



Verdacht als Mangel

ARNOLD F. RUSCH

Löst schon der nicht ausräumbare Verdacht der Mangelhaftigkeit die Sachgewährleistung aus? Falls ja, wie kann man den Mangel rügen und beweisen, wenn er nur in der Form eines Verdachts besteht? Ein Verdacht kann die vertragsgemässe Verwendung der Kaufsache ebenso verunmöglichen wie ein «echter» Mangel – auch wenn er sich später als grundlos entpuppt. Dieser «Verdacht als Mangel» stellt indes nicht die Vorstufe eines Mangels dar, sondern ergibt sich im Unterschied zum «Verdacht eines Mangels» aufgrund äusserer Einflüsse und insbesondere Berichten über verdächtige Produkte.

Un soupçon sérieux de défectuosité suffit-il à entraîner l'application de la garantie pour les défauts de la chose? Si oui, comment dénoncer le défaut et le prouver lorsqu'il n'existe que sous forme de soupçon? Un soupçon peut tout aussi bien empêcher l'utilisation de l'objet vendu conformément au contrat qu'un «véritable» défaut, même si ce soupçon s'avère infondé par la suite. Ce «soupçon en tant que défaut» ne constitue toutefois pas le stade préalable d'un défaut mais naît, contrairement au «soupçon de défaut», d'influences externes et en particulier de rapports sur des produits suspects.

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Einordnung des Verdachts in den Sachmängelbegriff
 1. Weiterverkauf als vorausgesetzter Gebrauch
 2. Nutzung oder Verbrauch als vorausgesetzter Gebrauch
- III. Verdacht, Rüge und Beweis
- IV. Irrtumsanfechtung
- V. Fazit

I. Problemstellung

Die EHEC-verdächtige Gurke macht vielleicht Angst, aber ist sie deshalb mangelhaft? Hat der gekaufte Toyota Prius einen Mangel, weil die Berichte über dessen angebliches Bremsversagen Bauchweh verursachen? Ist ein Produkt mangelhaft, wenn ein Verdacht existiert, dass es mangelhaft sein könnte? Wenn die Medien über nicht auflösbare Bremsprobleme und ebensolche Unfälle des eben gekauften Fahrzeugtyps berichten, stellt sich *erstens* die Frage, ob dies bereits die Sachgewährleistung auslöst. Dasselbe Problem liegt vor, wenn zum Weiterverkauf bestimmte Produkte aufgrund eines nicht ausräumbaren Verdachts keine Nachfrage finden, obwohl sie vielleicht einwandfrei sind. Im *zweiten* Teil richten sich die Gedanken auf Beweis- und Abgrenzungsfragen: Worin unterscheidet sich ein Verdacht *als Mangel* von einem Verdacht *eines Mangels*? Im *dritten* Teil richtet sich der Fokus auf die Erfassung des Verdachts beim Grundlagenirrtum.

II. Einordnung des Verdachts in den Sachmängelbegriff

Eine gekaufte Sache ist mangelhaft, wenn sie im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs einen körperlichen oder rechtlichen Fehler aufweist oder wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (Art. 197 Abs. 1 OR)¹. Der Fehler ist dann relevant, wenn er den Wert oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert. Bei Zusicherungen ist jede Abweichung relevant². «*Sollzustand ist also die vereinbarte vertragskonforme Beschaffenheit bzw., falls eine diesbezügliche Vereinbarung fehlt, die normale Beschaffenheit der Ware (...).*»³ Es stellt sich die Frage, in welche Kategorien der Verdacht passt.

1. Weiterverkauf als vorausgesetzter Gebrauch

Liegt der vorausgesetzte Gebrauch im *Weiterverkauf der Ware*, wirkt sich ein Verdacht besonders schädigend aus. Der Käufer bleibt auf seiner Ware sitzen, auch wenn sich diese später möglicherweise als einwandfrei entpuppt. Die aufgrund eines Verdachts aufgehobene oder eingeschränkte Verkäuflichkeit ist bei vorausgesetztem Wei-

¹ Vgl. BSK-HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, OR 197 N 2 und N 11 zum Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.

² Vgl. BSK-HONSELL (FN 1), OR 197 N 2.

³ CHK-MÜLLER-CHEN, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, OR 197 N 13.

terverkauf als Mangel anerkannt⁴. Entsteht der Verdacht erst nach Gefahrenübergang, genügt es, wenn *die zum Verdacht führenden Umstände* bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden waren. So war es auch im berühmten deutschen Fall der argentinischen Hasen. Der Verdacht der Salmonellenverseuchung kam in den Medien zwar erst nach Gefahrenübergang auf. Die verdachtsbegründende argentinische Herkunft des Hasenfleisches lag aber damals schon vor⁵. Dass das aufgrund des Verdachts unverkäufliche Fleisch möglicherweise einwandfrei war, spielt keine Rolle. Auch die sofortige Beseitigung des Verdachts durch den Verkäufer ist nur dann relevant, wenn sie die Verkäuflichkeit der Ware wiederherstellt⁶. Später erfolgt die Beseitigung des Verdachts bereits im Rahmen der Sachgewährleistung als Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung unverdächtigter Ware.

2. Nutzung oder Verbrauch als vorausgesetzter Gebrauch

Liegt der vorausgesetzte Gebrauch in der *Nutzung oder dem Verbrauch der Ware*, ist die Erfassung des Verdachts als Mangel bedeutend schwieriger. Es ist deshalb angezeigt, eine Annäherung an das Thema anhand bereits existierender Fälle zu suchen. Nach herrschender Lehre und konstanter Rechtsprechung liegt kein Zweifel vor, dass ein Fahrzeug bei verheimlichtem Unfall von gewisser Heftigkeit einen Mangel aufweist, auch wenn der Verkäu-

fer den Schaden vollumfänglich beseitigen lässt. Die Begründung liegt darin, dass unfallbezogene Mängel möglicherweise erst später auftreten⁷. Dasselbe gilt bei langer Standzeit oder atypischer Vorbenutzung eines Fahrzeugs⁸. Dies passt zum Verdacht als Mangel. Damit ist das Fundament zur Erfassung des Verdachts als Mangel indes noch nicht vollständig gelegt. Es stellt sich nämlich *erstens* die Frage, ob ein Mangel der Sache körperlich anhaften muss. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob negative Umweltbeziehungen tatsächlich körperliche Mängel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR darstellen. *Zweitens* – bei Bejahung der ersten Frage – ist unklar, ab wann ein genügender Verdacht vorliegt.

Ein tieferer Wert einer Sache stellt noch keinen Mangel dar. Erst das Fehlen *wertbildender Eigenschaften* kann die Gewährleistung auslösen⁹. Daraus könnte man

⁴ Vgl. BK-GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahriskauf, Kommentar zu Art. 184–215, Bern 1979, OR 197 N 73; BSK-HONSELL (FN 1), OR 197 N 6; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010, 84; ROLF FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, 42.

⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1972 – VIII ZR 75/71 in NJW 1972, 1462 f.; vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 2. März 2005 – VIII ZR 67/04 in NJW-RR 2005, 1218 ff., 1220 (zum UN-Kaufrecht); vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. Juni 2008 – 7 U 37/07 in NJW-RR 2009, 134 ff., 135; vgl. BARBARA GRUNEWALD, Der Verdacht als Mangel, in: Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacobs/Dagmar Kaiser/Christoph Weber (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 131 ff., 138; vgl. FLORIAN FAUST, Argentinische Hasen, belgische Schweine und österreichischer Wein – Der Verdacht als Mangel, in: Thomas Lobinger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 185 ff., 186 und 195.

⁶ Vgl. FAUST (FN 5), 196 und 199; vgl. BGE 116 II 480 ff., 487 f. – übertriebene Reaktionen auf zurückhaltende Warnungen zum Reaktorunfall in Tschernobyl führten zur Unverkäuflichkeit des eigentlich einwandfreien Salats.

⁷ Vgl. LUIS MAISSEN, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Diss. Zürich 1999, 54: «Der merkantile Minderwert betrifft andererseits nicht bereits erkannte Mängel, (...), sondern er bezieht sich auf den Verdacht verborgener Mängel, die sich erst in der Folgezeit bemerkbar machen (...)»; vgl. BSK-HONSELL (FN 1), OR 197 N 7 und BK-GIGER (FN 4), OR 197 N 44; vgl. BGE 96 IV 145 ff., 147: «Selbst Laien im Autohandel wissen, dass nach derartigen Reparaturen mit der Möglichkeit erst später auftretender Mängel gerechnet werden muss, weshalb solche Wagen im Handel niedriger bewertet werden.»; vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 22. November 1966 in SJZ 1967, 243 f., 244: «Als Automobilverkäufer musste er wissen, dass nach derart umfassenden Reparaturen mit der Möglichkeit später auftretender Mängel zu rechnen war. In diesem Umstand liegt gerade der Grund dafür, dass ein Auto, welches einen nennenswerten Unfall erlitten hat, ohne Rücksicht auf die Qualität der Reparatur allein wegen der Tatsache dieses Unfalles im Handel weniger gilt.»; vgl. auch BGE 91 II 344 ff., 353 zum Einwand der nicht gerechtfertigten Wandlung des Fahrzeugs angesichts der vollumfänglichen Mängelbeseitigung durch Austausch der falschen Nockenwelle: «Nach der Sachlage kommt eine solche jedoch nicht in Betracht. Denn es liesse sich schwerlich ermitteln, ob und inwieweit die Zurücklegung von ca. 2500 km mit einer nicht passenden Nockenwelle dem Motor geschadet hat.».

⁸ Vgl. MAISSEN (FN 7), 61 ff., zum Beispiel der Anzahl Vorbesitzer und der Vorbenutzung als Taxi, Mietwagen oder Fahrschulfahrzeug, weil man (gefühlsmässig) annimmt, die Abnutzung des Fahrzeugs sei stärker, was das OLG Stuttgart bei Mietwagen bejaht (OLG Stuttgart, Urteil vom 31. Juli 2008 – 19 U 54/08 in NJW-RR 2009, 551 f., bei einem Kauf «aus erster Hand» allerdings), während das LG Kaiserslautern es verneint (LG Kaiserslautern, Beschluss vom 25. März 2009 – 2 O 498/08 in NJW-RR 2010, 634 f.); vgl. BGE 116 II 431 ff., 434: «Das Obergericht ging (...) davon aus, dass ein ungebrauchtes Fahrzeug mit einer Standzeit von mehr als einem Jahr wegen möglicher Standschäden nicht mehr als fabrikneu verkauft werden dürfe, ohne das Herstellungs- bzw. Modelljahr und/oder das Verzollungsdatum anzugeben.»; vgl. HERBERT ROTH, Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, NJW 2004, 330 ff. zur Standzeit bei Fahrzeugen.

⁹ Vgl. BSK-HONSELL (FN 1), OR 197 N 2; vgl. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2008, N 277; vgl. BGE 107 II 419 ff., 422.

den Umkehrschluss ziehen, dass ein Mangel einer Sache körperlich anhaften muss und nicht auf Umweltbeziehungen basieren kann. Diese ältere Ansicht existiert in Deutschland in Lehre und Rechtsprechung tatsächlich, ist aber umstritten¹⁰. OETKER/MAULTZSCH argumentieren, bei blossen Umweltbeziehungen ohne genügenden Bezug zur Physis der Kaufsache sei die verschuldensunabhängige Gewährleistung nicht gerechtfertigt¹¹. Der Verdacht weist zwar einen Konnex zur Physis auf. Diese könnte aber möglicherweise einwandfrei sein. Genau so war es bei der EHEC-Gurke im Sommer 2011¹². Der Verdacht des EHEC-Befalls betraf die Physis der Gurke. Wie sich später herausstellte, war dieser Verdacht nicht zutreffend. So bleibt es dabei, dass der Verdacht aufgrund einer Umweltbeziehung resultiert. Akzeptiert man den Verdacht als Mangel, hat das Gewährleistungsrecht ein grösseres Anwendungsfeld. Lehnt man dies ab, ergibt sich daraus nur teilweise eine Schutzlücke. Der Verkäufer muss auf einen entsprechenden, schon bestehenden Verdacht oder dessen begründende Umstände hinweisen, weil er sonst aus *culpa in contrahendo* haften könnte. Dies geschieht allerdings aufgrund eines *Verschuldens*, das in der Verheimlichung des nachteiligen Umstands besteht. Die Sachgewährleistung gewährt hingegen *kausale* Ansprüche der Wandlung, Minderung und Schadenersatz i.S. des Art. 208 Abs. 2 OR, die bei Gutgläubigkeit des Verkäufers hinsichtlich des Verdachts möglicherweise keine Rechtfertigung haben¹³.

Für die Anerkennung des Verdachts als Mangel sprechen praktische Überlegungen. Die Beispiele der EHEC-

Gurke und des nicht zu bremsenden Toyota Prius¹⁴ zeigen, dass man den Verdacht nicht einfach als übertriebene Angst oder mit dem theoretischen Konstrukt der «Umweltbeziehung» abtun kann. Nach Medienberichten über Unfälle oder Erkrankungen kann es für einen Käufer schlicht unzumutbar sein, die Kaufsache noch zu konsumieren oder zu nutzen, was für die Annahme eines Sachmangels ausreichen muss – der vorausgesetzte Gebrauch im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR ist nicht mehr auf zumutbare Weise möglich¹⁵. So war es bei der EHEC-Gurke, zumindest im Norden Deutschlands. Es war wirtschaftlich unzumutbar oder gar unmöglich, alle oder nur schon viele Gurken auf den EHEC-Erreger zu testen, weil der teure Test zumindest einen Teil der Gurke beansprucht¹⁶. Mit blossen Waschen liess sich die Gefahr nicht beseitigen, mit dem Konsum zuwarten konnte man auch nicht. Der Verdacht wiederum richtete sich auf eine lebensbedrohliche Erkrankung. Die im Sommer 2011 in Norddeutschland noch ohne Kenntnis des Verdachts gekaufte Gurke war somit mangelhaft, auch wenn sich später deren Ungefährlichkeit zeigte.

Doch nicht nur in lebensbedrohlichen Gefahren ist eine unter Verdacht stehende Sache mangelhaft – die Bei-

¹⁰ Vgl. BSK-HONSELL (FN 1), OR 197 N 2; vgl. zum deutschen Recht GRUNEWALD (FN 5), 134 f., OLG Hamm, Urteil vom 13. Mai 2003–28 U 150/02 in NJW-RR 2003, 1360 f. und WALTER WEIDENKAFF, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. A., München 2012, BGB 434 N 9–12, mit weiteren Hinweisen; der deutsche BGH hat in einem neuen Urteil diese Ansicht abgelehnt, vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2010 – V ZR 228/09 (KG) in NJW 2011, 1217 ff., 1218, Rz. 13.

¹¹ Vgl. HARTMUT OETKER/FELIX MAULTZSCH, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. A., Berlin 2007, 39 f. Der Verdacht als Mangel wäre nach dieser Ansicht wohl immer ein versteckter Mangel, weil ihn eine körperliche Untersuchung nicht aufdeckt (vgl. GRUNEWALD [FN 5], 135). In Deutschland kommt hinzu, dass das Recht zur zweiten Andienung (Nacherfüllung durch Nachlieferung oder Nachbesserung) bei verdächtigen Kaufsachen obsolet wäre (vgl. GRUNEWALD [FN 5], 135). Dies spielt in der Schweiz teilweise keine Rolle, da das Kaufrecht die Nachbesserung nicht kennt.

¹² EHEC steht für *enterohämorrhagische escherichia coli*. Der Verdacht richtete sich anfänglich auf Gurken. Tatsächlich waren aber Sprossen Träger des krankmachenden Bakteriums, vgl. NZZ, 27. Juni 2011, 15.

¹³ Vgl. zum deutschen Recht GRUNEWALD (FN 5), 139.

¹⁴ Vgl. NZZ, 6. Februar 2010, 31: «Bei den Behörden waren in den letzten Tagen 124 Beschwerden bezüglich fehlerhafter Bremsen eingegangen; in 4 Fällen sei es zu Unfällen mit leichten Verletzungen gekommen. Die Untersuchungen beziehen sich auf rund 37 000 Wagen des Modells Prius.»

¹⁵ Vgl. zum Werkvertrag PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 1424; vgl. LG Lübeck, Urteil vom 23. September 1986–6 S 90/86 in NJW-RR 1987, 243: «Beim Kauf von Lebensmitteln ist von einem Fehler der gelieferten Ware auszugehen, wenn sie wegen ihrer Herkunft unter dem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit steht und dieser Verdacht durch den Käufer zumutbare Massnahmen nicht zu beseitigen ist (...). Die Genussmöglichkeit des Weines von gehobener Preisklasse ist bereits durch den blossen Verdacht, der Wein könne durch Diäthylenglykol verseucht sein, zerstört, ohne dass es auf die tatsächlichen Inhaltsstoffe eines solchen Weines ankommt.»; vgl. zur Mangelhaftigkeit eines Grundstücks bei Altlastenverdacht OLG München, Urteil vom 21. April 1994–32 U 2088/94 in NJW 1995, 2566 ff., 2566 f., JOACHIM KNOCH, Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines Altlastengrundstücks, NJW 1995, 1985 ff., 1987 f. und GRUNEWALD (FN 5), 132 f.

¹⁶ Vgl. dazu den Glykolwein-Fall AG Wolfsburg, Urteil vom 2. April 1986–12 C 727/85 in NJW-RR 1986, 989: «Aufgrund des Ergebnisses der Untersuchung des Bundesgesundheitsamtes bleibt aber der von der Kl. dem Bekl. angebotene gleichnamige Wein mit einem Verdacht behaftet, der sich nur durch eine Untersuchung des konkret dem Bekl. zu liefernden Weines bestätigen oder ausschliessen liesse. Diese Möglichkeit scheidet aus wirtschaftlichen Gründen jedoch aus, da dafür jede einzelne Flasche geöffnet werden müsste, was ihre weitere Aufbewahrung und damit einen Verzehr ihres Inhaltes zu einem vom Bekl. gewünschten Zeitpunkt unmöglich machte.»

spiele der Standzeit und der Unfallfreiheit eines Fahrzeugs zeigen dies. In der Schweiz stand die Erfassung negativer Umweltbeziehungen unter den Sachmängelbegriff nie in Frage¹⁷ – einzuräumen ist jedoch, dass der Verdacht als solcher in der Rechtsprechung mit Ausnahme der Unfallfreiheit und der Standzeit kaum Beachtung gefunden hat. Es zeigt sich, dass der Verkäufer der *superior risk bearer* ist, wenn es um den *Verdacht als Mangel* geht. Meist kann nur der Verkäufer einen Verdacht überhaupt entkräften oder verifizieren. Überdies sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Käufer das Risiko der Mangelhaftigkeit aufgrund eines Verdachts tragen sollte. Auch aufgrund des Produktesicherheitsgesetzes liegt es am Verkäufer, sofern er Hersteller oder Importeur ist, über die Sicherheit eines Produktes zu wachen¹⁸. Die Folgen eines nicht lebensbedrohlichen Verdachts sind überdies milder – in vielen Fällen dürfte bloss eine Minderung in Frage kommen (vgl. Art. 205 Abs. 2 OR).

III. Verdacht, Rüge und Beweis

Beweist ein Verdacht die Mangelhaftigkeit? Soll der Verdacht als Mangel gelten, muss man ihn rügen und damit auch darlegen. Nur vordergründig handelt es sich um ein Problem. Es zeigt sich, dass der Verdacht nicht die Vorstufe eines Mangels darstellt, sondern eine andere Form des Mangels. Es ist somit zwischen dem *Verdacht eines Mangels* und dem *Verdacht als Mangel* zu unterscheiden. Der *Verdacht als Mangel* ist nur dann ein Mangel, wenn er sich nicht mit zumutbaren Untersuchungen ausräumen lässt und ein genügend bedrohliches Mass aufweist, das den Gebrauch oder Konsum unzumutbar macht oder den Wert erheblich mindert¹⁹. Der *Verdacht als Mangel* beruht auf einem Faktum ausserhalb der Physis des Kaufobjekts, beispielsweise auf Medienberichten über Unfälle oder Erkrankungen. Der *Verdacht eines Mangels* zeigt sich demgegenüber aufgrund konkreter Symptome, die sich bei einer körperlichen Prüfung im Sinne des Art. 201 Abs. 1 OR ergeben. Es gibt folglich kein Wahlrecht zwischen eigentlichem Mangel und blossen Verdacht, je nach dem, wofür der Beweis gerade reicht. Auch bei der Prüfungs- und Rügeobliegenheit zeigen sich die Unterschiede. Der

Verdacht eines Mangels verpflichtet zu erhöhter Aufmerksamkeit, nach geheimen Mängeln hat der Käufer aber nicht zu suchen²⁰. Der Käufer ist bestenfalls berechtigt, eine *Eventualrüge* anzubringen, die zur Wahrung der Fristen dient, indes nur bei tatsächlich erwiesener Mangelhaftigkeit zum Tragen kommt²¹. Beim *Verdacht als Mangel* besteht die Rüge in der Darlegung des Verdachts, zu dessen Voraussetzungen es gehört, dass er nicht auf zumutbare Weise aus der Welt zu schaffen ist²². Es ist somit gerade keine Eventualrüge. Der *Verdacht als Mangel* fällt nicht weg, wenn er erst später entkräftet wird – dies erfolgt möglicherweise bereits im Rahmen der Sachgewährleistung.

Spiegelbildlich ergibt sich beim *Verdacht eines Mangels* ein Beweisproblem bei einer Betrachtung *ex post*.

²⁰ Vgl. BGE 76 II 221 ff., 224 f.; vgl. Urteil BGer 4C.159/1999, Erw. 1.b.bb.; vgl. ALFRED KOLLER, Anmerkung zu KGr. LU 27.1.1992, BR 1995, 94: «Steht ein Mangel zwar nicht zweifelsfrei fest, liegen jedoch entsprechende Verdachtsgründe vor, kann der Käufer – wie das Obergericht unter Berufung auf ZBJV 1947, S. 85 ff., festhält – verpflichtet sein, dem Verdacht nachzugehen. Eine allfällige Pflichtverletzung hat den Ausschluss der Mängelrechte zur Folge, vorausgesetzt, dass die erforderlichen Nachforschungen zur Entdeckung des Mangels geführt hätten (vgl. analog Art. 201 Abs. 2 OR, wonach die Verletzung der Prüfungspflicht nur dann schadet, wenn die Prüfung zur Mängelentdeckung geführt hätte). Die fragliche Pflicht ist mangels ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz auf Art. 1 Abs. 2 ZGB abzustützen. Letztlich entscheiden Treu und Glauben, inwieweit einem Verdacht nachgegangen werden muss. Grundsätzlich ist Zurückhaltung geboten (vgl. BGE 76 II 224, wo das Bundesgericht festhält, dass der Käufer nicht nach geheimen Mängeln «zu fahnden» hat).»; vgl. das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 16. Mai 1946 in ZBJV 1947, 85 ff., 88.

²¹ Vgl. KOLLER (FN 20), BR 1995, 94: «Unter gewissen Voraussetzungen wird man jedoch eine rechtswirksame Rüge zulassen müssen, noch bevor die Rügepflicht entstanden ist. Insbesondere muss es möglich sein, eine Eventualrüge anzubringen, d.h. bei Vorliegen von (erheblichen) Verdachtsgründen einen noch ungewissen Mangel zu rügen für den Fall, dass sich der Verdacht als begründet herausstellen, der Mangel also tatsächlich vorliegen sollte.»; vgl. HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR, 3. A., Zürich 2005, OR 201 N 12.

²² Ob der Käufer den Verdacht als Mangel mit zumutbaren Mitteln ausräumen kann, ist lediglich für die Erheblichkeitsschwelle des Art. 197 Abs. 1 OR massgebend. Ist diese Schwelle erreicht, stellt die Mängelbeseitigung als Nachbesserung oder als Ersatzlieferung eine Pflicht des Verkäufers dar, nicht des Käufers, vgl. dazu im deutschen Recht FAUST (FN 5), 197 f. zum verwirrenden Leitsatz in BGH, Urteil vom 16. April 1969 – VIII ZR 176/66 in NJW 1969, 1171 f., richtig hingegen in BGH, Versäumnisurteil vom 2. März 2005 – VIII ZR 67/04 NJW-RR 2005, 1218 ff., 1220. Der Verkäufer darf den Verdacht als Mangel indes nur mit Massnahmen ausräumen, die für den Käufer zumutbar sind.

¹⁷ Vgl. die Erwägungen im Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1., mit weiteren Hinweisen.

¹⁸ Vgl. die Pflichten des Herstellers oder Importeurs nach dem Inverkehrbringen in Art. 8 PrSG (Bundesgesetz über die Produktesicherheit, SR 930.11).

¹⁹ Zur Ausnahme bei der Ausräumung des Verdachts, der zur Unverkäuflichkeit führt, siehe vorne, ob FN 6.

Bei Verschlechterung oder Untergang der Kaufsache kann sich der Verdacht ergeben, dass dies Folge eines Mangels war. In solchen Fällen ist strittig, ob der Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden war. Beim Verbrauchsgüterkauf in Deutschland spricht dafür eine Beweislastumkehr. Zeigt sich ein Mangel innert sechs Monaten seit Gefahrenübergang, so wird vermutet, dass die Sache schon im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs mangelhaft war (§ 476 BGB). Eine entsprechende Vermutung kennt das Obligationenrecht nicht, doch helfen die Gerichte oft mit Beweiserleichterungen. So war es beim berühmten «Mülleramazonen-Papageienfall». Es bestand der Verdacht, dass die gekauften Vögel das Pacheco-Virus in sich trugen und den Vogelbestand des Käufers ansteckten. Harte Beweise dafür konnte niemand liefern. Das Thurgauer Obergericht behalf sich wie folgt: *«Wesentlich ist, dass die ersten Todesfälle bei den Mülleramazonen beobachtet wurden, und dass die Krankheit sich von diesen Volieren ausgehend im Bestand ausbreitete und kurz nach der Neueinstellung der Mülleramazonen ausbrach. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Mülleramazonen (oder mindestens eine davon) Träger des Pacheco-Virus waren. Entgegen der Auffassung von X enthält die Urteilsbegründung der Vorinstanz keinen Widerspruch: Es trifft zwar zu, dass aufgrund des Zustands der Kadaver keine Infektionserreger nachgewiesen werden konnten. Aufgrund der Umstände (Krankheitsverlauf, Art der Ausbreitung) besteht aber ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass eine Mülleramazone das Pacheco-Virus in sich trug, dass vernünftigerweise eine andere Ursache für das Verenden der Vögel ausgeschlossen werden kann.»*²³

IV. Irrtumsanfechtung

Bei der alternativ zur Sachgewährleistung möglichen Geltendmachung eines Grundlagenirrtums bedarf es eines Irrtums über einen Sachverhalt, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach Treu und Glauben notwendige Grundlage des Vertrags bildete (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Dazu gehört die Mängelfreiheit. Ein später entstandener *Verdacht als Mangel* passt in dieses Bild, wenn die den Verdacht auslösenden Umstände schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgelegen haben²⁴. Folgerichtig kann der Käufer bei einem reparierten Unfallfahrzeug ei-

nen Grundlagenirrtum geltend machen²⁵. Dies stellt nicht bloss einen irrelevanten Irrtum über den *Wert* der Sache dar, sondern betrifft eine *wertbildende Eigenschaft*, die im Verdacht oder in der Absenz des Verdachts liegt²⁶. Beim *Verdacht eines Mangels* hilft die Irrtumsanfechtung allenfalls über eine verpasste Rüge hinweg, da für die Geltendmachung keine absolute, sondern nur eine relative Frist existiert²⁷. Immerhin kommt es dann noch zu einer Rückabwicklung des Vertrags.

V. Fazit

Der Verdacht als Mangel ist ein Mangel. Wichtig ist die klare Unterscheidung zwischen dem *Verdacht eines Mangels* und dem *Verdacht als Mangel*. Besteht also der Verdacht, ein Wagen könnte ein Unfallwagen sein, so besteht ein *Verdacht eines Mangels* – es ist der *Verdacht eines Mangels*, der wiederum in einem *Verdacht als Mangel* besteht. Alles klar?

²³ Obergericht Thurgau, 10. Februar 2005, ZBO.2004.15 in RBOG 2005, 126 ff., 128 f.

²⁴ A.M. FAUST (FN 5), 190 f.

²⁵ Vgl. das Übungsbeispiel bei CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008, 254 f.; vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 16. Mai 1935 in ZBJV 1936, 251 f. – es ging um den angefochtenen Kauf eines Fahrzeugs, dessen Chassis von einem ausgebrannten Fahrzeug stammte.

²⁶ Zum unbeachtlichen Irrtum über den Wert vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich 2008, N 785, BSK-SCHWENZER (FN 1), OR 24 N 15, 27 und CHK-KUT/SCHNYDER (FN 3), OR 23–24 N 24, 32; vgl. auch THEO MAYER-MALY, Bemerkungen zum Irrtum über den Wert, in: Ernst Brem/Jean Nicolas Druey/Ernst A. Kramer/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 343 ff., mit weiteren Hinweisen und BGE 110 II 293 ff., 302 f.

²⁷ Zu diesem Problem BGE 114 II 131 ff., 141.