



Kommentar zu: Urteil: [4A_38/2021](#) vom 3. Mai 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist

Autor / Autorin

Lukas Waeber

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach (grob-)fahrlässige Unkenntnis eines Sachmangels Art. 199 OR nicht erfüllt.

Sachverhalt

[1] Am 19. September 2011 kaufte A (Beklagter, Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) den Personenwagen «Ford Mustang Cabriolet» (erste Inverkehrsetzung: 1. Juli 1966) für CHF 19'000. Am 27. September 2012 bestand das Fahrzeug die amtliche Fahrzeugprüfung des Strassenverkehrsamts des Kantons Zürich und wurde als Veteranenfahrzeug zum Verkehr zugelassen (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Mit «Kaufvertrag für Occasionswagen» vom 24. September 2014 verkaufte der Verkäufer den Wagen an B (Kläger, Beschwerdegegner, nachfolgend: Käufer) für CHF 40'000. Die Parteien vereinbarten einen Kauf «ab Platz, ohne Garantie» und schlossen jegliche Gewähr für Sachmängel aus (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 17. Juni 2015 erhob der Käufer Mängelrüge und verlangte Wandelung des Kaufvertrags. Er machte geltend, das Fahrzeug weise verschiedene Mängel auf (insbesondere Rost, instabiles Chassis), die der Verkäufer «absichtlich vertuscht und arglistig verschwiegen» habe. Der Verkäufer widersetzte sich der Wandelung (Sachverhalt Teil A.b).

[4] Mit Entscheid vom 22. August 2019 verpflichtete das Bezirksgericht Münchwilen den Verkäufer, dem Käufer CHF 40'000 und USD 846.25 je nebst Zins zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Das Obergericht des Kantons Thurgau wies die vom Verkäufer erhobene Berufung mit Entscheid vom 23. Juni 2020 ab (Sachverhalt Teil B).

[5] Der Verkäufer verlangte mit Beschwerde in Zivilsachen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 8).

Erwägungen

[6] Nach Art. 197 [OR](#) hafte 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 (Abs. 1). Er hafte auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt habe (Abs. 2). Die Parteien können die Gewährspflicht aufheben oder beschränken. Indes sei eine solche Vereinbarung gemäss Art. 199 OR ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen habe (E. 3.1).

[7] Gemäss Bundesgericht sei ein arglistiges Verschweigen zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiere, obwohl eine Aufklärungspflicht bestehe. Eine Aufklärungspflicht könne sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. So werde insbesondere bei Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichte, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (E. 3.2).

[8] Die Vorinstanz habe das Bestehen von Mängeln im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bejaht. Es stelle sich mit Blick auf die im Kaufvertrag enthaltene Freizeichnungsklausel die Frage, ob die Parteien die Gewährspflicht gültig aufgehoben hätten. Diese Frage habe die Vorinstanz mit der auf Art. 199 OR gestützten Begründung verneint, wonach der Verkäufer die Mängel arglistig verschwiegen habe. Der Verkäufer habe entgegen seinen Behauptungen «nicht beweisen» können, dass er gegen den Rost umfangreiche Chassisarbeiten einschliesslich Hohlraumbehandlung in Auftrag gegeben habe. Ausserdem verfüge der Verkäufer über Fachwissen und eine Hebebühne, die eine Untersuchung des Fahrzeugs ermöglicht hätten. Deshalb habe der Verkäufer mindestens ernsthaft damit rechnen müssen, dass am Fahrzeug diverse Mängel, insbesondere Rostschäden, bestanden hätten. Der Käufer habe als Laie keine Möglichkeit gehabt, von diesen Mängeln Kenntnis zu nehmen, und er habe auch nicht mit Schäden in diesem Ausmass rechnen müssen. Folglich hätte der Verkäufer gemäss Vorinstanz den Käufer über die Mängel aufklären müssen. Dies habe der Verkäufer unterlassen und den Käufer damit arglistig getäuscht. Die Freizeichnungsklausel sei nach Art. 199 OR ungültig. Da die übrigen Voraussetzungen der Sachgewährleistung gegeben seien, dringe der Käufer mit seiner Wandelungsklage durch (E. 4).

[9] Der Verkäufer rüge, dass ein arglistiges Verschweigen verneint werden müsse, da er gar keine Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs gehabt habe (E. 5).

[10] Ein arglistiges Verschweigen im Sinne von Art. 199 OR setze voraus, dass der Verkäufer den Mangel kenne. Verlangt sei positive Kenntnis der Mangelhaftigkeit; darin eingeschlossen sei der Fall, in dem der Verkäufer mit Mängeln an der Kaufsache ernsthaft rechne – er solle sich nicht bewusst der besseren Kenntnis verschliessen dürfen; insofern genüge «Eventualvorsatz». Wissen der Verkäufer nicht um den Mangel, scheidet Arglist dagegen aus, selbst wenn die Unkenntnis aus der eigenen (selbst groben) Nachlässigkeit folge. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis eines Mangels führe mithin nicht zur Ungültigkeit einer Freizeichnungsklausel (E. 7.1).

[11] Die Vorinstanz habe ihren Entscheid in diesem Zusammenhang unter anderem darauf gestützt, dass es dem Verkäufer aufgrund seines Fachwissens und seiner Gerätschaften möglich gewesen wäre, die Mängel zu erkennen (E. 7.2).

[12] Der Verkäufer rüge sinngemäss, dass die Vorinstanz den Begriff der Arglist verkannt habe (E. 7.3.1).

[13] Die Vorinstanz habe unter anderem auf ein Gutachten eines Fahrzeugsachverständigen verwiesen. Darin werde ausgeführt, dass die Mängel «für einen ausgewiesenen Fachmann [...] erkennbar» gewesen seien. Der Verkäufer habe sich mit Fahrzeugen wie dem streitgegenständlichen «Ford Mustang Cabriolet» ausgekannt und über eine Hebebühne verfügt. Daraus folgerte sie, dass der Verkäufer «die Möglichkeit» gehabt habe, das Fahrzeug «auf der Hebebühne in seiner Garage zu besichtigen und aufgrund seines fachmännischen Wissens die Mängel zu erkennen». Der Verkäufer habe «mithin» mit den Mängeln zumindest ernsthaft rechnen müssen (E. 7.3.2).

[14] Die Vorinstanz lege, so das Bundesgericht, mit dieser Argumentation einen falschen Massstab an: Nach Art. 199 OR sei eine Freizeichnungsklausel nur dann ungültig, wenn der Verkäufer einen Mangel «arglistig»

verschwiegen habe. Dies setze nach dem Gesagten effektive Kenntnis des Mangels voraus. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis genüge damit – und im Unterschied zu Art. 100 Abs. 1 OR – gerade nicht. Dies habe die Vorinstanz in ihren theoretischen Erwägungen denn auch festgehalten. Dennoch habe sie es in der Subsumtion genügen lassen, dass der Verkäufer die Möglichkeit gehabt habe, die Mängel zu erkennen. Dass er von den Mängeln Kenntnis oder mit der Mangelhaftigkeit effektiv gerechnet hatte, habe die Vorinstanz nicht festgestellt. Die Vorinstanz missverstehe damit den in Art. 199 OR vorausgesetzten Verschuldensbegriff und unterstelle dem Verkäufer Sorgfalts- und Untersuchungsobliegenheiten, die sich aus dem gesetzlichen Erfordernis der «Arglist» nicht ergeben (E. 7.3.3).

[15] Soweit die Vorinstanz allein aus den in diesem Zusammenhang genannten Umständen (Fachkenntnisse, Verfügbarkeit einer Hebebühne) auf Arglist des Verkäufers im Sinne von Art 199 OR schliesst, gehe der angefochtene Entscheid fehl. Bemerkte sei immerhin, dass damit zum – kontroversen – Verhältnis von Art. 199 OR zu Art. 100 Abs. 1 OR, wonach eine Haftung nicht nur für rechtswidrige Absicht, sondern auch für «grobe Fahrlässigkeit» nicht vertraglich ausgeschlossen werden könne, nichts gesagt sei (E. 7.3.4).

[16] Das Bundesgericht bejahte die Mangelkenntnis des Verkäufers durch Rückgriff auf das Beweisrecht und schützte damit das vorinstanzliche Urteil, das die vereinbarte Aufhebung der Gewährspflicht als ungültig qualifiziert hatte (E. 7.5).

[17] Der Beweis für die Arglist – und damit auch für den Umstand, dass der Verkäufer den Mangel gekannt oder mit diesem zumindest ernsthaft gerechnet habe – sei vom Käufer zu erbringen (E. 7.4.2). Der Verkäufer wende an sich zu Recht ein, dass es ihm (als Verkäufer) im kantonalen Verfahren freigestanden sei, unter Berufung auf (angeblich) von ihm in Auftrag gegebene Karosseriearbeiten den Gegenbeweis zu führen, der Hauptbeweis aber weiterhin vom Käufer zu erbringen war. Zutreffend sei auch, dass nicht allein aus dem Misslingen des Gegenbeweises geschlossen werden dürfe, der Hauptbeweis sei erbracht worden (E. 7.4.5).

[18] Gemäss der Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz habe der Verkäufer im kantonalen Verfahren vorgebracht, er habe keine Kenntnis vom Rost gehabt, weil er vorher für CHF 41'640.25 Carrossierarbeiten ausführen liess. Diese Feststellung zum Prozesssachverhalt werde vom Verkäufer zwar kritisiert, aber nicht hinreichend als willkürlich ausgewiesen. Mit seiner Argumentationslinie anerkannte er damit implizit, dass Rost vorhanden war und er von diesem Kenntnis hatte, andernfalls er die behaupteten Arbeiten nicht in Auftrag gegeben hätte. Der Hauptbeweis sei damit durch (implizite) Anerkennung erbracht (und nicht durch den Gegenbeweis erschüttert) beziehungsweise entfallen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Bei dieser Ausgangslage wäre es unter Wertungsgesichtspunkten am Verkäufer gewesen, den Beweis dafür zu erbringen, dass er die behaupteten Reparaturen tatsächlich ausführen liess (E. 7.4.5).

Kurzkommentar

[19] Das referierte Urteil drehte sich einmal mehr um die Frage, ob der Verkäufer dem Käufer einen Sachmangel arglistig verschwiegen hat und damit die im Autokaufvertrag enthaltene Freizeichnungsklausel ungültig ist (Art. 199 OR).

[20] Art. 199 OR ist eine *Wissensnorm*.^[1] Der Normadressat (d.h. der Verkäufer) kann Art. 199 OR nur erfüllen, wenn er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Sachmangel *kennt* (vgl. E. 7.1 und 7.3.3).^[2] Gemäss Bundesgericht kennt der Verkäufer den Sachmangel, wenn er diesen «effektiv»^[3] kennt (Wissen) oder mit diesem rechnet (vgl. E. 7.1 und 7.3.3). Im zweiten Fall liegt eine eventualvorsätzliche Mangelunkenntnis vor.^[4] Der Verkäufer besitzt ein «Halbwissen». Ein solches Halbwissen (bzw. eine solche Mängelhalbenkenntnis) kann man entweder als Wissen oder als Wissenmüssen qualifizieren.^[5] Sieht man das Halbwissen als Wissen an, ist die von Art. 199 OR geforderte Wissensqualität tief.^[6] Als Halbwissen kann auch die bewusste (grob-)fahrlässige Unkenntnis des Sachmangels bezeichnet werden. Auch dieses Halbwissen kann man als Wissen oder als Wissenmüssen qualifizieren. Die eventualvorsätzliche Mangelunkenntnis und die bewusst (grob-)fahrlässige Mangelunkenntnis sind deshalb nicht auf der Wissensseite, sondern auf der Willensseite voneinander zu unterscheiden.^[7]

[21] Tatsache bleibt, dass gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur das eventualvorsätzliche Halbwissen und nicht das (grob-)fahrlässige Halbwissen die Voraussetzungen von Art. 199 OR erfüllt.^[8] Eine

Freizeichnungsklausel bleibt mit anderen Worten trotz (grob-)fahrlässiger Mangelkenntnis gültig,^[9] also selbst dann, wenn den Verkäufer aufgrund seines entsprechenden Halbwissens eine Nachforschungspflicht getroffen hätte.^[10]

[22] Vor diesem Hintergrund verwarf das Bundesgericht zu Recht die vorinstanzliche Argumentation, wonach der Verkäufer Mangelkenntnis besass, bloss weil er dank seines Fachwissens und seiner Hebebühne den Sachmangel hätte erkennen können (vgl. E. 7.3.2).^[11] Hierbei handelt es sich um den klassischen Anwendungsfall des höchstens (grob-)fahrlässigen Wissens, der gerade nicht von Art. 199 OR erfasst wird.

[23] Im Ergebnis bejahte das Bundesgericht mit einem prozess- und beweisrechtlichen Kunstgriff trotzdem die Mangelkenntnis des Verkäufers und damit ein arglistiges Verschweigen im Sinne von Art. 199 OR. Der Verkäufer untermauerte nämlich in den kantonalen Verfahren seine angebliche Mangelkenntnis mit dem Argument, dass er Carrossierarbeiten in Auftrag gegeben hatte. Laut Bundesgericht anerkannte der Verkäufer damit implizit seine Kenntnis vom Rost bzw. vom Sachmangel (vgl. E. 7.4.5). Andernfalls – so das Bundesgericht – hätte der Verkäufer keine Carrossierarbeiten von über CHF 40'000 in Auftrag gegeben (vgl. E. 7.4.5). Beklagte Verkäufer sollten sich in solchen Prozessen daher gut überlegen, ob und welche Argumente sie gegen ihre Mangelkenntnis ins Feld führen wollen. Insbesondere sollten Verkäufer prüfen, ob das Gericht ihnen aufgrund ihrer Ausführungen eine implizite Mangelkenntnis unterstellen könnte.

MLaw LUKAS WAEBER, Auditor, Bezirksgericht Zürich.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

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

[1] Siehe zum Begriff «Wissensnorm»: MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Wissen, Nichtwissen und Wissenmüssen von natürlichen und juristischen Personen, SZW 2022, S. 361 ff., S. 361.

[2] Siehe zum Begriff «Wissen»: VISCHER/GALLI (Nr. 1), S. 363 ff.

[3] Kritisch bezüglich der Wortschöpfung «effektive Kenntnis» und ähnlichen Formulierungen: VISCHER/GALLI (Nr. 1), S. 363.

[4] Im Allgemeinen zum Tatbestandsmerkmal der Arglist z.B. HEINRICH HONSELL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 199 OR N 7.

[5] Pro Qualifikation als *Wissen*: Urteil des Bundesgerichts [4A_38/2021](#) vom 3. Mai 2021 E. 7.1 und 7.3.3; Urteil des Bundesgerichts [4A_622/2012](#) vom 18. Januar 2013 E. 3.2 («Le vendeur doit avoir une connaissance effective du défaut; l'ignorance due à une négligence même grave ne suffit pas [...]»); Urteil des Bundesgerichts [4A_70/2011](#) vom 12. April 2011 E. 4.1 («Le vendeur doit avoir une connaissance effective du défaut; l'ignorance due à une négligence même grave ne suffit pas [...]»); Urteil des Bundesgerichts [4A_226/2009](#) vom 20. August 2009 E. 3.2.3 («Il convient encore de préciser que l'obligation d'informer présuppose la connaissance effective du défaut par le vendeur, l'ignorance due à une négligence même grave ne suffisant pas [...]»). Pro Qualifikation als *Wissenmüssen*: Urteil des Bundesgerichts [4C.242/2004](#) vom 6. Oktober 2004 E. 2, nicht publ. in: BGE [130 III 686](#); siehe auch MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 183 *in fine*.

[6] Siehe zur Wissensqualität im Allgemeinen: VISCHER/GALLI (Nr. 1), S. 363.

[7] Betreffend Strafrecht: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 12 [StGB](#) N 58; siehe auch betreffend simulierte Rechtsgeschäfte: MARKUS VISCHER, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmeverordnungen wirklich ab?, SJZ 2022, S. 172 ff., S. 178.

[8] Siehe die in Nr. 5 zitierten Urteile.

[9] A.M. Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Januar 2016, in: RBOG 2016, S. 182 ff. (besprochen von HUBERT STÖCKLI, Eine Jauchegrube, ein Betondeckel und die Frage, ob die vertragliche Freizeichnung gültig war, BR 2017, S. 352 f.).

[10] Im Allgemeinen: VISCHER/GALLI (Nr. 1), S. 367.

[11] Das vorinstanzliche Urteil steht im Einklang mit dem 2016 ergangenen und in Nr. 9 zitierten Entscheid des Thurgauer Obergerichts, wonach auch die grobfahrlässige Unkenntnis eines Sachmangels von Art. 199 OR erfasst wird.

Zitiervorschlag: Lukas Waeber / Dario Galli / Markus Vischer, Mängelhalbkenntnis erfüllt unter Umständen das Tatbestandsmerkmal der Arglist, in: dRSK, publiziert am 24. August 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch