



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_514/2020](#) vom 2. November 2020  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht

### Autor / Autorin

Leandro Schafer, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_514/2020 vom 2. November 2020 tönnte das Bundesgericht an, dass auch ein Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel am Kaufgegenstand als arglistiges Verschweigen gelten kann. Es entschied, dass der Verkäufer eines Occasionsfahrzeuges verpflichtet gewesen wäre, den Käufer über bestehende Mängel aufzuklären und qualifizierte dieses Verschweigen als arglistig i.S.v. Art. 199 OR. Das Bundesgericht liess jedoch letztlich offen, ob eine Opfermitverantwortung des Käufers berücksichtigt werden muss, da die Mängel auch bei sorgfältiger Prüfung nicht erkennbar gewesen wären.*

### Sachverhalt

[1] Mit Vertrag vom 21. April 2010 kaufte B (Käufer, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) von A (Verkäufer, Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) einen Porsche 356. Im Vertrag wurde jede Gewähr für Sachmängel ausgeschlossen, ausgenommen vertraglich zugesicherte Eigenschaften. Der vereinbarte Kaufpreis von CHF 79'000 wurde gleichentags bezahlt. Am 1. März 2016 und am 27. Juni 2016 erhob der Käufer Mängelrüge und verlangte Minderung des Kaufpreises infolge «absichtlicher Täuschung» (Sachverhalt Teil A).

[2] Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden am Verkaufsgegenstand Mängel, insbesondere unfachmännische Flickarbeiten, etwa unterrostete Front, verrostete Karosserieteile, unfachmännische Schweissarbeiten, unzulässige Popnieten. Im Vorfeld des Verkaufs publizierte der Verkäufer zwei Inserate im Internet, in denen unter anderem ausgeführt wurde, dass (i) der Verkaufsgegenstand «sorgfältig und mit Originalteilen», «ohne Kosten zu scheuen» und «von Grund auf» restauriert worden sei, (ii) die Karosserie «rundum erneuert» und (wie auch das Innenleben) «neuwertig» sei, (iii) er die Spenglerarbeiten «ohne Flickarbeiten, ohne Spachtel, mit perfektem Neuaufbau und hochwertiger Neulackierung» habe ausführen lassen und (iv) der Motor überholt worden sei und sich in «sehr gutem Zustand» befinde (E. 4).

[3] Mit Eingabe vom 29. August 2016 klagte der Käufer gegen den Verkäufer auf Zahlung von CHF 60'000. Mit Urteil vom 28. März 2019 hiess das Bezirksgericht Arbon die Klage gut und sprach dem Käufer Ersatz des Minderwerts der Sache zu. Mit Urteil vom 6. August 2020 wies das Obergericht des Kantons Thurgau die

Berufung des Verkäufers ab (Sachverhalt Teil B).

[4] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Verkäufer dem Bundesgericht in der Hauptsache, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8)

### Erwägungen

[5] Nach Art. 197 OR hatte der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern würden. Der Verkäufer hatte auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt habe. Die Parteien könnten die Gewährspflicht aufheben oder beschränken. Eine solche Vereinbarung sei indes nach Art. 199 OR ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen habe (E. 3).

[6] Der Vorinstanz zufolge sei die Gewährleistungspflicht mit der im Vertrag enthaltenen Freizeichnungsklausel nicht aufgehoben worden, da der Verkäufer dem Käufer die Mängel arglistig verschwiegen habe (Art. 199 OR). Der Verkäufer habe gewusst oder zumindest ernsthaft damit rechnen müssen, dass der Verkaufsgegenstand diverse (nicht offensichtliche) Mängel aufweise, daran unsachgemässe Reparaturen durchgeführt worden seien und Rostschäden vorlägen. Die Vorinstanz habe ausgeführt, dass die Aussage des Verkäufers unzutreffend sei, wonach er den Verkaufsgegenstand vor Vertragsschluss hätte reparieren lassen. Zum einen sei unklar, ob überhaupt Reparaturen am Verkaufsgegenstand durchgeführt worden seien und zum anderen habe der Verkäufer bewusst nur das Nötigste und damit einzig die offensichtlichen Mängel beheben lassen. Zudem habe er aufgrund der parallel stattfindenden Reparatur an einem weiteren Porsche ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass der Verkaufsgegenstand in erheblicher Weise mangelbehaftet gewesen sei. Die publizierten Inserate würden eine vollständige Restauration suggerieren, anlässlich welcher ein Fachmann das Fahrzeug eingehend und sorgfältig auf weitere Mängel geprüft sowie umfassend und ohne Rücksicht auf die Kosten instand gesetzt habe, mithin über die offensichtlichen Mängel hinaus. Zudem habe der Verkäufer dem Käufer Fotografien der Restauration eines komplett überholten (anderen) Autos als Beleg für die angeblichen Arbeiten am Verkaufsgegenstand zugeschickt und damit wider besseren Wissens beim Käufer die Vorstellung einer wesentlich weitergehenden sowie gründlicheren Instandsetzung hervorgerufen, als sie tatsächlich erfolgt sei (E. 4).

[7] Der Verkäufer wende sich gegen den Schluss des Obergerichts, er habe die Mängel «arglistig verschwiegen» (E. 6 Ingress).

[8] Ein arglistiges Verschweigen sei dann zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft informiere, obwohl eine Aufklärungspflicht bestehe. Eine Aufklärungspflicht könne sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben, insbesondere könnten die Parteien in Vertragsverhandlungen aus Treu und Glauben verpflichtet sein, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen könnten (E. 6.1).

[9] Entgegen den Vorbringen des Verkäufers, sei es keineswegs so, dass ein arglistiges Verschweigen die Abgabe einer ausdrücklichen Zusicherung voraussetze. Dies zeige sich bereits darin, dass eine Zusicherung einer allfälligen Haftungsfreizeichnung für die entsprechende (zugesicherte) Eigenschaft von vornherein entgegenstehe, ohne dass es auf ein arglistiges Verschweigen ankäme: Zusicherung und Freizeichnungsklausel schlossen sich grundsätzlich aus. Entscheidend sei einzig, ob der Verkäufer nach Treu und Glauben davon ausgehen musste, ob die von ihm verschwiegenen Mängel den Entscheid des Käufers über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen hätten beeinflussen können und aus diesem Grund eine Aufklärungspflicht bestand. Dies habe die Vorinstanz mit einlässlicher Begründung bejaht. Der Verkäufer gehe indes nicht auf diese Ausführungen ein und es sei überdies nicht erkennbar, inwiefern die Vorinstanz Art. 199 OR unrichtig angewandt habe (E. 6.2.2).

[10] Betreffend die vertragliche Selbstverantwortung des Käufers sei es richtig, dass die Aufklärungspflicht entfalle, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Käufer werde den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen. Nach bisheriger Praxis treffe dies in der Regel zu, wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen. Allerdings sei dieser Standpunkt in einem neueren Urteil

dahingehend relativiert worden, dass sich der arglistig handelnde Verkäufer nicht auf die Nachlässigkeit des Käufers berufen dürfen solle. Diesem Problem sei eine gewisse Zirkularität inhärent. Allerdings könne die Frage vorliegend offengelassen werden, da die Vorinstanz verbindlich festgestellt habe, dass auch eine im Rahmen des Zumutbaren erfolgende Untersuchung des Fahrzeugs durch eine Fachperson nicht zur Entdeckung der Mängel geführt hätte. Daher hätte der Verkäufer den Käufer in guten Treuen über die Mängel aufklären müssen (E. 6.3.2).

### Kurzkommentar

[11] Vorliegend geht es um die Kaufpreisminderung im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag über einen mangelbehafteten Kaufgegenstand. Das Bundesgericht hatte die Frage zu klären, ob die Mängel dem Käufer arglistig verschwiegen wurden.

[12] Bemerkenswert ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Verkäufer gewusst habe oder ernsthaft habe damit rechnen müssen, dass der Kaufgegenstand mangelhaft sei. Die Vorinstanz erachtete somit im Zusammenhang mit dem arglistigen Verschweigen bezüglich des Wissenselements des Vorsatzes auch ein fahrlässiges Nichtwissen des Verkäufers als genügend. Das Bundesgericht setzte bis anhin mehrheitlich das Wissen betreffend den Mangel voraus, auf den sich die arglistige Verschweigung bezog (Urteile des Bundesgerichts [4A 11/2015](#) vom 25. Juni 2015 E. 2.2.2; [4A 619/2013](#) vom 20. Mai 2014 E. 4.1 *in fine*; [4A 196/2011](#) vom 4. Juli 2011 E. 3; implizit auch Urteil des Bundesgerichts [4A 301/2010](#) vom 7. September 2010 E. 3.3; anders hingegen Urteil des Bundesgerichts [4C.242/2004](#) vom 6. Oktober 2004 E. 2, nicht publiziert in: BGE [130 III 686](#)). In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass zur Begründung eines Eventualvorsatzes auch ein Wissen-Müssen bezüglich des Mangels ausreiche (HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 199 OR N 7; MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 183). Andere Autoren befürworten hingegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und erachten selbst eine grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels als nicht ausreichend, um eine arglistige Verschweigung zu bejahen (HERBERT TRACHSEL, Zum absichtlichen [arglistigen] Verschweigen von Mängeln, BR 2015, S. 135 ff., S. 135). Zudem gibt es auch noch eine vermittelnde Lehrmeinung, der zufolge zwar Fahrlässigkeit nicht ausreicht, aber beim Wissen um die Möglichkeit eines Mangels und dessen Inkaufnahme ein Eventualvorsatz angenommen wird (ERICH RÜEGG, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückkaufvertrag, 3. Aufl., Bern 2017, § 5 Rz. 134).

[13] Das Bundesgericht äussert sich vorliegend nicht explizit zur von der Vorinstanz getroffenen Wertung, dass aufgrund des Wissens oder Wissen-Müssens des Verkäufers von einem arglistigen Verschweigen auszugehen sei. Indem das Bundesgericht die Subsumtion der Vorinstanz schützte, anerkannte es allerdings implizit diese Erweiterung des subjektiven Elements der arglistigen Verschweigung (vgl. hierzu E. 6.2). Dieser angedeuteten Praxisänderung ist zuzustimmen. Es ist auch dem Verkäufer zuzumuten, dass dieser bei einem sich aufdrängendem Verdacht auf Mängel am Kaufgegenstand Abklärungen hierüber trifft. Verletzt der Verkäufer diese Abklärungspflicht, so rechtfertigt es sich, ein arglistiges Verschweigen auch bei einem Wissen-Müssen über den Mangel anzunehmen, sofern die restlichen Voraussetzungen des arglistigen Verschweigens erfüllt sind (vgl. hierzu VISCHER, SJZ 2012, a.a.O., S. 183; MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 232).

[14] Ein arglistiges Verschweigen setzt neben dem Wissen resp. Wissen-Müssen bezüglich des Mangels voraus, dass den Verkäufer nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht trifft, den Käufer über Tatsachen zu unterrichten, die dessen Entscheid betreffend den Vertragsschluss beeinflussen können. Die Aufklärungspflicht kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, Vertrag oder im Einzelfall aufgrund von Treu und Glauben ergeben (BSK OR I-HONSELL, a.a.O., Art. 199 OR N 7; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Entscheidbesprechungen. BGer [4A 141/2017](#): Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1397).

[15] Es ist unklar, inwiefern die Opfermitverantwortung des Käufers die Aufklärungspflicht des Verkäufers gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beeinflusst. So hat das Bundesgericht in jüngerer Vergangenheit die Übertragung der Rechtsfigur der Opfermitverantwortung auf das Zivilrecht explizit abgelehnt (Urteil des Bundesgerichts [4A 141/2017](#) vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE [143 III 495](#); ebenso Urteil

des Bundesverwaltungsgerichts [A-668/2020](#) vom 23. November 2020 E. 5.5). Gleichzeitig hat es dieses Prinzip – ohne entsprechend Deklaration – unter dem Deckmantel von Treu und Glauben mehrfach angewendet (Urteile des Bundesgerichts [4C.43/2005](#) vom 24. Juni 2005 E. 3.2; [4A 353/2014](#) vom 19. November 2014 E. 4.2; BGE [107 II 419](#) E. 2 S. 423). Nach den Ausführungen des Bundesgerichts im vorliegend besprochenen Urteil unter dem Titel «vertragliche Selbstverantwortung» entfällt eine Aufklärungspflicht des Verkäufers, wenn dieser nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen werde. Nach gewissen bundesgerichtlichen Urteilen reiche es sogar aus, «wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können» (vgl. E. 6.3.2 des referierten Urteils). Allerdings soll sich der arglistig handelnde Verkäufer laut Bundesgericht nicht auf die Nachlässigkeit des Käufers berufen dürfen. Das Bundesgericht tendiert folglich – wenn auch nur im Rahmen eines *obiter dictums* – zur Anwendung der Prinzipien der Opfermitverantwortung im Privatrecht. Diesem (angedeuteten) Kurswechsel ist vorbehaltlos zuzustimmen (zur Kritik an der bisherigen Praxis siehe MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Entscheidbesprechungen*. BGer [4A 286/2018](#): Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 2019, S. 1067 ff., S. 1070; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags*, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 225 f.; VISCHER/GALLI, AJP 2017, a.a.O., S.1398 ff.; MARKUS VISCHER, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler [Hrsg.], *Ohne jegliche Haftung*. Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 541 ff., S. 550 f.).

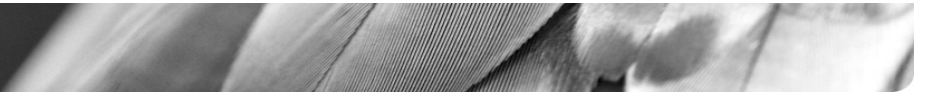
[16] Gemäss Bundesgericht ist die Frage etwas zirkulär, ob der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen werde. Diese Auffassung ist unzutreffend. Die Frage, ob eine Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht, beurteilt sich nach dem Kriterium der Sozialadäquanz. Solange sich der Getäuschte sozialadäquat verhält, ist im Regelfall eine Opfermitverantwortung zu verneinen (VISCHER, a.a.O., FS Fischer, S. 551). Hierauf können die Überlegungen zur Opfermitverantwortung beim strafrechtlichen Betrug übertragen werden. Auch beim strafrechtlichen Betrug geht es darum abzuwägen, ob die fragliche Täuschung beim konkreten Opfer zu einem Irrtum hätte führen dürfen oder nicht (STEFAN MAEDER/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2018, Art. 146 [StGB](#) N 70). Massgebend ist das interaktive Element zwischen Täter und Opfer (BSK StGB II-MAEDER/NIGGLI, a.a.O., Art. 146 StGB N 71). Derselbe Grundgedanke, ob ein bestimmtes Verhalten sozialadäquat ist oder nicht, liegt sowohl der strafrechtlichen als auch der analog hierzu angewandten zivilrechtlichen Opfermitverantwortung zugrunde. Hätte der Getäuschte, wenn er die sozialadäquate Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hätte, den Irrtum erkennen können, so liegt keine absichtliche Täuschung vor. Es versteht sich allerdings von selbst, dass bei komplexeren Verhältnissen, wie etwa bei einer schwer zu erkennenden Täuschung, der Irrtum auch bei sozialadäquater Aufmerksamkeit nicht erkennbar sein dürfte. Insofern handelt es sich um eine klassische Interessenabwägung, bei der die Interessen zweier Parteien einander gegenübergestellt werden und eruiert wird, welches Interesse überwiegt. Dass sich die Argumente der Parteien im Sinne von Argumentation und Gegenargumentation beeinflussen können, ist nicht zirkulär, sondern der gewöhnliche Prozess einer Interessenabwägung, wie er von Gerichten seit je her angewandt wird. Weshalb dies nun ausschliesslich beim Begriff der Opfermitverantwortung im Zivilrecht problematisch sein sollte, bleibt unerklärbar.

MLaw LEANDRO SCHAFFER, Substitut, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

**Zitiervorschlag:** Leandro Schafer / Dario Galli / Markus Vischer, Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht, in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021



**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**