

Dr. iur. Stefan Lorenz Marti

Der Verdacht als Mangel

**unter besonderer Berücksichtigung der
kaufrechtlichen Gewährleistung nach OR**

DIKE 

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXIX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI
Judikaturverzeichnis.....	XXXVII
Zusammenfassung.....	XLI
Abstract.....	XLII
Résumé.....	XLIII
Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	3
II. Gliederung und Vorgehensweise.....	5
Teil 1: Untersuchung des Verdachts.....	7
I. Der massgebende Verdachtsbegriff.....	8
A. Der Verdacht als gegenwärtige ungesicherte Tatsachenlage.....	8
B. Der Verdacht als Tatsachenwürdigung.....	9
1. Die Bildung eines Verdachts als innere Würdigung von Tatsachen.....	9
2. Objektiver Massstab bei der Tatsachenwürdigung.....	10
3. Subjektiver Massstab bei den Kenntnissen des Käufers.....	10
C. Der Verdacht und die Gefahr.....	11
II. Kategorien des Verdachts.....	14
A. Der Verdacht vor und nach Leistungserbringung.....	14
1. Der nach Sachübergabe bestehende Verdacht.....	14
2. Der vor Sachübergabe bestehende Verdacht.....	14
B. Der offene und der versteckte Verdacht.....	14
C. Der Verdacht als Mangel und der Verdacht eines Mangels.....	15
1. RUSCHS Vorschlag.....	15
2. Würdigung.....	16
2.1 Zum Verdacht als Mangel.....	16
2.1.1 Mediale Reaktion als ungeeignetes und nicht erforderliches Mangelkriterium.....	16

2.1.2 Begriffsklärung: Faktum ausserhalb der Physis der Kaufsache.....	17
2.2 Zum Verdacht eines Mangels.....	18
D. Der originäre und der derivative Verdacht.....	19
1. Der originäre Verdacht.....	19
2. Der derivative Verdacht.....	20
3. Relevanz der Unterscheidung.....	21
III. Der Verdacht und der merkantile Minderwert.....	22
A. Der Begriff des merkantilen Minderwerts.....	22
B. Der Ersatz des merkantilen Minderwerts.....	22
1. Im Allgemeinen.....	22
2. Zum Erfordernis einer Reparatur im Speziellen.....	24
C. Dogmatische Einordnung des merkantilen Minderwerts.....	25
D. Das Verhältnis zwischen Verdacht und merkantilem Minderwert.....	27
1. Meinungsstand.....	27
2. Stellungnahme zu Einzelpositionen der Lehre.....	28
2.1 Walter/Korves.....	28
2.2 Schwenzer/Tebel.....	29
3. Untersuchung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale.....	30
3.1 Der konkrete und nicht ausraubare Verdacht.....	30
3.2 Die Trias des merkantilen Minderwerts.....	30
4. Trias Umstand-Verdacht-Verdachtsfolge.....	33
4.1 Der verdachtsbegrundende Umstand.....	33
4.2 Das Risiko bzw. der Verdacht.....	33
4.3 Die Verdachtsfolge.....	34
5. Zwischenfazit.....	34
6. Konsequenzen.....	35
6.1 Der merkantile Minderwert als genuiner Mangel.....	35
6.2 Keine besonderen Anforderungen an den Mangelverdacht.....	36
6.3 Keine konkrete Schadensberechnung des merkantilen Minderwerts.....	37

Teil 2: Der Verdacht als Sachmangel.....39

I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	40
A. Der simplifizierte Mangelbegriff nach Art. 197 Abs. 1 OR.....	40
1. Der Mangel nur noch als Fehlen von Eigenschaften.....	40

2.	Zugesicherte und vorausgesetzte Eigenschaften.....	41
3.	Ergebnis und Rechtsvergleich.....	42
B.	Der Verdacht und die Eigenschaften der Kaufsache.....	43
1.	Der Eigenschaftsbegriff.....	43
2.	Der Verdacht als wirtschaftliche Eigenschaft.....	44
C.	Folgen der Qualifikation als Eigenschaft.....	45
1.	Keine Verletzung der Beweislastregel.....	45
2.	Kein Erfordernis eines Sondergewährleistungsrechts.....	48
3.	Ausschluss anderer Möglichkeiten der Erfassung eines Verdachts.....	48
D.	Das Verhältnis zwischen Verdacht und körperlichem oder rechtlichem Fehler..	49
1.	Alternatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsbezogenem Fehler.....	49
2.	Kumulatives Verhältnis zwischen Verdacht und verdachtsfremdem Fehler.....	51
2.1	Im Allgemeinen.....	51
2.2	Der Verdacht und Handelsverbote im Speziellen.....	51
E.	Die Mangelfähigkeit wirtschaftlicher Eigenschaften nach Art. 197 Abs. 1 OR.	53
1.	Das Fehlen vereinbarter wirtschaftlicher Eigenschaften.....	53
2.	Das Fehlen vorausgesetzter wirtschaftlicher Eigenschaften.....	54
2.1	Grammatikalische Auslegung.....	55
2.2	Historische Auslegung.....	55
2.2.1	Munzingers Entwurf.....	55
2.2.2	Das Obligationenrecht von 1881.....	56
2.2.3	Das Obligationenrecht von 1911.....	57
2.2.4	Würdigung.....	58
2.3	Systematische Auslegung.....	59
2.3.1	Systematisch-logische Auslegung.....	59
2.3.2	Systematisch-teleologische Auslegung.....	60
2.4	Teleologische Auslegung.....	63
2.4.1	Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts.....	63
2.4.2	Ökonomische Betrachtung.....	65
2.5	Rechtsvergleichung.....	66
2.6	Ergebnis der Auslegung.....	68
F.	Zwischenergebnis.....	68
II.	Die Anforderungen an den Verdacht.....	70
A.	Vorbemerkungen.....	70
B.	Anforderungen nach Massgabe der Formel des BGH.....	70

1.	Die Verdachtsformel des BGH.....	70
2.	Der konkrete, gewichtige oder naheliegende Verdacht.....	71
2.1	Überblick über die Rechtsprechung.....	71
2.1.1	Lebensmittel.....	71
2.1.2	Grundstücke.....	72
2.1.3	Fahrzeuge.....	74
2.2	Rezeption im Schrifttum.....	74
2.3	Würdigung.....	75
2.3.1	Die Bildung der Verdachtsformel und ihre Auswirkungen auf die Praxis.....	75
2.3.2	Systematisierung der verschiedenen Begriffe.....	76
2.3.3	Die Folgeschwere und die Eintretenswahrscheinlichkeit als zweidimensionale Hilfskriterien.....	77
2.3.4	Stellungnahme zu von der Horst.....	80
3.	Die gesundheitsgefährdende Beschaffenheit.....	81
4.	Die Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr.....	83
4.1	Überblick über die Rechtsprechung.....	83
4.2	Stand der Lehre.....	83
4.3	Würdigung.....	84
5.	Zwischenergebnis.....	85
C.	Anforderungen nach Massgabe von Art. 197 Abs. 1 OR.....	85
1.	Das Fehlen der Eigenschaft «verdachtsfrei».....	86
1.1	Die positive und die negative Eigenschaftsumschreibung.....	86
1.2	Das Bestehen eines Verdachts.....	86
1.3	Der körperliche Bezug des Verdachts.....	87
1.4	Der Beweis des Verdachts.....	87
1.4.1	Der Beweis derivativer Verdachtsmomente.....	87
1.4.2	Der Beweis originärer Verdachtsmomente.....	89
2.	Die Verdachtsfreiheit als vereinbarte Eigenschaft.....	90
3.	Die Verdachtsfreiheit als vorausgesetzte Eigenschaft.....	90
3.1	Der nach Treu und Glauben fehlende Verdacht.....	90
3.2	Die erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit.....	91
3.2.1	Im Allgemeinen.....	91
3.2.2	Die Unzumutbarkeit des Gebrauchs im Speziellen.....	91
3.3	Die erhebliche Minderung des Werts.....	93
3.3.1	Wertbestimmende Faktoren.....	93
3.3.2	Der Zeitpunkt der Bestimmung des Minderwerts.....	94
3.3.3	Kein Markterfordernis.....	95

3.3.4	Die Kausalität zwischen Verdacht und Minderwert.....	95
3.3.5	Der Beweis des Minderwerts	96
3.3.6	Die Erheblichkeit des Minderwerts.....	98
3.4	Fallgruppen der vorausgesetzten Verdachtsfreiheit.....	100
3.4.1	Geminderte Handelbarkeit	100
3.4.2	Gesundheitsgefährdende Beschaffenheit	100
3.4.3	Geminderte Genussmöglichkeit.....	101
3.4.4	Erschwerung der Bebaubarkeit	102
3.4.5	Frühzeitiger Verschleiss	103
3.4.6	Gehäuftes Auftreten von Mängeln	107
3.4.7	Merkantiler Minderwert.....	107
4.	Spezialfälle.....	109
4.1	Verdacht des Fehlens einer vereinbarten Eigenschaft.....	109
4.2	Kollision von Eigenschaften	110
D.	Zwischenergebnis	111
III.	Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	113
A.	Vorbemerkungen.....	113
B.	Die belastete Vertragspartei	114
1.	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	114
2.	Würdigung	115
2.1	Prüfung als Obliegenheit des Käufers.....	115
2.2	Prüfung als Nachbesserung durch die Verkäuferin	116
2.3	Beseitigung oder Bestätigung durch Dritte oder Zufall	117
C.	Der Umfang der Untersuchung	117
1.	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	117
2.	Würdigung	118
2.1	Last als Obliegenheit des Käufers.....	118
2.2	Last als Nachbesserung durch die Verkäuferin	119
D.	Die Bestätigung des Verdachts.....	120
1.	Tatbestand und Beweis der Bestätigung	120
2.	Das Verhältnis zum versteckten Mangel.....	121
3.	Rechtsfolge der Bestätigung	121
E.	Die Ausräumung des Verdachts	122
1.	Tatbestand der Ausräumung.....	122
1.1	Stand der Lehre und der Rechtsprechung	122
1.2	Würdigung.....	123
1.2.1	Die rechtzeitige und die verspätete Widerlegung.....	123

1.2.2 Die vollständige Widerlegung nebst entfallenden Verdachtsfolgen	124
1.2.3 Die vollständige Widerlegung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen	125
1.2.4 Die Abschwächung nebst verbleibenden Verdachtsfolgen ...	126
2. Der Beweis der Ausräumung	126
3. Rechtsfolgen der Ausräumung	128
3.1 Die rechtzeitige Ausräumung	128
3.2 Die verspätete Ausräumung	128
F. Zwischenergebnis	130
IV. Gefahrübergang	131
A. Stand der Lehre und der Rechtsprechung	131
B. Würdigung	132
V. Prüfung und Rüge des Verdachts	134
A. Die Prüfung des Verdachts	134
1. Im Allgemeinen	134
2. Die Stichprobenprüfung im Besonderen	134
B. Die Rüge des Verdachts	136
1. Im Allgemeinen	136
2. Die Eventualrüge im Besonderen	137
2.1 Problemstellung und Meinungsstand	137
2.2 Würdigung	137
VI. Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung	139
A. Vertragliche Beschränkung	139
1. Die Wegbedingung der Haftung bei Verdacht	139
2. Schranken der Wegbedingung	140
2.1 Im Allgemeinen	140
2.2 Aufklärungspflichten beim Grundstückkauf	141
2.3 Aufklärungspflichten beim Fahrniskauf	142
2.4 Aufklärungspflicht trotz vorvertraglicher Verdachtsausräumung ...	143
B. Gesetzlicher Ausschluss	145
VII. Ansprüche des Käufers bei Verdacht	147
A. Abwarten der Nachbesserungsfrist	147
B. Wandelung	147
C. Minderung	148
D. Ersatzleistung	148

E. Nachbesserung.....	148
F. Schadenersatz.....	149
G. Willensmängel	149

Teil 3: Der Verdacht als Rechtsmangel 151

I. Die Mangelfähigkeit des Verdachts.....	153
A. Der Mangelbegriff nach Art. 192 Abs. 1 OR.....	153
1. Die Rechtsgründe des Dritten	153
1.1 Stand der Lehre und der Rechtsprechung	153
1.1.1 Das bessere Recht des Dritten.....	153
1.1.2 Das Verhältnis zum rechtlichen Sachmangel.....	154
1.2 Würdigung.....	155
1.2.1 Der Rechtsgrund als taugliches Unterscheidungskriterium	155
1.2.2 Exklusives Verhältnis zwischen Rechts- und Sachgewährleistung	155
2. Die Entwehrung	158
2.1 Begriff und Umfang der Entwehrung.....	158
2.2 Das Eviktionsprinzip.....	158
2.3 Relativierungen des Eviktionsprinzips.....	159
2.3.1 Herausgabe ohne richterliche Entscheidung.....	159
2.3.2 Quasi-Eviktion	160
2.3.3 Eviktionsunfähige bessere Rechte Dritter.....	161
2.3.4 Verzicht des Dritten auf besseres Recht.....	162
2.4 Die Entwehrung der Kaufsache durch strafprozessuale Beschlagnahme	162
2.4.1 Keine Entwehrung während der Beschlagnahme	162
2.4.2 Entwehrung nach Aufhebung der Beschlagnahme	164
3. Immaterialgüterrechte im Speziellen	165
4. Zwischenergebnis.....	166
B. Der massgebende Verdachtsbegriff.....	167
1. Der Rechtsverdacht.....	167
2. Die Eviktionsgefahr	168
3. Verhältnis zwischen Rechtsverdacht und Eviktionsgefahr	168
C. Die Mangelfähigkeit des Rechtsverdachts.....	169
D. Die Mangelfähigkeit der Eviktionsgefahr.....	170
1. Stand der Lehre und der Rechtsprechung	170

2.	Würdigung	171
2.1	Einschränkung des Eviktionsprinzips	171
2.2	Die Eviktionsgefahr als dingliche Last i.S.v. Art. 196 Abs. 1 OR ..	172
3.	Konsequenzen	174
E.	Zwischenergebnis	176
II.	Die Anforderungen an den Verdacht	177
A.	Anforderungen an den Rechtsverdacht.....	177
1.	Rechtsgrundlage in Art. 194 Abs. 1 OR.....	177
2.	Die Voraussetzungen im Einzelnen.....	177
B.	Anforderungen an die Eviktionsgefahr.....	178
1.	Rechtsgrundlage in Art. 196 Abs. 1 OR.....	178
2.	Die Voraussetzungen im Einzelnen.....	178
C.	Zwischenergebnis	179
III.	Ausräumung und Bestätigung des Verdachts	180
A.	Rechtsverdacht.....	180
1.	Vorbemerkungen	180
2.	Die Bestätigung des Verdachts.....	180
3.	Die Ausräumung des Verdachts	180
B.	Eviktionsgefahr.....	181
1.	Wegfall der Eviktionsgefahr	181
2.	Realisierung der Eviktionsgefahr.....	182
IV.	Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung.....	183
A.	Vertragliche Beschränkung.....	183
B.	Gesetzlicher Ausschluss.....	183
V.	Ansprüche des Käufers bei Verdacht.....	185
A.	Ansprüche aus Rechtsgewährleistung	185
1.	Bei Eviktionsgefahr.....	185
1.1	Grundsatz: Aufrechterhaltung des Vertrags	185
1.2	Ausnahme: Aufhebung des Vertrags	186
1.2.1	Voraussetzung der Aufhebung.....	186
1.2.2	Rechtsfolge bei Aufhebung.....	186
2.	Bei Rechtsverdacht	187
B.	Ansprüche des Allgemeinen Teils des OR.....	187
1.	Willensmängel.....	187
2.	Nichterfüllung	188
C.	Zivilprozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel.....	189

1. Die negative Feststellungsklage.....	189
2. Die Streitverkündung.....	189
2.1 Entstehungsgeschichtliches.....	189
2.2 Formen und Konstellationen der Streitverkündung.....	190
Ergebnis.....	191
Anhang.....	193