

Der neue Suzuki Alto

Tanner braucht ein neues Auto. Er will unbedingt ein ökologisches Auto mit geringem Benzinverbrauch kaufen und teilt dies Autohändler Alder mit. Dieser empfiehlt ihm den Suzuki Alto, für den er *auch in den Medien* wie folgt wirbt:

Schweizer Premiere
Maximal effizient: New Alto

Die kompakte Nr. 1

KOMPAKT EFFIZIENT PRAKTISCH ERGONOMISCH GÜNSTIG INNOVATIV SICHER

SUZUKI Way of Life!

Kompakte, effiziente Treibwerke sind ein Markenzeichen von Suzuki. Die neue Treibwerksgeneration im Alto begnügt sich mit nur 4,4l / 100km und 103 g CO₂ / km.

1,1l pro Person

Suzuki fahren, Treibstoff sparen

Energieeffizienz A

New Alto - ab April 2009 bei Ihrem Suzuki-Vertreter zur Probefahrt bereit.

(Internet: <http://www.suzukiautomobile.ch/newalto/de/effizient.html>, abgerufen am 7. April 2010).

Tanner ist von den Verbrauchsangaben und der Werbung Alders begeistert und schlägt deswegen weitere Fahrzeugvorschläge Alders in den Wind. Er bestellt am 1. Dezember 2009 von Alder einen Suzuki Alto 1.0 GL für Fr. 14'990 und erhält diesen am 1. Januar 2010. Er ist sehr zufrieden. Alleine und mit seinen drei Freunden, die wie er je 75 kg wiegen, macht er viele Reisen. Erstaunt stellt er nach drei Monaten und 3'000 km fest, dass der Wagen deutlich mehr als die angegebenen 4.4 l/100 km verbraucht. Tanner ermittelt im Alltag einen Verbrauch von durchschnittlich 5.4 l/100 km, bzw. 5 l/100 km (ohne Fahrgäste) und von 5.9 l/100 km (mit seinen drei Freunden). Er teilt dies Alder sofort mit. Alder erwidert, dass es sich lediglich um den Verbrauch gemäss EU-Richtlinie handle, der im Alltag und erst recht bei Vollbesetzung erfahrungsgemäss kaum erzielbar sei.

Wie ist die Rechtslage?

Der neue Suzuki Alto

Methode

Die am Schluss des Sachverhalts gestellte Frage lautet: *Wie ist die Rechtslage?* Das bedeutet, dass alle denkbaren Ansprüche zwischen allen Personen zu prüfen sind. Es handelt sich bei diesem Fall um ein Standardschema, das im Prüfungsfall ohne Probleme verwendet werden kann. Das Grundgerüst des Falles basiert auf dem Picasso-Fall (BGE 114 II 131 ff.), der beim Kauf die alternative Anwendbarkeit der Sachgewährleistung (Art. 197 ff. OR), der Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR) und der Irrtumsanfechtung (Art. 23 OR) zulässt. Probleme ergeben sich aber bei den einzelnen Voraussetzungen, bei denen der Sachverhalt genau angesehen werden muss. Kann Tanner erst Monate später prüfen und rügen? Welche Art der Sachgewährleistung liegt vor – ist es in der Terminologie des Art. 197 Abs. 1 OR eine *Zusicherung* oder ein *Mangel*? Resultiert aus dem Mehrverbrauch ein Minderwert oder ein Schaden, oder gleich beides? Aber auch ausserhalb der vertraglichen Ansprüche zeigen sich Probleme: Gibt es eine Irrtumsanfechtung bei Gattungsschulden? Ist die Werbung möglicherweise unlauter?

Die Anspruchsmethode orientiert sich an dieser Frage: *Wer kann von wem was woraus verlangen?*¹ Eine sinnvolle Reihenfolge der Anspruchsprüfung kann man sich mit dem Satz „Viel Quatsch schreibt die Bearbeiterin“ merken. Zuerst kommen die vertraglichen Ansprüche, dann die quasivertraglichen und die sachenrechtlichen, schliesslich die Ansprüche aus Delikt und aus Bereicherung.² Diese Reihenfolge ist sinnvoll, denn der vertragliche Anspruch ist meistens einfacher durchsetzbar als der deliktische, nur schon aufgrund der vertraglichen Verschuldensvermutung. Innerhalb der vertraglichen Ansprüche gibt es ebenfalls eine Reihenfolge: Die spezielleren Ansprüche der Sachgewährleistung liegen näher als der allgemeine Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR.

Tanner vs Alder: Rückzahlung von Fr. 14'990 plus Schadenersatz (Wandlung, Art. 208 OR)

Qualifikation

Anhand der Vertragsleistungen liegt ein Kauf nach Art. 184 OR vor. Tanner hat bei Alder einen Suzuki Alto GL bestellt und gegen Bezahlung von Fr. 14'990 auch zu Eigentum übertragen erhalten. Tanner hat den Wagen bestellt – es ist möglich, dass er im Zeitpunkt der Bestellung noch hergestellt werden musste. Ein Werkvertrag nach Art. 363 OR kann dennoch ausgeschlossen werden, da es sich bei solchen Wagen generell um *serienmässig gefertigte Produkte* handelt, für die das Kaufrecht einschlägig ist.³

Sachmangel: Unrichtige Zusicherung

Die Angabe des Verbrauchs stellt eine Zusicherung im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR dar. Der Verkäufer haftet „für das Fehlen *„zugesicherter Eigenschaften“*, d.h. *bestimmt umschriebener, objektiv feststellbarer Tatsachen, von denen er dem Käufer gegenüber behauptet, sie seien vorhanden.*“⁴ Darunter fallen auch wirtschaftliche Eigenschaften, wie beispielsweise der zu erwartende Umsatz eines Restaurants oder der Zinsertrag einer Liegenschaft.⁵

¹ Vgl. Huguenin, OR BT, N 1790 ff.

² Vgl. Huguenin, OR BT, N 1800 ff.

³ Vgl. BGE 124 III 456 ff., 459; vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 185 N 58.

⁴ BGE 88 II 410 ff., 416; vgl. Urteil BGer 4C.119/2005, Erw. 2.3; zur Problematik der *Verbrauchsangaben beim Autokauf* als Zusicherungen siehe Rusch, *Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf*, Jusletter 2. November 2009, Rz. 6 ff. (Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/091102_jusletter_rusch.pdf, abgerufen am 7. April 2010).

⁵ Vgl. Urteil BGer 4A_480/2007, Erw. 3.1.; weitere Beispiele und Fälle bei ZK-Higi, OR 197 N 92; vgl. BGE 63 II 77 ff., 79; vgl. zur identischen Situation im Werkvertragsrecht Gauch, *Werkvertrag*, N 1364, mit mehreren Beispielen möglicher Zusicherungen „(...) niedrige Betriebskosten, niedriger Wärmedurchlaufwert, sparsamer Verbrauch von Energie (...)“

Diese Zusicherung muss von der Anpreisung und der Garantie unterschieden werden. Keine Zusicherungen im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR stellen reklamehafte *Anpreisungen* dar (beispielsweise „*supersparsam*“), die aufgrund *fehlender konkreter Verbrauchsangaben* keine klaren und verbindlichen Vorstellungen zu schaffen vermögen.⁶ Im vorliegenden Fall hat der Autohändler den Verbrauch aber in Litern angegeben. Das ist überprüfbar. Der Treibstoffverbrauch als Kostenfaktor lässt sich folglich problemlos *als wirtschaftliche Eigenschaft verstehen und ist objektiv durch Messung feststellbar*.⁷

Die Zusicherung ist weiter von der Garantie zu unterscheiden, die eine selbständige, auch für die Zukunft wirkende Verpflichtung bewirkt, während die Zusicherung eine reine *Willenserklärung* über eine gegenwärtige Eigenschaft der Kaufsache darstellt (strittig).⁸ Im vorliegenden Fall geht es um den Treibstoffverbrauch, der zwar eine gegenwärtige Eigenschaft des Fahrzeugs darstellt, aber insbesondere für die Zukunft Geltung haben soll. Es handelt sich deswegen noch nicht um eine Garantie. Es gibt zwar Garantien, die beispielsweise die Fortdauer gegenwärtiger Eigenschaften des Kaufobjekts sichern, aber nur dann, wenn diese *von künftigen ungewissen Ereignissen* abhängig sind – mit anderen Worten dann, wenn der Mangel als Grund für die Abweichung sich erst später ergibt und folglich gar kein Fall der Sachgewährleistung vorliegen würde.⁹

Der Wagen verbraucht gemäss Sachverhalt für 100 km einen Liter Benzin mehr als angegeben. Tanner hat drei Werte ermittelt (Durchschnitt 5.4 l, alleine 5.0 l, zu viert 5.9 l/100 km). Alle Werte verletzen die Zusicherung, doch von diesen drei Werten ist nur der Durchschnittsverbrauch relevant, weil dieser auch den tatsächlichen, nach der Differenztheorie definierten Schaden verursacht.

Alder beruft sich auf die EU-Richtlinie. Tatsächlich *müssen* die Autohändler in der Schweiz den Verbrauch nach den EU-Richtlinien angeben.¹⁰ Ebenso müssen sie aber obligationenrechtlich für ihre Zusicherungen einstehen. Man kann beiden Pflichten nachkommen, indem man dem Richtlinienverbrauch beispielsweise eine *Warnung hinzufügt*, wie dies die Autoimporteure ganz neu (seit März 2010) praktizieren,¹¹ oder indem man

⁶ Vgl. Urteil BGER 4C.267/2004, Erw. 2.1.; vgl. Urteil BGER 4A_480/2007, Erw. 3.1.: „*Demgegenüber fallen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen nicht unter den Begriff der Zusicherung (...)*.“ Die Werbung kann folglich sehr wohl auch Zusicherungen enthalten, sofern sie konkret genug sind.

⁷ Der Bernische Appellationshof betrachtete in einem Entscheid aus dem Jahre 1948 die Angaben zum Öl- und Benzinverbrauch als Zusicherung, vgl. ZBJV 86 (1950), S. 322 ff. Es ging um einen Gebrauchtwagen, dessen Verbrauch der Verkäufer mit 18 l/100 km angab, in Tat und Wahrheit waren es aber 30 l/100 km; vgl. BK-Giger, OR 197 N 44.

⁸ Für die Zusicherung als *Willenserklärung* vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 87 ff., BK-Giger, OR 197 N 12 und BSK-Honsell, OR 197 N 14; vgl. die Übersicht über die Meinungen bei CHK-Müller-Chen, OR 197 N 16; vgl. Urteil BGER 4A_417/2007, Erw. 4.3; vgl. BGE 102 II 97 ff., 100; vgl. BGE 88 II 410 ff., 416, mit weiteren Verweisen; vgl. BGE 71 II 239 ff., 241; vgl. Stauffer, ZBJV 80 (1944), S. 147 ff.; zum Ganzen siehe Urteil BGER 4A_480/2007, Erw. 3.1.-3.4. – dieses Urteil setzt eindeutig keine Haftungs- oder Willenserklärung voraus.

⁹ Zur Abgrenzung der Zusicherung von der Garantie vgl. BGE 122 III 426 ff., 428 f.: „*Die Abgrenzung zwischen Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR und selbständiger Garantie ist nach schweizerischer Lehre danach vorzunehmen, ob der Verkäufer eine gegenwärtig bestehende Eigenschaft der Kaufsache oder einen zukünftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht (...)*. Diese Auffassung entspricht der deutschen Lehre, wo auch die künftige Baureife oder Bebaubarkeit eines Grundstücks als Gegenstand eines selbständigen Garantieversprechens erwähnt wird (...). In der deutschen Doktrin wird sodann eine Dreiteilung in Zusicherung, selbständige und unselbständige Garantie vorgenommen, wobei letztere, die auch als Haltbarkeitsgarantie bezeichnet wird, sich von der selbständigen dadurch unterscheidet, dass sie sich auf das Versprechen des Verkäufers beschränkt, die Mängelhaftung auch dann zu übernehmen, wenn die Mängel innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Gefahrübergang auftreten und nicht auf unsorgfältige Handhabung seitens des Käufers zurückgehen (...).“; vgl. BK-Giger, OR 197 N 20.

¹⁰ Die Ermittlung des Treibstoffverbrauchs für die Verbrauchsangabe hat nach den Vorgaben der relevanten EU-Richtlinie zu erfolgen, vgl. Ziff. 4 von Anhang 3.6. EnV i.V.m. Art. 97 Abs. 5 VTS (Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge, SR 741.41). Art. 97 Abs. 5 VTS verweist auf die Richtlinie 80/1268/EWG mit allen späteren Änderungen (vgl. die Angaben in den Fussnoten des Gesetzes, Internet: http://www.admin.ch/ch/d/sr/741_41/a97.html; ABI. L 375 vom 31. Dezember 1980, S. 36).

¹¹ Vgl. die Medienmitteilung <http://www.autoschweiz.ch/cms/dcs/users/49/MMVerbrauchMaerz2010d.pdf> (abgerufen am 7. April 2010). Der aktuell beigefügte Warnhinweis lautet wie folgt: „*Die Verbrauchsangaben in unseren Verkaufsunterlagen sind europäische Treibstoff-Normverbrauchs-Angaben, die zum Vergleich der Fahrzeuge dienen. In der Praxis können diese jedoch je nach Fahrstil, Zuladung, Topographie und Jahreszeit teilweise deutlich abweichen. Wir empfehlen ausserdem den eco-drive-Fahrstil zur Schonung der Ressourcen.*“ Diese Warnung ist untauglich, weil die Werte aufgrund ihrer individuellen Abweichung gerade nicht zum Vergleich taugen – die Bandbreite der Abweichung ist auch bei gängigen Fahrzeugen riesig und erreicht sogar einen

zusätzlich den wahren Verbrauch im Alltag angibt. Es ist möglich, dass der Wagen gemäss dem relevanten EU-Richtlinienzyklus tatsächlich nur 4.4 l/100 km verbraucht.¹² Die Zusicherung in der Werbung Alders erwähnt jedoch die Richtlinie nicht. Aber auch wenn diese Erwähnung finden würde, richtet sich das Verständnis der Verbrauchsangabe nach dem Vertrauensprinzip.¹³ Der Käufer muss nicht wissen, dass der EU-Richtlinienzyklus keine alltägliche, sondern eine äusserst zurückhaltende, unrealistische Fahrweise unter optimalen Laborbedingungen simuliert. Der Käufer interessiert sich kaum für den Verbrauch bei einer rein theoretischen Nutzung im Labor, sondern ausschliesslich für den Verbrauch im Alltag „auf der Strasse“.¹⁴

Ob die Verletzung der Zusicherung den Wert erheblich mindert oder die Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt, spielt keine Rolle, denn bei Zusicherungen gibt es *keine Erheblichkeitsschwelle* wie bei normalen Mängeln (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR). Die Schweizer Rechtsprechung verlangt allerdings, dass die Zusicherung den Entscheid beeinflusst habe, die Sache überhaupt oder zu diesen Bedingungen zu kaufen.¹⁵ Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner den Autohändler nach einem ökologischen Auto mit geringem Benzinverbrauch gefragt hat und dass er von den Verbrauchsangaben beeindruckt gewesen sei. Er hat den Suzuki Alto deswegen anderen Fahrzeugen vorgezogen. Folglich muss ihm die Verbrauchsangabe etwas bedeutet haben. Die Kausalität der Zusicherung wird – auch für den Treibstoffverbrauch – meist schon aufgrund der Lebenserfahrung vermutet,¹⁶ lässt sich hier aber aus dem Sachverhalt klar darlegen.

Mehrverbrauch von über 60% (vgl. den Anhang von http://www.uni-due.de/imperia/md/content/oekoglobe/aktuelles/artikel-verbrauch-juli_2009.pdf, (abgerufen am 7. April 2010).

¹² Zur Ermittlung des EU-Richtlinienverbrauchs und zu den gesetzlichen Pflichten der Autohändler siehe Rusch, Jusletter 2. November 2009, Rz. 2. Gemäss einer Studie verbrauchte der Suzuki Alto im Alltag sogar 6.2 l/100 km, was einem Mehrverbrauch von 40.9% gegenüber der Verbrauchsangabe von 4.4 l/100 km entspricht (vgl. Dudenhöffer/John, Anhang, Internet: http://www.uni-due.de/imperia/md/content/oekoglobe/aktuelles/artikel-verbrauch-juli_2009.pdf, abgerufen am 7. April 2010).

¹³ Ein Vergleich zu BGE 116 II 431 ff., 435 ist diesbezüglich erhellend. Ein Händler verkaufte im Juli 1981 einen zwar ungebrauchten, aber bereits im November 1978 importierten Fiat 131 als „neu“. Der Händler berief sich auf die Weisung des EJPD vom 29. Mai 1967, wonach ein Fahrzeug als neu gelte, wenn es bei der Immatikulation in der Schweiz nicht mehr als 1'000 km aufweise. Das Bundesgericht hielt dazu fest: „Diese Auffassung ist verfehlt. Bei der Auslegung eines Ausdrucks oder Sprachgebrauchs nach dem Vertrauensprinzip kommt es nicht darauf an, was Experten oder Stellen darunter verstehen. Entscheidend ist allein, welches Wissen ein Vertragspartner im betreffenden Verkehrskreis beim anderen nach Treu und Glauben voraussetzen darf. Die Beklagte durfte nicht annehmen, dass die branchenfremde Klägerin die erwähnte Sondernorm, die an die Importeure und Hersteller von Motorfahrzeugen gerichtet ist, kenne.“ Das Bundesgericht bejahte folgerichtig eine Aufklärungspflicht des Verkäufers hinsichtlich des wahren Alters des Fahrzeugs. Diese allgemeingültigen Wertungen lassen sich auf die richtlinienkonforme Verbrauchsangabe anwenden. Der Verkäufer als Fachperson weiss, dass der richtlinienkonforme Verbrauchsangabe im Alltag kaum zu erzielen ist. Hingegen wissen nur wenige Käufer um diese Tatsache – insbesondere erwarten sie eine Angabe, die den Alltagsverbrauch angibt, weil ihnen alles andere nichts nützt. Deshalb muss der Verkäufer den Käufer auf den „wahren Verbrauch“ oder die Bedeutung der richtlinienkonformen Verbrauchsmessung aufmerksam machen, da dieser ansonsten einen Vertrag eingeht, der auf einer wesentlich unrichtigen Zusicherung beruht; vgl. dazu auch BK-Schmidlin, OR 28 N 45 ff..

¹⁴ Vgl. die Erwägungen des Landgerichts Stuttgart, Urteil vom 22. Juni 2007, 8 O 180/06, Erw. 1.d.aa. Es ging um einen Kombi der Mercedes E-Klasse mit Dieselmotor.: „Auf eine nur theoretische Messung des Kraftstoffverbrauchs auf dem Prüfstand muss sich der Kläger nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht verweisen lassen, und zwar selbst dann nicht, wenn ihm bei der Bestellung des Fahrzeugs bekannt gewesen sein sollte, dass die angegebenen Werte auf dem Prüfstand ermittelt worden sind. Für einen Käufer ist nämlich ein theoretischer Wert, der dem tatsächlichen Verbrauch in der Praxis nicht entspricht, ohne Belang. Für ihn ist nur der Verbrauch entscheidend, der beim Einsatz des Fahrzeugs im Strassenverkehr tatsächlich entsteht. Wenn die auf dem Prüfstand bestimmten theoretischen Werte von den tatsächlichen Werten abweichen, muss die theoretische Bestimmung den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden und nicht umgekehrt. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Käufer eines Fahrzeugs über den wirklichen Verbrauch getäuscht wird.“

¹⁵ Vgl. BGE 87 II 244 ff., 245; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 324; a.M. BK-Giger, OR 197 N 33, der jedoch die Zusicherung als Willenserklärung betrachtet, was die abweichende Meinung erklärt.

¹⁶ Vgl. BGE 71 II 239 ff., 240 f. – die Kausalitätsvermutung greift, wenn die Zusicherung nach der Lebenserfahrung geeignet ist, den Käufer zum Kauf oder zum Kauf zu den konkreten Bedingungen zu beeinflussen; vgl. Urteil BGer 4A_417/2007, Erw. 5.5; vgl. BK-Giger, OR 197 N 32; vgl. den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 323 f.: „Es kann als sicher gelten, dass jeder Käufer eines Occasionswagens grosses Gewicht auf Angaben über dessen Benzinverbrauch legt. Jeder Käufer, und gerade ein Laie, versucht sich daraus ein Bild der Wirtschaftlichkeit des Wagens zu machen. Auch will er daraus ersehen können, mit welchen regelmässigen Betriebsaufwendungen er zu rechnen hat. Zweifellos besteht demnach zwischen der beklaglichen Äusserung und dem Zustandekommen des Kaufes eine Kausalität.“; hinzu kommt, dass bei diversen Fahrzeugtypen die sparsamere Diesel- oder Hybridversion mehr kostet – daraus lässt sich klar ableiten, wie viel dies den Käufern bedeutet, vgl. dazu Rusch, Jusletter 2. November 2009, Rz. 33; vgl. auch das Urteil des BGH vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 65/95, Erw. 2.a.cc in NJW 1996, S. 1338: „Der Kraftstoffverbrauch ist erfahrungsgemäss eines der wesentlichen Auswahlkriterien für die Entscheidung des Neuwagenkäufers zwischen den verschiedenen in Betracht gezogenen Fahr-

Prüfung und Rüge

Art. 201 Abs. 1 OR sieht die Prüfung der Kaufsache und die Rüge allfällig gefundener Mängel vor. Die Prüfung ist auch bei zugesicherten Eigenschaften notwendig.¹⁷ Die Prüfung soll gemäss Art. 201 Abs. 1 OR erfolgen, „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist“. Rechtsprechung und Lehre gewähren dafür meist nur wenige Tage.¹⁸ Die gängigen Ausnahmen für eine spätere Prüfung sind der Kauf eines Schneepfluges im Sommer oder einer Mäh- oder Dreschmaschine im Winter.¹⁹ Vorliegend hat Tanner den Wagen am 1. Januar 2010 erhalten und für mehrere Reisen benutzt, die Verbrauchsprobleme aber erst nach drei Monaten bemerkt. Eine intensivere Prüfung kann von ihm nicht verlangt werden. Bei einer ordnungsgemässen Prüfung, die alle wesentlichen Funktionen testet, wäre der Mehrverbrauch jedoch gar nicht feststellbar – der Mehrverbrauch ist ein *versteckter Mangel*, den man frühestens nach 100 km feststellen kann, aufgrund der Einfahrzeit eines Fahrzeugs sogar erst nach einer bedeutend längeren Laufleistung.²⁰ Er hat, wie es Art. 201 Abs. 3 OR gebietet, die verletzte Zusicherung gemäss Sachverhalt *sofort* gerügt.²¹ Prüfung und Rüge sind somit beide rechtzeitig erfolgt.

Ist die Wandlung gerechtfertigt?

Tanner ist folglich im Grundsatz berechtigt, die Wandlung zu verlangen. Es stellt sich aber die Frage, ob die Umstände es rechtfertigen, den Kauf mit der Wandlung rückgängig zu machen (Art. 205 Abs. 2 OR). Der Sachverhalt erwähnt, dass Tanner mit dem Wagen eigentlich zufrieden wäre. Dafür ist eine Interessenabwägung vorzunehmen – die grundsätzliche Brauchbarkeit des Fahrzeugs spricht gegen die Wandlung.²² Die falschen Verbrauchsangaben bildeten jedoch den wesentlichen Teil der Werbebotschaft, der Tanner Glauben schenken durfte. Ein allfälliges *Verschulden* des Verkäufers ist beim Billigkeitsentscheid nach Art. 205 Abs. 2 OR ebenfalls zu berücksichtigen. Alder als Verkäufer weiss gemäss Sachverhalt, dass die Angabe unrichtig ist. Ihn trifft ein Verschulden, wenn er Tanner nicht über den richtigen Verbrauch aufklärt.²³ Bei Zusicherungen sind die Interessen des Käufers entsprechend zu gewichten.²⁴ Wie schon oben erwähnt, scheint Tanner grossen Wert auf den Verbrauch zu legen. Es wäre deshalb gerechtfertigt, den Wagen zu wandeln.

Tanner ist folglich zur Wandlung berechtigt. Tanner hat Alder den Wagen gegen Rückerstattung des Kaufpreises zu übergeben. Während Alder den Kaufpreis verzinsen muss (Art. 208 Abs. 2 OR), hat Tanner die Nutzung des Wagens zu ersetzen (Art. 208 Abs. 1 OR). Dafür ist festzustellen, welchem Wert der Gebrauch des Wagens während 3'000 km entspricht. Es geht dabei nicht um die Wertverminderung des vorher neuen Wagens – die sehr hoch ausfallen würde – sondern um den Ersatz des Gebrauchs.²⁵ Es wäre folglich der Preis für eine Miete

zeugtypen. In Zeiten steigender Kraftstoffpreise und gesteigerten Umweltbewusstseins kommt ihm verstärkte Bedeutung zu. Das zeigt sich nicht zuletzt am gewandelten Erscheinungsbild der Kraftfahrzeugwerbung, die immer häufiger auf die Angabe von Motorleistung, Höchstgeschwindigkeit und Beschleunigungswerten verzichtet und statt dessen neben der Sicherheit vor allem günstige Verbrauchswerte herausstellt. Das gilt in besonderem Masse für Dieselfahrzeuge, bei denen der Kaufinteressent regelmäßig höhere Anschaffungskosten und geringere Fahrleistungen in Kauf nimmt, um in den Genuss eines besonders günstigen Kraftstoffverbrauchs zu gelangen.“

¹⁷ Vgl. BSK-Honsell, OR 201 N 3; vgl. BK-Giger, OR 201 N 18; vgl. auch den Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 324 f.: „Es bedarf keines Beweises, dass es sich beim falschen Kilometerstand, dem übermässigen Benzin- und Ölverbrauch um geheime Mängel handelt, deren Rüge erst nach ihrer Entdeckung erfolgen kann. Gerade der Verbrauch von Brennstoff und Öl ist erst nach längerer Probefahrt feststellbar (...).“

¹⁸ Vgl. BSK-Honsell, OR 201 N 9.

¹⁹ Vgl. BGE 72 II 405 ff., 417 ff.

²⁰ Vgl. die Angaben bei Rusch, Jusletter 2. November 2009, Rz. 20.

²¹ Zum sofortigen Rügeerfordernis siehe auch BSK-Honsell, OR 201 N 11.

²² Vgl. BK-Giger, OR 197 N 54, mit weiteren Hinweisen und Beispielen.

²³ Vgl. die Argumentation ob und bei Fn. 34.

²⁴ Vgl. BK-Giger, OR 197 N 53, mit weiteren Hinweisen und Beispielen.

²⁵ Vgl. CHK-Müller-Chen, OR 208 N 5; vgl. BK-Giger, OR 208 N 22 f., mit weiteren Hinweisen auf Gerichtsentscheide. Es handelt sich folglich um eine *lineare Teilwertabschreibung* (Koller Stefan, Vom gewandelten Werkvertrag, S. 121) – in Wirklichkeit hätte ein Neuwagen eine *degressive Abschreibung*, weil der Wert eines Neuwagens während den ersten Kilometern besonders stark abnimmt.

eines Suzuki Alto oder eines ähnlichen Fahrzeugs, jedoch ohne Gewinn.²⁶ Dieser Wert ist vorliegend nicht bekannt.

Schadenersatz: Kausal oder mit Verschulden?

Tanner hat überdies einen Schadenersatzanspruch für den zu hohen Benzinverbrauch des Wagens. Er hat den Wagen während 3'000 km gebraucht. Dies macht bei einem Benzinpreis von ca. Fr. 1.60 und einem *Mehrverbrauch* von 1 l/100 km gegenüber der Zusicherung eine Summe von Fr. 48 aus.

Dieser Schaden verhält sich natürlich und adäquat-kausal zur unrichtigen Zusage. Hätte Alder einen Wagen geliefert, der wie zugesichert nur 4.4 l/100 km benötigt, oder eine richtige Zusicherung gemacht, hätte Tanner keinen Schaden erlitten. Die falsche Zusicherung ist folglich Ursache für den eingetretenen Schaden. Es ist überdies nach dem Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung zu erwarten, dass ein gegenüber der Zusicherung erhöhter Verbrauch geeignet ist, einen Schaden in dieser Höhe zu verursachen.

Es fragt sich, ob Alder ein Verschulden trifft bzw. ob ein Verschulden überhaupt notwendig ist. Nach Art. 208 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer für den unmittelbar verursachten Schaden kausal. Erst für den weiteren Schaden im Sinne des Art. 208 Abs. 3 OR bedarf es eines Verkäuferverschuldens. Der diesbezüglich einschlägige BGE 133 III 257 ff. („Mülleramazonen-Papageienfall“) stützt sich zur Unterscheidung auf die Länge der Kausalkette. Der Schaden nach Abs. 2 wird durch die Lieferung mangelhafter Ware verursacht, ohne dass ein weiteres Glied in die Kausalkette hinzutritt. Das Bundesgericht hielt fest, dass *die übliche Verwendung der Kaufsache durch den Käufer* noch kein weiteres Glied in der Kausalkette darstellt.²⁷ Der Mehrverbrauch ergibt sich durch den Gebrauch und stellt folglich eine unmittelbare Folge der Lieferung mangelhafter Ware dar. Alder haftet für Fr. 48 also *ohne Verschulden*.

Tanner vs Alder: Ersatz des Minderwerts und Schadenersatz (Minderung, Art. 205 Abs. 1 OR, Art. 97 Abs. 1 OR)

Ersatz des Minderwerts

Tanner kann an Stelle der Wandlung auch die Minderung verlangen. Der Minderwert bemisst sich nach der relativen Methode.²⁸ Die zur Berechnung des Minderwerts notwendigen Angaben fehlen. Es ist beispielsweise nicht bekannt, welche objektiven Werte gelten. Ist der Minderwert des Fahrzeugs nicht ziffernmässig nachweisbar, so hat der Richter diesen zu schätzen.²⁹ Der Mehrverbrauch macht über die geschätzte Gesamtfahrleistung eines Autolebens von ca. 200'000 km total Fr. 3'200 aus (Mehrverbrauch von 1 l/100 km zu Fr. 1.60 für 200'000 km). Dies ist aber der *Schaden*, nicht der *Minderwert*.³⁰ Die Kosten des Mehrverbrauchs müssten ü-

²⁶ Vgl. BK-Giger, OR 208 N 23: „Zumeist fällt der gemäss Art. 208 I geschuldete Schadenersatz niedriger aus als ein Mietzins; denn dem Verkäufer kommt bei solcher Rechtslage kein Gewinnanspruch zu (Semjud 77 1955 106).“

²⁷ Vgl. BGE 133 III 257 ff., 273: „Im vorliegenden Fall hat sich die Krankheit der gekauften Papageien direkt auf den Vogelbestand des Käufers übertragen, weshalb insoweit ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorliegt. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Übertragung erst durch die Einstellung und den damit verbundenen Stress möglich wurde, zumal die neue Installation zwingend mit dem Verkauf verbunden war und damit zur üblichen Verwendung gehörte, welche nicht als selbständige hinzutretende Schadensursache zu betrachten ist.“

²⁸ Vgl. Huguenin, OR BT, N 347.

²⁹ Vgl. BK-Giger, OR 205 N 23.

³⁰ Vgl. den bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, N 482 erwähnten, aber nicht veröffentlichten Entscheid des Amtsgerichts Mülheim/Ruhr vom 21. Februar 1980 (10 C 333/79, es ging um die als Minderung erfassten Mehrkosten bei einem Fahrzeug, das nur mit teurerem Superbenzin einwandfrei funktionierte, aber auf den Betrieb mit Normalbenzin ausgelegt war) sowie die im ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil des Landgerichts Köln vom 17. Oktober 1984 vertretene Gegenmeinung (20 O 178/81, zitiert nach Reinking/Eggert, N 482); vgl. ebenso das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. August 2008 - 1 U 238/07, Erw. 2.h.bb., das die Mehrkosten des Mehrverbrauchs grundsätzlich nur als Schadenersatz berücksichtigt. Im Urteil BGH vom 14. Februar 1996 - VIII ZR 65/95, Erw. 2b in NJW 1996, S. 1338 gewährte der BGH dennoch eine Minderung, die sich anhand des Mehrverbrauchs errechnet: „Entscheidend ist nicht, wie sich die Kosten des Kraftstoffmehrverbrauchs auf die Gesamtbetriebskosten, sondern wie sie sich auf den Fahrzeugwert auswirken. Ein Kaufinteressent, der vom Ansatz des BerGer. ausgehend Kraftstoffmehrkosten von rund 240 DM je 20000 Kilometer ansetzt, wird diese nicht in Bezug setzen zu den jährlichen Gesamtbetriebskosten, sondern zu der zu erwartenden Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs, an dessen Erwerb er interessiert ist. Diese kann bei

berdies nicht in Relation zum Kaufpreis, sondern zu den Gesamtkosten des Wagens während dessen gesamter Gebrauchsdauer gesetzt werden. Falls Tanner den vollen Betrag von Fr. 3'200 als Schadenersatz erhält, würde der Wagen gar keinen Minderwert aufweisen. Der Mehrverbrauch hätte dann keine weiteren Konsequenzen. Nur wenn der Schadenersatz mangels Verschuldens nicht gewährt werden sollte, ergibt sich folglich ein Minderwert. Es ist deshalb zu prüfen, ob Tanner einen Anspruch auf Schadenersatz hat.

Schadenersatz

Schadenersatz ist neben der *Minderung* nur nach den Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR geschuldet. Art. 208 Abs. 2 OR ist gemäss Bundesgericht bei der Minderung nicht anwendbar.³¹ Es bedarf folglich eines Verkäuferverschuldens. Dieses wird zwar vermutet, aber der Verkäufer kann sich exkulpieren.³² Es stellt sich die Frage, ob Alder als Händler ein Verschulden trifft, wenn er realitätsfremde Verbrauchsangaben macht. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass Alder in diesen Dingen Erfahrung hat. Er weiss, dass die Verbrauchsangaben im Alltag kaum zutreffen. Alder als Autohändler ist zwar gesetzlich verpflichtet, den Verbrauch gemäss der unrealistischen EU-Richtlinie anzugeben.³³ Wenn er aber merkt, dass die Zusicherung vom Vertragspartner nicht in diesem Sinne verstanden wird – dies beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip – muss er ihn darüber aufklären.³⁴ Alder trifft vorliegend deshalb ein Verschulden. Ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR ist folglich gegeben. Der Schaden liegt im Mehrverbrauch. Den Schaden aufgrund der bereits gefahrenen Kilometer kann Tanner mit einer Leistungsklage herausverlangen, für den künftigen Mehrverbrauch hat er einen Feststellungsanspruch.³⁵

Tanner vs Alder: Ersatzlieferung wahrhafter Ware (Art. 206 Abs. 1 OR)

Tanner hat Anspruch auf wahrhafte Ware derselben Gattung (Art. 206 Abs. 1 OR). Da die Verletzung der Zusicherung nicht auf technischen Mängeln beruht, sondern auf einer realitätsfernen Messmethode, würde jedes nachgelieferte Modell die Zusicherung erneut verletzen.³⁶ Der Anspruch auf Nachlieferung ist deshalb zu verneinen.

Tanner vs Alder: Schadenersatz wegen Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR)

Der Käufer kann anstelle der kaufrechtlichen Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR auch einen *Schadenersatzanspruch* wegen Schlechterfüllung aus Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen.³⁷ Allerdings überträgt das Bundesgericht die spezifischen sachgewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen der Prüfung, Rüge und Verjährung auf den Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR.³⁸ Prüfung und Rüge wurden oben bereits behandelt und sind rechtzeitig erfolgt. Das Verschulden Alders liegt ebenfalls vor (siehe oben). Tanner hat folglich den oben dargelegten *Schadenersatzanspruch* aus Art. 97 Abs. 1 OR. Grundsätzlich gewährt Art. 97 Abs. 1 OR nur Schadenersatz. Die Lehre fordert auch hier ein Rücktrittsrecht, das der Wandlung gleichkommen würde.³⁹

dem hier in Rede stehenden Fahrzeug der gehobenen Mittelklasse, das mit einem 6-Zylinder-Dieselmotor ausgestattet ist, mit mindestens 200000 Kilometern angesetzt werden. Daraus errechnet sich ein Minderwert von ca. 2400 DM. Eine Wertminderung in dieser Grösse hält der erkennende Senat nicht mehr für unerheblich.“

³¹ Vgl. dazu BGE 133 III 335 ff., 339.

³² Vgl. dazu BSK-Wiegand, OR 97 N 42.

³³ Vgl. oben, Fn. 10.

³⁴ Vgl. die Erwägungen zu einem vergleichbaren Sachverhalt in BGE 116 II 431 ff., 434 ff.

³⁵ Vgl. ZBJV 1958, S. 35; so auch im Urteil des LG Stuttgart vom 22. Juni 2007 - 8 O 180/06: „1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 436,72 € nebst 8% Zinsen hieraus seit 18.5.2006 zu bezahlen. 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger pro gefahrenen Kilometer (...) ab einem Tachometerstand von 53000 km einen Betrag in Höhe von 0,00824 € zu erstatten.“

³⁶ Vgl. BK-Giger, OR 206 N 15, zum ähnlichen Beispiel einer Rufanlage, die die Zusicherung („Eignung für eine Sammelrufanlage“) stets nicht einhalten kann.

³⁷ Vgl. Huguenin, OR BT, N 355 ff.

³⁸ Vgl. BGE 107 II 419 ff., 421.

³⁹ Vgl. Petra Ginter, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, S. 78; vgl. BSK-Wiegand, OR 97 N 58.

Tanner vs Alder: Schadenersatz aus Art. 41 OR

Die Verbrauchsangabe Alders ist unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG.⁴⁰ Die Piktogramme in der Werbung weisen deutlich darauf hin, dass der Wagen 1.1 l/100 km *pro Person* verbrauche. Sitzen aber drei zusätzliche Personen zu je 75 kg im Wagen, erhöht sich der Verbrauch um 0.9 l/100 km.⁴¹ Es ist klar, dass der Wagen mit dem Fahrer alleine nicht einen Verbrauch von 1.1 l/100 km erzielt. Folglich kann sich der angegebene Verbrauch nur auf die Vollbesetzung des Wagens beziehen. Die Lauterkeitskommission hat sich im Beschluss Nr. 353/08 zu Verbrauchsangaben *pro Sitzplatz* wie folgt geäußert: „Darüber hinaus müsste wohl auch gefordert werden, dass bei einer Kommunikation des Treibstoffverbrauches pro Sitzplatz zudem der Verbrauch bei entsprechender Vollbesetzung des Fahrzeuges anzugeben ist, was wohl einen höheren Verbrauchswert als nach TCS Katalog ergibt. Aufgrund der unkorrekten Verbrauchsangabe und der nicht nachvollziehbaren Berechnung ist die Beschwerde daher gutzuheissen.“⁴² Diese Überlegungen gelten umso deutlicher für die Angabe des Verbrauchs *pro Person*, wie sie Alder vorliegend gemacht hat. Tanner kann aufgrund der unlauteren Werbung einen Schadenersatzanspruch nach Art. 41 OR geltend machen (vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG).⁴³

Die Voraussetzungen eines Anspruchs nach Art. 41 Abs. 1 OR sind Schaden, Kausalität, Widerrechtlichkeit und Verschulden. Die Voraussetzung des *Schadens* liegt bezüglich der Kosten des Mehrverbrauchs vor. Die unlautere Werbung verhält sich zu diesem Schaden *natürlich und adäquat kausal*: Ohne die falschen Verbrauchsangaben hätte Tanner diesen Wagen kaum gekauft. Nach der Lebenserfahrung und dem allgemeinen Lauf der Dinge ist ein Schaden in der vorliegenden Grösse absehbar, denn der Mehrverbrauch kostet. Die *Widerrechtlichkeit* ergibt sich aus der Unlauterkeit.⁴⁴ Der Sachverhalt erwähnt sämtliche Indizien, aus denen das erforderliche Verschulden abgeleitet werden kann: Alder wusste, dass die Verbrauchsangaben im Alltag erfahrungsgemäss nicht stimmen, und schon gar nicht bei Vollbesetzung. Dennoch erfolgt seine Verbrauchsangabe ohne einen Vorbehalt. Dadurch nimmt Alder zumindest in Kauf, dass die Kunden die Angaben für bare Münze nehmen.

Die Unlauterkeit der Angaben und die fehlerhafte Zusicherung berechtigen Tanner überdies, den Vertragsschluss nach den Regeln des Obligationenrechts anzufechten (siehe nachfolgend).⁴⁵

Tanner vs Alder: Bereicherungsforderung auf Fr. 14'990 (Art. 63 OR)

Die Bereicherungsforderung Tanners ergibt sich aus der möglichen Anfechtung des Kaufvertrages. Alternativ zur Sachgewährleistung kann sich Tanner auch auf den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder

⁴⁰ Vgl. Art. 3 lit. b UWG: „Unlauter handelt insbesondere, wer: (...) b. über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt; (...)“

⁴¹ Dies entspricht einer „Daumenregel“ von 0.4 l pro 100 kg Zusatzgewicht, vgl. Dudenhöffer Ferdinand/John Eva-Maria, Warum der offizielle Kraftstoffverbrauch von Neuwagen erheblich von der Realität abweicht, Ziff. 3, Internet: http://www.uni-due.de/imperia/md/content/oekoglobe/aktuelles/artikel-verbrauch-juli_2009.pdf (abgerufen am 7. April 2010).

⁴² Vgl. den Beschluss der Lauterkeitskommission bezüglich der Werbung für den Sitzplatzverbrauch von 1.3 l des Geländewagens Audi Q7, der sieben Plätze aufweist, Internet: <http://www.lauterkeit.ch/pdf/LK3140109.pdf> (abgerufen am 7. April 2010).

⁴³ Vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG: „Er kann ausserdem nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen.“; vgl. Art. 10 Abs. 1 UWG: „Die Klagen gemäss Artikel 9 stehen ebenso den Kunden zu, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind.“

⁴⁴ Vgl. Art. 2 UWG: „Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.“; vgl. Baudenbacher, UWG 9 N 191.

⁴⁵ Vgl. Baudenbacher, UWG 3 lit. b N 257: „Irreführungen gemäss Art. 3 lit. b können unter Umständen in die individualvertragliche Ebene hineinwirken und die Anfechtbarkeit des Vertrages gem. Art. 24 wegen Irrtums, gem. Art. 28 OR wegen absichtlicher Täuschung oder über die Beeinflussung der Sollbeschaffenheit der Kaufsache Gewährleistungsrechte gemäss Art. 197 ff. OR begründen.“

die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR berufen.⁴⁶ Hat der Käufer aber bereits die Sachgewährleistung geltend gemacht, so hat er den Vertrag nach Art. 31 OR genehmigt, was eine Anfechtung ausschliesst.⁴⁷

Der Kauf des Wagens erfolgte als Gattungskauf – Tanner hat „einen Suzuki Alto“ bestellt, den er erst später bekommt. Tanner und Alder haben sich nicht auf ein bestimmtes Stück, sondern auf einen nach Gattungsmerkmalen definierten Wagen geeinigt. Beim Gattungskauf ist die Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannt ist, mit welchem Stück aus der Gattung erfüllt wird – vielleicht existiert die Sache im Zeitpunkt des Kaufs noch nicht einmal.⁴⁸ Auch der Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt ist gemäss Bundesgericht ausgeschlossen, weil man mit Mängeln immer rechnen müsse.⁴⁹ Folglich kann er sich über die Beschaffenheit des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch noch nicht irren. Vorliegend kommt jedoch eine Ausnahme zur Anwendung, weil der Verbrauch aufgrund der sinnlosen Verbrauchsangabe zu hoch ist. In dieser Konstellation verletzen *alle Wagen innerhalb des relativen Gattungsbegriffes* die Zusicherung.⁵⁰ Die Zusicherung ist somit für alle möglichen Wagen dieser Gattung nicht richtig und die Anfechtung des Vertrags dennoch möglich – weil sich Tanner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Beschaffenheit des Kaufobjekts irren konnte.

Die Einhaltung des Verbrauchs muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage des Vertrags darstellen, damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Sie muss also für die Willensbildung des Käufers *conditio sine qua non* sein (subjektive Wesentlichkeit).⁵¹ Auch vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs muss der fragliche Sachverhalt eine notwendige Grundlage des Vertrages darstellen (objektive Wesentlichkeit).⁵² Verbrauchsangaben sind für Autokäufer generell sehr wichtig, deshalb werben die Autohersteller damit.⁵³ Auch der Verkäufer muss die Bedeutung dieses Sachverhalts erkennen können (strittig).⁵⁴ Aus den Umständen im Sachverhalt lässt sich dies bejahen – immerhin fragt Tan-

⁴⁶ Vgl. BGE 114 II 131 ff. (Picasso-Fall).

⁴⁷ Vgl. Huguenin, OR BT, N 361.

⁴⁸ Vgl. Urteil BGER 4C.300/2006, Erw. 5: „5.1 Das Obergericht nahm an, eine fristgerechte Irrtumsanfechtung durch die Käuferin sei weder behauptet noch bewiesen. Zudem habe die erste Instanz in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Gattungskauf die Irrtumsanfechtung nur erfolgversprechend sei, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei, sich also der Irrtum auf die Eigenschaft der ganzen Gattung beziehe. Davon könne hier keine Rede sein, weshalb nicht ein Irrtum bei Vertragsschluss, sondern nur eine mangelhafte Leistung vorliege. 5.2 Die Klägerin macht geltend, nach der Bundesgerichtspraxis könne auch ein Irrtum über künftige Tatsachen einen Grundlagenirrtum begründen, wenn eine Partei fälschlicherweise annehme, ein zukünftiges Ereignis sei sicher und die Gegenpartei hätte erkennen müssen, dass diese Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Vorliegend habe die Käuferin mit Sicherheit angenommen, das künftig zu liefernde „Z.____“-Glas werde keine Fleckenbildung aufweisen, was für die Käuferin erkennbare Vertragsvoraussetzung gewesen sei. 5.3 Wird eine bloss der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so muss der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses damit rechnen, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen könnte. Demnach kann beim Gattungskauf die Mängelfreiheit der künftigen Lieferung keine als sicher vorausgesetzte Vertragsgrundlage bilden (...). Das Obergericht hat daher zutreffend angenommen, die mangelhafte Lieferung habe keinen Grundlagenirrtum begründen können.“; vgl. BGE 94 II 26 ff., 29: „La Corte cantonale ha ritenuto inapplicabili alla fattispecie le norme sui vizi del consenso. A ragione. Gli art. 23 e segg. CO riguardano infatti unicamente il caso di una parte che, al momento di concludere il contratto, si è fatta una rappresentazione inesatta di uno dei suoi elementi. Tali norme si applicano, in particolare, quando l'acquirente di una cosa individualmente determinata non riscontra in essa quelle qualità che l'avevano risolto a comperarla (v. RU 82 II 418). Il caso presente è tuttavia diverso. L'oggetto della compravendita non è una cosa determinata, vale a dire una vettura ben definita che sarebbe stata presentata alla compratrice e che questa avrebbe acquistato sulla base di un tale esame. L'acquirente, d'altra parte, non sostiene d'essersi fatta una rappresentazione inesatta delle qualità della Jaguar Mrk X 1964 e di aver concluso il contratto vittima di un simile errore. Essa rimprovera semplicemente al venditore di non averle fornito la cosa promessa. Non ci si muove quindi sul terreno dei vizi della volontà, bensì su quello dell'inadempimento del contratto, o del suo adempimento difettoso.“; vgl. Honsell, SJZ 2007, S. 137 f.; vgl. ZK-Schönle/Higi, OR 197 N 69a, 298, 314 und 317; vgl. BK-Giger, vor OR 197-210 N 61 e contrario; vgl. CHK-Müller-Chen, OR 197 N 9; vgl. BSK-Honsell, vor OR 197-210 N 9, zweiter Abschnitt.

⁴⁹ Vgl. Urteil BGER 4C.300/2006, Erw. 5.2 und 5.3.

⁵⁰ Vgl. ZK-Higi, OR 197 N 314 und 317; vgl. Urteil BGER 4C.300/2006, Erw. 5.1.

⁵¹ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 21.

⁵² Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 22.

⁵³ Vgl. dazu die Erwägungen im Entscheid des Bernischen Appellationshofes vom 3. November 1948, abgedruckt in ZBJV 86 (1950), S. 322 ff., 323 f.: „Es kann als sicher gelten, dass jeder Käufer eines Occasionswagens grosses Gewicht auf Angaben über dessen Benzinverbrauch legt. Jeder Käufer, und gerade ein Laie, versucht sich daraus ein Bild der Wirtschaftlichkeit des Wagens zu machen. Auch will er daraus ersehen können, mit welchen regelmässigen Betriebsaufwendungen er zu rechnen hat.“

⁵⁴ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 24 N 23, mit weiteren Hinweisen.

ner explizit nach einem ökologischen Auto mit geringem Benzinverbrauch. Die Erkennbarkeit ist deshalb auch für Alder sicher zu bejahen.

Die Anfechtung lässt sich auch auf eine absichtliche Täuschung stützen (Art. 28 OR). Die *Täuschungshandlung* erfolgte hier durch die Behauptungen Alders zum Benzinverbrauch des Wagens, die nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind.⁵⁵ Es handelt sich dabei um ein *Verschweigen von Tatsachen* – der Tatsache, dass der Verbrauch im Alltag generell und bei Vollbesetzung ohnehin nicht erzielbar ist. Daraus ergibt sich eine verletzte Aufklärungspflicht Alders bezüglich des realen Benzinverbrauchs (alleine und mit drei Fahrgästen).⁵⁶ Die *Täuschungsabsicht Alders* ist vorliegend zumindest als *dolus eventualis* (Inkaufnahme – er nahm offensichtlich in Kauf, dass Tanner die Angabe für bare Münze nehmen könnte) gegeben, was genügt.⁵⁷ Der Sachverhalt erwähnt Alders Aussage, dass der Verbrauch „erfahrungsgemäss“ kaum erzielbar sei. Dabei müsste er wohl damit rechnen, dass es Fahrzeugkäufer mit geringer oder gar keiner Erfahrung in diesen Belangen gibt. Die *Widerrechtlichkeit* liegt in der absichtlichen Täuschung selbst⁵⁸ – sie würde aber auch wegen Art. 3 lit. b UWG (siehe dazu oben) vorliegen. Die Voraussetzung der *Kausalität* der Täuschung – mit anderen Worten, dass die Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung Tanners kausal gewesen sein muss – liegt ebenfalls vor.⁵⁹ Dies war schon Gegenstand der obigen Erwägungen zur Kausalität der Zusicherung. Der Sachverhalt erwähnt überdies keine Indizien, dass Tanner um die Unrichtigkeit der Verbrauchsangaben gewusst haben könnte – diese Tatsache dürften wohl nur gut informierte Konsumenten kennen.

Tanner hat folglich das Recht, den Vertrag anzufechten und den Kaufpreis zurückzuerlangen. Die Anfechtungserklärung beseitigt die causa des Erwerbs ex tunc. Für die Rückabwicklung sind folglich Vindikation und Kondiktion einschlägig.⁶⁰ Es handelt sich somit bei der Kaufpreiszahlung um die *freiwillige Zahlung einer Nichtschuld (condictio indebiti)*, die Tanner entreichert und Alder im gleichen Umfang bereichert. Tanner muss zusätzlich seinen Irrtum über die Schuldspflicht geltend machen (Art. 63 Abs. 1 OR).⁶¹ Er erhält den Kaufpreis zurück, ab Verzugssetzung verzinst.⁶²

⁵⁵ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 28 N 6; vgl. BGE 116 II 431 ff., 434 ff.

⁵⁶ Vgl. zu den Grundlagen BSK-Schwenzer, OR 28 N 8.

⁵⁷ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 28 N 11.

⁵⁸ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 28 N 12.

⁵⁹ Zu dieser Voraussetzung BSK-Schwenzer, OR 28 N 14.

⁶⁰ Vgl. Urteil BGER 4C.197/2004, Erw. 4: „A titre subsidiaire, le défendeur reproche aux juges cantonaux d'avoir violé les art. 23 ss et 31 CO en évaluant faussement la date, les conséquences et les effets de l'invalidation. 4.1 Lorsqu'une partie se prévaut valablement d'un vice de la volonté, le contrat est en principe privé de validité ex tunc et les prestations déjà fournies doivent être restituées selon les règles de la revendication ou de l'enrichissement illégitime (cf. ATF 129 III 320 consid. 7.1.1 et les références citées). Toutefois, dans le cadre des contrats de durée complètement ou partiellement exécutés, l'invalidation équivaut à une résiliation ex nunc, sauf si le vice de la volonté a influencé le rapport entre prestation et contre-prestation (cf. ATF 129 III 320 consid. 7.1.2 et 7.1.4 et les références citées). D'emblée, il convient de relever que le défendeur plaide vainement l'application de ces derniers principes, relatifs aux contrats de durée, au cas d'espèce, dès lors que la vente trait pour trait est l'archétype du contrat simple ou à exécution spontanée (cf. arrêt 4C.313/2002 du 9 mars 2004 consid. 6.1). Par conséquent, c'est à juste titre que la cour cantonale a retenu que l'invalidation du contrat litigieux avait produit des effets ex tunc.“

⁶¹ Bei Anwendung der Anfechtungstheorie wäre es die *condictio ob causam finitam*, vgl. BSK-Schulin, OR 62 N 15. Das Bundesgericht wendet die Ungültigkeitstheorie an, vgl. BGE 114 II 131 ff., 142 f.: „Unterschiedlich wird nach diesen Theorien auch der Bereicherungsanspruch qualifiziert, der sich ergibt, wenn der Irrende den Vertrag mit Erfolg anfecht. Nach der Ungültigkeitstheorie betrifft der Anspruch eine Nichtschuld, weshalb die absolute Verjährung mit der Leistung zu laufen beginnt; nach der Anfechtungstheorie dagegen erweist er sich als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund mit Beginn der absoluten Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Anfechtung, während er nach der geteilten Ungültigkeitstheorie für den Irrenden als Leistung einer Nichtschuld, für den Vertragspartner aber als Leistung aus nachträglich weggefallenem Grund erscheint (...).“; zum Irrtumserfordernis siehe Rusch, Das Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti*, ZSR 2009, S. 131 ff.

⁶² Vgl. Bucher, OR AT, S. 692: „c) Bestandteil der Bereicherung sind, soweit die Bereicherung in der eindeutigen Verfügbarkeit einer Geldsumme und nicht einfach in einer wertmässigen (wenn auch schliesslich durch Geldzahlung auszugleichenden) Bereicherung besteht, die Zinse, die der Bereicherte gezogen hat. Vom Zeitpunkt der Inverzugsetzung an sind nach üblichen Regeln Verzugszinse zu bezahlen; bis dahin kann nicht kurzerhand auf den gesetzlichen Ansatz von 5% abgestellt werden, sondern es ist vom Kondizierenden ein entsprechender Bereicherungsnachweis zu erbringen. Sofern nach den Umständen die Vermutung besteht, das Geld sei zinstragend angelegt worden, kann ein erfahrungsgemässer Satz auch ohne konkreten Nachweis zugrundegelegt werden.“; vgl. BGE 84 II 179 ff., 186: „Die Vorinstanz hat dem Kläger neben 5% Verzugszins seit der Klageeinreichung vom 2. März 1954 für die Zeit von der Schwarzzahlung (16. September 1949) bis zur Klageeinreichung 3% Zins zugesprochen, weil dem Kläger dieser Kapitalertrag entgangen sei. Der Beklagte beantragt, diese zusätzliche Zinsverpflichtung sei aufzuheben. Der Entscheid der Vorinstanz ist indessen, wenn auch aus andern als den im angefochtenen Entscheid angeführten Gründen, zu

Tanner hat den Wagen an Alder herauszugeben – Alder hätte dafür die *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB), denn die *causa* des Eigentumserwerbs ist *ex tunc* ungültig. Im Sachenrecht gilt das Kausalitätsprinzip – das Eigentum ist deshalb nicht übergegangen.⁶³ Alder ist somit nichtbesitzender Eigentümer, Tanner besitzender Nichteigentümer.⁶⁴

Tanner hat überdies die Nutzung des Wagens bis zu dessen Rückgabe zu entschädigen (strittig). Aufgrund des Art. 938 Abs. 1 ZGB würde der bezüglich des fehlenden Titels gutgläubige Tanner keinen Ersatz für den Wert der Nutzung des Wagens schulden.⁶⁵ Dies ist jedoch unbillig – die Dauer der Nutzung war vorliegend nicht besonders lang, aber die Entwertung ist bei Neuwagen zu Beginn besonders hoch. Das Bundesgericht hat folgerichtig bei der Anfechtung von Fahrzeugkäufen einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung geschützt.⁶⁶ Dogmatisch lässt sich diese mit der Figur des faktischen Vertrages oder als Ersparnisbereicherung begründen.⁶⁷ Für die Berechnung des Gebrauchs kann wieder auf den entsprechenden Anspruch bei der Wandlung verwiesen werden. Den aus dem Mehrverbrauch resultierenden Schaden in der Höhe von Fr. 48 erhält Tanner wiederum über Art. 41 Abs. 1 OR (siehe oben) oder über die Haftung aus *culpa in contrahendo* – *weil er Tanner wesentlich mit einer falschen Zusicherung getäuscht hat*. Art. 31 Abs. 3 OR ist keine selbständige Haftungsgrundlage. Sie hält lediglich fest, dass die Genehmigung den Schadenersatzanspruch nicht aufhebt. Die Haftung leitet sich damit grundsätzlich über die unerlaubte Handlung oder die *culpa in contrahendo* ab.⁶⁸

bestätigen. Der Beklagte hat die ganze Bereicherung herauszugeben. Hiezu gehört neben dem Kapital auch der Zins, den der Beklagte in der Zwischenzeit erfahrungsgemäss ziehen konnte und natürlich auch gezogen hat. Diesen Vergütungszins hat die Vorinstanz auf 3% bemessen. Darin liegt eine tatsächliche Feststellung, die sich auf die örtlichen Verhältnisse stützt und mit der Lebenserfahrung nicht im Widerspruch steht.“

⁶³ Vgl. CHK-Kut/Schnyder, OR 31 N 4; vgl. Koller, OR AT, § 14 N 300 f.

⁶⁴ Vgl. zur Aktiv- und Passivlegitimation CHK-Belser, ZGB 641 N 33 und 35.

⁶⁵ Vgl. BGE 84 II 369 ff., 377 ff.

⁶⁶ Vgl. BGE 110 II 244 ff., 247 f. (allerdings bei einem Leasingvertrag): „b) *Le recourant soutient avec raison qu'en cas de nullité du contrat, l'intimé dispose en principe d'une action réelle en restitution du véhicule et que sa propre responsabilité de possesseur dépourvu de titre est dès lors régie par les art. 938 à 940 CC. A cet égard, le Tribunal fédéral a en effet posé qu'en vertu de l'art. 938 CC, le possesseur de bonne foi qui a joui de la chose conformément à son droit présumé ne doit de ce chef aucune indemnité à celui auquel il est tenu de la restituer; la loi entend ainsi protéger le possesseur en relation avec tous les avantages qu'il a tirés de la chose dans les limites de son droit présumé, sans égard au fait qu'il se soit enrichi de cette façon: en effet, tant qu'il se borne à user du droit qu'il croit avoir, la loi le dispense de toute obligation d'indemniser le véritable titulaire, de sorte que celui-ci ne saurait faire valoir aucune prétention fondée sur l'enrichissement illégitime (ATF 84 II 377 /8). c) Cette solution, approuvée par la doctrine dominante (...), n'apparaît cependant pas satisfaisante sur le plan de l'équité, en particulier lorsque le possesseur a joui et usé de la chose pendant une longue période (...). Certains auteurs estiment alors qu'un droit à une indemnité pour l'usage de la chose doit être accordé au propriétaire (...), le cas échéant en faisant application des dispositions sur l'enrichissement illégitime (...).“; vgl. ebenso Urteil BGER 4C.197/2004, Erw. 4 (bei einem Kaufvertrag).*

⁶⁷ Vgl. BK-Stark, vor ZGB 938 N 18; vgl. BGE 110 II 244 ff., 249; vgl. aber BGE 84 II 369 ff., 377 f.

⁶⁸ Vgl. BSK-Schwenzer, OR 31 N 23; vgl. Huguenin, OR AT, N 535; vgl. Bucher, OR AT, S. 222.