

gungsberechnung das zumutbare Resterwerbseinkommen auf einer Tätigkeit von 100% bemessen wird.

7. Mathematisch einfach und schlüssig ist – entgegen dem bundesgerichtlichen Entscheid – das folgende Vorgehen: Bei teilzeitlich erwerbstätigen Personen hat die Pensionskasse – wie die Unfallversicherung – den Invaliditätsgrad durch Vergleich des Einkommens bei einer Tätigkeit im Umfang von 100% mit dem noch möglichen Einkommen nach gesundheitlicher Einbusse zu ermitteln. Dass die betreffende Person nur in einem Teilzeitverhältnis tätig war, wirkt sich in der Folge bei der frankenmässigen Berechnung der Leistung aus, weil der versicherte Verdienst tiefer liegt. Das bei der Leistungskoordination anrechenbare Resterwerbseinkommen bestimmt sich nach Massgabe des bisher ausgeübten Arbeitspensums.

Gewiss – es fällt keineswegs leicht, eine insgesamt überzeugende Vorgehensweise zur Bestimmung des Invaliditätsgrads bei bisher teilerwerbstätigen Personen, die teilinvalid geworden sind, zu entwickeln. Nachdem die bisher in der IV angewandte sogenannte gemischte Methode wegen des Entscheids des EGMR in Sachen *Di Trizio* (requête Nr. 7186/09, arrêt du 2 février 2016) auf rutschiges Gelände geraten ist, drängt sich auf, dass sich der Bundesrat in einer umfassenden Sicht der Problematik zuwendet und – für IV, berufliche Vorsorge und Unfallversicherung – eine insgesamt überzeugende Lösung ausarbeitet und verordnungsmässig umsetzt.

2. Privatrecht / Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein / Droit des obligations – en général

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein / Droit des obligations – Partie générale – en général

2.7.2.7. Werkvertrag / Contrat d'entreprise

(2) Kann man einen Werkmangel, der das Werk zerstört, auch ausserhalb der Gewährleistungsfrist deliktisch einklagen?

Besprechung des Urteils BGer 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015.



ARNOLD RUSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.,
Universität Fribourg

1. Sachverhalt

Der Besteller erhielt vom Unternehmer im Rahmen eines Werkvertrages einen Frachtkahn einer bestimmten Marke. Die Lieferung erfolgte im April 1996. Im Juli 1999 kenterte der Kahn bei einem Entladevorgang. Tests zeigten, dass man diesen auf offenen Gewässern in gewissen Positionen, die man als üblich bezeichnen kann, ohne zu kentern nicht entladen konnte. Der Eigentümer und Besteller des Kahns verlangte vom Unternehmer gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR Fr. 2 Mio. Schadenersatz, die zu ca. $\frac{3}{4}$ aus den Kosten der Reparatur des Bootes bestanden. Die *erste* Instanz verneinte den Anspruch des Klägers vollumfänglich. Die *zweite* Instanz hiess die Klage auf Berufung hin gut: Die vertragliche Gewährleistung sei gemäss Art. 371 Abs. 1 OR verjährt, während die Ansprüche nach Art. 41 OR aufgrund der relativen und absoluten Verjährungsfristen gemäss Art. 60 OR noch bestehen würden.¹ Dagegen erhob der Unternehmer Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 BGG, die das Bundesgericht guthiess.

2. Erwägungen

Zuerst ging das Bundesgericht auf die Frage ein, ob ein Gewährleistungsanspruch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR zum Asbest verjähren könne, wenn man den Mangel gar nicht kenne. Das Bundesgericht wies auf die Besonderheiten der durch Asbest verursachten Krankheiten hin, die mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar seien. Überdies habe der Besteller im vorliegenden Fall den Man-

¹ Tribunal Cantonal Vaudois, Urteil vom 22. Januar 2015, HC/2015/205.

gel des Kahns gekannt, während die Krebserkrankungen aufgrund der Latenzzeit überhaupt erst eintreten konnten, wenn die Verjährung der deliktsrechtlichen Ansprüche bereits eingetreten sei (E. 3.3 und 3.4).

Das Bundesgericht richtete den Fokus sodann auf Art. 41 Abs. 1 OR und wiederholte, dass dieser Anspruch alternativ zu Gewährleistungsklagen bestehe. Es behandelte danach die Voraussetzungen des Anspruchs und hielt an der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie fest. Nur ein Schaden, der sich an einem absolut geschützten Rechtsgut ereigne, oder ein Schaden, der von einer Schutznorm erfasst sei, begründe Widerrechtlichkeit. Der Gefahrensatz reiche dafür nicht aus (E. 4.2).² Insbesondere begründe die Lieferung eines mangelhaften Produkts keine Widerrechtlichkeit. Damit blieb es bei der Lösung, dass die Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR nicht bestehen und diejenigen aus Art. 368 OR verjährt sind.

Das Bundesgericht verneinte in der Folge auch die Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit über einen Verstoss gegen die Schiffbauverordnung zu erstellen. Tatsächlich erfasst diese Verletzung der anerkannten Regeln der Technik, doch fallen Gütertransportschiffe nicht in den Anwendungsbe- reich der Verordnung (Art. 1 SBV, SR 747.201.7).

3. Bemerkungen

Dieser Entscheid behandelt Fragen von stupender Vielschichtigkeit, ohne dies gebührend auszuweisen.

3.1 Verjährung ohne Kenntnis des Anspruchs

Dass die Analogie zur Asbestrechtsprechung des EGMR in diesem Fall nicht funktioniert, scheint nachvollziehbar. Bei Asbestbetroffungen dauert die Latenzzeit derart lange, dass die Verjährungsfrist stets vor Ausbruch der Krankheit abläuft.³ Das war beim Frachtkahn nicht so – dieser hätte unmittelbar nach der Lieferung schon kentern können.

² Vgl. schon BGE 133 III 323 ff., 330 und Urteil BGER 4A_428/2014, E. 6.2. Bei Fehlen einer Schutznorm kann der Gefahrensatz die fehlende Widerrechtlichkeit nur dann begründen, wenn es um die Herleitung einer Handlungspflicht bei Unterlassungen geht, die bereits absolut geschützte Güter betreffen. Wenn man wegen einer ungenügenden Sicherung bei Bauarbeiten ein Bein bricht, ist das absolut geschützte Recht der Gesundheit betroffen. Der Gefahrensatz begründet die Pflicht, die Baugrube genügend zu sichern, auch wenn keine konkrete gesetzliche Sicherungspflicht besteht. Man kann dann aus dem Gefahrensatz ableiten, dass man alle Vorkehrungen zu treffen hat, damit niemand angesichts der Gefahr zu Schaden kommt, vgl. Urteil BGER 4A_83/2015, E. 4.2. Geht es jedoch wie im vorliegenden Fall um reine Vermögensschäden, so lässt sich der Gefahrensatz nicht zur Begründung der Widerrechtlichkeit herbeiziehen.

³ EGMR, Urteil vom 11. März 2014, *Affaire Howald Moor et autres c. Suisse*, Requêtes nos 52067/10 et 41072/11, Internet: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141567> (3.3.2016).

Dennoch wären Fälle denkbar, bei denen ähnliche Überlegungen wie beim Asbestfall angebracht sein könnten. Zu denken ist insbesondere an die *geplante Obsoleszenz*, bei der Mängel so angelegt sind, dass sie erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten sollen. Bei einer solchen *arglistigen Täuschung* kommt zwar die Zehnjahresfrist des Art. 210 Abs. 6 OR zur Anwendung, doch erfordert dies den schwierigen Beweis der Absicht. Zweifel an den bundesgerichtlichen Erwägungen, wonach der Besteller den Mangel ab initio gekannt habe, sind angebracht, weil dem Besteller nur diejenige Instabilität bekannt war, die zu einer Hecklastigkeit und zur fehlenden Benutzbarkeit des hinteren Laderaums führte,⁴ nicht jedoch die Kenterneigung beim Entladevorgang. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Probleme. Aber auch wenn er von einer allgemeinen Instabilität gewusst hätte, heisst dies noch nicht, dass der Eigentümer damit rechnen musste, dass der Kahn *ausgerechnet bei ruhigem Gewässer* infolge des Entladevorgangs kentert. Das Asbest-Urteil des EGMR verweist in E. 3 auf den Fall *Eşim c. Turquie* aus dem Jahre 2013. In diesem Urteil hielt der EGMR fest, dass es nicht auf die *Möglichkeit der Kenntnisnahme*, sondern auf die *tatsächliche Kenntnisnahme* ankomme. Es ging um einen Soldaten, der eine Schussverletzung am Kopf erlitten hatte. Die Kugel im Kopf entdeckte er erst nach Ablauf der Verjährungsfrist.⁵ Dieses Verständnis würde jedenfalls auf den vorliegenden Fall passen.

3.2 Rügeerfordernis beim alternativen Deliktsanspruch

Die Tatsache, dass das Bundesgericht den Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR als Alternative zur Sachgewährleistung erwähnt, ist bemerkenswert, denn im vorliegenden Fall lag keine Rüge vor. Das Bundesgericht hat das Fehlen der Rüge bezüglich der Hecklastigkeit explizit festgehalten (E. A.b). Eine Rüge bezüglich des Kenterns erwähnt der Entscheid nicht. In einem früheren Fall hat das Bundesgericht deutlich bestimmt, die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Art. 201 OR erstreckte sich auf den alternativen Deliktsanspruch.⁶

⁴ Urteil BGER 4A_261/2015, A.b: «Dès le départ, à vide mais aussi avec une charge réduite, le «M.» a présenté une assiette clairement inclinée vers l'arrière. Ce déséquilibre d'assiette rendait inutilisables les soutes arrière. Le maître de l'ouvrage connaissait ce défaut, qui a été consigné dans le procès-verbal des essais de stabilité. Il n'a pas envoyé à l'entrepreneur un avis formel concernant l'existence d'un défaut de stabilité du navire.»

⁵ EGMR, Urteil vom 17. September 2013, *Eşim c. Turquie*, no 59601/09, N 25, Internet: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126355> (3.3.2016).

⁶ Vgl. BGE 67 II 132 ff., 137: «Mais il faut faire un pas de plus et admettre que l'acceptation de la chose défectueuse selon l'art. 201² CO exclut même l'action en réparation du dommage causé par un acte illicite.»

In anderen Entscheiden hat es dies offengelassen.⁷ Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit bezweckt, schnell Klarheit über das Schicksal der erworbenen Sache zu schaffen. Dies passt nicht zum Deliktsanspruch, der ein anderes Verjährungskonzept mit relativer und absoluter Verjährung kennt. Die unterschiedliche Natur des Deliktsanspruchs rechtfertigt wie bei der alternativen Anrufung eines Willensmangels,⁸ von den gewährleistungsrechtlichen Spezifika abzusehen. Das Prüfungs- und Rügeerfordernis stellt überdies eine veritable *Verwirkungsfalle* dar.⁹ Zusammen mit den kurzen Sachgewährleistungsfristen begründen diese die Notwendigkeit eines alternativen Deliktsanspruchs umso dringender. Die relative Frist des Deliktsrechts von einem Jahr beginnt mit Kenntnis des Schadens und des Schädigers – diese Frist mag kurz sein, doch der grosse Vorteil liegt darin, dass die absolute Frist erst zehn Jahre nach der schädigenden Handlung abläuft (Art. 60 OR). Schade, dass das Bundesgericht den Rüge-Zopf nicht explizit abgeschnitten hat, um Klarheit zu schaffen. Nach diesem Entscheid weiss man aufgrund der Verneinung des Deliktsanspruchs nicht, ob die fehlende Rüge noch eine Rolle gespielt hätte. Bekannt ist einzig, dass die Vorinstanz den alternativen Deliktsanspruch aus Art. 41 Abs. 1 bzw. Art. 55 Abs. 1 OR bejaht hat, ohne auf das Rügeerfordernis einzugehen – dies, nachdem sie das Fehlen jeglicher Rüge zuvor klar festgehalten hat.¹⁰

3.3 Gibt es den Weiterfressermangel?

Die Klage aus Art. 41 OR kann man eben doch irgendwie begründen – wenn man das Förderband und den Kahn von zwei separaten Anbietern gekauft hätte, dann wäre es logisch, dass das falsch konstruierte oder falsch montierte Förderband den Kahn aufgrund der Neigung zum Kentern zerstört hat. Es wäre der klassische Fall einer Verletzung des Eigentums. Dieses gehört zu den absolut geschützten Rechten, deren Verletzung die Widerrechtlichkeit begrün-

det. Weshalb soll das anders sein, bloss weil man den Kahn mit Förderband aus einer Hand erwirbt? Das ist der juristische Klassiker des *Weiterfresserschadens*, den das Bundesgericht mit diesem Entscheid ohne jede vertiefte Abhandlung beerdigt hat. Das Bundesgericht zitiert dazu nicht die Literatur, die sich mit dem Weiterfresserschaden explizit auseinandergesetzt hat und von mir selbst stammt, sondern zwei Standardwerke, die das Problem nur kurz ansprechen.¹¹ Im vorliegenden Fall wies der Kahn eindeutig und unbestritten einen Mangel auf, der zur seiner Zerstörung geführt hat. Der Weiterfresserschaden als Alternative zur Gewährleistung kommt aber nur dann in Frage, wenn keine *Stoffgleichheit* besteht. Die Sache darf nicht als Ganzes *ab initio* irreparabel oder wertlos sein: Der spätere Eintritt des weiteren Schadens darf nicht stoffgleich zum ursprünglichen Mangelunwert sein.¹² In einem solchen Fall könnte man eigentlich schon den Schaden an sich verneinen – der Schaden könnte höchstens im entrichteten Kaufpreis bestehen, der als reiner Vermögensschaden ohnehin keine Widerrechtlichkeit zu begründen vermag. Da das Förderband losgelöst von der Konstruktion des Kahns und ein separater Erwerb von zwei verschiedenen Unternehmern denkbar sind,¹³ liegt keine Stoffgleichheit vor. Der Kahn allein war nicht *ab initio* wertlos.

Die wenig reflektierte Ablehnung des Weiterfresserschadens durch das Bundesgericht lässt mehrere Fragen offen: Wie ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit der deliktischen Produkthaftungspflicht gemäss Art. 41 Abs. 1 OR

⁷ In BGE 117 II 259 ff., 259 f. lag eine Mängelrüge eindeutig vor, ohne dass das Bundesgericht dieses Erfordernis thematisiert hätte; vgl. BGE 90 II 86 ff., 88 f. (Frage 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; kritisch zur Anwendung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit beim alternativen Deliktsanspruch BSK-HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK-Verfasser), vor OR 197 ff. N 7.

⁸ BGE 114 II 131 ff., 134, m.w.H.

⁹ HUBERT STÖCKLI, Bauherrschaft und Baumängel, Gutachten zuhanden des Bundesamts für Justiz, Dezember 2013, N 36, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte/gutachten-baumaengel-d.pdf> (3.3.2016).

¹⁰ Tribunal Cantonal Vaudois (FN 1), E. 3.1.2.2 und E. 5.5.

¹¹ So zum Beispiel ARNOLD RUSCH, Weiterfresserschaden auch in der Schweiz? HAVE 2012, 269 ff.; LORENZ FASTRICH, Zur Frage der Konkurrenz von kaufrechtlicher Sachmängelhaftung und Schadenersatz aus Delikt, AJP/PJA 1995, 1115 ff.

¹² MK-GERHARD WAGNER, Münchener Kommentar, 6. A., München 2013, BGB 823 N 191, m.w.H.: «Der geschädigte Käufer oder Werkbesteller ist auf das Gewährleistungsrecht beschränkt, soweit der Schutz des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses betroffen ist, also das Interesse daran, für den gezahlten Preis eine funktionstaugliche und werthaltige Gegenleistung zu erhalten. Das Integritätsinteresse des Käufers wird hingegen durch das Deliktsrecht geschützt, wie auch seine übrigen Rechtsgüter ihres deliktsrechtlichen Schutzes nicht dadurch verlustig gehen, dass er in vertragliche Beziehungen zu einem Dritten tritt. Für die Frage, ob im Einzelfall das Äquivalenz- oder das Integritätsinteresse des Geschädigten betroffen ist, muss der Mangelunwert ermittelt werden, der dem Produkt bereits im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs anhaftete, um ihn mit dem geltend gemachten Schaden zu vergleichen. Eine Eigentumsverletzung ist ausgeschlossen, wenn der später eingetretene Schaden «stoffgleich» dem ursprünglichen Mangelunwert ist, wenn nämlich eine Beseitigung des Fehlers technisch unmöglich ist oder aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht kommt, weil die dafür aufzuwendenden Kosten ausser Verhältnis zum Wert der Sache stehen.»; FASTRICH (FN 11), AJP/PJA 1995, 1120.

¹³ Zu dieser heuristischen Abkürzung des bedeutend komplizierteren Stoffgleichheitskriteriums siehe RUSCH (FN 11), HAVE 2012, 271.

oder Art. 55 OR vereinbar, die eindeutig auch Schäden *am Produkt selbst* erfasst?¹⁴ Weshalb muss Art. 1 Abs. 2 PrHG den *Schaden am Produkt selbst* explizit ausschliessen, wenn das so klar ist? Vergessen ging auch, dass das Bundesgericht selber sehr wohl schon die deliktische Haftpflicht bei einem Weiterfressermangel grundsätzlich bejaht und nur wegen des fehlenden Verschuldens verneint hat.¹⁵ Dass das Bundesgericht die Existenz des Weiterfresserschadens nicht anerkennen will, ist zu bedauern. Dieses Konzept könnte ein wertvolles Korrektiv zur *geplanten Obsoleszenz* bilden.¹⁶ Gerade diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass eine funktionell abgrenzbare *Sollbruchstelle* nach Ablauf der Gewährleistungsfrist das ganze Gerät lahmlegt, um den Absatz anzukurbeln.

3.4 Alternativer Lösungsansatz: Grundlagenirrtum

Die beste Lösung des Falles hätte in der Anrufung eines Grundlagenirrtums bestanden. Der Irrtum besteht darin, dass der Kahn in offenen Gewässern kentert, wenn sich das Förderband in gewissen Positionen befindet. Das Bundesgericht ging davon aus, der Besteller habe um die Unsicherheit des Kahns gewusst, doch ging es dabei um die Hecklastigkeit, die mit der Kenterneigung nichts zu tun hat. Wie kann man sich auf einen Irrtum *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* (Art. 23 OR) berufen? Der Besteller hat den Kahn zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht gebaut. Der Besteller konnte sich folglich über die Mangelhaftigkeit nicht irren. Das Bundesgericht lässt aus diesen Gründen den Grundlagenirrtum bei Werkverträgen kaum zu. Bei Gattungskäufen, bei denen man im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht weiss, welches Stück man erhält, hat es den Grundlagenirrtum jedenfalls verneint.¹⁷ Ein einziges Mal – wohl aus Versehen – hat das Bundesgericht gesagt, der Irrtum richte sich auf den *Zeitpunkt des Gefahrenübergangs*, was bei Werkverträgen und Gattungskäufen die Türe zur Irrtumsanfechtung öffnen würde. Es ging sogar um einen vergleichbaren Fall, denn es war eine Hebebühne, die in gewissen Positionen umfiel.¹⁸

Bei Gattungssachen ist der Irrtum dann wieder möglich, wenn sich die *ganze Gattung* als mangelhaft erweist. Analog könnte man bei werkvertraglich nach Plänen herzustellenden Schiffen argumentieren, dass jeder auf diese Weise konstruierte Kahn kentern wird, der Mangel mit anderen Worten im Keim bereits angelegt ist.¹⁹ Tatsächlich hat der Besteller den Kahn einer bestimmten Marke und eines bestimmten Typs bestellt, mit genau bestimmten Aussenmassen. Wenn sich die Kenterneigung schon aus diesen Konstruktionsvorgaben ergibt, wären alle so produzierten Kähne mangelhaft. Dies lässt sich aus dem Sachverhalt durchaus herleiten, denn die späteren Abänderungen waren offenbar nur von untergeordneter Bedeutung: *«Le chaland correspondait aux spécifications jointes à la commande, à l'exception de menues modifications auxquelles avait procédé l'entrepreneur durant la phase finale de construction.»* Der Entscheid des Kantonsgerichts hält überdies fest, dass der Unternehmer von diesem Typ Kahn schon zwei gleiche Modelle gebaut habe.²⁰ Mit der Irrtumsanfechtung hätte der Besteller den sprichwörtlich untergegangenen Kahn zurückgeben und den Kaufpreis zurückverlangen können. Aber auch dies stellt, ich muss es zugeben, juristisch eine *terra incognita* dar. Der Besteller hätte sich bei diesem Vorgehen überdies nicht auf die Gewährleistung stützen dürfen, denn wer die Gewähr verlangt, genehmigt den Vertrag mitsamt dem Mangel.²¹

4. Schlusswort

Dieser Entscheid enthält so viele verpasste Chancen. Maliziöserweise möchte ich noch erwähnen, dass das Bundesgericht knapp 1'500 Zeichen für die materiellrechtliche Frage verwendet hat, um die sich der vorliegende Sachverhalt eigentlich dreht. Nur schon für die Textbausteine zu den Eintretensvoraussetzungen hat das Bundesgericht tausend Zeichen mehr geopfert. Sachverhaltsfragen waren über 10'000 Zeichen wert. Diese Prioritätenordnung ist unabhängig vom Ausgang des Streits qualifiziert falsch!

¹⁴ BSK-KESSLER (FN 7), OR 55 N 3a; CHK-CHRISTOPH MÜLLER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, OR 55 N 28; BK-ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 41-61 OR, 4. A., Bern 2013, OR 55 N 81.

¹⁵ BGE 63 II 401 ff., 408. Es ging um den Kauf eines Hauses, bei dem der später explodierende Boiler zu massiven Schäden am Haus geführt hat; vgl. dazu FASTRICH (FN 11), AJP/PJA 1995, 1121.

¹⁶ Dazu ARNOLD RUSCH, Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176 ff., 179 f. und ARNOLD RUSCH, Das Phoebus-Kartell, AJP/PJA 2015, 834 f., 835.

¹⁷ Urteil BGER 4C.300/2006, E. 5.1, 5.3.

¹⁸ Urteil BGER 4C.321/2006, E. 4.3.1: *«L'acheteur peut donc invalider le contrat, aux conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, s'il découvre*

qu'on lui a vendu une chose défectueuse, pour autant que le défaut ait déjà existé au moment du transfert des risques ou qu'il ait pour origine un défaut ayant déjà existé à ce moment-là. Il ne peut pas le faire, en revanche, si la chose, alors exempte de tout défaut, s'est détériorée par la suite pour telle ou telle raison (usure normale, utilisation inadéquate, défaut d'entretien, etc.).»; dazu CHRISTOPH BAUER/ARNOLD RUSCH, Abgekürzte Gattungsvereinbarungen, recht 2013, 209 ff., 219, und ARNOLD RUSCH, Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff., 556 f.

¹⁹ Diese Argumentation bei RUSCH (FN 18), SJZ 2010, 555.

²⁰ Tribunal Cantonal Vaudois (FN 1), C.2: *«R. AG a construit deux chalands de conception identique à ce bateau, le T.II et le B. Ces chalands, respectivement construits en 1984 et 1991, étaient toujours exploités en 2007. Il était convenu entre les parties que le MS W. serait semblable au B.»*

²¹ Urteil BGER 4A_533/2013, E. 5.1, m.w.H.