

§ 4 GEWÄHRLEISTUNG DES VERKÄUFERS BEI MÄNGELN DER KAUFsache ODER DES VERSCHAFFTEN RECHTS

I. Die Haftung des Verkäufers im allgemeinen

Literatur:

P. Cavin, SPR VII/1, p. 70-121, G./M./K., p. 339-353; P. Tercier, n. 226-406.

1. Kaufrechtliche Gewährleistung und allgemeines Vertragsrecht

Die Regelung der Gewährleistung des Verkäufers stellt das Kernstück des Kaufrechts dar; gerade wenn man sich (wie weitgehend der Gesetzgeber) an der Vorstellung orientiert, dass der Verkäufer zwar den Kaufgegenstand zu liefern und zu übereignen, nicht jedoch dessen Eigenschaften zu prästieren habe, das Vorhandensein dieser Eigenschaften nicht zu den eigentlichen Leistungspflichten des Verkäufers gehöre (oben § 3/IV/1/b) und daher OR 97 ff. nicht direkt anwendbar sind, bedarf es eines Sonderrechts zur Erfassung dieses Sachverhalts. Beide Rechtsbereiche spielen dergestalt zusammen, dass die bis zur effektiven Ablieferung des Kaufgegenstandes auftretenden Störungen (insbesondere das Ausbleiben oder die Verspätung der Ablieferung) nach den allgemeinen Nichterfüllungsmechanismen von OR 97 ff. zu erfassen sind (zu einzelnen kaufrechtlichen Besonderheiten, insbes. OR 190/I und 214 vgl. oben § 3/III/2 und § 3/IV/5), während jene Fehlsachverhalte, die nach Ablieferung der Sache an den Käufer hervortreten, von den Sonderregeln des Kaufrechts bezüglich "Gewährleistung" erfasst werden. Allerdings neigt die Praxis zu einer Ausweitung der allgemeinen Vertragshaftung (OR 97 ff.); dazu unten Zif. VII/3.

Abgrenzungsprobleme zwischen kaufrechtlicher Gewährleistung und allgemeinen Nichterfüllungsfolgen ergeben sich insbesondere beim Gattungskauf (dazu unten § 5/I/6); beim Stückkauf kann die Grenzziehung zwischen Zusicherung bestimmter Eigenschaften (mit gewährleistungsrechtlicher Sanktion) und vertraglichen Nebenabreden (mit Nichterfüllungsfolgen) Schwierigkeiten machen (BGE 96 II 117 qualifiziert eine die Verpackung betreffende Vertragsklausel als Nebenabrede und deren Verletzung nicht als Sachmangel, sondern als Nichterfüllung, weshalb der Schadenersatzanspruch nicht der einjährigen kaufrechtlichen Verjährung unterliegt).

"Gewähr leisten" ist eine traditionelle (vom Gesetzgeber nicht näher bestimmte) Vorstellung des Eintretenmüssens (praestare), der Pflicht, Rechtsnachteile zu tragen, falls ein zugesicherter Erfolg nicht eintritt; dieser Erfolg besteht darin, dass die Sache bestimmte Eigenschaften aufweist. Der Unterschied dieser kaufrechtlichen "Erfolgs-Gewährleistung" zu den vertraglichen Nichterfüllungs-Folgen zeigt sich im besonderen darin, dass sie verschuldensunabhängig ist (eine Exkulpation i.S. von OR 97 nicht zulässt) und dem Käufer grundsätzlich nicht die Behelfe i.S. von OR 107 zur Verfügung stellt.

2. Rechts- und Sachgewährleistung

Mit Abschluss des Kaufvertrages stellt der Verkäufer implizite in Aussicht, er werde dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand verschaffen und dieser weise bestimmte Eigenschaften auf. Dementsprechend unterscheidet das Kaufrecht zwischen Haftung für Sach- und Rechtsmängel:

- OR 192-196 Gewährleistung des veräusserten Rechtes (dazu besonders unten Zif. III);

- OR 197-210 Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache (dazu besonders unten Zif. IV-VI).

NOTA: Beim "Forderungskauf" gilt nicht Gewährleistungsrecht des Kaufs, vielmehr die Sonderregelung des Zessionsrechts (OR 171-173).

II. Gemeinsame Grundsätze der Rechts- und Sachmängelhaftung

1. Gewährleistungsregeln als dispositives Recht

a) Vertragliche Bestimmung der Gewährleistungspflicht im allgemeinen

Die vom Gesetz statuierte Gewährleistung stellt dispositives Recht dar; die Haftung des Verkäufers kann eingeschränkt oder auch verschärft werden (das erstere ist insbesondere in Gestalt sog. Freizeichungsklauseln häufig, das letztere nur ausnahmsweise anzutreffen). Insbesondere bei der Sachgewährleistung lässt sich die Umschreibung der Verkäuferhaftung nicht immer von der Umschreibung des Kaufgegenstandes bzw. der Zusicherung bestimmter Eigenschaften trennen; der Verkauf von Land als "Bauland" schliesst die Ueberbaubarkeit in die Gewährleistung ein, während beim Verkauf eines Autos der Hinweis "geeignet für Bastler" oder gar "auf Abbruch" eine Wegbedingung der Sachmängel-Gewährleistung impliziert. Derartige Umschreibungen der zu prästierenden Eigenschaften erfolgt oft stillschweigend; der hohe Preis für Sammlerobjekte kann eine Zusage deren Echtheit einschliessen (BGE 102 II 100 E. 2 a für Briefmarken), wie umgekehrt ein tiefer Preis oder die Umstände des Vertragsschlusses einen Haftungsausschluss implizieren können.

Eine vertragliche Modifikation der Verkäufer-Gewährleistung kann auch darin liegen, dass die Parteien die dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe in Abweichung vom Gesetz gestalten (z.B. Wegbedingung des gesetzlichen Wandelungs- und Minderungsanspruchs und dessen Ersetzung durch einen Mangelbehebungs-Anspruch), was z.B. im Rahmen einer sog. Garantieklausel (dazu unten Zif. 5) in bestimmten Bereichen regelmässig geschieht.

Die entgegen der herkömmlichen Auffassung von Giger (OR 199 N. 6) und anderen vertretene Meinung, OR 100/I (Ungültigkeit der Wegbedingung der Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit) gelte auch für die kaufrechtliche Gewährleistung, ist abzulehnen; sie verkennt, dass OR 100 die Haftung für Nichterfüllung vertraglicher Pflichten betrifft, das Vorhandensein bestimmter Sacheigenschaften aber gerade nicht zu den Verkäuferpflichten gehört (oben Zif. I/1, § 3/IV/1/b). In BGE 107 II 166 f. wird die Frage - entgegen der zutreffenden bisherigen Praxis - offen gelassen. (Dabei illustriert der dort beurteilte Sachverhalt besser als jede Theorie die Unhaltbarkeit der These: Da den Eigentümer keine Pflicht trifft, die ihm gehörende Sache vor Schaden zu bewahren, ist die Frage sinnlos und unzulässig, ob Ausfliessenlassen von Heizöl in einem Moment, wo der Eigentümer noch nicht an Verkauf denkt, fahrlässig bzw. schuldhaft sei.)

b) Insbesondere gewährleistungswegbedingende Klauseln

aa) Wegbedingung der Rechtsmängel

"ohne obligo", "Ware verkauft wie erhalten" usw.

bb) Wegbedingung der Sachmängelhaftung

"wie besehen", "tel quel". - Haftungswegbedingung kann sich auch aus den

Umständen ergeben, konkludent erfolgen; BGE 95 II 124 (Kauf einer elektrischen Maschine im Ausland: keine Gewährleistung des ausländischen Verkäufers dafür, dass sie den inländischen Anschlussvorschriften entspricht). - Klausel "ohne Garantie" stellt nicht notwendig eine Gewährleistungs-Wegbedingung dar; kann etwa im Auto-Occasionshandel auch verstanden werden als "ohne Werkgarantie" o.dgl. Ebenso "wie gesehen und gefahren", was bedeuten kann, dass "Besicht erklärt", dh. Bestätigung, dass bei Ablieferung keine Mängel sichtbar, und dass vertraglich keine besonderen Eigenschaften zugesichert (nicht veröffentlicht BGE vom 30.9.1975 i.S. R. gegen F., zit. nach "Touring" vom 20.1.1977 p. 1). - Weiterhin aus der Praxis: ZR 83/13: Freizeichnungsklauseln sind restriktiv, in dubio contra stipulatorem, zu interpretieren; BGE 109 II 25: Autoverkauf unter Freizeichnungsklausel - es ist Frage der Auslegung des Vertrages, ob damit Einsehen für Richtigkeit des Kilometerstandes wegbedungen oder nicht.

c) Inbesondere die Schranken der Gültigkeit vertraglicher Gewährleistungs-Beschränkungen

aa) Absicht bzw. Arglist des Verschweigens von Mängeln seitens des Verkäufers macht den Gewährleistungsausschluss ungültig

Kennt der Verkäufer bei Vertragsschluss vorhandene Sachmängel, so kann eine Gewährleistungs-Wegbedingung moralisch verwerflich und daher unbeachtlich sein. Der Gesetzgeber differenziert bei Rechts- und Sachmängeln und stellt bei ersteren einen strengeren Massstab auf:

Rechtsmängel (OR 192/III): Bei tatsächlichem Wissen des Verkäufers um Rechtsmängel (dh. die Gefahr der Entwehrung) ist er zur Bekanntgabe verpflichtet; ein Gewährleistungsausschluss ist im Falle von "absichtlichem Verschweigen" ungültig.

Sachmängel (OR 199): Hier kann die Wegbedingung der Gewährleistung auch bei Wissen des Verkäufers um die Sachmängel gültig sein, wenn das Verschweigen der Mängel nicht als "arglistig" (dh. moralisch verwerflich) erscheint.

Der Verkäufer muss nicht alle Schwächen der zu verkaufenden Sache aufdecken, wohl aber wird ein Gewährleistungsausschluss dann unwirksam, wenn der verheimlichte Mangel so bedeutsam ist, dass ein korrekter Bürger ihn entweder offenbaren oder im Falle der Nichtoffenbarung wenigstens nicht einen Haftungsausschluss stipulieren würde.

bb) Weitere Schranken der Berücksichtigung von Freizeichnungsklauseln

Im übrigen sind hinsichtlich der rechtlichen Handhabung von Freizeichnungsklauseln manche Fragen offen, so etwa jene, ob die Regeln der Irrtumsanfechtung i.S. von OR 23 ff. (insbesondere Grundlagenirrtum; OR/AT § 13/III) auf diese anwendbar sind usw. Soweit Gewährleistungs-Beschränkungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers enthalten sind, unterliegen sie den allgemeinen Vorbehalten gegenüber der Anwendung von AGB (dazu OR/AT § 10/XIV). In der Praxis wurde zum Ausdruck gebracht, dass - insbesondere im Grundstücksverkehr eingebürgerte - traditionelle freizeichnende Floskeln (clauses de style) nicht zum Nennwert genommen werden sollen (grundlegend BGE 60 II 444 gegenüber der aus Zeiten des PGB im Kanton Zürich überlieferten Formel "Nachwährschaft wird wegbedungen"; weiterhin 83 II 401). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Insbesondere darf wohl als feststehend gelten,

dass Freizeichungsklauseln "contra stipulatorem" (OR/AT § 12/VI/4) auszulegen sind; im Falle von Ungewissheit über die Tragweite ist zuungunsten der die Klausel formulierenden Partei (dh. regelmässig zuungunsten des Verkäufers, der die Klausel in seine AGB aufgenommen hat) zu entscheiden.

Bei der bisherigen Diskussion wurde übersehen, dass der "Urzustand" oder "normative Nullzustand" in Nicht-Gewährleistung besteht (der jeweilige Besitzer/Eigentümer einer Sache hat deren Risiken zu tragen, wie ihm auch deren erfreuliche Ueberraschungen zugute kommen), welchem gegenüber die gesetzliche Gewährleistung als eine Ausnahmeregelung zu verstehen ist. Dies bedeutet, dass z.B. eine lokal eingebürgerte freizeichnende Floskel selbst dann zu beachten ist, wenn die Parteien sie nicht verstanden haben oder ihr keine Bedeutung beimessen, wenn sie nur die im Grundstücksverkehr des fraglichen Kantons massgebende Rechtsanschauung widerspiegelt und diese - wie wohl verbreitet - die Gewährleistung des Verkäufers weitestgehend ausschliessen will. Aus gleichem Grund unhaltbar ist auch die neuestens in BGE 107 II 162 E. 6 vertretene Theorie, wonach ein Ausschluss nicht wirkt, wenn der fragliche Mangel "gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste" (mit Berufung auf Giger und G./M./K.): Auch wenn als allgemeiner Grundsatz gelten kann, dass Vereinbarungen mit "positivem normativem Gehalt" nur soweit gültig sein können, als ihre Tragweite den Belasteten wenigstens in Umrissen erkennbar ist, kann diese Ueberlegung hier nicht gelten, wirkt die Freizeichnung doch nur "negativ" in dem Sinne, als sie die Sonderregelung der Verkäuferhaftung beseitigt und gewissermassen den "Zustand normativer Unschuld" wiederherstellt: Je weniger ein sachimmanentes Risiko von den Parteien vorausgesehen werden kann, um so eher hat der Verkäufer ein legitimes Interesse, sich vertraglich von der Risikotragung zu befreien. Diese Konzeption ist Ausfluss der Vertragsfreiheit wie auch der Auffassung der Verkäufer-Sachgewährleistung als dispositives Recht, mit der eine Lösung nach BGE 107 II 162 E. 6 nicht vereinbar ist (so wie hier noch BGE 72 II 268/9).

Das hier Gesagte gilt nur im Falle eines von den Parteien gewollten totalen Gewährleistungsausschlusses, nicht jedoch, wenn trotz Vereinbarung einer auf einen generellen Gewährleistungsausschluss lautenden Klausel anzunehmen ist, dass eine bestimmte Tauglichkeit der Sache immer noch stillschweigend vorausgesetzt werde, was insbes. bei Verkauf von Konsum- und Gebrauchsgütern häufig anzunehmen ist.

2. Kenntnis der Mängel beim Käufer im Moment des Vertragsabschlusses schliesst Gewährleistungsansprüche aus (OR 192/II, 200/I)

a) Rechtsmängel (OR 192/II)

Wenn der Käufer die "Gefahr der Entwehrung" kannte, so hat der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

b) Sachmängel (OR 200)

Positive Kenntnis der Mängel bei Vertragsschluss schliesst alle Gewährleistungsansprüche aus (Abs. I; vgl. "in Kauf nehmen"). Ebenso bei Kennenmüssen nach "gewöhnlicher Aufmerksamkeit"; jedoch volle Haftung trotz Kennenmüssens bei Zusicherung des Verkäufers, dass der Mangel fehle (Abs. II).

3. Vorbehaltlose Entgegennahme des Kaufgegenstandes in Kenntnis von Sachmängeln schliesst Gewährleistungsansprüche aus

Ausdrücklich gesagt in BGB § 464; gilt nach ZGB 2 wohl auch in der Schweiz. Vgl. OR/AT § 18/XI/1 und Anm. 78.

4. Gewährleistung unabhängig vom Verschulden des Verkäufers oder dessen Kenntnis vom Sachmangel

Im Ausgangspunkt ist die Verkäufergewährleistung unabhängig davon, ob der Verkäufer bei Vertragsschluss um die Mängel wusste (hätte wissen können) oder diese Mängel irgendwie verursacht hat (so für Sachgewährleistung ausdrücklich OR 197/II; bei der Rechtsgewährleistung folgt das Gleiche aus dem Umstand, dass sie nicht an Kenntnis usw. geknüpft wird). Erst sekundär (bei der Bemessung der Schadenersatzpflicht; vgl. unten Zif. VII) wird Verschulden/Nichtverschulden berücksichtigt, wie Kenntnis von Mängeln einen Haftungsausschluss ungültig machen können (oben Zif. II/1/c). - Verschuldensunabhängigkeit hängt damit zusammen, dass das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften des Kaufobjekts nicht zu den Verkäuferpflichten gehört (oben §3/IV/1/b).

5. Bedeutung einer "Garantieleistung"

a) Allgemeines

aa) Oft "übernimmt" der Verkäufer bei Vertragsschluss eine "Garantie". Dahinter kann sich vielerlei verbergen; gemeinsam ist jedoch, dass Wirkungen nur eintreten, wenn die "Garantie" Vertragsbestandteil ist, dh. vom Käufer ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird und überdies so klar ist, dass der zustimmende Käufer die Tragweite der eingehandelten Nachteile (unten lit. b/bb) erkennt (BGE 91 II 348 E. 2/b); bei Irrtumsanfechtung des Kaufvertrages wird auch Garantieabsprache hinfällig (BGE 83 II 21 E. 2).

bb) "Garantie" will in bestimmten Fällen nicht mehr sein als die Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Sache (bestimmte Leistung oder Lebensdauer eines Apparates, Einhalten bestimmter Toleranzen usw.; zur Zusicherung von Eigenschaften unten Zif. IV/3). Damit wird die Sache beschrieben, nicht aber die Gewährleistung normativ modifiziert.

cc) Der Vollständigkeit halber ist auch hier festzuhalten, dass genau besehen beim Stückkauf die Zuerkennung von Ansprüchen aus Vertragsverletzung (OR 97 ff.) sich nicht auf den geschlossenen Kaufvertrag als solchen stützen lässt, sondern eine unabhängige Parteivereinbarung i. S. einer (regelmässig unausgesprochen bleibenden) Gewährleistungszusage (der "warranty" vergleichbar; vgl. oben § 3/1/5/b, 6/c) voraussetzt; vgl. unten Zif. VII/3).

b) Garantie als Abänderung des Gewährleistungsrechts

Am häufigsten ist die Garantie im Kern eine Modifikation des Gewährleistungsrechts, welche sich nicht notwendigerweise zum Vorteil des Käufers auswirken muss. Je nach Ausgestaltung fallen Aenderungen in betracht

aa) zum Vorteil des Käufers:

- meist Verzicht auf Voraussetzung der sofortigen Mängelrüge (vgl. dazu unten Zif. V/1-5);
- (bei Garantiedauer von mehr als 1 Jahr) Verlängerung der Gewährleistung über die in OR 210 statuierte Frist hinaus (vgl. dazu unten Zif. V/6, 7);

- Einräumung eines Mangelbehebungs-Anspruchs (oft wiederum eingeschränkt auf Arbeit oder Material). Im Falle eines Mangelbehebungs-Anspruchs darf BGB § 476 a (1977 eingeführt durch AGB-Gesetz) auch in der Schweiz als vermuteter Parteiwille gelten (Verkäufer hat Nebenaufwendungen wie Transportkosten usw. zu tragen).

bb) zum Nachteil des Käufers:

Ueberwiegend wird der Wandelungs- und/oder der Minderungsanspruch des Käufers (dazu unten Zif. VI) ausgeschlossen und dieser auf Mangelbehebung verwiesen. Der Verzicht auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche wiegt oft schwerer als die Vorteile. Es ist deshalb die Tendenz zu begrüssen, an die Wirksamkeit des Ausschlusses hohe Anforderungen zu knüpfen, den Gehalt der Garantie restriktiv ("in dubio contra stipulatorem"; vgl. OR/AT §12/IV/4) zu interpretieren (BGE 91 II 349).

Kann ein Mangel binnen der "Garantiedauer" nicht endgültig behoben werden, muss die Gewährleistungspflicht als weiterdauernd verstanden werden. Es steht dem Käufer wohl ein Vorgehen nach OR 107 offen; er kann nach erfolglosem weiterem Reparaturversuch auf nachträgliche Leistung (Mangelbehebung) verzichten und Schadenersatz verlangen oder aber - bei gegebenen Voraussetzungen; vgl. unten Zif. VI/2 - wohl auch Wandelung wählen.

6. Unterschiede der Rechts- und Sachmängelhaftung im allgemeinen

Die Voraussetzungen der Haftung für Rechtsmängel sind z.T. für den Käufer weniger streng. Insbesondere bei Rechtsmängeln keine Prüfungs- und Rügepflicht und nicht die im Zusammenhang damit statuierte kurze Verjährung gemäss OR 210.

7. Verweisung:

Zur auch in diesem Zusammenhang zu erwähnenden Sonderfrage der Möglichkeit der Willensmängelanfechtung beim Kauf vgl. unten Zif. VIII.

III. Haftung für Rechtsmängel (OR 192-196)

1. Bedeutung

Der Verkäufer hat die Pflicht, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen; wenn diese Eigentumsverschaffung trotz Sachübergabe nicht eintritt, liegt ein Rechtsmangel vor. Der Verkäufer muss nicht bloss Eigentum, sondern sog. "unbeschwertes Eigentum" verschaffen, dh. Dritte dürfen keine beschränkten dinglichen Rechte (Pfandrechte, Nutzniessungsrechte) haben. - Vertragliche Ansprüche Dritter sind keine Rechtsmängel, denn als Forderungsrechte, relative Rechte sind sie nur gegenüber dem Vertragspartner wirksam. Ausnahme: OR 259/II, 260 (relativer Schutz des Mieters unbeweglicher Sachen; dazu unten § 7/V).

Da der gutgläubige Erwerber im Falle anvertrauter Sache in seinem Erwerb geschützt ist (ZGB 933; oben § 3/V/6), gibt es bloss wenig Anwendungsfälle der Rechtsmängelhaftung, deren starke Betonung in der Systematik des Gesetzes aus der romanistischen Tradition kommt (im römischen Recht wird beim Erwerb vom Nichtberechtigten nie Eigentum erlangt). Dagegen ev. eine gewisse Bedeutung in übertragenen Bereichen (Werkvertrag, OR 365; Gesellschaftsvertrag, OR 531/II; Erbteilung, ZGB 637). Sodann

Anwendung der Regeln über die Rechtsgewährleistung auf den Verkauf nichtigerklärter Patente; BGE 111 II 455, 110 II 239, 75 II 173. Die relative Bedeutungslosigkeit rechtfertigt knappe Behandlung.

2. Eviktionshaftung und Garantieprinzip

Die Haftung des Verkäufers kann grundsätzlich zweierlei bedeuten (wichtig für das Verständnis von OR 192): entweder Haftung dafür, dass der Käufer im Genusse der Sache nicht von einem Dritten, der sich auf ein besseres Recht stützt, gestört wird, oder dass der Käufer wirklich auch Eigentum erhält.

Eviktionshaftung (Entwehrungshaftung): Nach römischem Recht musste der Verkäufer nur dann haften, wenn dem Käufer das Eigentum von einem besser Berechtigten tatsächlich entzogen (vindiziert, Eviktion) wurde. Materielle Eigentumsverschaffung als solche war nicht erforderlich. Aehnliche Rechtslage im germanischen Recht.

Garantieprinzip (Eigentumsverschaffungsprinzip): Nach neuerer, im Naturrecht der Aufklärungszeit wurzelnder Auffassung muss der Käufer - ungeachtet des prozessualen Vorgehens des Drittberechtigten - Eigentum erhalten; sog. Garantieprinzip, dem ein normatives Rechtsverständnis zugrundeliegt (während die Eviktionshaftung in einem Aktionendenken wurzelt).

Haftungsprinzip von OR 192/I, 194: Grundsätzlich romanistische Konzeption der Eviktions-(Entwehrungs-)haftung (OR 192/I), die allein sachgerecht ist, da der Käufer, solange er den Kaufgegenstand unangefochten besitzt, keines Schutzes bedarf (BGE §440 verweist den Käufer auf Nichterfüllungsregeln, einschliesslich Rücktrittsmöglichkeit) und dieser Schutz, da keine aktuelle Benachteiligung/Schädigung vorliegt, auch nicht leicht realisierbar ist. OR 194/II schwächt allerdings die Voraussetzung der Haftung etwas ab: Auch ausserprozessuale Herausgabe bei Gefahr der Entwehrung löst Verkäuferhaftung aus.

3. Voraussetzungen der Haftung

- a) Der Käufer muss den Kaufgegenstand erhalten haben. Wenn ein Dritter vor der Lieferung wegen besseren Rechts Hand auf die Sache legt, so keine Rechtsmängelhaftung, sondern es gelten die allgemeinen Rechtsfolgen wegen Nichterfüllung (OR 97 ff).
- b) Grundsatz: Dem Käufer muss die Sache entzogen worden sein, oder dies muss wenigstens aufgrund konkreter Ereignisse zu befürchten sein (vgl. oben Zif. 2).

Modifizierung dieses Grundsatzes durch Sondervorschriften:

- OR 194 Herausgabe ohne richterliche Entscheidung bei Aussichtslosigkeit
- OR 193 Prozessuale Vorschriften, Streitverkündung

- c) OR 192/I: Der Rechtsmangel muss zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben. Sinn dieser Einschränkung ist nicht ersichtlich.

4. Wirkungen der Rechtsmängelhaftung

Aufhebung des Kaufvertrages:

- bei vollständiger Entwehrung (OR 195)
- bei teilweiser Entwehrung differenziert (OR 196)

Schadenersatzpflicht: vgl. unten Zif. VII.

Sind die (praktisch sinnvollen) Voraussetzungen der (i.S. von OR 192 und OR 194 etwas modifizierten) Eviktionshaftung (dh. Gefahr der Entziehung, oben Zif. 2, 3/b) nicht gegeben, liegt kein Gewährleistungstatbestand, aber auch kein Nichterfüllungstatbestand i.S. von OR 97 ff vor (dies aber vertreten von Cavin p. 63/64). Die kaufrechtlichen Regeln über die Rechtsgewährleistung sollen als abschliessende sonderrechtliche Regelung des Tatbestandes verstanden werden. Insbesondere kann der Rechtsmangel auch nicht als Anlass von Grundlagenirrtum verstanden werden: unten Zif. VIII in fine.

IV. Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung im allgemeinen - Begriff des Sachmangels

Literatur:

K. Herberger, Rechtsnatur etc. der Sachmängelhaftung, Berlin/München 1975; J. Lautner, Grundsätze des Gewährleistungsrechts, Zürich 1937.

1. Allgemeines

Sachgewährleistung des Verkäufers bedeutet Einstehen/Haften im Rahmen der kaufrechtlichen Sanktionen (insbes. Wandelung und Minderung) für das Vorhandensein der allgemein vorauszusetzenden und insbesondere der zugesicherten Eigenschaften bzw. für die Abwesenheit von Mängeln der Sache, welche "ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern." (OR 197/I; in dieser Formel erkennbar das Vorbild von frCC art. 1641: "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus." Aehnlich heute auch WKR 35/II/a und b). Die kaufrechtliche Verkäuferhaftung ist grundsätzlich verschuldensunabhängig (Exkulpation i.S. von OR 97 ist nicht möglich), so dass man sogar von "Kausalhaftung" spricht.

2. Was Sachmangel ist, ergibt sich primär aus Vertrag

Es gibt keinen objektiven Mangelbegriff, sondern mangelhaft ist, was von der vertraglichen Vereinbarung abweicht (Grundsatz der Vertragsfreiheit). Formel von OR 197/I dahin zu verstehen, dass "vorausgesetzter Gebrauch" auf den Parteiwillen Bezug nimmt; die Eigenschaften der mangelfrei gedachten Sache müssen dabei nicht ausdrücklich stipuliert sein (unten Zif. 3), sondern können von den Parteien nach Treu und Glauben auch stillschweigend vorausgesetzt worden sein. Damit hängt auch die entgegengesetzte Vorschrift von OR 200 zusammen, wonach von der Haftung jene Mängel ausgeschlossen sind, die der Käufer bei Vertragsschluss tatsächlich gekannt hat oder bei "gewöhnlicher Aufmerksamkeit" erkannt hätte (oben Zif. II/2).

Zum Problem der Wirksamkeit von nach Vertragsschluss erfolgenden Eigenschaftszusicherungen (z.B. enthalten in "Garantie") vgl. ZR 72/49 und dort zit. Literatur.

Quantitätsmängel sind (beim Stückkauf) als Sachmängel zu behandeln (Beispiel: ein unter Angabe eines bestimmten Inhalts verkaufter Waggon Kohle), dh. in der Regel Preisminderung allenfalls, dh. bei Unzumutbarkeit, die geringere Menge zu behalten, Wandelung; das Recht des Verkäufers, sich durch Nachlieferung des fehlenden Quantum zu befreien oder des Käufers, das fehlende Quantum nachzufordern, wird oft sachlich angemessen erscheinen, lässt sich aber nicht direkt aus dem Gesetz begründen

Beim Gattungskauf, bei dem nach quantitativen Gesichtspunkten bewertete Güter im Vordergrund stehen, stellt das Angebot einer Minderquantität den Tatbestand (teil_ weiser) Nichterfüllung dar und ist entsprechend nach OR 97 ff. zu behandeln (dazu unten § 5/I/2/c).

3. Fehlen vorausgesetzter oder zugesicherter Eigenschaften bedeutet Sachmangel

Wie man jeden Fehler einer Sache in den Vertrag einbeziehen und dadurch Sachmängelhaftung ausschliessen kann, so lässt sich umgekehrt auch jede positive Eigenschaft (die einer Ware, auch wenn sie gut ist, nicht zuzukommen braucht), in den Vertrag einbeziehen, so dass deren Fehlen einen Mangel darstellt. Heute dürfte dieses vertragsbezogene Verständnis des Mangelbegriffs das herrschende sein, obwohl die romanistische Tradition und der auch hier von ihr beeinflusste Gesetzgeber einem "objektiven" Mangelbegriff (Mangel als Negativabweichung vom Normalzustand) zuneigt.

Gerade weil Sachqualitäten (vorab in der Sicht zurückliegender Zeiten) vom Verkäufer nicht beeinflusst werden können und daher nicht Bestandteil seiner Vertragspflichten werden (vgl. oben § 3/I/6), bedarf es zur Begründung einer Haftung für Sacheigenschaften einer zusätzlichen Rechtfertigung von der Art eines Garantiever sprechens. In diesem Sinne spricht der Gesetzgeber von "zugesicherten" Eigenschaften (OR 197; ähnlich BGB § 459). In der schweizerischen Literatur gab es eine Kontroverse über die Frage, ob eine eigentliche verbindliche Zusicherung im Sinne der Uebnahme der Gewähr vorliegen müsse (so noch eindeutig die Meinung des historischen Gesetzgebers; in dieser Richtung auch eher die heutige deutsche Auffassung) oder ob ernsthafte Erklärungen über Sacheigenschaften bereits haftungsbegründend seien (so neuere, in der Schweiz heute vorherrschende Auffassung; vgl. BGE 102 II 100 lit. a, 73 II 220, 71 II 240, 63 II 79; aus der Literatur Stauffer in ZBJV 80/1944, p. 145-152; Jäggi in Festschrift Guhl, Zürich 1950, p. 67; Cavin a.a.O. p. 79 f.).

Während die umgekehrte Lesart der Rechtstradition eher gerecht wird (Schwerpunkt auf der Sachübertragung als solcher, nicht auf Sacheigenschaften) und im Ausland (vor allem im angloamerikanischen Bereich) vorherrschen dürfte, mag die genannte schweizerische Auffassung der modernen Entwicklung der Verkehrsauffassung (von der wir eine Verfeinerung der Verkehrssitten erhoffen) eher entsprechen. Indes besteht der Gegensatz mehr in der Theorie als in der Praxis, da auch in der Schweiz nicht bezweifelt werden kann, dass blosser Sachanpreisungen allein zur Gewährleistungsbegründung nicht genügen, vielmehr vorausgesetzt ist, dass die vom Verkäufer gemachten Angaben (für ihn erkennbar) für den Kaufentschluss des Käufers bestimmend waren und in diesem Sinn zur Grundlage des Vertrags wurden. Vgl. dazu BGE 81 II 209 E. 1, BGE 87 II 245 und aus der Literatur Cavin SPR p. 82, G./M./K. p. 343, Giger OR 197 N. 33, Keller/Lörtscher p. 70, v.Tuhr I § 38 Anm. 15 (der allerdings nicht voraussetzt, dass die Zusage bestimmter Eigenschaften der Kaufsache für den Kaufentschluss kausal gewesen sei, der sich aber auch nicht zur Frage ausspricht, unter welchen Voraussetzungen eine "zugesicherte Eigenschaft" anzunehmen sei).

Offen bleibt nach allem die Frage, ob nicht eine andere Konzeption mindestens ebenso sachgerecht wäre und zudem den Grundkonzeptionen des Kaufrechts besser entsprechen würde: einerseits Annahme kaufrechtlicher Sachgewährleistung nur im Falle der Aeusserung echten Verpflichtungswillens (etwa entsprechend der früheren hiesigen und heute noch nach BGB herrschenden Auffassung; vgl. dazu etwa Westermann

in Münchener Kommentar BGB § 459 N. 52: "Zusicherung ... wenn ein Vertragswille des Verkäufers erkennbar ist, die Gewähr für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft zu übernehmen und für die Folgen eines Fehlens dieser Eigenschaft eintreten zu wollen"), andererseits Berücksichtigung der in der Literatur vertretenen Anliegen des Schutzes des Käufers unter dem Aspekt der Willensmängel (Grundlagenirrtum, Täuschung; OR 23 ff., OR/AT § 13). Das nach heutiger Konzeption im Vordergrund stehende Erfordernis, "dass die Zusicherung den Entschluss des Käufers, die Sache ... zu erwerben, beeinflusst habe" (BGE 87 II 245), verlegt den Ansatzpunkt statt in den Verpflichtungswillen des verpflichteten Verkäufers in die subjektiven Erwartungen des Käufers bei Vertragsschluss, ein Gesichtspunkt, der eigentlich ein solcher der Willensmängel-Regelung ist. Eine teilweise Verlagerung des Käuferschutzes in den Bereich der Willensmängel würde es auch entbehrlich machen, den Sachmangelbegriff zu subjektivieren und Umstände, die zwar den Vertragsentschluss beeinflussen, mit der Sache selbst aber nichts zu tun haben, wie die Echtheit von Sammlerobjekten, als Sachmängel zu interpretieren (vgl. die unten Zif. VIII genannten Judikate, ev. auch die dortigen Bemerkungen zur Auffassung nach BGB).

In Bereichen traditioneller Unsicherheit, wie in der Frage der Echtheit von Sammlerobjekten, aber ev. auch der Ueberbaubarkeit von Landparzellen usw., wird heute vielleicht zu wenig beachtet, dass in bestimmten Fällen aus dem Vertrauensprinzip durchaus die entgegengesetzten Konsequenzen zu jener der Belastung des Verkäufers gezogen werden können. Unerachtet der Frage, ob kaufrechtliches Gewährleistungsrecht oder die Willensmängelanfechtung in Frage stehe, wird je nach den Umständen die Aussage: "Die Geige ist gewiss eine Guarneri" verstanden werden müssen als "Ich habe keinerlei Anlass, an der Echtheit der Geige, dh. Urheberschaft von G., zu zweifeln. Die Geige tönt so gut, wie eine G. tönen muss, so gut, wie nur eine G. tönen kann. Allerdings liegt es mir fern, für den Fall, das ein Experte kommt und deren Echtheit bestreitet, eine Gewährleistung übernehmen zu wollen bzw. die Echtheit zur Vertragsgrundlage zu machen."

4. Auch rechtliche Eigenschaften können Sachmangel sein (vgl. 197/I)

Beispiele:

- Verkauf von Bauland, das mit Bauverbot belastet ist. So ähnlich BGE 98 II 197 E. 4.
- Verkauf einer Waschmaschine, die infolge Verstosses gegen Sicherheitsvorschriften nicht angeschlossen werden darf (BGE 95 II 122 E. 3, in casu Mängelhaftung verneint).
- Nichtzulässigkeit des Verkaufs von Kugelschreibern wegen Verletzung der Patentansprüche Dritter (BGE 82 II 248).

5. Massgeblicher Zeitpunkt

Das Vorliegen von Sachmängeln ist auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu bestimmen. Dies ist beim Stückkauf im Regelfall der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (oben § 3/VI/3), beim Gattungskauf die Aussonderung oder Versendung der Sache (unten § 5/I/7). Nachträglich durch Zufall eingetretene Verschlechterung geht der Gefahrtragsregel entsprechend zulasten des Käufers; zur Ersatzpflicht des Verkäufers bei Sorgfaltsverletzung vgl. oben § 3/VI/7. Im Falle der durch den Verkäufer verschuldeten Verschlechterung ist Haftung nach den Regeln von OR 97 gegeben; diesbezüglich auch keine Prüfungs- und Rügepflicht.

6. Beweislast

hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Sache liegt beim Käufer. Verkäufer hat nur Erfüllung (Lieferung) der verkauften Sache zu beweisen; Richtigkeit/Mangellosigkeit der Leistung wird aufgrund der Tatsache der Entgegennahme vermutet (sofortiger Vorbehalt des Käufers bei der Empfangnahme hindert diese Vermutung). Vgl. v.Tuhr II § 60/I; OR/AT § 18/XI/1; BGB § 363. Im Falle des Distanzkaufs unter den Voraussetzungen von OR 204/I genügt blosser Vorbehalt nicht, vielmehr ist Tatbestandsfeststellung i.S. von OR 204/II nötig, andernfalls Beweislast für Mängel beim Käufer liegt (BGE 45 II 340).

V. Voraussetzungen der Geltendmachung der Ansprüche aus Sachmängeln

1. Prüfungs- und Rügeobliegenheit (Rüge"pflicht") gem. OR 201 im allgemeinen

a) Grundsatz

Wenn der Käufer nicht, sobald als nach Empfang tunlich, die Ware prüft und allfällige Mängel aus denen er Gewährleistungsansprüche ableitet, dem Verkäufer mitteilt ("Mängelrüge erhebt"), so verwirkt er die Gewährleistungsansprüche.

Diese Regel ist heute im Handelskauf selbstverständlich und auch in das WKR (Art. 39) übernommen worden. Unter Nichtkaufleuten bewirkt sie in der Praxis oft, dass der geschäftsunerfahrene Käufer, der nicht rügt bzw. dies nicht mehr beweisen kann (Telefonanruf!), um seine Gewährleistungsansprüche gebracht wird. Rechtfertigungsversuch des Bundesgerichts in BGE 88 II 365 E. 2. Kritik bei Bucher, SJZ 67 (1971) p. 1 ff., 17 ff. - Rechtsvergleichung: Das BGB kennt keine Norm entsprechend OR 201/I und II, lediglich das deutsche HGB (der nach dem Vorbild von aOR 246 geschaffene § 377) statuiert Rügepflicht für den Fall, dass beide Parteien Kaufleute sind. ABGB, frCC und itCC haben keine vergleichbaren Vorschriften, jedoch kennt WKR Art. 39 eine Rügepflicht, wenn auch in (gegenüber der heutigen schweizerischen Praxis) gemilderter Form.

b) Vertraglicher Ausschluss

Innerhalb des ohnehin dispositiven Gewährleistungsrechts steht es den Parteien insbesondere auch frei, die Prüfungs- und Rügepflicht vertraglich zu modifizieren. Im kaufmännischen Bereich werden die Modalitäten der Prüfung nicht selten explizit geregelt (z.B. gemeinschaftliche Prüfung, Beizug sachverständiger Dritter, Probelauf u.dgl.). Im übrigen ist praktisch besonders bedeutsam der vertragliche Verzicht, wie er insbesondere im Rahmen von Garantievereinbarungen entgegnetritt. Wenn auch im einzelnen Frage der Vertragsauslegung, so muss doch als Regel gelten, dass die vertragliche Nennung einer Frist der Garantie, der Gewährleistung o.dgl. einen Verzicht auf das Erfordernis sofortiger Mängelrüge impliziert und Mängelrüge bis zu deren Ablauf erlaubt. Es gehört nun einmal zum allgemeinen wie juristisch-technischen Verständnis des Begriffs der Frist, dass bis zu deren Ende die unter Befristung gestellten Möglichkeiten wirksam offen bleiben.

2. Rügeobliegenheit bezieht sich nur auf "offene" Mängel

Verlangt wird bloss eine unter gegebenen Umständen zumutbare Warenprüfung ("übungsgemässe Untersuchung", OR 201/II). Was dabei an Mängeln nicht offenkundig wird, ist "geheimer", "verborgener" Mangel. BGE 76 II 222, 63 II 407 lit. c.

3. Inhalt und Rechtsnatur der Mängelrüge

Mängelrüge muss angeben, welche Eigenschaften beanstandet werden (Spezifikation).

Mängelrüge ist Willenserklärung, jedoch kein Rechtsgeschäft, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die auf Seiten des Erklärenden wie des Erklärungsempfängers nicht volle Handlungsfähigkeit, sondern bloss Urteilsfähigkeit voraussetzt (ZGB 18). Andererseits treffen die Verwirkungsfolgen der Unterlassung der Mängelrüge richtigerweise bloss den voll handlungsfähigen Käufer (Bucher, ZGB 12 N. 70, 101 ff).

Als empfangsbedürftige Willenserklärung würde die Mängelrüge grundsätzlich auf Gefahr des Käufers reisen. HGB § 377/IV statuiert nachdrücklich umgekehrt. Muss auch in der Schweiz angenommen werden (Ausfüllen einer Gesetzeslücke; ZGB 1).

4. Frist zur Erhebung der Mängelrüge

Prüfungspflicht nach Erhalt der Sache "sobald als nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich"; später entdeckte Mängel sind "sofort" zu rügen. BGE 88 II 365, 81 II 59.

5. Nachträgliche Entdeckung geheimer Mängel (OR 201/III)

Vorschrift, bei geheimen Mängeln sofort nach Entdeckung den Verkäufer zu benachrichtigen, ist gerechtfertigt, da diese Mängel meist auch dem Verkäufer nicht bekannt sein können. Beweislast für Kenntnis in einem bestimmten Zeitpunkt beim Verkäufer, der verspätete Mängelrüge behauptet. ItCC art. 1495: Mängelrüge "entro otto giorni". Umgekehrte Auffassung in BGE 107 II 176 (unhaltbar; dazu unten §10/III/2/b sowie Bucher in ZSR 1983/II p. 338).

6. Begrenzung der Gewährleistung auf Mängel, die binnen eines Jahres zum Vorschein kommen (OR 210/I)

Der Verkäufer kann nicht auf alle Zeiten für die Qualität der Sache haften; das Risiko nicht bloss der Abnutzung/Alterung der Sache, sondern auch von sachimmanenten "Ueberraschungen" muss grundsätzlich beim jeweiligen Eigentümer einer Sache liegen. Der Gesetzgeber setzt die zeitliche Grenze auf ein Jahr nach Ablieferung der Sache fest (BGB § 477/I: sechs Monate). Mängel, die später zum Vorschein kommen, hat der Käufer allein zu tragen; keine Gewährleistung des Verkäufers. Zur Wahrung der Frist ist Mängelrüge (oben Zif. 1 - 4) vor Ablauf des Jahres erforderlich (siehe Wortlaut von OR 210/I, II). Wenn demnach bei einem Auto "nach Jahr und Tag" seit Ablieferung die Kurbelwelle bricht, hilft dem Eigentümer nicht der Nachweis, dass ein Gussfehler die Ursache und damit der Mangel schon beim Kauf vorhanden war.

7. Verjährung der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche

In OR 210/I und II sind in einer gefährlichen (aber traditionellen, auch im BGB enthaltenen) "Verkürzung" mit einem Schlag zwei sachlogisch ganz verschiedene Fragen erledigt: Neben der oben (Zif. 6) genannten zeitlichen Terminierung der Haftung des Verkäufers für versteckte bzw. später zum Vorschein kommende Mängel der Kaufsache die davon unabhängige zweite Frage der Verjährung der Gewährleistungsansprüche (dazu hier). Entgegen dem Verwirrung stiftenden Wortlaut von OR 210 hat die zeitliche Begrenzung der Verkäufergewährleistung mit Verjährung gar nichts zu tun (wenn schon, müsste man von einer Verwirkungsfrist sprechen); eine Erstreckung der Gewährfrist durch Verjährungs-Unterbrechungshandlungen seitens des Käufers kommt

nicht in betracht. Dagegen kann die Einjahresfrist der Verkäufer-Gewährleistung im hier besprochenen Sinn von den Parteien vertraglich beliebig verlängert oder verkürzt werden, was oft u.a. der Sinn der Vereinbarung einer "Garantiedauer" (dazu auch oben Zif. II/5 und im folgenden Zif. 8) ist.

a) Wirkung der Verjährung

Die unglückliche Verbindung der Frage der zeitlichen Befristung der Gewährleistung an sich (oben Zif. 6) mit der Verjährung der aus ihr resultierenden Ansprüche führt dazu, dass auch die Verjährung mit der Ablieferung der Kaufsache (wie oben Zif. 6) beginnt. Das bedeutet, dass möglicherweise bei Sichtbarwerden eines vorerst versteckten Mangels gegen Ende der Einjahresfrist dem Käufer zur Geltendmachung seines Anspruchs bzw. zur Verjährungsunterbrechung nur wenige Wochen oder Tage verbleiben. Es handelt sich um eine Verjährung, für welche die üblichen Stillstandsgründe von OR 134 und insbesondere die Unterbrechungsgründe von OR 135 (dazu OR/AT § 25/VII und VIII) gelten. Auch wenn der Käufer wandeln will, geht seine Klage lediglich auf Kaufpreisrückzahlung (dazu unten Zif. VI/2), so dass binnen Jahresfrist nicht Klageeinleitung (wie der Wortlaut von OR 210/I nahelegen würde) erforderlich ist, sondern jede Unterbrechungshandlung, insbesondere Schuldbetreibung, die Verjährung der Gewährleistungsansprüche unterbricht, eine neue einjährige Frist eröffnet. So auch BGE 104 II 357.

EXKURS: Weniger verwirrtlich und sachlich angemessen wäre die gesonderte Regelung von Gewährleistungsdauer und der Verjährung, indem z.B. die Einjahresfrist der Anspruchsverjährung mit dem Ende der (gesetzlichen einjährigen oder vertraglich beliebig bemessenen) Gewährleistungsdauer, allenfalls mit Entdeckung des Mangels, zu laufen beginnen würde.

b) Unverjährbarkeit der Einreden des Käufers (OR 210/II)

OR 210/II formuliert den bewährten Grundsatz "quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua"; "Anspruch vergeht - Einrede besteht" (vgl. Savigny, System Bd. V §§ 253; Dig. 44, 4, 5, 6). Der gleiche Gedanke ist in OR 120/III enthalten: Ein verjährter Anspruch kann zur Verrechnung gebracht werden, wenn die Verrechnungslage vor dem Verjährungseintritt entstanden ist.

Die in OR 210/II vorbehaltenen Einreden sind jene aus dem Kaufvertrag (praktisch Einreden gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers), während aus anderen Geschäften resultierende Forderungen nicht erfasst sind (Becker OR 210 N. 5, BGE 50 II 10). Dieser im Gesetz keine eindeutige Basis findende Grundsatz ist restriktiv zu handhaben und z.B. nicht anzuwenden, wenn die Parteien in einer laufenden Geschäftsbeziehung stehen.

c) NOTA: OR 210 erfasst nur Gewährleistungs-, nicht Erfüllungsansprüche

OR 210 als kaufrechtliche Sondernorm findet nur auf Gewährleistungsansprüche Anwendung, die ihrerseits Erfüllung (Ablieferung des Kaufgegenstandes) voraussetzen (oben Zif. I/1: Anspruch auf bzw. aus Wandelung und Minderung (z.B. ganze oder teilweise Kaufpreis-Rückforderung) wie auch Schadenersatz i.S. von OR 208. Vor Ablieferung/Uebnahme gelten die Nichterfüllungs-Regeln des allgemeinen Teils (OR 97 ff.); der Ersatzanspruch wegen Nichtlieferung unterliegt der allgemeinen Vertragsverjährung (OR 127).

8. Einfluss von "Garantieabsprachen" auf die Fristen gemäss Zif. 6 und Zif. 7

OR 210/I eröffnet die Möglichkeit, dass "der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit" übernimmt. Auch hier müssen entgegen der landläufigen Vermengung beider Fragen die Wirkungen unterschieden werden hinsichtlich folgend lit. a) und b).

a) Gewährleistungsdauer i. S. von oben Zif. 6:

Aus dem Wortlaut folgt unmittelbar die Möglichkeit der Verlängerung der Gewährleistungsdauer. Nach allgemeiner Auffassung ist jedoch auch eine Verkürzung zulässig, was aus der dispositiven Natur des Gewährleistungsrechts im allgemeinen folgt (wenn man die Verkäufergewährleistung materiell ganz ausschliessen kann, dann muss auch ihre zeitliche Beschränkung möglich sein).

b) Verjährung i.S. von oben Zif. 7:

Aus einer Garantiedauer-Vereinbarung muss nicht zwangsläufig eine Modifikation der Dauer der Verjährung der daraus resultierenden Ansprüche gefolgert werden. Es lässt sich die These vertreten, zur Disposition der Parteien gestellt sei nur die Gewährleistungsdauer i.S. von oben Zif. 6, nicht aber die Länge der Verjährungsfrist; jedenfalls muss deren Verkürzung als ausgeschlossen gelten: Auch bei verabredeter "Garantiedauer von 3 Monaten" hat der Käufer 1 Jahr Zeit, die allenfalls in den drei Monaten zu Tage tretenden Ansprüche geltend zu machen. -Umgekehrt muss bei Verlängerung der Gewährleistungsdauer i.S. von Zif. 6 auch die Verjährung betroffen werden, soll nicht die Verlängerung illusorisch sein. Es genügt hier aber ein Hinausschieben des Beginns des Fristenlaufs; der Verjährungsbeginn wird richtigerweise hinausgeschoben auf den Zeitpunkt letztmöglicher Mängelrüge (was vermutungsweise der Endtermin der Garantiefrist ist, ausnahmsweise ein Zeitpunkt unverzüglich nach Auftreten des Mangels während der Garantiefrist; vgl. dazu oben Zif. II/5); so im Ergebnis auch BGE 78 II 367/8 und ZR 43/210. - Zur vertraglichen Verlängerung der Fristen von OR 210 vgl. im übrigen BGE 102 II 101.

9. Keine Verwirkungsfolgen wegen unterlassener Mängelrüge bei absichtlicher Täuschung (OR 203, 210/III)

Der unredliche Verkäufer verdient den Schutz der Mängelrüge-Vorschriften von OR 203 wie auch jenen der zeitlichen Beschränkung der Gewährleistung nach OR 210 nicht. Wenn "absichtliche Täuschung" nachgewiesen werden kann (und sich die Täuschung auf den fraglichen Mangel bezieht), schadet weder das Unterlassen der Prüfung bzw. Rüge nach Lieferung, noch das Unterlassen sofortiger Anzeige bei nachträglichem Auftauchen verborgener Mängel (OR 203; oben Zif. 4 und 5); durch absichtliche Täuschung wird auch die zeitliche Beschränkung der Käuferansprüche i.S. von OR 210 (oben Zif. 6 und 7) aufgehoben. Im Falle der hier Zif. 9 behandelten Fälle des Ausschlusses des Anspruchsverlusts infolge arglistiger Täuschung gelangt anstelle der Einjahresfrist von OR 210 die Zehnjahresfrist gemäss OR 127 zur Anwendung, so die in BGE 107 II 231 bestätigte Praxis (billigenswert; abzulehnen die Gegenauffassung, die eine Einjahresfrist ab Entdeckung von Mangel und Täuschung postuliert). "Absichtliche Täuschung" gem. OR 203 und 210/III verlangt etwas mehr als "arglistiges Verschweigen" als Voraussetzung der Unwirksamkeit einer Haftungsbegrenzung (OR 199; oben Zif. II/1/c).

10. Sondervorschriften für den Distanzkauf (OR 204)

Beim Distanzkauf trifft den Käufer, der mangelhafte, Wandelung oder Nichtannahme rechtfertigende Ware erhalten hat, die Pflicht, die mangelhafte Sache im Interesse des Verkäufers zu verwahren, ev. zu verkaufen (vgl. auch unten Zif. VI/2).

VI. Die Rechte des Käufers bei Sachmangel: Wandelung oder Minderung (OR 205)

1. Allgemeines

Der Käufer kann entweder die Sache zurückgeben und das ganze Geschäft rückgängig machen (Wandelung; actio redhibitoria; unten Zif. 2), oder er kann den Verkauf grundsätzlich aufrechterhalten und lediglich eine dem Sachmangel entsprechende Reduktion des Kaufpreises (Minderung; actio quanti minoris; unten Zif. 3) verlangen; OR 205/I. Zusätzlich kommt Schadenersatz in Frage (dieser behandelt unten Zif. VII).

Im übrigen wird in Erinnerung gerufen, dass Gegenstand der Leistungspflicht des Verkäufers grundsätzlich nicht die Eigenschaften der Kaufsache bilden, was folgendes bewirkt:

- Wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache als solche, wenn auch mangelhaft, geliefert und übereignet hat, so hat er seine Schuldpflicht erfüllt. Keine Ansprüche des Käufers aus OR 102 ff, 107. Aber Sondervorschrift für den Gattungskauf in OR 206; vgl. unten § 5/I/3, 4. Gehört das Vorhandensein bestimmter Sachqualitäten nicht zu den Verkäuferpflichten, besteht keine Grundlage, den Verkäufer im Falle von Sachmängeln wegen Nichterfüllung haften zu lassen. In Abweichung von diesem Grundsatz wird jedoch dem Käufer mangelhafter Ware (allerdings unter einengenden Voraussetzungen) die Berufung auf OR 97 als alternative Grundlage von Schadenersatzansprüchen gestattet (dazu unten Zif. VII).
- Dem Grundsatz nach hat der Käufer nicht Anspruch darauf, dass der Verkäufer Mängel beseitigt, auch wenn solche bestehen und behoben werden können (BGE 95 II 125 E. 6), noch hat der Verkäufer das Recht, bestehende Mängel zu beheben, um Gewährleistungsansprüche abzuwehren (anders allein Giger, OR 205 N. 42/43). - Das Nichtbestehen eines Mängelbeseitigungsanspruchs ist vor dem Hintergrund des "technologischen Fatalismus" des Gesetzgebers zu sehen, für den Sachmängel idealtypisch nicht behebbar sind. Heute ist diese Auffassung in vielen Bereichen nicht mehr zeitgemäss; in Sonderfällen muss daher ein Mängelbehebungsanspruch des Käufers oder eine Mängelbehebungsbefugnis des Verkäufers aus ZGB 2 abgeleitet werden, so, wenn der Verkäufer allein zur Mängelbehebung imstande ist bzw. dem Käufer eine Mängelbeseitigung durch den Verkäufer zuzumuten ist (was allerdings nicht leicht hin angenommen werden darf). Das WKR (Art. 46/III) gibt dem Käufer einen Nachbesserungsanspruch. - Hauptbestandteil der meisten Garantieabsprachen ist die Statuierung der Möglichkeit der Mängelbehebung i.S. eines alleinigen Käuferbehelfes und des Ausschlusses der gesetzlichen Behelfe von Wandelung und Minderung (dazu oben Zif. II/5). - Haben die Parteien vertraglich Mängelbehebung verabredet und unterbleibt diese, so stellt dies einen Nichterfüllungstatbestand i.S. von OR 97 ff. dar (BGE 91 II 350 E. 3 und OR/AT § 20); allenfalls könnte man auch ein Wiederaufleben der vertraglich ausgeschlossenen Behelfe der Wandelung oder Minderung annehmen (so ZR 57/46).

2. Wandelung

Begriff: Rückgängigmachung des Kaufs, insbesondere Rückgabe des Kaufgegenstandes und Entfallen der Preiszahlungspflicht bzw. Rückerstattung des Preises.

a) Wirkungen der Wandelung (OR 208/209):

aa) Ansprüche des Verkäufers:

Käufer muss die Sache zurückgeben zusammen mit allfällig daraus gezogenem Nutzen (OR 208/I). Statt eines obligatorischen Rückerstattungsanspruchs nehmen einzelne Autoren (Giger OR 208 N. 8/9, Cavin p. 97, 99; Keller/Lörtscher p. 84) aufgrund der "kausalen" Auffassung der Eigentumsübertragung (oben § 3/V/4) nach Wandelung des Käufers einen Vindikationsanspruch des Verkäufers an; so obiter auch BGE 109 II 30.

Verfehlte Auffassung, die das Wesen der Wandelung verkennt: Diese will zwar eine Rückabwicklung des Kaufs, macht aber den Vertrag als solchen nicht ungültig (die auch im Falle der Wandelung möglichen vertraglichen Schadenersatzansprüche illustrieren das; vgl. unten Zif. VII/2), entzieht damit der Sachübereignung nicht die causa. Die Lösung ist dieselbe wie bei Rücktritt i.S. von OR 107/109 (dazu OR/AT § 20/VI/7/b). Die Frage ist aber praktisch ohne Bedeutung, da im Falle des Konkurses des Käufers die Konkursmasse in jedem Fall den bezahlten Kaufpreis nur gegen Herausgabe der Sache zurückfordern kann; unten lit. c (im Ergebnis wie hier v.Büren, OR II p. 39 A. 163).

Der mit der Sache zurückzuerstattende Nutzen kann etwa in Mieterträgen oder in einem kalkulatorischen Wert des Sachgebrauchs bestehen (dazu BGE 106 II 221).

bb) Ansprüche des Käufers:

Verkäufer muss den allenfalls bereits erbrachten Kaufpreis samt Zins zurückerstatten (Rückerstattungsanspruch ex lege, nicht Kondiktion: weder Entreicherungseinrede, OR 64, noch Verjährung gem. OR 67! - Darüber hinaus sind die Prozesskosten zu vergüten sowie Verwendungsersatz (Lagerungskosten, Verbesserungen am Occasionsauto usw.) und Schadenersatz (dazu unten Zif. VII) zu leisten.

cc) Rückerstattung Zug um Zug

Die Erstattung der Leistungen (Kaufsache einerseits, Kaufpreis - soweit bereits bezahlt - andererseits) muss Zug um Zug erfolgen. Unerachtet der Frage, ob der rückgängig gemachte Kauf Barkauf, Prae- oder Postnumerandokauf war, hat jede Partei den Anspruch, nur gegen Befriedigung der eigenen Forderung erfüllen zu müssen. Dies folgt aus analoger Anwendung von OR 82; so BGE 109 II 29 lit. a.

b) Einschränkungen des Rechts auf Wandelung:

Der Grundsatz, wonach der Käufer die Wahl hat, ob er Wandelung oder Minderung verlangen will, erfährt im Interesse des Verkäufers, für den Wandelung gravierend sein kann, wesentliche Einschränkungen:

Wandelung ausgeschlossen:

- Bei Veränderung oder Veräusserung der Sache durch den Käufer, ebenso bei Untergang durch dessen Verschulden (OR 207/III). Nota: Bei Untergang/Verschlechterung ohne Verschulden bleibt Wandelung möglich (OR 207/I, II); das Risiko ist hier auf den Verkäufer zurückverlagert. Wandelung muss möglich

bleiben, wenn der Mangel erst bei der Veränderung erkennbar wurde (BGB § 467), ebenso, wenn Käufer in Unkenntnis der Mängel zwar veräussert, aber die Ware infolge Wandelung seinerseits zurückerhalten hat (vgl. dazu v.Tuhr in SJZ 18, p. 369/70). Ein entwertender Gebrauch der Kaufsache nach Wandelungserklärung kann Verlust des Wandlungsanspruchs bedeuten (so BGE 105 II 91).

- Wenn von mehreren im gleichen Vertrag gekauften Objekten nur ein Teil mangelhaft ist, so kann die Wandelung hinsichtlich der mangelhaften Stücke verlangt werden (OR 209/I).
Einschränkungen: OR 209/II; vgl. BGB § 469.
- Wandelung kann infolge Genehmigung der mangelhaften Sache ausgeschlossen sein; Genehmigung kann allenfalls bei trotz Geltendmachung des Wandlungsanspruchs fortgesetztem Sachgebrauch angenommen werden. Vgl. dazu ZR 57/46 p. 114 E. 3a (in casu verneint).
- Am wichtigsten: Relativierung des Wandlungsanspruches durch richterliches Ermessen gem. Billigkeitsnorm von OR 205/II: Auf Antrag des Verkäufers kann der Richter überprüfen, ob Rückgängigmachung des Kaufes durch die Umstände gerechtfertigt sei. Vgl. Becker, OR 205 N. 8; BGE 81 II 220 E. 3. Es liegt hier eine Besonderheit des schweizerischen Rechts vor, die jedoch hinsichtlich der prozessualen Nebenfolgen in Schranken zu halten ist (im Falle der billigkeitshalber erfolgten Verweigerung der Wandelung dürfen die Prozesskosten nicht dem Käufer, der Preisminderung zugesprochen erhält, auferlegt werden; dazu Bucher in SJZ 67 1971 p. 21 - 24). Materiellrechtlich ist der automatische Verlust von Schadenersatzansprüchen bei blosser Preisminderung bedenklich (dazu unten Zif. VII/2/a).

Lehre und Praxis haben bisher nicht vermocht, die exzeptionelle Billigkeitsregel von OR 205/II angemessen zu assimilieren und auf andere Regelungen abzustimmen. Zu denken ist insbesondere an Gesichtspunkte, die im Zusammenhang der Teilnichtigkeit (OR 20/II) und des Grundlagenirrtums (OR 24) herausgestellt worden sind; Wandelung dürfte demnach etwa dann verweigert werden, wenn anzunehmen ist, der Vertrag wäre (mit geringerem Preis) auch mit dem Mangel geschlossen worden, nicht dagegen, wenn die Mangelfreiheit (Vorhandensein einer Eigenschaft) als Grundlage des Vertragsschlusses aufgefasst werden muss. Ganz allgemein muss hier eine "Subjektivierung" (dh. eine die Verhältnisse des Käufers und die Zumutbarkeit, die Sache trotz deren Mängel zu behalten, berücksichtigende Betrachtungsweise) angewendet werden. - OR 205/II ist restriktiv zu handhaben; in allen Zweifelsfällen sollte von der Anwendung dieser exzeptionellen Sondernorm abgesehen werden (meist entgegengesetzt die heutige Praxis).

c) "Durchführung" der Wandelung

- aa) Wandelung bedeutet Rückgängigmachung des Kaufs, ist demnach verwandt mit dem Rücktritt i.S. von OR 107 ff. Wie bei diesem wird die Rechtsfolge durch Erklärung der wandlungsberechtigten Partei, und nicht (wie im französischen Recht), durch den Richter herbeigeführt. Ein richterliches Urteil hat höchstens deklaratorischen Charakter (im Rahmen einer Feststellungsklage, sofern diese zugelassen); im Normalfall wird der Richter (in seiner Entscheidung über die Klage des Verkäufers auf Zahlung der Kaufpreisrestanz oder des Käufers auf Rückerstattung des bereits bezahlten Kaufpreises) als Vorfrage über die Begründetheit der vom Käufer ausgesprochenen Wandelung entscheiden. So wie hier Tercier n. 346.

Die entgegengesetzte Auffassung wird neuerdings (unter Einfluss der BGB-Doktrin) von Giger (OR 205 N. 12) vertreten, dem Keller/Lörtscher (p. 83) und ev. auch G./M./K. (p. 349) folgen. Diese Autoren verkennen, dass das noch im franz. CC bedeutsame richterliche rechtsgestaltende Eingreifen in den Vertrag (obwohl noch vereinzelte, mehr redaktionelle Spuren zu finden sind), der von OR wie BGB verwirklichten moderneren und wohl auch zweckmässigeren Lösung der autonomen Herbeiführung der rechtsgestaltenden Wirkungen durch die Willenserklärung des berechtigten Privaten gewichen ist. Die Klage des Käufers aus Wandelung oder Minderung ist eine Forderungsklage (deren Gegenstand die aus der privaten Rechtsgestaltung folgenden Ansprüche sind, z.B. Klage auf den Betrag des bezahlten Kaufpreises nach Wandelung), nicht eine Gestaltungs-klage. Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteile sind die Ausnahme und auf Fälle ausdrücklicher gesetzlicher Statuierung beschränkt (die nur dort vorkommt, wo Drittinteressen ins Spiel kommen; Scheidungsklage, Anfechtungsklage gegenüber Beschlüssen von Körperschaften usw.; Anfechtung des Zuschlags bei öffentlicher Versteigerung, OR 230 und unten § 5/IV/3c/cc).

- bb) Innerhalb der oben Zif. V/7 genannten Verjährungsfristen bleibt dem Käufer die Wahl zwischen Wandelung und Minderung offen; eine Frist zur Erklärung besteht nicht. - In der Frage, in welchem Sinn der Käufer an die einmal erklärte Ausübung seines Wahlrechtes nach OR 205/I gebunden sei, muss angesichts von OR 205/II jedenfalls gelten, dass ihm vor und während eines Prozesses dasselbe möglich sein muss, was auch dem Richter zusteht, nämlich von Wandelung auf Minderung zurückzugehen. Diese Aenderung des Standpunktes wird nur ausgeschlossen, wenn der Verkäufer - möglicherweise unter Bestreitung der Mangelhaftigkeit - sich mit der Rechtsfolge der Wandelung einverstanden erklärt hat (in welchem Fall der Richter bei Vorliegen von Mängeln auf Wandelung erkennen muss). Becker, OR 205 N. 12, gibt dem Käufer sogar nach dem auf Wandelung erkennenden Urteil ein Wahlrecht. Umgekehrt ist es aufgrund kaufrechtlicher Tradition dem Käufer, der sich einmal für Minderung ausgesprochen hat, wohl verwehrt, auf Wandelung zu wechseln. Stimmt der Verkäufer ausserprozessual Wandelung oder Minderung zu (wobei die Einigung sich auch auf die Grundsatzentscheidung des Rechtsfolge-Typus beschränken könnte, der Verkäufer weiterhin dem Grundsatz nach die Mangelhaftigkeit, ev. das Quantitativ der Preisminderung bestreitet), liegt ein die Parteien bzw. den Richter bindender Vertrag vor, auf den keiner der Partner einseitig zurückkommen kann. Bei der - hier abgelehnten - Auffassung, erst richterliches Urteil gestalte den Vertrag um (oben lit. aa), könnte der Käufer nicht bei seiner Wahl der Minderung behaftet werden.
- cc) Erkennt der Käufer bereits bei Ablieferung die zur Wandelung berechtigenden Sachmängel, kann er wohl die Sache zurückweisen; die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs soll nicht von der Entgegennahme der Sache abhängig gemacht werden. Andererseits ist Wandelung vor Angebot der Leistung wohl ausgeschlossen; erkennt der Käufer vorzeitig die Mangelhaftigkeit, steht ihm vorerst ev. nur die Willensmängel-Anfechtung (unten Zif. VIII) kein Leistungsverweigerungsrecht zu Gebote (anders WKR 71-73; Tradition des "anticipatory breach").

- dd) Der Verbleib des Kaufgegenstandes während der Durchführung der Wandelung ist nicht explizit geregelt, obwohl OR 204 Teilaspekte behandelt, die nur im Hinblick auf die Wandelung praktisch werden. - Vorerst verbleibt der Kaufgegenstand beim Käufer (ja diesem untersagt OR 204/I gar die Rücksendung; unklar die Rechtsfolgen bei Widerhandlung). Wichtig die Feststellung, dass kein Zurverfügung-Stellen der Ware, deren gerichtliche Hinterlage o.dgl. gefordert ist. Der weitere Gebrauch der Sache durch den Käufer ist nicht allgemein ausgeschlossen, doch besteht die Gefahr, dass eine Verwirkung des Wandelungsanspruchs infolge Genehmigung gefolgert wird (vgl. oben lit. b).

OR 204/III statuiert für den Fall der Verderblichkeit die Befugnis, allenfalls die Pflicht des Käufers, die Ware zu verkaufen. Der Verkaufserlös tritt an Stelle der Sache; die Auseinandersetzung nach Wandelungsgrundsätzen wird im übrigen nicht berührt.

3. Minderung

Begriff der Minderungsklage: Forderung auf "Ersatz des Minderwertes der Sache". Der Käufer verlangt, dass der Preis "gemindert" (reduziert) werde. Wenn der "Minderwert den Betrag des Kaufpreises" erreicht (dh. Reduktion des Kaufpreises auf null), Wandelung statt Minderung (OR 205/III), dh. Pflicht zur Rückgabe der Sache.

Berechnung der Preisminderung ("relative Berechnungsweise")

"Der Kaufpreis ist auf denjenigen Betrag herabzusetzen, der - im Zeitpunkt des Vertragsschlusses - dem Verhältnis zwischen dem objektiven Wert der Sache ohne Mängel bzw. mit den zugesicherten Eigenschaften und ihrem objektiven Wert im tatsächlichen Zustande entspricht". BGE 81 II 210; weiterhin BGE 88 II 413 E. 3 und 89 II 253 E. 11; Giger OR 205 N 17 f. und Cavin p. 103.

Die obige (sinngemäss BGB § 472/I entsprechende) Formel ist nicht nur komplizierter als notwendig; sie krankt vor allem daran, dass in der Rechnung zweimal der Begriff des "objektiven Wertes" vorkommt, den es, wie die Wirtschaftswissenschaft seit Jahrhunderten weiss, die Rechtswissenschaft jedoch beharrlich nicht zur Kenntnis nimmt, nicht gibt. Diese Schwierigkeit (die unnötig ist, da die gleiche, nicht existente Grösse im Zähler wie im Nenner des Bruchs erscheint, daher weggekürzt werden kann) wird vermieden und das von der "relativen Berechnungsweise" Gewollte einfacher erreicht, wenn man gar nicht erst nach dem Wert der Sache, sondern direkt nach der Verhältniszahl, dem Reduktionsfaktor, dem Quotienten der beiden Werte, fragt, also dem Experten die Frage unterbreitet: "Welchen Bruchteil des Werts der mangelfrei gedachten Sache macht der Wert der vorliegenden mangelbehafteten Sache aus?" - oder noch einfacher: "Um welchen Bruchteil ist die zu beurteilende Sache entwertet, weil sie den Mangel aufweist?" - oder am einfachsten die umgekehrte Frage: "Um wieviel Prozent wäre die Ware mehr Wert, wenn sie die Mängel nicht hätte?" (dann Rückrechnung durch Verwendung des erlangten Gesamt-Prozentbetrages als Divisor). - Finden Sachverständige bzw. das Gericht, der Wert der vorliegenden (mangelhaften) Sache betrage 4/5 einer als mangelfrei gedachten, aber sonst gleichen Sache (bzw. die Wertreduktion 1/5), so beträgt die zu verwirklichende Preisminderung 20 %. Der Reduktions-Faktor ist dann auf den Vertragspreis anzuwenden, so dass bei billigem Preis relativ weniger gemindert wird als bei teurem Preis, andererseits der Käufer sich jedoch nie entgegenhalten lassen muss, der Wert der Sache sei

trotz Mängel so hoch wie der Kaufpreis. - Die Berechnung der Wertrelation hat objektiv zu erfolgen, dh. subjektive, nur beim Käufer vorliegende Elemente ausser betracht zu lassen.

In der Praxis besteht Tendenz, im Falle der Reparierbarkeit der Mängel zu festem Preis den Minderungsanspruch in der Höhe der Reparaturkosten zu bemessen.

VII. Schadenersatzansprüche des Käufers bei Rechts- oder Sachmangel

Literatur:

A. Schubiger, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung etc., Diss. Bern 1957

1. Allgemeines

Mit den kaufrechtlichen Behelfen der Wandelung oder der Preisminderung (dazu oben Zif. IV - VI) ist dem Käufer nicht in allen Fällen angemessen geholfen; es stellt sich die Frage, in welchem Umfang ihm Schadenersatz zuerkannt werden soll. In der romanistischen Tradition finden sich nur schwache Ansätze von Schadenersatzansprüchen des Käufers. Nachdem bereits das aOR eine starke Ausweitung der Schadenersatzansprüche des Käufers (insbesondere eine - in quantitativer Hinsicht limitierte - Kausalhaftung bei Entwehrung/Wandelung) gebracht hat (aOR 253, 241; unten Zif. 2), besteht heute eine Tendenz der Ausweitung der Verkäuferhaftung (unten Zif. 2, 3, 5), die teilweise auch den Rahmen des Gesunden und Verhältnismässigen zu sprengen droht. Insbesondere ist die sachliche Begründung einer verschuldensunabhängigen Verkäuferhaftung für sachimmanente, aber den Parteien nicht erkennbare Risiken - zumal bei nicht industriell gefertigten Gegenständen - nicht erkennbar (vgl. etwa BGE 107 II 161 f., dazu auch die Bemerkung oben Zif. II/1/c in fine).

Die zuerst (folgende Zif. 2) zu betrachtende Regelung der Schadenersatzansprüche des Käufers gemäss Kaufrecht hat ihren Schwerpunkt im Bereich der Rechtsgewährleistung (der in OR 195/196 geregelte Entwehrungs- oder Eviktionsfall; dazu oben Zif. III), während die Sachmängelgewährleistung teilweise durch Verweisung auf diese Regeln normiert wird (OR 208/II), der Schadenersatzanspruch des Käufers im übrigen aber auf den Fall der Wandelung beschränkt wird. Beides erklärt sich aus der Grundkonzeption, dass zwar Sachmängel nicht eine Vertragspflichtverletzung ausmachen, dass aber im Rechtsgewährleistungstatbestand der Sachentziehung eine Verletzung einer Vertragspflicht (jene der Eigentumsverschaffung) liegt, und dass hiezu der Fall der Wandelung gewissermassen eine Analogie darstellt, wurde doch hier dem Käufer eine Kaufsache übereignet, die zu behalten ihm nicht zuzumuten ist. Der Ausschluss der Käufer-Schadenersatzansprüche im Falle blosser Minderung ist vom franz. CC beeinflusst, dessen art. 1645 dieser Konzeption zugrunde liegt.

Zur Praxis, neben dem beschränkten kaufrechtlichen Schadenersatzanspruch gem. OR 208 auch einen solchen i.S. des allgemeinen Vertragsrechts zur Verfügung zu stellen und diesen auch in Fällen blosser Preisminderung zuzugestehen, vgl. unten Zif. 3. Gegenüber den kaufrechtlichen Sonderbestimmungen kann sich der Käufer allenfalls auch (wenn auch bloss unter einschränkenden Voraussetzungen), auf das Recht des ausservertraglichen Schadenersatzes (OR 41 ff.) stützen (unten Zif. 4). Eine Ausweitung der Käuferansprüche bahnt sich sodann im Rahmen der sog. Produkthaftung an (dazu Hinweise unten Zif. 5).

2. Schadenersatzansprüche nach Kaufrecht OR 195/6 und 208

- a) Schadenersatz beschränkt auf Fälle von Rechtsmängelhaftung und Wandelung (OR 195, 208/II, III)
Aus den oben Zif. 1 genannten Gründen besteht bei Sachgewährleistung ein Schadenersatzanspruch nicht, wenn lediglich Kaufpreisminderung entweder vom Käufer verlangt oder vom Richter zuerkannt wird. Die kaufrechtliche Schadenersatzpflicht des Verkäufers ist demnach auf die Rechtsmängel-Tatbestände einerseits, die Fälle der Wandelung andererseits beschränkt (zu allfälligen auf OR 97 ff. zu stützenden Ansprüchen vgl. unten Zif. 3).
- b) Verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz "unmittelbaren Schadens"
Wie die "primären" Gewährleistungsansprüche der Sachmängelgewährleistung auf Wandelung oder Minderung verschuldensunabhängig sind (oben Zif. I), gewährt der Gesetzgeber dem Käufer einen verschuldensunabhängigen kaufrechtlichen Schadenersatzanspruch, der allerdings auf einen (noch näher zu bestimmenden; dazu unten lit. d/bb) eingeschränkten Umfang, den sog. "unmittelbaren Schaden" begrenzt ist (während ein umfassender Schadenersatzanspruch der Exkulpation begegnet; OR 208/III, unten lit. c). Es liegt eine Besonderheit des schweizerischen Rechts vor: nach französischem Recht (CC art. 1645/46) ist die Schadenersatzpflicht des Verkäufers auf den Fall der Kenntnis des Verkäufers der Mängel bei Vertragsschluss beschränkt. Ähnlich die Rechtslage nach BGB: § 467 verweist auf die Regeln des Rücktritts, bei dem jedoch, anders als nach OR 109/II, kein Schadenersatz gefordert werden kann; im Falle des Verkaufs in Kenntnis der Mängel fällt Schadenersatz i.S. von culpa in contrahendo (dazu OR/AT § 17) in betracht. Diese rechtsvergleichenden Hinweise haben den Zweck, die sachliche Fragwürdigkeit dieser Regel bewusst zu machen und einer restriktiven Anwendung (insbesondere einschränkenden Umschreibung des verschuldensunabhängig zu ersetzenden Schadenersatzes; unten lit. d) das Wort zu reden.
- c) Bei Verschulden Anspruch auf Ersatz "weiteren" Schadens
Eine weitergehende Ersatzpflicht (auf Ersatz "weiteren" Schadens) des Verkäufers besteht, wenn diesen ein Verschulden trifft, oder genauer: wenn dieser sich nicht zu exkulpiert vermag (die Verschuldenspräsumption und die Beweislastverteilung stimmt überein mit OR 97 ff.; vgl. dazu OR/AT § 20/III/1).

Kritik: Auch mit dieser Lösung befindet sich das schweizerische Recht in einer Ausnahmeposition (vgl. die Hinweise betr. BGB oben lit. b). Die gegenwärtige Regel geht auf die Revision des OR von 1911 zurück, wo anscheinend aber nicht eine bewusste Rechtsänderung, sondern lediglich eine redaktionelle Bereinigung angestrebt war. Nach aOR war die volle Schadenshaftung wohl hauptsächlich für Fälle der Täuschung berechnet; jedenfalls oblag die Beweislast für das Verschulden des Verkäufers dem Käufer (nicht die heutige Verschuldenspräsumption von OR 208/III nach Muster OR 97); so aOR 241/II und BGE 16 p. 317 E. 8; 26 p. 557/8.

Da das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Kaufsache nicht zu den Verkäuferpflichten gehört, kann auch das Verschulden nicht bezogen auf das Vorhandensein der Sachmängel ermittelt werden, es bezieht sich vielmehr auf die Tatsache des Vertragsschlusses trotz deren Vorhandenseins ("Kontrahierungsverschulden"); Vertragsschluss hätte ganz unterbleiben müssen oder hätte eine Aufklärung des Käufers vorausgesetzt (Vorbild frCC art. 1645/46 beweist die Richtigkeit dieser Lesart; im übrigen ist zu bedenken, dass für die Produktion guter Ware keine

Pflicht besteht, damit aber die Herstellung schlechter Ware nicht schuldhaft sein kann). Den Verkäufer trifft im Hinblick auf den Vertragsschluss eine Pflicht, sich zu vergewissern, dass keine Rechts- oder Sachmängel vorliegen. Verschulden des Verkäufers setzt bei Sachmängeln sodann auch voraus, dass er wusste oder wissen musste, dass die Mängel für den Käufer wichtig genug waren, ihn vom Vertrag Abstand nehmen zu lassen bzw. dass sie geeignet sind, beim Käufer einen Schaden hervorzurufen (nicht voraussehbarer Schaden daher nicht schuldhaft verursacht).

Die obige Regel ist nicht anzuwenden in Fällen, bei denen der Verkäufer die mangelhafte Sache erst nach Vertragsschluss im Hinblick auf die Vertragserfüllung herstellt/herstellen lässt, in welchem Fall auch ein produktionsbezogenes Verschulden berücksichtigt werden kann.

d) Umfang der Schadenersatzpflicht (oben lit. b und c): "unmittelbarer" - "weiterer" Schaden

aa) Zur Fragestellung

Während im Rahmen der Vertragshaftung sonst unterschieden wird zwischen Ersatz des "positiven Interesses" (Erfüllungsinteresses) und des "negativen Interesses" (vgl. zu diesen Begriffen OR/AT § 20/III/2), spricht der Gesetzgeber im Kaufrecht von "unmittelbar verursachtem Schaden" (OR 195 Zif. 4 und darauf zurückverweisend OR 208/II), den der sich exkulpierende, verschuldenslose Käufer zu ersetzen hat, und dem darüber hinausgehenden, bloss mittelbar verursachten, "weiteren Schaden" (OR 195/II sowie OR 208/III), den der Verkäufer im Falle des Misslingens der Exkulpation ebenfalls ersetzen muss (oben lit. b, c). Es ist bisher nicht gelungen, klare Kriterien der Abgrenzung dieser beiden Schadenskategorien zu geben. Die Unklarheit geht auf die Revision des Jahres 1911 zurück, in der die im übrigen mit gutem Grund beseitigte Differenzierung des quantitativen Umfangs der Vertragshaftung nach aOR Art. 116 hier partiell überlebt, jedoch ihres Hintergrundes beraubt erst recht unverständlich ist (eine Anwendung von aOR 116 scheidet aus, weil dieses Prinzip wohl bereits unter aOR nicht recht auf den Kauf passen wollte, kann doch bei Verschuldenslosigkeit des Verkäufers, dh. dessen Nichtkennen der Sachmängel, sinnvollerweise nicht eine Haftung für den Schaden statuiert werden, "welcher bei der Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung ... vorhergesehen werden konnte" (aOR 116/I). Nach allem steht nur fest, dass der Richter, auf dessen Ermessen hier Entscheidendes ankommt, bei Verschulden weitergehenden Ersatz zuzusprechen hat (auch dies jedoch unter dem Generalvorbehalt von OR 43 in Verbindung mit OR 99), als wenn der Verkäufer sich exkulpieren konnte.

Im übrigen geht es weniger um eine begriffliche Abgrenzung der beiden Begriffe "unmittelbarer" und "weiterer" Schaden i.S. von OR 208/II und III als um eine Bestimmung dieser beiden Grössen je für sich (im folgenden lit. bb und cc), wobei angesichts der unklaren gesetzlichen Grundlage weniger begrifflich-auslegende, denn rechtspolitisch-sachbezogene Ueberlegungen in den Vordergrund zu stellen sind.

bb) "unmittelbar verursachter Schaden" (OR 208/II)

Angesichts der rechtspolitischen Bedenklichkeit einer verschuldensunabhängigen Verkäuferhaftung (dh. im wesentlichen für Mängel, die der Verkäufer bei

Vertragsschluss selber nicht kennen konnte), ist eine möglichst zurückhaltende quantitative Begrenzung am Platz. Der zu ersetzende Schaden ist auf das negative Interesse zu maximieren, ohne notwendigerweise das ganze negative Interesse zu erreichen (insbesondere muss wohl nicht ein darin indirekt enthaltener entgangener Gewinn aus versäumten anderen Abschlüssen - dazu OR/AT § 20/III/2/o und Anm. 66 - eingeschlossen sein; also nur *damnum emergens*, nicht *lucrum cessans*); vgl. frCC art. 1646: "frais occasionés par la vente". Darüber hinaus scheint es richtig, nur die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Sachmängeln stehenden, in einer "kurzen Kausalkette verursachten" Schadenselemente zu entschädigen. Jedes denkbare Begrenzungskriterium ist willkommen, um diese fragwürdige Haftung quantitativ zu limitieren.

cc) "weiterer Schaden" (OR 208/III)

"Der weitere Schaden" i.S. des Gesetzes will wohl auf den Schadensbegriff des allgemeinen Vertragsrechts (OR 97) verweisen, also im Ergebnis das positive Interesse zuerkennen (frCC art. 1645: "tous les dommages et intérêts"). Aber auch hier besteht eine Grauzone richterlichen Ermessens bei der Schadensberechnung wie der Ersatzbemessung; Rechtsvergleichung (oben lit. c) wie auch Entstehungsgeschichte (Verlagerung der Beweislast durch eine "redaktionelle Bereinigung" in der Revision 1911) mahnen zur zurückhaltenden Handhabung der Verkäuferhaftung.

3. Schadenersatzanspruch aufgrund von Sachmängeln gestützt auf OR 97 ff.

a) Ausgangslage

Fraglich ist, in welchem Sinn der Käufer mangelhafter Ware einen Schadenersatzanspruch auf OR 97 ff. (Vertragsnichterfüllung) abstützen kann. Dies setzt Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht seitens des Verkäufers voraus, die nach einem orthodoxen Verständnis des Kaufs zwar in Fällen von Mängeln beim Gattungskauf, nicht jedoch beim Stückkauf vorliegt (Eigenschaften der Kaufsache nicht Bestandteil der Verkäuferpflichten; oben § 3/IV/1/b). Seit längerem drängt sich indessen die Betrachtungsweise in den Vordergrund, dass bei ausdrücklicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften oder auch bloss bei deren stillschweigenden Voraussetzung durch die Parteien deren Vorhandensein vom Verkäufer zu prästieren sei, und dass in den Kauf Elemente eines Garantievertrages einfließen (vgl. auch die ähnliche Entwicklung im angloamerikanischen Kaufrecht und den dortigen Begriff der "warranty"; oben § 3/I/5/b). Berücksichtigt man diesen Gesichtspunkt, führt dies zu einer Verkäuferhaftung nach Nichterfüllungsregeln von OR 97 ff.; dies allerdings nicht generell, sondern nur in jenen Fällen, in denen die Annahme einer (stillschweigenden) Garantieabsprache durch besondere Umstände gerechtfertigt ist (die Ware ist vom Verkäufer hergestellt worden, konnte von ihm repariert werden u.dgl.). Vgl. dazu unten lit. b/bb. Bedeutung insbesondere auch bei sog. Mangelfolgeschäden im Rahmen "positiver Vertragsverletzung".

b) Gegenwärtige Praxis

aa) Die Praxis des Bundesgerichts bejaht in einer bis in die Zeit des aOR zurückreichenden (eindeutig einer Gesetzesgrundlage entbehrenden, gesetzeskorrigierenden) Praxis die kumulative Anwendbarkeit von OR 97 ff. neben OR 208 (BGE 17 p. 317 E. 8 - hier jedoch der Verschuldensnachweis dem Käufer überbunden! -; BGE 26 p. 557/8 - einen Fall von Täuschung betreffend -; 58 II 211; 63 II 405; 82 II 139 E. 3, 95 II 125 E. 6 und 107 II 166 - die drei

zuletzt genannten blosse obiter dicta -. Vgl. auch aus dem Mietrecht BGE 107 II 427). Die Konzession an das Kauf-Sonderrecht besteht darin, dass die typisch kaufrechtlichen Haftungsvoraussetzungen bzw. -beschränkungen auch auf die Haftung nach OR 97 übertragen werden (dazu unten lit. c). Die Berufung auf OR 97, die eine Exkulpationsmöglichkeit des Verkäufers impliziert, ist praktisch dann und nur dann interessant, wenn Wandelung ausgeschlossen ist und daher gem. OR 208 keine kaufrechtlichen Schadenersatzansprüche bestehen. - Die künftige Entwicklung wird vielleicht (nicht zuletzt gefördert durch das WKR) zu einer Verschmelzung beider Haftungsprinzipien führen.

Im übrigen darf nicht verkannt werden, dass die Uebertragung von Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts (OR 97) auf Sachmängel-Schädigungen angesichts des grundsätzlichen Fehlens einer Verkäuferpflicht betreffend die Qualitäten des Kaufobjekts auch zu einer vom Gewohnten abweichenden Ausrichtung des Verschuldenskriteriums führt: Wie vorstehend (Zif. 2/c) muss auch hier nicht das Verschulden im Hinblick auf das Vorhandensein der Sachmängel geprüft werden, vielmehr das Verschulden im Hinblick auf die Tatsache des Vertragsschlusses trotz vorhandener Sachmängel (was in BGE 107 II 166 f. verkannt wird); das Nicht-Kennenkönnen der Sachmängel bei Vertragsschluss seitens des Verkäufers schliesst Verschulden aus.

bb) In Würdigung der Praxis ist festzuhalten, dass die Entwicklung, obwohl klar contra legem verlaufend, insgesamt begrüsst werden muss; die Entwicklung der äusseren Verhältnisse, insbesondere das Ueberhandnehmen des Bereichs des "Machbaren", hat kaufrechtlichen Schadenersatz (der Verletzung einer Vertragspflicht voraussetzt) gerechtfertigt und ebenfalls bei uns notwendig gemacht (zu im Ergebnis parallel laufenden ausländischen Entwicklungen und zu dem primär auf Schadenersatz ausgerichteten WKR vgl. oben § 3/I/6 und unten § 5/VIII). Immerhin sind folgende kritische Präzisierungen angezeigt:

- Im Bereich des "Machbaren", dh. wenn der Verkäufer die Möglichkeit hat, den Kaufgegenstand in der vertraglich vorausgesetzten Qualität zu liefern, sollte trotzdem nicht routinemässig über die kaufrechtlichen Schadenersatzansprüche hinausgehender Schadenersatz nach OR 97 zuerkannt werden; der entsprechende Anspruch sollte vielmehr nur im Falle expliziter Qualitätszusicherung mit eigentlichem Garantiecharakter zuerkannt werden. Diese Zusicherung kann als eine zum Kaufvertrag i.e.S. hinzutretende gesonderte (wenn auch meist stillschweigende) Vertragsklausel verstanden werden, die, weil ausserhalb des Kaufvertrags angesiedelt, nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen (insbes. OR 97) behandelt werden kann. Es wird damit für die ausserhalb des Kaufrechts (dh. in OR 97) angesiedelte Schadenersatzforderung auch eine ausserhalb des Kaufs i.e.S. liegende vertragliche Basis vorausgesetzt. - Weniger beim Gattungskauf, aber insbesondere beim Stückkauf ist erhebliche Zurückhaltung zu empfehlen und nicht leichthin ein Garantiezusagewille des Verkäufers anzunehmen.
- Im Bereich des "nicht Machbaren", dh. beim Stückkauf im traditionellen Sinn des Verkaufs in ihren Eigenschaften nicht beeinflussbarer Unikate (dazu oben § 3/I/6) ist ein Schadenersatzanspruch gem. OR 97 regelmässig abzulehnen: Wo keine Möglichkeit, da keine Pflicht; wo keine Pflichtverletzung, kein Schadenersatz nach OR 97. In betracht fällt zwar auch hier

ein "Kontrahierungsverschulden", das allenfalls als Fall von "culpa in contrahendo" qualifiziert und als Grundlage von Ersatzansprüchen verstanden werden könnte (vgl. OR/AT § 17); die Annahme einer eigentlichen Garantiezusage i.S. einer Erfolgsgewährleistung wird nur selten zulässig sein.

c) Voraussetzungen der Haftung nach OR 97 ff.

Die Voraussetzungen der Geltendmachung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche (vgl. dazu oben Zif. V) werden auch auf Ansprüche wegen Nichterfüllung aus OR 97 ff. übertragen:

- Erfordernis rechtzeitiger Mängelrüge nach den Grundsätzen von OR 201; Unterlassen derselben wird als "Genehmigung" ausgelegt, die auch Ansprüche gemäss OR 97 ff. ausschliesst. Vgl. BGE 63 II 406; 67 II 135, 137 f; 96 II 117/8 (Präzisierung: keine Rügepflicht, wenn bestimmter Umstand - hier: neutrale Verpackung - nicht zugesicherte Eigenschaft, sondern selbständige Vertrags-Nebenabrede darstellt, vgl. auch oben Zif. I/1).
- Die Abkürzung der ordentlichen Verjährungsfrist für vertragliche Ansprüche (10 Jahre gem. OR 127) in OR 210/I für "Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache" wird auf Schadenersatzansprüche aus OR 97 ff bezogen. Vgl. BGE 58 II 212 E. 2, bestätigt in 63 II 405 lit. a und 77 II 249; 90 II 88 E. 1. Die oben Zif. V/6 und 7 genannten Grundsätze müssen demnach auch hier gelten.
- Ein Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag schliesst auch eine Haftung nach OR 97 aus (BGE 107 II 166).

4. Schadenersatz aus Deliktsrecht (OR 41 ff.)

a) Grundsatz der kumulativen Verfügbarkeit der Deliktsansprüche

Die Verfügbarkeit vertraglicher Rechtsbehelfe i.S. von oben Zif. 2 und 3 schliesst nicht aus, dass der durch mangelbehaftete Lieferung geschädigte Käufer seinen Anspruch auch auf Deliktsrecht (OR 41 ff.) stützt; dies aufgrund des in der Schweiz traditionellen Grundsatzes, dass das Bestehen eines Vertragsverhältnisses Deliktsansprüche des einen Partners gegen den andern nicht ausschliesst (dazu auch OR/AT § 20/II/3). Nach bis ins Gemeine Recht zurückreichender Auffassung können beide Ansprüche konkurrierend nebeneinander bestehen (v. Tuhr OR Bd. II § 68/V; BGE 26 II 106, 35 II 424, 50 II 378 E. 2, 64 II 258 E. 2); das gleiche gilt insbesondere auch beim Kaufvertrag (BGE 67 II 136; 90 II 88; 107 II 168 lit. a). Anders die Rechtslage unter BGB.

Bei richtiger Betrachtungsweise sollten die Voraussetzungen der beiden Haftungsarten gesondert und unabhängig geprüft werden; verfehlt wäre es, die kaufrechtlichen Haftungsvoraussetzungen, wie insbesondere die Mängelrügevoraussetzung (oben Zif. V/1) oder die kurze kaufrechtliche Verjährung nach OR 210 (oben Zif. V/7), auch auf die Deliktshaftung übertragen zu wollen (so aber BGE 67 II 137; Frage offen gelassen in BGE 90 II 89 E. 2; gleich wie hier Cavin p. 113): Es ist nicht einzusehen, weshalb dem deliktischen Verkäufer Verteidigungsmittel eröffnet werden sollten, die im Falle vertragsloser Sachüberlassung nicht gegeben wären. Das Vorgehen analoger Anwendung kaufvertraglicher Gesichtspunkte, das bei der Zulassung einer Haftung nach OR 97 gewählt wurde (oben Zif. 3), kann hier nicht Vorbild sein, da positivrechtlich die Anwendbarkeit der Deliktshaftung klar ausgewiesen ist, während die Uebertragung von OR 97 praeter (bzw. contra) legem erfolgt. Der Anwendungsbereich der Deliktshaftung ist ohnehin stark eingeschränkt; für eine zusätzliche Erschwerung besteht kein Anlass. Richtig ist

allerdings, dass die vertragliche Absprache der Parteien und deren Handhabung einen entscheidenden Einfluss auf das Verschulden im Deliktsbereich haben und leicht dieses ausschliessen kann (wodurch vielleicht auch BGE 67 II 137 motiviert ist). Sodann kann die Deliktshaftung in den Schranken der guten Sitten (OR 20) vertraglich ausgeschlossen werden; von Fall zu Fall ist daher zu entscheiden, ob die vorliegende kaufvertragsrechtliche Gewährleistungsbeschränkung einen deliktsrechtlichen Haftungsausschluss impliziert und ob der Ausschluss vor OR 20 standhält (so im Ergebnis auch BGE 107 II 168).

b) Die deliktsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen

- aa) Die Widerrechtlichkeit kann nicht in der Verletzung vertraglicher Pflichten erblickt werden (deren Wirkungen erschöpfen sich in vertraglichen Sanktionen; umgekehrt schliesst selbst Vertragskonformität des Verhaltens Widerrechtlichkeit nicht notwendig aus - dazu unten lit. b/bb), sondern ist vielmehr nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Prinzipien zu bestimmen. Widerrechtlichkeit setzt einen Verstoss gegen "ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung" (BGE 37 II 10; "principe général de l'ordre légal", BGE 67 II 136) voraus. In Frage kommen vor allem Körperschädigungen und Verletzung von absoluten Ansprüchen aus Sacheigentum, persönlichkeitsverletzende Schmälerung von Ehre oder Kredit usw., während ein allgemeiner Schutz von Vermögensinteressen nicht angenommen werden kann (im einzelnen manches unklar; vgl. etwa das in BGE 102 II 88 E. 5 Zitierte). Soweit ein vertraglicher Haftungsausschluss wirksam wird (oben lit. a) entfällt die Widerrechtlichkeit.
- bb) Das Verschulden ist, anders als bei der Vertragshaftung (oben Zif. 2/c; Zif. 3/b in fine), nicht auf die Tatsache des Vertragsschlusses trotz vorhandener Mängel, sondern auf die Tatsache faktischer Sachübergabe trotz vorhandener Möglichkeit der Schädigung des Empfängers und das Wissen um diese Möglichkeit zu beziehen. Die Frage eines Verschuldens hinsichtlich des Vorhandenseins der Mängel (die schon bei der Vertragshaftung verfehlt ist; oben Zif. 2/c und 3/b in fine) darf hier erst recht nicht gestellt werden (was BGE 107 II 167 verkennt), da es keine Pflicht (und damit auch keine schuldhafte Pflichtverletzung) gibt, Schädigungen am eigenen Vermögen, die Herstellung mangelhafter Ware usw. zu unterlassen. Das Verschulden besteht schlicht in der faktischen Aushändigung einer Sache an den Empfänger (Käufer, aber auch Beschenkter, oder ausserhalb jeden Vertrages) im Bewusstsein (oder fahrlässig fehlenden Bewusstsein), dass dem Empfänger daraus Schaden entstehen kann.
- cc) Der vom Verkäufer zu ersetzende Schaden ist nach den Regeln von OR 42 zu berechnen, allerdings unter Berücksichtigung der beschränkten Reichweite von Widerrechtlichkeit bzw. Verschulden: Da Deliktsrecht nicht Vermögensinteressen schlechthin schützt, muss jede Form entgangenen Gewinns ausser betracht bleiben. Nicht einmal volles "negatives Interesse" wird erfasst, z.B. nicht, soweit es um Ersatz sich als unnütz erweisender Aufwendungen handelt. Nur der direkt Körper, Sacheigentum und anderen Objekten absoluter Rechte (Kredit; vgl. den Sachverhalt in BGE 67 II 134) zugefügte Schaden kann berücksichtigt werden.
- dd) Die Verjährung der Deliktsansprüche des Käufers ist nach Deliktsgrundsätzen (OR 60), nicht nach OR 210, zu beurteilen.

VIII. Verhältnis der kaufrechtlichen Gewährleistung zu den Behelfen der Willensmängel (OR 23-31)

1. Sachmängel

Die Regeln über Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln (OR 23 - 31; Irrtum, Täuschung, Drohung) sind grundsätzlich auch beim Kaufvertrag anwendbar. Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht stelle gegenüber den Irrtumsregeln eine Sondernorm dar, welche die Anwendung der Art. 23 -26 ausschliesse (so die deutsche Praxis und z.T. Literatur; für die Schweiz H. Merz in Festschrift Guhl, 1950, p. 87 ff., v. Büren, OR I p. 201; neuerdings, wenn auch mit Zurückhaltung, Cavin p. 118 f).

Diese Auffassung ist abzulehnen. Einmal entbehrt sie einer Grundlage in der Rechtstradition wie im Gesetz. Der Ansatzpunkt beider Regelungen ist verschieden: Frage des Zustandekommens und der Verbindlichkeit eines Vertrages unter Konsensgesichtspunkten bei der Irrtumsregelung, Frage der Rückgängigmachung eines an sich gültigen Vertrages infolge unzumutbarer Abweichung des Leistungsgegenstandes vom vertraglichen Sollzustand bei der Gewährleistung bzw. Wandelung. Entscheidend ist vor allem, dass die Gegenauffassung zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen müsste, die man dem Publikum ersparen soll (sind z.B. die Unechtheit eines Sammlerobjekts oder die Ueberbaubarkeit eines Grundstücks - die unten genannten Fälle - als Irrtums- oder Sachmängel-Tatbestände zu erfassen? In den unten angeführten Urteilen, die durchwegs die Irrtumsanfechtung von Kaufverträgen wegen Sacheigenschaften zulassen, ist m.E. durchwegs fraglich, ob sie im Falle der Uebernahme der Gegenthese als Gewährleistungs- oder Willensmängeltatbestände zu qualifizieren wären). Wie wäre der Sachmangel zu behandeln, den der Richter in Beurteilung der Wandelungsklage aufgrund von OR 205/II nicht als Wandelungsgrund gelten lassen will: Lebt die Irrtumsanfechtungsmöglichkeit in Konkurrenz zum Preisminderungsanspruch wieder auf? Vgl. auch OR/AT § 13/III/4.

Die bundesgerichtliche Praxis hat sich seit je i.S. der hier vertretenen Auffassung ausgesprochen:

- BGE 56 II 426: Verkauf eines Oelgemäldes von Léopold Robert, dessen Echtheit nachträglich von Experten bestritten wird; Grundlagenirrtum, daneben auch Sachmangel.
- BGE 82 II 420: Verkauf eines unechten Van Gogh; fehlende Echtheit konstituiert Grundlagenirrtum, p. 424 E. 7. Aehnlich ZR 68/1 (Degas, "Liseuse").
- BGE 84 II 517: Verkauf einer chemischen Reinigungsanlage, die nicht den zugesicherten Ertrag bringen kann. Berufung auf Irrtum möglich noch vor Lieferung der Anlage; Gewährleistung nach Kaufrecht käme erst nach Empfang der Sache in Frage.
- BGE 95 II 409: Ueberbaubarkeit einer Landparzelle kann Grundlage des Vertrages sein unerachtet der Frage, ob eine zugesicherte Eigenschaft i.S. des Kaufrechts vorliegt (in casu verneint).
- BGE 97 II 45: Kauf der Gesamtheit der Aktien einer AG; Irrtum über deren finanzielle Lage (Anfechtung geschützt).
- BGE 98 II 20/21: Ueberbaubarkeit einer Landparzelle; Grundlagenirrtum, wenn infolge Lawinengefahr Baubewilligung verweigert werden muss. Die Zulässigkeit der Irrtumsanfechtung trotz der vom Bundesgericht

angenommenen Ueberschneidung mit Sachgewährleistungstatbestand wird als "Norm des Gewohnheitsrechts" (!) bezeichnet.

BGE 107 II 421: Verkauf der Gesamtheit der Aktien einer AG, deren innerer Wert nicht den Voraussetzungen entspricht.

Während bei der übertragenen Anwendung von OR 97 ff. auf Kauf die Käuferansprüche an die kaufrechtliche Voraussetzung der Mängelrüge geknüpft werden (oben Zif. VII/3/b,c), wird hier darauf verzichtet, sodass Willensmängelanfechtung insbesondere bei versäumter Rüge praktische Bedeutung erlangt (vgl. etwa BGE 107 II 421).

In der Zulassung der Willensmängelanfechtung im Einzelfall ist allerdings eine Zurückhaltung geboten, mit der den Anliegen der Vertreter der Gegenauffassung, soweit sachlich gerechtfertigt, Rechnung getragen werden kann; zu denken ist an Verwirkung der Anfechtungsmöglichkeit gestützt auf OR 25/I insbesondere bei übermässig langem Zuwarten mit der Ueberprüfung der Sache bzw. der Anfechtung (ohne damit in die Fehler der überkurzen Prüfungs- und Rügefristen nach Kaufrecht zu verfallen) oder der Berücksichtigung des Umstandes, dass im Einzelfall oft bestimmte Umstände (wie vielleicht die schwer überprüfbare Echtheit eines Kunstwerkes) von den Parteien gerade nicht zur Grundlage des Vertrages gemacht werden wollen (dazu oben Zif. IV/3).

Der Käufer hat sich zu vergegenwärtigen, dass die Berufung auf Willensmängel zwar den Vorteil hat, nicht den kaufrechtlichen Einschränkungen (Prüfung und Rüge, zeitliche Befristung usw.) unterworfen und bereits vor Lieferung möglich zu sein (BGE 107 II 421 f.), jedoch nur Rückgängigmachung des Vertrages bewirkt, nicht jedoch Schadenersatz- oder Preisminderungs-Ansprüche begründet (anders im Ergebnis aber - ohne Begründung - BGE 107 II 423 E. 3!). Die Willensmängelanfechtung kann demnach funktional nur anstelle der Wandelung treten. Zu bedenken ist auch die potentielle Schadenersatzpflicht des Anfechtenden (OR 26). Bei Gutheissung der Willensmängelanfechtung entfallen sämtliche Vertragsansprüche (z.B. auch solche aus sog. Garantie).

2. Rechtsmängel

Willensmängel sind im Falle von Sachmängeln denkbar, da hinsichtlich Eigenschaften der Kaufsache Fehlvorstellungen möglich sind. Anders bei Rechtsmängeln, wo der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung (Pflicht zur Uebertragung des Eigentums) von rechts wegen bestimmt wird, Fehlvorstellungen daher aus sachlogischen Gründen ausgeschlossen sind. - Dies wird verkannt in BGE 109 II 322 (Zulassung der Willensmängelanfechtung des Kaufs eines sich als gestohlen erweisenden Autos); ähnlich SJZ 1972 p. 358: Die Möglichkeit der Erfüllung kann niemals Voraussetzung der Gültigkeit eines Vertrages sein, schon weil diese bei Vertragsschluss nicht festzustehen braucht (wie auch bei Verkauf eines gestohlenen Autos Rechtsverschaffung durch nachträgliche Einigung Verkäufer-Eigentümer denkbar ist). Bei Vertragsschluss bestehende Erfüllungshindernisse können daher auch nicht einen Grundlagenirrtum konstituieren (OR/AT § 13 bei Anm. 45). Das Bundesgericht hat bisher auch niemals - entgegen seinen Ausführungen a.a.O. p. 322 - die Nicht-Erfüllbarkeit als Grund der Willensmängelanfechtung betrachtet (Sachmangel ist kein Nichterfüllungstatbestand; vgl. oben § 3/I/6).

In der Sache selbst besteht kein Anlass, über die kaufrechtliche Rechtsgewährleistung, die abschliessend sein will, hinauszugehen. Soweit den Käufer keine prakti-

schen Nachteile treffen, ist ein Schutzbedürfnis nicht zu erkennen. Für den Fall, dass eine "abstrakte Eviktionsgefahr" bestünde, der Käufer z.B. im Falle einer Reise nach Italien Konfiskation seines Autos zu befürchten hätte (wovon im zit. BGE nicht die Rede ist), würde allerdings das Kaufrecht nicht helfen. Wollte man hier eingreifen, könnte noch eher ein Vorgehen nach BGB (§ 440) erwogen werden (fehlende Eigentumsverschaffung als Nichterfüllungstatbestand, Rücktritt nach OR 107); die Erfüllbarkeit eines Vertrages (über Willensmängel) zur Voraussetzung dessen Gültigkeit zu machen, würde unabsehbare dogmatische Folgen nach sich ziehen.

IX. Produkthaftung

Literatur:

P. Borer, Produkthaftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem und europäischem Recht, Bern und Stuttgart (1986); P. Borer/E.A. Kramer/W. Posch/I. Schwander/P. Widmer, Produkthaftung, Bern 1986; W. Lorenz, Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung: Zur Richtlinie des Rates der EG, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), Heidelberg (1987), p. 1 ff.; J. Schmidt-Salzer, Die EG-Richtlinie Produkthaftung, Betriebsberater (BB) (1986), p. 1103 ff.; ders., Der Fehler-Begriff der EG-Richtlinie Produkthaftung, BB (1988), p. 349 ff.; G. Walter, Kaufrecht, § 9 Die Produzentenhaftung, Tübingen 1987; H. Koziol, Grundfragen der Produkthaftung, Wien 1980; R. Welser, Das neue Produkthaftungsgesetz, Wirtschaftsrechtliche Blätter (WB1), Wien (1988), p. 165 ff.

1. Wesen der Produkthaftung

Im Unterschied zum Gewährleistungsrecht, welches die Mängel an der Sache selbst betrifft, regelt die Produkthaftung die Mängelfolgeschäden, dh. Schäden, die infolge einer fehlerhaften Sache an sonstigen Rechtsgütern entstanden sind. Dabei kann es sich um Herstellungsfehler bei einem an sich einwandfreien Erzeugnis (sog. "Ausreisser", z.B. Fertigungsfehler bei Fahrrad mit Gabelbruchfolge) oder um Entwicklungsfehler handeln (hier die berühmten Beispiele aus den Sechzigerjahren der gefährlichen Steuerungseigenschaften des Autotypus "Corvette" von GM oder der Kindsmisbildungen infolge Einnahme von "Contergan" während der Schwangerschaft). Möglich sind auch Instruktionsfehler, dh. mangelhafte oder unvollständige Anleitungen zuhanden des Abnehmers zur Benutzung des Produkts, so dass durch eine unsachgemässe Verwendung Schaden entsteht.

Ein angemessener Ausgleich dieser Mängelfolgeschäden kann sich nicht gegen den (regelmässig verschuldenslosen) Verkäufer richten, sondern muss i.S. einer Produzentenhaftung den Hersteller treffen.

2. Die Entwicklung im schweizerischen Recht

Ohne dogmatische Schwierigkeit lässt sich eine Deliktshaftung nach OR 41 ff. (unter Einschluss der Geschäftsherrenhaftung von OR 55) des Produzenten begründen (so der Entscheid BGE 49 I 470, wo die Haftung des Herstellers von Lederschwärze, die bei der Trägerin damit gefärbter Schuhe Gesundheitsstörungen hervorrief, gestützt auf OR 41 ff. bejaht wurde); die Widerrechtlichkeit kann in der Verletzung geschützter Rechtsgüter (Gesundheit usw.) gesehen werden. Praktisch wird dem Geschädigten

jedoch die Erbringung des ihm obliegenden Verschuldensnachweises schwer fallen, bzw. es kann der Hersteller i.S. von OR 55 den Entlastungsbeweis erbringen, weil er die Angestellten sorgfältig ausgewählt, ihnen die nötigen Anweisungen gegeben, ihre Arbeit gehörig überwacht und im übrigen seinen Betrieb zweckmässig organisiert hat (so noch BGE 90 II 90; "Friteuse-Fall"). Strengere Anforderungen stellt nun jedoch BGE 110 II 456 ("Schachtrahmen-Fall"): Ein fast 700 kg schwerer Schachtrahmen aus Eisenbeton stürzt während des Hochhebens mit dem Bagger ab und verletzt einen Arbeiter, weil eine der einbetonierten Schlaufen ausriss. Der Hersteller wäre verpflichtet gewesen, durch eine Nachkontrolle allfällige Fehler aufzuspüren, oder, wenn er eine solche Kontrolle nicht vornehmen konnte oder wollte, eine sicherere Konstruktion zu wählen. Diese Praxis, welche dem Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn nicht mehr viel Raum lässt, wird von P. Widmer (Produktehaftung, recht (1986), p. 51 ff.) als Erfolgshaftung kritisiert. In einem unveröffentlichten Entscheid (vgl. Widmer, a.a.O.) lässt das BGer sogar einen Importeur italienischer Zahnarztstühle, von welchen einer unter einem Patienten zusammenbrach, nach OR 55 haften, weil er die Prüfungspflicht (welche sich nach der Art des Geschäftes und der Ausbildung des Verkäufers richte) zu wenig wahrgenommen hatte.

Sowohl die Ueberdehnung von OR 55 wie auch die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter (vgl. OR/AT § 26/III) sind problematisch. In der bevorstehenden Revision des Haftpflichtrechtes wird die Produktehaftpflicht neu überdacht werden müssen.

3. Die Entwicklung im anglo-amerikanischen Bereich

Ausgangspunkt der Produktehaftung ist England, wo zwar früher die Regel aus *Winterbottom v. Wright* (1842) galt (der infolge Defekts einer Achse aus einer Kutsche gefallene Geschädigte konnte von dem für den Unterhalt der Kutsche Verantwortlichen nichts erlangen), jedoch mit *Donoghue v. Stevenson* (1932, A.C. 562 oder 1932 All E.R. 1) eine neue Aera eröffnet wurde: die Klägerin hatte in einem Restaurant ein von ihrem Freund offeriertes Bier getrunken; beim Eingiessen des Rests der Flasche kommen zersetzte Reste einer Schnecke zum Vorschein, welcher Anblick bei der Klägerin angeblich Schock und Magenentzündung auslöste. In dritter Instanz wurde die Ersatzpflicht des Herstellers der Bierflasche mit Schnecke dem Grundsatz nach bejaht aus Verletzung einer "duty of care".

Die durch den "snail-in-the-bottle-case" gewiesene Linie beeinflusste auch die Praxis der USA. Neuerdings auch die Gesetzgebung: Beginnend mit New Jersey (1960) und California (1962) haben immer mehr Staaten eine verschuldensunabhängige Produktehaftung (strict liability in tort) eingeführt. Das Produkthaftungsrisiko in den USA hat in den letzten Jahren sprunghaft zugenommen und ist derzeit kaum mehr kalkulier- und versicherbar. Hintergrund dieser Entwicklung ist einerseits das Fehlen straffer materieller Grundsätze (insbes. die Abwesenheit eines grundsätzlichen Bereicherungsverbots), andererseits das Verfahrensrecht (Zuständigkeit von "juries" für Schadensfestsetzung; ein ev. bis gegen die Hälfte der erstrittenen Summe gehendes Erfolgshonorar bei Abwesenheit einer Entschädigungspflicht im Fall des Unterliegens). Vgl. dazu insbes. Borer, in "Produktehaftung"; z.B. p. 174 ff., 184 f.

4. Die EG-Richtlinie Produkthaftung

a) Anwendbarkeit

Am 25.7.85 erliess der Rat der Europäischen Gemeinschaften die EG-Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Diese Richtlinie stellt kein direkt anwendbares Recht in den EG-Staaten dar, sondern verpflichtet diese, innerhalb von 3 Jahren entsprechende nationale Vorschriften (sog. Transformationsgesetze) zu erlassen, wobei noch ein gewisser nationaler Spielraum offenbleibt. Ziel der EG-Richtlinie ist eine Vereinheitlichung des Verbraucherschutzes, um Verfälschungen des Wettbewerbs und Beeinträchtigungen des Warenverkehrs zu reduzieren. Entsprechende nationale Erlasse sind allerdings bisher erst teilweise verabschiedet worden (z.B. Grossbritannien: "Consumer Protection Act"; Deutschland: Entwurf zum "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte" - ProdHaftG). Als Nicht-EG-Mitglied hat auch Oesterreich anfangs 1988 ein Produkthaftungsgesetz erlassen, welches im wesentlichen auf den EG-Richtlinien beruht.

b) Inhalt

Gemäss Art. 1 der EG-Richtlinie haftet der Hersteller eines Produkts für den Schaden, der durch den Fehler dieses Produkts verursacht worden ist. Soweit es sich um Sachbeschädigung handelt, sind nur Sachen des privaten (nicht aber gewerblichen) Ge- und Verbrauchs miteingeschlossen. Auch können keine Genugtuungsansprüche geltend gemacht werden.

Die Haftung ist verschuldensunabhängig und deliktsrechtlicher Natur. Ausgeschlossen ist eine Haftung für sog. Entwicklungsrisiken, dh. für Fehler, die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem das Produkt in den Verkehr gebracht wurde, noch nicht erkannt werden konnten (Art. 7e). Weiter von der Haftung ausgenommen sind landwirtschaftliche Naturprodukte, soweit sie noch nicht verarbeitet worden sind. Die EG-Mitgliedstaaten können aber in beiden Fällen abweichende Bestimmungen erlassen.

Voraussetzung der Produkthaftung ist das Vorhandensein eines Fehlers des Produktes, weshalb man auch von einer verschuldensunabhängigen Haftung und nicht von einer Gefährdungshaftung schlechthin spricht. Bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit ist auf die berechtigten Benutzer-Sicherheitsersparungen sowie auf die berechtigten Hersteller-Benutzungserwartungen abzustellen und eine Abwägung und Gesamtbeurteilung dieser beiden Erwartungen vorzunehmen (vgl. dazu Schmidt-Salzer, a.a.O.).

Adressaten der Produkthaftung sind der Endhersteller und Teilproduktehersteller, der Quasi-Hersteller, welcher sein Zeichen auf dem Produkt anbringt, die Importeure in den EG-Raum sowie Lieferanten, welche den Hersteller nicht innert angemessener Frist nennen können.

Die EG-Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten frei, einen Haftungshöchstbetrag festzusetzen. Im deutschen Entwurf wurde dieser auf 160 Mio. DM pro Produktfehler fixiert. Zudem soll der Geschädigte einen Selbstbehalt von 1125 DM tragen.

c) Die Auswirkungen auf die Schweiz

Die EG-Vorschriften haben auch auf die Schweiz Auswirkungen. Gemäss Art. 135 IPRG kann der Geschädigte Ansprüche aus Produktmängeln dem Recht der Niederlassung des Schädigers oder aber dem Recht des Staates, in dem er das Produkt erworben hat, unterstellen. Der geschädigte EG-Konsument wird sich allerdings in erster Linie an den ebenfalls haftenden EG-Importeur halten. Die Tatsache, dass

dieser beim Import von EG-Waren der Produkthaftung entgeht, kann für den Schweizer Hersteller einen Wettbewerbsnachteil mit sich bringen. Andererseits wird im Rahmen des ausländischen Kollisionsrechts auch der Schutz schweizerischer Konsumenten gegen Fehler importierter Produkte aus dem EG-Raum verbessert.