

## Weiterfresserschaden auch in der Schweiz?

*Lässt sich die Sachgewährleistung für die mangelhafte gelieferte Sache selbst auch als Deliktsanspruch einfordern? Im Spezialfall des Weiterfresserschadens ist dies nach Ansicht RUSCHS auch in der Schweiz möglich. Zum Weiterfresserschaden kommt es, wenn ein funktional abgrenzbarer, mangelhafter Teil sich in den gesunden Teil der gelieferten Sache weiterfrisst und so das Eigentum des Erwerbers als absolut geschütztes Recht verletzt. Doch weshalb sollte man dies tun? Die Antwort liefert die deliktische Verjährungsfrist, die im Vergleich zu den vertraglichen Regeln Vorteile bietet.*

*La garantie contractuelle pour les défauts de la chose livrée peut-elle donner lieu à une prétention délictuelle? Selon l'opinion de RUSCH, c'est également possible en Suisse dans le cas du Weiterfresserschaden, une forme particulière du dommage consécutif au défaut de la chose livrée. Il y a Weiterfresserschaden lorsqu'une partie défectueuse, délimitée de manière fonctionnelle, cause un dommage subséquent à une partie saine de la chose livrée, portant ainsi atteinte à la propriété de l'acquéreur en tant que bien juridique protégé de manière absolue. Pourquoi donc recourir à cette construction? La réponse se trouve dans le délai de prescription de l'action délictuelle qui offre des avantages par rapport aux règles contractuelles en la matière.*

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M.\*

**HAVE 2012, 269 ff.**

### I. Worum geht es?

Das Parlament hat einer Verlängerung der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsfristen auf zwei Jahre zugestimmt.<sup>1</sup> Ein weiteres Vorhaben sieht die Harmonisierung der Verjährungsfristen für Vertrag, Delikt und Kondiktion auf relativ *drei* und absolut *zehn* Jahre vor. Diese Harmonisierungsvorlage erfasst auch die Gewährleistungsfristen, doch muss der Käufer den Mangel bei Entdeckung *sofort rügen*, in jedem Falle innert zwei Jahren seit Ablieferung, bei unbeweglichen Sachen innert fünf Jahren.<sup>2</sup> Bei Annahme der *Harmonisierungsvorlage* könnte in der Schweiz ein verstärktes Interesse bestehen, die Sachgewährleistung bei unterlassener sofortiger Rüge oder bei erst nach zwei Jahren auftretenden Mängeln *als Weiterfresserschaden deliktisch einzuklagen*. Doch was ist ein Weiterfresserschaden eigentlich? Der Weiterfresserschaden ergibt sich durch Lieferung einer Sache, bei der ein mangelhaftes, funktionell abgrenzbares Einzelteil später die sonst einwandfreie Sache beschädigt: *Der kranke Teil frisst sich in den gesunden Teil der Sache weiter und verletzt deshalb das Eigentum des Käufers als absolut geschütztes Rechtsgut*. Prägnante Beispiele sind der Verkauf eines gebrauchten Ferrari mit überalterten Reifen, die später in voller Fahrt platzen, was zur Zerstörung des Fahrzeugs führt<sup>3</sup> oder die sonst einwandfreie Fritteuse, die sich aufgrund eines mangelhaften Thermostats selbst zerstört. In beiden Fällen lässt sich eine Haftung entweder über ein Verschulden bei der Reifenkontrolle bzw. beim Thermostateinbau nach Art. 41 OR oder mittels gescheitertem Exzptionsbeweis nach Art. 55 OR begründen.

---

\* Rechtsanwalt PD Dr. iur., LL.M. Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Fribourg.

<sup>1</sup> Vgl. BBI 2012, 3447 f.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 128 f., 201 Abs. 4, 219 Abs. 3, 370 Abs. 4 OR des Vorentwurfs zur Revision des Verjährungsrechts (Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vorentw-d.pdf>, 11. Juni 2012).

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 386/02 in NJW 2004, 1032 ff.

## II. Weiterfresserschaden in Deutschland

In Deutschland war es vor der Schuldrechtsreform besonders interessant, die Sachgewährleistung nach Eintritt der Verjährung als Weiterfresserschaden deliktisch einzuklagen. Die Verjährungsfrist der kaufrechtlichen Sachgewährleistung betrug damals lediglich sechs Monate, während die unerlaubte Handlung erst nach drei Jahren relativ und nach dreissig Jahren absolut verjährt war.<sup>4</sup> Eine reiche Rechtsprechung hat die Kriterien sauber definiert. Das deliktisch geschützte Integritätsinteresse darf mit dem vertraglich geschützten Äquivalenzinteresse nicht *stoffgleich* sein. [HAVE 2012, 269/270] Entscheidend dafür ist, dass es sich um ein *funktionell abgrenzbares* Einzelteil handelt, das sich später in den „gesunden“ Teil der Sache weiterfrisst. Der BGH hat dies für den fehlerhaften Gaszug eines Fahrzeugs und den Schwimmerschalter einer Reinigungsanlage bejaht, für den Fall einer fehlerhaft konstruierten Hebebühne dagegen verneint.<sup>5</sup> Die Schuldrechtsreform hat die Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre verlängert und die deliktische Verjährungsduer bei drei Jahren relativ und zehn Jahren absolut festgesetzt.<sup>6</sup> Auch nach der Schuldrechtsreform zeigt sich das Interesse, den Weiterfresserschaden nach Ablauf des zweiten Jahres nach den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB deliktisch einzuklagen.<sup>7</sup>

## III. Weiterfresserschaden in der Schweiz

### Anwendungsbereiche

Das Konzept des Weiterfresserschadens ist schon unter geltendem Recht gewinnbringend einsetzbar. Die relative, einjährige Verjährungsfrist beginnt erst ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers (Art. 60 Abs. 1 OR) und nicht bereits mit Ablieferung der Kaufsache (Art. 210 Abs. 1 OR). Die absolute Verjährungsfrist der unerlaubten Handlung von zehn Jahren gemäss Art. 60 Abs. 1 OR übersteigt die vertragliche Ein- oder neu Zweijahresfrist des Art. 210 Abs. 1 OR massiv. Die geplante Verlängerung der relativen Deliktsverjährung auf drei Jahre schafft insofern eine neue Situation, als der Deliktsanspruch faktisch nicht mehr nur bei *versteckten Mängeln* etwas bringt – die offenen Mängel verjähren jetzt noch ab Kenntnis innert der gleichen Frist wie im Vertragsrecht – sondern im Falle des Weiterfresserschadens auch bei früherer Kenntnis des Mangels, insbesondere bei unterlassener Prüfung und verpasster Rüge eine *echte Alternative* darstellen könnte.

Ein ähnlicher Problemkreis zeigt sich bei der Haftung nach PrHG, die auch die Herstellerin von *Teilprodukten* erfasst (Art. 2 Abs. 1 lit. a PrHG). Die dreijährige Verjährungsfrist gilt hier bereits (Art. 9 PrHG) und ein Verschulden ist nicht notwendig, doch schliesst Art. 1 Abs. 2 PrHG *Schäden am fehlerhaften Produkt* aus. Fraglich ist einzig, ob sich dies auf das *Teil-* oder das *Gesamtprodukt* bezieht.

<sup>4</sup> Vgl. die früheren §§ 477 Abs. 1, 852 Abs. 1 BGB (bis 31. Dezember 2001).

<sup>5</sup> *Anspruch bejaht wegen fehlender Stoffgleichheit*: BGH, Urteil vom 24. November 1976 - VIII ZR 137/75 in NJW 1977, 379 ff. (Schwimmerschalter); BGH, Urteil vom 5. Juli 1978 - VIII ZR 172/77 in NJW 1978, 2241 ff., 2242 ff. und BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 386/02 in NJW 2004, 1032 ff. (beide zu Reifen); BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 310/79 in NJW 1983, 810 ff. (Gaszug); BGH, Urteil vom 14. Mai 1985 - VI ZR 168/83 in NJW 1985, 2420 ff. (Kompressor); *Anspruch verneint wegen Stoffgleichheit*: BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 270/80 in NJW 1983, 812 ff. (Hebebühne); vgl. die Hinweise auf weitere Entscheide bei WAGNER GERHARD, Münchener Kommentar zu § 823 BGB, 5. A., München 2009, BGB 823 N 127-129 und KAISER DAGMAR, Leistungsstörungen, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2011, Leistungsstörungen, N 174.

<sup>6</sup> Vgl. §§ 195, 199 Abs. 3 Nr. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB (seit 1. Januar 2002).

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 172/09 in NJW 2011, 594 ff., 596, Rz. 26 f.; vgl. GSELL BEATE, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei „weiterfressendem“ Mangel, NJW 2004, 1913 ff., 1915.

FELLMANN bezieht Art. 1 Abs. 2 PrHG auf das Gesamtprodukt,<sup>8</sup> doch existieren Entscheide in Deutschland, die die Produkthaftpflicht für Teilprodukte bejahen, die das Endprodukt schädigen.<sup>9</sup> Die Produkthaftung *nach Art. 55 OR als Geschäftsherrenhaftung* erfasst ganz selbstverständlich auch Schäden am Produkt selbst.<sup>10</sup> Sie setzt im Grundsatz ebenso eine widerrechtliche Handlung der subordinierten Person voraus<sup>11</sup> und zeigt damit, dass die Schädigung des übertragenen, fehlerhaften Eigentums ebenso unter den Schutzbereich des Deliktsrechts fallen muss. Diese Argumente sprechen klar dafür, das Konzept des weiterfressenden Schadens in der Schweiz anzuwenden.

### **Liegt eine Verletzung des Eigentums vor?**

SCHÖNLE/HIGI verneinen eine Eigentumsverletzung, weil dieser Bereich alleine vom Gewährleistungsrecht erfasst werde.<sup>12</sup> Das Eigentum erwirbt man als Käufer tatsächlich bereits mit dem Mangel, doch lässt sich dieser deutlich abgrenzen. Die Lieferung mangelhaften Eigentums *an sich* stellt sicher keine unerlaubte Handlung dar. Es gibt aber Mängel unterschiedlicher Qualität. Ein schlecht konstruiertes Fahrzeug, das schon nach wenigen Kilometern auseinanderfällt, ist schon *ab initio* wertlos. Dasselbe gilt für einen Vogel mit einem Lebertumor. Ein Haus mit fehlerhaftem Boiler<sup>13</sup> oder ein perfektes Fahrzeug mit fehlerhafter Bremse oder fehlerhaften Reifen weisen demgegenüber einen klar abgrenzbaren Mangel auf, den der Käufer mit ver- **[HAVE 2012, 270/271]** tretbarem Aufwand beseitigen kann. In den ersten beiden Fällen sind Integritäts- und Äquivalenzinteresse identisch. Bei den letzten Fällen unterscheiden sich die beiden Interessen deutlich. Diese Fälle lassen sich aufgrund der Abgrenzbarkeit des mangelhaften Teils wie die Lieferung zweier verschiedener Sachen oder, wie bei Art. 1 Abs. 2 PrHG, als Teil- und Endprodukt behandeln und verstehen. Ist dies tatsächlich eine „*wirklichkeitsfremde Aufspaltung des vom Besteller erworbenen Eigentums*“, die „*an der Kompliziertheit ihrer Ein- und Abgrenzungen*“ leidet, wie GAUCH<sup>14</sup> schreibt? Eine einfachere Beschreibung im Sinne einer Faustregel oder eines abgekürzten Gedankengangs wäre zumindest möglich: *Ist es denkbar, dass der Käufer den gesunden und den kranken Teil separat von zwei verschiedenen Verkäufern erwirbt?* Ist die Antwort ja, liegt ein Weiterfresserschaden vor. Diese heuristische Fragestellung liefert in allen deutschen Weiterfresserfällen die richtige Antwort. Es ist denkbar, Reifen und Fahrzeug von zwei Verkäufern zu erwerben. Dasselbe gilt für die Bremse und das Fahrzeug, den Thermostat und die Fritteuse, nicht aber für die Konstruktion und die Hebebühne. Zu einer Eigentumsverletzung kommt es zwar nicht nur, wenn man den Kaufvertrag künstlich in zwei Teile – den gesunden und den

<sup>8</sup> Vgl. BSK-FELLMANN, in HONSEL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. A., Basel/Genf/München 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER), PrHG 1 N 11 f. und FELLMANN WALTER, Entscheidbesprechung Oesterreichischer Oberster Gerichtshof, 8. Senat, 3.2.1994, AJP 1994, 1466 ff., noch ohne diese Einschränkung FELLMANN WALTER, Das neue Produkthaftpflichtgesetz: Ein erster Kommentar – namentlich für die Baubranche, BR 1994, 28 ff., 29; gl. M. für Deutschland WAGNER GERHARD, Münchener Kommentar zu § 1 ProdHaftG, 5. A., München 2009, ProdHaftG 1 N 9-12; a.M. SPRAU HARTWIG in PALANDT (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71. A., München 2012, ProdHaftG 1 N 6.

<sup>9</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 24. September 2009 - 7 U 89/09 in NJOZ 2010, 1800 ff., 1801, m.w.H.

<sup>10</sup> BSK-HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), OR 55 N 3a; CHK-MÜLLER, in: FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, OR 55 N 28; BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3. A., Bern 2006, OR 55 N 81; FELLMANN WALTER/VON BÜREN-VON MOOS GABRIELLE, Grundriss der Produkthaftpflicht, Bern 1993, N 468, 487.

<sup>11</sup> Vgl. CHK-MÜLLER (Fn. 10), OR 55 N 5 und BSK-HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), OR 55 N 6. Ein Verschulden der Hilfsperson ist allerdings nicht Voraussetzung, vgl. CHK-MÜLLER (Fn. 10), OR 55 N 30 und BSK-HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), OR 55 N 14.

<sup>12</sup> SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. A., Zürich 2005, OR 197 N 206, 222 ff.; a.M. FASTRICH LORENZ, Zur Frage der Konkurrenz von kaufrechtlicher Sachmängelhaftung und Schadenersatz aus Delikt, AJP 1995, 1115 ff., 1121.

<sup>13</sup> BGE 63 II 401 ff., 408 (Delikthaftung nur wegen fehlenden Verschuldens verneint); FASTRICH (Fn. 12), AJP 1995, 1121.

<sup>14</sup> GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 2345.

kranken Teil – aufteilt. Der Schutz des übertragenen Eigentums, also der übertragenen Sache selbst, ist deliktsrechtlich ebenso erfasst.<sup>15</sup> Eine Eigentumsverletzung liegt also auch dann vor, wenn ein funktionell nicht abgrenzbarer Teil der Sache sich weiterfrisst, wie z.B. die kranke Leber eines Tieres oder eine falsch konstruierte Maschine. Diese Mängel entwerten jedoch das Eigentum *ab initio*, ohne Behebungsmöglichkeit. Ein Schaden fällt deshalb in solchen Fällen weg.

Eine andere Begründung könnte in der verletzten *Aufklärungs- oder Warnpflicht* liegen, die bei Art. 55 OR auf der Instruktionspflicht oder bei Art. 41 OR auf dem Gefahrensatz basiert. Der Verkäufer eines mangelhaft bereiften Fahrzeugs muss über den Mangel aufklären, um das Eigentum am gelieferten Fahrzeug zu schützen.<sup>16</sup> Das Verschulden fällt nicht einfach weg, weil er den Mangel nicht kannte, sondern liegt vor, wenn er ihn schulhaft verursacht hat und damit kennen musste.<sup>17</sup> Die funktionelle Abgrenzbarkeit des gesunden vom kranken Teil ist nach wie vor *faktisch* notwendig, denn die Warnung zur Verhinderung der Schädigung *an der Sache selbst* kann unterbleiben, wenn sich der Mangel gar nicht beheben lässt.<sup>18</sup>

## Schadenersatz

Schadenersatz gemäss Art. 41 Abs. 1 OR deckt bei der Figur des Weiterfressermangels nur den ursprünglich intakten Teil des zerstörten Eigentums. Der Verkäufer ist beim oben erwähnten Reifen-Fall nur gehalten, den zerstörten Ferrari *ohne Reifen* zu ersetzen. Neue Reifen muss er nicht bezahlen.<sup>19</sup>

## Anwendung der Gewährleistungsspezifika auf den Deliktsanspruch?

Probleme zeigen sich bei der Frage, ob das Bundesgericht die Prüfungs- und Rügeobliegenheit und die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs auf den Deliktsanspruch überträgt, wie es dies beim Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR tut.<sup>20</sup> Das Bundesgericht hat die Prüfungs- und Rügeobliegenheit zumindest bei einem Entscheid auch auf den Deliktsanspruch ausgedehnt,<sup>21</sup> **[HAVE 2012, 271/272]** nie aber die kurze Verjährung des Art. 210 Abs. 1 OR.<sup>22</sup> Das Bundesgericht erstreckt in der Regel eine

---

<sup>15</sup> Wer die Eigentumsverletzung an der gelieferten Sache verneint, müsste auch die Produkthaftpflicht gemäss Art. 55 OR für den Schaden an der gelieferten Sache selbst verneinen. Die h.L. bejaht diesen Schaden aber ganz selbstverständlich (vgl. oben Fn. 10).

<sup>16</sup> Vgl. zum Ansatz der Instruktionsverletzung GSELL (Fn. 7) NJW 2004, 1915 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 386/02 in NJW 2004, 1032 ff., 1034, E. 5 und GSELL BEATE, Substanzverletzung und Herstellung, Habil. Bonn 2001 = Jus privatum, Band 80, Tübingen 2003, 40, 95 ff., 163 f. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 5. Mai 1992 - VI ZR 188/91 in NJW 1992, 2016 ff., 2018, E. 2: „Hier geht es vielmehr darum, ob Schadenersatzansprüche wegen Schäden an einem völlig einwandfreien Produkt dann entstehen können, wenn der Hersteller den Verwender nicht ausreichend darüber unterrichtet, wie er mit dem Produkt umzugehen hat, um Schäden daran zu vermeiden. Die diesbezüglichen Instruktions- und Warnpflichten sind, wie auch vom Schrifttum offenbar nicht in Abrede gestellt wird, dem Hersteller im Integritätsinteresse des Erwerbers auferlegt.“; implizit bejahen dies auch FELLMANN/VON BÜREN-VON Moos (Fn. 10), N 468, indem sie die Haftung für das gelieferte Produkt auch in den Schutzbereich des Art. 41 Abs. 1 OR nehmen; zur Widerrechtlichkeit der Unterlassung BSK-HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), OR 41 N 37 f.

<sup>17</sup> Vgl. GSELL (Fn. 16), 191.

<sup>18</sup> Vgl. GSELL (Fn. 7), NJW 2004, 1915 und GSELL (Fn. 16), 195, 231 f.

<sup>19</sup> Der Verkäufer kann bei Bejahung der auf der Aufklärungs- oder Warnpflichtverletzung basierenden Figur sogar den Preis neuer Reifen vom Wert des zerstörten Ferrari ohne Reifen abziehen, denn die Warnung hätte wohl dazu geführt, dass der Eigentümer zwecks Verhinderung des Schadens neue Reifen gekauft hätte, vgl. GSELL (Fn. 16), 213 f., 217. Dass der Verkäufer dies aufgrund der vertraglichen Sachgewährleistung geschuldet hätte, ist bei der deliktischen Beurteilung unbedeutlich.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

<sup>21</sup> Vgl. zur Prüfungs- und Rügeobliegenheit BGE 67 II 132 ff., 137 f. (kein Deliktsanspruch bei unterlassener Rüge), vgl. BGE 90 II 86 ff., 88 f. (offen gelassen). In BGE 64 II 254 ff., 258 ff. dagegen hat das Bundesgericht Prüfung und Rüge nicht feststellen können und ist deshalb auf den Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR ausgewichen, den es bejaht hat.

<sup>22</sup> Vgl. BSK-HONSELL (Fn. 8), vor OR 197 N 7. Der Verweis auf Art. 210 OR in BGE 67 II 132 ff., 135 bezieht sich nicht auf den Deliktsanspruch.

vertragliche Freizeichnung auch auf Deliktsansprüche.<sup>23</sup> Prüfungs- und Rügeobliegenheit haben richtigerweise beim deliktischen Anspruch nichts verloren, da dieser auf dem Konzept des Zufallskontakts, der Widerrechtlichkeit und des Verschuldensbeweises ohne Vermutung basiert.<sup>24</sup> Bei offenen Mängeln stellt sich höchstens die Frage, ob den Käufer ein Selbstverschulden trifft. Immerhin hätte er bei ordnungsgemässer Untersuchung den noch harmlosen Mangel aufdecken und beheben können. Dieses Selbstverschulden lässt sich mit Art. 44 OR berücksichtigen oder, bei entsprechender Schwere, als Unterbrechung der Adäquanz erfassen.

---

<sup>23</sup> BGE 107 II 161 ff., 166; BGE 120 II 58 ff., 61; kritisch dazu WERRO FRANZ, *La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage*, BR 1996, 64 ff., 70 f.

<sup>24</sup> Vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, in: Müller-Chen Markus/Huguenin Claire/Girsberger Daniel (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. A., Zürich 2012, OR 197 N 11, m.w.H. und für das Werkvertragsrecht WERRO (Fn. 23), BR 1996, 68.