

## Urteil vom 2. Mai 2017

ZK1 2016 28

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,  
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,  
Pius Schuler und Jörg Meister,  
Gerichtsschreiberin lic. iur. Antoinette Hürlimann.

In Sachen **A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger und Berufungsführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **GmbH**,  
Beklagte und Berufungsgegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_,

betreffend Forderung  
(Berufung gegen das Urteil der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz vom  
29. Juni 2016, ZEV 2015 18);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Die C.\_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in Sattel/SZ bezweckt u.a. den An- und Verkauf von Motorfahrzeugen (Vi-KB 3). Am 29. September 2014 schloss A.\_\_\_\_\_ mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH einen Kaufvertrag über einen Suzuki Grand Vitara 1.9 TDI ab. Der Kaufpreis betrug Fr. 10'900.00 (Vi-KB 2).

B. Am 23. Juni 2015 erhob A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Kläger) bei der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz wie folgt Klage gegen die C.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beklagte; Vi-act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Kaufpreis von Fr. 10'900.00 betreffend das Fahrzeug Suzuki Grand Vitara 1.9 TDI zuzüglich 5 % Zins ab 1. Oktober 2014 zurückzuerstatten.
2. Die Beklagte sei überdies zu verpflichten, dem Kläger den weiteren Schaden, welcher derzeit auf Fr. 594.00 (Abschleppkosten), Fr. 435.40 (Fehlerdiagnose), Fr. 549.90 (Versicherung) sowie aktuell Fr. 400.00 (Abstellplatz à Fr. 50.00/Mt. ab 11/2014 bis fortlaufend) beziffert wird, zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins ab 1. Oktober 2014.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Mit Klageantwort vom 19. Oktober 2015 beantragte die Beklagte die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Klage (Vi-act. 7). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Dezember 2015 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Vi-act. 9). Mit Urteil vom 29. Juni 2016 wies die Einzelrichterin die Klage ab (Dispositivziffer 1), auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 1'800.00 dem Kläger (Dispositivziffer 2) und verpflichtete diesen, der Beklagten eine Entschädigung von Fr. 1'407.05 (inkl. Spesen und 8 % MWST) zu bezahlen (Dispositivziffer 3).

C. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger am 31. August 2016 fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Dispositiv Ziff. 1 - Ziff. 3 des Urteils der Einzelrichterin des Bezirks Schwyz v. 29. Juni 2016 (ZEV 2015 18) seien aufzuheben.
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten dem Berufungskläger den Kaufpreis von Fr. 10'900.00 betreffend das Fahrzeug Suzuki Grand Vitara 1.9 TDI zuzüglich 5 % Zins ab 1. Oktober 2014 zurückzuerstatten.
3. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten dem Berufungskläger den weiteren Schaden, welcher derzeit auf Fr. 594.00 (Abschleppkosten), Fr. 435.40 (Fehlerdiagnose), Fr. 549.90 (Versicherung) sowie aktuell Fr. 1'150.00 (Abstellplatz à Fr. 50.00/Mt. ab 11/2014 bis fortlaufend) beziffert wird, zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins ab 1. Oktober 2014.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Die Beklagte beantragte mit Berufungsantwort vom 27. September 2016 die Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (KG-act. 7). Mit Eingabe vom 6. Dezember 2016 äusserte sich der Kläger zu den Berufungsbeilagen 1-7 (KG-act. 12).

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Im Zusammenhang mit dem Kauf des Fahrzeuges Suzuki Grand Vitara 1.9 TDI verlangt der Kläger die Rückerstattung des Kaufpreises. Seinen Anspruch stützt er auf drei Rechtsgrundlagen, nämlich absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR, Gewährleistung nach Art. 197 ff. OR bzw. Art. 205 ff. OR sowie Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 23 f. OR.

2. a) Die Vorinstanz verneinte eine absichtliche Täuschung. Sie führte im angefochtenen Urteil aus, dass anlässlich der von der F. \_\_\_\_\_ AG am 17. November 2014 (recte: 10. November, vgl. Vi-act. 1 S. 4; Vi-KB 9 und 10) durchgeführten Kontrolle festgestellt worden sei, dass der Dieselpartikelfilter entfernt worden sei. Den Ausbau bestreite die Beklagte nicht. Jedoch könne der Beklagten eine absichtliche Täuschung nur vorgeworfen werden, wenn sie diesen selber ausgebaut oder um den Ausbau gewusst habe bzw. davon hätte wissen müssen. Für die Behauptung des Klägers, das Aufleuchten der Warnlampe des OBD-Systems (OBD = On-Board-Diagnose) weise auf das Fehlen des Dieselpartikelfilters hin, lägen keine Beweise vor. Wohl hätte das Aufleuchten der Warnlampe bei der Beklagten ein gewisses Misstrauen begründen können, es erscheine aber fraglich, ob sich allein aus dem Umstand, dass die Warnlampe aufgeleuchtet habe, ein eigentliches Wissen oder Wissenkönnen der Beklagten nachweisen liesse. Die Vorinstanz erwog weiter, dass die Warnlampe nicht nur aufleuchte, wenn ein Dieselpartikelfilter fehle, vielmehr überwache das System alle abgasrelevanten Faktoren. Das Leuchten der Warnlampe könne somit verschiedene Ursachen haben, auch könne das OBD-System nur temporäre Fehlfunktionen anzeigen (vgl. Vi-BB 4). Hinzu komme, dass der Experte des Verkehrsamts das Leuchten der Warnlampe zwar festgestellt, nicht aber beanstandet habe (Vi-BB 2). Für eine Manipulation der Warnlampe lege der Kläger keine Beweise vor, ebenso wenig für seine Behauptung, die Beklagte habe den Partikelfilter nach der Motorfahrzeugkontrolle selbst ausgebaut (angefocht. Urteil E. 1.4 S. 3).

b) Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn nach Art. 28 Abs. 1 OR auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war. Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen – absichtlich getäuscht wurde; für die Täuschungsabsicht genügt Eventualvorsatz, hingegen nicht Fahrlässigkeit (BGE 136 III 528

E. 3.4.2). Absicht bedeutet, dass der Täuschende weiss, dass er beim Vertragsgegner einen Irrtum hervorruft oder unterhält und dass er diesen so – und sei es auch nur mit Eventualvorsatz – zum Vertragsabschluss verleiten will. Der (Eventual-) Vorsatz muss sich auf die Täuschungshandlung, die Irrtumserregung und die dadurch erfolgende Willensbeeinflussung erstrecken (BGer, Urteil 4A\_345/2016 vom 7. November 2016 E. 2.1.1 mit Hinweisen). Die Beweislast für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung trägt der Getäuschte (BGE 129 III 320 E. 6.3).

c) Der Kläger macht geltend, das Heraustrennen des Dieselpartikelfilters habe nur mit Absicht geschehen können. Da die Beklagte behauptet habe, die Motorfahrzeugkontrolle vom 10. Oktober 2014 habe das Fehlen des Filters nicht ergeben, müsse basierend darauf angenommen werden, dass dieser nach der Kontrolle und bevor der Kläger das Fahrzeug abgeholt habe, herausgetrennt worden sei. Dies müsse zwingend im Machtbereich der Beklagten stattgefunden haben (KG-act. 1 S. 6 f.; Vi-act. 10 S. 2). Die Beklagte ihrerseits bestritt, den Dieselpartikelfilter ausgebaut zu haben und warf gleichzeitig die Frage auf, warum sie dies hätte tun sollen (Vi-act. 7 S. 2 f.). Mit seinem Vorbringen, die Beklagte habe den Filter im Anschluss an die Motorfahrzeugkontrolle selber ausgebaut, stellt der Kläger lediglich eine Mutmassung an, ohne hierfür jedoch Beweise zu offerieren (vgl. Vi-act. 10 S. 2). Auch zeigt er nicht auf, weshalb ein solches Vorgehen seitens der Beklagten plausibel wäre; die Nennung von Gründen, weshalb die Beklagte den Filter selber ausgebaut haben soll, hätte sich aber aufgedrängt, nachdem diese schon die Frage der Motivation für dieses Vorgehen in den Raum stellte. Sodann ist die Argumentation des Klägers bezüglich des angeblichen Heraustrennens des Filters durch die Beklagte nicht schlüssig. So trägt er auf der einen Seite vor, die Beklagte hätte aufgrund des Aufleuchtens der Warnlampe wissen müssen, dass der Partikelfilter fehlt (Vi-act. 10 S. 2). Andererseits behauptet er, die Beklagte habe den Filter am 10. Oktober 2014 nach der Motorfahrzeugkontrolle, aber vor der Übernahme des Fahrzeuges durch den Kläger, „in seinem Machtbe-

reich“ ausgebaut. Unbestrittenermassen leuchtete die Warnlampe jedoch bereits am 29. September 2014 während der Probefahrt auf, was aber, ginge man denn davon aus, dass die leuchtende Warnlampe zwingend auf einen fehlenden Dieselpartikelfilter hinweist, ausschliessen würde, dass dieser erst am 10. Oktober 2014 herausgetrennt wurde. Bereits die Vorinstanz wies zutreffend auf diesen Widerspruch hin (angefocht. Urteil E. 1.4 S. 3). In der Berufung legt der Kläger aber nicht dar, weshalb seiner Ansicht nach die Vorinstanz diesbezüglich zu Unrecht von widersprüchlichem Argumentieren ausgegangen sein soll. Insgesamt ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe den Dieselpartikelfilter nach der Motorfahrzeugkontrolle ausgebaut, als nicht erstellt betrachtete.

d) Weiter führt der Kläger an, zwischen dem Aufleuchten der Warnlampe und dem fehlenden Dieselpartikelfilter bestehe ein ursächlicher Zusammenhang. Es sei unerklärlich, weshalb der Motorfahrzeugkontrolleur das Warnsignal ignoriert und das Fehlen des Filters nicht habe feststellen können. Aus diesem Grund müsse mittels Befragung des Experten, welcher die Kontrolle durchgeführt habe, abgeklärt werden, was für einen Auftrag die Motorfahrzeugkontrolle von der Beklagten erhalten habe, wie die Prüfung vorgenommen worden sei, wie das Warnsignal des OBD-Systems von der Motorfahrzeugkontrolle beurteilt worden sei und warum sie die Fehlermeldung als behoben angesehen habe. Zu fragen sei auch, weshalb kein Schluss auf den fehlenden Dieselpartikelfilter erfolgt sei. Die Vorinstanz habe die Abnahme von Beweisen zu diesem Beweisthema zu Unrecht verweigert (KG-act. 1 S. 7 und 10).

aa) Der Beweisführungsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 ZGB bzw. Art. 152 ZPO verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis bzw. Gegenbeweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt

worden sind (BGE 133 III 295 E. 7.1 mit Hinweisen). Das Recht auf den Beweis schliesst indessen die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Das Gericht darf auf die Abnahme beantragter Beweise verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGer, Urteil 4A\_76/2016 vom 30. August 2016 E. 3.1 mit Hinweis namentlich auf BGE 136 I 229 E. 5.3 sowie weitere publizierte Entscheide).

bb) Wie die Vorderrichterin richtig erwog und die Parteien nicht bestritten, kommt eine absichtliche Täuschung nur in Frage, wenn und soweit die Beklagte um das Fehlen des Filters wusste oder hätte wissen müssen (angefocht. Urteil E. 1.4 S. 7). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, aufgrund des Aufleuchtens der Warnlampe hätte die Beklagte um das Fehlen des Filters gewusst bzw. wissen müssen. Dass dem so wäre, bedingt aber, dass die Warnlampe nur dann aufleuchtet, wenn der Dieselpartikelfilter fehlt. Leuchtet sie auch aus anderen Gründen auf, kann nicht gesagt werden, dass die Warnlampe zwingend auf einen fehlenden Dieselpartikelfilter hinweist. Einem vom Kläger ins Recht gelegten Auszug aus Wikipedia ist unter anderem Folgendes zu entnehmen (Vi-KB 20):

„On-Board-Diagnose (OBD) ist ein Fahrzeugdiagnosesystem. Während des Fahrbetriebes werden alle abgasbeeinflussenden Systeme überwacht, zusätzliche weitere wichtige Steuergeräte, deren Daten durch ihre Software zugänglich sind. Auftretende Fehler werden dem Fahrer über eine Kontrollleuchte angezeigt und im jeweiligen Steuergerät dauerhaft gespeichert. Fehlermeldungen können dann später durch eine Fachwerkstatt über genormte Schnittstellen abgefragt werden.“

Die Beklagte reichte sodann einen Artikel von „ktipp.ch“ ins Recht, aus dem namentlich Folgendes hervorgeht (Vi-BB 4):

„Denn die Abgas-Warnlampe leuchtet eher einmal zu viel als zu wenig. Deshalb müssen Autofahrer nicht sofort handeln.“

Das Selbstdiagnose-System mit dem Kürzel OBD «kann auch nur eine temporäre Fehlfunktion anzeigen» bestätigt das Bundesamt für Strassen (Astra). Zum Beispiel in den Bergen und bei besonders hohen oder tiefen Temperaturen. In solchen Fällen erlischt die Fehlfunktionsanzeige von selber wieder. Aufgrund dieser Eigenschaft der OBD-Systeme habe der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, das Fahren mit leuchtender OBD-Lampe direkt unter Strafe zu stellen.“

Die genannten Belege wurden seitens der Parteien weder bezüglich ihres Inhaltes noch ihrer Beweiskraft bestritten bzw. in Zweifel gezogen. Es steht somit auch für die Zivilkammer nichts im Wege, zwecks Feststellung des relevanten Sachverhalts darauf abzustellen. Daraus ergibt sich insbesondere, dass das OBD-System eine Vielzahl von Funktionen und Steuergeräten überwacht, welche potentiell eine Fehlermeldung verursachen können. Ausserdem kann eine angezeigte Fehlfunktion lediglich temporärer Natur sein. Gestützt darauf gelangte die Vorderrichterin zu Recht zum Schluss, dass die Warnlampe nicht nur aufleuchtet, wenn der Dieselpartikelfilter fehlt (angefocht. Urteil E. 1.4 S. 7). Mit anderen Worten können für das Aufleuchten der Warnlampe verschiedenste Ursachen im Bereich der abgasrelevanten Systeme in Frage kommen. Daraus ist zu folgern, dass der Beklagten aufgrund der leuchtenden Warnlampe ein Wissen oder Wissenmüssen um das Fehlen des Filters nicht unterstellt werden kann. Daran hätte auch die Befragung des die Motorfahrzeugkontrolle durchführenden Experten nichts geändert. Namentlich durfte die Vorderrichterin aufgrund der bereits vorliegenden Beweise davon ausgehen, dass der Experte die Behauptung des Klägers, die Warnlampe deute zwingend auf ein Fehlen des Dieselpartikelfilters hin, gerade nicht bestätigen würde, mithin durfte sie von dessen Befragung absehen, ohne den klägerischen Beweisführungsanspruch zu verletzen. Nicht entscheidend ist ferner der Zustand, in welchem die Beklagte das Fahrzeug vom Vorbesitzer übernahm; ausserdem fehlen Behauptungen seitens des Klägers dahingehend, dass die Beklagte vom Vorbesitzer allenfalls über den fehlenden Filter orientiert worden wäre oder dergleichen. Da entsprechende Sachbehauptungen fehlen, konnte diesbezüglich auch auf eine Befragung der Beklagten (bzw. deren Organe) verzichtet werden. Mangels entsprechender Ausführungen nicht ersichtlich ist

schliesslich, inwiefern die Befragung des Vaters des Klägers und dessen Freundin zur Frage des Wissens bzw. Wissenmüssens seitens der Beklagten entscheidend wäre, ebenso wenig legt der Kläger dar, welche Umstände aus den früheren Fahrzeugpapieren allenfalls ersichtlich gewesen wären (KG-act. 1 S. 10).

e) Der Kläger bringt schliesslich vor, die Beklagte und das Verkehrsamt hätten aufgrund der Fehlermeldung weitere Abklärungen vornehmen müssen (KG-act. 1 S. 8). Damit spricht der Kläger ein mögliches fahrlässiges Verhalten der Beklagten an. Fahrlässigkeit genügt indessen nicht für die Annahme einer Täuschungsabsicht. Soweit der Kläger vorbringt, das Entfernen des Dieselpartikelfilters sei geläufig und er sinngemäss daraus schliessen will, dass die Beklagte aufgrund dieser „Praxis“ hätte annehmen müssen, die leuchtende Warnlampe weise auf eben den fehlenden Filter hin (KG-act. 1 S. 8), vermag sie ebenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Namentlich würde sich in diesem Zusammenhang die Frage nach einer allfälligen Aufklärungspflicht seitens der Beklagten stellen, da passiv täuschendes Verhalten nur soweit verpönt ist, als eine solche aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschrift besteht, sich aus Vertrag ergibt oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist (vgl. zit. Urteil 4A\_345/2016 E. 2.1.1 u.a. mit Hinweis auf BGer, Urteil 4A\_23/2016 vom 19. Juli 2016 E. 4). Jedoch trug der Kläger hierzu erstinstanzlich keine entsprechenden Sachbehauptungen vor.

f) Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorderrichterin den Beweis der Täuschungsabsicht als nicht gelungen ansah.

3. a) Die Vorderrichterin wies einen Anspruch aus Sachgewähr ab. Zur Begründung führte sie aus, der in den AVB statuierte Gewährleistungsausschluss sei unter Vorbehalt von zugesicherten Eigenschaften zulässig, da eine arglistige Täuschung zu verneinen sei (Art. 199 OR). Zugesichert worden sei

lediglich, dass eine Motorfahrzeugkontrolle durchgeführt werde und damit auch die Strassentauglichkeit und Strassenzulassung des Fahrzeugs. Der Kläger lege aber nicht dar, inwiefern der nicht vorhandene Dieselpartikelfilter die fehlende Strassentauglichkeit und/oder Strassenzulassung zur Folge haben solle. Rechtlich sei kein Dieselpartikelfilter vorgeschrieben. Auch habe das Verkehrsamt die Strassentauglichkeit und Strassenzulassung im Prüfbericht vom 10. Oktober 2014 bestätigt. Somit liege der vom Kläger behauptete Mangel der fehlenden Strassentauglichkeit und/oder Strassenzulassung nicht vor (angefocht. Urteil E. 2.3 S. 5 f.). Weiter erwo die Vorderrichterin, dass, selbst wenn von keiner gültigen Wegbedingung der Gewährleistung auszugehen wäre, der Kläger seine Mängelrechte verwirkt hätte. Gemäss Ziff. 6 lit. d AVB sei der Kläger verpflichtet gewesen, Mängel innerhalb von acht Tagen nach Übergabe des Fahrzeuges der Beklagten schriftlich mitzuteilen. Die OBD-Warnlampe habe aber bereits auf der Heimfahrt am 10. Oktober 2014 aufgeleuchtet. Spätestens am 13. Oktober 2014 habe aufgrund der Kontrolle durch die F. \_\_\_\_\_ AG festgestanden, dass ein Fehler im Abgassystem vorliege. Jedoch habe sich der Kläger erst mit Schreiben vom 23. Oktober 2014 an die Beklagte gewandt, somit nach Ablauf der vertraglichen Rügefrist (angefocht. Urteil E. 2.4 S. 5).

b) Der Kläger macht geltend, gemäss Stellungnahme des Verkehrsamts Schwyz vom 11. Juli 2016 (KG-act. 1/2) sei für das fragliche Fahrzeug ein Dieselpartikelfilter vorgeschrieben; fehle dieser, stelle dies ein Hindernis für die Strassenzulassung dar. Diesen Umstand habe die Beklagte arglistig verschwiegen, so dass die Wegbedingung der Gewährspflicht ungültig sei (KG-act. 1 S. 11).

aa) Gemäss Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Ein arglistiges Verschweigen ist zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Feh-

len einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht. Eine Aufklärungspflicht kann sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. In welchem Masse die Parteien einander aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten (BGer, Urteil 4A\_538/2013 vom 19. März 2014 E. 5.1). Der Verkäufer muss den Käufer nur dann aufklären, wenn er den Mangel tatsächlich kennt. Der Haftungsausschluss bleibt gültig, wenn der Verkäufer nur darum nichts weiss, weil er sich (grob-)fahrlässig verhalten hat (CHK-M. Müller-Chen, 3. A., N 5 zu Art. 199 OR; BK-Giger, N 46 zu Art. 199 OR).

bb) Wie bereits unter E. 2/d/bb vorstehend ausgeführt, ist nicht erstellt, dass die Beklagte um das Fehlen des Dieselpartikelfilters wusste oder hätte wissen müssen. Da auf Seiten der Beklagten diesbezüglich keine Kenntnis unterstellt werden kann, bestand auch keine Aufklärungspflicht. Ob die Beklagte in Bezug auf die leuchtende Warnlampe allenfalls fahrlässig handelte, kann offen bleiben, da Fahrlässigkeit keine Arglist begründet.

c) Der Kläger hält dafür, der Ausschluss der Gewährleistung gemäss Ziff. 6 lit. a AVB sei unlauter und mithin unwirksam, da der Konsument nicht damit rechnen müsse, dass der Verkäufer bei fehlender Gebrauchstauglichkeit keine Sachgewähr leisten müsse (KG-act. 1 S. 14).

aa) Nach Art. 8 UWG handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Als Massstab für ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten dient das dispositive Recht

(Rehmann, Grenzen vertraglicher Haftungsbeschränkungen, in: SJZ 113/2017 S. 135; Probst, in: Jung/Spitz, Handkommentar UWG, 2. A., N 250 zu Art. 8 UWG). Das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit bedeutet, dass eine vom Referenzsystem abweichende, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten ein bestimmtes Mass erreichen muss, das mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr vereinbart werden kann (BSK UWG-Thouvenin, N 129 zu Art. 8 UWG). Im Einzelfall ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Anwenders und der Gegenseite vorzunehmen. Zu bewerten ist, ob das erhebliche Missverhältnis aus der Sicht einer loyalen korrekten Person aufgrund besonderer Umstände als gerechtfertigt erscheint; so sind beim Occasionskauf an Freizeichnungsklauseln geringere Massstäbe zu setzen als beim Kauf neuer Waren (Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148 2012 S. 14; Rehmann, a.a.O., S. 135). Zentral ist ferner, ob jede Partei das Risiko durch eigene Tätigkeit verhindern und wie sie sich dagegen schützen kann (Rehmann, a.a.O., S. 135).

bb) Das Kaufrecht des Obligationenrechts lässt es nach dem Wortlaut von Art. 199 OR zu, die Gewährspflicht zu beschränken oder aufzuheben (CHK-M. Müller-Chen, N 6 zu Art. 199 OR). Nach der Rechtsprechung fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat (BGE 130 III 686 E. 4.3.1 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Es kommt für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat. Insofern sind Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter

Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, ist deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit der Käufer vernünftigerweise rechnen musste, ist auch das Ausmass des Schadens zu berücksichtigen (zit. BGE 130 III 686 E. 4.3.1).

cc) Vorliegend ist die Gebrauchstauglichkeit umstritten. Der Kläger brachte im Berufungsverfahren eine Bestätigung des Verkehrsamts Schwyz vom 11. Juli 2016 bei, wonach im in Frage stehenden Fahrzeug gemäss Typengenehmigung 1SD6 22 ein Partikelfilter eingebaut sein müsse. Nur so könne mit diesem Motor die für das Fahrzeug geltende Abgasnorm eingehalten werden, also müsse für die Zulassung der Filter montiert sein (KG-act. 1/2). Unbesehen der Frage, ob es sich um ein zulässiges Novum handelt, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Partikelfilter für die Zulassung des Fahrzeuges erforderlich ist (vgl. Art. 71 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr [Verkehrszulassungsverordnung, VZV; SR 741.51]). Indessen bestreitet der Kläger nicht, mit dem Fahrzeug gut 1000 Kilometer zurückgelegt zu haben (vgl. unbestrittene Kilometerstände anlässlich der Motorfahrzeugkontrolle am 10. Oktober 2014 und am 10. November 2014; Vi-KB 9 und Vi-BB 2). Ausserdem handelt es sich um einen behebbaren Mangel (vgl. Vi-KB 10), etwas anderes wurde zumindest seitens der Parteien nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund kann höchstens von einer erschwerten Gebrauchstauglichkeit gesprochen werden. Dass der Wagen gar nicht zum vorausgesetzten Gebrauch tauglich war, ist demgegenüber nicht erstellt, denn immerhin darf ein Fahrzeug, dessen OBD-Warnlampe leuchtet, unbestrittenermassen noch gefahren werden, es ist lediglich innert einem Monat in die Garage zu bringen (vgl. Vi-BB 3).

dd) Zu berücksichtigen ist sodann, dass es sich beim Kaufgegenstand um ein rund achtjähriges Occasionsfahrzeug mit einem Kilometerstand von rund

140'000.00 handelte. Es ist gerichtsnotorisch, dass solche Fahrzeuge reparaturanfälliger sein könnten als ein- oder zweijährige Occasionen mit niedrigerem Kilometerstand. Vorliegend stellte der prüfende Experte des Verkehrsamts fest, dass die Warnlampe leuchtet. Der Kläger bestreitet nicht, diesen Bericht bei Übernahme des Fahrzeuges nicht gekannt zu haben. Somit aber musste der Kläger damit rechnen, dass sich hinsichtlich des Abgassystems ein allfälliges Problem ergeben könnte. Mithin kann nicht gesagt werden, der Dieselpartikelfilter, der schliesslich fehlte, stelle einen Mangel dar, welcher gänzlich ausserhalb dessen lag, womit der Kläger hat rechnen müssen. Zwar hat auch als erstellt zu gelten, dass die Reparaturkosten mit Fr. 4'150.56 – die Beklagte bestritt diese erst im Berufungsverfahren und ist mit ihren diesbezüglichen Vorbringen mangels Darlegung einer Novemberechtigung nicht zu hören (vgl. KG-act. 7 S. 4 und KG-act. 7/4) – im Vergleich zum Kaufpreis des Fahrzeuges relativ hoch erscheinen. Allerdings legte der Kläger nicht dar, wie sich das Preis-/Leistungsverhältnis für das betreffende Fahrzeug gestaltete. Entsprechend kann er aus der Höhe der Reparaturkosten nichts zu seinen Gunsten ableiten. In Anbetracht dessen, dass der Kläger einerseits mit Mängeln im Abgassystem hat rechnen müssen und andererseits die Gebrauchstauglichkeit nicht vollends aufgehoben wurde, erscheint es in einer Gesamtwürdigung jedenfalls nicht unstatthaft, dass für den vorliegenden Mangel die Gewährleistungspflicht wegbedungen wurde.

ee) Damit ist die Freizeichnung auch unter dem Blickwinkel von Art. 8 UWG nicht unzulässig, da diese im Ergebnis mit der Regelung des Obligationenrechts als Referenzsystem übereinstimmt bzw. das Obligationenrecht die Wegbedingung der Gewährleistung genauso zulassen würde. Betrachtet man zudem die Interessenlage der Parteien, so steht auf der einen Seite das Interesse des Klägers, anstatt eines Neuwagens ein kostengünstigeres Occasionsfahrzeug zu erwerben und auf der anderen Seite dasjenige der Beklagten, das Risiko von Ansprüchen aus Gewährleistung zu

minimieren. Insofern kann nicht grundsätzlich von einem Missverhältnis der Interessen gesprochen werden. Ebenso hat es der Käufer von Occasionsfahrzeugen in der Hand, das Fahrzeug entweder selber oder durch einen Dritten prüfen zu lassen. Auch legte der Kläger nicht dar, dass er zwingend darauf angewiesen gewesen sei, mit der Beklagten zu kontrahieren. Dass das vorliegende Fahrzeug schliesslich im Vergleich zu Fahrzeugen derselben Kategorie und Qualität überteuert gewesen wäre und sich deshalb eine Wegbedingung der Gewährleistung nicht rechtfertigte, machte der Kläger ebenfalls nicht geltend.

d) Weiter hält der Kläger dafür, dass die Vorderrichterin Art. 201 Abs. 1 und Abs. 2 OR unrichtig angewendet habe. Der Kläger resp. dessen Vater habe der Beklagten die Fehlerdiagnose bereits am 14. Oktober 2014 telefonisch mitgeteilt. Der Geschäftsführer der Beklagten habe die Fehlerdiagnose schriftlich verlangt, weshalb der Kläger eine solche bestellt und diese der Beklagten am 23. Oktober 2014 zugestellt habe. Damit habe der Kläger den Fehler am 14. Oktober 2014 aber rechtzeitig gerügt, wobei entgegen der schriftlich vereinbarten Rügepflicht auch eine mündliche Rüge genüge. Die Beklagte habe das Telefonat vom 14. Oktober 2014 nie in Frage gestellt (KG-act. 1 S. 13 f.).

aa) Es ist unbestritten, dass der Kläger die Beklagte, einen Tag nach der Abholung des Fahrzeuges, am 11. Oktober 2014 telefonisch kontaktierte und mitteilte, dass die Warnlampe leuchte. Die Beklagte empfahl die Durchführung einer Fehlerdiagnose, welche am 13. Oktober 2014 erfolgte. Weiter ist erstellt, dass der Kläger die Fehlerdiagnose am 14. Oktober 2014 der Beklagten telefonisch mitteilte und ihr diese auf deren Ersuchen am 23. Oktober 2014 schriftlich zustellte.

bb) Der Käufer soll, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel

ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen (Art. 201 Abs. 1 OR). Versäumt dies der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren (Art. 201 Abs. 2 OR). Die zitierten Bestimmungen sind dispositiver Natur, sie können folglich durch Parteiabrede geändert werden (BK-Giger, N 84 zu Art. 201 OR; CHK-M. Müller-Chen, 3. A., N 5 zu Art. 201 OR).

cc) Davon machten die Parteien vorliegend unbestrittenermassen Gebrauch. Massgebend ist daher Ziff. 6 lit. d AVB, wonach der Käufer allfällige Mängel innert einer Frist von acht Tagen nach Übergabe schriftlich mitzuteilen hat, unterlässt er dies, gilt die Kaufsache als genehmigt. Klar ist, dass die Frist von acht Tagen nach Übergabe am 23. Oktober 2014, d.h. dem Tag der schriftlichen Mitteilung der Fehlerdiagnose, abgelaufen war. Es stellt sich die Frage, ob das Telefonat vom 14. Oktober 2014 als fristwährend zu betrachten ist. Die Parteien vereinbarten ausdrücklich, dass Mängel schriftlich mitzuteilen sind. Der Kläger betrachtet die Schriftlichkeit lediglich als „Beweisform“. Dem ist jedoch nicht zu folgen, denn die widerlegbare Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, wonach bei einem Formvorbehalt vermungsweise von einer Abschlussform auszugehen ist, findet keine Anwendung auf Erklärungen, die keine Rechtsgeschäfte sind und den Erklärenden nicht belasten, wie namentlich die Mängelrüge (Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Rz. 610). Folglich lässt sich die in casu vereinbarte Schriftlichkeit mit der Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR nicht umstossen, wobei der Kläger auch keine Umstände darlegte, welche dafür sprechen würden, dass entgegen dem Wortlaut der AVB auch eine mündliche Rüge hinreichend wäre. Sodann kann der Beklagten kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden, da sie anlässlich des Telefonats anerkanntermassen eine schriftliche Fehlerdiagnose verlangte, sie mithin den Kläger noch auf die schriftliche Rügepflicht hinwies. Damit aber ist die

telefonische Mitteilung vom 14. Oktober 2014 nicht fristwährend, folglich ist die schriftliche Zustellung der Fehlerdiagnose erst am 23. Oktober 2014, d.h. mehr als zehn Tage nach Übergabe des Fahrzeuges, verspätet.

e) Schliesslich argumentiert der Kläger, der fehlende Dieselpartikelfilter sei ein verdeckter Mangel, welcher mit dem Schreiben vom 17. November 2014 entgegen der Vorinstanz noch rechtzeitig gerügt worden sei (KG-act. 1 S. 13).

aa) Bei verdeckten Mängeln wäre, wie die Beklagte in der Klageantwort zu Recht einwandte (Vi-act. 7 S. 5), Art. 201 Abs. 3 OR zu beachten. Demnach müssen versteckte Mängel sofort nach der Entdeckung gerügt werden, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Entdeckt ist der Mangel, wenn er zweifelsfrei festgestellt ist. Hinsichtlich der Dauer der Rügefrist wird eine solche von vier Tagen (inkl. Sonntag) noch als mit Art. 201 Abs. 3 OR vereinbar angesehen (CHK-M. Müller-Chen, 3. A., N 23 zu Art. 201 OR mit Hinweis auf BGE 76 II 221 E. 3 und 98 II 191 E. 4; BK-Giger, N 81 f. zu Art. 201 OR, OR I-Honsell, 6. A., N 11 zu Art. 201 OR).

bb) Vorliegend entdeckte der Kläger resp. die F. \_\_\_\_\_AG den Mangel unbestrittenermassen am 10. November 2014. Der Kläger führte hierzu selbst aus, er habe an jenem Tag bei der F. \_\_\_\_\_AG einen Termin erhalten und das Fahrzeug vorbeigebracht. Am Nachmittag habe ihm der Mechaniker mitgeteilt, dass beim Fahrzeug der Dieselpartikelfilter ausgeräumt worden sei bzw. fehle (Vi-act. 1 S. 4). Damit aber war dem Kläger die Tatsache des fehlenden Dieselpartikelfilters spätestens am Nachmittag des 10. November 2014 bekannt. Dass diesbezüglich an jenem Datum noch Zweifel bestanden hätten bzw. das Fehlen des Filters nicht zweifelsfrei festgestanden hätte, macht der Kläger zu Recht nicht geltend. Jedoch teilte der Kläger bzw. dessen Rechtsschutzversicherung dies der Beklagten erst am 17. November 2017 mit und verlangte die Nachbesserung (Vi-act. 1 S. 4; vgl. Vi-KB 11 [unvollständig]). Eine erst nach sieben Tagen erfolgte Mängelrüge erscheint

jedoch im Lichte der zitierten Lehre als verspätet; der Kläger tut denn auch keine Gründe dar, weshalb ausnahmsweise eine spätere Rüge noch gültig gewesen wäre.

f) Der Kläger macht weiter geltend, die Beklagte habe die Behebung der Störung im Abgassystem zugesichert, was die Vorderrichterin verkannt habe (KG-act. 1 S. 13; Vi-act. 1 S. 3).

aa) Gemäss Art. 197 OR haftet 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). Der Verkäufer haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat (Abs. 2). Eine zugesicherte Eigenschaft ist das Versprechen des Verkäufers, dass die Kaufsache ein bestimmt umschriebenes, objektiv feststellbares Merkmal aufweist bzw. dass ihr ein solches fehlt. Die Zusicherung kann auch konkludent erfolgen (CHK-M. Müller-Chen, 3. A., N 14 und 15 zu Art. 197 OR). Soweit die Eigenschaft einer Kaufsache eine Zusicherung darstellt, kann für diese die Gewährleistung nicht gleichzeitig vollständig ausgeschlossen werden (CHK-M. Müller-Chen, N 8 zu Art. 199 OR).

bb) Vorliegend ist strittig, welche Eigenschaften die Beklagte dem Kläger bezüglich des Suzuki Grand Vitara 1.9 TDI überhaupt zusicherte. Die Beklagte machte in der Klagewort geltend, es sei einzig zugesichert worden, dass eine Motorfahrzeugkontrolle stattfinde, welche dann auch erfolgt sei (Vi-act. 7 S. 4). Damit bestritt sie, „die Behebung der Störung im Abgassystem“ zugesichert zu haben. Dem Kaufvertrag kann eine solche Zusicherung nicht entnommen werden, vielmehr findet sich unter dem Titel „Besondere Abmachungen“ einzig der Vermerk „Ab MFK“ (Vi-KB 2 S. 1). Der Kläger beliess es diesbezüglich bei einer pauschalen Behauptung, ohne diese zu substantzieren. Indessen hätten sich weitere Ausführungen zu diesem Beweisthema aufgedrängt, nachdem

dem Kaufvertrag eine solche Zusicherung, wie sie der Kläger in den Raum stellte, gerade nicht zu entnehmen ist. Insbesondere tut der Kläger keine Umstände dar, aufgrund derer sich allenfalls eine konkludente Zusicherung ergeben würde. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang moniert, seine diesbezüglichen Beweise seien zu Unrecht nicht abgenommen worden (KG-act. 1 S. 12), ist ihm ebenfalls nicht zu folgen. Zwar offerierte er in der Klage zu seiner Sachdarstellung der Ereignisse zwischen dem 29. September 2014 bis und mit dem 10. November 2014 u.a. die Befragung seines Vaters und seiner Freundin als Zeugen sowie die Parteibefragung (Vi-act. 1 S. 3 und 4). Jedoch ist nicht ersichtlich, auf welche Einzeltatsachen sich die erwähnten Beweisofferten beziehen (Hasenböhler, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 16 zu Art. 152 ZPO). In Ermangelung einer hinreichenden Substanziierung und der Zuordnung der Beweismittel zu bestimmten Tatsachenbehauptungen war die Vorderrichterin nicht gehalten, weitere Beweise, insbesondere die Befragung der Zeugen abzunehmen. Im Ergebnis vermochte der Kläger nicht zu beweisen, dass die Beklagte die „Behebung der Störung im Abgassystem“ zusicherte.

4. Bezüglich des vom Kläger geltend gemachten Grundlagenirrtums wies die Vorderrichterin zutreffend darauf hin, dass, soweit sich der Käufer bzw. der Kläger für die Gewährleistung, d.h. in casu die Nachbesserung und später die Wandelung, entschied, er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR genehmigte, so dass eine Irrtumsanfechtung ausscheidet (angefocht. Urteil E. 3.2 S. 5; BGE 127 III 83 E. 1b mit weiteren Hinweisen). Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 45 Abs. 5 JG). Die vom Kläger genannte Kommentarstelle von M. Müller-Chen ist dagegen nicht einschlägig (KG-act. 1 S. 16), da diese die sich hier nicht (mehr) stellende Frage behandelt, ob mit der Freizeichnung auch die Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen werde (vgl. CHK-M. Müller-Chen, N 9 zu Art. 199 OR). Nachdem eine Berufung auf Grundlagenirrtum ohnehin ausscheidet, kann offen bleiben, ob er sich bezüglich des fehlenden Dieselparti-

kelfilters überhaupt in einem wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befand.

5. Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der unterlegene Kläger (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser hat die Beklagte überdies angemessen zu entschädigen. Bei einem Streitwert von Fr. 10'001.00 bis Fr. 20'000.00 beträgt das Grundhonorar Fr. 1'100.00 bis Fr. 3'300.00 (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Im Berufungsverfahren beträgt das Honorar 20 bis 60 % der in § 8 und festgesetzten Ansätze, wobei der noch vor der Berufungsinstanz in Frage kommende Streitwert massgebend ist (§ 11 GebTRA). Die Vorinstanz sprach der Beklagten aufgrund der von ihr eingereichten Kostennote eine Entschädigung von Fr. 1'407.05 zu (inkl. Auslagen und 8 % MWST), was seitens der Parteien nicht beanstandet wurde. Ausgehend davon und dass die Beklagte eine zehneitige Berufungsantwort einreichte, sowie in Beachtung der allgemeinen Bemessungsgrundsätze – Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand – ist die Entschädigung ermessenweise auf Fr. 800.00 festzusetzen (inkl. Auslagen und 8 % MWST);-

**erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil der Einzelrichterin am Bezirksgericht Schwyz vom 29. Juni 2016 bestätigt.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 2'000.00 festgesetzt und dem Kläger auferlegt. Sie werden vom klägerischen Kostenvorschuss (Fr. 2'000.00) bezogen.

3. Der Kläger hat die Beklagte für das Berufungsverfahren mit Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 13'628.40.
5. Zufertigung an Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ (2/R), Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ (2/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer  
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand

3. Mai 2017 rfl