLG Brandenburg, 5 U 5/11, 21.06.2012.

²⁷⁵ BGH, V ZR 35/15, 08.07.2016.

²⁷⁶ BGH, V ZR 250/15, 21.07.2017, Rz. 6–8.

2.1.3 Fahrzeuge

- 193 **Gebrauchtwagenkauf (1996).** Das LG Saarbrücken verlangte nicht konkrete Tatsachen, auf die sich der Verdacht stützt, sondern *handgreifliche Anhaltspunkte* für einen Verdacht.²⁷⁷
- 194 **Kratzendes Motorengeräusch (2008).** Das OLG Naumburg sah in einem kratzenden Motorengeräusch, dessen Ursache nicht gefunden werden konnte, einen *hinreichend konkreten Verdacht* eines Sachmangels.²⁷⁸

2.2 Rezeption im Schrifttum

- 195 **Im Allgemeinen.** Regelmässig wird ausgeführt, dass ein blosser Verdacht nicht ausreiche, sondern dass er konkret oder begründet sein sowie schwerwiegende Mängel betreffen müsse.²⁷⁹ Für WEIDENKAFF muss der Verdacht qualitätsmindernd sein.²⁸⁰ Die liberalste Position vertreten SCHMOLKE und SCHWENZER/TEBEL. Sie verwerfen die vom BGH geschaffenen besonderen Anforderungen an den Verdacht vollständig. Einzig relevante Voraussetzung für die Bejahung eines Sachmangels sei, dass der Verdacht eine Minderung des Verkehrswerts zur Folge habe.²⁸¹ Die Verdachtskriterien gemäss Rechtsprechung des BGH würden aber als Hilfstatsachen dienen, wenn eine hinreichend klare Marktantwort auf den Verdacht ausbleibe.²⁸²
- 196 **VON DER HORST im Speziellen.** Für VON DER HORST haben die bisherigen Ansätze der Lehre und Rechtsprechung nicht zur Konkretisierung der Verdachtsanforderungen beigetragen. Sie hätten die Frage, wann ein Verdacht berechtigt sei, nur umformuliert zur Frage, wann ein Verdacht handgreiflich, konkret und naheliegend sei. VON DER HORST orientiert sich in seinem Ansatz an den unterschiedlichen strafprozessualen Verdachtsstufen und kommt so zum Schluss, dass auch im Zivilrecht blosses Misstrauen, Vermutungen oder ein nur vager Verdacht nicht aus-

²⁷⁷ LG Saarbrücken, 12 O 382/95, 16.12.1996.

²⁷⁸ OLG Naumburg, 1 U 30/08, 06.11.2008; vgl. auch den ähnlich gelagerten BGE 91 II 344 mit gleicher Schlussfolgerung in E. 5.

²⁷⁹ PILTZ, Rz. 5–47; NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 7; KNOCH, 1988; MAGNUS, 261; STAUDINGER-MATUSCHKE-BECKMANN, § 434 BGB N 158; MÜGGENBORG, 2810; VON DER HORST, 387; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1424; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 339; KOLLER/JOST, 45 f.; RIEDER/SCHOENEMANN, 1171.

²⁸⁰ Grüneberg-WEIDENKAFF, § 434 BGB N 58.

²⁸¹ SCHMOLKE, 374; SCHWENZER/TEBEL, 157; a.A. GRUNEWALD, 138.

²⁸² SCHMOLKE, 374.

reichen sollen. Vielmehr müssten die objektiv in ausreichendem Mass erhärteten, handgreiflichen Anhaltspunkte für einen konkret vorhandenen Mangel so eindeutig und klar sein, dass mit erheblicher Wahrscheinlichkeit mit dem Vorliegen eines Mangels zu rechnen sei.²⁸³

Zum Grundstückskauf im Speziellen. Nur in Bezug auf den Kauf von Grundstücken äussert sich KNOCHE.²⁸⁴ Er legt den Fokus auf deren Vornutzung. Ein hinreichender Verdacht liege vor, wenn feststehe, dass bei einer früheren industriellen Nutzung des Grundstücks mit Stoffen gearbeitet worden sei bzw. in der Produktion Stoffe angefallen seien, deren Vorhandensein im Boden unstreitig eine behandlungsbedürftige Altlast darstellen würde. Auch bei einer Vornutzung als Mülldeponie sei der Altlastenverdacht stets gegeben. Zudem könne der Verdacht auf Bodenuntersuchungen ruhen, wenn sie das Bestehen einer Altlast nahelegen würden. Nach MÜGGENBORG liegt zudem ein hinreichender Altlastenverdacht vor, wenn es in der Vergangenheit zu einem Austritt von Schadstoffen gekommen ist.²⁸⁵ 197

2.3 Würdigung

2.3.1 Die Bildung der Verdachtsformel und ihre Auswirkungen auf die Praxis

Mit der Schaffung der Verdachtsformel erschuf der BGH besondere Voraussetzungen, an welchen ein Verdacht zu messen sei. Dieses Vorgehen offenbart, dass der BGH von der Vorstellung ausging, der Mangelverdacht bezwecke eine normative Korrektur der strengen Beweislastregel und bilde damit einen nur ausnahmsweise vorliegenden Spezialfall des gewöhnlichen körperlichen Mangels. Das Gericht dürfte der Ansicht gewesen sein, dass – obwohl das Hasenfleisch nach konventionellem Verständnis als mangelfrei gelten müsse – es in diesem konkreten Fall wertungsmässig doch nicht einwandfrei und daher nur ganz ausnahmsweise als mangelhaft zu qualifizieren sei. Um den nach diesem Verständnis geschaffenen systemischen Widerspruch in der Bejahung eines Sachmangels unter Verletzung der Beweislastregel zu entschärfen, beabsichtigte der BGH hohe Anforderungen zu schaffen, an welchen ein Verdacht zu messen sei. Dass diese Einordnung dem Mangelverdacht nicht gerecht wird, konnte bereits aufgezeigt werden.²⁸⁶ 198

²⁸³ VON DER HORST, 387.

²⁸⁴ Vgl. KNOCHE, 1987 f.

²⁸⁵ MÜGGENBORG, 2810.

²⁸⁶ Siehe Rz. 112 ff.

199 Lehre und untere Instanzen orientierten sich bei der Diskussion des Mangelverdachts verständlicherweise eng an den vom BGH eigens für den Verdacht konzipierten Voraussetzungen und versuchten, die Konturen der Verdachtstatbestandselemente zu schärfen. Der so generierte Mehrwert bleibt bislang überschaubar. Die von der Formel des BGH vorgegebenen unbestimmten Rechtsbegriffe wurden grösstenteils nur durch weitere unbestimmte Begriffe ersetzt.²⁸⁷ Bis zu einem gewissen Grad dürfte die Begriffsvielfalt auch auf die inkonsistente Rechtsprechung des BGH insbesondere in Bezug auf die Kriterien *naheliegend* und *gewichtig* zurückzuführen sein. Jedenfalls beabsichtigten der BGH wie auch die unterinstanzlichen Gerichte mit der ambivalenten Begriffsverwendung keine Änderung der Rechtsprechung. In der Konsequenz kann den Termini damit keine begriffsbestimmende, sondern nur eine deskriptive Bedeutung zukommen.

2.3.2 Systematisierung der verschiedenen Begriffe

200 Eine schematische Betrachtung der von der Lehre und der Rechtsprechung geschaffenen Verdachtsanforderungen zeigt, dass sie letztendlich entweder auf die Folgeschwere des Verdachts oder aber auf die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung abzielen.²⁸⁸

201 Kriterien, die die *Folgeschwere des Verdachts* betreffen, sind die «Gesundheitsgefährdung», der «gewichtige Verdacht» sowie der «Verdacht eines schwerwiegenden Mangels».

202 Kriterien, die die *Wahrscheinlichkeit der Verdachtsbestätigung* betreffen, sind «der konkrete Verdacht», «der naheliegende Verdacht», «das ernsthafte Rechnenmüssen mit der Verdachtsverwirklichung», «handgreifliche Anhaltspunkte», «konkrete Tatsachen» und «das ausreichend erhärtet sein müssen».

203 Die konkrete *Wahrscheinlichkeit der Verdachtsverwirklichung* lässt sich z.B. anhand einer %-Skala veranschaulichen. Der bewährte Wahrscheinlichkeitsindex zum Beweismass gemäss Art. 8 ZGB bzw. Art. 157 ZPO oder die Tatverdachtskaskade gemäss Strafprozessordnung können als unterstützende Instrumente zur Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Verdachtsverwirklichung beigezogen werden.²⁸⁹

²⁸⁷ VON DER HORST, 387.

²⁸⁸ Nur die sachliche Einschränkung der Anwendung beim Kauf zum Weiterverkauf sowie der nötige Bezug zur physischen Beschaffenheit der Kaufsache lassen sich keinem der genannten Kriterien zuordnen.

²⁸⁹ Ähnlich VON DER HORST, 387.

Die *Folgenschwere des Verdachts* geht der Frage nach, auf welchen Erfolg der Verdacht abzielt. Die bisherige Rechtsprechung zeigt, dass insbesondere die Art des betroffenen Rechtsguts von Bedeutung ist. Betrifft der Verdacht eine Gefährdung von Leib und Leben, ist er jedenfalls folgenschwer.²⁹⁰ Hat er keine Gesundheitsgefährdung zum Gegenstand, ist er meines Erachtens insbesondere folgenschwer, wenn ein erheblicher (Mangelfolge-)Schaden droht²⁹¹ oder wenn er für den Käufer den Wegfall der wesentlichen Vertragsvorteile zur Folge hat.²⁹² 204

Dementgegen liegen leichte Verdachtsfolgen vor, wenn (wiederum in Relation zum Volumen des Kaufvertrags) nur geringfügige Vermögensschäden drohen oder der Käufer selbst bei Bestätigung des Verdachts im Wesentlichen noch die Vorteile aus dem geschlossenen Vertrag geniessen kann. 205

2.3.3 Die Folgenschwere und die Eintretenswahrscheinlichkeit als zweidimensionale Hilfskriterien

Ob ein Sachmangel vorliegt oder nicht, ist in erster Linie nach dem geltenden Recht zu beurteilen (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Zentrales Kriterium ist nach Art. 197 Abs. 1 OR die Minderung der Gebrauchstauglichkeit.²⁹³ Daher ist es falsch, kumulativ zur geminderten Gebrauchstauglichkeit noch weitere Anforderungen an den Sachmangel wie beispielsweise einen konkreten oder hinreichenden Verdacht zu verlangen. Wie der Schweinefall zeigt, lässt sich die Mangelhaftigkeit verdachtsbehafteter Ware nur mithilfe des gesetzlichen Mangelbegriffs herleiten, ohne inhaltliche Einbussen hinnehmen zu müssen.²⁹⁴ Beim Altlastenverdacht verzichtet der BGH in seinem neuesten Urteil auf das Erfordernis von konkreten gewichtigen oder auch naheliegenden Tatsachen.²⁹⁵ Diese Entfernung von der Verdachtsformel ist zu begrüssen und auch auf Verdachtsfälle abseits von Altlasten zu erstrecken. Den vom BGH geschaffenen speziellen Verdachtvoraussetzungen ist daher ihre Eigenschaft als eigenständige Mangelvoraussetzungen abzuspochen. 206

Viel zu weit ginge es aber, der Folgenschwere wie auch der Eintretenswahrscheinlichkeit jegliche Relevanz für die Beurteilung eines Mangelverdachts abzuerken- 207

²⁹⁰ Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014.

²⁹¹ Die Erheblichkeit des Schadens bemisst sich insbesondere im Verhältnis zum Wert des Kaufgegenstandes.

²⁹² Analog zur Wesentlichkeit der Vertragsverletzung nach Art. 35 CISG.

²⁹³ Die Minderung des Werts tritt ihr gegenüber in den Hintergrund, siehe dazu Rz. 261.

²⁹⁴ Siehe Rz. 184.

²⁹⁵ Siehe Rz. 192.

nen.²⁹⁶ Sie helfen nämlich bei der Bewertung der eingetretenen Gebrauchsmin-
derung. Für gewöhnlich wird ein Verdacht mit schwerwiegenden Folgen keinen
Mangel bilden, wenn seine Realisierungswahrscheinlichkeit gegen Null tendiert.
Je wahrscheinlicher ein Verdacht aber zutrifft, desto geringfügiger muss er Rechts-
güter bedrohen, um die Gebrauchstauglichkeit der unter Verdacht stehenden Ware
aufzuheben.²⁹⁷ Folgende Beispiele dienen zur Illustration.

- 208 *Hasen-Entscheid*: Amtstierärzte stellten bei 31 % des untersuchten Fleisches Salmo-
nellen fest.²⁹⁸ Daraus ergibt sich eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 31 %.²⁹⁹ Eine
Salmonelleninfektion führt zu hohem Flüssigkeitsverlust infolge Erbrechens und Diar-
rhö. Sie klingt für gewöhnlich folgenlos ab. Bei Risikopersonen kann der Flüssig-
keitsverlust hingegen zu einem lebensbedrohlichen Kreislaufzusammenbruch führen.
Die von einer Salmonellenvergiftung herrührende Gesundheitsgefährdung ist daher als
mittelschwer einzustufen.
- 209 *Auffahrunfall*: Bei einem Auffahrunfall mit zwei beteiligten Personenwagen kommen
beide Lenker zu Tode. Der Unfallhergang ist nicht restlos geklärt. Gewisse Anhalts-
punkte weisen darauf hin, dass die Bremsen des auffahrenden Fahrzeugs versagt haben
könnten. Jedoch kann auch eine unvorsichtige Fahrweise nicht ausgeschlossen wer-
den. Es bleibt der einzige solche Vorfall dieses weltweit vertriebenen Fahrzeugmo-
dells. In diesem Beispiel wiegen die Folgen des Verdachts schwer, da Bremsversagen
ursächlich für Personenschäden bis hin zur Todesfolge sein können. Jedoch neigt die
Wahrscheinlichkeit der Verdachtsverwirklichung gegen Null. In diesem Fall ist der
dieser Modellreihe anhaftende Verdacht des Bremsversagens nicht ausreichend, um
die Gattung als mangelhaft zu bezeichnen.
- 210 In Extremfällen kann auch eine gegen Null tendierende oder noch gar nicht ein-
schätzbare Wahrscheinlichkeit ausreichen, um einen Mangel zu begründen. Dies
zeigen das Grounding des Flugzeugmodells Boeing 737 MAX 8 sowie die Urteile
des EuGH und des BGH in Sachen Boston Scientific.³⁰⁰

²⁹⁶ So auch SCHMOLKE, 376.

²⁹⁷ Auch abseits der Verdachtslehre empfiehlt sich die Beurteilung einer Unsicherheit
bzw. einer Gefahr mithilfe dieser Kriterien. Anerkannt ist diese Vorgehensweise na-
mentlich bei der Abschätzung der Gefahr am Arbeitsplatz, vgl. dazu CIRIGLIANO/RUDIN,
447 f.; EKAS Leitfaden, 11.

²⁹⁸ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Tatbestand.

²⁹⁹ Bei der Wahrscheinlichkeitsangabe handelt es sich freilich um eine generalisierende
Schlussfolgerung. So zeigt BGH, III ZR 106/66, 25.01.1968, eindrücklich, dass nicht
immer vom Verhältnis der Befunde auf die Eintretenswahrscheinlichkeit geschlossen
werden kann. Siehe hierzu auch Rz. 351 f.

³⁰⁰ Vgl. zum ungeklärten Risikopotential im Zusammenhang mit dem Boston-Scientific-
Entscheid WIDMER LÜCHINGER, Fehlerbegriff, 87.

Boeing 737 MAX 8: Am 29. Oktober 2018 stürzte eine Boeing 737 MAX 8 der Lion Air nach wenigen Flugminuten ab. Relativ rasch kam die Vermutung auf, die neuartige Steuerungssoftware MCAS sei ursächlich für den Absturz. Am 10. März 2019, also rund fünf Monate nach dem Unglück, stürzte ein modellgleiches Flugzeug der Ethiopian Airlines ebenfalls kurz nach dem Start ab. Obwohl die Ursache für den zweiten Absturz und damit auch ein allfälliger Zusammenhang mit dem Absturz der Lion-Air-Maschine noch völlig unbekannt waren, erliessen insb. China und Indonesien bereits am Folgetag ein Flugverbot für die Modellreihe.³⁰¹ Am 12. März 2019 sprachen auch die Europäische Agentur für Flugsicherheit sowie das hiesige Bundesamt für Zivilluftfahrt ein solches Verbot aus.³⁰² Zudem nahmen zahlreiche Fluggesellschaften ohne eine entsprechende hoheitliche Anordnung das Modell aus dem Betrieb. Unabhängig vom Erlass eines öffentlich-rechtlichen Flugverbots (= rechtlicher Mangel) waren die Flugzeuge infolge des Verdachts der fehlerbehafteten Steuerungssoftware auch in wirtschaftlicher Hinsicht mangelbehaftet. 211

Boston Scientific: Die Herstellerin von Herzschrittmachern stellte fest, dass eines ihrer Bauteile möglicherweise einem sukzessiven Verfall unterliegt. Dies kann ohne Vorwarnung zur vorzeitigen Batterieerschöpfung mit Verlust der Funktionsfähigkeit führen. Die Ausfallwahrscheinlichkeit der Geräte ist 17 bis 20 Mal höher als üblich. Es ist nicht möglich zu bestimmen, welche konkreten Herzschrittmacher der Serie betroffen sind. Der EuGH erwog, bei Herzschrittmachern seien die Anforderungen an ihre Sicherheit, die die Patienten zu erwarten berechtigt seien, besonders hoch. Daher könne bei Feststellung eines potenziellen Fehlers bei Produkten einer Serie die ganze Serie als fehlerhaft eingestuft werden, ohne dass ein Fehler des konkreten Produkts nachgewiesen werden müsse. Gleich verhält es sich gemäss EuGH auch mit Defibrillatoren mit einer erhöhten Ausfallgefahr.³⁰³ Die Herstellerin hat für die Herzschrittmacher das Fehlerrisiko mit 0,31–0,88 % beziffert.³⁰⁴ Bei den Defibrillatoren ist der Mangel bei vier von 46'000 Geräten bestätigt worden.³⁰⁵ 212

³⁰¹ NZZ vom 12.03.2019, 24: «Die neue Boeing 737 – ein Sicherheitsrisiko?».

³⁰² NZZ vom 13.03.2019, 22: «Boeing 737 Max 8 erhält Flugverbot».

³⁰³ EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015, Rz. 36–43.

³⁰⁴ BGH, VI ZR 284/12, 09.06.2015, Rz. 3.

³⁰⁵ BGH, VI ZR 327/12, 09.06.2015, Rz. 4.

- 213 Die Folgeschwere verhält sich damit umgekehrt proportional zur Verwirklichungswahrscheinlichkeit. Ihre zweidimensionale Wechselbeziehung lässt sich wie in Abbildung 2 veranschaulichen.³⁰⁶

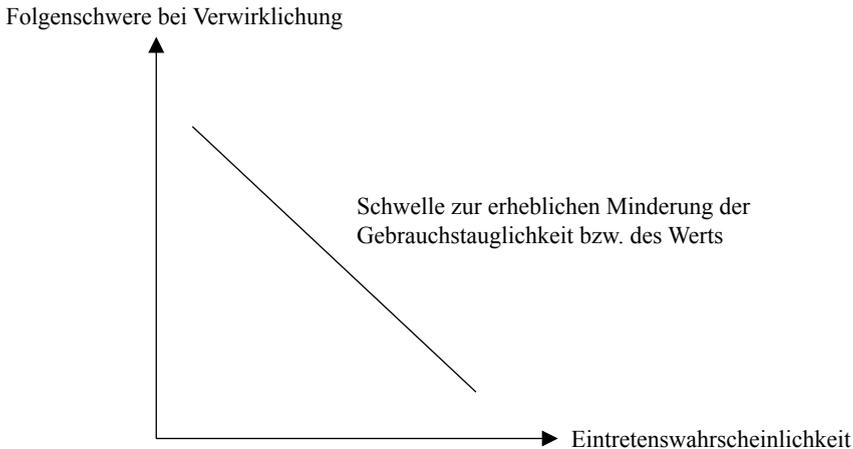


Abbildung 2: Je gravierender sich der Verdacht im Fall seiner Verifizierung auswirkt, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung, um eine ausreichende Minderung der Gebrauchstauglichkeit oder des Werts der Ware herbeizuführen.

2.3.4 Stellungnahme zu VON DER HORST

- 214 Vor dem Hintergrund der soeben dargestellten zweidimensionalen Wechselbeziehung zwischen der Folgeschwere des Verdachts und seiner Eintretenswahrscheinlichkeit erweist sich VON DER HORSTS Ansatz der analogen Anwendung strafprozessualer Verdachtsarten nur beschränkt tauglich zur Erfassung der Erheblichkeit eines Verdachts. Nach VON DER HORST soll ein Verdacht mangelfähig sein, wenn er die Anforderungen eines «dringenden Tatverdachts» erfüllt.³⁰⁷ Ein mangelbe gründender Verdacht soll demnach vorliegen, wenn die objektiv in ausreichendem Mass erhärteten, handgreiflichen Anhaltspunkte für einen konkret vorhandenen

³⁰⁶ Vgl. zur ähnlichen Darstellung einer Gefahr am Arbeitsplatz EKAS Leitfaden, 11.

³⁰⁷ Sowohl die schweizerische als auch die deutsche Strafprozessordnung kennen im Wesentlichen drei Verdachtsarten: den Anfangsverdacht als mildesten, den hinreichenden Tatverdacht als mittelschweren sowie den dringenden Tatverdacht als schweren Verdacht. Vgl. zum schweizerischen Recht Praxiskomm.-SCHMID/JOSITSCH, Art. 197 StPO N 4; zum deutschen Recht BGH, StB 10/19, 05.09.2019, E. II.1.a.

Mangel so eindeutig und klar sind, dass mit erheblicher Wahrscheinlichkeit mit dem Vorliegen eines Mangels zu rechnen ist.³⁰⁸

Dieser Ansatz hat eine wesentliche Schwäche. Die strafprozessualen Tatverdachtsarten stellen ausschliesslich auf die Eintretenswahrscheinlichkeit des Verdachts ab. Die Folgeschwere des (Tat-)Verdachts ist gemäss StPO kein Kriterium für die Bemessung eines Verdachts.³⁰⁹ Nach VON DER HORSTS Ansatz misst sich der gewährleistungsrechtliche Verdacht damit nur eindimensional nach seiner Verwirklichungswahrscheinlichkeit. Die Folgeschwere des Verdachts bleibt unberücksichtigt (siehe Abbildung 3).

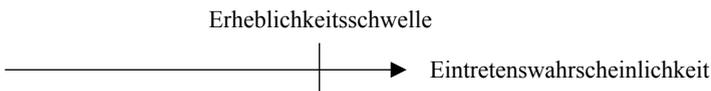


Abbildung 3: VON DER HORSTS Ansatz zur Bestimmung der Wesentlichkeit eines Verdachts.

Die Eintretenswahrscheinlichkeit ist für sich allein aber ungeeignet, die Erheblichkeit oder Schwere eines Verdachts zu messen. Das Grounding der Boeing 737 MAX zeigt, dass selbst eine gegen Null tendierende Wahrscheinlichkeit ausreicht, einen Mangel zu begründen, wenn der Verdacht auf eine mögliche Todesfolge einer Vielzahl von Menschen gerichtet ist. Nach VON DER HORSTS Ansatz blieben solche Fälle nicht erfasst, obwohl die Tauglichkeit der Flugzeuge zur Personenbeförderung offenkundig aufgehoben ist. Richtigerweise bedarf es daher einer gesamtheitlichen Betrachtung unter Berücksichtigung der Wechselbeziehung zwischen Folgeschwere und Eintretenswahrscheinlichkeit des Verdachts.

³⁰⁸ VON DER HORST, 387. Siehe auch Rz. 196.

³⁰⁹ Das bedeutet beileibe nicht, dass die Schwere des mutmasslich begangenen Delikts im Strafprozessrecht unerheblich ist. Vielmehr enthalten bereits sowohl die schweizerische als auch die deutsche StPO selbst eine solche Wertung, indem besonders einschneidende Zwangsmassnahmen nur angeordnet werden dürfen, sofern der (Tat-)Verdacht auf besonders schwere Delikte gerichtet ist. Vgl. z.B. Art. 221 StPO sowie § 112 StPO/D für die Untersuchungshaft, Art. 269 Abs. 2 StPO für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs oder Art. 286 Abs. 2 StPO für die verdeckte Ermittlung.

3. Die gesundheitsgefährdende Beschaffenheit

- 217 Der BGH verlangt gemäss seiner Verdachtsformel beinahe ausnahmslos den Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit.³¹⁰ Soweit es um Lebensmittel geht, richten sich auch unterinstanzliche Gerichte hiernach.³¹¹ Der wohl überwiegende Teil der Lehre hat sich dementsgegen vom Erfordernis der Gesundheitsgefährdung gelöst und begnügt sich mit dem Wegfall der Gebrauchstauglichkeit aus beliebigem Grund.³¹² Die alternative Ansicht folgt der Auffassung des BGH.³¹³ Für MAGNUS ist die Gesundheitsgefährdung gar zentrales Merkmal eines mangelfähigen Verdachts.³¹⁴
- 218 Meines Erachtens kann ein Verdacht auch abseits einer Gefährdung der Gesundheit das synallagmatische Verhältnis zwischen Käufer und Verkäuferin stören, so dass es in diesen Fällen möglich sein muss, gewährleistungsrechtliche Ansprüche geltend zu machen. Als wohl prominentestes Anschauungsbeispiel dient das verkaufte Unfallfahrzeug, das als gefährdungsneutraler Verdachtsfall problemlos unter Art. 197 Abs. 1 OR subsumiert werden kann. Zwar dürfte in vielen Fällen die Kaufsache mangels Gefährdung der Gesundheit ungemindert zum Gebrauch taugen. Wirkt sich der Verdacht aber negativ auf den Wert der Ware aus, liegt dennoch ein Sachmangel vor.³¹⁵ Abseits der Lebensmittelfälle verzichtet überdies auch der BGH auf eine Gesundheitsgefährdung. So reicht z.B. bei altlastenverdächtigen Grundstücken der Verdacht der erschwerten Bebaubarkeit.³¹⁶ Eine Gesundheitsgefährdung ist also nicht zu verlangen.

³¹⁰ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 247/87, 23.11.1988; VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43. Nur im Schweine-Entscheid liess er offen, ob der Verdacht einer gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit stets eine Vertragswidrigkeit von Lebensmitteln begründe, vgl. dazu BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005, E. II.3.d in fine.

³¹¹ OLG Frankfurt am Main, 3 U 84/03, 29.01.2004; OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994; LG Giessen, 8 O 57/01, 18.03.2003; LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986; a.A. OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008, Rz. 9.

³¹² RUSCH, Verdacht, 46 f.; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 339; Jauernig-BERGER, § 434 BGB N 14; implizit auch NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 16; FAUST, 193; KNOCHE, 1988; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 158.

³¹³ MAGNUS, 262 f.; KOLLER/JOST, 45 f.; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1424; WANK, 99.

³¹⁴ Vgl. MAGNUS, 262.

³¹⁵ Vgl. BK-BECKER, Art. 197 OR N 7, der bereits früh gefährdungsneutrale Verdachtsfälle als Sachmangel bezeichnete; identisch auch BK-GIGER, Art. 197 OR N 75.

³¹⁶ BGH, V ZR 250/15, 21.07.2017; vgl. ferner BGH, V ZR 35/15, 08.07.2016, Rz. 8 m.w.H.

4. Die Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr

4.1 Überblick über die Rechtsprechung

Die Hasenfälle (1969, 1972). Den Hasenfällen lag ein kaufmännischer Sachverhalt zugrunde. Dementsprechend folgerte der BGH in seinem Leitsatz, dass *beim Kauf zum Weiterverkauf* der Verdacht einen Mangel bilden könne.³¹⁷ 219

Die Glykolwein-Fälle (1986–1988). Im Zuge der Glykolwein-Affäre ergingen 220
nebst einer Entscheidung auf Stufe BGH auch zwei Entscheide unterer Instanzen. Das AG Wolfsburg verwies in seiner Entscheidung des Jahres 1986 auf die Verdachtsformel gemäss erstem Hasenfall, welche sich nur zu kaufmännischen Verträgen äussert. Das Amtsgericht wandte die Formel dennoch auf Konsumentenverhältnisse an, freilich ohne die Erweiterung zu begründen.³¹⁸ Auch das LG Lübeck bediente sich 1986 der Verdachtsformel ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs. Es erwog, die Genussmöglichkeit des Weins sei bereits durch den blossen Verdacht zerstört, der Wein könne verseucht sein.³¹⁹

Schliesslich hatte der BGH 1988 über einen Glykolwein-Fall zu urteilen. Anders 221
als das LG Lübeck und das AG Wolfsburg liess der BGH offen, ob sich die Verdachts-Rechtsprechung auch auf Fälle ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs übertragen lasse.³²⁰

Kiesgrube (1994). Das OLG München wandte den Mangelverdacht ausserhalb 222
vom kaufmännischen Verkehr an und sah damit vom Erfordernis des Kaufs zum Weiterverkauf ab. Ausschlaggebend für die Bejahung des Mangels war für das OLG nicht die Aufhebung der Handelbarkeit, sondern die nicht unwesentliche Erschwerung der Bebaubarkeit des Grundstücks.³²¹

4.2 Stand der Lehre

Die Lehre steht der sachlichen Einschränkung auf kaufmännische Sachverhalte 223
kritisch gegenüber. Sie bringt vor, dass es an einer tragfähigen Begründung für

³¹⁷ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz; vgl. auch BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972.

³¹⁸ AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

³¹⁹ LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986.

³²⁰ BGH, VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.b.

³²¹ OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994.

die Sonderbehandlung des kaufmännischen Verkehrs fehle.³²² Daher soll nicht nur der Wegfall der Handelbarkeit, sondern generell ein Wegfall der Gebrauchs- oder Verbrauchsmöglichkeit mangelbegründend sein.³²³

4.3 Würdigung

- 224 Tatsächlich wird aus den Erwägungen nicht unmittelbar ersichtlich, warum der BGH im ersten Hasenfall die Anwendung des Mangelverdachts auf den kaufmännischen Verkehr beschränkte. Sie ist wohl den Gegebenheiten in diesem Fall geschuldet, in dem konkret ein Kauf zwecks Weiterverkaufs zu beurteilen war. Vermutlich scheute sich der BGH, sich Obiter Dictum gleich auch zur Anwendung des Mangelverdachts in Konsumentenfällen zu äussern.
- 225 Der BGH erwoh im ersten Hasenfall, der Verdacht hebe die Weiterverkäuflichkeit und damit die Gebrauchstauglichkeit auf. Die Argumentation lässt sich ohne Weiteres auf Konsumentenfälle anwenden. Hätte die Käuferin als Detailhändlerin im ersten Hasenfall zum Zeitpunkt der medialen Berichterstattung das Fleisch beispielsweise bereits an die Verbraucher weiterverkauft, so wäre der Verzehr als vorausgesetzter Gebrauch aufgehoben. Der Wegfall der Gebrauchstauglichkeit hätte den Mangel zur Folge. Generell sind beliebige Fälle denkbar, in denen ein Verdacht auch die private Nutzung als Vertragszweck aufhebt.³²⁴ Entsprechend rasch wendeten tiefere Instanzen den Mangelverdacht auch ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs an.³²⁵ In Übereinstimmung mit der Lehre und der Rechtsprechung der unteren Instanzen muss der Mangelverdacht nicht nur auf kaufmännische, sondern auch auf bürgerliche Sachverhalte anwendbar sein. Eine Einschränkung der Verdachts-Rechtsprechung nur auf den kaufmännischen Verkehr lässt sich sachlich nicht begründen.

³²² GRUNEWALD, 138; RUSCH, Verdacht, 46; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 333, 339; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 158; MAGNUS, 263; im Resultat auch FAUST, 193.

³²³ RUSCH, Verdacht, 45 f.; Jauernig-BERGER, § 434 BGB N 14; WANK, 99; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 339; a.A. M. LANZ, Rz. 806.

³²⁴ Vgl. die von RUSCH, Verdacht, 46, ins Feld geführte EHEC-Gurke im Sommer 2011, die nicht verbraucht werden kann oder der unter dem Verdacht des Bremsversagens stehende Toyota Prius im Jahr 2010.

³²⁵ Illustrativ OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994, E. 1.a; LG Bonn, 10 O 27/03, 30.10.2003, E. II.1.a.

5. Zwischenergebnis

Die Verdachtsformel des BGH bietet keinen Mehrwert. Ob ein Verdacht einen Mangel bildet, beurteilt sich einzig anhand des gesetzlichen Mangelbegriffs. Es sind keine besonderen Voraussetzungen an den Verdacht zu stellen. Er muss insbesondere nicht konkret, naheliegend, gewichtig oder schwerwiegend sein (siehe Rz. 198 ff.). Die Folgeschwere des Verdachts sowie seine Eintretenswahrscheinlichkeit dienen aber zur hilfswweisen Beurteilung der Gebrauchseignung (siehe Rz. 206 ff.). 226

Der Verdacht der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit schränkt die Tauglichkeit zum Gebrauch ein und ist daher in aller Regel mangelbegründend. Eine Gesundheitsgefährdung ist aber nicht zwingend notwendig. Besondere Voraussetzungen sind an einen Verdacht nicht zu stellen. Da auch eine Minderung des Werts der Sache ausreicht, kann der Verdacht einer gefährdungsneutralen Beschaffenheit, der die Gebrauchstauglichkeit gerade nicht beschlägt, ebenfalls einen Mangel herbeiführen (siehe Rz. 217 f.). 227

Ein Verdacht kann nicht nur den vereinbarten Gebrauch des Weiterverkaufs, sondern auch den vereinbarten Gebrauch des Eigengebrauchs oder Eigenverbrauchs sowie den gewöhnlichen Gebrauch einschränken. Die sachliche Begrenzung auf Sachverhalte des kaufmännischen Verkehrs ist aufzugeben (siehe Rz. 219 ff.). 228

C. Anforderungen nach Massgabe von Art. 197 Abs. 1 OR

Der Sachmangelbegriff von Art. 197 Abs. 1 OR verlangt das «Fehlen einer Eigenschaft». Daher ist zunächst zu erörtern, wann ein Verdacht eine fehlende Eigenschaft bildet (siehe Rz. 231 ff.) und wie er zu beweisen ist (siehe Rz. 234 ff.). Sodann ist die Frage, in welchen Fällen ein Verdacht einen Mangel darstellt, für vereinbarte (siehe Rz. 242 f.) und vorausgesetzte Eigenschaften (siehe Rz. 245 ff.) gesondert zu beantworten. Abschliessend sind mit dem Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft (siehe Rz. 290 ff.) und der Kollision von Eigenschaften (siehe Rz. 296 ff.) zwei Spezialfälle zu betrachten. 229

1. Das Fehlen der Eigenschaft «verdachtsfrei»

1.1 Die positive und die negative Eigenschaftsumschreibung

- 230 Zunächst setzt Art. 197 Abs. 1 OR das Fehlen einer vereinbarten oder vorausgesetzten Eigenschaft voraus, wobei nicht von Belang ist, ob die Eigenschaft von körperlicher, rechtlicher, wirtschaftlicher oder sonst wie gearteter Natur ist.³²⁶ In Verdachtsfällen empfiehlt sich mit Blick auf den simplifizierten Mangelbegriff eine negative Umschreibung der Eigenschaft. Mangelbegründend ist demzufolge das Fehlen der vereinbarten oder vorausgesetzten Verdachtsfreiheit. Abseits des simplifizierten Mangelbegriffs ist die positive Eigenschaftsumschreibung seinem schwerfälligen negativen Pendant vorzuziehen. Mangelbegründende Eigenschaft der Kaufsache ist (auch) das Bestehen eines Verdachts.

1.2 Das Bestehen eines Verdachts

- 231 Damit der Kaufgegenstand mangelhaft ist, muss überhaupt ein Verdacht vorliegen. Die Untersuchung des Verdachts zeigte, dass dieser als gegenwärtige ungesicherte Tatsachenlage umschrieben werden kann.³²⁷ Es ist daher stets zu verlangen, dass die Beschaffenheit der Tatsache nicht (vollständig) bekannt ist. Sodann stellte sich heraus, dass der Verdacht als innere Würdigung von Tatsachen entsteht. Ob die konkreten Umstände des Einzelfalls ausreichen, um einen Verdacht zu begründen, beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten vom subjektiven Standpunkt des Käufers aus.³²⁸
- 232 Ob ein Verdacht vorliegt oder nicht, interessiert erstens unter dem Blickwinkel der vereinbarten Verdachtsfreiheit. Hier führt bereits das Bestehen eines Verdachts ohne Hinzutreten weiterer Merkmale zur sachmangelhaften Leistung. Auch ist das Bestehen eines Verdachts zentral bei vorausgesetzter Verdachtsfreiheit, sofern der Verdacht nur den Wert der Sache beschlägt. Hier dient das Vorliegen des Verdachts der Abgrenzung zu allgemeinen Marktwertveränderungen, für welche die Verkäuferin nicht einzustehen hat.³²⁹ Bei der Minderung der Gebrauchstauglichkeit tritt das Bestehen eines Verdachts hingegen in den Hintergrund, da diese nicht nur Erheblichkeits-, sondern auch Begriffsmerkmal eines Mangels ist.³³⁰ Taugt die

³²⁶ Siehe Rz. 97 ff., 136 ff.

³²⁷ Siehe Rz. 10 ff.

³²⁸ Siehe Rz. 15 ff.

³²⁹ Siehe zum kausalen Verhältnis zwischen Verdacht und Minderwert Rz. 256.

³³⁰ Siehe Rz. 102.

Ware also nicht zum Gebrauch, indiziert dies das Vorliegen eines nach objektiven Massstäben vorliegenden Verdachts.

1.3 Der körperliche Bezug des Verdachts

Der bestehende Verdacht muss sich auf eine Sacheigenschaft der Kaufsache beziehen.³³¹ Anderenfalls fehlt es an einem rechtsgenügenden Zusammenhang mit ihren physischen Eigenschaften.³³² Kein Sachmangel liegt daher vor, wenn Unterhaltungselektronik unter dem Verdacht steht, unter unmenschlichen Arbeitsbedingungen produziert worden zu sein.³³³ 233

1.4 Der Beweis des Verdachts

Ein Verdacht entsteht durch Würdigung von Tatsachen. Diese Beurteilung geschieht innerlich. Als innerer Vorgang ist sie einem Beweis nicht unmittelbar zugänglich.³³⁴ Objektiv beweisbar sind hingegen diejenigen Tatsachen, auf denen der Verdacht fusst. Dementsprechend ist die Frage des Bestehens eines Verdachts tatsächlicher und nicht etwa rechtlicher Natur.³³⁵ Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, wie die verdachtsbegründenden Tatsachen bewiesen werden können. Dafür ist zwischen dem derivativen und dem originären Verdacht zu unterscheiden. 234

1.4.1 Der Beweis derivativer Verdachtsmomente

Der derivative Verdacht leitet sich von einer anderen, nachweislich mangelhaften oder zumindest unter Verdacht stehenden Ware ab, die in einem engen Zusammenhang mit der Kaufsache steht.³³⁶ Im Allgemeinen hat der Käufer hier ein Zweifaches zu beweisen. Zunächst hat er den Sachmangel der ähnlichen Ware oder zumindest den auf ihr lastenden Verdacht zu belegen. Sodann muss er den engen Zusammenhang zwischen dem gegenständlichen Kaufobjekt und derjenigen Ware darlegen, von der sich der Verdacht herleitet. 235

³³¹ RUSCH, Verdacht, 46; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 158; SCHMOLKE, 363; KOLLER/JOST, 39; Grüneberg-WEIDENKAFF, § 434 BGB N 45.

³³² Vgl. BGH, V ZR 25/12, 30.11.2012, Rz. 10; vgl. ferner ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 197 OR N 65a; BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; FURRER, 43.

³³³ A.A. SCHWENZER/TEBEL, 156.

³³⁴ Siehe Rz. 15 ff.

³³⁵ Vgl. BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 46.

³³⁶ Siehe Rz. 46 ff.

- 236 In den ergangenen Entscheidungen konnte der Käufer die Fehlerhaftigkeit der ähnlichen Ware mit öffentlich-rechtlichen Untersuchungen, Warnungen oder Verfügungsbeschränkungen belegen.³³⁷ Weiter konnte sich der Käufer auf Medienberichte³³⁸ oder Ergebnisse einer verkäuferseitigen betriebsinternen Prüfung stützen.³³⁹ Der Beweis konnte damit überwiegend mit Urkunden erbracht werden. Im Anhang der vorliegenden Arbeit befinden sich diverse Zeitungsberichte über das unter Salmonellenverdacht stehende Hasenfleisch, um das Ausmass der damaligen medialen Resonanz greifbarer zu machen.³⁴⁰
- 237 Daneben kann sich der Mangelverdacht aus der Prüfung der Ware nach Art. 201 Abs. 1 OR ergeben.³⁴¹ Das Ergebnis der Prüfung kann mit der Befragung des Käufers oder dessen Beweisaussage belegt werden. Hat der Käufer die Ware nicht selbst geprüft, sondern z.B. einer seiner Mitarbeiter, kann dieser ein Zeugnis darüber ablegen. Auch in Frage kommt, die verdachtsbehaftete Ware in Augenschein zu nehmen.
- 238 Die Eintretenswahrscheinlichkeit des Verdachts lässt sich überschlagsmässig ermitteln, indem man die Anzahl effektiv mangelhafter Exemplare mit der Anzahl insgesamt verkaufter Exemplare in Verhältnis setzt. In den meisten Fällen wird der Käufer allerdings nicht über die notwendigen Informationen verfügen. Auch hält sich der Beweiswert dieser rudimentären Rechnung in Grenzen. Vorteilhafter kann daher sein, (allenfalls gar vorsorglich) die Einholung eines entsprechenden Gutachtens mitsamt Edition der effektiven Verkaufszahlen und Dokumente über effektiv wahrgenommene Mängel zu beantragen.³⁴²

³³⁷ So z.B. in den Hasen- und in den Glykolwein-Entscheiden sowie im Schweine-, im Futtermittel- und im Umverpackungs-Entscheid, vgl. dazu BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 247/87, 23.11.1988; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014; OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008; LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986; AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986; vgl. auch SCHLECHTRIEM, 847, der in öffentlich-rechtlichen Reaktionen nicht eine Mangelvoraussetzung, sondern ein Beweismittel sieht.

³³⁸ So z.B. in den Hasen-Entscheiden, beim Toyota Prius und der EHEC-Gurke, vgl. dazu BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972.

³³⁹ So z.B. im Schweine- und im Futtermittel-Entscheid, vgl. dazu BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014.

³⁴⁰ Siehe S. 230 ff.

³⁴¹ So z.B. BGER, 4C.152/2003, 29.08.2003, E. 2.3.

³⁴² Vgl. Art. 158, Art. 160 Abs. 1 Bst. b und Art. 183 Abs. 1 ZPO. Damit der sachverständigen Person die Unterlagen sogleich zur Verfügung stehen, ist eine Ermächtigung durch das Gericht zur Urkundenedition zu beantragen, vgl. Art. 186 Abs. 1 ZPO.

1.4.2 Der Beweis originärer Verdachtsmomente

In beweisrechtlicher Hinsicht vielfältiger gestaltet sich die Lage beim originären Verdacht. Er entsteht aufgrund eigener Befunde.³⁴³ Den potentiellen Beweisthemen sind keine Grenzen gesetzt. Ein Verdacht kann sich aus beliebigen, unter Umständen auch mehreren und untereinander in Verbindung stehenden Tatsachen ergeben. 239

In den Fällen des merkantilen Minderwerts hat der Käufer namentlich die Tatsache der Reparatur der Kaufsache³⁴⁴ oder ihren früheren Schädlingsbefall³⁴⁵ sowie den damit einhergehenden Minderwert zu beweisen. Den Verdacht einer gescheiterten Reparatur kann der Käufer mit dem Wiederauftreten eines Mangelsymptoms belegen³⁴⁶ oder damit, dass das Symptom gar nie verschwunden ist.³⁴⁷ 240

Ferner kann der Verdacht auf einer schadenanfälligen oder risikobehafteten Vornutzung der Kaufsache basieren. Für deren Nachweis wird der Käufer bei Fahrnis im Allgemeinen auf die Mitwirkung der Verkäuferin angewiesen sein. Die frühere Nutzung als Taxi kann sich aus dem Fahrzeugbrief ergeben.³⁴⁸ Beim Grundstückskauf kann die frühere Nutzung anhand von Spuren auf dem Grundstück selbst, einer Aufnahme in ein Kataster, planungs- und baurechtlichen Urkunden, Grundbuchbelegen (insb. früheren Kaufverträgen) und historischen Überlieferungen belegt werden. 241

³⁴³ Siehe Rz. 45.

³⁴⁴ Unmittelbaren Urkundenbeweis liefert das Serviceheft, in dem sämtliche am Fahrzeug durchgeführten Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten eingetragen werden. Daneben kann der Beweis u.a. auch mit der Rechnung des Garagisten, dessen Befragung als Zeuge oder gar mit der Darlegung von Reparaturspuren am Fahrzeug selbst erbracht werden (z.B. einer vorhandenen Schweissnaht, wo keine sein sollte).

³⁴⁵ Hinterlassen Käfer oder Würmer Spuren (z.B. Löcher im Holz), kann der Käufer diese fotografisch festhalten und so als Urkunde in den Prozess einbringen. Ansonsten kann er den fachmännisch beseitigten Schädlingsbefall mit Rechnungsbelegen des Fachmanns sowie dessen Zeugenbefragung belegen.

³⁴⁶ Z.B. eine erneute Fassadenwölbung trotz umfangreicher Sanierung der Konstruktion, vgl. dazu BGH, V ZR 140/91, 05.03.1993; vgl. ferner auch LG Bonn, 10 O 27/03, 30.10.2003.

³⁴⁷ Vgl. OLG Naumburg, 1 U 30/08, 06.11.2008.

³⁴⁸ Vgl. BGH, VIII ZR 33/74, 12.05.1976.

2. Die Verdachtsfreiheit als vereinbarte Eigenschaft

- 242 Nachdem vorstehend festgehalten werden konnte, wann ein Verdacht vorliegt und wie er bewiesen werden kann, ist nun zu erörtern, in welchen Fällen er einen Sachmangel begründet. Die simpelste Konstellation ist diejenige, in der die Parteien die Eigenschaft «Frei von Verdacht» vereinbart haben. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung sind wirtschaftliche Eigenschaften der Kaufsache zusicherungsfähig.³⁴⁹ Eine Ware ist in diesen Fällen mangelhaft, wenn ein Verdacht auf ihr lastet. Eine Aufhebung oder erhebliche Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit ist nicht vonnöten.³⁵⁰
- 243 Wie der Verdacht konkret beschaffen sein muss, d.h., ob er beispielsweise auf eine Gesundheitsgefährdung gerichtet sein muss oder jeder beliebige Verdacht ausreicht, damit er das Fehlen der zugesicherten Verdachtsfreiheit zur Folge hat, ist primär nach dem wirklichen Willen der Parteien, subsidiär nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu bestimmen.³⁵¹ Am Ende läuft dies auf eine Auslegung des Passus «Frei von Verdacht» hinaus.³⁵²
- 244 Der Käufer erwirbt im Jahr 1970 argentinisches Hasenfleisch. Aufgeschreckt vom kürzlichen Hasen-Skandal vereinbart er mit der Verkäuferin, dass dem Fleisch kein Verdacht anhaften dürfe. Prompt liefert diese unter Bakterienverdacht stehende Ware. Im Allgemeinen ist das Fleisch infolgedessen mangelhaft. Erwirbt der Käufer das Fleisch aber ausschliesslich zur Fütterung von Zoo-Tieren, denen die Bakterien nichts ausmachen, und ist dies der Verkäuferin bekannt, ist nicht auszuschliessen, dass die Lieferung von unter Bakterienverdacht stehender Ware trotz vereinbarter Eigenschaft «Frei von Verdacht» vertragsgemäss sein kann.

3. Die Verdachtsfreiheit als vorausgesetzte Eigenschaft

3.1 Der nach Treu und Glauben fehlende Verdacht

- 245 Mit Abstand am häufigsten dürfte die Konstellation vorkommen, in der die Parteien die Verdachtsfreiheit nicht ausdrücklich vereinbart haben. Fraglich ist in diesen

³⁴⁹ Siehe Rz. 138.

³⁵⁰ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 197 OR N 41.

³⁵¹ Vgl. BGE 114 II 239 E. 5.a.aa; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 62; BSK-WIEGAND, Art. 18 OR N 1.

³⁵² Ähnlich OLG München, 21 U 4350/97, 03.04.1998, E. I, wonach die Zusicherung «Frei von Altlasten» auch einen Nachweis umfasse, wonach ein «Altlastenverdacht» nicht mehr bestehe.

Fällen, ob der Käufer das Fehlen eines Verdachts nach Treu und Glauben erwarten darf. Dies ist zu bejahen, wenn der Verdacht den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert.³⁵³ Denn die Verkäuferin schuldet in jedem Fall eine Kaufsache, die zum Gebrauch taugt.³⁵⁴ Damit setzen die Parteien eines Kaufvertrags nach Treu und Glauben voraus, die Beschaffenheit der Kaufsache sei frei von jedem Verdacht, der ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert.³⁵⁵ Im Nachfolgenden sind die beiden Erscheinungsarten näher zu beleuchten.

3.2 Die erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit

3.2.1 Im Allgemeinen

Die Untersuchung der von BGH verwendeten Verdachtsformel förderte bereits zu- 246
tage, dass sich die Gebrauchstauglichkeit einer unter Verdacht stehenden Ware anhand der Folgeschwere des Verdachts sowie anhand von dessen Eintretenswahrscheinlichkeit beurteilen lässt. Je gravierender sich der Verdacht im Fall seiner Bestätigung auswirkt, desto unwahrscheinlicher kann seine Verwirklichung sein, um die Gebrauchstauglichkeit der Ware ausreichend stark zu mindern.³⁵⁶ Subsidiär kommen die bekannten kaufrechtlichen Grundsätze zum vorausgesetzten Gebrauch zur Anwendung, auf deren Wiedergabe hier verzichtet wird.³⁵⁷ Konkrete Beispiele des gebrauchsmindernden Verdachts finden sich in den Fallgruppen.³⁵⁸

3.2.2 Die Unzumutbarkeit des Gebrauchs im Speziellen

Eine besondere Rolle bei der Beurteilung der Gebrauchstauglichkeit spielen Zu- 247
mutbarkeitserwägungen. In der Verdachtslehre bilden sie den materiell-rechtlichen Ausweg aus der beweisrechtlichen Misere des Käufers. Zwar ist nicht zwei-

³⁵³ In Bezug zur Wertminderung auch SCHMOLKE, 374; SCHWENZER/TEBEL, 157.

³⁵⁴ Siehe Rz. 102.

³⁵⁵ Unter dem Gesichtspunkt der erheblichen Wertminderung hätte das Urteil in BGH, VIII ZR 266/06, 07.02.2007, zumindest nach hiesigem Recht anders ausfallen müssen, denn aufgrund des Verdachts der Entwicklung eines klinischen Befundes resultierte ein erheblicher Preisnachlass von 20 bis 25 %.

³⁵⁶ Siehe hierzu ausführlich Rz. 266 ff.

³⁵⁷ Vgl. hierzu weiterführend BK-GIGER, Art. 197 OR N 70; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 72 f., 80; HUGUENIN, Rz. 2608 ff.; KELLER/SIEHR, 76 f.; FURRER, 41 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 690 ff.; BGer, 4C.200/2006, 20.09.2006, E. 2.1; für den Werkvertrag GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1406 ff.

³⁵⁸ Siehe Rz. 265 ff.

felsfrei nachgewiesen, dass das erworbene Fleisch z.B. verseucht und damit zum Verzehr ungeeignet ist. Jedoch ist der Konsum von womöglich krankmachenden Lebensmitteln dem Käufer nicht zuzumuten. Mit der Unzumutbarkeit des Gebrauchs wird die argumentative Relevanz der Möglichkeit, dass die unter Verdacht stehende Ware womöglich effektiv einwandfrei ist, entkräftet. Auch die Zumutbarkeit des Gebrauchs kann mithilfe der Folgeschwere des Verdachts sowie seiner Eintretenswahrscheinlichkeit beurteilt werden. Je schwerer ein Verdacht wiegt und je wahrscheinlicher es ist, dass er zutrifft, umso weniger ist der Gebrauch dem Käufer zuzumuten.

- 248 Zu erörtern ist, in welchen Fällen die Unzumutbarkeit des Gebrauchs für die Bejahung eines Sachmangels ausreicht. Nach einhelliger Meinung ist dies jedenfalls bei Gefährdung von Leben und Gesundheit der Fall.³⁵⁹ Dementsprechend bekundeten die Gerichte wenig Mühe, den Verdacht dort als Mangel zu bejahen, wo er auf eine Gesundheitsgefährdung gerichtet war.³⁶⁰
- 249 Heikel sind Fälle abseits von Gesundheitsrisiken. So lässt sich zum Beispiel das frühere Fahrschulauto problemlos fahren. Sein Käufer wird bei der Fahrt keine Unregelmässigkeiten feststellen. Ist dieses Fahrzeug (abgesehen von einer möglichen Wertminderung) trotzdem mangelhaft? Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen. Ihm haftet der Verdacht des frühzeitigen Verschleisses an. Es besteht die Vermutung, wesentliche Bauteile des Fahrzeugs seien stärker beansprucht worden, so dass das ehemalige Fahrschulauto eine kürzere Lebensdauer aufweisen könnte als gleichartige Modelle mit gewöhnlicher Vornutzung. Die mangelbegründende Unzumutbarkeit ist hier also nicht im Gebrauch des Fahrzeugs an sich, sondern in seinem *fortwährenden Gebrauch* zu erblicken.³⁶¹ Die Unzumutbarkeit des Zuwartens akzentuiert sich, wenn sich der Käufer mit einer absehbar endenden Gewährleistungsfrist konfrontiert sieht.

³⁵⁹ BGer, 4C.321/2006, 01.05.2007, E. 4.3.2; RUSCH, Verdacht, 46; vgl. auch RUSCH, Schleichwege, 291; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1423 f. Zumutbarkeitsüberlegungen sind auch beim Verdacht des Fehlers nach PrHG zentral, vgl. dazu EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015; WIDMER LÜCHINGER, Fehlverdacht, 394; BSK-FELLMANN, Art. 4 PrHG N 29a f.; TIMKE, 3062 m.w.H.

³⁶⁰ Nur beispielhaft BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; VIII ZR 195/13, 22.10.2014.

³⁶¹ Vgl. RUSCH, Obsoleszenz, 179. Siehe zur Fallgruppe des frühzeitigen Verschleisses ausführlich Rz. 273 ff.

3.3 Die erhebliche Minderung des Werts

Nebst dem gebrauchseinschränkenden Verdacht ist auch ein Verdacht mit wertmindernden Folgen mangelbegründend. Wichtigster Anwendungsfall ist der merkantile Minderwert. Insbesondere im Zusammenhang mit Fahrzeugen und Immobilien haben die deutschen Gerichte eine schier unendliche Flut von Entscheidungen produziert.³⁶² Ziel kann es hier daher nur sein, eine Übersicht über die Rechtslage zu verschaffen und die elementaren Fragen zu erörtern.

3.3.1 Wertbestimmende Faktoren

Die Bestimmung des Minderwerts ist nicht schwierig, wo sich der Verdacht in der Preisbewegung der Ware niederschlägt. In diesen Fällen entspricht er dem kausal auf den Verdacht zurückzuführenden Preisnachlass. Ob der Markt rational oder übertrieben auf einen Verdacht reagiert, ist nicht von Belang.³⁶³ Im letzteren Fall entsteht ein sog. irrationaler Verdachtsminderwert.³⁶⁴ Bewertungsschwierigkeiten ergeben sich bei einer trägen Marktdynamik sowie in Fällen, wo (bislang) nur der Käufer einen Verdacht hegt. Hier kann ein Sachverständigengutachten (Art. 183 ff. ZPO) Abhilfe schaffen.³⁶⁵

Bei Reparaturen ist es möglich, dass der Markt einer Sache einen tieferen Wert beizmisst, obwohl er eigentlich steigen müsste, da durch die Reparatur ältere Bauteile durch neue ausgetauscht worden sind.³⁶⁶ In diesen Fällen hat sich der merkantile Minderwert vom verdachtsbegründenden Umstand des Unfalls verselbständigt. Lange sprachen deutsche Gerichte deswegen nur bei jüngeren Fahrzeugen bzw. nur bei einer Laufleistung von unter 100'000 km einen Ersatz des merkantilen Minderwerts zu.³⁶⁷ Mittlerweile gilt diese Rechtsprechung als überholt.³⁶⁸ Verbesserungen an der Kaufsache infolge Reparaturen sind bei der Wertbestimmung daher ausser Acht zu lassen.

³⁶² Siehe weiterführend zu *Fahrzeugen* BALKE/JUST/REISERT/SCHULZ-MERKEL, Kapitel 112 Rz. 7 ff.; weiterführend zu *Immobilien* ULRICH, 143 ff.

³⁶³ BGE 145 III 225 E. 3.1; SCHMOLKE, 372; SCHWENZER/TEBEL, 157; im Resultat auch BGE 116 II 480.

³⁶⁴ Vgl. zum Terminus THEES, 161.

³⁶⁵ Siehe zum Beweis des Minderwerts ausführlich Rz. 257 ff.

³⁶⁶ ZÖLLER, 135; THEES, 161.

³⁶⁷ Vgl. BGH, VI ZR 16/79, 18.09.1979, E. I.2 m.w.H.

³⁶⁸ OLG Düsseldorf, 1 U 149/11, 26.06.2012, E. II.4 m.w.H.; vgl. auch MK-OETKER, § 249 BGB N 56 m.w.H.

3.3.2 Der Zeitpunkt der Bestimmung des Minderwerts

- 253 In der Praxis sorgt der massgebende Zeitpunkt für die Berechnung des Minderwerts für Verunsicherung.³⁶⁹ Ausgangspunkt in kaufvertraglichen Verhältnissen ist der Gefahrübergang.³⁷⁰ Vereinzelt wird vertreten, der Käufer dürfe zwischen Gefahrübergang und Urteilszeitpunkt wählen.³⁷¹ Diese Lösung widerspricht dem synallagmatischen Ausgleichsgedanken und ist abzulehnen. Massgebend ist damit der Gefahrübergang.³⁷²
- 254 Besondere Aspekte gilt es beim merkantilen Minderwert zu beachten. Verbreitet ist die Ansicht, ein merkantiler Minderwert könne definitionsgemäss erst nach der Reparatur entstehen.³⁷³ Diese Ansicht reduziert den merkantilen Minderwert auf den Verdacht der unfachmännischen Reparatur. Wie die Verdachts-Trias zeigt, ist diese Reduktion sachlich nicht gerechtfertigt.³⁷⁴ Auch das Bundesgericht unterscheidet im Restaurantbrand-Entscheid zwischen dem merkantilen Minderwert, der schon mit der Beschädigung der Sache, und jenem, der erst mit der Reparatur eintritt. Ersterer beruhe auf dem Verdacht, die Folgen des Unfalls seien noch nicht in ihrer Gänze erkennbar, während Letzterer sich aus dem Misstrauen ergebe, das der Markt der Reparatur entgegenbringe.³⁷⁵ Wichtig scheint es mir dabei, die Reparatur nicht unbesehen als causa für den Minderwert zu betrachten. Richtigerweise ist zu differenzieren. So kann ein Verdacht im deliktischen Verhältnis beispielsweise mit dem Unfallereignis entstehen und *trotz* Reparatur bestehen bleiben.³⁷⁶ Demgegenüber kann der Verdacht der unfachmännischen Reparatur wesensgemäss erst nach Vornahme derselben entstehen. Konsequenz wäre es daher, den Minderwert auf die einzelnen Verdachtsmomente aufzuschlüsseln und für jeden

³⁶⁹ ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz. 28.26.

³⁷⁰ Anstelle vieler BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 11; BGer, 4A_383/2016, 22.09.2016, E. 3.3.

³⁷¹ VISCHER, Minderwert, 850.

³⁷² So auch FAUST, 197; SCHWENZER/TEBEL, 158; GRUNEWALD, 138; SCHMOLKE, 379; ERMAN-GRUNEWALD, § 434 BGB N 7; Bamb.-Roth-Komm.-FAUST, § 434 BGB N 73; vgl. auch KOLLER/JOST, 48; MAGNUS, 263.

³⁷³ OGer ZG, Z1 2017 17, E. 3.2, 4.4.3; C. HUBER, 63.

³⁷⁴ Siehe Rz. 77 ff.

³⁷⁵ Vgl. BGer, 4A_117/2017, 06.09.2017, E. 4.3.3.1, 4.3.3.2; so schon ROBERTO, Ersatzfähigkeit, 1243.

³⁷⁶ So entsteht mit dem Verkehrsunfall von gewisser Heftigkeit der Verdacht, das Chassis des Fahrzeugs könne sich verformt haben und sich hieraus ergebende Folgeschäden zeigten sich erst später. Selbst die technisch einwandfreie Reparatur des Fahrzeugs kann diesen Verdacht nicht beseitigen.

einzelnen den Zeitpunkt seiner Entstehung zu bestimmen. Dieses Vorgehen ist allerdings nicht umsetzbar. Im Sinne einer praxistauglichen Lösung ist daher einheitlich auf den schwerwiegendsten Verdacht abzustellen. Bei Reparatursachverhalten dürfte im Allgemeinen der Verdacht der trotz Reparatur verborgen gebliebenen Mängel im Vordergrund stehen, der mit der schädigenden Handlung entsteht.³⁷⁷

3.3.3 Kein Markterfordernis

Nach herrschender Meinung soll ein Ersatz der merkantilen Wertminderung nur möglich sein, wenn ein Markt für das betreffende Gut besteht.³⁷⁸ Dies widerspricht Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts, welches die vertragskonforme Leistung sämtlicher Kaufobjekte sicherstellen und nicht bloss den Käufer einzelner Güter schützen soll.³⁷⁹ Auch da der Mangel am Verdacht und nicht an der aus ihm hervorgehenden Wertminderung anknüpft, ist dem nicht zuzustimmen.³⁸⁰ Die gegenteilige Ansicht klammert aus, dass auch marktunfähige Güter über einen wirtschaftlichen Wert verfügen, der sich vermindern kann. Ausreichend ist deshalb bei marktunfähigen Gütern, dass ein Dritter für die verdachtsbelastete Ware nach Treu und Glauben weniger zu zahlen bereit wäre, als wenn die Ware keinem Verdacht unterläge. Besteht ein Markt für vergleichbare Gegenstände, kann dieser als Orientierungshilfe dienen.³⁸¹

3.3.4 Die Kausalität zwischen Verdacht und Minderwert

Eine unter Verdacht stehende Kaufsache kann sich auf den Wert von gleichartiger, aber verdachtsfreier Ware auswirken. Zu denken ist insbesondere an ein geändertes Konsumverhalten. So hatten beispielsweise die Hasenfälle zur Folge, dass auch Hasenfleisch unverkäuflich wurde, das nicht aus Argentinien stammte. Ist dieses nicht argentinische Fleisch mit einem Sachmangel behaftet? Diese Fra-

³⁷⁷ Vgl. auch ROBERTO, Ersatzfähigkeit, 1243, wonach der Minderwert stets mit der Rechtsgutverletzung eintreten soll.

³⁷⁸ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1634a; OGer ZG, Z1 2017 17, 29.05.2018, E. 3.2; BGH, VI ZR 16/79, 18.09.1979, E. I.1; OLG Jena, 3 U 221/03, 28.04.2004; MK-OETKER, § 249 BGB N 53.

³⁷⁹ So soll z.B. ein in einen Unfall verwickelter und anschliessend in einer Ferrari-Fachwerkstatt reparierter Ferrari F 50 (mit einer weltweiten Auflage von 349 Stück) per se keiner merkantilen Wertminderung unterliegen können, weil es sich um ein Luxusgut handle, vgl. dazu OLG Jena, 3 U 221/03, 28.04.2004.

³⁸⁰ VUIA, merkantiler Minderwert, 3058; vgl. auch C. HUBER, 65 f.; VOGEL, 153. Siehe zur Kausalität zwischen Verdacht und Minderwert sogleich Rz. 256.

³⁸¹ VUIA, merkantiler Minderwert, 3058.

ge ist zu verneinen. Obwohl nicht argentinisches Hasenfleisch an Wert verloren hat, fehlt ihm weder eine vereinbarte noch eine vorausgesetzte Eigenschaft, da sich der Verdacht des Salmonellenbefalls nicht darauf erstreckt. Argentinisches Hasenfleisch steht nämlich nur in Verruf, weil dortige Produzenten hygienische Standards verletzt haben sollen.³⁸² Nicht argentinische Produzenten trifft dieser Verdacht nicht. Das nicht argentinische Hasenfleisch unterliegt also nur einer Wertminderung und nicht auch einem Verdacht. Sein geringerer Wert stellt für sich allein aber keine fehlende Eigenschaft dar.³⁸³ Gleich wie jeder Eigentümer negative Wertentwicklungen seiner Sachen hinzunehmen hat, muss sich auch der Käufer von nicht argentinischem Hasenfleisch mit der wertverminderten Ware zufriedengeben. Er kann das Risiko der negativen Marktentwicklung nicht auf die Verkäuferin abwälzen.

3.3.5 Der Beweis des Minderwerts

- 257 Zumindest beim reparierten Unfallwagen muss die Existenz eines Minderwerts nicht bewiesen werden, sondern gilt als notorisch.³⁸⁴ Beweisbedürftig bleibt hingegen dessen konkreter Umfang. Wo sich der Verdacht nicht in den Preisbewegungen niederschlägt, ist der Minderwert durch Schätzung zu ermitteln (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 2 OR).³⁸⁵ Die formell-rechtlichen Hürden hierfür sind relativ hoch. Der Käufer hat alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Minderwerts darstellen und die Schätzung des Umfangs des Minderwerts erlauben. Kommt er seiner Substantiierungsobligenheit nicht nach, scheidet eine gerichtliche Schätzung aus.³⁸⁶

³⁸² Vgl. BGH, III ZR 106/66, 25.01.1968, E. III.2.

³⁸³ Vgl. BGE 91 II 353; BGer, 4A_401/2011, 18.01.2012, E.3.3; BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; HUGUENIN, Rz. 2610.

³⁸⁴ Vgl. BGE 145 III 225 E. 4.2.2: «Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Unfallwagen in der Regel einen tieferen Wiederverkaufswert besitzt als ein unfallfreies Auto.»; 84 II 158 E. 2: «Es ist allgemein bekannt, dass ein solcher Unfall den Wert eines Autos mindert. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die offensichtlichen Schäden perfekt repariert wurden.»; 56 II 116 E. 6: «Durch die Reparatur eines in dieser Weise zerstörten Automobils wird der Schaden erfahrungsgemäss nicht gedeckt, da der Marktwert eines einmal beschädigten und ausgebesserten Wagens erheblich unter demjenigen eines neuen steht.»

³⁸⁵ BGer, 4A_601/2009, 08.02.2010, E. 3.2.6; 4C.461/2004, 15.03.2005, E. 2; FREY, Rz. 239; PASQUIER, Rz. 291–295; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1456; FELLMANN/BURGER, 267; vgl. ferner auch SIDLER, 540; in diese Richtung auch BGE 145 III 225 E. 4.1.4.

³⁸⁶ BGE 144 III 155 E. 2.3 m.W.H. auf die Rechtsprechung; weiterführend FREY, Rz. 208–212, 300, 314–318.

Um diese Schadenbemessungsfaktoren³⁸⁷ dem Gericht substantiiert darlegen zu können, bedarf es wohl nicht selten eines Gutachtens. Beispielsweise bei Grundstücken bestimmt ein ganzes Bündel von Eigenschaften ihren Verkehrswert.³⁸⁸ Sind diese Tatsachen dem Gericht dargelegt, bedarf es sodann eines besonderen Fachwissens für deren Würdigung, d.h. für die Vornahme der eigentlichen Schätzung, über welches das Gericht in der Regel nicht verfügen dürfte. Der prozessierende Käufer wird also trotz richterlicher Schätzung kaum ohne die Einholung eines Gutachtens auskommen. Die deutsche Rechtspraxis behilft sich mit verschiedenen Methoden, die eine Objektivierung der Schätzungen bezwecken und die Rechtsfindung erleichtern.³⁸⁹ Wo der geltend gemachte merkantile Minderwert weniger als 1 % des Kaufpreises ausmacht, kann das Gericht auf die Einholung eines allenfalls beantragten Gutachtens verzichten und nach freier Würdigung darüber befinden.³⁹⁰ Im Einzelfall kann jedoch selbst der gutachterlich festgestellte Minderwert nicht als Beweis ausreichen, wie der Wassereinbruch-Entscheid zeigt.³⁹¹

Wassereinbruch-Entscheid: Im Sommer 2007 kam es infolge heftiger Regenfälle zu einem Wassereinbruch in drei Häusern dreier Kläger. Nachträglich realisierten die Kläger ersatzvornahmeweise ein Hochwasserschutzkonzept. Im Frühjahr 2009 initiierten die Kläger den Gewährprozess und machten u.a. einen merkantilen Minderwert geltend. Im Sommer 2012 verkaufte einer der Kläger seine Liegenschaft und erzielte einen Kaufpreis von CHF 3,2 Mio. Ein Gutachter schätzte im Oktober 2016 den Marktwert der verkauften Liegenschaft zum Zeitpunkt ihres Verkaufs auf CHF 3 Mio., wobei gemäss Gutachter eine merkantile Wertminderung in Höhe von rund 8,5 % des damaligen Verkehrswerts bzw. CHF 270'000 auf ihr gelastet habe (E. 2.2.1). Das Obergericht Zug verneinte einen Ersatzanspruch. Der Umstand, dass der Verkaufspreis über dem Schätzwert liege, lasse darauf schliessen, dass kein merkantiler Minderwert

³⁸⁷ Vgl. zum Terminus FREY, 291.

³⁸⁸ Grob lassen sich die Eigenschaften in Liegenschaftsmerkmale (Objektart, Fläche, Alter, Ausbau), Lagemerkmale (Besonnung, Lärm, Sicht und unmittelbares Umfeld als Mikrolage; das mittelbare Umfeld, die Infrastruktur und die Steuerlast als Makrolage) und weitere Merkmale unterscheiden, vgl. dazu FANKHAUSER/KÄMPF, 606.

³⁸⁹ Vgl. weiterführend BALKE, Wertminderung II, 410 ff.

³⁹⁰ OLG München, 9 U 960/13, 17.12.2013, E. 3; vgl. auch BGH, VII ZR 84/10, 06.12.2012, wonach ein Gutachten einzuholen ist, wenn der Minderwert zwischen 5 und 30 % des Kaufpreises beträgt.

³⁹¹ Vgl. BGE 145 III 225, wobei die gesamte E. 2 amtlich nicht veröffentlicht ist. Sie ist aber unter der ordentlichen Dossiernummer zu finden, vgl. dazu BGer, 4A_394/2018, 20.05.2019, E. 2.

mehr bestanden habe.³⁹² Das Bundesgericht schloss sich den vorinstanzlichen Erwägungen an (E. 5.2).

260 Die Argumentation des Bundesgerichts (und der Vorinstanz) überzeugt nicht. Das Bundesgericht hält im Wassereinbruch-Entscheid selbst fest, für die Bewertung einer Immobilie seien eine Vielzahl von Faktoren von Bedeutung.³⁹³ Da es sich beim gutachterlich ermittelten Wert nur um eine Schätzung handelt, wird der effektive Verkaufspreis naturgemäss praktisch immer über oder unter dem Schätzwert zu liegen kommen. Nur weil die Käufer in diesem Fall bereit waren, mehr als den Schätzwert für die Liegenschaft zu bezahlen, heisst das nicht, dass die Liegenschaft keiner merkantilen Wertminderung unterlag. Eher ist anzunehmen, dass die Käufer für die unbelastet gedachte Liegenschaft einen noch höheren Kaufpreis entrichtet hätten.³⁹⁴ Die Gerichte haben sich beim gutachterlichen Schätzwert also eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und von diesem nicht abzuweichen, auch wenn der konkret erzielte Preis höher oder tiefer ausfällt. Im Wassereinbruch-Entscheid wäre der gutachterlich festgestellte Minderwert in Höhe von CHF 270'000 daher unabhängig vom erzielten Verkaufspreis zu ersetzen gewesen.³⁹⁵ Nachvollziehbar hätte der Ersatz des merkantilen Minderwerts beispielsweise nur verweigert werden können, wenn vonseiten der Beklagten behauptet und allenfalls bewiesen worden wäre, dass bei späteren gleichartigen Regenfällen kein Wasser in die Häuser eingetreten sei. Damit hätte die Beklagte den minderwertbegründenden Verdacht der unfachmännischen Nachbesserung ausräumen können.

3.3.6 Die Erheblichkeit des Minderwerts

261 Der gemäss den vorstehenden Ausführungen bestimmte Minderwert muss nach Art. 197 Abs. 1 OR «erheblich» sein, um einen Sachmangel zu begründen. Lehre und Rechtsprechung bekunden Mühe bei der Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs.³⁹⁶ Das Bundesgericht scheint die erhebliche Wertminderung

³⁹² OGer ZG, Z1 2017 17, 29.05.2018, E. 4.4.

³⁹³ BGE 145 III 225 E. 4.2.3.

³⁹⁴ ROBERTO/PAVATAJ, 991.

³⁹⁵ Zu einer anderen Rechtslage führt im Wassereinbruch-Entscheid auch nicht, dass ein von den Beklagten eingereichtes Privatgutachten erhebliche Zweifel daran erweckt hat, dass überhaupt ein merkantiler Minderwert eingetreten sei (vgl. E. 2.2.2). In einem solchen Fall wäre wohl richtigerweise ein Obergutachten einzuholen gewesen (a.A. die Vorinstanz in OGer ZG, Z1 2017 17, 29.05.2018, E. 4.6).

³⁹⁶ Zwar bejahte das Bundesgericht in BGE 84 II 158 E. 2 einen erheblichen Minderwert. Tatsächliche Feststellungen zur Höhe des Minderwerts oder rechtliche Ausführungen

zuweilen nicht isoliert, sondern unter Berücksichtigung einer allfällig eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit zu betrachten.³⁹⁷ Selbstredend wirkt sich eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit auch auf den Wert der Ware aus. Dennoch kann eine Wertminderung auch ohne Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit zu einem Mangel führen.³⁹⁸ Im Allgemeinen sind für die Beurteilung der Erheblichkeit die gesamten Umstände des Einzelfalls sowie die Verkehrsanschauung zu berücksichtigen. Dem Gericht steht ein weites Ermessen zu.³⁹⁹

Dabei gibt es verdachtsspezifische Besonderheiten zu beachten. Namentlich kann die Beurteilung bei *nur vorübergehenden Wertschwankungen* zu Schwierigkeiten führen. Es ist im Einzelfall möglich, dass ein rasch widerlegter Verdacht den Wert der gekauften Sache nur während kurzer Zeit verringert, da sich die Nachfrage nach der Beseitigung des Verdachts sofort erholt. Bei vorübergehenden Fehlern ist anerkannt, dass sie die Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR nicht erreichen und damit keinen Mangel begründen.⁴⁰⁰ Nichts anderes gilt für den Mangelverdacht.⁴⁰¹ Hierunter fallen aber nur Verdachtsmomente, die sofort ausgeräumt werden können und daher nur wenige Tage andauern. Eine nur zeitbedingte Verflüchtigung des Verdachts, wie es z.B. beim merkantilen Minderwert bekannt ist, erreicht hingegen die Erheblichkeitsschwelle. 262

Kurz nach Verkaufsstart eines neuen Smartphone-Modells häufen sich Meldungen von unvermittelten Geräteausfällen. Es entsteht der Verdacht, das Smartphone sei schlecht verarbeitet. Die Nachfrage nach dem Gerät sowie dessen Wert sinken. Nach kurzer Zeit gibt die Herstellerin Entwarnung. Die Ausfälle sind allesamt auf Bedienungsfehler zurückzuführen. Nachfrage und Wert des Geräts erholen sich sofort. 263

Auch wo der Verdacht nur den Wert der Kaufsache und nicht auch ihre Gebrauchstauglichkeit beschlägt, ist die Erheblichkeit der Wertminderung eher mit Zurückhaltung zu bejahen. Damit wird der transienten Natur des Verdachts Rechnung 264

zu dessen Erheblichkeit traf es jedoch nicht. Auch sind – soweit ersichtlich – keine weiteren Entscheide zur Erheblichkeit des Minderwerts ergangen.

³⁹⁷ Vgl. BGer, 4A_401/2011, 18.01.2012, E. 3.3.

³⁹⁸ BK-GIGER, Art. 197 OR N 75 f.; vgl. auch BGE 84 II 158 E. 2.

³⁹⁹ FURRER, 41; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 71.

⁴⁰⁰ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 71; BK-GIGER, Art. 197 OR N 68.

⁴⁰¹ Wenn auch mit anderer dogmatischer Herleitung: Beim Verdacht ist nicht die Erheblichkeitsschwelle Aufhänger für die Verneinung der Gewährspflicht, sondern die Nachbesserung. Die Beseitigung des Verdachts entspricht nämlich der Nachbesserung der Kaufsache. Der Mangel wird nachträglich beseitigt und der Kaufsache so die ihr fehlende Eigenschaft «Frei von Verdacht» nachträglich verschafft, siehe dazu Rz. 316 ff.

getragen. Beim *ausschliesslichen Kauf zum Verbrauch* kann im Einzelfall selbst eine vollkommene Wertlosigkeit ohne gewährleistungsrechtliche Folgen bleiben, sofern der Verbrauch uneingeschränkt möglich ist (z.B. verderbliche Ware). Die Wertverminderung hat in diesen Fällen keine synallagmatische Verschiebung zur Folge. Die Sache wurde zum Zweck ihrer Verwertung erworben. Jegliche Wertveränderung ist für den Käufer irrelevant. Wo eine spätere Veräusserung nicht ausgeschlossen ist (z.B. beim Kauf eines Fahrzeugs, eines Hauses oder auch schon bei einem Kühlschrank) oder gar den eigentlichen Vertragszweck bildet (kaufmännischer Verkehr), ist die Erheblichkeit des nur wertvermindernden Verdachts nach den konventionellen Kriterien zu beurteilen.⁴⁰²

3.4 Fallgruppen der vorausgesetzten Verdachtsfreiheit

- 265 Anhand der Gerichtspraxis lassen sich nachfolgende Fallgruppen bilden, in welchen der Verdacht den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit ausreichend stark verringert.

3.4.1 Geminderte Handelbarkeit

- 266 In Sachverhalten des kaufmännischen Verkehrs führt der Wegfall der Handelbarkeit bzw. der Wiederverkäuflichkeit zur Annahme eines Mangels. Die bisherige Rechtsprechung erging nur zu eigentlichen Lebensmittelskandalen.⁴⁰³ Gleichwohl können beliebige Sachverhalte die Minderung der Handelbarkeit zur Folge haben.

3.4.2 Gesundheitsgefährdende Beschaffenheit

- 267 Beim bürgerlichen Kauf wie auch bei Business-to-Consumer-Verträgen sorgt primär ein Verdacht der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit für die Aufhebung der Gebrauchseignung.⁴⁰⁴ Ausschlaggebendes Kriterium ist hier die *Zumutbarkeit*. Ist dem Käufer der Gebrauch der Ware aufgrund der drohenden Rechtsgutverletzung nicht zuzumuten, liegt ein Mangelverdacht vor.⁴⁰⁵ Da gesundheitsgefährden-

⁴⁰² Vgl. zur konventionellen Beurteilung der Erheblichkeit der Wertminderung BK-GIGER, Art. 197 OR N 75 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 71, 80; FURRER, 41.

⁴⁰³ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 75/71, 14.06.1972; VIII ZR 67/04, 02.03.2005; OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008.

⁴⁰⁴ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014; EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015; vgl. auch Toyota Prius, EHEC-Gurke, Ferrero Kinder Schokolade.

⁴⁰⁵ RUSCH, Verdacht, 46; vgl. auch RUSCH, Schleichwege, 291. Zumutbarkeitsüberlegungen sind auch beim Fehlerverdacht nach PrHG zentral, vgl. dazu EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015; BSK-FELLMANN, Art. 4 PrHG N 29a f.; TIMKE, 3062 m.w.H.; nur

de Ware in der Regel nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 PrHG), können sich hier Sachgewährspflicht und Produkthaftpflicht überschneiden.⁴⁰⁶

Anhand entsprechender Sachverhaltsausführungen kann bei manchen Entscheidungen nachvollzogen werden, aufgrund welcher Eintretenswahrscheinlichkeiten die Gerichte von einem ausreichend schweren Verdacht ausgingen. In der ersten Hasen-Entscheidung lag die Wahrscheinlichkeit der Bestätigung des Verdachts bei 31 %. Meines Erachtens ist ein Sachmangel bei einer drohenden Salmonelleninfektion aufgrund der Folgeschwere des Verdachts selbst bei einer Eintretenswahrscheinlichkeit von 1 bis 5 % zu bejahen. Unter dieser Schwelle ist nach der Person des Käufers zu unterscheiden. Für den gewöhnlichen Käufer nähert sich der Konsum des unter Salmonellenverdacht stehenden Fleisches hier dem Hinnehmbaren an. Für Risikopersonen bleibt der Konsum selbst im Promillebereich unzumutbar. Den Boston-Scientific-Entscheiden lag der Verdacht des frühzeitigen Verschleisses von Herzschrittmachern und Defibrillatoren zugrunde. Der Verdacht wog äusserst schwer. Entsprechend tiefer lagen hier die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Verdachtsbestätigung. Das Fehlerrisiko lag beim Herzschrittmacher bei 0,31 bis 0,88 % und damit 17 bis 20 Mal höher als bei Herzschrittmachern üblich.⁴⁰⁷ In Bezug auf die Defibrillatoren gehen aus den Erwägungen keine Angaben über die Wahrscheinlichkeit hervor. Sie dürfte aber ähnlich oder gar noch geringer ausgefallen sein.⁴⁰⁸ Beim Hüftprothesen-Entscheidung genügte eine Bruchrate der Prothese von 4 bis 5 % im Vergleich zur gewöhnlichen Bruchrate von unter 0,1 %.⁴⁰⁹ Auch hier wäre m.E. ein Mangel auch bei tieferen Wahrscheinlichkeiten zu bejahen.

3.4.3 Geminderte Genussmöglichkeit

Bei Luxusgütern oder Gütern von gehobener Preisklasse liegt (unabhängig von einer drohenden Gesundheitsgefährdung) ein Mangel vor, wenn der Verdacht die Genussmöglichkeit mindert. Bei solch wertigen Produkten besteht der gewöhn-

den kaufmännischen Käufer schützend M. LANZ, Rz. 806. Siehe zur Unzumutbarkeit des Gebrauchs Rz. 247 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu weiterführend ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 274 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. BGH, VI ZR 284/12, 09.06.2015, Rz. 3, 17.

⁴⁰⁸ Aus BGH, VI ZR 327/12, 09.06.2015, geht hervor, dass der Fehler bei 4 von 46'000 Geräten bestätigt und bei einem weiteren Gerät vermutet wurde. Daraus ergibt sich ein Risiko von 0,011 %.

⁴⁰⁹ Vgl. KG, 4 U 189/11, 28.08.2015, Rz. 23.

liche Gebrauch nicht nur darin, die Ware ohne Gefahr für die Gesundheit zu konsumieren oder zu verwenden, sondern sie auch – allenfalls zu besonderen Anlässen in besonderer Atmosphäre – zu genießen.⁴¹⁰ Untechnisch gesprochen kauft der Käufer einer hochwertigen Ware nicht nur die Sache selbst, sondern auch die Freude an ihr. Ist das Produkt verdachtsbelastet, ist diese Freude getrübt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Verdacht besteht, ein Wein sei nicht von hoher Qualität, sondern sei unter Zugabe von Süßungsmitteln verfälscht worden.⁴¹¹

- 270 Das Amtsgericht Wolfsburg setzte die *Schwelle des Genussguts* reichlich tief an. So soll bereits ein Wein der Preisklasse von mehr als ca. EUR 10 darunterfallen.⁴¹² Das erscheint für hiesige Verhältnisse erheblich zu tief. Der Preis der Ware ist sodann nur einer von vielen Umständen, die es zu würdigen gilt. Auch die Aufmachung des Produkts, dessen bekannte Verarbeitungsqualität oder auch ihre Anpreisung sind miteinzubeziehen. Anhand dieser Grössen ist zu ermitteln, was der Käufer berechtigterweise von der Kaufsache erwarten darf. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Verdacht diese Erwartungen beschneidet.
- 271 Im Umkehrschluss bildet der genusseinschränkende Verdacht beim *Kauf von Billigware* keinen Mangel. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen der Verdacht sich nicht auf den Genuss beschränkt, sondern sich auch negativ auf die Tauglichkeit zum Gebrauch auswirkt. Im Vordergrund steht beim Kauf von Billigware damit der Verdacht, der auf eine Gefährdung von Leib und Leben gerichtet ist. Bei Genuss- bzw. Luxusgütern ist der sachliche Schutzbereich der Gewährhaftung demnach breiter.

3.4.4 Erschwerung der Bebaubarkeit

- 272 Hat beim Kauf von Grundstücken der Verdacht eine Erschwerung der Bebaubarkeit zur Folge, liegt darin die mangelherbeiführende Gebrauchsminderung. In der Regel besteht ein Verdacht auf Altlasten.⁴¹³

⁴¹⁰ AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986. Anders ist der Umgang mit einer gemindernten Genussmöglichkeit im Deliktsrecht, vgl. dazu weiterführend ROBERTO, Haftpflichtrecht, Rz. 24.01 ff.

⁴¹¹ LG Lübeck, 6 S 90/86, 23.09.1986; AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

⁴¹² AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

⁴¹³ BGH, V ZR 43/94, 03.03.1995; V ZR 35/15, 08.07.2016; OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994; OLG Celle, 8 U 49/08, 21.08.2008.

3.4.5 Frühzeitiger Verschleiss

Der frühzeitige Verschleiss begründet de lege lata einen Sachmangel.⁴¹⁴ Haben die Kaufvertragsparteien ausdrücklich oder konkludent eine bestimmte Lebensdauer des Produkts vereinbart, ist die Ware fehlerhaft, wenn sie vorzeitig funktionsunfähig wird.⁴¹⁵ Haben die Parteien keine entsprechende Vereinbarung geschlossen, liegt ein Sachmangel vor, wenn der Käufer nach Treu und Glauben eine längere Haltbarkeit voraussetzen durfte. Zudem muss der frühzeitige Verschleiss eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit zum Gebrauch oder des Werts zur Folge haben. Dafür muss er aber zumindest im Kern bereits zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden sein. Für nachträgliche Verschlechterungen der Kaufsache haftet die Verkäuferin nicht nach Massgabe des Gewährleistungsrechts (z.B. die absichtliche Verlangsamung von Smartphones mittels Software-Update unter gleichzeitiger Markteinführung eines Nachfolgemodells).⁴¹⁶ Dies kann eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht darstellen.⁴¹⁷ 273

Ob bereits der Verdacht des frühzeitigen Verschleisses einen Mangel bildet, interessiert insbesondere im Lichte der geplanten Obsoleszenz. Hier bietet das Gewährleistungsrecht bislang keinen wirksamen Schutz.⁴¹⁸ Auch wenn der (von der Herstellerin absichtlich herbeigeführte) frühzeitige Verschleiss den Tatbestand von Art. 197 Abs. 1 OR erfüllen kann, ist es dem Käufer aufgrund der beweisrechtlichen Hürden praktisch unmöglich, Gewährleistungsansprüche durchzusetzen. 274

Der Käufer hat zu beweisen, dass überhaupt ein vorzeitiger Verschleiss vorliegt. Er hat zunächst die objektiv durchschnittliche Lebensdauer zu bestimmen. Dafür fehlt dem Käufer der Zugang zu den erforderlichen Daten.⁴¹⁹ Ferner hat er nachzuweisen, 275

⁴¹⁴ RUSCH, Obsoleszenz, 177; ATAMER, 289 f.; AKIKOL, Rz. 405; unklar Regulierungsfolgenabschätzung, 91.

⁴¹⁵ Vgl. LG München, 5 HKO 3936/00, 27.02.2002, als Beispiel einer konkludent vereinbarten mehrjährigen Betriebsdauer.

⁴¹⁶ Vgl. Regulierungsfolgenabschätzung, 89 f.

⁴¹⁷ Vgl. weiterführend RUSCH/FISCHBACHER, 397 ff.

⁴¹⁸ Die Warenkauf-Richtlinie (WKRL) sowie die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL, vereinzelt auch DIDRL) zeigen den angestauten Reformbedarf des Kaufrechts nach OR auf, vgl. dazu weiterführend ATAMER/HERMIDAS, 48 ff.; ATAMER/EGGEN, 731 ff.; BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5. Eine Angleichung des hiesigen Gewährleistungsrechts an das Unionsrecht ist mit der vom BJ, vom BAFU und vom SECO gemeinsam eingeholten Regulierungsfolgenabschätzung vom 2. Mai 2022 vorgespurt.

⁴¹⁹ Regulierungsfolgenabschätzung, 91; MICHEL, 9 f. Zwar ist jede Partei zur Edition von Urkunden verpflichtet (Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO). Diese Pflicht ist aber nicht durchsetzbar (Art. 164 ZPO). Aus wirtschaftlicher Sicht wird es für die Beklagte im Re-

dass der vorzeitige Verschleiss bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs begründet war. Auch wenn ihm dies gelingen sollte, sind seine Ansprüche bei Hervortreten von Mangelsymptomen im Regelfall bereits verjährt, da sich der Verschleiss für gewöhnlich erst nach Ablauf der Zweijahresfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR zeigt.⁴²⁰ Weil die Herstellerin bei geplanter Obsoleszenz bewusst einen Mangel vorsieht, steht dem Käufer theoretisch die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 i.V.m. Art. 210 Abs. 6 OR zu.⁴²¹ Für die absichtliche Täuschung ist der Käufer nach Art. 8 ZGB allerdings beweispflichtig.⁴²² Dieser Nachweis kann nur in eindeutigen Fällen gelingen. Wo die Herstellerin ihre Produkte nicht zugleich auch vertreibt, fällt der Nachweis noch schwieriger aus.⁴²³ Selbst wo all diese Hindernisse überwunden sind, kann sich die Herstellerin allenfalls auf berechnete Gründe für den raschen Verschleiss stützen.⁴²⁴

- 276 Nach RUSCH kann hier der Mangelverdacht den Gewährleistungsrechten des Käufers zum Durchbruch verhelfen. Aufgrund einer Vielzahl bereits eingetretener Fälle, über die unter Umständen Medien oder einschlägige Foren berichten würden, entstehe der Verdacht, die eigene Kaufsache unterliege einer verkürzten Lebensdauer.⁴²⁵ Die Entscheidungen des EuGH und des BGH i.S. Boston Scientific stützen diese Ansicht für diejenigen Fälle, in denen der Verschleiss sicherheitsrelevante Bestandteile beschlägt. Sämtliche Herzschrittmacher desselben Modells standen hier unter dem Verdacht der vorzeitigen Batterieerschöpfung und

gelfall vorteilhafter sein, die Mitwirkung zu verweigern. Nebst dem Urkundenbeweis kann der Käufer den Beweis auch mittels Gutachten erbringen. Die deutsche Rechtsprechung hat beim Gebrauchtwagenkauf eine umfassende Kasuistik zur Abgrenzung zwischen normalem und vorzeitigem Verschleiss entwickelt, vgl. dazu TONNER/GAWEL/SCHLACKE/ALT/BRETSCHNEIDER, 6 m.w.H. auf die Rechtsprechung; vgl. auch LG München, 5 HKO 3936/00, 27.02.2002.

⁴²⁰ Vgl. auch TONNER/GAWEL/SCHLACKE/ALT/BRETSCHNEIDER, 6 f.

⁴²¹ RUSCH, Obsoleszenz, 178; vgl. auch CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 210 OR N 9; BGer, 4A_301/2010, 07.09.2010, E. 3.2.

⁴²² RUSCH, Obsoleszenz, 178; vgl. auch BK-GIGER, Art. 199 OR N 51, und BK-SCHMIDLIN, Art. 28 OR N 162, für die gleiche Verteilung der Beweislast bei ähnlichen Tatbeständen.

⁴²³ RUSCH, Obsoleszenz, 178 m.w.H., für eine mögliche Wissenszurechnung im Einzelfall. Siehe für die Ansprüche des Käufers gegen die nichtverkaufende Herstellerin weitergehend RUSCH/SCHWIZER, Abgasmanipulation, 1299 ff.

⁴²⁴ Frühzeitiger Verschleiss ist nicht in jedem Fall verpönt, vgl. dazu RUSCH, Obsoleszenz, 176; Regulierungsfolgenabschätzung, 91.

⁴²⁵ RUSCH, Obsoleszenz, 179.

waren damit fehlerhaft.⁴²⁶ Unter gewährleistungsrechtlichem Blickwinkel muss die Tauglichkeit der Herzschrittmacher zu ihrem Gebrauch als aufgehoben gelten.

Wie verhält es sich bei sicherheitsneutralen Sachverhalten? Meines Erachtens ist 277 der pauschale Verdacht, eine gewisse Herstellerin lasse ihre Produkte frühzeitig altern, gewährleistungsrechtlich nicht von Bedeutung. Dieser Generalverdacht beschlägt die Tauglichkeit der Ware zum Gebrauch nicht.⁴²⁷ Anders liegen die Dinge, wenn sich der Verdacht in Hinblick auf ein Produkt oder eine Produktlinie sowie auf eine «Sollbruchstelle» konkretisiert. Als prominentes Beispiel dienen Automobile, die nach Bekanntwerden der Abgasmanipulationen nachgebessert wurden.

Diverse Fahrzeuge des VW-Konzerns verfügten vereinfacht gesagt über eine geheim 278 gehaltene Software, die erkannte, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befand oder nicht. Erkannte die Software eine Prüfstandfahrt, so reinigte das Fahrzeug die Abgase konsequent, anderenfalls blieb die Reinigung aus.⁴²⁸ Im Jahr 2012 häuften sich Ausfälle des Abgasreinigungssystems. VW-Ingenieure vermuteten, dass sich die Fahrzeuge auch bei Strassenfahrten im Prüfstandmodus befanden. Für den permanenten Betrieb war die Abgasreinigungsanlage nämlich nicht konstruiert.⁴²⁹ Die nach Bekanntwerden der Manipulation nachgebesserten Fahrzeuge stehen damit unter dem Verdacht des frühzeitigen Verschleisses der Abgasreinigungsanlage.⁴³⁰

⁴²⁶ EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015, Rz. 36–43; BGH, VI ZR 284/12, 09.06.2015; vgl. auch KG, 4 U 189/11, 28.08.2015, Rz. 19–23, wo die erhöhte Bruchrate einer Hüftprothese von 4 bis 5 % einen Fehler begründet, da die durchschnittliche Bruchhäufigkeit bei 0,017 bis 0,1 % liegt.

⁴²⁷ Der Mangel kann in einer Wertminderung liegen, die der Verdacht der frühzeitigen Obsoleszenz bewirkt. Es ist zwar naheliegend, dass sich der Verdacht negativ auf den Wert der Ware auswirkt. Dennoch ist die Wertminderung an sich wie auch das kausale Verhältnis zwischen Verdacht und tieferem Marktwert vom Käufer zu beweisen. Bei der Kausalität ist zu beachten, dass insbesondere Elektronik einem raschen Preiserfall unterliegt. Hier steht der Käufer vor der schwierigen Aufgabe, von der Wertminderung denjenigen Anteil auszuscheiden, der auf den Verdacht zurückzuführen ist.

⁴²⁸ Vgl. LG Bochum, 2 O 425/15, 16.03.2016.

⁴²⁹ Vgl. Geständnisvereinbarung USA / VW AG vom 11.01.2017, Anhang 2, Rz. 47 f.

⁴³⁰ Vgl. LG Krefeld, 2 O 72/16, 14.09.2016, Rz. 34–36; 2 O 83/16, 14.09.2016, Rz. 34–36; RUSCH/SCHWIZER, Urteilsbesprechung, 1207. Ein konkreter Verdacht liegt beispielsweise auch vor, wenn sich Ausfälle eines bestimmten Druckermodells häufen, weil die Zähne zweier aus minderwertigem Material gefertigten Zahnräder rasch abstumpfen und daher nicht mehr ausreichend ineinandergreifen.

- 279 Abseits der geplanten Obsoleszenz kann sich aufgrund im Einzelfall vorliegender Umstände der Verdacht frühzeitigen Verschleisses ergeben, wie der Biodiesel-Entscheid des OLG Karlsruhe zeigt.⁴³¹
- 280 *Biodiesel-Entscheid:* Der Kläger kaufte bei der Beklagten einen Neuwagen, der für den Betrieb mit Biodiesel uneingeschränkt tauglich sein sollte. Nach Übergabe des Fahrzeugs teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass Biodiesel für dieses Fahrzeug nicht verwendet werden dürfe. Der Grund sei, dass Kraftstofftank- und Leitungsdichtungen unter Umständen schwellen oder Rückstände hinterlassen könnten, die zu einem späteren Zeitpunkt Motorlaufprobleme verursachen könnten. Zwei Monate später revidierte die Beklagte ihren Standpunkt. Das Fahrzeug könne mit Biodiesel betrieben werden. Eine vom Kläger verlangte entsprechende schriftliche Bestätigung lehnte die Beklagte hingegen ab.
- Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, da die Beklagte eine schriftliche Unbedenklichkeitserklärung nicht abgegeben habe, müsse er davon ausgehen, dass der Betrieb des Fahrzeugs mit Biodiesel nicht ohne – sich möglicherweise erst nach Ablauf von Gewährleistungsfristen entwickelnde – Schäden an Kraftstoffleitungen und Motor möglich sei. Das OLG folgte den klägerischen Vorbringen. Es bestehe der Verdacht, dass der Betrieb mit Biodiesel Rückstände hinterlasse, die zu einem späteren Zeitpunkt Motorlaufprobleme verursachen könnten.
- 281 Dazu passt auch der Rambler-Entscheid des Bundesgerichts, der im Zusammenhang mit Art. 205 Abs. 2 OR ergangen ist.⁴³²
- 282 *Rambler-Entscheid:* Der Kläger kaufte von der Beklagten ein fabrikneues Auto, Marke Rambler des Modells Classic. Bereits einen Tag nach Übergabe rügte der Kläger u.a., der Motor drehe im Leerlauf nicht rund und laufe auch sonst ruckartig. Nach diversen erfolglosen Reparaturversuchen trat der Käufer vom Kauf zurück. Kurz darauf konnte die Verkäuferin den Mangel identifizieren. Es hatte sich herausgestellt, dass der Wagen statt mit einer Nockenwelle des Modells 1964 mit einer solchen des Modells 1962 ausgestattet worden war, die andere Ventilzeiten aufwies. Der Käufer verweigerte jedoch die Rücknahme. Das Bundesgericht befand, der Kläger sei rechtmässig vom Kauf zurückgetreten. Auch läge kein Wandelungsausschluss i.S.v. Art. 205 Abs. 2 OR vor. Es lasse sich nämlich schwerlich ermitteln, ob und inwieweit die Zurücklegung von ca. 2'500 km mit einer nicht passenden Nockenwelle dem Motor geschadet habe.
- 283 Das Bundesgericht folgerte hier implizit, das Fahren mit einer unpassenden Nockenwelle während rund 2'500 km begründe den Verdacht des vorzeitigen Motorverschleisses und berechtige zur Wandelung. Damit anerkannte das Bundesgericht bereits 1965, dass der Verdacht des Verschleisses einen Mangel bildet.

⁴³¹ OLG Karlsruhe, 9 U 165/01, 29.05.2002.

⁴³² BGE 91 II 344.

Neben dem Verdacht aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall kann sich der Verdacht des frühzeitigen Verschleisses auch aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergeben. Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Objekt über einen längeren Zeitraum auf eine Weise benutzt wurde, bei der typischerweise mit erhöhtem Verschleiss zu rechnen ist (z.B. Vornutzung als Fahrschulauto oder als Taxi).⁴³³ 284

3.4.6 Gehäuftes Auftreten von Mängeln

Die Fallgruppe der gehäuften Mangelerscheinung handelt vom sog. *Montagsauto*. Ein Montagsauto leidet an einer Vielzahl von Mängeln grösserer und kleinerer Art, die nach und nach zum Vorschein kommen. Die Fülle dieser Mängel erweckt den Verdacht, das Fahrzeug (oder jedes andere beliebige Produkt) lasse sich nicht auf Dauer vollständig mängelfrei halten.⁴³⁴ Dieser Verdacht gilt als Sachmangel, selbst wenn zum Zeitpunkt der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten kein körperlicher Mangel vorgelegen hat.⁴³⁵ 285

Für die Qualifikation als Montagsauto ist erforderlich, dass sich innerhalb eines kürzeren Zeitraums eine Vielzahl herstellungsbedingter Mängel zeigt, die wiederholt oder erstmals auftreten.⁴³⁶ Die Anzahl erforderlicher Mängel kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern hat sich an der Art des Kaufgegenstandes und der betroffenen Bauteile zu orientieren.⁴³⁷ Im Sinne einer Faustregel nimmt die Rechtsprechung ein Montagsauto an, wenn mindestens neun Mängel aufgetreten sind.⁴³⁸ 286

3.4.7 Merkantiler Minderwert

Schliesslich liegen die Fälle des merkantilen Minderwerts einem mangelbegründenden Verdacht zugrunde. Grundsätzlich sind alle Objekte fähig, einen merkantilen Minderwert zu erleiden.⁴³⁹ Als typisches Beispiel dient der reparierte *PKW*, 287

⁴³³ Vgl. BGH, VIII ZR 33/74, 12.05.1976; OLG Düsseldorf, 22 U 166/08, 16.10.2009; OLG Hamm, 28 U 186/10, 09.02.2012. Siehe für die Frage der erforderlichen Intensität der Vornutzung Rz. 288.

⁴³⁴ ERGER, 1485.

⁴³⁵ BGH, VIII ZR 140/12, 23.01.2013; ERGER, 1486.

⁴³⁶ BGH, VIII ZR 140/12, 23.01.2013, Rz. 26.

⁴³⁷ Vgl. ERGER, 1487.

⁴³⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, 3 U 47/10, 23.03.2011; KG, 12 U 35/08, 27.07.2009; OLG Hamm, 28 U 135/07, 26.02.2008.

⁴³⁹ BGE 145 III 225 E. 4.2.1.

sofern der Unfall oder der Mangel von einer gewissen Heftigkeit war.⁴⁴⁰ Der BGH zieht die Grenze für Bagatellschäden sehr eng. Nach ihm fallen nur ganz geringfügige, äussere Schäden wie Lackschäden darunter, nicht aber andere (Blech-) Schäden, selbst wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur rund EUR 170 betragen hat.⁴⁴¹ Auch *Nutzfahrzeuge* wie Lastwagen und Omnibusse unterliegen einer merkantilen Wertminderung.⁴⁴² Gleiches gilt auch für *Behördenfahrzeuge* wie beispielsweise Streifenwagen der Polizei oder sogar militärische Fahrzeuge.⁴⁴³ Die früher verbreitete Meinung, für diese Gefährte könne kein Minderwert verlangt werden, gilt als überwunden.⁴⁴⁴ Es kann im Einzelfall aber zu kurz greifen, vom Umstand der Reparatur auf einen merkantilen Minderwert zu schliessen. So unterlag eine *Strassenbahn*, die nach einem Unfall repariert worden war, keinem merkantilen Minderwert, da sie vor ihrer Wiederinbetriebnahme durch sachverständige Stellen auf ihre absolute Betriebssicherheit besonders untersucht und geprüft wurde und Strassenbahnen nach schweren Unfällen in ihren beschädigten Teilen nicht anders hergestellt werden als fabrikneue Fahrzeuge. Ein Verdacht der unfachmännischen Reparatur bestand demnach nicht.⁴⁴⁵

- 288 Ferner kann eine merkantile Wertminderung auch bei einer langen Standzeit oder einer atypischen Vornutzung eintreten.⁴⁴⁶ Hierfür muss diese von einer gewissen Intensität sein. Eine Nutzung als Mietwagen während sechs Monaten oder die Nutzung als Fahrschulwagen während 5'000 km Laufleistung wiegen zu leicht, um einen solchen Verdacht zu begründen.⁴⁴⁷

⁴⁴⁰ RUSCH, Verdacht, 45.

⁴⁴¹ BGH, VIII ZR 330/06, 10.10.2007, Rz. 20; bestätigt in VIII ZR 253/05, 12.03.2008; strenger noch OLG Karlsruhe, 3A U 2/01, 27.03.2001.

⁴⁴² BGH, VI ZR 16/79, 18.09.1979, E. I.1; OLG München, 1 U 549/12, 24.05.2012, E. III.3; OLG Stuttgart, 4 U 5/77, 06.04.1977.

⁴⁴³ OLG Brandenburg, 12 W 51/08, 01.04.2009, E. II.2; AG Dortmund, 426 C 2022/16, 28.06.2017; vgl. ferner die Hinweise in BALKE, Wertminderung I, 374 f.

⁴⁴⁴ Vgl. exemplarisch für die frühere Auffassung HÜTTE, 328.

⁴⁴⁵ OLG Köln, 12 U 146/73, 25.04.1974.

⁴⁴⁶ RUSCH, Verdacht, 45; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 340.

⁴⁴⁷ OLG Köln, 13 U 161/95, 29.05.1996; 14 U 15/12, 19.02.2013.

4. Spezialfälle

Nachdem erörtert werden konnte, in welchen Fällen die fehlende Verdachtsfreiheit als vorausgesetzte wie auch als vereinbarte Eigenschaft einen Mangel bildet, ist dieses Kapitel mit der Behandlung zweier Spezialfälle zu schliessen. 289

4.1 Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, welche Rechtsfolgen der Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft nach sich zieht. Diese Konstellation ist vom Fehlen der vereinbarten Verdachtsfreiheit zu unterscheiden. 290

Im ersten Fall erwirbt ein Käufer argentinisches Hasenfleisch. Da die Ware aber von China aus versendet wurde, entsteht der Verdacht, die vereinbarte Eigenschaft «Herkunft aus Argentinien» fehle. Grundlegend anders präsentiert sich die Lage beim Fehlen der vereinbarten Verdachtsfreiheit. Hier legen die Parteien z.B. vertraglich fest, dass auf dem zu liefernden argentinischen Hasenfleisch kein Verdacht lasten dürfe. Dennoch liefert die Verkäuferin verdachtsbelastetes Hasenfleisch. Diesem fehlt die Verdachtsfreiheit als vereinbarte Eigenschaft. 291

Der Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft ist nicht mit dem effektiven Fehlen der Eigenschaft gleichzusetzen. Ein Mangel kann in diesen Fällen nicht deswegen vorliegen, weil der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Hierfür mangelt es an einem rechtsgenügenden Nachweis des Fehlens der fraglichen Eigenschaft. 292

Denkbar ist aber, dass der Kaufsache eine vorausgesetzte Eigenschaft fehlt. Wiegt der Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft so schwer, dass er die Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit zur Folge hat, fehlt der Kaufsache die stets vorausgesetzte Eigenschaft «Frei von Verdacht, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufhebt oder erheblich mindert». Eine Kaufsache, die unter dem Verdacht steht, ihr fehle eine vereinbarte Eigenschaft, kann also nicht unter dem Titel «vereinbarte Eigenschaft», aber unter dem Titel «vorausgesetzte Eigenschaft» mangelhaft sein. Das nachfolgende Beispiel dient der Veranschaulichung. 293

Die Verkäuferin eines Hochregallagers sichert dem Käufer eine Traglast von einer Tonne pro Palettenplatz zu. Bei der Einlagerung der ersten Paletten hält das Regal zwar stand, ohne sich zu verformen. Jedoch knarrt und ächzt es dermassen unter der Last, dass der Verdacht besteht, bei der Einlagerung weiterer Paletten würden die Träger nachgeben. Der Käufer scheut sich wegen Sicherheitsbedenken davor, das Regal über die hälftige Auslastung hinaus weiter zu befüllen. 294

295 Im soeben beschriebenen Fall besteht ein Verdacht, dem Hochregal fehle die zugesicherte Eigenschaft «Traglast von einer Tonne pro Palettenplatz». Im Sinne von Art. 8 ZGB ist das Fehlen dieser Eigenschaft aber bislang unbewiesen. Zu prüfen ist daher, ob ein Mangel infolge Fehlens einer vorausgesetzten Eigenschaft hergeleitet werden kann. Massgebend ist unter diesem Gesichtspunkt, ob der Verdacht die Gebrauchstauglichkeit oder den Wert der Kaufsache aufhebt oder erheblich mindert. Die Auswirkung des Verdachts auf die Gebrauchstauglichkeit lässt sich unter Zuhilfenahme der Hilfskriterien «Eintretenswahrscheinlichkeit» und «Folgeschwere des Verdachts» bewerten.⁴⁴⁸ Die Eintretenswahrscheinlichkeit erscheint eher hoch, weil sich bereits bei hälftiger Auslastung des Lagers dessen Einsturz abzeichnet. Die Folgen wiegen zudem äusserst schwer. Bei einem Einsturz eines Hochregallagers mit dutzenden Tonnen Gewicht besteht akute Lebensgefahr für Lagermitarbeiter und es droht ein erheblicher Sachschaden. Die Nutzung des Hochregals über die hälftige Auslastung hinaus ist dem Käufer unter diesen Umständen nicht zumutbar. Dies hat eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit zur Folge. Dem Hochregal fehlt die vorausgesetzte Eigenschaft «Frei vom Verdacht, bei der vereinbarten Belastung einzustürzen».

4.2 Kollision von Eigenschaften

296 Es ist möglich, dass die Verdachtsfreiheit mit einer anderen (vereinbarten oder vorausgesetzten) Eigenschaft der Kaufsache kollidiert. Als Beispiel dient der vereinbarte Verkauf spanischer Salatgurken, bei welchen dann der Verdacht der EHEC-Verseuchung aufkommt. Vereinbarte Eigenschaft (spanische Gurken) und vorausgesetzte Eigenschaft (kein Verdacht der Verseuchung) stehen hier in einem Widerspruch zueinander.

297 Möchte die Verkäuferin gattungsgemässe Ware liefern, so kann sie nur mit verdachtsbehafteter Ware erfüllen und muss vom Käufer erhobene Gewährleistungsansprüche befürchten. Möchte sie statt spanischer Salatgurken solche aus verdachtsfreier Herkunft liefern (z.B. solche aus Italien), so liefert sie nach überwiegender Ansicht ein aliud und der Käufer behält seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Siehe Rz. 206 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. BGE 121 III 453. Die gewährleistungsrechtliche Unterscheidung zwischen aliud und peius stösst wegen schwierigen Grenzfällen nicht selten auf Kritik, vgl. weiterführend LANZ, 250 ff.; KRAMER, Gattungskauf, 79 ff.; RUSCH, aliud, 89 ff.

In diesen Fällen ist mittels Auslegung ein mögliches Rangverhältnis zwischen den Eigenschaften zu klären.⁴⁵⁰ Es ist zu erörtern, ob die Konformität der einen Eigenschaft das Fehlen der anderen Eigenschaft heilen kann oder ob die Verkäuferin hier in jedem Fall nur mangelhaft erfüllen kann. Art. 197 Abs. 1 OR schreibt keine Rangordnung zwischen vorausgesetzten und vereinbarten Eigenschaften vor. Trotzdem sollen nach überwiegender Lehre vereinbarte Eigenschaften den vorausgesetzten Eigenschaften vorgehen.⁴⁵¹ Vor dem Hintergrund, dass vorausgesetzte Eigenschaften die Füllung von Vertragslücken bezwecken,⁴⁵² erscheint dies nachvollziehbar. Ein pauschaler Vorrang kann aber zu unsachgerechten Ergebnissen führen,⁴⁵³ wie der Dachdecker-Entscheid veranschaulicht.⁴⁵⁴ 298

Dachdecker-Entscheid: Die Parteien haben für den Bau eines Dachs eine bestimmte Ausführungsart vereinbart, aufgrund welcher es bei Regen mit starkem Windeinfall zu Wassereintrüben kam. Der BGH erwog, ungeachtet der Eigenschaftvereinbarung sei das Dach so zu erstellen, dass kein Wasser eintrete. 299

Hilfswise kann danach gefragt werden, ob eine Eigenschaft auf Initiative des Käufers oder auf diejenige der Verkäuferin Eingang in den Vertrag gefunden hat. Hat z.B. die Verkäuferin vorgeschlagen, spanische Salatgurken zu liefern, ist die Herkunft für den Käufer von untergeordneter Bedeutung. Die Eignung zum Gebrauch muss daher der vereinbarten spanischen Herkunft vorgehen.⁴⁵⁵ Schlussendlich dient aber auch die Unterscheidung je nach Provokation der Eigenschaften nur als Richtlinie und kann eine sorgfältige Würdigung sämtlicher Vertragsumstände nicht ersetzen. 300

D. Zwischenergebnis

Ob ein Verdacht einen Sachmangel zur Folge hat, bestimmt sich nach dem gesetzlichen Mangelbegriff von Art. 197 Abs. 1 OR. Die Verdachtsformel des BGH bietet keinen Mehrwert (siehe Rz. 178 ff.). Mangelbegründende Eigenschaft ist negativ umschrieben das Fehlen der Verdachtsfreiheit bzw. positiv umschrieben 301

⁴⁵⁰ FAUST, 189. Die Problematik der Kollision von Eigenschaften besteht auch abseits der Verdachtslehre, vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1414 f.; BRÄNDLI, Rz. 208 f.

⁴⁵¹ BK-BECKER, Art. 197 OR N 5; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1414; FAUST, 190.

⁴⁵² Siehe Rz. 100.

⁴⁵³ Vgl. BRÄNDLI, Rz. 208 f.

⁴⁵⁴ BGH, VII ZR 403/98, 11.11.1999, E. II.2.c.

⁴⁵⁵ FAUST, 189 f.

das Vorliegen eines Verdachts (siehe Rz. 230). Als innere Tatsachenwürdigung ist ein Verdacht nicht unmittelbar beweisbar. Sein Nachweis gelingt mit der Darlegung der verdachtsbegründenden Umstände (siehe Rz. 234 ff.).

- 302 Haben die Parteien die Verdachtsfreiheit der Ware vereinbart, ist die Lieferung verdachtsbehafteter Ware vertragswidrig und führt zur Gewährhaftung der Verkäuferin (siehe Rz. 242 ff.). Haben die Parteien keine entsprechende Vereinbarung getroffen, führt ein Verdacht einen Sachmangel herbei, wenn er den Wert der Ware oder ihre Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert (Rz. 245). Die Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit lässt sich anhand der Folgeschwere des Verdachts und seiner Eintretenswahrscheinlichkeit beurteilen (siehe Rz. 246). Ein Mangel liegt insbesondere vor, wenn dem Käufer der Gebrauch der Sache aufgrund des Verdachts nicht zuzumuten ist (Rz. 247 ff.). Die Beispiele der merkantilen Wertminderung zeigen, dass der Verdacht auch dann einen Mangel bildet, wenn er nur den Wert der Sache beschlägt (siehe Rz. 250 ff.). Der nur vorübergehend eingetretene Minderwert ist im Allgemeinen nicht erheblich i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR (siehe Rz. 262 f.). Hat der Verdacht bei schnell verderblicher Ware nur einen Minderwert zur Folge, ohne auch die Verbrauchstauglichkeit einzuschränken, liegt kein Mangel vor (siehe Rz. 264).
- 303 Der mangelbegründende Verdacht kann in inhaltliche Fallgruppen kategorisiert werden (siehe Rz. 265 ff.). Ein Mangel liegt insbesondere vor beim Verdacht der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit (siehe Rz. 267 f.). Bei Gütern gehobener Preisklasse kann die reduzierte Genussmöglichkeit einen Mangel herbeiführen (siehe Rz. 269 ff.), bei Grundstücken die erschwerte Bebaubarkeit (siehe Rz. 272). Ferner kann auch der Verdacht des frühzeitigen Verschleisses die Gewährleistungshaftung der Verkäuferin auslösen (siehe Rz. 273 ff.).
- 304 Die Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR kommt auch zur Anwendung, wenn der Verdacht besteht, eine vereinbarte Eigenschaft liege nicht vor (siehe Rz. 290 ff.). Bei einer Kollision von Eigenschaften ist deren Rangverhältnis mittels Vertragsauslegung zu ermitteln (siehe Rz. 296 ff.).

III. Ausräumung und Bestätigung des Verdachts

A. Vorbemerkungen

Der BGH hält fest, der Verdacht dürfe durch «dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen» sein.⁴⁵⁶ Die Unzumutbarkeit der Ausräumung des Verdachts soll demnach negative Mangelvoraussetzung sein. Lehre und Rechtsprechung konzentrieren sich dementsprechend auf die Frage, wann die Beseitigung des Verdachts unzumutbar ist. Dies betrifft indes nur eine von etlichen Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Aufgrund seines nur provisorischen Charakters ist eine Bestätigung des Verdachts wie auch seine Ausräumung jederzeit möglich. Dies wirft etliche Fragen auf, die in der Lehre bislang zu wenig Beachtung finden und einer Antwort bedürfen.⁴⁵⁷ Besteht die Voraussetzung, dass ein Verdacht nicht durch zumutbare Massnahmen zu beseitigen sein darf, heisst das auch, dass zumutbare Massnahmen zur Beseitigung des Verdachts zu ergreifen sind. Allerdings ist unklar, auf welcher rechtlichen Basis die Überprüfung des Verdachts beruht und welche Vertragspartei den Verdacht mit welchen Mitteln zu untersuchen hat.⁴⁵⁸ Ferner ist zu erörtern, unter welchen Umständen ein Verdacht als beseitigt bzw. bestätigt gilt und welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht. In diesem Kapitel wird diesen Fragen nachgegangen. 305

Ein Verdacht kann vor wie auch nach Vertragsschluss geprüft werden. Seine vorvertragliche Ausräumung steht in engem Zusammenhang mit der verkäuferischen Pflicht zur Aufklärung über den widerlegten Verdacht. Hierfür wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.⁴⁵⁹ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich damit nur auf die Entkräftung und die Verifizierung eines Verdachts *nach* Abschluss des Kaufvertrags. 306

⁴⁵⁶ Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz; VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43.

⁴⁵⁷ Vgl. SIEGENTHALER, 340.

⁴⁵⁸ FAUST, 197.

⁴⁵⁹ Siehe Rz. 392 ff.

B. Die belastete Vertragspartei

1. Stand der Lehre und der Rechtsprechung

- 307 Es besteht keine gefestigte Rechtsprechung darüber, ob es am Käufer oder an der Verkäuferin liegt, Massnahmen zur Verdachtsausräumung zu ergreifen. Die Unsicherheit gründet in der missverständlichen Verdachtsformel des BGH. Sie hält fest, dass der Verdacht einen Mangel bildet, wenn er «durch dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen ist».⁴⁶⁰ Die Formulierung ist in Bezug auf die mit der Ausräumung belastete Vertragspartei zweideutig.
- 308 Sie kann so ausgelegt werden, dass *die Verkäuferin* den Verdacht auszuräumen hat, bei der Massnahmenwahl aber auf die Interessen des Käufers Rücksicht nehmen muss. Auch kann die Formulierung so verstanden werden, dass *der Käufer* Massnahmen treffen muss, wobei er den Verdacht nicht in jedem Fall, sondern nur dann auszuräumen hat, wenn es ihm zuzumuten ist.
- 309 Im ersten Hasenfall wies der BGH die Untersuchungslast dem Käufer zu.⁴⁶¹ Im Schweine- und im Futtermittel-Fall sieht er demgegenüber die Verkäuferin in der Pflicht.⁴⁶² Über die Gründe der Umverteilung der Prüfungslast schweigt sich der Gerichtshof aus. Ebenso ohne Erklärung wiesen das OLG München sowie das OLG Karlsruhe die Ausräumungslast dem Käufer und das AG Wolfsburg diese Last der Verkäuferin zu.⁴⁶³ In einer weiteren Entscheidung hat das OLG München die Verdachtsprüfungslast durch Auslegung der Parteiabrede zugeordnet.⁴⁶⁴
- 310 Die Lehre setzt sich nicht differenziert mit der Zuweisung der Prüfungslast auseinander. Manche Autoren sehen den Käufer⁴⁶⁵ oder die Verkäuferin⁴⁶⁶ belastet

⁴⁶⁰ Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969; VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43.

⁴⁶¹ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a; vgl. auch RUSCH, Verdacht, 47, Fn. 22, der übersieht, dass der BGH im ersten Hasenfall die Ausräumungslast tatsächlich dem Käufer zuweist.

⁴⁶² BGH, VIII ZR 67/04, 02.03.2005, E. II.3.d; VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 48 f.

⁴⁶³ OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994, E. 1.a; OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008, Rz. 10; AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

⁴⁶⁴ Vgl. OLG München, 21 U 4350/97, 03.04.1998, E. I: «Diesem Verständnis der Vertragsparteien entspricht der Umstand, dass die [Verkäuferin] auf ihre Kosten tatsächlich Massnahmen zur Beseitigung des Altlastenverdachts getroffen und sich hierzu verpflichtet gehalten hatte.»

⁴⁶⁵ FAUST, 197, welcher der Ausräumung an sich aber kritisch gegenübersteht; KNOCH, 1988.

⁴⁶⁶ MAGNUS, 263; SCHMOLKE, 378; KOLLER/JOST, 47 f.; SCHWENZER/TEBEL, 161.

und verweisen zur Begründung auf die Verdachtsformel des BGH. Die überwiegende Mehrheit der Lehre beschränkt sich gar auf die Wiedergabe der Verdachtsformel und verzichtet auf die konkrete Zuweisung der Ausräumungslast zu einer Vertragspartei.⁴⁶⁷ Nur RUSCH äussert sich dezidiert. Nach ihm liegt es am Käufer, einen Verdacht mit zumutbaren Mitteln auszuräumen, anderenfalls die Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR nicht erreicht ist. Ist die Schwelle erreicht, liege es an der Verkäuferin, den Verdacht auszuräumen.⁴⁶⁸

2. Würdigung

Die Zuweisung der Prüfungslast hat sich nach ihrer dogmatischen Qualifikation zu richten. 311

2.1 Prüfung als Obliegenheit des Käufers

FAUST und RUSCH sehen die gesetzliche Grundlage der Pflicht zur Vornahme zumutbarer Nachforschungen in der Erheblichkeitsschwelle des § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. bzw. Art. 197 Abs. 1 OR.⁴⁶⁹ Nach ihnen stellt ein Verdacht, der sich mit geringem Aufwand prüfen lässt, als solcher nur eine unerhebliche Beeinträchtigung und damit keinen Mangel dar. Diese Einordnung trifft meines Erachtens zu, wie das folgende Metzgerei-Beispiel zeigt. 312

Der Käufer erwirbt von der Metzgerin argentinisches Hasenfleisch. Es kommt der Verdacht der Salmonellenverseuchung auf. Der Verdacht betrifft nur Hasenfleisch der Marke «Manzano», welches vom unhygienisch arbeitenden Betrieb A produziert wird. Hasenfleisch der vom Betrieb B produzierten Marke «La Estrella» ist hingegen verdachtsfrei.⁴⁷⁰ Der Käufer kann den Verdacht mühelos überprüfen, da sich die Marke des Hasenfleisches anhand des Verkaufsetiketts, eines Siegels oder eines Logos auf der Verpackung oder anhand anderer Umstände bestimmen lässt. Da sich der Verdacht mit zumutbaren Mitteln beseitigen lässt, liegt kein Sachmangel vor. 313

Ist die Klärung der Tatsachenlage für den Käufer ohne erheblichen Aufwand möglich, ist der Verdacht gewährleistungsrechtlich irrelevant. Weder hebt er den Wert 314

⁴⁶⁷ GRUNEWALD, 138; TRACHSEL, merkantiler Minderwert, 338; Staudinger-MATUSCHBECKMANN, § 434 BGB N 158; Jauernig-BERGER, § 434 N 14; NK-BÜDENBENDER, § 434 BGB N 16; Bamb.-Roth-Komm.-FAUST, § 434 BGB N 73; Erman-GRUNEWALD, § 434 BGB N 7.

⁴⁶⁸ Vgl. RUSCH, Verdacht, 47, Fn. 22.

⁴⁶⁹ FAUST, 197; RUSCH, Verdacht, 47, Fn. 22.

⁴⁷⁰ Vgl. zum Sachverhalt BGH, III ZR 106/66, 25.01.1968, E. III.1.

oder die Gebrauchstauglichkeit der Ware auf noch mindert er sie erheblich. Stehen dem Käufer demgegenüber keine zumutbaren Möglichkeiten zur Nachforschung offen, ist der Verdacht erheblich. Kann der Käufer die Markenzugehörigkeit nicht prüfen, ist ihm der Konsum des Fleisches nicht zuzumuten. Hier begründet der Verdacht – m.E. vorderhand ungeachtet der Möglichkeit der Verifizierung durch die Verkäuferin – einen Sachmangel.

- 315 Faktisch kommt dies einer Mitwirkungs- bzw. Aufklärungsobliegenheit des Käufers bei der Verifizierung des Verdachts gleich, die sich nebst der Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR auch aus der Prüfbliedenheit gemäss Art. 201 Abs. 1 OR sowie aus Treu und Glauben ergibt und so breite Stütze in der Rechtsordnung findet.⁴⁷¹

2.2 Prüfung als Nachbesserung durch die Verkäuferin

- 316 Hat der Käufer ihm zumutbare Nachforschungen vorgenommen und konnte der Verdacht nicht ausgeräumt werden oder standen ihm von vornherein keine solchen Massnahmen offen, so ist die verdachtsbehaftete Ware sachmangelhaft. Möchte nun die Verkäuferin den Verdacht widerlegen, so steht ihr diese Möglichkeit im Rahmen der *Nachbesserung* der Kaufsache offen, denn die Widerlegung des Verdachts verschafft der Kaufsache nachträglich die ihr ursprünglich fehlende Eigenschaft «Frei von Verdacht».⁴⁷² Wiederum dient das leicht abgewandelte Metzgerei-Beispiel zur Illustration.

- 317 Der Käufer erwirbt von der Metzgerin argentinisches Hasenfleisch. Es kommt der Verdacht der Salmonellenverseuchung auf. Der Verdacht betrifft nur Hasenfleisch der Marke «Manzano», welches vom unhygienisch arbeitenden Betrieb A produziert wird. Hasenfleisch der vom Betrieb B produzierten Marke «La Estrella» ist hingegen verdachtsfrei.⁴⁷³ Für den Käufer ist der Verdacht hier anders als im obigen Beispiel nicht überprüfbar, da auf der Metzgereiverpackung die Marke des Fleisches nicht deklariert ist. Der Verdacht der Salmonellenverseuchung führt zur Mangelhaftigkeit. Die Metzgerin kann den Verdacht hingegen leicht prüfen. Mit einem Blick in den Lieferschein

⁴⁷¹ Vgl. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 34 zur loyalen, redlichen und rücksichtsvollen Verhaltensmaxime eines Teilnehmers im Rechtsverkehr sowie N 132 zur Aufklärungspflicht; vgl. ferner ZK-BAUMANN, Art. 2 ZGB N 289 ff. zur Bedeutung von Treu und Glauben bei bestehenden Rechtsgeschäften; a.A. FAUST, 197, der dem Käufer auch keine nur mit geringem Aufwand verbundene Überprüfung des Verdachts auferlegen möchte.

⁴⁷² RUSCH, Verdacht, Fn. 22; FAUST, 198 f.; Grüneberg-WEIDENKAFF, § 434 BGB N 45; WALTER/KORVES, 1987.

⁴⁷³ Vgl. zum Sachverhalt BGH, III ZR 106/66, 25.01.1968, E. III.1.

kann sie feststellen, dass das Fleisch von der verdachtsfreien Marke «La Estrella» stammt. Damit verschafft sie der Kaufsache nachträglich die ihr fehlende Eigenschaft «verdachtsfrei». Unterlässt sie jedoch die Prüfung, bleibt das Fleisch sachmangelbehaftet.

Zusammengefasst ist die Überprüfung eines Verdachts grundsätzlich Teil der Nachbesserung eines bestehenden Mangels durch die Verkäuferin. Sie ist damit primär belastete Vertragspartei. Nur, wo der Käufer den Verdacht voraussichtlich sogleich und ohne erheblichen Aufwand ausräumen kann, obliegt es ihm, diese Massnahmen zu ergreifen. Insofern ist es dogmatisch wie auch inhaltlich ungenau, bei der Untersuchung des Verdachts von einer Umkehr der Beweislast zu sprechen.⁴⁷⁴ 318

2.3 Beseitigung oder Bestätigung durch Dritte oder Zufall

Es ist möglich, dass nicht die Vertragsparteien, sondern äussere Umstände (z.B. neue wissenschaftliche Erkenntnisse) einen Verdacht beseitigen oder bestätigen. Ob der Verdacht durch den Käufer, die Verkäuferin, Dritte oder gar durch Zufall bestätigt oder ausgeräumt wird, macht rechtlich allerdings keinen Unterschied. 319

C. Der Umfang der Untersuchung

1. Stand der Lehre und der Rechtsprechung

Die Gerichte haben sich bislang nur knapp und fragmentarisch zum Umfang der Untersuchung geäussert. Getreu der Verdachtsformel des BGH⁴⁷⁵ richteten sie sich nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten. Die Zumutbarkeit wurde bislang nur aus wirtschaftlichen Gründen verneint. Die Beseitigung des Verdachts soll vorderhand unzumutbar sein, wenn die Untersuchung des Verdachts mehr gekostet hätte als die Ware selbst.⁴⁷⁶ Auch sollen keine Massnahmen getroffen werden müssen, wenn die Untersuchungskosten mit dem Warenwert in einem Missverhältnis ste- 320

⁴⁷⁴ So aber GRUNEWALD, 138; KOLLER/JOST, 48.

⁴⁷⁵ Vgl. BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, Leitsatz: «[...] und dieser Verdacht durch dem Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen ist.»

⁴⁷⁶ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a.

hen.⁴⁷⁷ Beim Immobilienkauf im Speziellen sollen Massnahmen zumutbar sein, die weniger als DM 20'000 bzw. EUR 10'226 kosten.⁴⁷⁸

2. Würdigung

- 321 Je nachdem, ob die Überprüfungslast den Käufer oder die Verkäuferin trifft, sind andere Umstände in die Zumutbarkeitserwägung miteinzubeziehen.

2.1 Last als Obliegenheit des Käufers

- 322 Hat der Käufer den Verdacht zu prüfen,⁴⁷⁹ ist von der gesetzlichen Vorstellung auszugehen, wonach die Verkäuferin verpflichtet ist, dem Käufer eine mangelfreie Ware zu liefern (Art. 197 ff. OR). Die Kaufsache muss eigentlich von sich aus gebrauchstauglich sein. Vom Käufer darf daher nur in Ausnahmefällen erwartet werden, die Tauglichkeit zum Gebrauch herzustellen.⁴⁸⁰ An die Zumutbarkeit der vom Käufer zu treffenden Massnahmen ist also ein strenger Massstab zu setzen.
- 323 *Zumutbare* Massnahmen sind dort zu sehen, wo die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen treuwidrig erscheinen würde. Dies ist der Fall, wenn der Käufer den Verdacht mit einer gezielten Massnahme beseitigen kann. Zumutbar ist zum Beispiel die Überprüfung der Herkunft der Ware anhand eines Lieferscheins, eines Siegels, einer Marke, eines Logos oder ähnlicher Umstände. Ohne Weiteres zumutbar sind eine telefonische Rückfrage sowie eine gezielte Recherche im Internet. Die Massnahme muss der Käufer aber ohne grossen zeitlichen Aufwand treffen können. Der Einsatz anderer Ressourcen wie finanzieller Mittel oder Know-how darf für die Entkräftigung nicht verlangt werden.
- 324 *Unzumutbar* ist die Ausräumung, wenn der Käufer eine Vielzahl von Massnahmen treffen müsste, die nur gemeinsam geeignet sind, den Verdacht zu beseitigen. Klar unzumutbar ist die Ausräumung, wenn dem Käufer keine konkreten Anhaltspunkte zur Überprüfung offenstehen, er also «ins Blaue hinaus» Nachforschungen anstellen müsste.

⁴⁷⁷ Vgl. OLG Karlsruhe, 7 U 37/07, 25.06.2008, Rz. 10.

⁴⁷⁸ Vgl. OLG München, 32 U 2088/94, 21.04.1994; KNOCH, 1988, setzt die Obergrenze bei DM 20'000 bis 30'000 an. Die Umrechnung basiert auf dem unwiderrufflichen Umrechnungskurs EUR 1 = DM 1.95583 nach Art. 1 Verordnung (EG) Nr. 2866/98 des Rates vom 31.12.1988 (= Euro-Verordnung III).

⁴⁷⁹ Siehe Rz. 312 ff.

⁴⁸⁰ Ähnlich FAUST, 197 f., der eine Mitwirkungspflicht des Käufers aber absolut verneint.

Nicht ausschlaggebend ist entgegen der Rechtsprechung des BGH und einem Teil 325
 der Lehre die Wirtschaftlichkeit der Ausräumung. So war die Prüfung des Hasen-
 fleisches im ersten Hasenfall nicht unzumutbar, weil sie mehr gekostet hätte als
 die Ware selbst. Auch wenn die Prüfung kostenneutral hätte vorgenommen werden
 können (etwa durch simple Blickkontrolle), hätte sie vom Käufer nicht verlangt
 werden dürfen, da der zeitliche wie auch der personelle Aufwand den zumutbaren
 Rahmen bei weitem sprengen. Betragsmässige Festlegungen, bis wann dem Käu-
 fer die Ausräumung zuzumuten ist, gehen daher fehl.

Der Grundsatz, wonach der Käufer den Verdacht nur in wenigen Fällen zu prü- 326
 fen hat, steht zugegeben in einem Spannungsverhältnis zum Umstand, dass der
 Käufer nach Annahme der Kaufsache die Beweislast für die verdachtsbegründen-
 den Tatsachen trägt. Insbesondere, wo primär nur der Käufer einen Verdacht hegt
 (namentlich beim originären Verdacht⁴⁸¹) und wo der Verdacht die Presse nicht
 interessiert, kann sich der in Vorbereitung eines Gewährleistungsprozesses stehen-
 de Käufer gezwungen sehen, faktisch umfangreichere Abklärungen vorzunehmen,
 als die Erheblichkeitsschwelle verlangt, um den Verdacht rechtsgenügend bewei-
 sen zu können.

2.2 Last als Nachbesserung durch die Verkäuferin

Überprüft die Verkäuferin einen Verdacht im Rahmen einer Nachbesserung,⁴⁸² ist 327
 fraglich, welche Vorkehrungen dem besitzenden Käufer zuzumuten sind. Hier ist
 auf eine verdachtsspezifische Besonderheit hinzuweisen. Die Ausräumung des
 Verdachts scheidet nämlich von vornherein aus, wenn die Verbesserung nur unter
 Inkaufnahme neuer Mängel möglich ist, die Nachbesserung mithin zu einem Fol-
 gemangel führt. Dafür reicht bereits aus, wenn der objektiv begründete Verdacht
 besteht, die Nachbesserung sei nicht ohne Nachteile durchführbar.⁴⁸³

Davon abgesehen gelangen die bekannten Grundsätze zur Nachbesserung zur An- 328
 wendung. Die konkreten Bedingungen der Nachbesserung der Kaufsache differie-
 ren je nach Vertragsinhalt im Einzelfall. Haben die Parteien mittels *Parteiabrede*
 die verkäuferseitige Nachbesserung vorgesehen, ist die Verkäuferin ohne Weiteres
 zur Vornahme von umfassenden und für den Käufer einschneidenden Massnah-
 men zur Verdachtsausräumung berechtigt und verpflichtet.

⁴⁸¹ Siehe Rz. 45.

⁴⁸² Siehe Rz. 316 ff.

⁴⁸³ Vgl. LG Krefeld, 2 O 72/16, 14.09.2016, Rz. 33–36; 2 O 83/16, 14.09.2016, Rz. 33–36.

329 Anders ist die Rechtslage, wenn das *dispositive Gewährleistungsregime* zur Anwendung gelangt. Das schweizerische Kaufrecht sieht eine Nachbesserung bekanntermassen nicht vor.⁴⁸⁴ Lehre und Rechtsprechung leiten jedoch vom Grundsatz von Treu und Glauben sowohl ein Nachbesserungsrecht der Verkäuferin als auch einen Nachbesserungsanspruch des Käufers ab.⁴⁸⁵ Getreu den hier bestehenden Grundsätzen ist die nachträgliche Ausräumung des Verdachts möglich, wenn der Verdacht leicht zu verifizieren ist, die Verkäuferin die sofortige Behebung anbietet und die Nachbesserung für den Käufer keine Unannehmlichkeiten mit sich bringt.⁴⁸⁶ Zu berücksichtigen sind insbesondere Dauer, Intensität und Auswirkungen der Massnahme auf die Kaufsache selbst sowie auf die Rechtsstellung des Käufers.

D. Die Bestätigung des Verdachts

330 Nachdem vorstehend erörtert wurde, welche der Kaufvertragsparteien mit der Überprüfung des Verdachts belastet ist und in welchem Umfang dem Verdacht nachzugehen ist, sind zunächst die Voraussetzungen sowie die rechtlichen Wirkungen einer Bestätigung und anschliessend diejenigen der Ausräumung zu behandeln.

1. Tatbestand und Beweis der Bestätigung

331 Ein Verdacht ist bestätigt, wenn er sich bewahrheitet. Neu muss ein körperlicher oder rechtlicher Mangel vorliegen, der den Wert der Sache oder ihre Gebrauchstauglichkeit mindestens erheblich mindert (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR). Die Verifizierung des Verdachts kann auf zwei Arten erfolgen, mithin auf zwei verschiedene Beweisgegenstände abzielen. Sie kann einerseits durch eindeutige Klärung der ungesicherten Tatsachenlage geschehen (z.B. lässt der Käufer das Hasenfleisch prüfen mit dem Ergebnis, dass es effektiv von Salmonellen befallen ist). Hier knüpft der Beweisgegenstand am vermuteten körperlichen oder rechtlichen Mangel an.

⁴⁸⁴ Anders das Werkvertragsrecht in Art. 368 Abs. 2 OR.

⁴⁸⁵ BGer, 4C.307/2000, 22.02.2001, E. 6; BUCHER, OR BT, 97; BK-GIGER, Art. 205 OR N 42 f.; BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5 f.; SCHLUEP, 68 ff., 137 ff.; unklar REN, Rz. 200–204.

⁴⁸⁶ BK-GIGER, Art. 205 OR N 42 f.; BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 6; BGer, 4C.307/2000, 22.02.2001, E. 6.

Andererseits können sich die Verdachtsmomente so stark verdichten, bis keine ernsthaften Zweifel mehr an der Bewahrheitung des Verdachts verbleiben, obwohl der unmittelbare Nachweis der Bestätigung nicht erbracht worden ist (z.B. entwickeln alle Gäste eines Restaurants Krankheitssymptome, nachdem sie das Hasenfleisch gegessen haben). Der Beweis ist hier mittels Indizien erbracht.

Im letzteren Fall ist es möglich, dass sich der Verdacht aufgrund des Hinzutretens weiterer Umstände zwar erhärtet, jedoch der eigentliche Mangel dennoch nicht als strikt bewiesen gelten kann (z.B. entwickeln nicht alle, sondern nur ein oder zwei Restaurantgäste nach dem Konsum des Fleisches Krankheitssymptome). Rechtlich ist dies jedoch nicht von Belang, da dem Käufer so oder anders Gewährleistungsrechte offenstehen. 332

2. Das Verhältnis zum versteckten Mangel

Die Verifikation des Verdachts entspricht der Offenlegung eines noch nicht in seiner Gänze zutage getretenen versteckten Mangels. Anstelle des Mangelverdachts liegt neu ein körperlicher oder rechtlicher Mangel vor. Haben Überprüfungsmaßnahmen des Käufers den Verdacht bestätigen können, hat er gemäss Art. 201 Abs. 3 OR den nun offen zutage getretenen Mangel anzuzeigen.⁴⁸⁷ Auch möglich ist, dass bei der Prüfung der Ware nach Art. 201 Abs. 1 OR zunächst ein Verdacht entsteht, den der Käufer mithilfe einer weiteren Untersuchungsmaßnahme sogleich innerhalb einer kurzen Zeitspanne bestätigen kann. Diese Konstellation ist einheitlich unter Art. 201 Abs. 1 OR zu subsumieren, obwohl dies streng genommen dogmatisch verfehlt ist. 333

3. Rechtsfolge der Bestätigung

Die Offenbarung eines versteckten Mangels ist nur dort von Bedeutung, wo der Käufer noch über die Kaufsache verfügt. Hat der Käufer gestützt auf den Verdacht bereits die *Wandelung* erklärt oder eine verdachtsfreie *Ersatzleistung* erhalten, zeitigt die spätere Bestätigung des Verdachts inter partes keine Wirkungen. 334

Anders ist die Lage, wenn der Käufer noch über die Ware verfügt. Das ist der Fall, wenn der Käufer auf Basis des Verdachts die *Minderung* erklärt hat. Hier verschiebt die spätere Klärung der Tatsachenlage das durch die Minderung eigentlich 335

⁴⁸⁷ Siehe Rz. 380.

restituierte synallagmatische Gleichgewicht erneut zuungunsten des Käufers. Bestätigt sich der Verdacht, sinkt der Verkehrswert der Ware in aller Regel unter den bereits geminderten Kaufpreis. Der Käufer bezahlt (nach erfolgter Minderung) für verdachtsbehaftete Ware und erhält eine effektiv fehlerhafte Kaufsache. Es kommt zu einer sog. *Unterkompensation*.

- 336 Der nun offen zutage getretene Mangel berechtigt den Käufer erneut zur Geltendmachung aller ihm zustehenden Mängelrechte. Er ist insbesondere nicht auf die Minderung beschränkt. Der zeitlich vorgehende Gewährleistungstatbestand «Verdacht» ist also vom zeitlich nachgehenden Gewährleistungstatbestand «Fehler» zu trennen.⁴⁸⁸

E. Die Ausräumung des Verdachts

1. Tatbestand der Ausräumung

1.1 Stand der Lehre und der Rechtsprechung

- 337 Die Resonanz der Lehre zur Anforderung an die Aufklärung des Verdachts ist überschaubar. Nach MAGNUS und KOLLER/JOST ist der Verdacht widerlegt, wenn die Verkäuferin hinreichend nachweist, dass die Ware nicht über die vermutete Eigenschaft verfügt. Dieser Nachweis müsse in angemessener Zeit erbracht werden. Als angemessen gelte die Zeitspanne, innert welcher der Käufer die Ware nach den Umständen weiterveräußern oder selbst nutzen würde. Eine spätere Entkräftung stelle die Verwendbarkeit der Ware nicht wieder her.⁴⁸⁹ Dies habe zur Folge, dass der Käufer die Mängelrechte nicht sofort ausüben dürfe.⁴⁹⁰
- 338 In inhaltlicher Hinsicht müsse die Beseitigung des Verdachts die Verkäuflichkeit bzw. die Gebrauchstauglichkeit der Ware wiederherstellen.⁴⁹¹ Sei der Verdacht in den Medien ausführlich thematisiert worden, reiche die Widerlegung des Verdachts allein nicht aus, da der Käufer nur mit erhöhten Anstrengungen und allenfalls unter Gewährung eines Preisnachlasses einen Abnehmer finden werde.⁴⁹² Als

⁴⁸⁸ Siehe Rz. 124 ff.

⁴⁸⁹ MAGNUS, 263; KOLLER/JOST, 48.

⁴⁹⁰ KOLLER/JOST, 48.

⁴⁹¹ RUSCH, Verdacht, 45; KOLLER/JOST, 48; FAUST, 199; ähnlich auch MAGNUS, 263.

⁴⁹² FAUST, 199; vgl. auch BGE 116 II 480, wonach im Zuge des Reaktorunfalls in Tschernobyl atomar verstrahltes, aber faktisch zum Konsum geeignetes Gemüse nicht hat verkauft werden können, da die Konsumenten die Produkte mieden. Mit anderen Wor-

praktisch nicht ausräumbar kann sich ein Verdacht im Zusammenhang mit Fahrzeugen erweisen. Verdachtsbegründend kommen insbesondere die Art der Vornutzung des Fahrzeugs oder ein zur Leistungssteigerung durchgeführtes Chip-Tuning in Frage.⁴⁹³

Auch die Gerichte haben sich nur vereinzelt zu den Voraussetzungen der Verdachtsbeseitigung geäußert. Das OLG München kam zum Schluss, eine Beseitigung des Verdachts rund fünf Monate nach vereinbarter Abnahme sei verspätet. Zudem ging es anders als die Verkäuferin nicht davon aus, dass Letztere den Verdacht wissenschaftlich entkräftet habe. Ein Restverdacht habe noch immer vorgelegen.⁴⁹⁴ Das OLG Karlsruhe folgte in einem Entscheid, die Verkäuferin könne sich nicht auf die Mitteilung beschränken, Langzeittests hätten gezeigt, dass der Verdacht nicht zutrefte. Die Verkäuferin hätte sich eingehend zur Vorgehensweise und zum Resultat der Untersuchungen äussern müssen, um den Verdacht ausräumen zu können.⁴⁹⁵ 339

1.2 Würdigung

Die Betrachtung der Lehre und der Rechtsprechung zeigt, dass eine vollständige Beseitigung des Verdachts zeitlichen wie auch inhaltlichen Anforderungen zu genügen hat. Die Beseitigung des Verdachts erweist sich also als vielschichtiger als dessen Verifizierung. 340

1.2.1 Die rechtzeitige und die verspätete Widerlegung

In zeitlicher Hinsicht ist fraglich, bis wann die Beseitigung des Verdachts gewährleistetungsrechtlich bedeutsam ist. Hierbei geht es um die Bemessung der Nachbesserungsfrist. Der Vorschlag von KOLLER/JOST, wonach die Zeitspanne massgebend 341

ten konnte die Verdachtswiderlegung die Verkäuflichkeit der Ware nicht wiederherstellen.

⁴⁹³ Vgl. VUIA, Gebrauchtwagen, 116; OLG Hamm, 28 U 186/10, 09.02.2012, E. II.1.b.aa. Dass Chip-Tuning nicht pauschal einen Verdacht des höheren Verschleisses begründet, legt VON DER HORST, 391–397, überzeugend dar. Dies lasse insbesondere die Tendenz bei den Herstellern ausser Acht, nur noch einen Motorentyp für eine ganze Baugruppe herzustellen. Die herstellenseitig standardmässig konfigurierte Software könne je nach weiteren Komponenten des Fahrzeugs (Antrieb, Bremsen) optimiert werden, ohne einen höheren Verschleiss zur Folge zu haben.

⁴⁹⁴ OLG München, 21 U 4350/97, 03.04.1998.

⁴⁹⁵ Vgl. OLG Karlsruhe, 9 U 165/01, 29.05.2002, wonach sich die Verkäuferin zur Anzahl untersuchter Fahrzeuge und über den untersuchten Zeitraum hätte äussern müssen.

sei, innert welcher der Käufer die Ware nach den Umständen weiterveräusern oder selbst nutzen würde, überzeugt.⁴⁹⁶ Ergänzend können bestehende Grundsätze zur Angemessenheit von Fristen beigezogen werden.⁴⁹⁷ Insbesondere bei verderblicher oder erheblichen Preisschwankungen ausgesetzter Ware ist die Frist kürzer zu bemessen als bei beständiger Ware.⁴⁹⁸

- 342 Fusst das Nachbesserungsrecht der Verkäuferin auf Treu und Glauben, darf der Käufer eine beschleunigte Mängelbeseitigung erwarten. Da die dem Käufer zustehenden gesetzlichen Mängelrechte während der Nachbesserungsfrist ruhen, ist es der Verkäuferin zuzumuten, ausserordentliche Massnahmen zur notwendigen Beschleunigung zu ergreifen, wodurch sich die Dauer der Verbesserungsfrist entsprechend verkürzt.⁴⁹⁹ Haben die Parteien die Nachbesserung vertraglich vorgesehen, ist die Frist grosszügiger zu bemessen.

1.2.2 Die vollständige Widerlegung nebst entfallenden Verdachtsfolgen

- 343 In inhaltlicher Hinsicht hat ein Verdacht als ausgeräumt zu gelten, wenn er widerlegt werden konnte. Ein Verdacht ist klarerweise dann widerlegt, wenn mit dessen Beseitigung auch seine Folgen verschwinden, mithin Wert und Gebrauchstauglichkeit der Ware wiederhergestellt sind.
- 344 Spanische Salatgurken stehen unter dem Verdacht, mit EHEC-Bakterien verseucht zu sein. Die Gurken taugen daher nicht mehr zum Verzehr und haben erheblich an Wert verloren. Kurze Zeit später stellt sich heraus, dass die Gurken einwandfrei sind. Ihre Gebrauchstauglichkeit wie auch ihr Wert sind vollständig restituiert.
- 345 An die Widerlegung des Verdachts sind strenge Anforderungen zu stellen. Sie muss auf gefestigten Erkenntnissen basieren und darf keine Restzweifel offenlassen. Insbesondere bei neuen wissenschaftlichen Methoden oder Erkenntnissen muss im Einzelfall Berücksichtigung finden, dass die Methode selbst nicht über alle Zweifel erhaben sein und daher ein Restverdacht bestehen bleiben kann. Ist dies der Fall, ist die Ware nach wie vor mangelhaft.

⁴⁹⁶ Vgl. KOLLER/JOST, 48.

⁴⁹⁷ Im Kaufrecht sind namentlich Art. 107 Abs. 1 sowie Art. 201 Abs. 1 OR zu beachten.

⁴⁹⁸ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 205 OR N 37.

⁴⁹⁹ So GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1784, für den Nachbesserungsanspruch des Bestellers im Werkvertrag.

1.2.3 Die vollständige Widerlegung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen

Gerade bei medial aufgebauschten Verdachtsfällen ist es möglich, dass trotz wissenschaftlich gesicherter Beseitigung des Verdachts seine Folgen nicht (vollständig) verschwinden. Dem Tschernobyl-Gemüse-Entscheid lag beispielsweise ein solcher Sachverhalt zugrunde.⁵⁰⁰ 346

Tschernobyl-Gemüse-Entscheid: Nach dem Reaktorunglück in Tschernobyl warnten verschiedene Bundesstellen vor dem Verzehr von ungewaschenem frischem Gemüse, da es selbst in der Schweiz durch direkte Strahlung und durch Niederschlag zu Ablagerung von Radioaktivität kam. Auch die Medien berichteten eingehend über das Unglück und seine Auswirkungen u.a. auf das hiesige Blattgemüse. Es entstand der Verdacht der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit. Die Bevölkerung reagierte mit einer gewissen Verängstigung. Blattgemüse wurde vorübergehend nicht mehr oder in geringeren Mengen gekauft. Wissenschaftlich war indes unbestritten, dass das gewaschene Gemüse ohne Risiko konsumiert werden konnte. 347

Nach Auffassung der herrschenden Lehre ist dieses Blattgemüse trotz Ausräumung des Verdachts sachmangelbehaftet.⁵⁰¹ Dem ist zumindest beim Konsumentenkauf nicht zuzustimmen. Art. 197 Abs. 1 OR verlangt (nebst den hier nicht interessierenden vereinbarten Eigenschaften) eine fehlende vorausgesetzte Eigenschaft, deren Fehlen sich negativ auf den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Ware auswirkt. Mit der Widerlegung des Verdachts verfügt die Kaufsache nachträglich über sämtliche vertragsgemässen Merkmale. Das Gemüse ist unbedenklich verzehrbar und damit gebrauchstauglich. Einem dennoch verbleibenden Minderwert fehlt der notwendige Bezug zur effektiven Beschaffenheit der Sache.⁵⁰² Es sei daran erinnert, dass der Wert der Sache für sich allein keine Eigenschaft der Sache darstellt.⁵⁰³ Diese hier vertretene Grenzziehung ist im Lichte des Mangelkriteriums der Wertminderung eminent, da sie die Haftung der Verkäuferin für den blossen Wertverlust der verkauften Ware ausschliesst. Will man hier mit der herrschenden Lehre das harmlose Blattgemüse hingegen als mangelhaft ansehen, obwohl ihm keine Eigenschaft fehlt, überwälzt man der Verkäuferin im Resultat das Risiko der negativen Preisentwicklung. 348

⁵⁰⁰ BGE 116 II 480.

⁵⁰¹ Vgl. RUSCH, Verdacht, 45; KOLLER/JOST, 48; FAUST, 199.

⁵⁰² Vgl. BGer, 4A_401/2011, 18.01.2012, E. 3.3: «Ein allfälliger Minderwert der Kaufsache erweist sich bei Fehlen eines erheblichen Mangels als von vornherein unerheblich.»

⁵⁰³ Vgl. BGE 91 II 353; vgl. auch BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 2; HUGUENIN, Rz. 2610. Siehe auch Rz.107, 138, 256.

- 349 Eine Haftung lässt sich auch nicht mit dem Argument herbeireden, die tiefere Marktbewertung basiere – gleich wie der Verdacht – auf der Vorgeschichte der Kaufsache und führe daher zur Mangelhaftigkeit. Dies lässt ausser Acht, dass nicht die Vorgeschichte der Kaufsache, sondern deren unklare Beschaffenheit mangelbegründend wirkt. Mit der Widerlegung des Verdachts entfällt auch die unklare Beschaffenheit als mangelbegründende Eigenschaft.

1.2.4 Die Abschwächung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen

- 350 Nach Massgabe von Art. 197 Abs. 1 OR muss sodann ausreichen, wenn der Verdacht zwar nicht widerlegt, aber dermassen stark entkräftet werden konnte, dass seine Folgen unter die Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR fallen. Bleibt hingegen der Minderwert trotz teilweiser Ausräumung des Verdachts erheblich, führt sie aber zu einem höheren Wert der Kaufsache, so verringert sich immerhin der Preisabschlag, den der Käufer mit der Minderung zu fordern berechtigt ist.

2. Der Beweis der Ausräumung

- 351 Die Widerlegung des Verdachts kann sich auf zwei Beweisgegenstände beziehen. Die Verkäuferin kann einerseits beweisen, dass der Verdacht effektiv nicht zutrifft. Hier knüpft der Beweisgegenstand an der Beschaffenheit der Kaufsache an.⁵⁰⁴ Andererseits kann die Verkäuferin nachweisen, dass die verdachtsbegründenden Tatsachen nicht vorliegen oder die vorhandenen Tatsachen nicht den Schluss zulassen, es läge ein Verdacht vor. In diesem Fall knüpft der Beweisgegenstand beim Verdacht an.⁵⁰⁵ Die Verkäuferin führt hier den Gegenbeweis zum Hauptbeweis, wonach verdachtsbegründende Tatsachen existieren. Ein weiterer Hasen-Ent-

⁵⁰⁴ Z.B., indem die Verkäuferin beweist, dass die verkaufte Ware effektiv altlastenfrei ist oder die Reparatur effektiv technisch einwandfrei vorgenommen wurde.

⁵⁰⁵ Z.B., indem die Verkäuferin beweist, dass der nötige Sachzusammenhang zwischen bewiesener fehlerhafter Ware und vertragsgegenständlicher Ware nicht vorliegt, dass der Unfall zu geringfügig war, um den Verdacht einer technisch nicht einwandfreien Reparatur zu begründen oder dass die atypische Vornutzung von zu geringer Intensität war, um den Verdacht der höheren Materialbeanspruchung zu begründen, vgl. zum Letzteren OLG Köln, 13 U 161/95, 29.05.1996; 14 U 15/12, 19.02.2013; vgl. auch OLG Hamm, 19 U 85/08, 13.01.2009, betr. Ausräumung eines Fälschungsverdachts.

scheid zeigt anschaulich, dass die Führung des Gegenbeweises durchaus Erfolg versprechend sein kann.⁵⁰⁶

Enteignete-Hasen-Entscheid: Die Klägerin importierte im Juni 1963 15 Tonnen argentinisches Hasenfleisch, das sie bei der K-T-AG in Hamburg einlagerte. Ende Oktober stellten die Behörden in Berlin bei 11 von 24 Proben einen Befall mit Salmonellen fest und informierten die Hamburger Gesundheitsbehörde. Eine von dieser anberaumte Prüfung ergab, dass 9 von 15 Proben Salmonellen enthielten. Aufgrund dieses Ergebnisses stellte die Behörde bis Ende 1963 rund 1'100 Tonnen Hasenfleisch sicher, darunter auch die 15 Tonnen der Klägerin. Nach und nach wurden von etwa 620 Tonnen rund 1'700 Proben entnommen, wobei 420 positiv auf Salmonellen ausfielen. Aus der Partie der Klägerin waren keine Proben entnommen worden. Bei der letzten Untersuchung anderer Partien, bei denen jeweils 5 % der Packstücke einer Partie untersucht wurden, fielen 79 von 551 Proben positiv aus.

Die Klägerin liess ihre Ware selbst sachverständig untersuchen. Sie entnahm einmal bei acht und einmal bei zehn Hasen eine Probe, wobei kein Befall festgestellt werden konnte. Dennoch hielt die Gesundheitsbehörde an ihrer Schlussfolgerung fest, dass auch nicht untersuchtes Fleisch befallen sei. Der BGH folgte hingegen den Argumenten der Importeurin. Obwohl ihr Hasenfleisch mit demselben Schiff und von demselben argentinischen Verkäufer gekommen sei wie eine nachweislich stark befallene Partie, sage dies noch nichts über die Beschaffenheit des Fleisches aus. Weil die Hasen verschiedene Marken trügen, sei davon auszugehen, dass sie von unterschiedlichen Betrieben stammten. Dass die Herstellerin der Marke «Manzano», deren Tiere nachweislich stark befallen seien, unhygienisch arbeite, bedeute nicht, dass dies auch auf die Produzentin der Marke «La Estrella» zutrefe. Ferner sei der Salmonellenbefall auf eine Schmierinfektion zurückzuführen, wie sie aufträte, wenn die entfellten Tiere in grösserer Menge in dasselbe Eiswasser getaucht würden. Es könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Hasen sofort nach der Säuberung im Betrieb verpackt und markiert worden seien, so dass eine Schmierinfektion zwischen den einzelnen Hasen nicht in Betracht komme.

Im Resultat verneinte der BGH einen genügenden Sachzusammenhang zwischen der nachweislich fehlerhaften Ware und dem gegenständlichen Fleisch. Für den BGH war die örtlich getrennte Verarbeitung der Marken «La Estrella» und «Manzano» sowie die naheliegende sofortige Einzelverpackung zentral. Für sich allein nicht verdachtsbeseitigend dürfte der Umstand gewesen sein, dass acht bzw. zehn Proben (bei einer Lieferung von 15 Tonnen) negativ ausgefallen sind. Auch im ersten Hasenfall hielt der BGH nämlich fest, der Verdacht sei durch den Nachweis

⁵⁰⁶ BGH, III ZR 106/66, 25.01.1968. Dieser Fall hat keine kaufrechtliche Gewährleistung, sondern die Entschädigung bei Enteignung zum Gegenstand. Dennoch sind die Erwägungen auch unter gewährleistungsrechtlichen Gesichtspunkten von Bedeutung.

von zehn negativen Proben (bei einer Lieferung von 1'964 Kartons) nicht ausgeräumt worden.⁵⁰⁷ In dieselbe Richtung stösst auch der Glykolwein-Entscheid des AG Wolfsburg, wonach eine Bescheinigung der Glykolfreiheit von Ware derselben Gattung ohne Beweiswert sei, da sie nichts über die Substanz des konkreten Kaufgegenstandes aussage.⁵⁰⁸ Für die Verkäuferin ist der Nachweis, wonach eine Teilmenge der gelieferten Ware effektiv mangelfrei sei, demnach wenig Erfolg versprechend. Die Beweisführung sollte sich eher auf die Entkräftung des erforderlichen Sachzusammenhangs konzentrieren.

3. Rechtsfolgen der Ausräumung

354 Bei der Betrachtung der Rechtsfolgen ist zwischen der rechtzeitigen und der verspäteten Ausräumung zu unterscheiden.⁵⁰⁹

3.1 Die rechtzeitige Ausräumung

355 Gelingt die rechtzeitige Ausräumung des Verdachts, hat die Sache als mangelfrei zu gelten. Einer Präzisierung bedarf es im Bereich des merkantilen Minderwerts. Hier nimmt das Bundesgericht bislang an, dass eine Ausräumung des Verdachts keine Auswirkungen zeitigt.⁵¹⁰ Dies trifft m.E. nicht zu. Gleich wie beim allgemeinen Mangelverdacht muss die Widerlegung des Verdachts auch beim Spezialfall des merkantilen Minderwerts den Wegfall des Mangels zur Folge haben. Jedoch dürfte gerade beim reparierten Unfallwagen die Bescheinigung der technisch einwandfreien Reparatur nur den Verdacht der unfachmännischen Reparatur, nicht aber auch andere Verdachtsmomente beseitigen (Verdacht der höheren Anfälligkeit oder der unentdeckt gebliebenen Mängel).

3.2 Die verspätete Ausräumung

356 Zur Wirkung der verspäteten Verdachtsbeseitigung bestehen in Literatur und Judikatur verschiedene Ansichten. Der BGH führt im zweiten Hasenfall aus, die

⁵⁰⁷ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.a.

⁵⁰⁸ AG Wolfsburg, 12 C 727/85, 02.04.1986.

⁵⁰⁹ Die Widerlegung ist rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Nachbesserungsfrist gelingt. Siehe Rz. 341 f.

⁵¹⁰ So ist nach BGE 84 II 158 E. 2 eine Bescheinigung über die einwandfreie Reparatur eines Unfallfahrzeugs nicht von Bedeutung.

nachträgliche Widerlegung des Verdachts heile einen Mangel.⁵¹¹ Gleich urteilte er auch im Glykolwein-Fall.⁵¹²

Die Lehre nimmt diese Rechtsprechung kritisch auf. Massgebend sei demnach nur, dass die Gebrauchstauglichkeit der Ware zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beeinträchtigt sei. Die spätere Entkräftung des Verdachts ändere daran nichts.⁵¹³ Diese späte Entlastungsmöglichkeit macht nach GRUNEWALD auch wenig Sinn, weil sie den Käufer im Ungewissen darüber lässt, ob er die eigentlich zu Recht erklärten Mängelrechte nicht nach Jahr und Tag wieder verliert.⁵¹⁴ Auch aus ökonomischer Sicht ist die heilende Wirkung der Verdachtsausräumung nach SCHMOLKE nicht gerechtfertigt,⁵¹⁵ eine daraus resultierende Über- oder Unterkompensation mithin hinzunehmen.⁵¹⁶

Beim merkantilen Minderwert stellt sich dieselbe Problematik. Da der Verdacht der unfachmännisch ausgeführten Reparatur sich wesensgemäss nicht erhärtet, nimmt der merkantile Minderwert sukzessive ab, bis er schlussendlich vollständig verschwindet. Das Vertrauen des Marktes in die Fehlerfreiheit der Ware nimmt entsprechend zu. Damit wird der Verdacht auf natürliche Weise, genauer durch Zeitablauf, nachträglich ausgeräumt. Hier soll gemäss BGH (freilich nicht ohne Widerspruch zur eigenen Verdachtsjudikatur) und gemäss der herrschenden Lehre eine spätere Verringerung des merkantilen Minderwerts den Schädiger nicht entlasten.⁵¹⁷ Im Allgemeinen geht die Tendenz in Deutschland aber dahin, eine Überkompensation einzuschränken.⁵¹⁸ Auch das Bundesgericht steht der Überkompensation kritisch gegenüber.⁵¹⁹ Vor dem Hintergrund des Gefahrenübergangs als massgebenden Zeitpunkt darf die verspätete Ausräumung aber meines Erachtens nicht berücksichtigt werden.

⁵¹¹ BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.b.

⁵¹² BGH, VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.b.

⁵¹³ Vgl. GRUNEWALD, 138; FAUST, 197; SCHWENZER/TEBEL, 158; SCHMOLKE, 379; Erman-GRUNEWALD, § 434 BGB N 7; Bamb.-Roth-Komm.-FAUST, § 434 BGB N 73; vgl. auch KOLLER/JOST, 48; MAGNUS, 263.

⁵¹⁴ GRUNEWALD, 138.

⁵¹⁵ SCHMOLKE, 379.

⁵¹⁶ SCHMOLKE, 370.

⁵¹⁷ BGH, VI ZR 72/65, 02.12.1966; vgl. ferner MK-OETKER, § 249 BGB N 58; Soergel-EKKENGA/KUNTZ, § 249 BGB N 144; LANGE/SCHIEMANN, 272.

⁵¹⁸ Vgl. zur Rechtsprechungsänderung im Werkvertragsrecht BGH, VII ZR 46/17, 22.02.2018; vgl. weiterführend WEISS, 1047 ff., insb. 1048 f.

⁵¹⁹ BGE 145 III 225 E. 5.1.

F. Zwischenergebnis

- 359 Aufgrund seiner vorübergehenden Natur kann ein Verdacht jederzeit bestätigt oder ausgeräumt werden. Der Käufer, der gestützt auf einen Verdacht Gewährleistungsrechte geltend machen will, hat diesen vorab zu prüfen. Ist ihm dies nicht möglich oder haben die getroffenen Massnahmen nicht zu einer Klärung der Tatsachenlage geführt, liegt ein Mangelverdacht vor. Die Unzumutbarkeit der Verdachtsausräumung ist Kriterium der Erheblichkeitsschwelle von Art. 197 Abs. 1 OR. Hier trifft die Prüfung des Verdachts den Käufer als *Obliegenheit* (siehe Rz. 312 ff.). Der Käufer hat dort den Verdacht zu untersuchen, wo die Geltendmachung von Gewährsansprüchen treuwidrig erscheinen würde (siehe Rz. 322 ff.).
- 360 In allen anderen Fällen ist die Möglichkeit der Verdachtsausräumung irrelevant für die Frage, ob ein Mangel vorliegt oder nicht. Der Verkäuferin steht es jedoch offen, im Rahmen einer *Nachbesserung* den Verdacht zu beseitigen (siehe Rz. 316 ff.). Ist die Nachbesserung vertraglich vorgesehen, liegen für die Verkäuferin grosszügigere Rahmenbedingungen zur Verdachtsausräumung vor, als wenn sich die Nachbesserung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleitet. Die Verkäuferin darf den Verdacht nur mit für dem Käufer zumutbaren Vorkehrungen beseitigen (siehe Rz. 327 ff.).
- 361 Die *Bestätigung* des Verdachts entspricht der Offenlegung eines zuvor noch nicht in seiner Gänze zutage getretenen versteckten Mangels. Gestützt auf diesen kann der Käufer Gewährleistungsrechte geltend machen (siehe Rz. 330 ff.). Die *Ausräumung* des Verdachts hat inhaltlichen und zeitlichen Anforderungen zu genügen (siehe Rz. 337 ff.).

IV. Gefahrübergang

A. Stand der Lehre und der Rechtsprechung

Damit ein die Gewährhaftung herbeiführender Sachmangel vorliegt, muss er zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre ist es im Allgemeinen ausreichend, wenn der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Keim bereits angelegt ist.⁵²⁰ 362

In Bezug auf den Verdacht ist sich die Lehre darin einig, dass die Verkäuferin haftet, wenn der Verdacht vor dem Übergang der Gefahr besteht.⁵²¹ Unterschiedliche Meinungen gibt es darüber, wie es sich mit dem erst später auftretenden Verdacht verhalten soll. Der BGH hatte diese Rechtsfrage im zweiten Hasenfall zu beantworten. Er erachtete es als ausreichend, wenn der Verdacht der Verseuchung erst nach Gefahrübergang zutage tritt, sofern er auf bereits vorhandenen Tatsachen beruht.⁵²² Daran hielt der BGH auch in späteren Entscheiden fest.⁵²³ 363

Ein Teil der Doktrin pflichtet dieser Rechtsprechung bei.⁵²⁴ Andere Autoren möchten einen erst nach Gefahrübergang aufkommenden Verdacht nicht als Sachmangel gelten lassen.⁵²⁵ SCHWENZER/TEBEL sind der Ansicht, ein Verdacht, der erst nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs bekannt wird, sei nicht von der Verkäuferin zu verantworten. Am Beispiel des ersten Hasenfalls bringen sie vor, dessen Herkunft sei bei Gefahrübergang noch nicht problematisch gewesen, weshalb die Gebrauchstauglichkeit zum massgebenden Zeitpunkt nicht beeinträchtigt gewesen sei.⁵²⁶ KOLLER/JOST vertreten eine differenzierte Ansicht. Beruhe der Verdacht da- 364

⁵²⁰ BGer, 4A_601/2009, 08.02.2010, E. 3.2.3; 4C.321/2006, 01.05.2007, E. 4.3.1; BSK-HONSELL, Art. 197 OR N 11; BK-GIGER, Art. 197 OR N 43; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 197 OR N 9; HUGUENIN, Rz. 2614; SCHMID/StÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 338; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 661; ENGEL, 36. Vgl zur identischen Rechtslage in Deutschland MK-WESTERMANN, § 434 BGB N 50; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 434 BGB N 160.

⁵²¹ FAUST, 195; SCHWENZER/TEBEL, 160; RUSCH, Verdacht, 45; KOLLER/JOST, 50.

⁵²² BGH, VIII ZR 75/71, 14.06.1972, E. I.3.b.

⁵²³ BGH, VIII ZR 195/13, 22.10.2014, Rz. 43; VIII ZR 67/04, 02.03.2005, E. II.3.d; VIII ZR 247/87, 23.11.1988, E. B.II.2.b.

⁵²⁴ RUSCH, Verdacht, 45; FAUST, 193–195; SCHMOLKE, 376–379; KNOCH, 1988.

⁵²⁵ SCHWENZER/TEBEL, 160; WANK, 99; vgl. auch mit grundsätzlichen Bedenken gegenüber der Mangelfähigkeit des Verdachts GRUNEWALD, 138; NAKAMURA, 60.

⁵²⁶ SCHWENZER/TEBEL, 160 f.

rauf, dass in anderen Fällen effektiv Qualitätsmängel bewiesen seien, sei ein Aufkommen des Verdachts erst nach dem Gefahrübergang nicht schädlich. Anderes gelte, wenn ein «Generalverdacht auf blossen Vermutungen» beruhe.⁵²⁷

B. Würdigung

- 365 Es liegen keine Gründe vor, in Verdachtsfällen von den allgemeinen und anerkannten Grundsätzen zum Gefahrübergang abzuweichen. Nicht zu überzeugen vermag SCHWENZER/TEBELS Ansatz, welche die Frage nach dem objektiven Zeitpunkt des Vorliegens eines Mangels mit der subjektiven Kenntnisnahme des Käufers vom Mangel beantworten: Weil der Verdacht erst später zutage getreten sei, sei der Mangel erst nach Gefahrübergang eingetreten. Dabei ist anerkannt, dass der Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels durch die Parteien nicht massgebend sein kann für die Frage, ob ein Mangel bei Übergang der Gefahr vorgelegen hat oder nicht.⁵²⁸ Anderenfalls wäre jeder versteckte Mangel erst nach Gefahrübergang entstanden. Auch das Vorbringen, zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs sei die Herkunft des Fleisches nicht problematisch gewesen, weshalb die Gebrauchstauglichkeit nicht beeinträchtigt gewesen sei, überzeugt nicht. Selbstredend taugte das womöglich salmonellenverseuchte Fleisch objektiv nicht zum Gebrauch. Dies war den Parteien nur schlicht noch nicht bekannt. Die Frage, ob ein Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits vorgelegen hat, ist also rein nach objektiven Kriterien zu beantworten. Die subjektive Kenntnis des Käufers ist nicht von Belang.
- 366 KOLLER/JOST sprechen mit ihrem Ansatz die Unterscheidung zwischen originärem und derivativem Verdacht an.⁵²⁹ Nach ihnen ist nur derjenige nach Gefahrübergang aufkommende Verdacht bedeutsam, der sich von gleichartiger Ware ableitet (also der derivative Verdacht), weil hier konkrete Sachumstände vorliegen, die eine zeitliche Fixierung erlauben.⁵³⁰ Damit sprechen die Autoren ein Beweisproblem an. Dieses sollte nicht überschätzt werden. Entgegen KOLLER/JOST können auch beim originären Verdacht konkrete Sachumstände vorliegen, die eine zeitli-

⁵²⁷ KOLLER/JOST, 51.

⁵²⁸ So auch KNOCHE, 1988.

⁵²⁹ Siehe zur Unterscheidung Rz. 44 ff.

⁵³⁰ KOLLER/JOST, 51.

che Einordnung ermöglichen.⁵³¹ Gerade weil der Verdacht regelmässig die Vorgeschichte der Kaufsache betrifft, wird der Beweis des Vorliegens der verdachtsbe gründenden Tatsachen vor dem Übergang der Gefahr selten praktische Probleme bereiten.⁵³² Wo keine solchen Umstände vorhanden sind, ist die Beweisführung des Vorliegens des rechtzeitigen Mangels tatsächlich schwieriger. Dabei handelte es sich aber in erster Linie um ein prozessuales Problem, welches primär durch Mittel des Prozessrechts (z.B. niedrige Anforderungen an das Beweismass) oder durch materiell-rechtliche Gestaltungen prozessualen Inhalts (z.B. die Beweislastumkehr nach § 477 BGB) entschärft werden sollte. Eine Anpassung der materiell-rechtlichen Lage wegen Beweisführungsschwierigkeiten lässt sich allerdings nur schwer rechtfertigen.

Insgesamt sind die Einwände gegen die Anwendung der allgemeinen Grundsätze zum Gefahrübergang damit unbegründet. Für die Anwendung von speziellen Gefahrübergangsregeln für den Mangelverdacht besteht keine Notwendigkeit. 367

⁵³¹ Beim reparierten Unfallwagen lässt sich der Verdacht am Umstand des Unfalls festmachen. Bei den Altlasten-Fällen knüpft der Verdacht regelmässig an der Vorbenutzung des Grundstücks an.

⁵³² Vgl. SCHWENZER/TEBEL, 154.

V. Prüfung und Rüge des Verdachts

A. Die Prüfung des Verdachts

1. Im Allgemeinen

- 368 Der Käufer hat die Kaufsache zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist (Art. 201 Abs. 1 OR). Ergibt sich aus der Prüfung ein Verdacht, ist er der Verkäuferin sofort anzuzeigen (z.B. Einträge im Serviceheft, wonach der gekaufte Gebrauchtwagen nach einem Unfall instand gesetzt wurde, ungewöhnliche Motorengeräusche etc.). Wohl häufiger aber bildet der Verdacht einen versteckten Mangel, der erst mit Hinzutreten weiterer Umstände auftritt (z.B. behördliche Warnungen, Presseberichte etc.).

2. Die Stichprobenprüfung im Besonderen

- 369 Nach beständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt bei einer quantitativ umfangreichen Kaufmenge eine stichprobenweise Prüfung der Ware.⁵³³ Der Käufer darf vom Ergebnis der Stichprobe auf den allgemeinen Zustand der Ware schliessen. Der Verkäuferin soll dafür der Gegenbeweis offenstehen, wonach der nicht kontrollierte Teil eine vertragskonforme Qualität aufweise.⁵³⁴ In dieselbe Richtung zielt auch die zu Art. 209 Abs. 2 OR ergangene Rechtsprechung, wonach ausnahmsweise eine Gesamtwandelung verlangt werden kann, wenn dem Käufer das Aussortieren der fehlerhaften Stücke aus einer erheblichen Gesamtmenge nicht zuzumuten ist.⁵³⁵
- 370 In der Lehre stösst diese Rechtsprechung auf einhellige Zustimmung. Über das dogmatische Gerüst schweigt sie sich aber aus. Die neuere Verdachtslehre erkennt in der Stichproben-Rechtsprechung zutreffend einen Anwendungsfall des Man-

⁵³³ BGE 52 II 362 E. 2; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_592/2013, 04.03.2014, E. 5.2.2; 4C.280/2000, 14.12.2000, E. 2.a; zustimmend ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 OR N 16a; BK-GIGER, Art. 201 OR N 54; KELLER/SIEHR, 83; anders noch BGE 34 II 701 E. 2, wonach vom Resultat der Stichprobe (44 % mangelhaft) auf die gesamte Lieferung geschlossen werden darf (44 % der Ware insgesamt mangelhaft).

⁵³⁴ AKIKOL, Rz. 693; BK-GIGER, Art. 201 OR N 54; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 201 OR N 15.

⁵³⁵ BGer, 4C.152/2003, 29.08.2003, E. 2.2; BGE 34 II 701 E. 3; zustimmend BK-GIGER, Art. 209 OR N 11; BSK-HONSELL, Art. 209 OR N 2.

gelverdachts.⁵³⁶ Dem ist zuzustimmen. Die im Rahmen der Stichprobe untersuchte und als fehlerhaft befundene Ware unterliegt einem körperlichen Fehler. Dieser Umstand begründet den derivativen Verdacht, dass auch die unkontrollierte Ware mit demselben Fehler behaftet ist. Der nach der herkömmlichen Lehre der Verkäuferin zustehende Gegenbeweis entspricht der Ausräumung des Verdachts im Sinne einer Nachbesserung der Kaufsache, was der Verkäuferin nach dem bisher Gesagten während der Nachbesserungsfrist oder – bei erklärter Minderung – auch nach deren Ablauf möglich ist.⁵³⁷ Stichproben-Rechtsprechung ist also Verdachts-Rechtsprechung. Wie der Triumphbogen-Entscheid des Handelsgerichts Aargau zeigt, ist die Induktion – also der abstrahierende Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine – auch bei Kleinstmengen zulässig.⁵³⁸

Triumphbogen-Entscheid: Die deutsche Käuferin erwarb von der schweizerischen Verkäuferin drei aufblasbare Triumphbogen, die als Werbeträger an Autorennen am Hockenheimring verwendet werden sollten. Ein Triumphbogen wurde über der Boxenzufahrt, die beiden anderen auf einer Grünfläche neben der Rennpiste aufgestellt. Während auf der Rennstrecke Trainings- und Vorläufe stattfanden, riss bei einem der Bogen neben der Piste ein Verbindungsstück, so dass er Luft verlor und vom Wind in Richtung Rennstrecke getrieben wurde. Der Bogen, der über der Boxenzufahrt montiert war, vibrierte bei der Durchfahrt der Rennwagen so stark, dass die zur Fixierung des Bogens verwendeten Betonelemente ins Wanken gerieten. Das Handelsgericht schloss daraus, die Eignung aller drei Bogen zum vereinbarten Verwendungszweck sei nicht gegeben gewesen (E. 3.c). 371

Mit diesem Resultat behelf sich das Handelsgericht unbemerkt des Mangelverdachts. Bei differenzierter Betrachtung ist der Mangel nur bei zwei von drei Triumphbogen bewiesen. Der dritte Bogen gab keinen Anlass für Beanstandungen. Auf ihm lastete aber der Verdacht, den Sicherheitsanforderungen ebenfalls nicht zu genügen. Dieser Verdacht des Mangels ist aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung und seiner Folgeschwere selbst ein Mangel. 372

Was gilt, wenn sich nur ein Teil der in der Stichprobe untersuchten Ware als mangelhaft herausstellt? Das Bundesgericht kam in seinem frühen Siphon-Entscheid zum Schluss, die unkontrollierte Ware sei im identischen Verhältnis mangelhaft.⁵³⁹ 373

⁵³⁶ MAGNUS, 259; KOLLER/JOST, 41; KNOCHÉ, 1988.

⁵³⁷ Siehe Rz. 305 ff.

⁵³⁸ Vgl. HGer AG, OR.2001.00029, 05.11.2002; vgl. ferner FOUNTOLAKIS, 160 ff., die aber keinen Bezug zum Verdacht als Mangel herstellt.

⁵³⁹ BGE 34 II 701 E. 2.

- 374 *Siphon-Entscheid*: Die Käuferin erwarb 1'202 Siphons. Nach Übergabe der Ware untersuchte sie deren 70. Davon erwiesen sich 31 als defekt (= 44 % der untersuchten Ware). Das Bundesgericht stimmte dem vorinstanzlichen Schluss zu, wonach auch die nicht geprüfte Ware in diesem Verhältnis mangelhaft sei.
- 375 Diese Schlussfolgerung ist m.E. nicht richtig. Vielmehr erstreckt sich der Verdacht des körperlichen Fehlers auf die gesamte unkontrollierte Lieferung.⁵⁴⁰ Die unkontrollierten 1'132 Siphons unterlagen demnach einem Mangelverdacht. Der Verkäuferin stünde offen, den Verdacht mittels Nachbesserung zu beseitigen und den Siphons so die ihr fehlende Eigenschaft «verdachtsfrei» nachträglich zu verschaffen. Die nachweislich funktionstauglichen Stücke sind vertragskonform, die nachweislich mangelhaften Stücke unterliegen einem körperlichen Fehler.

B. Die Rüge des Verdachts

1. Im Allgemeinen

- 376 Erkennt der Käufer einen Verdacht, hat er ihn der Verkäuferin sofort anzuzeigen (Art. 201 Abs. 1 und 3 OR). Die Rüge ist substantiiert zu begründen. Die Verkäuferin muss erkennen können, inwiefern die Ware vertragswidrig sein soll.⁵⁴¹ Rügt der Käufer einen Verdacht, hat er darzulegen, von welchen Tatsachen er einen solchen herleitet und welcher Eigenschaft er den Kaufgegenstand verdächtigt. Hat der Käufer allenfalls ihm obliegende Massnahmen zur Beseitigung des Verdachts getroffen, hat er die Verkäuferin auch darüber zu orientieren.⁵⁴² Die Rüge muss sich hingegen nicht zur Verdachtsfolge äussern, d.h. darüber, ob der Verdacht eine Wertminderung herbeiführt oder die Tauglichkeit zum Gebrauch beschlägt.

⁵⁴⁰ So auch bereits der BGH im ersten Hasenfall, vgl. dazu BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969. Gleich urteilt der EuGH auch unter dem Gesichtspunkt der Produkthaftung, vgl. dazu EuGH, C-503/13 und C-504/13, 05.03.2015, Rz. 43.

⁵⁴¹ Vgl. BGE 101 II 83 E. 3; BGer, 4C.395/2001, 28.05.2002 = Pra 92 (2003) Nr. 107; ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 201 OR N 25; BK-GIGER, Art. 201 OR N 62; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 10; FURRER, 54 f.

⁵⁴² Vgl. RUSCH, Verdacht, 47. Siehe zur Prüfung des Verdachts als Obliegenheit des Käufers Rz. 312 ff.

2. Die Eventualrüge im Besonderen

2.1 Problemstellung und Meinungsstand

Die Genehmigungsfiktion nach Art. 201 Abs. 2 OR steht in einem Spannungsverhältnis zur Regel, dass der Käufer einen Mangel erst rügen muss, wenn er dessen Tragweite voll erfasst: Einerseits zwingt die Genehmigungsfiktion den Käufer, entdeckte Mängel sofort anzuzeigen. Andererseits gilt ein Mangel erst mit seiner zweifelsfreien Feststellung als entdeckt.⁵⁴³ Bei Hinzutreten des Verdachts eines Mangels verstärkt sich die Diskrepanz. Wartet der Käufer bei Entstehung eines Verdachts ab, um dessen Tragweite besser nachvollziehen zu können, droht die fingierte Genehmigung. 377

Um die Problematik zu entschärfen, behelfen sich Lehre und Rechtsprechung mit dem Institut der *Eventualrüge* bzw. der *vorsorglichen Rüge*. Zu unterscheiden sei der Zeitpunkt, in dem gerügt werden müsse, vom Zeitpunkt, ab welchem gerügt werden dürfe.⁵⁴⁴ Dem Erwerber sei es unbenommen, vorsorglich auf blosser Vermutungen hin eine Mängelrüge anzubringen, um die fingierte Genehmigung zu verhindern.⁵⁴⁵ 378

2.2 Würdigung

Unterscheidet man zwischen den Mangelarten «Verdacht» einerseits und «körperlichem Fehler» andererseits, so zeigt sich, dass die Eventualrüge inhaltlich nicht einer vorsorglichen Rüge des körperlichen Fehlers entspricht, sondern der ordinären Rüge des Mangelverdachts. Wer Verdacht schöpft, hat dies der Verkäuferin sofort anzuzeigen (Art. 201 Abs. 1 OR). Wie üblich muss der Käufer den Verdacht erst rügen, wenn er dessen Tragweite ausreichend begreift. Dies bedingt insbesondere, dass der Käufer erkennt, dass der Verdacht mindestens eine erhebliche Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache zur Folge hat. Unterlässt der Käufer die Rüge, verwirkt er die (nur) auf dem Verdacht basierenden Gewährleistungsansprüche. 379

Nicht verwirkt hat der Käufer damit seine Mängelrechte infolge körperlichen Fehlers. Bestätigt sich der Verdacht, liegt ein – ehemals verborgener – körperlicher 380

⁵⁴³ Vgl. BGE 107 II 172 E. 1.a.

⁵⁴⁴ KOLLER, *Eventualrüge*, 94.

⁵⁴⁵ BGer, 4A_293/2017, 13.02.2018, E. 2.2.3; 4C.379/2001, 03.04.2002, E. 3.c; RUSCH, *Verdacht*, 47; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 201 OR N 12; KOLLER, *Werkvertrag*, Rz. 598; mit Vorbehalten zustimmend GAUCH, *Werkvertrag*, Rz. 2147a, 2183.

Mangel vor, der den Käufer nach konformer Rüge zur Erhebung von Ansprüchen berechtigt (Art. 201 Abs. 3 OR). Hat der Käufer den Verdacht eines Mangels wirksam gerügt, so ist für den Fall, dass sich dieser zweifelsfrei bestätigt, dennoch eine erneute Rüge des körperlichen Fehlers zu verlangen.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ Siehe zum alternativen Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsbezogenem Fehler Rz. 125 ff.

VI. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung

Die Verkäuferin trifft keine Pflicht zur Gewährleistung, wenn diese durch Partei- 381
abrede wegbedungen wird (Beschränkung der Gewährleistung nach Art. 199 OR)
oder der Mangel dem Käufer bekannt war oder bekannt hätte sein müssen (Aus-
schluss der Gewährleistung nach Art. 200 OR).

A. Vertragliche Beschränkung

1. Die Wegbedingung der Haftung bei Verdacht

Die Parteien können die Sachgewährleistung für einen Verdacht nach Massgäbe 382
von Art. 199 OR wegbedingen. Ob eine Ausschlussabrede, die den Verdacht
nicht ausdrücklich aufführt, diesen mitumfasst, ist durch Auslegung nach dem
Vertrauensprinzip zu ermitteln.⁵⁴⁷ Davon ist namentlich bei einem umfassenden
Ausschluss auszugehen (z.B. «Die Haftung der Verkäuferin für Sachmängel wird
ausgeschlossen»⁵⁴⁸).

Schwieriger ist die Frage bei der teilweisen Freizeichnung. Das gilt insbesondere, 383
wenn die Haftung für vorausgesetzte, nicht aber für vereinbarte Eigenschaften
ausgeschlossen werden soll. Für eine solche Haftungsgestaltung trifft man in der
Praxis gelegentlich auf Freizeichnungsklauseln, die sich am Wortlaut von Art. 197
Abs. 1 OR orientieren (z.B. «Die Verkäuferin haftet dem Käufer für zugesicherte
Eigenschaften. Die Gewährleistung für körperliche oder rechtliche Mängel wird
ausgeschlossen.»). Beschränkt sich die Freizeichnung nur auf körperliche oder
rechtliche Mängel, ist fraglich, ob dies Verdachtsfälle mitumfasst. Der klare Wort-
laut der Vertragsklausel und die Regel, wonach Freizeichnungsbestimmungen ein-
schränkend auszulegen sind,⁵⁴⁹ legen nahe, dass die Verkäuferin im Verdachtsfall
haftet. Meines Erachtens überwiegt hier aber eine Auslegung a maiore ad minus.
Die Verkäuferin darf nach Massgabe des Vertrauensprinzips davon ausgehen, der

⁵⁴⁷ Vgl. anstelle vieler BK-GIGER, Art. 199 OR N 9.

⁵⁴⁸ Von einem umfassenden Ausschluss ist jedoch nicht leichthin auszugehen. Dass
im Einzelfall selbst die Abrede, der Verkäufer leiste «für irgend welche Mängel
[...] keinerlei Währschaft», die Gewährleistung nicht umfassend ausschliesst, zeigt
BGE 91 II 275 E. 2.b illustrativ.

⁵⁴⁹ BGE 126 III 59 E. 5.a; BSK-HONSELL, Art. 199 OR N 3.

Ausschluss des körperlichen oder rechtlichen Mangels umfasse auch den leichter wiegenden Verdacht eines solchen Mangels. Dass der Verdacht in solchen Fällen von der Freizeichnung mitumfasst sein muss, zeigt sich auch anschaulich im Fall seiner späteren Bestätigung.

- 384 Der Käufer erwirbt argentinisches Hasenfleisch. Die Parteien schliessen die Gewährleistung für körperliche und rechtliche Mängel aus. Es entsteht der Verdacht, das Fleisch sei salmonellenverseucht. Nimmt man (entgegen der hier vertretenen Auffassung) an, die Verkäuferin hafte für den Verdacht, so stehen dem Käufer im Verdachtsfall die Gewährleistungsrechte offen. Bestätigt sich nun der Verdacht, wandelt sich der Verdacht zum körperlichen Fehler. Dafür haftet die Verkäuferin infolge Freizeichnung nicht.
- 385 Von der Miterfassung des Verdachts ist selbst dann auszugehen, wenn die Verkäuferin in ihren *allgemeinen Geschäftsbedingungen* die Haftung ausdrücklich nur für körperliche oder rechtliche Mängel ausschliesst. Zwar würde die Verkäuferin nach der Unklarheitenregel für den Verdacht haften, da dies für den Kunden günstiger wirkt.⁵⁵⁰ Jedoch darf diese erst herangezogen werden, wenn alle anderen Auslegungsmittel nicht zu einem klaren Ergebnis führen,⁵⁵¹ was vorliegend nach dem oben Gesagten nicht der Fall ist.

2. Schranken der Wegbedingung

2.1 Im Allgemeinen

- 386 Eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn die Verkäuferin dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR). Auch das deutsche Recht verlangt in § 444 BGB ein arglistiges Verschweigen. Der Bundesgerichtshof reduziert den Begriff der Arglist auf die Absicht und verlangt damit kein moralisch verwerfliches Verhalten.⁵⁵² Gleich ist auch die hiesige Rechtsauffassung. Es genügt, wenn die Verkäuferin es

⁵⁵⁰ Vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG-PERRIG, Rz. 260; KOLLER, OR AT, Rz. 23.53; BK-MÜLLER, Art. 18 OR N 197.

⁵⁵¹ BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 m.w.H.; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_72/2021, 28.09.2021, E. 6.3.4; HUGUENIN, Rz. 629.

⁵⁵² BGH, V ZR 43/94, 03.03.1995, E. II.2.b: «Das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln des Veräusserers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines «Fürrmöglichhaltens und Inkaufnehmens» reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss.»

bewusst unterlässt, einem Käufer eine Tatsache offenzulegen, obwohl sie dazu gesetzlich, vertraglich oder aus Treu und Glauben verpflichtet wäre.⁵⁵³

In der Praxis treten gesetzliche und vertragliche Offenlegungspflichten im Gegensatz zur Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben in den Hintergrund. Das Bundesgericht bejaht eine Pflicht zur Offenbarung nach Treu und Glauben, wenn die Verkäuferin weiss oder in Kauf nimmt,⁵⁵⁴ dass der Käufer in Kenntnis des entsprechenden Umstands den Vertrag nicht oder zu anderen als den vereinbarten Bedingungen geschlossen hätte,⁵⁵⁵ die Tatsache den vertragsgemässen Zustand⁵⁵⁶ bzw. den Gebrauch der Ware⁵⁵⁷ beeinträchtigt oder anderswie dem Käufer wichtig⁵⁵⁸ ist. 387

2.2 Aufklärungspflichten beim Grundstückskauf

Von besonderer Relevanz sind Aufklärungspflichten beim Grundstückskauf. Hier vereinbaren die Vertragsparteien standardmässig die Aufhebung der Gewährleistung.⁵⁵⁹ Ob der Käufer gegen die Verkäuferin Sachmängelansprüche geltend machen kann, reduziert sich beim Grundstückskauf daher in den meisten Fällen auf die Frage, ob die Verkäuferin Grundstücksfehler absichtlich verschwiegen hat. Dies ist der Fall, wenn die Verkäuferin die Offenlegung eines bestehenden Verdachts unterlässt.⁵⁶⁰ Weil das arglistige Verschweigen für den Vertragsschluss nicht kausal gewesen zu sein braucht,⁵⁶¹ droht der Verkäuferin eine erhebliche Verschlech- 388

⁵⁵³ BGE 131 III 145 E. 8.1; 116 II 431 E. 3; BGer, 4A_38/2021, 03.05.2021, E. 3.2; LÖRTSCHER, 138; BUOL, 112; BK-GIGER, Art. 199 OR N 30; KELLER/SIEHR, 113; HUGUENIN, Rz. 2638; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 131; a.A. HONSELL, FS Gauch, 101 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 OR N 69 ff.

⁵⁵⁴ BGer, 4A_38/2021, 03.05.2021, E. 7.1; 4A_11/2015, 25.06.2015, E. 2.2.2.

⁵⁵⁵ BGE 132 II 161 E. 4.1; BGer, 4A_70/2011, 12.04.2011, E. 4.1.

⁵⁵⁶ BGer, 4A_470/2012, 23.01.2013, E. 2.1.

⁵⁵⁷ BGer, 4A_226/2009, 20.08.2009, E. 3.2.3.

⁵⁵⁸ BGer, 4A_301/2010, 07.09.2010, E. 3.2.

⁵⁵⁹ Vgl. Grundstückskauf-PFÄFFLI, 566; Vertragshandbuch-TINNER, 1687; SCHMID, 379.

⁵⁶⁰ Vgl. BGE 66 II 132 E. 6; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_627/2020, 24.08.2021, E. 4.2; BK-GIGER, Art. 199 OR N 34; Grundstückskauf-RÜEGG, 215. Vgl. zur deutschen Rechtslage BGH, V ZR 250/15, 21.07.2017, Rz. 6: «Besteht aufgrund der früheren Nutzung eines Grundstücks ein Altlastenverdacht, stellt bereits dies [...] einen offenbarungspflichtigen Sachmangel dar.»; vgl. ferner BGH, V ZR 203/09, 10.12.2010; V ZR 43/94, 03.03.1995; SCHLEMMINGER, 1434.

⁵⁶¹ KELLER/SIEHR, 113.

terung ihrer Rechtsposition. Unter Verdachtsgesichtspunkten ist die Verkäuferin eines Grundstücks daher verpflichtet:

- über die frühere Nutzung des Grundstücks aufzuklären, sofern diese eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein von Altlasten nach sich zieht (Mülldeponie, Tankstelle, Gleisgrundstück);⁵⁶²
- nicht durch ein Fachunternehmen ausgeführte Arbeiten zu kontrollieren, widrigenfalls sie in Kauf nimmt, der Mangel sei noch vorhanden;⁵⁶³
- über die noch nicht eingetretene Gewissheit des Erfolgs selbst vorgenommener Sanierungsmassnahmen zu informieren;⁵⁶⁴
- über trotz fachmännischer Reparatur erneut auftretende Mängelsymptome zu informieren, selbst wenn die Symptome gemäss Fachmann normal sind;⁵⁶⁵
- über effektiv bekannte Altlasten zu informieren, statt nur einen Altlastenverdacht mitzuteilen;⁵⁶⁶
- über die Möglichkeit des Eintritts von Feuchtigkeitsschäden zu informieren.⁵⁶⁷

2.3 Aufklärungspflichten beim Fahrniskauf

389 Beim Fahrniskauf hat der BGH bereits im ersten Hasenfall darauf hingewiesen, die Verkäuferin müsse die ihr bekannt gewordenen Verdachtsumstände mitteilen.⁵⁶⁸ Daneben beherrscht vor allem der Gebrauchtwagenhandel die Diskussion um arglistig verschwiegene Verdachtsumstände. Namentlich muss die Verkäuferin über den Umstand einer Unfallbeteiligung informieren, bei dem es zu mehr als nur Bagatellschäden gekommen ist. Als Bagatellen fallen nach deutschem Recht nur ganz geringfügige äussere Lackschäden in Betracht. Über (Blech-)Schäden muss die Verkäuferin hingegen informieren, selbst wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand sich im tiefen dreistelligen Bereich be-

⁵⁶² BGH, V ZR 35/15, 08.07.2016; V ZR 218/98, 01.10.1999; V ZR 121/90, 12.07.1991; III ZR 16/90, 19.03.1992; OLG Celle, 8 U 49/08, 21.08.2008, E. II.1.a.

⁵⁶³ BGH, V ZR 216/14, 19.02.2016, Rz. 19 f.; OLG Saarbrücken, 1 U 132/12, 06.02.2013.

⁵⁶⁴ LG Bonn, 10 O 27/03, 30.10.2003; vgl. aber auch OLG Saarbrücken, 7 U 126/03, 09.09.2003.

⁵⁶⁵ BGH, V ZR 140/91, 05.03.1993, E. III.

⁵⁶⁶ BGH, V ZR 285/99, 20.10.2000.

⁵⁶⁷ OLG Koblenz, 2 U 443/09, 13.11.2009; OLG Brandenburg, 5 U 5/11, 21.06.2012.

⁵⁶⁸ BGH, VIII ZR 176/66, 16.04.1969, E. 2.b; vgl. zur hiesigen Lehre auch BK-BECKER, Art. 199 OR N 5.

findet.⁵⁶⁹ Nach hiesiger Rechtslage sollen weitaus mehr Sachverhalte als Bagatellschaden gelten.⁵⁷⁰

Meines Erachtens ist von der Erkenntnis auszugehen, dass der reparierte Unfallwagen deshalb mangelhaft ist, weil ihm ein Verdacht der unsachgemässen Reparatur bzw. der Verdacht unerkannter Unfallschäden anhaftet. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Markt dem Objekt (als symptomatische Reaktion auf den Verdacht) einen tieferen Wert beimisst.⁵⁷¹ Ob der Unfall auch objektiv betrachtet von genügender Heftigkeit war, um solche Unfallfolgen nach sich zu ziehen, ist in erster Linie nicht erheblich.⁵⁷² Massgebend ist, ob die Umstände des Unfalls geeignet sind, einen entsprechenden Verdacht zu begründen. Eine Bagatelle kann damit nur vorliegen, wenn eine unkundige Durchschnittsperson eine unsachgemässe Reparatur oder die Möglichkeit unerkannter Unfallfolgen ausschliesst, mithin keinen Verdacht schöpft. In den übrigen Fällen trifft die Verkäuferin eine Mitteilungspflicht. Teilt sie den Unfall nicht mit, verschweigt sie den daraus resultierenden Verdacht arglistig.

2.4 Aufklärungspflicht trotz vorvertraglicher Verdachtsausräumung

Ist es der verkaufswilligen Eigentümerin gelungen, einen Verdacht zu entkräften, stellt sich die Frage, ob sie bei sich anbahnenden Verkaufsgesprächen noch immer verpflichtet ist, auf den entkräfteten Verdacht hinzuweisen. Sie hat wenig Interesse daran, potentielle Käufer über einen ausgeräumten Verdacht zu informieren, da sich ein (ggf. stillschweigend) als altlastenfrei angepriesenes Grundstück wohl einfacher verkaufen lässt als ein ehemals unter Altlastenverdacht stehendes Grundstück.

Die Lehre setzte sich bislang nicht mit dieser Thematik auseinander. In diesem Zusammenhang ist auf drei nach deutschem Recht ergangene Entscheidungen einzugehen. Der BGH kam im Jahr 2017 zum Schluss, eine Verkäuferin könne gel-

⁵⁶⁹ BGH, VIII ZR 330/06, 10.10.2007, Rz. 20 m.w.H.

⁵⁷⁰ Vgl. MAISSEN, 52 f., wonach namentlich das Ersetzen von geschraubten, gesteckten oder geklebten Anbauteilen, Park- oder Lackschäden sowie geringfügige Ausbeul- und Richtarbeiten darunterfallen; vgl. ferner BGE 96 IV 145 E. 1 f.

⁵⁷¹ In diese Richtung auch OLG Hamm, 28 U 150/02, 13.05.2003, wonach die Verkäuferin über den Umstand des Einzelimports eines Renault Espace aus Italien hätte informieren müssen, da importierten Fahrzeugen ein Misstrauen entgegengebracht wird, das sich in deren Marktwert niederschlägt.

⁵⁷² Vgl. LANGE/SCHIEMANN, 265. Dies vorzubringen obliegt der Verkäuferin im Rahmen der Ausräumung des Verdachts, siehe dazu Rz. 316 ff., 346 ff.

tend machen, bei Vertragsschluss angenommen zu haben, den Altlastenverdacht ausgeräumt zu haben. Ihr fehle es am absichtlichen bzw. arglistigen Verschweigen eines Mangels.⁵⁷³ Damit übereinstimmend hielt das OLG Celle fest, ein Altlastenverdacht stelle dann keinen Sachmangel mehr dar, wenn feststehe, dass vom Grundstück keinerlei Gesundheitsgefährdungen oder sonstige Beeinträchtigungen ausgehen könnten.⁵⁷⁴ Diese Ausführungen leuchten auf den ersten Blick ein. Sie dringen meines Erachtens aber nicht in jedem Fall durch, wie der bereits angesprochene Gutachten-Entscheid des OLG Düsseldorf zeigt.⁵⁷⁵ Dieser macht deutlich, dass für das Bestehen einer Aufklärungspflicht trotz vorvertraglicher Verdachtsausräumung zwischen den folgenden Konstellationen zu unterscheiden ist:

- Trotz Beseitigung des Verdachts *bleiben die verdachtsbegründenden Tatsachen bestehen* (Bsp.: Die Eigentümerin eines im Altlastenkataster eingetragenen Grundstücks lässt dessen Altlastenfreiheit gutachterlich feststellen. Eine Anpassung des Altlastenkatasters erwirkt sie nicht.).
- Die Verdachtsausräumung führt auch zur *Beseitigung der verdachtsbegründenden Tatsachen* (Bsp.: Die Eigentümerin eines im Altlastenkataster eingetragenen Grundstücks lässt dessen Altlastenfreiheit gutachterlich feststellen. Gestützt darauf erwirkt sie eine Löschung des Grundstücks aus dem Kataster.)

393 In beiden Fällen ist das Grundstück objektiv altlasten- und damit mangelfrei. Um die Altlastenfreiheit weiss im ersten Fall allerdings nur die Verkäuferin. Unter Mangelverdachtsgesichtspunkten sind jedoch weder der objektive Zustand des Kaufobjekts noch das Wissen der Verkäuferin, sondern der Informationsstand des Käufers massgebend (siehe Rz. 19). Liegen Umstände vor, die beim durchschnittlichen Käufer einen Verdacht begründen (wie bspw. die Eintragung im Altlastenkataster), so erwirbt er meines Erachtens ein mit einem Sachmangel behaftetes Grundstück, selbst wenn die Verkäuferin den Verdacht ausgeräumt hat. Aus Sicht des Käufers führt der Altlastenverdacht wenigstens zur erheblichen Einschränkung der Bebaubarkeit. Erst mit dem Wissen der Verkäuferin werden die verdachtsbegründenden Tatsachen entkräftet. Verkauft sie das Grundstück, ohne dieses Wissen zu teilen, ist es sachmangelhaft. Sie trifft hier eine Aufklärungspflicht. Damit übereinstimmend erscheint es stossend, wenn die Verkäuferin ihren Wissensvorsprung nicht mit dem Käufer teilt und sich so eine bessere Verhandlungsposition

⁵⁷³ BGH, V ZR 250/15, 21.07.2017, Rz. 22.

⁵⁷⁴ OLG Celle, 8 U 49/08, 21.08.2008.

⁵⁷⁵ Siehe zum Sachverhalt Rz. 20.

verschafft. Beseitigt die Verkäuferin hingegen mit dem Verdacht gleichzeitig auch die verdachtsbegründenden Tatsachen, trifft sie keine Aufklärungspflicht.

B. Gesetzlicher Ausschluss

Die Grundsätze des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses finden auch auf 394 Verdachtsfälle Anwendung. Die Verkäuferin haftet demnach nicht für einen Verdacht, den der Käufer zur Zeit des Kaufs gekannt hat oder bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte kennen müssen (vgl. Art. 200 OR). Entsprechend trifft die Verkäuferin keine Aufklärungspflicht, soweit sie nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, der Käufer werde den Verdacht ohne Weiteres bzw. bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen.⁵⁷⁶

Der Ausschluss der Gewährleistung setzt ferner voraus, dass der Käufer nebst 395 dem Verdacht an sich auch die mangelbegründenden Verdachtsfolgen erkennt. Die Kenntnis des Käufers muss sich also auch auf den Umstand erstrecken, dass der Verdacht wenigstens eine erhebliche Wert- oder Tauglichkeitsminderung zum vorausgesetzten Gebrauch bewirkt. Wer nur einen Verdacht hegt, ohne dessen Folgen zu erfassen, verliert seine Gewährleistungsansprüche nicht.⁵⁷⁷

Besonderes gilt es bei der Kenntnis des Verdachts und dem entsprechenden, noch 396 versteckten körperlichen oder rechtlichen Fehler zu beachten. Bei Letzteren soll es im Sinne von Art. 200 Abs. 1 OR nicht ausreichen, wenn der Käufer einen dringenden Verdacht schöpft, damit die Gewährleistungshaftung entfällt.⁵⁷⁸ Das gilt es zu überdenken. Es würde bedeuten, dass der Käufer, der in Kenntnis einer möglichen Verseuchung Lebensmittel erwirbt, Mängelrechte geltend machen kann, sobald sich der Verdacht bestätigt. Diese Rechtsfolge erscheint nicht sachgerecht.

Auch führt die sorgfaltswidrige Unkenntnis über einen Verdacht nicht zum Unter- 397 gang der Gewährleistungshaftung, wenn die Verkäuferin weiss, dass der Verdacht zutrifft (Öl-Entscheidung).⁵⁷⁹

Öl-Entscheidung: Der Verkäuferin eines Grundstücks sind Öl-Verunreinigungen bekannt. 398 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die Verkäuferin habe nicht darüber auf-

⁵⁷⁶ Vgl. BGE 116 II 431 E. 3.a; BGer, 4C.16/2005, 13.07.2005, E. 1.5; BSK-HONSELL, Art. 199 OR N 7; BK-GIGER, Art. 199 OR N 43; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 OR N 65.

⁵⁷⁷ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 200 OR N 12; BK-GIGER, Art. 200 OR N 7.

⁵⁷⁸ Vgl. BK-GIGER, Art. 200 OR N 7; ZK-SCHÖNLE-HIGI, Art. 200 OR N 6.

⁵⁷⁹ BGH, V ZR 285/99, 20.10.2000.

klären müssen, da bei der Besichtigung des Grundstücks mit dem Käufer ein Altlastenverdacht ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Der BGH widerspricht dem. Er rügt, das Berufungsgericht unterscheide nicht zwischen Altlastenverdacht und der vorhandenen Kontaminierung. Der Käufer könne erwarten, dass er über eine konkret vorhandene Kontamination informiert werde. Unterlasse dies die Verkäuferin, handle sie arglistig, wenn sie es für möglich halte, dass der Käufer lediglich einen Altlastenverdacht habe.

VII. Ansprüche des Käufers bei Verdacht

A. Abwarten der Nachbesserungsfrist

Der Käufer darf seine verdachtsbegründeten Gewährleistungsrechte nicht sofort 399 ausüben. Die Verkäuferin ist berechtigt, den Verdacht vorab im Sinne einer Nachbesserung der Kaufsache zu beseitigen. Die Nachbesserungsfrist bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei sie im Allgemeinen knapp zu bemessen ist.⁵⁸⁰

B. Wandelung

Liegt ein Fall der Gewährleistung vor, kann der Käufer mit der Wandelung den 400 Kauf rückgängig machen (Art. 205 Abs. 1 OR). Für das BGB und das CISG gehen Autoren davon aus, ein Verdacht werde regelmässig zu leicht wiegen, um eine Wandelung des Vertrags zu rechtfertigen.⁵⁸¹ Da die Gewährleistungsregeln nach BGB und CISG die Aufhebung des Vertrags bekanntlich – im Grunde anders als das OR für das Kaufrecht – nur bei erheblichen bzw. wesentlichen Mängeln zu lassen,⁵⁸² ist fraglich, ob die obigen Lehrmeinungen auch für das OR einschlägig sind. Dies ist meines Erachtens zu bejahen, da auch dem hiesigen Binnenkaufrecht mit Art. 205 Abs. 2 OR eine Einschränkung der Wandelung nicht unbekannt ist. Lehre und Rechtsprechung wenden für die Frage, wann die Wandelung nach Art. 205 Abs. 2 OR möglich ist, gleichartige Kriterien an, wie sie für das CISG bestehen. So kann der Käufer nach Massgabe des OR rechtmässig die Wandelung erklären, wenn der Mangel wesentlich ist oder wenn er die Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt.⁵⁸³

Es wäre allerdings unzutreffend, aus dem vorne Gesagten auch nur die Faustregel 401 abzuleiten, ein Verdacht berechtige im Allgemeinen nur zur Minderung. Wo der Verdacht die Sicherheit der Ware beschlägt, führt er meist zur Aufhebung der Ge-

⁵⁸⁰ Siehe zur Ausräumung Rz. 316 ff.; vgl. auch KOLLER/JOST, 48.

⁵⁸¹ Vgl. FAUST, 198; SCHWENZER/TEBEL, 157, 161; SCHMOLKE, 376.

⁵⁸² Vgl. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB; Art. 25 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 Bst. a CISG.

⁵⁸³ BGE 124 III 456 E. 4.d.bb; ROBERTO, Wandelung, 344; BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 7; BK-GIGER, Art. 205 OR N 50; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 178; HONSELL, OR BT, 122; vgl. ferner HUGUENIN, Rz. 2657, die für die Auslegung von Art. 205 Abs. 2 OR ausdrücklich auf die Grundsätze des CISG verweist.

brauchstauglichkeit und berechtigt damit zur Wandelung. Das Bundesgericht hat die Wandelung selbst zugelassen, als der Verdacht die Gebrauchstauglichkeit nicht einschränkte, sondern nur eine Werteinbusse zur Folge hatte.⁵⁸⁴ Im Resultat muss die Praxis also von der Faustregel ausgehen, dass ein Mangelverdacht im Grundsatz zur Wandelung berechtigt. Sie ist nur in qualifizierten Fällen auszuschliessen, was dem herkömmlichen Verständnis von Art. 205 Abs. 2 OR entspricht.⁵⁸⁵

C. Minderung

- 402 Ein Mangel legitimiert den Käufer, den Ersatz des Minderwerts der Sache zu fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Hat der Verdacht eine objektiv nachvollziehbare Marktantwort zur Folge, entspricht die Werteinbusse der Ware ihrem Minderwert.⁵⁸⁶ Bewertungsschwierigkeiten ergeben sich, wo eine solche Reaktion ausbleibt, was insbesondere der Fall ist, wo (bislang) nur der Käufer einen Verdacht hegt. Die Bemessung des Minderwerts ist indes kein verdachtsspezifisches Problem, sondern ist dem Rechtsbehelf der Minderung generell immanent.⁵⁸⁷

D. Ersatzleistung

- 403 Sind Gattungsschulden Gegenstand des Kaufs, so hat der Käufer die Wahl, neben der Wandelung und der Minderung mangelfreie Ware derselben Gattung zu fordern (Art. 206 Abs. 1 OR). Eine Ersatzlieferung ist ohne Weiteres dort möglich, wo sich der Verdacht anhand der Herkunft der Ware oder dem Zeitpunkt ihrer Herstellung eingrenzen lässt.

E. Nachbesserung

- 404 Beim Verdacht liegt die Nachbesserungshandlung in dessen Ausräumung.⁵⁸⁸ Haben die Parteien eine *Nachbesserung vereinbart*, richtet sich der Anspruch nach

⁵⁸⁴ BGE 84 II 158 E. 2.

⁵⁸⁵ BK-GIGER, Art. 205 OR N 52; BUCHER, OR BT, 99.

⁵⁸⁶ SCHMOLKE, 372.

⁵⁸⁷ Siehe zur Bemessung des Minderwerts sowie zu seinem Beweis ausführlich Rz. 250 ff.

⁵⁸⁸ Siehe Rz. 316 ff.

dieser Abrede. Gelingt es der Verkäuferin nicht, den Verdacht zu beseitigen, kommt es nach der hier vertretenen Auffassung auf die getroffene Nachbesserungsabrede an.⁵⁸⁹ Soll die Nachbesserung die gesetzlichen Gewährleistungsrechte ersetzen, hat der Käufer nach Art. 102–109 OR vorzugehen.⁵⁹⁰ Soll der Käufer dementsgegen nur vorab auf die Wahl der Nachbesserung beschränkt sein, leben die gesetzlichen Gewährleistungsrechte mit der erfolglosen Nachbesserungshandlung wieder auf.

Ohne entsprechende vertragliche Abrede besteht ein reduzierter Nachbesserungsanspruch gestützt auf Treu und Glauben. Der Käufer kann diesfalls von der Verkäuferin nur geringfügige Massnahmen zur Verdachtsbeseitigung verlangen (z.B. die gezielte Überprüfung der Herkunft der Ware oder anderer Umstände). Stehen der Verkäuferin keine solchen Massnahmen offen, ist der Käufer auf die Wandlung, Minderung und die Ersatzleistung sowie den Schadenersatz zu verweisen. 405

F. Schadenersatz

Nebst der Ausübung des Gestaltungsrechts kann der Käufer Schadenersatz verlangen. Je nach gewähltem Gewährleistungsrecht gründet der Schadenersatzanspruch auf Art. 97 Abs. 1 oder auf Art. 208 Abs. 2 und 3 OR.⁵⁹¹ Hierbei ergeben sich keine verdachtsspezifischen Besonderheiten, weshalb auf die bestehende Literatur und Judikatur verwiesen wird.⁵⁹² 406

G. Willensmängel

Die Vertragsstörung ist in den Fällen, in denen der Verdacht nicht nur auf ein Einzelstück⁵⁹³, sondern auf die gesamte Gattung⁵⁹⁴ gerichtet ist, nicht nur in der Vertragserfüllung, sondern auch im Vertragsinhalt begründet. Daher stehen dem 407

⁵⁸⁹ So auch HUGUENIN, Rz. 2692; nicht differenzierend KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 216; BUCHER, OR BT, 88.

⁵⁹⁰ Im Resultat auch BGE 91 II 344 E. 3.b; BGer, 4A_251/2007, 06.12.2007, E. 4.2.

⁵⁹¹ Anstelle vieler BGE 107 II 161 E. 7.

⁵⁹² Anstelle vieler HUGUENIN, Rz. 2669 ff., 2688.

⁵⁹³ Z.B. wegen eines Fabrikationsfehlers.

⁵⁹⁴ Z.B. wegen eines Konstruktionsfehlers.

Käufer hier alternativ zu den Sachgewährleistungsrechten auch die Rechtsbehelfe bei Willensmängeln zur Verfügung.⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ BGE 114 II 131 E. 1 m.w.H.; BGer, 4A_551/2010, 02.12.2010, E. 2.3; BK-SCHMIDLIN, Art. 23–24 OR N 339–343; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 322–326; weitergehend RUSCH, Grundlagenirrtum, 553; grundsätzlich ablehnend HONSELL, Konkurrenz, 137 ff.

Teil 3:
Der Verdacht als
Rechtsmangel

- 408 Nachdem im ersten Teil der Verdacht als Phänomen rechtlich erfasst und im zweiten Teil die Anforderungen an den Verdacht und seine Besonderheiten im Lichte der Sachgewährleistung erörtert wurden, widmet sich der dritte Teil dem Verdacht im Zusammenhang mit der Rechtsgewährleistung.
- 409 Die praktische Relevanz der Rechtsgewährleistung ist aufgrund des gutgläubigen Eigentumserwerbs gemäss Art. 714 Abs. 2 ZGB verhältnismässig gering. Entsprechend rar sind Urteile auf diesem Gebiet. Die fehlende Übung spiegelt sich auch in der Vielfalt von Positionen in der Lehre wider. Die nachfolgenden Ausführungen setzen sich daher – anders als diejenigen im zweiten Teil – weniger mit Gerichtsentscheiden, sondern schwergewichtig mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinander und sind daher überwiegend von akademischer Bedeutung.

I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts

In diesem Kapitel wird zunächst der Begriff des Rechtsmangels nach Art. 192 Abs. 1 OR beleuchtet (A.). Danach ist zu zeigen, dass der Verdacht sich auf zwei unterschiedliche Umstände beziehen kann (B.). Abschliessend ist darzulegen, inwiefern die zwei Verdachtsformen einen Rechtsmangel bilden können (C. und D.). 410

A. Der Mangelbegriff nach Art. 192 Abs. 1 OR

Die Voraussetzungen der Rechtsgewährleistung werden dargestellt, soweit sie für die Beurteilung des Verdachts als Rechtsmangel von Bedeutung sind. Für verdachtsirrelevante Tatbestandselemente wie die Übergabe des Kaufgegenstandes und das Vorliegen des Rechtsgrundes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird auf die bestehende Literatur zum Kaufrecht verwiesen.⁵⁹⁶ 411

1. Die Rechtsgründe des Dritten

1.1 Stand der Lehre und der Rechtsprechung

1.1.1 Das bessere Recht des Dritten

Die Verkäuferin haftet, wenn ein Dritter aus bestehenden Rechtsgründen die Sache dem Käufer entzieht (Art. 192 Abs. 1 OR). Gemäss *Doktrin* haftet die Verkäuferin im Allgemeinen für die Entwehrung aufgrund subjektiver Rechte Dritter.⁵⁹⁷ Dies soll uneingeschränkt für absolute Rechte gelten.⁵⁹⁸ Relative Rechte sollen die Gewährhaftung auslösen, sofern sie der Sache folgen, mithin sie gegenüber einem späteren Erwerber geltend gemacht werden können (Realobligationen).⁵⁹⁹ 412

⁵⁹⁶ Anstelle vieler HUGUENIN, Rz. 2559–2564.

⁵⁹⁷ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 44; BK-GIGER, Art. 192 OR N 20; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 2; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 5; HUGUENIN, Rz. 2552; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 71; CAVIN, SPR, 75; KELLER/SIEHR, 48; FURRER, 22; VON BÜREN, 17; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 609; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 1; MAISSEN, 49 f.

⁵⁹⁸ Dazu gehören (beschränkte) dingliche Rechte, Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, vgl. dazu HUGUENIN, Rz. 87; BUCHER, OR AT, 33.

⁵⁹⁹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 44; BK-GIGER, Art. 192 OR N 6; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 5; CAVIN, SPR, 75; KELLER/SIEHR, 48; HUGUENIN, Rz. 2552; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 71; FURRER, 22; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 610.

Bloss obligatorische Rechte Dritter ohne dingliche Sicherung sollen nicht unter Art. 192 Abs. 1 OR fallen.⁶⁰⁰

- 413 In einem früheren Entscheid hat das Bundesgericht eine Streitigkeit um ein Wegrecht als beschränktes dingliches Recht nach den Regeln der Rechtsgewährleistung beurteilt.⁶⁰¹ In jüngeren Entscheiden hat es bestehende Pfandrechte, die ebenso beschränkte dingliche Rechte darstellen,⁶⁰² als rechtlichen Sachmangel bezeichnet.⁶⁰³ Ferner bilden gemäss Bundesgericht Mängel eines verkauften Patents Rechtsmängel.⁶⁰⁴

1.1.2 Das Verhältnis zum rechtlichen Sachmangel

- 414 Die herrschende Lehre grenzt anhand des Kriteriums des Rechtsgrundes den Rechtsmangel vom rechtlichen Sachmangel ab. Während private Rechte Dritter nach den Regeln der Rechtsgewährleistung zu behandeln seien, sollen öffentlich-rechtliche Beschränkungen einen rechtlichen Sachmangel nach Art. 197 Abs. 1 OR darstellen.⁶⁰⁵ Nach der herrschenden Lehre handelt es sich nicht um konkurrierende Ordnungen.⁶⁰⁶
- 415 Das Bundesgericht⁶⁰⁷ sowie eine Minderheit der Lehre⁶⁰⁸ vertreten einen anderen Standpunkt. Nach ihnen soll ein Sachmangel vorliegen, wenn das subjektive Recht eines Dritten die Verkehrsfähigkeit nur beschränkt, ohne dass die Kaufsache dem Käufer entzogen ist. In der Konsequenz geht die alternative Ansicht von

⁶⁰⁰ BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 2; HONSELL, OR BT, 83.

⁶⁰¹ BGE 98 II 191 E. 3.

⁶⁰² Anstelle vieler BSK-SCHMID-TSCHIRREN, Vor Art. 793–823 ZGB N 2.

⁶⁰³ BGE 104 II 348 E. III.3.b.bb; BGer, 4A_331/2010, 27.09.2010, E. 3.

⁶⁰⁴ BGE 111 II 455 E. 2; 110 II 239 E. 1.d; 57 II 403 E. 2.

⁶⁰⁵ BK-GIGER, Art. 192 OR N 20; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 2; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 5; HUGUENIN, Rz. 2552; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 71; FURRER, 38; CAVIN, SPR, 75; KELLER/SIEHR, 49; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 610; vgl. zu vereinzelt Ausnahmen von dieser Abgrenzung BK-GIGER, Art. 192 OR N 63; VON BÜREN, 17.

⁶⁰⁶ Vgl. BSK-HONSELL, Vor Art. 192–196 OR N 5; BK-GIGER, Art. 192 OR N 18; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 18; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Vor Art. 192–196a OR N 8.

⁶⁰⁷ BGE 104 II 348 E. III.3.b; 82 II 238 E. III.2; BGer, 4A_331/2010, 27.09.2010, E. 3; wie das Bundesgericht auch HGer ZH, 08.02.1973, SJZ 1973, 190 f.; offengelassen in Cour de Justice GE, 24.06.1960, SemJud 1961, 539 ff.

⁶⁰⁸ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 16; SCHÖBI, 136; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 227–232, 243, 413–416.

einem Teilmengenverhältnis⁶⁰⁹ aus: Das wertmindernde oder gebrauchseinschränkende subjektive Recht des Dritten soll demnach jedenfalls Sachmangel sein, bei hinzutretender Eviktion sogar Rechtsmangel.

1.2 Würdigung

1.2.1 Der Rechtsgrund als taugliches Unterscheidungskriterium

Die Voraussetzungen der Sach- und der Rechtsgewährleistung nach Obligationenrecht unterscheiden sich erheblich.⁶¹⁰ Daher besteht – anders als z.B. nach deutschem Recht – ein hohes Interesse an eindeutigen Unterscheidungskriterien.⁶¹¹ 416

Die Merkmale, wie sie die herrschende Lehre vertritt, sind sachgerecht. Absolute Rechte bestehen gegenüber jedermann. Insofern können sie auch gegenüber einem Käufer geltend gemacht werden. Obligatorische Rechte sollen ebenfalls genügen, sofern sie verdinglicht sind, d.h. der Sache folgen. Rein obligatorische Rechte sind von vornherein ungeeignet, da sie nur inter partes wirken und damit gegenüber einem Käufer nicht geltend gemacht werden können. 417

1.2.2 Exklusives Verhältnis zwischen Rechts- und Sachgewährleistung

Mit der subsidiären Heranziehung des Sachgewährleistungsregimes schliesst die alternative Ansicht eine (vermeintliche) Schutzlücke der Rechtsgewährleistung.⁶¹² 418
Im Wesentlichen von der Kodifizierungsgeschichte des rechtlichen Sachmangels leitet ZELLWEGER-GUTKNECHT das Teilmengenverhältnis zwischen Rechts- und Sachgewährleistung ab. Die Entstehungsgeschichte des Art. 197 Abs. 1 OR bietet handfeste Anhaltspunkte für dieses Auslegungsergebnis. Jedoch ist der gesetzgeberische Wille nicht eindeutig. Richtig ist, dass es der vorberatenden Expertenkommission nicht darum ging, subjektive Rechte Art. 192 OR und Rechte öffentlich-rechtlicher Natur Art. 197 OR zuzuweisen. Vielmehr hatte sie die Mangelart des rechtlichen Sachmangels gerade in Hinblick auf solche subjektive Rechte

⁶⁰⁹ So ausdrücklich ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 243. Die übrigen Vertreter sowie das Bundesgericht äussern sich dementsgegen nicht ausdrücklich hierzu.

⁶¹⁰ Nur der Sachmangel muss rechtzeitig gerügt werden und verjährt innerhalb der kurzen Fristen von Art. 210 OR.

⁶¹¹ So auch BK-GIGER, Art. 192 OR N 18; BSK-HONSELL, Vor Art. 192–196 OR N 5; CAVIN, SPR, 75; a.A. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 234.

⁶¹² Dem Käufer stehen bei strenger Umsetzung des Eviktionsprinzips keine Ansprüche aus Art. 195 f. OR offen, wo ihm die Kaufsache zumindest nicht teilweise entzogen worden ist.

Dritter erschaffen, die keine Eviktion zur Folge haben.⁶¹³ Aus den Protokollen geht aber auch hervor, dass es der Kommission um eine Präzisierung der Rechtslage in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte ging, die erst im Lauf des 19. Jahrhunderts Eingang in die Rechtsordnung gefunden hatten.⁶¹⁴ Das von ZELLWEGE-GUTKNECHT erkannte Teilmengenverhältnis geht dementsgegen weit über diese angestrebte Präzisierung hinaus. Sie entspricht vielmehr einer fundamentalen Umwälzung der Gewährspflicht. Das subjektive Recht eines Dritten wäre sowieso Sachmangel, bei Eviktion auch Rechtsmangel. Das Eviktionsprinzip wäre faktisch ausgehebelt, da dem Käufer bei fehlender Eviktion stets die Sachgewährleistungsansprüche offen stünden.

- 419 Es ist fraglich, ob der historische Gesetzgeber tatsächlich eine solch massive Veränderung der Gewährspflicht beabsichtigte. So war sich die vorberatende Expertenkommission uneinig darin, ob es sich bei den verkehrsbeschränkenden rechtlichen Mängeln um einen Sachmangel, einen Rechtsmangel oder gar um einen Fall der Nichterfüllung des Kaufvertrags handle.⁶¹⁵ Daher stimmte die Expertenkommission nur darüber ab, ob ergänzend festzuhalten sei, dass solche rechtlichen Fehler auch einen Mangel bilden würden. Offen blieb die systematische Qualifikation als Rechts- oder Sachmangel. Die Redaktionskommission entschied sich bekanntlich für die Einordnung innerhalb des Sachgewährleistungsregimes. Von welchen Überlegungen sie sich leiten liess, ist – soweit ersichtlich⁶¹⁶ – nicht überliefert. Schliesslich spiegelt sich die Gleichschaltung von Sach- und Rechtsmängeln auch nicht in der bundesrätlichen Botschaft wider. Diese greift nur den präzisierenden Gedanken auf, welcher der Schaffung des rechtlichen Sachmangels zugrunde lag.⁶¹⁷

⁶¹³ Vgl. Expertenkommission, 9. Sitzung vom 14.10.1908, 7, wonach an eine Unveräusserlichkeit aufgrund einer widerrechtlich angebrachten Fabrikmarke oder an die Veräusserung patentverletzender Ware gedacht wurde.

⁶¹⁴ Vgl. ATAMER/GERBER, 1159, wonach man mit der Ergänzung die kurz zuvor mit BGE 28 II 108 [recte 118] ergangene Rechtsprechung habe kodifizieren wollen; Expertenkommission, 9. Sitzung vom 14.10.1908, 6; ZELLWEGE-GUTKNECHT, Diss., Rz. 227 ff., insb. 228.

⁶¹⁵ Vgl. Expertenkommission, 9. Sitzung vom 14.10.1908, 6.

⁶¹⁶ Jedenfalls äussert sie sich in ihrem Bericht an die Bundesversammlung vom 13.03.1911 nicht hierzu, vgl. dazu BBl 1911 I 845. Auch enthält das Bundesarchiv im Dossier «Obligationenrecht von 1911 und Abänderungen» (Signatur «E22#6.2.3.3») keine entsprechenden Belege.

⁶¹⁷ Vgl. BBl 1909 III 725, 738, wonach Mängel eines Patents ein Beispiel eines rechtlichen Sachmangels seien.

Insgesamt lässt der historische Wille des Gesetzgebers nicht vollends auf ein Teil-
mengenverhältnis schliessen. Daneben ist er auch nicht der einzige zu würdigende 420
Aspekt. Von Bedeutung sind auch die weiteren Auslegungselemente. Aus *systema-
tisch-logischer Sicht* ist eine strenge Differenzierung zwischen Sach- und Rechts-
mangel angezeigt. Die Sachgewährleistung verlangt nun einmal Zusätzliches für
die Gewährhaftung der Verkäuferin. Wie die nachfolgende Abwandlung von
BGE 104 II 348 zeigt, kann die Vermischung von Sach- und Rechtsgewährleistung
deswegen zu unsachgerechten Ergebnissen führen. Dies wiegt umso schwerer, da
nach der alternativen Ansicht nur von der Eviktion abhängt, ob ein Sach- oder ein
Rechtsmangel vorliegt. Die Anwendung der einen oder anderen Gewährsordnung
wird damit der Willkür des besser berechtigten Dritten überlassen.⁶¹⁸

Abwandlung von BGE 104 II 348: Der Käufer erwirbt eine mit einem Wohnhaus be- 421
baute Liegenschaft, die mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet ist. Folgt man
dem Teilmengenverständnis, leidet das Kaufobjekt mangels qualifizierender Evikti-
on nur an einem rechtlichen Sachmangel. Nun unterlässt der Käufer die rechtzeitige
Rüge des Mangels, weshalb er im Gewährleistungsprozess gegen die Verkäuferin zu
unterliegen droht (Art. 201 Abs. 2 OR).⁶¹⁹ Gleichzeitig verfolgt der Handwerker seine
Werklohnforderung. Da die Verkäuferin ihn nicht befriedigt und auch der Käufer der
Liegenschaft nicht ausreichend Mittel aufbringen kann, um das Pfandrecht abzulösen
(vgl. Art. 827 Abs. 1 ZGB), kommt es zur Zwangsverwertung des belasteten Grund-
stücks. Aufgrund der nun eingetretenen Entziehung des Kaufobjekts sollen sich die
Ansprüche des Käufers neu nach Art. 192 ff. OR richten.⁶²⁰ Da die Bestimmungen der
Rechtsgewährleistung keine Rügeobliegenheit kennen, verbessert sich die Rechtsposi-
tion des Käufers entscheidend. Nun kann er Gewähransprüche gegenüber der Ver-
käuferin durchsetzen.

Die Betrachtung (*systematisch-teleologischer Gesichtspunkte*) führt zutage, dass 422
Sach- und Rechtsgewähr zwar gemeinsam die Balance des kaufvertraglichen Syn-
allagmas bezwecken, sie dies aber auf unterschiedliche Weise bewerkstelligen.
Während die Rechtsgewährleistung die Übertragung von Eigentum und Besitz
zum Gegenstand hat (vgl. Art. 184 Abs. 1 OR), soll die Sachgewährleistung si-

⁶¹⁸ Grotteske Ausmasse nimmt die Vermengung von Sach- und Rechtsmangel an, wenn
man mit BK-GIGER, Art. 192 OR N 62, und KELLER/SIEHR, 53, als Eviktion genügen
lässt, wenn der Dritte seinen Anspruch geltend macht. Macht ein wankelmütiger Drit-
ter sein besseres Recht ab und an geltend, ohne es aber vollends durchzusetzen, be-
stimmt sich die Rechtslage wechselweise nach Art. 192 ff. oder nach Art. 197 ff. OR.

⁶¹⁹ Vgl. BGE 104 II 348; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 16a und Art. 194 OR N 9.

⁶²⁰ So zumindest nach ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 10.

cherstellen, dass die Kaufsache dem Vertrag entspricht, mithin die vereinbarten oder vorausgesetzten Eigenschaften aufweist.

- 423 Insgesamt ist daher der herrschenden Lehre zuzustimmen und von einem exklusiven Verhältnis der Gewährordnungen auszugehen. Bei diesem Resultat bleibt die Schutzlücke namentlich bei wertmindernden subjektiven Drittrechten aber vorderhand bestehen. Dass die Interessen des Käufers auf andere Weise geschützt sind, ist im Zusammenhang mit der Eviktionsgefahr darzulegen.⁶²¹

2. Die Entwehrung

2.1 Begriff und Umfang der Entwehrung

- 424 Das Gesetz und die Lehre verwenden keine einheitliche Terminologie, sondern verwenden die Begriffe «Entziehung», «Entwehrung» oder «Eviktion». Diese haben aber dieselbe semantische Bedeutung, nämlich die Herausgabe der Sache an einen Dritten.⁶²²
- 425 Die Verkäuferin haftet, wenn die Kaufsache dem Käufer ganz oder teilweise entzogen wird (Art. 192 Abs. 1 OR). Je nach Umfang der Entwehrung richten sich die Ansprüche des Käufers nach Art. 195 OR (bei vollständiger Entwehrung) oder nach Art. 196 OR (bei teilweiser Entwehrung). Die Entwehrung ist *vollständig*, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer mit all seinen Rechten im ganzen Umfang entzogen wird.⁶²³ Demgegenüber liegt eine *teilweise* Entwehrung vor, wenn der besser berechnigte Dritte nur einen Teil der Kaufsache herausverlangt oder ein beschränktes dingliches Recht ausübt.⁶²⁴

2.2 Das Eviktionsprinzip

- 426 Die Verkäuferin verpflichtet sich durch den Kaufvertrag, dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen (Art. 184 Abs. 1 OR). Für die Übertragung des Eigentums hat die Verkäuferin nach den Regeln von Art. 192 ff. OR

⁶²¹ Siehe Rz. 463 ff.

⁶²² Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 35.

⁶²³ BK-GIGER, Art. 192 OR N 64; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 36; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, Art. 192 OR N 7. Immaterialgüterrechte ausser Acht lassend KELLER/SIEHR, 49, wonach eine vollständige Entwehrung vorliegen soll, wenn der Dritte Ansprüche aus unbeschwertem Eigentum geltend machen kann.

⁶²⁴ BK-GIGER, Art. 192 OR N 65; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 37; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 6; KELLER/SIEHR, 49.

Gewähr zu leisten. Der Gesetzgeber folgte bei der Ausgestaltung der Gewährhaftung dem römisch-rechtlichen Eviktionsprinzip.⁶²⁵ Die Verkäuferin hat nicht schon für die Nichtübertragung des Eigentums einzustehen, sondern erst, wenn der nichtbesitzende Eigentümer den Kaufgegenstand vindiziert und so dem Käufer entzieht (vgl. Art. 192 Abs. 1 OR). Trotz Verletzung der Eigentumsverschaffungspflicht stehen dem Käufer Rechtsgewährleistungsansprüche erst zu, wenn der Dritte seine besseren Rechte an der Kaufsache tatsächlich geltend macht.⁶²⁶ Art. 192 ff. OR gewährleisten damit weniger die Übertragung des Eigentums am Kaufobjekt, sondern vielmehr ihren Besitz.⁶²⁷ Die Pflicht der Verkäuferin zur Eigentumsübertragung und ihre Haftung bei entsprechender Pflichtverletzung fallen demnach auseinander.

2.3 Relativierungen des Eviktionsprinzips

Gesetz und Lehre sehen an verschiedenen Stellen von einer strengen Umsetzung des Eviktionsprinzips ab. 427

2.3.1 Herausgabe ohne richterliche Entscheidung

Eine materielle Ausdehnung erfährt die Eviktionshaftung mit Art. 194 OR.⁶²⁸ Die 428 Entwehrung setzt keine richterliche Entscheidung voraus. Es genügt, wenn der Dritte sein besseres Recht aussergerichtlich verfolgt. Die Verkäuferin haftet ohne richterliche Entscheidung aber nur, sofern alternativ die Tatbestände von Art. 194 Abs. 1 oder Abs. 2 OR erfüllt sind.⁶²⁹

Ein Teil der Lehre leitet aus Art. 194 OR ab, der Kaufgegenstand müsse nicht 429 notwendigerweise herausgegeben werden, um die Gewährspflicht entstehen zu lassen. Dafür soll bereits die *Geltendmachung des besseren Rechts ausreichen*.⁶³⁰ Das greift zu kurz. Nach Massgabe von Art. 194 Abs. 1 OR hat der Käufer namentlich abzuwägen, ob er den geltend gemachten Anspruch des Dritten «in gu-

⁶²⁵ ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 207 f. Gegenstück des Eviktionsprinzips ist das sog. (Eigentum-)Verschaffungsprinzip, wonach die Verkäuferin haften soll, wenn sie dem Käufer das Eigentum nicht übertragen hat.

⁶²⁶ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 10, 39; BSK-HONSELL, Vof Art. 192–196 OR N 7; BK-GIGER, Art. 192 OR N 6, 60; KELLER/SIEHR, 53; HUGUENIN, Rz. 2567; FURRER, 22.

⁶²⁷ ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 208.

⁶²⁸ BK-GIGER, Art. 194 OR N 4.

⁶²⁹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 39; vgl. ferner BGE 98 II 191 E. 3; Cour de Justice GE, 24.06.1960, SemJud 1961, 539 ff.; OGer ZH, 06.04.1933, ZR 1934, Nr. 98.

⁶³⁰ BK-GIGER, Art. 192 OR N 62; KELLER/SIEHR, 53; FURRER, 21; vgl. HUGUENIN, Rz. 2566.

ten Treuen» anerkennen kann. Erst ein geltend gemachter Drittanspruch, der vom Käufer nach Massgabe von Art. 194 Abs. 1 OR rechtmässig anerkannt wurde, kommt der Entwehrung der Kaufsache gleich.⁶³¹ Zur Geltendmachung des Rechts muss daher eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Anerkennung des Rechts hinzutreten, damit die Verkäuferin haftet. Im Widerspruch zur eindeutigen Marginalie («Herausgabe ohne richterliche Entscheidung») verlangt Art. 194 OR hingegen keine faktische Herausgabe der Kaufsache.⁶³²

2.3.2 Quasi-Eviktion

- 430 Die Lehre befürwortet die Zulässigkeit der Quasi-Eviktion. Eine Quasi-Eviktion liegt vor, wenn dem Käufer ein Entwehrungsschaden erwächst, ohne dass ihm der Kaufgegenstand ganz oder teilweise entzogen wird.⁶³³ Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Käufer dem Dritten eine Abfindungssumme bezahlt, um den Entzug der Sache zu vermeiden. Die Rechtsprechung hat sich bislang nicht ausdrücklich zur Ersatzfähigkeit eines Entwehrungsschadens nach Art. 192 ff. OR geäussert.⁶³⁴ Die gesetzliche Grundlage der Quasi-Eviktion kann nach der hier vertretenen Auffassung in Art. 196 Abs. 1 OR gesehen werden.⁶³⁵
- 431 Auch wenn man die Ersatzpflicht der Verkäuferin aus Quasi-Eviktion bejaht, bleibt die Ausgestaltung der Haftung unklar. Meines Erachtens müssen hier die Anforderungen von Art. 194 OR erfüllt sein. Der Käufer darf mithin nicht jeden beliebigen Drittanspruch mit einer Abfindung beseitigen, sondern nur solche, die er «in guten Treuen» anerkennen darf, und nur, wenn die rechtzeitig darüber orientierte Verkäuferin die Prozessführung ablehnt. Subsidiär kann der Käufer den Nachweis des besseren Rechts des Dritten erbringen (Art. 194 Abs. 2 OR).⁶³⁶

⁶³¹ So ausdrücklich ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 39.

⁶³² A.A. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 8, welche die faktische Herausgabe voraussetzen.

⁶³³ BK-GIGER, Art. 192 OR N 66; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 6; ZK-SCHÖNLE-HIGI, Art. 192 OR N 41; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 5; BK-BECKER, Art. 192 OR N 5; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 111; VON BÜREN, 18; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 4; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 207.

⁶³⁴ In BGE 104 II 348 E. III.3 hätte das Bundesgericht den Ersatzanspruch des Bestellers gegenüber der Generalunternehmerin, die ein mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastetes Werk abgeliefert hat, mit der Quasi-Eviktion anstelle mit der Minderung herleiten können.

⁶³⁵ Siehe zur Begründung Rz. 470.

⁶³⁶ A.A. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 207, wonach der Käufer das Vorliegen des Rechtsmangels jedenfalls beweisen muss, m.a.W. nur Art. 194 Abs. 2 OR zur Anwen-

Schliesslich kann die Verkäuferin nur zum Ersatz einer angemessenen Abfindungssumme verpflichtet werden. Zahlt der Käufer eine überhöhte Abfindung, kann er sich nicht an der Verkäuferin schadlos halten. Zu berücksichtigen sind sämtliche Umstände des Einzelfalls, wobei die Aussichten des Dritten, in einem Prozess mit seinem Anspruch durchzudringen, besondere Beachtung finden muss. 432

2.3.3 Eviktionsunfähige bessere Rechte Dritter

Die Gewährspflicht der Verkäuferin setzt vereinfacht formuliert ein bestimmtes Recht eines Dritten sowie die Entwehrung der Kaufsache gestützt auf dieses Recht voraus.⁶³⁷ Jedoch sind beileibe nicht alle subjektiven Rechte geeignet, die Sache dem Käufer zu entziehen. 433

Der Dritteigentümer kann die Kaufsache ohne Weiteres herausverlangen (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Eine mildere Form der Entwehrung ist in einem Wegrecht zu sehen, das auf dem verkauften Grundstück lastet, da es den Dritten berechtigt, den fremden Grund mit dem Bau einer Strasse in Beschlag zu nehmen (vgl. BGE 98 II 191). Nicht einmal eine milde Form der Entwehrung ist hingegen in dienstbarkeitsrechtlich gesicherten Baubeschränkungen zu sehen (z.B. betreffend Grenzabstand oder Bauhöhe). Sie nehmen das Grundstück des Käufers (anders als ein Wegrecht) auf keine Weise in Beschlag, sondern schränken bloss dessen Benutzungsbefugnisse ein. 434

Um dem Käufer bei eviktionsunfähigen subjektiven Rechten nicht pauschal Rechtsgewährleistungsansprüche zu verweigern, sieht das Gesetz hier vom Eviktionsprinzip ab. Nach Art. 196 Abs. 1 OR stehen dem Käufer, wenn die Sache mit einer dinglichen Last beschwert ist, Ansprüche aus teilweiser Entwehrung offen, auch wenn sich das Recht des Dritten bloss in einer Verfügungsbeschränkung des Käufers erschöpft.⁶³⁸ Da nicht nur dingliche Rechte eviktionsunfähig sein können, sondern auch Rechte an immateriellen Gütern, ist der Wortlaut von Art. 196 Abs. 1 OR zu eng gefasst.⁶³⁹ 435

dung gelangen soll. Zu den formellen Voraussetzungen von Art. 194 Abs. 1 OR weiterführend BK-GIGER, Art. 194 OR N 19 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 194 OR N 11 ff.

⁶³⁷ Eine Übersicht über sämtliche Voraussetzungen findet sich in HUGUENIN, Rz. 2558.

⁶³⁸ Vgl. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 210.

⁶³⁹ A.A. BGE 82 II 238. Siehe hierzu und zur Frage der teilweisen Eviktion bei eviktionsunfähigen Immaterialgüterrechten Rz. 445 ff.

2.3.4 Verzicht des Dritten auf besseres Recht

- 436 Nach KOLLER ist der Entwehrung gleichzustellen, wenn der Drittberechtigte gegenüber dem Käufer auf sein besseres Recht verzichtet. Schenkt der Dritte die Kaufsache z.B. dem Käufer, so soll die Verkäuferin dem Käufer den Kaufpreis zu erstatten haben, wie wenn es zur Entwehrung gekommen wäre.⁶⁴⁰

2.4 Die Entwehrung der Kaufsache durch strafprozessuale Beschlagnahme

2.4.1 Keine Entwehrung während der Beschlagnahme

- 437 Die Kaufsache kann einem Käufer nicht nur durch zivilrechtliche Massnahmen, sondern auch durch die strafprozessuale Beschlagnahme entzogen werden. Mit der sog. *Restitutionsbeschlagnahme*⁶⁴¹ können sich die Strafverfolgungsbehörden die Verfügungsgewalt über Deliktsgut verschaffen, um es im Strafprozess als Beweismittel zu sichern und anschliessend an den Geschädigten zurückzugeben.⁶⁴²
- 438 In gewährleistungsrechtlicher Hinsicht ist fraglich, ob die strafprozessuale Beschlagnahme der Kaufsache den Tatbestand der Entziehung im Sinne von Art. 192 Abs. 1 OR erfüllt. Lehre und Rechtsprechung haben sich bislang nicht ausdrücklich mit dieser Rechtsfrage beschäftigt. Das Kantonsgericht Graubünden geht in seinem *VW-Touareg-Entscheid*⁶⁴³ zumindest implizit davon aus, indem es die vom Käufer hingenommene Sicherstellung seines Fahrzeugs als Herausgabe ohne richterliche Entscheidung qualifizierte.
- 439 *VW-Touareg-Entscheid*: Ein fabrikneuer VW Touareg wurde im Sommer 2005 in Italien gestohlen und in die Schweiz importiert, wo die X. GmbH ihn nach einem vorgehenden Handwechsel an A. verkaufte. A. wiederum wollte das Fahrzeug einem Käufer in Polen weiterverkaufen, worauf er das Fahrzeug dorthin verbrachte. Anlässlich des beabsichtigten Grenzübertritts nach Polen stellte die Bundespolizeiinspektion Ludwigsdorf das Fahrzeug in Deutschland sicher. Gemäss Auskunft des Hauptzollamts

⁶⁴⁰ KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 112. Präziser soll nach KOLLER mit Auslegung zu ermitteln sein, ob der Verzicht nur den Käufer oder auch die Verkäuferin bevorteilen soll. Umfasst die Besserstellung auch die Verkäuferin, soll ihre Gewährspflicht entfallen.

⁶⁴¹ Vgl. zum Begriff der Restitutionsbeschlagnahme weiterführend HEIMGARTNER, 77. Der Beschlagnahme wird nachfolgend die polizeiliche Sicherstellung i.S.v. Art. 263 Abs. 3 StPO gleichgestellt.

⁶⁴² Vgl. Art. 263 Abs. 1 Bst. c StPO: «Gegenstände und Vermögenswerte [...] einer Drittperson können beschlagnahmt werden, wenn [sie] den Geschädigten zurückzugeben sind.»

⁶⁴³ KGer GR, ZK2 11 29, 13.12.2011, E. II.5.b.aa.

Heilbronn konnte es dem rechtmässigen Eigentümer in Italien herausgegeben werden. A. machte gegenüber der Verkäuferin Ansprüche aus Rechtsgewährleistung geltend. Das Kantonsgericht Graubünden wie auch die Vorinstanz wiesen die Klage ab.

Die Qualifizierung als Herausgabe ohne richterliche Entscheidung überzeugt erstens nicht, da sie den nur provisorischen Charakter der Beschlagnahme für die Dauer des Strafverfahrens (oder gar vor dessen Abschluss⁶⁴⁴) ausklammert. Die Lehre verneint bei bloss vorübergehender Beschlagnahme im Vollstreckungsverfahren eine gewährleistungsrelevante Entwehrung, da die Verkäuferin erst haften soll, wenn die Entziehung dauernd ist.⁶⁴⁵ Gleiches hat auch für die nicht auf Dauer währende strafprozessuale Beschlagnahme zu gelten.⁶⁴⁶ 440

Zweitens führt sie zu einer absurden Rechtslage in Fällen, in welchen dem Käufer das Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB zusteht. So war die Lage auch im VW-Touareg-Entscheid. Das Kantonsgericht Graubünden verneinte die Gewährhaftung der Verkäuferin u.a., weil der Käufer das Fahrzeug herausgegeben hat, ohne gegenüber der deutschen Strafverfolgungsbehörde (!) das ihm zustehende Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB geltend gemacht zu haben.⁶⁴⁷ Ob sich die Strafverfolgungsbehörde der Forderung des Käufers tatsächlich gebeugt hätte und den konkreten Kaufpreis von CHF 53'500 bezahlt hätte, mag doch ernsthaft bezweifelt werden, zumal das deutsche Recht in § 935 BGB kein Lösungsrecht kennt.⁶⁴⁸ Subsumiert man die polizeiliche Beschlagnahme hingegen nicht unter den Tatbestand der Entwehrung, hat der Käufer auch (noch) kein Lösegeld zu beanspruchen. 441

Drittens ignoriert diese Ansicht, dass die strafprozessuale Beschlagnahme nicht primär private Rechte schützen will, sondern die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bezweckt. Die Herausgabe der Sache an den berechtigten Dritten ist nicht causa der Beschlagnahme, sondern deren Folge.⁶⁴⁹ Entsprechend sind die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet, Vermögenswerte Dritter zwecks Res- 442

⁶⁴⁴ Vgl. Art. 267 Abs. 2 StPO.

⁶⁴⁵ BK-GIGER, Art. 192 OR N 60; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 192 OR N 10.

⁶⁴⁶ Vgl. Art. 267 Abs. 3 StPO sowie Art. 70 StGB.

⁶⁴⁷ Vgl. KGer GR, ZK2 11 29, 13.12.2011, E. II.5.b.aa, wonach der Käufer sein Lösungsrecht «selbstverständlich» zur Abwehr der strafprozessualen Beschlagnahme vorbringen könne. Vgl. zur Geltendmachung des Lösungsrechts als Pflicht [recte: Obliegenheit] des Käufers BSK-HONSELL, Art. 195 OR N 8; BK-STARK/LINDENMANN, Art. 934 ZGB N 45 ff.; BSK-ERNST/ZOGG, Art. 934 ZGB N 26.

⁶⁴⁸ Vgl. MK-OECHSLER, § 935 BGB N 21.

⁶⁴⁹ FÁBIÁN, 66; WEILENMANN, Rz. 656.

titution zu beschlagnahmen.⁶⁵⁰ Auch bleibt die Beschlagnahme aufrechterhalten, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Beschlagnahmeobjekt noch als Beweismittel Verwendung finden kann.⁶⁵¹

- 443 Aus alledem ergibt sich, dass die strafprozessuale Beschlagnahme nicht gleichbedeutend ist mit der zivilrechtlichen Entwehrung. Für Nachteile, die dem Käufer durch die Beschlagnahme entstehen, kann der Käufer sich daher nicht nach Massgabe von Art. 195 f. OR bei der Verkäuferin schadlos halten. Dem Käufer steht aber der strafprozessuale Ersatzanspruch nach Art. 434 StPO gegenüber dem Staat zu.⁶⁵²

2.4.2 Entwehrung nach Aufhebung der Beschlagnahme

- 444 Spätestens mit dem Endentscheid ist über die Rückgabe der beschlagnahmten Kaufsache zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Gibt die Strafbehörde die Sache an die Drittperson heraus, ist sie dem Käufer entwehrt.
- 445 Spezielles gilt es zu beachten, wenn dem Käufer das Lösungsrecht nach Art. 934 Abs. 2 ZGB zusteht. Durch die strafprozessual begründete Herausgabe der Kaufsache nach vorheriger Beschlagnahme wird dem Käufer die Möglichkeit genommen, die Sache nur gegen Vergütung des Kaufpreises an den Dritten herauszugeben.⁶⁵³ Mit ERNST/ZOGG ist davon auszugehen, dass die strafprozessuale Herausgabe an den Eigentümer nicht zum Erlöschen des Lösungsrechts führen kann.⁶⁵⁴ Hier ist eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach das Lösungsrecht nur einredeweise geltend gemacht werden kann,⁶⁵⁵ vorzusehen und dem Käufer ein Anspruch auf Bezahlung des Lösegeldes zuzugestehen.⁶⁵⁶ Im Nicht-Zahlungs-Fall muss der Käufer gar über einen Anspruch auf Rückübertragung der Kaufsache verfügen. Die gegenteilige Ansicht würde Art. 934 Abs. 2 ZGB aushöhlen, da es jedem bestohlenen Dritten offenstehen würde, mittels strafprozessualer Beschlagnahme in den Besitz der Sache zu gelangen, ohne ein Lösegeld bezahlen zu müssen.

⁶⁵⁰ AEBI, 53; WEILENMANN, Rz. 656–658 m.w.H.

⁶⁵¹ HEIMGARTNER, 315.

⁶⁵² SK-GRIESSER, Art. 434 StPO N 1; BSK-WEHRENBURG/FRANK, Art. 434 StPO N 4; SCHÖDLER, 210.

⁶⁵³ A.A. KGer GR, ZK2 11 29, 13.12.2011, E. II.5.b.aa, wonach das Lösungsrecht gegenüber der Strafverfolgungsbehörde geltend gemacht werden könne.

⁶⁵⁴ BSK-ERNST/ZOGG, Art. 933 ZGB N 52.

⁶⁵⁵ Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, Art. 934 OR N 46; BSK-ERNST/ZOGG, Art. 934 ZGB N 27; BGE 71 II 90 E. 2.

⁶⁵⁶ BSK-ERNST/ZOGG, Art. 933 ZGB N 52.

3. Immaterialgüterrechte im Speziellen

Es kann danach unterschieden werden, ob ein Immaterialgüterrecht Gegenstand eines Kaufvertrags ist oder ob eine beliebige Kaufsache Immaterialgüterrechte eines Dritten verletzt. Den ersten Fall behandelt das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgewährleistung.⁶⁵⁷ Anders liegen die Verhältnisse gemäss der Kugelschreiber-Entscheidung⁶⁵⁸ des Bundesgerichts, wenn eine Kaufsache immaterielle Rechte eines Dritten auf eine Weise verletzt, die keine Eviktion der Kaufsache zur Folge hat (z.B. Veräusserungs- oder Benutzungsbeschränkungen).

Kugelschreiber-Entscheidung: Eine Käuferin aus Genf importierte aus den USA Kugelschreiber zum Weiterverkauf in der Schweiz. Ein Dritter machte im Anschluss gegenüber der Käuferin geltend, die Kugelschreiber würden sein Patentrecht verletzen. Das Bundesgericht verneinte einen Rechtsmangel, da die Käuferin bei einem Weiterverkauf nur strafrechtliche oder zivilrechtliche Folgen und keine Eviktion der Ware befürchten müsse. Nach dem Bundesgericht lag ein Sachmangel vor.

Diesen Entscheid kritisiert GIGER. Er erkennt im Recht des Dritten eine teilweise Entwehrung, da die Unmöglichkeit des Weiterverkaufs darauf hinauslaufe.⁶⁵⁹ Meines Erachtens ist GIGER hier zuzustimmen. Ausgangspunkt der Überlegung ist die Tatsache, dass nicht alle subjektiven Rechte Dritter fähig sind, die Kaufsache dem Käufer zu entziehen. Zu nennen sind beispielsweise beschränkte dingliche Rechte, namentlich dienstbarkeitsrechtlich gesicherte Baubeschränkungen (z.B. betreffend Grenzabstand oder Bauhöhe). Dies sind fraglos absolute subjektive Rechte i.S.v. Art. 192 Abs. 1 OR. Ihre Ausübung durch den Berechtigten entzieht dem Käufer das Grundstück aber keineswegs. Er ist bloss – wie die Eigentümerin der patentverletzenden Kugelschreiber – in der Ausübung seines Eigentums beschränkt. Ob das Bundesgericht und die Vertreter des Teilmengenverhältnisses in dienstbarkeitsrechtlich gesicherten Baubeschränkungen analog zur Kugelschreiber-Entscheidung einen Sach- und keinen Rechtsmangel erkennen würden,

⁶⁵⁷ BGE 111 II 445; 110 II 239; 57 II 403; 28 II 110; vgl. ferner Cour de Justice GE, 24.06.1960, SemJud 1961, 539 ff.; kritisch hierzu ZELLWEGER-GUTKNECHT, DISS., Rz. 237–239 m.w.H.

⁶⁵⁸ BGE 82 II 238 E. III.2; mit a.A. der vorinstanzliche Entscheid der Cour de Justice GE, 30.05.1952, SemJud 1953, 325 ff.; offengelassen in HGer ZH, 08.02.1973, SJZ 1973, 188 ff.

⁶⁵⁹ BK-GIGER, Art. 192 OR N 23, wobei eine weitergehende Begründung leider ausbleibt; dem Bundesgericht zustimmend ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 35; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 2.

ist zu bezweifeln, zumal Art. 196 Abs. 1 OR das Bestehen einer dinglichen Last ausdrücklich als teilweise Entwehrung nennt.⁶⁶⁰

- 449 Die Verkäuferin haftet also nach Massgabe von Art. 196 Abs. 1 OR für ein verkauftes Grundstück, das mit dienstbarkeitsrechtlich gesicherten Baubeschränkungen belastet ist.⁶⁶¹ Gleiches muss meines Erachtens gelten, wenn nicht dingliche Rechte auf der Kaufsache lasten, sondern Rechte an immateriellen Gütern. Das Tatbestandsmerkmal der «dinglichen Last» in Art. 196 Abs. 1 OR ist daher teleologisch zu erweitern. Nicht nur dingliche Rechte, sondern alle «Rechtsgründe» i.S.v. Art. 192 Abs. 1 OR haben darunter zu fallen. Die patentverletzenden Kugelschreiber in BGE 82 II 238 waren damit rechts- und nicht sachmangelbehaftet.

4. Zwischenergebnis

- 450 Die Rechtsgewährleistung setzt eine Herausgabe der Sache aus bestimmten Rechtsgründen Dritter voraus. Als Rechtsgründe kommen primär absolute Rechte in Betracht. Auch verdinglichte relative Rechte können die Gewährhaftung auslösen (siehe Rz. 412 ff.).
- 451 Aufgrund der unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen ist strikt zwischen Rechtsmangel und rechtlichem Sachmangel zu unterscheiden. Rechtsgründe nach Art. 192 Abs. 1 OR, die an sich auch den Tatbestand von Art. 197 Abs. 1 OR erfüllen (mithin den Wert der Kaufsache oder ihre Tauglichkeit zum Gebrauch erheblich mindern), berechtigen den Käufer nicht zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Sachgewährleistung, sondern sind alleinig nach Massgabe des Rechtsgewährleistungsrechts zu beurteilen (siehe Rz. 418 ff.).
- 452 Mit dem Erfordernis der Herausgabe folgt das Obligationenrecht dem römisch-rechtlichen Eviktionsprinzip (siehe Rz. 424 ff.), wobei die konkreten gesetzlichen Bestimmungen sowie die Lehre dieses nicht absolut umsetzen, sondern Relativierungen zulassen (siehe Rz. 427 ff.).

⁶⁶⁰ Zumindest ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 210, erkennt in solchen Konstellationen (nicht ganz widerspruchsfrei zum Teilmengenverhältnis) einen Rechtsmangel, ohne sich aber konkret zu BGE 82 II 238 zu äussern.

⁶⁶¹ Vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 210.

B. Der massgebende Verdachtsbegriff

Nachdem der Begriff des Rechtsmangels umrissen werden konnte, ist zu erörtern, 453
inwiefern ein Verdacht Rechtsgewährleistungstatbestände beschlagen kann. Der
Verdachtsbegriff der Rechtsgewährleistung unterscheidet sich von demjenigen der
Sachgewährleistung. Bei der Rechtsgewährleistung kann sich der Verdacht darauf
beziehen, ob ein Dritter über ein besseres Recht verfügt (*Rechtsverdacht*). Ferner
kann eine Unsicherheit darin liegen, ob ein (allenfalls) besser berechtigter Dritter
die Sache evinziert (*Eviktionsgefahr*) (siehe Abbildung 4).

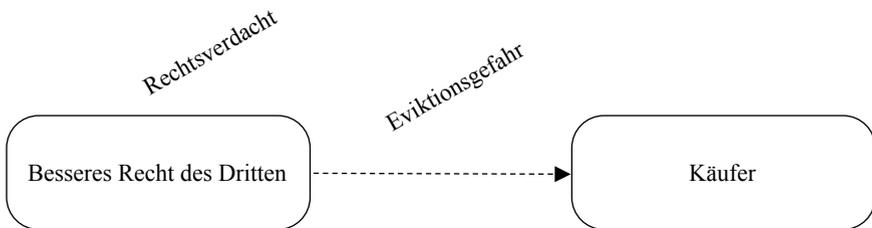


Abbildung 4: Die Unterscheidung zwischen Rechtsverdacht und Eviktionsgefahr.

1. Der Rechtsverdacht

Ein Rechtsverdacht liegt vor, wenn der Käufer vermutet, die Verkäuferin habe ihm 454
nicht das unbeschwerte Eigentum im vereinbarten Umfang übertragen. In diesem
Fall besteht der Verdacht, ein Dritter verfüge über ein besseres subjektives Recht
als der Käufer. Der Rechtsverdacht entspricht wie der Sachmangelverdacht einer
gegenwärtigen ungesicherten Tatsachenlage.

Es kommen beliebige *verdachtsbegründende Umstände* in Betracht. Beim Fahr- 455
niskauf stehen dubios anmutende Umstände beim Kauf im Vordergrund. Beispiels-
weise können verblüffend tiefe Preise, ungewöhnliche Verkaufsortlichkeiten,⁶⁶²
die Unfähigkeit der Wiederverkäuferin, den Kaufbeleg als Garantieschein zu über-
geben oder gar die Beschriftung eines als gebraucht gekauften Gepäckstücks mit
fremdem Namen und Adresse den Verdacht erwecken, die Sache entstamme aus
einem Diebstahl. Der Rechtsverdacht ist nicht auf den Verdacht beschränkt, es
handle sich um Fehlerware. So können zum Beispiel beim Kauf eines Grund-

⁶⁶² Z.B. der Verkauf von hochwertigen (Elektro-)Geräten wie Laptops oder E-Bikes sowie von wertvollem Schmuck zu tiefen Preisen an einem Flohmarkt.

stücks Sachverhalte der natürlichen Publizität den Verdacht entstehen lassen, einem Dritten stehe ein beschränktes dingliches Recht zu.⁶⁶³ Ein Rechtsverdacht kann schliesslich unabhängig von den Umständen des Kaufs entstehen, wenn ein Dritter ein besseres Recht vorprozessual oder bereits im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens gegenüber dem Käufer geltend macht.

2. Die Eviktionsgefahr

- 456 Nebst dem Rechtsverdacht kann der Käufer den Verdacht schöpfen, ein Dritter verlange die Sache heraus (z.B. der Verdacht, der nichtbesitzende Eigentümer vindiziere die Kaufsache). Anders als der Rechtsverdacht beschlägt der Eviktionsverdacht die zukünftige Verwirklichung eines Risikos bzw. einer Gefahr. Weil bislang kein Dritter die Herausgabe der Kaufsache verlangt hat, ist hier die gegenwärtige Tatsachenlage eindeutig. Vor dem Hintergrund der eingangs definierten Begrifflichkeiten ist es daher gedanklich unpräzise, von einem Verdacht zu sprechen.⁶⁶⁴ Es handelt sich vielmehr um die in der Lehre im Zusammenhang mit dem Eviktionsprinzip schon vielfach diskutierte Eviktionsgefahr.⁶⁶⁵ Da sich der Käufer bei bestehender Eviktionsgefahr aber gleich wie der Käufer verdachtsbehafteter Ware mit einer die Kaufsache betreffenden Unsicherheit konfrontiert sieht, liegt trotz dogmatischer Andersartigkeit eine vergleichbare Ausgangslage vor, weshalb sich an dieser Stelle dennoch eine vertiefte Erörterung der Eviktionsgefahr aufdrängt.

3. Verhältnis zwischen Rechtsverdacht und Eviktionsgefahr

- 457 Eviktionsgefahr und Rechtsverdacht haben Unterschiedliches zum Inhalt. Während beim Rechtsverdacht ungesichert ist, ob der Käufer eine Sache frei von Rechten Dritter erworben hat, hat die Eviktionsgefahr das Risiko zum Gegenstand, der Dritte mache ein (u.U. gar nur vermutetes) besseres Recht geltend.

⁶⁶³ So z.B., wenn sich Bauten und Anlagen wie z.B. Leitungen, Quellfassungen oder gar Wege auf dem Grundstück befinden, ohne dass eine entsprechende Last im Grundbuch eingetragen ist.

⁶⁶⁴ Siehe zur Unterscheidung zwischen Verdacht und Gefahr Rz. 21 ff.; vgl. ferner auch BGH, V ZR 25/02, 07.02.2003.

⁶⁶⁵ Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 192 OR N 10, 39; BK-GIGER, Art. 192 OR N 8, 60; BSK-HONSELL, Vor Art. 192–196 OR N 7; KELLER/SIEHR, 53; HUGUENIN, Rz. 2567; FURRER, 22. Nachfolgend wird daher auf die Verwendung des Begriffs «Eviktionsverdacht» verzichtet.

Droht dem Käufer die Eviktion, kann er bereits Gewissheit darüber haben, dass die Verkäuferin ihm kein unbeschwertes Eigentum übertragen hat. So lagen die Verhältnisse beispielsweise in der Kaczynski-Entscheidung des Bundesgerichts.⁶⁶⁶ Die Eviktionsgefahr setzt aber nicht zwingend einen bestätigten Rechtsverdacht voraus. Sie können auch nebeneinander vorliegen, wie das nachfolgende Beispiel zeigt.

Der Käufer erwirbt bei einer Internetauktion ein gebrauchtes E-Bike mit individuell angebrachtem Gepäckträger und Flaschenhalter. Zusätzlich ist die Lenkstange mit einem auffälligen Lenkerband umwickelt. Einige Zeit nach dem Kauf spricht ihn ein Dritter auf das Fahrrad und die Umstände des Kaufs an, da ihm dasselbe Modell mit exakt identischer Ausstattung vor geraumer Zeit gestohlen worden sei. Der Käufer schöpft daher den Verdacht, die Verkäuferin habe ihm nicht das unbeschwertes Eigentum am E-Bike verschafft (= Rechtsverdacht). Der Käufer teilt dem Dritten seine Kontaktangaben mit, um für Abklärungen zur Verfügung zu stehen. Damit entsteht auch die Gefahr der Eviktion.

C. Die Mangelfähigkeit des Rechtsverdachts

Die Betrachtung von Art. 194 Abs. 1 OR offenbart, dass der Verdacht, ein Dritter verfüge über ein besseres Recht, de lege lata einen Rechtsmangel bilden kann. Nach dieser Bestimmung haftet die Verkäuferin, wenn der Käufer das Recht des Dritten, ohne es zu einer richterlichen Entscheidung kommen zu lassen, in guten Treuen anerkannt und dies der Verkäuferin rechtzeitig angedroht hat.

Dass Art. 194 Abs. 1 OR den Rechtsverdacht zum Gegenstand hat, ergibt sich zum einen aus dem Tatbestandsmerkmal der Herausgabe ohne richterliche Entscheidung. Ob ein Gericht tatsächlich den Drittsprecher als besser berechtigt angesehen hätte, ist und bleibt ungesichert. Zwar ist es dem Käufer (wie im Grunde allen Rechtssubjekten) unbenommen, in eigener Würdigung der Gegebenheiten zu schliessen, der Dritte verfüge über ein besseres Recht an der Kaufsache. Ein in jeglicher Hinsicht unumstösslicher Befund resultiert daraus aber nicht. Dafür bedarf es einer richterlichen Würdigung der Verhältnisse, denn nur diese ist fähig, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse verbindlich festzustellen. Bleibt eine richterliche Entscheidung aus, so bleibt es auch nur bei einem Verdacht des besseren Rechts des Dritten. Daran ändert auch nichts, wenn der Verdacht nach

⁶⁶⁶ BGE 109 II 319.

den Umständen des Einzelfalls so stark wiegt, dass seine Eintretenswahrscheinlichkeit gegen 100 % tendiert.⁶⁶⁷

- 462 Dass der Rechtsverdacht in Art. 194 Abs. 1 OR legiferiert ist, wird zum anderen noch deutlicher, wenn man Abs. 2 dieser Bestimmung mitliest. Nach Abs. 2 haftet die Verkäuferin auch, wenn der Käufer nicht die materiellen und formellen Voraussetzungen von Art. 194 Abs. 1 OR erfüllt hat, er aber beweisen kann, dass er zur Herausgabe der Sache verpflichtet war.⁶⁶⁸ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass für die Entstehung der Gewährspflicht nach Abs. 1 der Käufer gerade nicht strikt beweisen muss, dass der Drittsprecher an der Kaufsache besser berechtigt ist. Es genügt m.a.W. der Verdacht, der Dritte könne das Kaufobjekt herausverlangen, weshalb der Käufer «in guten Treuen» das Recht des Dritten anerkennen darf.⁶⁶⁹

D. Die Mangelfähigkeit der Eviktionsgefahr

1. Stand der Lehre und der Rechtsprechung

- 463 Aufgrund des Eviktionsprinzips kommt die Doktrin beinahe einhellig zum Schluss, die blosse Gefahr der Eviktion reiche nicht aus, um die Gewährhaftung der Verkäuferin zu begründen.⁶⁷⁰ Nur BUCHER weist im Zusammenhang mit Art. 194 OR darauf hin, dass bereits die Gefahr der Entwehrung ausreiche.⁶⁷¹ Auch in hiesigen Entscheidungen dringt die Auffassung durch, die Gefahr der Eviktion reiche nicht aus.⁶⁷²

⁶⁶⁷ Es handelt sich diesfalls zwar um einen äusserst starken Verdacht, im Resultat aber immer noch nur um einen Verdacht.

⁶⁶⁸ BK-GIGER, Art. 194 OR N 14; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 19 ff.; BSK-HONSELL, Art. 194 OR N 2; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 194 OR N 3.

⁶⁶⁹ So auch BK-GIGER, Art. 194 OR N 24, wonach es «keines unwiderlegbaren Nachweises der besseren Berechtigung des Dritten bedarf»; vgl. auch KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 71, wonach ein «vermeintlicher Rechtsmangel» Gewährsfolgen herbeiführen kann; vgl. ferner BK-GIGER, Art. 194 OR N 16 im Umkehrschluss; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 11; KELLER/SIEHR, 58; HUGUENIN, Rz. 2575.

⁶⁷⁰ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 10, 39; BK-GIGER, Art. 192 OR N 8, 60; BSK-HONSELL, Vor Art. 192–196 OR N 7; KELLER/SIEHR, 53; HUGUENIN, Rz. 2567; FURRER, 22; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 232.

⁶⁷¹ BUCHER, OR BT, 89.

⁶⁷² BGE 109 II 319 E. 2; OGer ZH, 06.04.1933, ZR 1934, Nr. 98, 227 ff., E. III; BezGer Affoltern a.A., 06.07.1972, SJZ 1972, 358 ff., E. 3.

2. Würdigung

Geht man mit dem Bundesgericht und einer Minderheit der Lehre von einem Teil- 464
mengenverständnis aus,⁶⁷³ bildet die Eviktionsgefahr einen Sachmangel, sofern
sich das der Gefahr zugrunde liegende subjektive Drittrecht wertmindernd oder
gebrauchseinschränkend auswirkt.

Anders scheint die Lage, wenn man mit der herrschenden Lehre und der hier ver- 465
tretenen Auffassung ein exklusives Verhältnis zwischen Rechts- und Sachgewähr-
leistung annimmt.⁶⁷⁴ Bei blosser Eviktionsgefahr fehlt es hier vorderhand an der
gewährsauslösenden Entwehrung. Da vorstehend aber gezeigt werden konnte,
dass Lehre und Gesetz Ausnahmen vom strengen Eviktionsprinzip vorsehen,⁶⁷⁵
ist vertieft zu erörtern, wie es sich mit der Eviktionsgefahr unter dem Regime des
Rechtsgewährleistungsrechts verhält.

2.1 Einschränkung des Eviktionsprinzips

Der Gesetzgeber hat die Rechtsgewährleistung offenkundig als Eviktionshaftung 466
ausgestaltet. Dennoch fand auch das Verschaffungsprinzip Eingang in das Ob-
ligationenrecht. Unweigerlich ist es eine verkäuferische Hauptpflicht aus dem
Kaufvertrag, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.⁶⁷⁶ Ver-
schaffungs- und Eviktionsprinzip stehen sich damit diametral gegenüber, was
zwangsläufig institutionelle Widersprüche zur Folge hat.

Um die Unzulänglichkeiten zu beseitigen, ist das Eviktionsprinzip möglichst 467
restriktiv anzuwenden. Dieses ist ein Relikt des aktionenrechtlichen Denkens und
fusst auf der unzutreffenden Prämisse, wonach der Käufer, solange er den Kaufge-
genstand unangefochten besitzt, keine schützenswerten Nachteile erleidet.⁶⁷⁷ Dass
dem nicht so ist, belegt einerseits die Tendenz von Lehre und Rechtsprechung, bei
fehlender Entwehrung zum Sachgewährleistungsregime zu fliehen⁶⁷⁸ oder auf die
Ansprüche des Allgemeinen Teils des OR zurückzugreifen.⁶⁷⁹ Andererseits hebeln

⁶⁷³ Siehe Rz. 415.

⁶⁷⁴ Siehe Rz. 414.

⁶⁷⁵ Siehe Rz. 427 ff.

⁶⁷⁶ Vgl. BK-GIGER, Art. 192 OR N 8; BSK-KOLLER, Art. 184 OR N 67; aus entstehungs-
geschichtlicher Perspektive im Speziellen ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 211, 221,
234.

⁶⁷⁷ Vgl. BUCHER, OR BT, 89.

⁶⁷⁸ Siehe Rz. 415.

⁶⁷⁹ Vgl. BGE 109 II 319.

die gesetzlichen Bestimmungen und die Praxis das Eviktionsprinzip auch innerhalb des Rechtsgewährleistungsregimes aus.⁶⁸⁰ Wie aufgezeigt werden konnte, kann in gewissen Fällen auch bereits die Einschränkung von Benutzungsbefugnissen Rechtsgewährfolgen nach sich ziehen.⁶⁸¹

- 468 Die Nachteile beschränken sich auch nicht auf die fehlende Haftung der Verkäuferin. Auch ausserhalb des kaufvertraglichen Vertragsverhältnisses ist die Rechtsposition des Käufers beeinträchtigt. So kann der Käufer eines gestohlenen Fahrzeugs bei Verlust des Besitzes an der Sache dieselbe nicht vindizieren.⁶⁸² Bei einem Weiterverkauf muss er über den Umstand des früheren Diebstahls aufklären und macht sich allenfalls der Teilnahme an Hehlerei nach Art. 160 StGB strafbar. Gemäss Bundesgericht kann sich der Käufer immerhin auf den Grundlagenirrtum berufen und so den Kaufpreis kondizieren.⁶⁸³ Anspruch auf Schadenersatz besteht nur nach Massgabe von Art. 41 OR oder den Grundsätzen der culpa in contrahendo.⁶⁸⁴ Ob dem Käufer allenfalls Ansprüche aus Art. 97 ff. OR zustehen, ist umstritten,⁶⁸⁵ nach Anfechtung des Vertrags infolge Grundlagenirrtums aber ohnehin ausgeschlossen. Nicht nur geht der Käufer diesfalls seines eigenen Ersatzanspruchs verlustig. Er droht sogar nach Massgabe von Art. 26 OR selbst ersatzpflichtig zu werden.⁶⁸⁶ Selbst, wenn sich all die vorstehenden rechtlichen Risiken im Einzelfall nicht verwirklichen sollten, erleidet der Käufer wenigstens einen moralischen Nachteil. Wie STARK/LINDENMANN eingängig anmerken, ist es schlicht nicht jedermanns Sache, mit einem gestohlenen Fahrzeug herumzufahren.⁶⁸⁷

2.2 Die Eviktionsgefahr als dingliche Last i.S.v. Art. 196 Abs. 1 OR

- 469 Nach den vorstehenden Ausführungen ist das Eviktionsprinzip möglichst restriktiv anzuwenden. Freilich kann dies nur innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen geschehen. Handlungsspielraum besteht mit Art. 196 Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung liegt eine teilweise Entwehrung vor, wenn (nebst dem Entzug eines

⁶⁸⁰ Siehe Rz. 427 ff.

⁶⁸¹ Siehe Rz. 433 ff.

⁶⁸² Vgl. Art. 641 Abs. 2 ZGB. Wohl stehen ihm aber Ansprüche aus Besitzrechtsschutz nach Art. 930 ff. ZGB zur Verfügung.

⁶⁸³ BGE 109 II 319.

⁶⁸⁴ Vgl. BUCHER, OR AT, 278.

⁶⁸⁵ Bejahend ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 6–15; ablehnend BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 6.

⁶⁸⁶ Vgl. BGE 82 II 411 E. 6.c.

⁶⁸⁷ BK-STARK/LINDENMANN, Art. 934 ZGB N 45.

Teils der Sache) «die verkaufte Sache mit einer dinglichen Last beschwert ist, für die der Verkäufer einzustehen hat». Zum einen konnte im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten bereits gezeigt werden, dass die Verkäuferin bei entweh- rungsunfähigen Drittrechten nach Massgabe von Art. 196 Abs. 1 OR auch haftet, wenn der Käufer nur in der Nutzung der Kaufsache gestört ist.⁶⁸⁸ Zum anderen fal- len nach herkömmlicher Auffassung beschränkte dingliche Rechte unter Art. 196 Abs. 1 OR.⁶⁸⁹ Die Eingrenzung auf beschränkte Rechte ist jedoch nicht zwingend. Eine verkaufte Sache ist eben auch «mit einer dinglichen Last beschwert», wenn einem Dritten das dingliche Vollrecht, d.h. Eigentum, an der Sache zusteht. Die *grammatikalische Auslegung* von Art. 196 Abs. 1 OR hat demzufolge zum Ergeb- nis, dass die Kaufsache dem Käufer auch teilweise entwehrt sein kann, wenn ein Dritter Eigentümer der Sache ist.⁶⁹⁰ Dagegen spricht auch nicht entscheidend, dass das bloss Vorliegen eines fremden Vollrechts die Sache dem Käufer physikalisch nicht entzieht. Auch nach konventionellem Verständnis wird zuweilen vom Erfor- dernis der Entwehrung abgesehen.⁶⁹¹

Die Qualifikation von Dritteigentum als teilweise Entwehrung i.S.v. Art. 196 470 Abs. 1 OR fügt sich in *systematischer Hinsicht* stimmig in die gegebene Ordnung ein. Ist der Käufer zwar nicht Eigentümer, aber immerhin Besitzer des Kaufob- jekts, wiegt dies leichter, als wenn ihm die Kaufsache entzogen worden wäre. In- sofern ist es folgerichtig, im fremden Eigentum auch die leichter wiegende Form der Entziehung zu erkennen, mithin die nur teilweise Entwehrung. Sodann sieht Art. 196 OR eine adäquate Haftungsfolge vor. Demnach bleibt der Kaufvertrag bei fehlender Eigentumsverschaffung primär bestehen. Der Käufer ist nur – aber immerhin – berechtigt, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm durch das be- stehende Drittrecht verursacht wird (Art. 196 Abs. 1 OR). Zu denken ist an Kosten für die Konsultation eines Rechtsbeistands. Doch fällt m.E. auch eine Abfindungs- summe darunter, die der Käufer dem Dritten zahlen muss, um den Entzug der Kaufsache zu vermeiden (womit schlussendlich nicht weniger als die rechtliche

⁶⁸⁸ Siehe Rz. 446 ff.

⁶⁸⁹ BK-GIGER, Art. 192 OR N 65; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 37, Art. 196 OR N 16–18; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 6; FURRER, 22; HUGUENIN, Rz. 2565; KELLER/ SIEHR, 49; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 609.

⁶⁹⁰ A.A. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 226, die in der Gewährserweiterung eine unzu- lässige interpretatio contra legem erblickt. Im Speziellen bei der Rechtsgewährleistung scheint das Bundesgericht dem gesetzgeberischen Willen aber keine allzu grosse Be- achtung zu schenken, vgl. dazu BGE 57 II 403 E. 2.

⁶⁹¹ Siehe Rz. 433 ff.

Grundlage der Quasi-Eviktion verortet werden kann⁶⁹²). Wo der Ersatz des Schadens im Einzelfall nicht ausreicht, um das synallagmatische Gleichgewicht herzustellen, ist der Käufer schliesslich befugt, die Aufhebung des Kaufvertrags zu verlangen (Art. 196 Abs. 2 und 3 OR).

- 471 Anderes ergibt sich aus *historischen Gesichtspunkten*, wenn auch nicht im erwarteten Ausmass. ZELLWEGER-GUTKNECHT legt minutiös dar, dass der Gesetzgeber im OR von 1881 MUNZINGERS Vorschlag zur Umsetzung des Verschaffungsprinzips gerade nicht folgte, sondern die Haftung der Verkäuferin an eine Entwehrung der Kaufsache knüpfte.⁶⁹³ Wie an anderer Stelle aber schon festgehalten wurde, ist der gesetzgeberische Wille bei der Revision des OR von 1911 nicht deutlich nachvollziehbar.⁶⁹⁴
- 472 Abschliessend erhellen *teleologische Überlegungen*, dass die Rechtsgewährleistung dem Käufer Ansprüche zur Verfügung stellen soll, wenn die Verkäuferin ihre kaufvertraglichen Pflichten zur Verschaffung des Besitzes und des Eigentums an der Kaufsache verletzt. Nach konventioneller Ansicht deckt die Rechtsgewährhaftung nur den Entzug des Besitzes. Nur mit der Subsumption eines bestehenden Drittrechts unter Art. 196 Abs. 1 OR kann der Käufer auch adäquat auf die Nichtübertragung des Eigentums reagieren und hiermit das gestörte Synallagma ausbalancieren.
- 473 Zusammenfassend ergibt die Auslegung von Art. 196 Abs. 1 OR, dass die Verkäuferin *de lege lata* auch ohne Herausgabe der Sache für das bestehende Drittrecht haften kann. Die Eviktionsgefahr kann damit einen Rechtsmangel bilden.

3. Konsequenzen

- 474 Der Vorteil, den dieser Ansatz gegenüber der herrschenden Lehre bietet, liegt auf der Hand. Nach der hier vertretenen Ansicht schliesst sich die Schutzlücke bei Eviktionsgefahr, da dem Käufer jedenfalls ein kaufvertragsrechtlicher Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens zusteht (Art. 196 Abs. 1 OR). Bei qualifizierten Verhältnissen kann der Käufer gar die Aufhebung des Vertrags verlangen (Art. 196 Abs. 2 OR).

⁶⁹² Siehe zur Quasi-Eviktion Rz. 430 ff.

⁶⁹³ ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 215–223.

⁶⁹⁴ Siehe Rz. 418 ff.

Zwar sieht auch die herrschende Lehre bei nichtübertragenem Eigentum einen Ersatzanspruch vor, den sie aus Art. 97 Abs. 1 OR herleitet. Das ist meines Erachtens aber nicht richtig. Ob sich der Käufer überhaupt auf Art. 97 Abs. 1 OR stützen kann, ist überhaupt immer noch umstritten (und wird es mangels gemeinsamen methodischen Grundverständnisses zur Lösung von Konkurrenzproblemen wohl auch bleiben⁶⁹⁵).⁶⁹⁶ Das Bundesgericht hat sich bislang zum Verhältnis zwischen Art. 192 ff. OR und dem Ersatzanspruch nach Art. 97 OR nicht eindeutig geäußert.⁶⁹⁷ Zwar ist stark davon auszugehen, dass das Bundesgericht auch im Verhältnis zwischen Rechtsgewährleistung und Art. 97 Abs. 1 OR (m.E. zutreffend) ein Konkurrenzverhältnis erkennen würde.⁶⁹⁸ Die herrschende Lehre übersieht aber, dass das Bundesgericht für die Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR auf Tatbestände der Gewährleistung verlangt, dass sämtliche gewährleistungsrechtlichen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.⁶⁹⁹ Dies ist nach konventionellem Verständnis bei blosser Eviktionsgefahr mangels Entziehung der Kaufsache gerade nicht der Fall. Nach konventionellem Verständnis ist bei Eviktionsgefahr ein Ersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR also zu verneinen.

Auch gegenüber der Minderheitsmeinung bietet der hier vertretene Ansatz Vorteile. Zwar besteht nach dieser Ansicht von vornherein keine Schutzlücke, da aufgrund des Teilmengenverhältnisses zwischen Rechts- und Sachgewähr bei blosser Gefahr der Eviktion subsidiär die Sachgewährhaftung zur Anwendung gelangt. Allerdings wird mit dem hier vertretenen Ansatz der Sprung zwischen den Gewährsordnungen des Kaufrechts vermieden.⁷⁰⁰ Subjektive Rechte Dritter werden hier einheitlich nach der Gewährleistung des veräusserten Rechts beurteilt.

⁶⁹⁵ Weiterführend MAUCHLE, 933 ff.

⁶⁹⁶ *Bejahend* ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 9; BK-GIGER, Art. 192 OR N 9; HUGUENIN, Rz. 2583; KELLER/SIEHR, 70; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 1; FURRER, 19; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 222; (eher) *verneinend* BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 1; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Vor Art. 192–196a OR N 9; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 120; CAVIN, SPR, 109–113; BUCHER, OR BT, 110 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 604.

⁶⁹⁷ Vgl. BGE 110 II 239 E. 1.d für den Patentkauf.

⁶⁹⁸ Vgl. BGE 133 III 335 E. 2 m.w.H.; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_445/2019, 18.02.2020, E. 2.1.

⁶⁹⁹ BGE 133 III 335 E. 2; zuletzt bestätigt in BGer, 4A_445/2019, 18.02.2020, E. 2.1.

⁷⁰⁰ Siehe Rz. 421 f.

E. Zwischenergebnis

- 477 Rechts- und Sachgewährleistung haben einen unterschiedlichen Regelungsgehalt (siehe Rz. 412 ff.). Auch wenn die Rechtsgewährhaftung dem Eviktionsprinzip folgt, sehen die gesetzliche Ordnung selbst wie auch die Praxis zahlreiche Ausnahmen vor (siehe Rz. 427 ff.).
- 478 Unter dem Blickwinkel der Rechtsgewährleistung kann der Käufer einen Verdacht hegen, ein Dritter verfüge über ein besseres Recht (sog. Rechtsverdacht). Daneben kann die Gefahr bzw. das Risiko der Eviktion vorliegen (siehe Rz. 453 ff.).
- 479 Der Rechtsverdacht ist in Art. 194 Abs. 1 OR positivrechtlich geregelt. Innerhalb seiner Tatbestandmerkmale stellt der Rechtsverdacht einen Rechtsmangel dar (siehe Rz. 460 ff.).
- 480 Bei Eviktionsgefahr verneint die herrschende Lehre eine Rechtsgewähr, die alternative Ansicht bejaht dafür eine Sachgewähr (siehe Rz. 463). Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Kaufsache, an der ein Dritter besser berechtigt ist, mit einer dinglichen Last beschwert, wofür die Verkäuferin nach Art. 196 OR einzustehen hat. Die Verkäuferin haftet bei Eviktionsgefahr wegen teilweiser Entwehrung. Auch die Eviktionsgefahr kann damit Rechtsmangel sein (siehe 498 ff.).

II. Die Anforderungen an den Verdacht

A. Anforderungen an den Rechtsverdacht

1. Rechtsgrundlage in Art. 194 Abs. 1 OR

Art. 194 Abs. 1 OR umschreibt materielle und formelle Anforderungen an den Rechtsverdacht. Der Verdacht muss so schwer wiegen, dass der Käufer den Drittanspruch «in guten Treuen» anerkennen darf. Zudem muss der Käufer der Verkäuferin die Anerkennung des Drittanspruchs rechtzeitig androhen und ihr die Führung des Prozesses erfolglos anbieten. Es sind keine besonderen, verdachtspezifischen Tatbestandsmerkmale o.Ä. zu beachten, weshalb sich die nachfolgende Diskussion in einer Würdigung des aktuellen Meinungsstands zu Art. 194 Abs. 1 OR erschöpft. 481

2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

Art. 194 Abs. 1 OR verlangt zunächst eine *Anerkennung* des Drittanspruchs. Dies erfordert vorab, dass der Dritte die Herausgabe der Kaufsache verlangt. Die faktische Herausgabe der Sache als Vollzug der erklärten Anerkennung ist jedoch nicht notwendig.⁷⁰¹ 482

Ferner darf der Käufer das Recht des Dritten nur *in guten Treuen* anerkennen. Eine Anerkennung in guten Treuen bedarf jedenfalls einer sorgfältigen Überprüfung der Rechts- und Tatfragen, die zum Schluss kommen muss, der vom Dritten erhobene Anspruch sei begründet.⁷⁰² Darüber hinaus ist in der Lehre umstritten, was vom Käufer zusätzlich zu verlangen ist. Rechtsprechung existiert hierzu nicht. 483

Zuweilen wird verlangt, dass die sorgfältige Prüfung im Allgemeinen⁷⁰³ oder nur bei schwierigen Fällen⁷⁰⁴ die Konsultation eines Rechtsbeistands erfordert. SCHÖNLE/HIGI sehen dementsgegen davon ab. Wie sie zutreffend anführen, ist die Anerkennung in guten Treuen nicht isoliert von der Androhung der Anerkennung und 484

701 Siehe Rz. 429.

702 BK-GIGER, Art. 194 OR N 12; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 12; BK-BECKER, Art. 194 OR N 1; FURRER, 32 f.; KELLER/SIEHR, 58.

703 BK-GIGER, Art. 194 OR N 12; BK-BECKER, Art. 194 OR N 1.

704 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 194 OR N 2; FURRER, 33.

dem erfolglosen Angebot der Prozessführung zu lesen.⁷⁰⁵ Die Verkäuferin weiss über die Vorgeschichte der Kaufsache umfassender Bescheid als der Käufer und kann die Berechtigung des Drittanpruchs im Allgemeinen adäquater einschätzen als dieser. Weigert sie sich, den Käufer zu unterstützen, so genügt der Käufer den Anforderungen von Art. 194 Abs. 1 OR, wenn er nach gewissenhafter Prüfung zum Schluss kommt, der Dritte verfüge mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über ein besseres Recht.⁷⁰⁶ Daher geht es zu weit, «aussichtslose» Prozesschancen zu verlangen.⁷⁰⁷

- 485 Die Anzeige der beabsichtigten Anerkennung muss *rechtzeitig* erfolgen. Sie ist rechtzeitig erfolgt, wenn die Verkäuferin noch sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel ausüben kann.⁷⁰⁸ Abschliessend muss der Käufer der Verkäuferin die Führung des Prozesses erfolglos angeboten haben.⁷⁰⁹

B. Anforderungen an die Eviktionsgefahr

1. Rechtsgrundlage in Art. 196 Abs. 1 OR

- 486 Nach obigem Auslegungsergebnis ist die rechtliche Grundlage der Eviktionsgefahr in Art. 196 Abs. 1 zweiter Teilsatz OR zu sehen. Die materiellen Anforderungen an die Eviktionsgefahr bestimmen sich nach dieser Tatbestandsvariante. Es sind auch hier keine besonderen, verdachtsspezifischen Tatbestandsmerkmale o.Ä. zu beachten, weshalb sich hier die Diskussion ebenso in der Würdigung der aktuellen Literatur und Judikatur erschöpft.

2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

- 487 Nach Art. 196 Abs. 1 OR muss die verkaufte Sache zunächst mit einer dinglichen Last beschwert sein. Hierunter sind nicht nur dingliche Rechte im eigentlichen

⁷⁰⁵ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 13 f.

⁷⁰⁶ Ähnlich BK-GIGER, Art. 194 OR N 24, der keinen unwiderlegbaren Nachweis verlangt; vgl. auch CAVIN, SPR, 64, mit tiefen Anforderungen an die Haftung der Verkäuferin.

⁷⁰⁷ Dahingehend auch ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 13a; aussichtslose Chancen voraussetzend BK-GIGER, Art. 194 OR N 12; KELLER/SIEHR, 58.

⁷⁰⁸ BK-GIGER, Art. 194 OR N 20; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 16; CR-VENTURI/ZENRUFFINEN, Art. 194 OR N 3; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 618.

⁷⁰⁹ BK-GIGER, Art. 194 OR N 21; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 194 OR N 17 f.

Sinn, sondern auch realobligatorische Rechte zu subsumieren (vgl. Art. 959 Abs. 1 ZGB).⁷¹⁰ Überdies fallen auch Rechte an immateriellen Gütern darunter.⁷¹¹ Das bessere Recht des Dritten muss nachgewiesen sein. Wird es nur vermutet, kann ein Rechtsverdacht nach Art. 194 Abs. 1 OR vorliegen.

Weiter verlangt das Gesetz, dass die Verkäuferin für die Beschwer des Kaufobjekts einzustehen habe. Dabei handelt es sich nicht um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern um einen Rechtsgrundverweis auf Art. 192 OR.⁷¹² 488

C. Zwischenergebnis

Ist das Recht des Dritten nicht bewiesen, liegt ein Rechtsverdacht vor. Für diesen haftet die Verkäuferin nach Art. 194 Abs. 1 OR insbesondere nur, wenn der Dritte die Kaufsache herausverlangt (siehe Rz. 481 ff.). 489

Ist das Recht des Dritten bewiesen, droht eine Eviktion. Hierfür haftet die Verkäuferin nach Art. 196 Abs. 1 OR, ohne dass der Dritte die Sache herausverlangt haben muss (siehe Rz. 486 ff.). 490

⁷¹⁰ ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 196 OR N 16; BK-GIGER, Art. 196 OR N 4; FURRER, 22.

⁷¹¹ Siehe Rz. 448 f.

⁷¹² Vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 196 OR N 17 f.; BK-GIGER, Art. 196 OR N 4.

III. Ausräumung und Bestätigung des Verdachts

A. Rechtsverdacht

1. Vorbemerkungen

491 Wie bereits erörtert werden konnte, hat Art. 194 Abs. 1 OR die Anforderungen an den gewährspflichtauslösenden Rechtsverdacht zum Inhalt. Lückenhaft sind die gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Veränderungen des Verdachts. Auch die Lehre hat sich damit bislang nicht auseinandergesetzt. Die Bestätigung des Rechtsverdachts ist gleichbedeutend mit dem Nachweis des besseren Drittrechts. Zeigt sich hingegen, dass dem Dritten keine Rechte zustehen, ist der Rechtsverdacht ausgeräumt.

2. Die Bestätigung des Verdachts

492 Erweist sich der Drittanspruch z.B. durch Vorlage neuer Beweismittel⁷¹³ effektiv als besser berechtigt, verbessert sich die Rechtsposition des Käufers. Ihm steht nun die Beweisführung nach Art. 194 Abs. 2 OR offen. Dem Käufer, der den Drittanspruch vor Bestätigung des Rechtsverdachts in guten Treuen anerkannt hat, ohne dies mitsamt der Prozessführung der Verkäuferin rechtzeitig anzudrohen, stehen vor der Bestätigung des Rechtsverdachts nach Massgabe von Art. 194 Abs. 1 OR keine Gewährrechte offen. Mit Bestätigung des Rechtsverdachts kann er sich hingegen auf den Nachweis des besseren Drittanspruchs beschränken (Art. 194 Abs. 2 OR). Dass er die formellen Anforderungen von Art. 194 Abs. 1 OR nicht eingehalten hat, ist neu unbeachtlich.

3. Die Ausräumung des Verdachts

493 Stellt sich nach Anerkennung des Drittanspruchs heraus, dass der Dritte eigentlich über keinen Herausgabeanspruch verfügt hätte, stört dies im Gewährsverhältnis zwischen Käufer und Verkäuferin nicht. Der Käufer kann ungeachtet der Verdachtsbeseitigung geltend machen, er habe das Recht in guten Treuen anerkennen dürfen. Hat der Käufer die Verkäuferin auch rechtzeitig über die Drittansprüche

⁷¹³ Z.B., indem der Dritte neu eine Kaufquittung vorweisen kann, aus der die Rahmennummer des gestohlenen und an den Käufer verkauften Fahrrads hervorgeht.

informiert und die Anerkennung angedroht, so haftet die Verkäuferin nach Massgabe von Art. 195 f. OR. Die Widerlegung des Rechtsverdachts ist demnach unerheblich, da Art. 194 Abs. 1 OR im Sinne einer Momentaufnahme auf die Umstände zum Zeitpunkt der Drittansprache abstellt.

Fraglich ist, in welchem Umfang die Verkäuferin trotz Widerlegung des Drittanspruchs haftet. Im Zentrum steht die Frage, ob der Käufer die – wie sich im Nachhinein herausgestellt hat – zu Unrecht herausgegebene Kaufsache vom Dritten zurückverlangen muss oder ob er sich an der Verkäuferin schadlos halten kann. Im Zusammenhang mit dem Lösungsrecht gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, der Käufer müsse primär die ihm zustehenden sachenrechtlichen Ansprüche ausüben und könne nur subsidiär die Verkäuferin in Anspruch nehmen.⁷¹⁴ Gleiches hat auch hier zu gelten. Ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR steht dem Käufer demnach beispielsweise nur zu, wenn es ihm nicht möglich ist, die Kaufsache vom Dritten zurückzuerlangen. Konnte der Käufer den Besitz der Sache wiedererlangen, kann er nach Massgabe von Art. 195 Abs. 1 Ziff. 4 sowie Abs. 2 OR Ersatz des durch die temporäre Entwehrung verursachten Schadens verlangen. Zu denken ist hier primär an Kosten, die der Käufer im Zusammenhang mit der Wiedererlangung der Kaufsache zu tragen hatte. Die Annahme einer Ersatzpflicht der Verkäuferin rechtfertigt sich dadurch, dass sie dem Käufer eine unter einem Rechtsverdacht lastende Sache verkauft hat und sich nicht im Sinne von Art. 194 Abs. 1 OR gegen die Anerkennung des Drittanspruchs gewehrt hat. 494

B. Eviktionsgefahr

1. Wegfall der Eviktionsgefahr

Wann die Eviktionsgefahr wegfällt, bestimmt sich je nach Rechtsgrund des Drittanspruchs.⁷¹⁵ Wurde die Kaufsache beispielsweise dem Eigentümer gestohlen, fällt die Eviktionsgefahr mit Ablauf der fünfjährigen Frist von Art. 934 Abs. 1 ZGB weg. Damit fehlt es an der haftungsbegründenden «dinglichen Last» i.S.v. Art. 196 Abs. 1 OR. Die vormals bestehende Haftung der Verkäuferin entfällt. 495

⁷¹⁴ Vgl. KGer GR, ZK2 11 29, 13.12.2011, E. II.5.b.aa; BSK-HONSELL, Art. 195 OR N 8; BK-STARK/LINDENMANN, Art. 934 ZGB N 45 ff.; BSK-ERNST/ZOGG, Art. 934 ZGB N 26.

⁷¹⁵ Eine Übersicht über mögliche Herausgabeansprüche findet sich in SCHISTER, 27.

- 496 Hat der Käufer aufgrund des auf der Kaufsache lastenden Drittrechts die Aufhebung des Vertrags nach Art. 196 Abs. 2 OR erklärt, muss der nachträgliche Wegfall der Entwehrungsgefahr im Regelfall die Aufrechterhaltung des Vertrags zur Folge haben. Denn mit dem Wegfall der Entwehrungsgefahr fällt auch die causa der erklärten Vertragsaufhebung dahin.

2. Realisierung der Eviktionsgefahr

- 497 Die Realisierung der Eviktionsgefahr ist gleichbedeutend mit der Entwehrung der Kaufsache. Bei vollständiger Entwehrung stehen dem Käufer neu die Ansprüche von Art. 195 OR offen. Bei teilweiser Entwehrung richten sich die Ansprüche unverändert nach Art. 196 OR.

IV. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung

A. Vertragliche Beschränkung

Die Bestimmungen zur Rechtsgewährleistung sind dispositiver Natur 498 (vgl. Art. 192 Abs. 3 OR). Entsprechend können die Parteien die Gewährspflicht beschränken oder vollumfänglich wegbedingen. Ein pauschaler Ausschluss der Gewährhaftung umfasst sowohl die Haftung für einen Rechtsverdacht wie auch eine solche für die Gefahr der Entwehrung. Weiss die Verkäuferin um eine Entwehrungsgefahr, muss sie den Käufer darüber aufklären, widrigenfalls die Gewährbeschränkung ungültig ist.⁷¹⁶ Gleiches gilt für den Rechtsverdacht. Im Übrigen weist die vertragliche Gewährbeschränkung keine verdachtsspezifischen Besonderheiten auf, weshalb auf die bestehende Literatur verwiesen werden kann.⁷¹⁷

B. Gesetzlicher Ausschluss

Die Verkäuferin haftet nicht, wenn der Käufer Kenntnis von der Gefahr einer Entwehrung hat. Die Lehre subsumiert hier nur wenige Sachverhalte darunter. Nicht mit der Kenntnis der Entwehrungsgefahr gleichzusetzen ist die Kenntnis vom Bestehen eines subjektiven Drittrechts. In solchen Fällen haftet die Verkäuferin, wenn der Käufer in guten Treuen davon ausgehen durfte, die Verkäuferin werde den Rechtsmangel bis zur Übergabe der Kaufsache noch beheben.⁷¹⁸ Daneben ist aufgrund der abweichenden Parallelnorm in der Sachgewährleistung (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR) umstritten, ob sich der Käufer fahrlässige Unkenntnis der Entwehrungsgefahr anrechnen lassen muss. Nach der m.E. zutreffenden herrschenden Lehre schadet dem Käufer fahrlässige Unkenntnis nicht.⁷¹⁹ Massgebend ist schliesslich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Spätere Kenntnis stört nicht.⁷²⁰

⁷¹⁶ BK-GIGER, Art. 192 OR N 73.

⁷¹⁷ Vgl. hierzu ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 65 ff.; BK-GIGER, Art. 192 OR N 68 ff.; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 8; HUGUENIN, Rz. 2569.

⁷¹⁸ BK-GIGER, Art. 192 OR N 48; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 51; KELLER/SIEHR, 52; a.A. KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 92; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 6.

⁷¹⁹ BK-GIGER, Art. 192 OR N 54; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 52; BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 5; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 192 OR N 6; CAVIN, SPR, 65; KELLER/SIEHR, 53; FURRER, 24 f.; HUGUENIN, Rz. 2561.

⁷²⁰ BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 5; BK-GIGER, Art. 192 OR N 47.

- 500 Bei Kenntnis der Gefahr haftet die Verkäuferin nur bei *ausdrücklicher* Erklärung. Die Gewährhaftung muss in deutlichen Ausdrücken erklärt worden sein und kann nicht aus den Vertragsumständen hergeleitet werden.⁷²¹

⁷²¹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 50; CAVIN, SPR, 64.

V. Ansprüche des Käufers bei Verdacht

A. Ansprüche aus Rechtsgewährleistung

1. Bei Eviktionsgefahr

1.1 Grundsatz: Aufrechterhaltung des Vertrags

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Käufer einer mit einem subjektiven 501
Drittrecht beschwerten Kaufsache teilweise entwehrt, weshalb er jedenfalls be-
rechtigt ist, Schadenersatz nach Art. 196 Abs. 1 OR zu verlangen. Dabei ist das
positive Interesse zu ersetzen.⁷²² In der Lehre ist umstritten, ob Art. 195 Abs. 1
Ziff. 4 und Abs. 2 OR zur Berechnung des Schadens analog anwendbar sind. Die
überwiegende Ansicht spricht sich dafür aus, da Art. 196 Abs. 1 OR lückenhaft sei
und mit Art. 195 OR in einem «engen gesetzssystematischen und rechtslogischen
Zusammenhang» stehe.⁷²³

Beides trifft meines Erachtens nicht zu. Die herrschende Lehre führt selbst aus, 502
dass gewisse von Art. 195 Abs. 1 OR erfasste Schadenposten «den Besonder-
heiten der teilweisen Entwehrung entsprechend» doch nicht zu ersetzen seien.⁷²⁴
Der geltend gemachte Konnex wird also sogleich selbst relativiert. Sodann ist die
Praxis auch nach Massgabe anderer Rechtsgrundlagen nicht auf eine gesetzliche
Aufzählung von einzelnen Schadenpositionen angewiesen, um das positive Inte-
resse zu bestimmen.⁷²⁵ Eine Lücke liegt in Art. 196 Abs. 1 OR also nicht vor.⁷²⁶
Nach richtiger Auffassung ist der ersatzfähige Schaden einzig nach Massgabe von
Art. 196 Abs. 1 OR zu bestimmen.⁷²⁷ Mithin ist bei teilweiser Entwehrung nicht
zwischen unmittelbarem und weiterem Schaden zu unterscheiden. Vielmehr hat
die Verkäuferin sämtlichen Schaden verschuldensunabhängig zu ersetzen.

⁷²² ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 7.

⁷²³ BK-GIGER, Art. 196 OR N 6; BSK-HONSELL, Art. 196 OR N 2; KELLER/SIEHR, 65; FUR-
RER, 28; a.A. ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 10.

⁷²⁴ Vgl. KELLER/SIEHR, 65; vgl. ferner BK-GIGER, Art. 196 OR N 7–9.

⁷²⁵ Vgl. anstelle vieler zur Ermittlung des Erfüllungsinteresses BSK-WIEGAND,
Art. 97 OR N 38a.

⁷²⁶ Anders hingegen bei der Vertragsaufhebung nach Art. 196 Abs. 3 OR, siehe hierzu so-
gleich Rz. 505.

⁷²⁷ Zutreffend daher die Minderheitenmeinung von ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR
N 10, 13.

1.2 Ausnahme: Aufhebung des Vertrags

1.2.1 Voraussetzung der Aufhebung

503 Bei qualifizierten Verhältnissen ist der Käufer berechtigt, die Aufhebung des Vertrags zu erklären.⁷²⁸ Art. 196 Abs. 2 OR verlangt, dass nach Massgabe der Umstände anzunehmen ist, der Käufer hätte den Vertrag nicht geschlossen, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte. Massgebend ist der Wille des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht etwa im Zeitpunkt der Entwehrung.⁷²⁹ Das Gericht hat einen Ermessensentscheid zu treffen.⁷³⁰ Die Lehre tut sich relativ schwer, die Anforderungen an die Vertragsaufhebung zu konkretisieren. Im Sinne einer Faustregel ist ein solcher Wille immer dort anzunehmen, wo der Dritte über das dingliche Vollrecht verfügt, ist die Übertragung des Eigentums doch kaufvertragliches Hauptmerkmal und für den Käufer zentrales Motiv für den Vertragsschluss. Stehen dem Dritten nur beschränkte dingliche Rechte sowie übrige subjektive Rechte zu, ist zu prüfen, wie sie sich auf die vom Käufer vorgesehenen Vertragszwecke auswirken. So stört eine privatrechtlich gesicherte Beschränkung der maximalen Bauhöhe kaum und der Käufer ist nicht zur Aufhebung des Vertrags berechtigt, wenn das Bauvorhaben des Käufers sowieso unter diesem Wert bleibt.

504 SCHÖNLE/HIGI weisen ferner zutreffend auf die Parallele zum Grundlagenirrtum hin. Der Irrtum über das Bestehen eines subjektiven Drittrechts muss sowohl nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 wie auch nach Art. 196 Abs. 2 OR notwendige Grundlage des Vertragsschlusses gewesen sein.⁷³¹

1.2.2 Rechtsfolge bei Aufhebung

505 Nach Art. 196 Abs. 3 OR muss der Käufer den Kaufgegenstand, soweit er nicht entwehrt worden ist, nebst den inzwischen bezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben. Keine Regelung enthält der Absatz in Bezug auf den Schadenersatz.

⁷²⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, vgl. auch ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 22 f.; vgl. zur ein Gestaltungsurteil verlangenden Gegenmeinung BK-GIGER, Art. 196 OR N 12; BSK-HONSELL, Art. 196 OR N 3; FURRER, 28.

⁷²⁹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 34; FURRER, 28.

⁷³⁰ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 34; HUGUENIN, Rz. 2582.

⁷³¹ ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 35.

Diesbezüglich ist die Bestimmung lückenhaft.⁷³² Die Ansprüche gemäss Art. 195 OR sind analog anwendbar.⁷³³ Hier ist der Vertrauensschaden zu ersetzen.⁷³⁴

2. Bei Rechtsverdacht

Hegt der Käufer einen Rechtsverdacht, richten sich seine Ansprüche je nachdem, 506
ob die in guten Treuen erfolgte Anerkennung des Drittrechts eine vollständige oder
eine teilweise Entwehrung zur Folge hat, nach Art. 195 OR oder nach Art. 196
OR. In Bezug auf Art. 195 OR sind keine verdachtsspezifischen Besonderheiten
erkennbar, weshalb hier auf die bestehende Literatur verwiesen wird.⁷³⁵ Das vor-
stehend zu Art. 196 OR Ausgeführte gilt gleichermaßen auch für den Rechtsver-
dacht.⁷³⁶

B. Ansprüche des Allgemeinen Teils des OR

Die Doktrin diskutiert die Anwendung der Rechtsbehelfe des Allgemeinen Teils 507
im Zusammenhang mit der Eviktionsgefahr. Die Ausführungen betreffen aber
gleichermaßen auch den Rechtsverdacht, geht es doch um die Grundsatzfrage,
wie sich die Systeme «OR AT» und «kaufrechtliche Gewährleistung» zueinander
verhalten.

1. Willensmängel

Das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre erkennen eine Anspruchskon- 508
kurrenz. Die kaufrechtlichen Gewährsnormen schliessen die Geltendmachung
von Willensmängeln nicht aus.⁷³⁷ Der Käufer kann den Vertrag anfechten und so

⁷³² Anders hingegen bei der Aufrechterhaltung des Vertrags nach Art. 196 Abs. 1 OR, siehe dazu Rz. 500 ff.

⁷³³ BSK-HONSELL, Art. 196 OR N 3; BK-GIGER, Art. 196 OR N 13 f.; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 24.

⁷³⁴ BK-GIGER, Art. 196 OR N 14; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 196 OR N 21 sowie Art. 195 OR N 73–78.

⁷³⁵ Anstelle vieler BK-GIGER, Art. 195 OR N 9 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 195 OR N 5 ff.

⁷³⁶ Siehe Rz. 500 ff.

⁷³⁷ BGE 109 II 319 E. 2; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 19 ff.; BK-GIGER, Art. 192 OR N 11; BSK-HONSELL, Vor Art. 192–196 OR N 7 f.; CR-VENTURI/ZEN-RUF-

die Unverbindlichkeit des Vertrags ex tunc herbeiführen (Art. 23 OR). Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten, um den Zustand quo ante wiederherzustellen. Dies geschieht nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nach den Grundsätzen der Vindikation und der Kondiktion.⁷³⁸ Demzufolge kann der Käufer bei drohender Entwehrung einen Grundlagenirrtum geltend machen und den bezahlten Kaufpreis nach Massgabe von Art. 62 ff. OR zurückfordern.⁷³⁹

2. Nichterfüllung

- 509 Während die Anspruchskonkurrenz in Bezug auf Willensmängel als gesichert bezeichnet werden kann, ist das Verhältnis zwischen Art. 192 ff. OR und Art. 97 ff. OR verschwommener. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre stehen dem Käufer die Ansprüche beider Systeme offen.⁷⁴⁰ Die Haltung des Bundesgerichts dürfte eher der herrschenden Lehre entsprechen.⁷⁴¹ Demzufolge kann der Käufer bei nichtübertragenem Eigentum die Verkäuferin in Verzug setzen und die Vertragswirkungen nach Massgabe von Art. 107 OR umgestalten. Freilich verbleibt hier eine gewisse Rechtsunsicherheit, da die Voraussetzungen der Rechtsgewährhaftung nach konventionellem Verständnis mangels Eviktion nicht vollends erfüllt sind.⁷⁴²

FINEN, Vor Art. 192–196a OR N 10; HUGUENIN, Rz. 2568, 2584; KELLER/SIEHR, 53, 70; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 9; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 78, 118 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 605; a.A. BUCHER, OR BT, 90, 110; SCHÖBI, 135; MERZ, ZBJV, 190.

⁷³⁸ BGE 137 III 243 E. 4.4.3 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung; kritisch BK-SCHMIDLIN, Art. 31 OR N 12–23, der mit guten Gründen ein vertragliches Liquidationsverhältnis annimmt.

⁷³⁹ BGE 109 II 319 E. 4.

⁷⁴⁰ *Bejahend* ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192 OR N 9; BK-GIGER, Art. 192 OR N 9; HUGUENIN, Rz. 2583; KELLER/SIEHR, 70; GUHL/KOLLER, § 42 Rz. 1; FURRER, 19; ZELLWEGER-GUTKNECHT, Diss., Rz. 222; (eher) *verneinend* BSK-HONSELL, Art. 192 OR N 1; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Vor Art. 192–196a OR N 9; KOLLER, OR BT, § 4 Rz. 120; CAVIN, SPR, 109–113; CAVIN, SemJud, 329 ff.; BUCHER, OR BT, 90, 110 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 604.

⁷⁴¹ Vgl. BGE 110 II 239 E. 1.d für den Patentkauf.

⁷⁴² Siehe Rz. 475.

C. Zivilprozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel

1. Die negative Feststellungsklage

Schliesslich steht es dem Käufer offen, nicht gegen die Verkäuferin, sondern gegen den Drittsprecher vorzugehen. Mit negativer Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO kann der Käufer gerichtlich feststellen lassen, dass dem Dritten kein besseres Recht an der Kaufsache zusteht.⁷⁴³ Dabei handelt es sich (wie bei den Rechtsbehelfen des OR AT) nicht um ein Mängelrecht im eigentlichen Sinn. Obsiegt der Käufer im Feststellungsprozess, hat dies aber gleichsam die Wiederherstellung des Synallagmas zur Folge. Freilich steht die Möglichkeit der Feststellungsklage nur offen, wo die Person des Drittsprechers dem Käufer bekannt ist, was insbesondere beim grenzüberschreitenden Handel mit gestohlenen Fahrzeugen selten der Fall sein dürfte. Aus prozessökonomischen Gründen ist es für den Käufer ferner interessant, die Verkäuferin in den Feststellungsprozess gegen den Dritten miteinzubeziehen.

2. Die Streitverkündung

2.1 Entstehungsgeschichtliches

Bis zur Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 statuierte Art. 193 Abs. 1 aOR die aus dem römischen Recht herkommende Defensivpflicht der Verkäuferin. Im Entwehrungsprozess hatte die Verkäuferin dem Käufer gegen den Dritten beizustehen.⁷⁴⁴ Abs. 2 hatte die Wirkung der rechtzeitigen Streitverkündung zum Gegenstand, Abs. 3 diejenige der unterbliebenen Streitverkündung. Art. 193 aOR fand nicht nur in kaufrechtlichen Gewährsfällen Anwendung, sondern figurierte kraft ausdrücklicher Gesetzesverweisung⁷⁴⁵ wie auch kraft analoger Anwendung als Grundtatbestand für gleichartige Regressverhältnisse.⁷⁴⁶

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurden die materiell-rechtlichen Rechtsgewährleistungsnormen von diesen zivilprozessualen Re-

⁷⁴³ Vgl. zur bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung von Art. 193 OR ZK-SCHÖNLE/HIGL, Art. 193 OR N 9; BK-GIGER, Art. 193 OR N 9; FURRER, 33; TAKEI, 34.

⁷⁴⁴ Vgl. BK-GIGER, Art. 193 OR N 5.

⁷⁴⁵ Illustrativ Art. 221, Art. 237, Art. 248 Abs. 2, Art. 365 Abs. 1, Art. 531 Abs. 3 OR sowie Art. 637 Abs. 1 ZGB.

⁷⁴⁶ BK-GIGER, Art. 193 OR N 7 f.; TAKEI, 37 ff.

geln entschlackt.⁷⁴⁷ Entsprechend verweist Art. 193 Abs. 1 OR nunmehr auf die ZPO.⁷⁴⁸ Art. 193 Abs. 2 OR hat die Gewährspflicht bei unterlassener Streitverkündung zum Gegenstand. Die Bestimmung übernahm die Regelung des früheren Abs. 3.

2.2 Formen und Konstellationen der Streitverkündung

- 513 Die Zivilprozessordnung kennt die einfache Streitverkündung (Art. 78–80 ZPO) sowie die Streitverkündungsklage (Art. 81–82 ZPO). Dem Käufer steht es frei, zwischen der milderen Form der einfachen Streitverkündung oder der schärfer wirkenden Streitverkündungsklage zu wählen, sofern ihre jeweiligen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁷⁴⁹
- 514 Der klassische Anwendungsfall der Streitverkündung ist derjenige im Entwehungsprozess. Macht der Dritte auf gerichtlichem Weg Ansprüche gegenüber dem Käufer geltend, kann dieser der Verkäuferin den Streit verkünden. Ein für den Käufer ungünstiges Prozessergebnis wirkt diesfalls auch für die Verkäuferin. Sodann kann der Käufer die Verkäuferin aber auch im negativen Feststellungsprozess miteinbeziehen.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Vgl. BBl 2006 7221, 7407.

⁷⁴⁸ Daher rechtfertigt sich hier für die Darstellung der Voraussetzungen und Wirkungen der Streitverkündung ein Verweis auf die zivilprozessuale Fachliteratur, insb. auf die Dissertation von HUBER-LEHMANN.

⁷⁴⁹ HUBER-LEHMANN, Rz. 32; für die Unterschiede zwischen den Streitverkündungsformen vgl. HUBER-LEHMANN, Rz. 30 f.; BBl 2006 7221, 7283 f.

⁷⁵⁰ Vgl. zu Art. 193 aOR ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 193 OR N 9; BK-GIGER, Art. 193 OR N 9; FURRER, 33; TAKEI, 34.

Ergebnis

Anlass für die vorliegende Arbeit gab folgende Situation: Nach konventionellem Verständnis befindet sich der Käufer von verdachtsbehafteter Ware in einer misslichen Lage. Da der effektive Mangel nicht zu beweisen ist, kann er keine Gewährleistungsansprüche geltend machen. Gleichsam leidet der Käufer unter den Nachteilen des Verdachts. Die deutsche Rechtsprechung greift hier korrigierend ein und anerkennt in gewissen Konstellationen eine Gewährspflicht der Verkäuferin. Eine vertiefte Erörterung des Verdachts als Mangel hat bis zur vorliegenden Arbeit aber nicht stattgefunden.

Die im *ersten Teil* dieser Arbeit erfolgte Untersuchung des Verdachts hat gezeigt, dass der Verdacht eine gegenwärtige, ungesicherte Tatsachenlage darstellt und auf einer inneren Würdigung von Tatsachen beruht (siehe Rz. 10 ff.). Der Verdacht und der merkantile Minderwert haben beide die Reaktion des Marktes auf eine ungesicherte Tatsachenlage zum Inhalt. Der merkantile Minderwert bildet eine Sonderform des allgemeineren Verdachts (siehe Rz. 52 ff.).

Der *zweite Teil* widmet sich dem Verdacht als Sachmangel. Der Verdacht ist kein nur ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen vorliegender Mangel, sondern als wirtschaftliche Eigenschaft der Kaufsache selbständig mangelfähig (siehe Rz. 97 ff.). Der Verdacht führt namentlich zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache, wenn er ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert (siehe Rz. 177 ff.). Ausräumung wie Bestätigung des Verdachts wirken sich auf die Rechtspositionen der Vertragsparteien aus (siehe Rz. 305 ff.).

Im *dritten Teil* konnte gezeigt werden, dass der Verdacht auch einen Rechtsmangel bilden kann. Zum einen haftet die Verkäuferin, wenn der Verdacht besteht, ein Dritter verfüge über ein besseres Recht an der Kaufsache (siehe Rz. 460 ff.). Zum andern hat die Verkäuferin trotz Eviktionsprinzip für die Eviktionsgefahr einzustehen (siehe Rz. 463 ff.). Auch hier können Widerlegung und Verifizierung des Verdachts die Rechtslage verändern (siehe Rz. 491 ff.).

Anhang

Die hier abgedruckten Zeitungsberichte betreffen allesamt den ersten Hasen-Entscheid des BGH (VIII ZR 176/66, 16.04.1969) und verschaffen der Leserschaft einen Eindruck von den damaligen Verdachtsausmassen. Es handelt sich lediglich um eine Auswahl. Der Hasenskandal hatte eine Reihe weiterer Zeitungsberichte zur Folge, insbesondere auch in der Schweiz.⁷⁵¹

⁷⁵¹ Z.B. NZZ vom 29.11.1963, 66: «Gefährlicher Lebensmittelimport»; Der Bund vom 01.12.1963, 48: «Gefrierhasen als Paratyphusträger»; Neue Zürcher Nachrichten vom 29.11.1963, 8: «Paratyphus-Alarm in Deutschland»; Thuner Tagblatt vom 29.11.1963, 2: «Gefrorene Hasen»; Bieler Tagblatt vom 29.11.1963, 2: «Paratyphus-Epidemie droht Westdeutschland»; NWZ vom 29.11.1963, 4: «Vorsicht mit Hasen aus Argentinien»; NWZ vom 30.11.1963, 5: «Argentinische Hasen dürfen nicht mehr verkauft werden»; Der Spiegel vom 10.12.1963, Nr. 50/1963, Beitrag 28: «Falscher Hase».

Achtung! Die Hasen sind vergiftet

Nahrungsmittelskandal in Deutschland

Von CHRISTL-URSEL CAMPHAUSEN und ERNST LÜTCKE

Düsseldorf/Hamburg, 28. November

Massenvergiftungen bisher unbekanntes Ausmaßes durch Salmonellen (Paratyphus-Bakterien) bedrohen viele Städte der Bundesrepublik. Etwa 50 000 mit Salmonellen verseuchte Hasen aus Argentinien sind in den letzten Wochen über Hamburg und Rotterdam eingeführt worden. Der Genuß dieser Hasen kann lebensgefährlich sein.

<p>Nur durch Zufall waren Düsseldorf und Hamburger Veterinär-Behörden den verseuchten Hasen aus Argentinien auf die Spur gekommen. Dazu ein hoher Beamter der Hamburger Gesundheitsbehörde: „Das ist der größte Ernährungs-Skandal der Nachkriegszeit.“</p>	<p>Allein für Nordrhein-Westfalen kamen weit über 100 000 tiefgefrorene argentinische Hasen in den letzten zwei Wochen in Hamburg an. Weitere Massensendungen aus Argentinien, die für den deutschen Markt bestimmt sind, liegen im holländischen Hafen Rotterdam fest.</p>
---	---

Fortsetzung auf Seite 3

Abbildung 5: Bild-Zeitung vom 28.11.1963, S. 1.

Hasen sind vergiftet

FORTSETZUNG VON SEITE 1

Anzeige

Wann stehen Sie auf?

Je früher, desto wichtiger für Sie, mich bald kennenzulernen. Auf mich können Sie sich verlassen. Ich sorge sanft und unaufdringlich für Ihre Pünktlichkeit. Sie treffen mich im guten Fachgeschäft. Und dann bin ich bald Ihr eigener DIEHL Wecker. Ab DM 17,50 mit Cavalierswerk. Andere Modelle schon ab DM 11,50.

Der Hafen-Kommissar hält die Sendung bis zur Klärung der Angelegenheit zurück.

Die Ernährungsministerien, Veterinär-Ärzte und Staatlichen

Anzeige

Auch Sie können schlank sein

Kommen Sie in diesen trüben Herbsttagen zu wenig ins Freie? Haben Sie zu wenig Bewegung? Um Ihre schlanke Linie brauchen Sie deshalb keine Sorge zu haben. Die Kissinger Entfettungstabletten SILBERNE BOXBERGER verhindern und beseitigen unschöne Fettpolster ohne lästige Diät. Sie enthalten neben bewährten Pflanzenextrakten das natürliche Salz der Kissinger Heilquellen. Befragen Sie Ihren Apotheker über SILBERNE BOXBERGER. Gratisprobe durch Haus Boxberger, 873 Bad Kissingen, Abt. X, Postfach 69-71.

Untersuchungsämter der Länder: „Wir werden auf Grund des Prüfungsergebnisses jetzt schnell und unbürokratisch durchgreifen.“

Aber erst am 3. und 4. Dezember finden Beratungen der leitenden Veterinär-Beamten der Länder im Bundesernährungsministerium in Bonn statt. Es soll dann wahrscheinlich ein sofortiger Einfuhrstopp für argentinische Hasen erlassen werden.

In allen Städten und Orten, wo die verseuchten argentinischen Hasen verkauft werden, müssen die örtlichen Ordnungsämter durch Polizisten „Jagd auf die Seuchenhasen“ machen.

Wörtliches Zitat aus dem Staatlichen Veterinär-Untersuchungsamt Krefeld: „Daß so etwas bei uns möglich ist, ist ein Trauerspiel.“

Importeure in der Bundesrepublik haben eine Lücke im Gesetz genutzt: Ausländisches Wild unterliegt in der Bundesrepublik keiner Einfuhrkontrolle. Die von den zuständigen Landeszentralbanken erteilten Einfuhrgenehmigungen genügen. Deswegen weiß keine staatliche Kontrollinstanz, wieviel verseuchte Hasen überhaupt schon eingeführt worden sind.

Die Importeure haben die argentinischen Hasen in riesigen Mengen an Geschäfte, Gaststätten und Hotels weiterverkauft.

Das große Weihnachtsgeschäft mit den Hasenbraten verlockte sie zu umfangreichen Abschlüssen.

Allein das Ergebnis der Prüfungen beim Staatlichen Veterinär-Untersuchungsamt in Krefeld war eine Katastrophe: Rund die Hälfte aller Hasen war von Salmonellen befallen!

Im Hamburger Hafen war festgestellt worden: Ganze Par-

Salmonellen-Bakterien erzeugen durch Schmierinfektion Paratyphus, der epidemische Ausmaße annehmen kann. Nach dem Genuß von salmonellenverseuchtem Hasenfleisch kann es zu bakterieller Fleischvergiftung kommen. Übelkeit, Brechdurchfall, Darmkrämpfe, Kreislaufstörungen sind die Folgen. Ansteckungsgefahr!

tien der Argentinien-Hasen waren schon in Fäulnis übergegangen. Das Hamburger Veterinärwesen wurde alarmiert. Die Amtsärzte stellten fest: Die Tiere sind nicht nur verfault, 31 Prozent der tiefgefrorenen Hasen waren salmonellenverseucht.

Deswegen warnen die Gesundheitsbehörden alle Hausfrauen, die den vorweihnachtlichen Hasenbraten schon gekauft haben: Faßt die Hasen nicht an. Allein die Berührung kann zu Infektionen mit schlimmen Folgen führen.

Abbildung 6: Bild-Zeitung vom 28.11.1963, S. 3.

Import-Hasen beschlagnahmt

Gesundheitsbehörde fand bei 25 Prozent der Proben Salmonellen

Die Hamburger Gesundheitsbehörde hat rund 800 Tonnen gefrorener argentinischer Hasen, die in der Hansestadt lagern, vorläufig sichergestellt. Bei Stichproben wurden bei etwa 25 Prozent Salmonellen festgestellt. Den Importeuren dieser Hasen wurde, wie die Staatliche Pressestelle mitteilte, untersagt, dieses Fleisch in den Verkehr zu bringen.

Salmonellen können schwere Erkrankungen hervorrufen. Die Gesundheitsbehörde hat sofort nach Bekanntwerden des ersten Auftretens von salmonelleninfizierten argentinischen Hasen alle Maßnahmen ergriffen, um die Bevölkerung vor Erkrankungen zu schützen.

Durch Schmierinfektionen schon beim Berühren der Hasen können die Salmonellenbakterien Paratyphus aus-

lösen. Der Genuß von salmonellenverseuchtem Hasenfleisch kann zu Fleischvergiftung mit Übelkeit, Brechdurchfall, Darmkatarrh und Kreislaufstörungen führen.

Die Gesundheitsbehörde nimmt an, daß die Keime in argentinischen Bearbeitungsstätten beim Herrichten und Verpacken der Hasen übertragen wurden. In Verhandlungen mit argentinischen Stellen soll der Vorgang untersucht werden.

Außer der Sicherstellung aller verdächtigen Sendungen und der eingehenden Untersuchung hat die Gesundheitsbehörde alle Bundesländer und auch die zuständigen Bundesministerien unterrichtet. Bei Hasen wie bei anderem Wild besteht im Gegensatz zu den schlachtbaren Haustieren keine Untersuchungspflicht bei der Einfuhr.

Abbildung 7: Die Welt vom 29.11.1963, S. 7.

Überall Jagd auf verseuchte Hasen

„Ihr Bericht hat großen Schaden verhütet!“

Von CHRISTEL-URSULA CAMPHAUSEN, WOLFGANG VOGES
und den BILD-Redaktionen

Düsseldorf/Bonn, 30. November

„Wenn der Skandal um die argentinischen Hasen nicht von BILD aufgedeckt worden wäre, hätten die Verbraucher wahrscheinlich nie etwas davon erfahren.“ Das erklärte Frau Dr. Lünenbürger vom Vorstand der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verbraucherverbände in Düsseldorf.

Dazu Medizinalrat Professor Dr. Heinz Baron, Leiter des Düsseldorfer Gesundheitsamtes: „Durch BILD erfuhren wir überhaupt erst von den verseuchten argentinischen Hasen und konnten sofort Schutzmaßnahmen veranlassen. Wir sind der BILD-

Professor Baron: „Ich habe schon von mehreren Fällen erfahren, bei denen Leute nach dem Genuß von Hasenfleisch Durchfall und andere Beschwerden hatten.“

Das Bundesgesundheitsministerium: Im ganzen Bundesgebiet wird nach verseuchten argentinischen Hasen gesucht. Jedoch besteht kein Grund zur Panik. Es wird alles unternommen, um die Volksgesundheit zu schützen.

In allen Bundesländern werden die Seuchenhasen aus dem Verkehr gezogen. Wenn Stichproben ergeben, daß die Hasen einwandfrei sind, werden sie jedoch verkauft. Bei Hasen aus Schottland und Polen wurden bisher keine Beanstandungen gemeldet.

Die Gesundheitsbehörde Hamburg glaubt, die Atteste der Argentinier über den einwandfreien Zustand der Hasen sind

in Ordnung. Aber: möglicherweise sind bei der Kühlung bis zum Hamburger Freihafen Pannen passiert.

Dazu der Kaufhauskonzern Helmut Horten in Düsseldorf: Die „Hasenatteste“ wurden in Argentinien den Exportsendungen automatisch beigelegt. Die ungestempelten Atteste hatten nämlich keine Liefernummer.

3 x täglich

Biocitin

gibt Kraft

für Nerven, Herz und Kreislauf

Zeitung dankbar, daß sie Alarm geschlagen hat. Dadurch ist großer Schaden verhütet worden.“

Diese beiden Stimmen bestätigen, wie dringend die Aufdeckung dieser unfaßbaren Vorgänge war.

Tagesunterricht

Vom Volksschüler in 42 Wochen zum

TEWIFA-Ingenieur

42 Wochen für Maschinenbau, Elektrotechnik, Kraftfahrzeugbau, Heizung und Lüftung, Kältetechnik

DM 1000,- Studienkredit

Vom Volksschüler in 22 Wochen zum

Techniker u. Werkmeister

22 Wochen für Metall, Elektro, Holz, Bau

DM 1000,- Studienkredit

Anfragen an TEWIFA
7768 Stockach/Bodensee

Abbildung 8: Bild-Zeitung vom 30.11.1963, S. 1.



Abbildung 9: Bild-Zeitung vom 07.12.1963, S. 3.

Der Käufer verdachtsbehafteter Ware kann den effektiven Sachmangel oft nicht beweisen. Dennoch trägt er die Nachteile des Verdachts. Daher bejahen Gerichte nach Massgabe des CISG und des deutschen BGB in Verdachtsfällen eine Gewährspflicht der Verkäuferin. Diese Praxis stösst mehrheitlich auf Zustimmung, wobei auch Vorbehalte aufgrund der Beweislastregel und der vorübergehenden Natur des Verdachts bestehen.

Diese Dissertation untersucht erstmals, wie ein Verdacht rechtlich zu erfassen und wovon er abzugrenzen ist. Es wird aufgezeigt, dass ein Verdacht auch nach Massgabe der kaufrechtlichen Gewährleistung gemäss OR einen Mangel bilden kann. Weiter legt die Arbeit dar, welche Anforderungen an den Verdacht als Mangel zu stellen sind und welche Folgen seine Ausräumung und Bestätigung nach sich ziehen. Diese komplexen Rechtsfragen werden anhand zahlreicher Beispiele und Gerichtsentscheidungen veranschaulicht.

ISBN 978-3-03891-676-5



9 783038 916765