www.jusletter.ch

Yeşim M. Atamer / Mirjam Eggen / Dario Hug

Zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts im Fahrniskauf

Eine Analyse des Berichts des Bundesrates vom 16. Juni 2023 in Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom 15. März 2018

Die Bestimmungen des OR zum Fahrniskauf gehen von Kaufgegenständen aus, die bereits existieren und deren Eigenschaften nicht verändert werden können. Entsprechend werden dem Käufer nur begrenzte Mängelrechte eingeräumt. Dieses Verständnis entspricht nicht mehr der heutigen Realität. Digitalisierung, Servitisation und auch Nachhaltigkeitserwartungen stellen das Kaufrecht vor ganz neue Herausforderungen. Der vom Bundesrat im Juni 2023 publizierte Bericht zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts beim Kauf schlägt gestützt auf diese Diskrepanz eine Reform der Gewährleistungsregeln vor, um diesen Herausforderungen gerecht zu werden.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Kaufrecht, OR besonderer Teil, Privatrecht

Zitiervorschlag: Yeşim M. Atamer / Mirjam Eggen / Dario Hug, Zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts im Fahrniskauf, in: Jusletter 20. November 2023

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Auswertung der Reformvorschläge des Bundesrates
1. Übersicht
2. Anpassung des Mangelbegriffs
2.1. Keine Unterteilung in zugesicherte und gewöhnliche Eigenschaften
2.2. Verzicht auf Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln
2.3. Absage an die Unterteilung von aliud und peius
2.4. Aussagen in der Werbung als Vertragsbestandteil
2.5. Haltbarkeit und Reparierbarkeit als objektive Voraussetzungen
2.6. Montage und Installation
2.7. Aktualisierungspflicht für Güter mit digitalen Komponenten
3. Vermutung des Mangels
4. Prüfungs- und Rügeobliegenheiten
5. Verjährungsfrist
5.1. Ablauf der Verjährungsfrist
5.2. Wirkung der Nacherfüllung
5.3. Wirkung von Reparatur und Ersatzlieferung
5.4. Verjährung für gebrauchte Waren
5.5. Güter mit digitalen Elementen
6. Rechtsbehelfe des Käufers
7. Schadenersatzansprüche
8. Regress der Endverkäuferin
9. Zwingende Ausgestaltung der B2C Bestimmungen
III. Komplementäre Reformvorschläge
1. Definition des Konsumenten
2. Anpassung Art. 185 OR (Gefahrtragung)
IV. Ergebnis

I. Einleitung

[1] Das schweizerische Fahrniskaufrecht[1] (Art. 187–215 OR) ist bis heute durch das römischrechtliche Gedankengut von vor zweitausend Jahren geprägt:[2] Die Bestimmungen gehen mehrheitlich vom Stückkauf aus, insbesondere von Sachen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits existieren und keinem Produktionsprozess entspringen. Sie setzen Vertragsparteien voraus, die bezüglich der Kaufsache gleich informiert (bzw. nicht informiert) sind und die Sache *tel quel* kaufen bzw. verkaufen. Weiter geben sie dem Käufer nur begrenzte Rechte gegenüber der Verkäuferin, da angenommen wird, dass die Eigenschaften der Sache nicht veränderbar sind. Die Bestimmungen basieren auf der Prämisse, dass der Standort der Sache gleichbleibt und nehmen schliesslich an, dass der Vertrag mit dem einmaligen Austausch von Leistungen erschöpft ist.

1 Als Fahrniskauf (auch: Mobiliarkauf) ist jeder Kauf anzusehen, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat (Art. 187 Abs. 1 OR; vgl. Art. 655 ZGB).

2 Modernisierungsbedarf des Gewährleistungsrechts beim Kauf – Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom 15. März 2018 (BR-Bericht), https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/79587.pdf, 8 m. H. auf Heinrich Honsell, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 205 Rn. 5. Differenzierend Alfred Meili, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Ein Beitrag zur quellenkritischen Untersuchung des Obligationenrechts, Dissertation Zürich 1976, Rn. 533. Alle Webseiten wurden zuletzt aufgerufen am 17. Oktober 2023.

[2] Die Realität von heute könnte jedoch nicht unterschiedlicher sein:[3] Im Vordergrund stehen Waren, die produziert werden, so dass Defizite der Güter fast immer auf den Hersteller zurückzuführen sind.[4] Da Güter produziert werden, können sie auch repariert, verändert oder ersetzt werden (Gattungsschulden). Die Kaufgegenstände kommen aus entfernten Ländern und legen lange Transportwege in kürzester Zeit zurück. Sie verfügen über immer komplexere Eigenschaften, so dass gerade bei B2C Verträgen ein starkes Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien gegeben ist.[5] Technologische Güter müssen meist für die Dauer ihrer Lebenserwartung Aktualisierungen erhalten, womit sich das einmalige Austauschverhältnis in ein Dauerschuldverhältnis umwandelt. Neben dem Recht auf Mängelgewährleistung werfen diese Entwicklungen auch grundlegende Fragen in Bezug auf die Gefahrtragung (Art. 185 OR) und die Natur des Fahrniskaufvertrags auf.

[3] Zu den Phänomenen der Globalisierung, Digitalisierung und der damit einhergehenden Servitisation hat sich in den letzten Jahren zusätzlich die Forderung nach Nachhaltigkeit von Gütern hinzugefügt. Rechtsregeln müssen sich nun auch der Frage stellen, wieweit sie dem Ziel einer nachhaltigen Nutzung von Gütern dienen können.[6] Als Hauptvertragstyp der Eigentumsübertragung und somit der Konsumwirtschaft kommt diesbezüglich gerade dem Fahrniskaufvertrag eine besondere Bedeutung zu.[7]

[4] Vor diesem Hintergrund stellt der am 16. Juni 2023 vom Bundesrat publizierte Bericht «*Zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts beim Kauf in Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom 15. März 2018*»[8] einen wichtigen Reformschritt für das schweizerische Recht dar. Der Bericht greift die Empfehlungen der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts auf, die vom Bundesamt für Justiz (BJ), Bundesamt für Umwelt (BAFU) und Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in Auftrag gegeben wurde, und analysiert, welche Schritte eingeleitet werden müssen, um insbesondere ein nachhaltiges und den Herausforderungen der Digitalisierung entsprechendes Gewährleistungsrecht zu gestalten.

[5] Das Ziel dieses Aufsatzes besteht darin, die Revisionsvorschläge des Bundesratsberichts zu evaluieren und zu konkretisieren, aber auch anzusprechen, welche weiteren Schritte für die Modernisierung des Kaufrechts von Bedeutung sind. Dazu werden insbesondere das UN-Kaufrecht

---

3 Vgl. im Detail Stefan Grundmann/Yeşim M. Atamer, Sales Law in Transformation: Sustainability, Digitalisation, Servitisation, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law: Challenges in the 21st Century, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2023, 1 ff.

4 Da es oft keinen Unterschied mehr macht, ob die Ware vor Lieferung noch produziert werden muss, subsumieren das UN-Kaufrecht (Art. 3 Abs. 1 CISG) sowie die EU-Warenkaufrichtlinie (Art. 3 Abs. 2 WKRL) Verträge zur Bereitstellung von Waren, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen, unter den Kaufvertrag und nicht den Werkvertrag.

5 Zum Ungleichgewicht der Parteien im B2C Bereich: Dario Hug, La formation du contrat de consommation: entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, Dissertation Neuenburg/Basel 2020, Rn. 202 ff. m.w.H.

6 Vgl. z.B. Yeşim M. Atamer, Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, ZSR/RDS Band 141 (2022) I Heft 3, 285 ff.; Ivo Bach/Eva-Maria Kieninger, Ökologische Analyse des Zivilrechts, JZ 2021, 1088, 1092 ff.; Alexander Hellgardt/Victor Jouannaud, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 222/2022, 163, 211 ff.

7 Vgl. Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Rn. 2330: «*Der Kaufvertrag ist der am häufigsten geschlossene Vertrag im Wirtschaftsverkehr*».

8 Siehe oben Fn. 2.

(für B2B Beziehungen) und die EU Warenkaufrichtlinie («WKRL», für B2C Beziehungen)[9] als Vergleichsbasis herangezogen.

II. Auswertung der Reformvorschläge des Bundesrates

1. Übersicht

[6] Der Bericht des Bundesrates konzentriert sich auf die Mangelgewährleistung (Art. 197–210 OR). Folgende Bereiche werden vom Bundesrat angesprochen: die Anpassung des Mangelbegriffs (2), die Vermutung des Mangels (3), die Prüfungs- und Rügeobliegenheiten (4), die Verjährungsfrist (5), die Rechtsbehelfe des Käufers (6), die Schadenersatzansprüche (7), der Regress des Endkäufers (8) sowie die zwingende Ausgestaltung der Gewährleistungsbestimmungen (9). Im Folgenden werden diese verschiedenen Bereiche behandelt. Im dritten Teil widmet sich der Aufsatz kurz weiteren Reformvorschlägen, die komplementär umgesetzt werden müssten, damit die vom Bundesrat vorgesehenen Änderungen ihre Wirkung entfalten können. Die Reformvorschläge beziehen sich grösstenteils sowohl auf B2C wie auch auf B2B Kaufverträge. Vereinzelt müssen jedoch für B2C Verhältnisse Sonderbestimmungen eingeführt werden.[10]

2. Anpassung des Mangelbegriffs

Vorschlag des Bundesrates: Der Sachmangelbegriff soll so angepasst werden, dass dieser die gewöhnlich geschuldete Haltbarkeit und die angepriesenen Eigenschaften umfasst.

[7] Die durch den Bundesrat vorgeschlagene Anpassung des Mangelbegriffs ist zu begrüssen. Die angestrebte Lösung könnte sich an den bereits bestehenden Kriterien des Art. 35 CISG und der Art. 6 und 7 WKRL orientieren.

2.1. Keine Unterteilung in zugesicherte und gewöhnliche Eigenschaften

[8] Gemäss Art. 197 OR ist von einem Sachmangel auszugehen, wenn der Kaufgegenstand eine zugesicherte Eigenschaft nicht aufweist oder wenn der Sache gewisse Eigenschaften fehlen, welche der Käufer nach Treu und Glauben voraussetzen durfte und «*die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern*». In diesem Zusammenhang spricht man oft von einer «*ungünstigen Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit*».[11]

[9] Eine zugesicherte Eigenschaft liegt dann vor, wenn die Verkäuferin eine ernsthafte und verbindliche Äusserung in Bezug auf die Ware gemacht hat (Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft

---

9 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj.

10 Das schweizerische Kaufrecht unterscheidet – anders als sehr viele europäische Länder – bis heute nicht nach den Parteien des Kaufvertrages, vgl. Yeşim M. Atamer/Semir Hermidas, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, AJP/PJA 2020, 48, 61 f. Ob ein «*one size fits all model*» heute noch vertretbar ist, ist fraglich, vgl. Atamer (Fn. 6), 310. S. auch Dario Hug, Sustainability, Circular Economy and Consumer Law in Switzerland, EuCML 2023/2, 57, 61, 64 und 66.

11 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2597 m.w.H. zum Zitat.

oder Fehlen bestimmter Mängel).[12] Demgegenüber werden unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen gerade von Drittpersonen, wie dem Hersteller, nicht unter den Begriff der Zusicherung eingeordnet. Ob eine Zusicherung oder eine unverbindliche Anpreisung vorliegt, bestimmt sich durch Vertragsauslegung,[13] wobei dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten, ja sogar widersprüchlichen Entscheidungen führen kann.[14]

[10] In den umliegenden Rechtsordnungen und insbesondere den internationalen kaufrechtlichen Regelwerken wird hingegen vollends auf die Unterscheidung zwischen Zusicherung und gewöhnlichen Eigenschaften verzichtet. Der Mangelbegriff bestimmt sich vielmehr gestützt auf die Vertragsmässigkeit der Kaufsache. So bildet ein zentraler Bereich der WKRL – sowie auch der DIDRL[15] – die «Vertragsmässigkeit» der Ware, genauer die Mangeldefinition. Im Vergleich zur (abrogierten) Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aus dem Jahre 1999 («VGKRL»)[16] wurde der Mangelbegriff in der WKRL noch weiter in «subjektive» und «objektive» Anforderungen ausdifferenziert.[17] Diese müssen in B2C Geschäften jeweils kumulativ vorliegen, damit die Ware vertragskonform ist.[18] Gegenüber der VGKRL stellen insbesondere die Haltbarkeit, aber auch die Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit als Elemente der geschuldeten objektiven Beschaffenheit der Ware (Art. 7 Abs. 1 lit. d WKRL) Neuerungen dar.[19]

[11] Auch das UN-Kaufrecht (CISG) definiert die Vertragsmässigkeit des Kaufgegenstands als primäre Leistungspflicht. Anders als in der WKRL ist in B2B Geschäften jedoch an erster Stelle die Parteiabrede massgebend (subjektive Kriterien).[20] Subsidiär kommen auch objektive Kriterien zum Tragen. Im Ergebnis führt sowohl die Verletzung von subjektiven als auch die Nichtbeachtung von objektiven Kriterien zu denselben Rechtsfolgen.[21]

[12] Während für B2B Verträge somit subjektive Kriterien tendenziell vorherrschen, zeichnen sich B2C Verträge durch eine stärkere Abhängigkeit von objektiven Kriterien aus. Dies lässt sich dadurch erklären, dass das Informations- und Strukturgefälle im B2C Bereich bekanntermaßen

12 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2599; Jörg Schmid/Hubert Stöckli/Frédéric Krauskopf, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rn. 327; Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger/Lorenz Droese, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017, 2. Kapitel Rn. 64 ff.; BSK OR I-Honsell (Fn. 2), Art. 197 Rn. 14.

13 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2602 ff. m.w.H.; Schmid/Stöckli/Krauskopf (Fn. 12), Rn. 329; Müller-Chen/Girsberger/Droese (Fn. 12), 2. Kapitel Rn. 65.

14 Vgl. Cécile Pelet/Markus Vischer, Fahrniskauf: Abgrenzung von Anpreisungen und Zusicherungen, Gewährleistungsausschluss und Grundlagenirrtum, dRSK vom 18. September 2014. Die Autoren verweisen auf zwei kantonale Rechtsprechungen. Das erste Gericht war der Ansicht, dass die Aussage, dass sich ein Gebrauchtwagen in einem «ausserordentlich guten Zustand» befand, als Qualitätsversprechen zu betrachten sei (Obergericht des Kantons Solothurn, SJZ 1953, Nr. 74, 198). Das zweite Gericht war hingegen der Auffassung, dass die Beschreibung eines gebrauchten Lastwagens als «sehr gut erhalten» kein solches Versprechen darstelle (Handelsgericht des Kantons Zürich, ZR 1929, Nr. 153, 289 ff.).

15 Vgl. Reiner Schulze/Fryderyk Zoll, European Contract Law, 3. Aufl., Baden-Baden 2021, 221: «*Despite some differences, the Sale of Goods Directive and the Digital Content Directive use the same basic conceptual framework for the conformity of performance*».

16 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

17 Vgl. Atamer/Hermidas (Fn. 10), 53.

18 Vgl. zur Umsetzung im deutschen Recht Floran Faust, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 67. Edition, München 2023, § 434, Rn. 7.

19 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 54.

20 Ingeborg Schwenzer, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, München 2019, Art. 35 Rn. 12.

21 Yeşim M. Atamer/Mirjam Eggen, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts, Eine Übersicht, ZJBV 2017, 731, 760 f. m.w.H.

ausgeprägter ist, was wiederum einen standardisierten und ungleichgewichtigen «*take it or leave it*»-Vertragsprozess zur Folge hat. Die zusätzliche Verwendung objektiver Kriterien passt besser zu dieser Realität, die oft nicht mehr viel mit der grundlegenden Vorstellung des OR von Beziehungen zwischen gleichberechtigten Vertragspartnern gemein hat.[22] Auf Verkäuferseite wird diesem Umstand im Massengeschäft mit der Verwendung allgemeinerer Aussagen (d.h. losgelöst von einer konkreten Beziehung) Rechnung getragen. Der Käufer ist wiederum in seinem berechtigten Vertrauen in Bezug auf den «normal zu erwartendem Zustand» des Kaufgegenstands durch das Heranziehen von objektiven Kriterien besser geschützt. Neben der Eignung der Sache für den üblichen Zweck sind genau angemessene Verbrauchererwartungen («*reasonable consumer expectations*») ein zentrales (objektives) Kriterium bei der Beurteilung der Konformität von Waren (s. Art. 7 Abs. 1 lit. d WKRL).[23]

[13] Um die bundesrätliche Zielsetzung einer Modernisierung des Kaufrechts zu erreichen, ist *de lege ferenda* auf die Unterteilung zwischen zugesicherten und gewöhnlichen Eigenschaften zu verzichten und stattdessen ein einheitliches Verständnis des Mangels unter Einbezug von subjektiven und objektiven Elementen einzuführen. Nur so kann die vom Bundesrat geforderte Erweiterung des Mangelbegriffs mit einer ausreichenden Rechtssicherheit für die Käuferschaft und im Einklang mit den internationalen Entwicklungen erreicht werden. Das Verhältnis zwischen den subjektiven und objektiven Elementen müssten für B2B und C2C Geschäfte so geregelt werden, dass die subjektiven Eigenschaften einen klaren Vorrang vor objektiven Kriterien haben. Hingegen müssen bei B2C Verträgen grundsätzlich beide Arten von Anforderungen erfüllt werden, um von einer vertragskonformen Leistung ausgehen zu können.

2.2. Verzicht auf Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln

[14] Sowohl die WKRL als auch das UN-Kaufrecht verzichten auf eine Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln. Im Gegensatz dazu bezieht sich das Schweizer Kaufrecht auf eine «Erheblichkeitsschwelle», um die kaufmängelrechtliche Relevanz von vorausgesetzten (aber fehlenden) Eigenschaft zu erkennen (s. Art. 197 Abs. 1 OR *in fine*). In der WKRL und dem UN-Kaufrecht entscheidet eine solche Schwelle lediglich darüber, welche Rechtsbehelfe dem Käufer zustehen. Gemäss Art. 46 Abs. 2 CISG bedingt z.B. die Ersatzlieferung eine wesentliche Vertragsverletzung. Die Aufhebung des Vertrages nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG sieht ebenfalls eine wesentliche Vertragsverletzung durch die Verkäuferin vor. In der Rechtsbehelfe-Hierarchie des Verbrauchers gemäss WKRL steht letzterem das Recht auf Minderung oder Rücktritt auch nur dann zur Verfügung, wenn «*die Vertragswidrigkeit derart schwerwiegend* [ist], *dass eine sofortige Preisminderung oder eine Beendigung des Kaufvertrags gerechtfertigt ist*» (Art. 13 Abs. 4 lit. c WKRL). Darüber hinaus kann die Bedeutung des Mangels als Prüfkriterium bei der Möglichkeit der Verkäuferin, sich auf die Einrede der absoluten Unverhältnismässigkeit der Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu berufen, herangezogen werden (s. Art. 13 Abs. 3 WKRL).[24] Dieser Ansatz

22 Deswegen sieht Art. 7 Abs. 5 der WKRL auch vor, dass der Verbraucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags eigens darüber in Kenntnis gesetzt werden muss, dass ein bestimmtes Merkmal der Waren von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit abweicht. Einer solchen Abweichung («negative Beschaffenheitsvereinbarung») muss er bei Abschluss des Kaufvertrags ausdrücklich und gesondert zustimmen, damit sie gültig ist.

23 Schulze/Zoll (Fn. 15), 224 f.

24 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 60 m.w.H.

ist auch für das schweizerische Kaufrecht dem geltenden Recht vorzuziehen – und zwar unabhängig davon, wer der Käufer ist. Insbesondere ist für den Käufer nicht ersichtlich, weshalb er Mängel hinsichtlich vorausgesetzter Eigenschaften lediglich dann geltend machen darf, wenn sie erheblich sind, während zugesicherte Eigenschaften unabhängig von dieser Schwelle vorgebracht werden können.

2.3. Absage an die Unterteilung von aliud und peius

[15] Ob im Falle einer *aliud*-Lieferung das Sachgewährleistungsrecht oder die allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung Anwendung finden, ist in Lehre und Rechtsprechung immer noch umstritten.[25] In der Praxis kann daher die Unterscheidung zwischen mangelhaften Gattungssachen und einem *aliud* für die Vertragsparteien mühsam und unnötig schwierig sein (z.B. Hubstapler mit Handschalt- statt Automatikgetriebe).[26] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Lieferung eines *aliud* keinen Fall der Sachgewährleistung dar, sondern eine Nichterfüllung.[27] Während bei einem sog. *peius*[28] der Käufer verpflichtet ist, Mängel anzuzeigen (Art. 201 OR), und die Mängelrechte einer kürzeren Verjährungsfrist (Art. 210 OR) unterliegen, gelten bei Fehlen eines Elements der Gattungsbeschreibung die allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung (Art. 97 ff. OR).

[16] Der Käufer, v.a. wenn er kein Jurist ist, versteht diese Unterschiede und deren Auswirkungen auf seine Rechtstellung in der Regel nicht.[29] Er wird eine detailliertere Beschreibung der Sache weiterhin als auf die Gattung bezogen wahrnehmen (Hubstapler mit Handschaltgetriebe). Wie Marchand schon feststellte, stimmen die von den Parteien zur Festlegung des Vertragsgegenstands gewählten Elemente häufig mit den zugesagten oder erwarteten Eigenschaften überein, deren Fehlen einen Mangel impliziert.[30] Eine andere Auslegung würde der Verkäuferin die Freiheit geben, in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) den Gattungsgegenstand so genau zu beschreiben, dass jede Abweichung davon statt zu einem Mangel zur Lieferung eines *aliud* führt, und damit die Gewährleistungsrechte für den Käufer ausgehebelt werden.

[17] Auch im Hinblick auf die geplante Verankerung des Rechts auf Reparatur im Kaufrecht ist eine solche «Haarspalterei»[31] nicht überzeugend. Vielmehr ist zu klären, in welchen Konstellationen der Käufer ein Recht auf Reparatur hat, wenn die Sache nicht dem entspricht, was er von ihr erwartet hat bzw. erwarten durfte.[32]

---

25 Atamer/Eggen (Fn. 21), 760 m.w.H. zur Kontroverse.

26 BGE 121 III 453, E. 4a: «*Demgemäss stellt jede gelieferte Sache, welche nicht alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist, nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache, ein aliud, dar*».

27 BGE 121 III 453 E. 4a; Sylvain Marchand, Droit de la consommation, Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genf/Zürich/Basel 2012, 189.

28 Vgl. Huguenin (Fn. 7), Rn. 2589: «*Ein peius ist ein Gut, welches zwar der entsprechenden Gattung angehört, aber dem vereinbarten bzw. gesetzlich vorgesehenen Qualitätsstandard nicht entspricht (bei fehlender Parteivereinbarung verlangt Art. 71 Abs. 2 OR mindestens mittlere Qualität)*».

29 BGE 121 III 453 E. 4a; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.204/2002 vom 9. Oktober 2003 E. 5.1; kritisch auch Marchand (Fn. 27), 189 f.

30 Marchand (Fn. 27), 189.

31 Vgl. Ernst A. Kramer, Noch einmal zur Aliud-Lieferung beim Gattungskauf, Urteilsbesprechung BGE 121 III 453, recht 1997, 78 ff., 82, der sogar von «*beschämenden Haarspaltereien*» spricht bei den Unterscheidungsversuchen in Bezug auf *aliud* und *peius*.

32 Vgl. unten II/6.

[18] Im Gegensatz zum schweizerischen Recht verzichten das UN-Kaufrecht und die WKRL denn auch auf eine Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius* und lassen dadurch die oft schwierige Grenzziehung zwischen diesen Begriffen obsolet werden.[33] Diese Stossrichtung ist auch für das schweizerische Kaufrecht unabhängig vom jeweiligen Vertragspartner anzustreben.

2.4. Aussagen in der Werbung als Vertragsbestandteil

[19] Wie es der Bericht des Bundesrates festhält, gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung blosse Anpreisungen und reklamehafte Aussagen zur Sache nicht als Zusicherung.[34] In der praktischen Umsetzung dieser Abgrenzung zwischen Werbung und Zusicherung bestehen aber Unklarheiten.

[20] Der Käufer unterscheidet regelmässig nicht zwischen vorvertraglichen Äusserungen in der Werbung und Zusicherungen i.e.S. Vielmehr geht er meistens davon aus, dass die Ware der Werbung entspricht, auch wenn die entsprechenden Aussagen in der konkreten Verkaufssituation von der Verkäuferin nicht wiederholt werden.[35] Der Umstand, dass die durchschnittliche Verkäuferin in der Absatzkette oft keine Werbung mehr macht, sondern der Hersteller das Marketing und somit auch die Werbung kontrolliert und durchführt, kann dazu führen, dass dem Käufer sachgewährleistungsrechtliche Behelfe gänzlich entzogen werden, da die Angaben in der Werbung der Verkäuferin nicht zugerechnet werden können. Weiter ist zu bedenken, dass Werbung zunehmend durch den Einsatz von personalisierten Algorithmen und *dark patterns* gezielt auf ein (vor)bestimmtes Käuferprofil ausgerichtet sein kann. Es scheint deshalb wichtig, eine Einstandspflicht der Verkäuferin für den Werbungsinhalt einzuführen.[36]

[21] Um dieser «Interessengemeinschaft»[37] auf der Anbieterseite genügend Rechnung zu tragen, wenn die öffentliche Äusserung nicht von der Verkäuferin herrührt, sind öffentliche Aussagen in der Werbung in Anlehnung an das EU-Recht (vgl. Art. 7 Abs. 2 WKRL) *de lege ferenda* auch in der Schweiz als objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit der Ware einzuordnen.[38] Gleichzeitig muss die Verkäuferin aber auch die Möglichkeit haben, sich dieser Haftung zu entledigen, wenn sie beweisen kann, dass sie:

> (i) die Äusserungen der Herstellerin nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte; oder

---

33 Atamer/Eggen (Fn. 21), 761.

34 BR-Bericht (Fn. 2), 14 m.H. auf BGE 88 II 410 E. 3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1.

35 Siehe auch Yeşim M. Atamer/Patrick Gerber, Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?, AJP/PJA 2022 1159, 1168; vgl. Diana Akikol, Die Voraussetzungen der Sachmangelhaftung beim Warenkauf, Zürich/Basel/Genf 2008, N 270; Emese Kaufmann-Mohi, La responsabilité du vendeur pour le défaut de conformité des biens mobiliers aux informations publicitaires, Zürich 2007, Rn. 476; Schmid/Stöckli/Krauskopf (Fn. 12), Rn. 330.

36 Für eine kurze Darstellung Dario Hug, Dark patterns ou le côté obscur du Nudge, veröffentlicht am 22. Februar 2022, LexTech Institute Neuenburg (https://www.lextechinstitute.ch/dark-patterns-ou-le-cote-obscur-du-nudge/).

37 So z.B. Arnold Rusch, Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf, in: Jusletter vom 2. November 2009, Rn. 10.

38 Vgl. dazu, dass öffentliche Aussagen in der Absatzkette auch im UN-Kaufrecht, d.h. in B2B Konstellationen, genauso bewertet werden müsste Atamer/Gerber (Fn. 35), 1166 ff. Dies ist auch z.B. der Ansatz von § 434 Abs. 3 S. 2 BGB.

(ii) die Äusserung der Herstellerin bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt wurde; oder
(iii) die Äusserung der Herstellerin die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

2.5. Haltbarkeit und Reparierbarkeit als objektive Voraussetzungen

[22] Beim Kriterium der Haltbarkeit geht es darum, dass die Ware die Fähigkeit besitzt, ihre Funktion für eine bestimmte Dauer zu erfüllen bzw. zu behalten.[39] Dabei stellt der gewöhnlich zu erwartende Verschleiss einer Ware keinen Mangel dar. Obsoleszenz der Kaufsache ist unvermeidbar und nicht pauschal als negativ anzusehen.[40] Falls aber ein frühzeitiger bzw. überdurchschnittlicher Verschleiss (ganz oder teilweise) eintritt und dieser nicht auf eine übermässige oder missbräuchliche Nutzung durch den Käufer zurückzuführen ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Ware schon im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war.[41]

[23] Im EU-Recht wird neu die «Haltbarkeit» als objektives Konformitätsmerkmal der Kaufsache gefordert (Art. 7 Abs. 1 lit. d WKRL; vgl. Art. 35 CISG).[42] Um vertragsmässig zu sein, muss die Ware zusätzlich zur Einhaltung von subjektiven Kriterien auch hinsichtlich ihrer Menge, Qualität und sonstiger Merkmale «*einschliesslich ihrer Haltbarkeit*» dem entsprechen, was bei Waren der gleichen Art üblich ist (vgl. Erw. 32 WKRL). Die Haltbarkeit ist also standardmässig als Teil der objektiven Beschaffenheit der Ware geschuldet.[43]

[24] In Anlehnung an die RFA hält der Bericht des Bundesrates fest, dass eine Anpassung des Sachmangelbegriffs nur einen bedingten Einfluss auf das Produktedesign haben kann.[44] Dies ist in diesem Sinne richtig, als eine solche Anpassung nur eines der verschiedenen Instrumente sein kann, um – insbesondere neben Ökodesign-Anforderungen – eine nachhaltigere Produktion und einen nachhaltigeren Konsum zu fördern. Objektive Kriterien können aber durchaus einen Beitrag leisten, um der geplanten Obsoleszenz entgegenzuwirken und damit die Haltbarkeit von Produkten zu verbessern.[45]

[25] Fraglich ist jedoch, welche Lebensdauer der Käufer von beispielsweise einer Waschmaschine mit Standardpreis zu erwarten berechtigt wäre. Gebrauchsgüter müssen sicherlich mindestens für zwei Jahre halten. Doch jede Dauer, die über die Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Lieferung der Sache hinausgeht (z.B. acht Jahre für einen Kühlschrank), wäre juristisch nicht durchsetzbar. Eine längere Haltbarkeit könnte nur dann erwartet werden, falls angenommen werden könnte, dass der Hersteller eine Haltbarkeitsgarantie abgegeben hat (vgl. Art. 17 WKRL). Die Vorschläge, eine längere Gewährleistungsdauer wenigstens für Gebrauchsgüter einzuführen, wurden bis heute vom EU Gesetzgeber nicht weiterverfolgt; zuletzt in dem Richtlinienvorschlag zum Recht auf

39 Atamer (Fn. 6) 289 ff.

40 Z.B. aus ökologischer Perspektive können «alte Produkte» durch neuere, umweltfreundlichere und energieeffizientere Waren abgelöst werden.

41 Atamer (Fn. 6), 289 f.

42 Gegenüber der VGKRL stellt die «Haltbarkeit» der Ware eine neue objektive Anforderung dar, Atamer/Hermidas (Fn. 10), 54.

43 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 54.

44 BR-Bericht (Fn. 2), 15.

45 Für das EU-Recht, Elias Van Gool/Anaïs Michel, The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis, EuCML 2021, 136, 138 f.

Reparatur sogar explizit abgelehnt.[46] Der gleiche Ansatz wird im BR-Bericht vertreten.[47] Dies ist bedauerlich, da in mehreren EU Ländern längere Gewährleistung- bzw. Verjährungsfristen schon in Anwendung sind.[48] Obwohl also zu begrüssen wäre, dass auch in der Schweiz die Haltbarkeit als explizite Voraussetzung der Vertragskonformität eingeführt wird[49], wird dies ohne eine parallele Verlängerung der Verjährungsfrist keine grossen Folgen zeitigen.

[26] In der europäischen Lehre wird zurzeit weiter diskutiert, ob die Reparierbarkeit einer Sache zu deren Haltbarkeit gehört.[50] Art. 2 Abs. 13 WKRL definiert die Haltbarkeit als «*die Fähigkeit der Waren, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten*». Da es auch bei einem normalen Gebrauch der Sache u.U. innerhalb der üblichen Haltbarkeitsdauer zu einem Reparaturbedarf kommen kann (z.B. aufgrund normaler oder vernünftiger Abnutzung), erscheint es überzeugend, die Möglichkeit einer Reparatur der Sache als Teil der Haltbarkeit anzusehen. Ist ein Auswechseln von Verschleissteilen hingegen nicht möglich und kann die Sache deswegen nicht mehr genutzt werden, begründet dies somit einen Mangel der Sache selbst. Obwohl daraus unter geltendem Recht noch keine Pflicht der Verkäuferin zur Bereithaltung von Ersatzteilen abgeleitet werden kann, dürfte die fehlende Reparierbarkeit aufgrund des Designs der Sache einen Mangel begründen.[51] Es muss somit angenommen werden, dass die Reparierbarkeit grundsätzlich zur «Haltbarkeit» einer Sache gehört, *a fortiori* in einer kreislauforientierten Wirtschaft.[52]

2.6. Montage und Installation

[27] Montage- und Installationspflichten bezüglich der verkauften Sache können in B2B sowie B2C Verträgen gleichermassen vorgesehen werden. Problematisch ist bei solchen gemischten Verträgen, die Kauf- und Dienstleistungselemente aufweisen, die anwendbaren Normen zu bestimmen, falls die Montage bzw. Installation nicht vertragskonform erfolgt und die Sache somit nach Lieferung (= Gefahrübergang) mangelhaft wird. Schon das UN-Kaufrecht hat in Art. 3 Abs. 2 CISG bestimmt, dass die kaufrechtlichen Bestimmungen immer dann Anwendung finden, wenn der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, nicht in der Ausführung von Dienstleistungen besteht, sondern in der Eigentumsübertragung. Einen parallelen Ansatz hat auch das EU-Recht übernommen und eine Vertragswidrigkeit, welche auf eine unsachgemässe Montage oder Installierung des Kaufgegenstandes erst nach der Lieferung zurückzuführen ist, als Verletzung des Kaufvertrages qualifiziert, falls diese durch die Verkäuferin oder unter ihrer Verantwortung vorgenommen wurde (Art. 8 lit. a WKRL). Die Bestimmung entspricht im We-

46 Vgl. den Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, SWD (2023) 59 final, 171.

47 Vgl. dazu unten II/5.

48 Vgl. für eine Übersicht Atamer (Fn. 6), 295 ff.

49 Vgl. BR-Bericht (Fn. 2), 15.

50 ELI Feedback, 15 m.w.H. (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf).

51 Atamer (Fn. 6), 291.

52 Zum «Nachhaltigkeitspotenzial» des Rechts auf Reparatur, vgl. ELI Feedback, 9 m.w.H. (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf). Auch Evelyne Terryn, A Right to Repair? Towards sustainable remedies in Consumer Law, in: Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn (Hrsg.), Consumer Protection in a Circular Economy, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, 127–147, 128 ff.; Evelyne Terryn, La durabilité environnementale dans le contrat de vente: le droit à la réparation de l'acheteur et les implications du droit de rétractation, in: Hug/Carron/Müller (Hrsg.), Production et consommation durables dans une économie circulaire – défis et solutions juridiques, Neuenburg 2023, 105 ff.

sentlichen Art. 2 Abs. 5 VGKRL, wurde jedoch um die Installierung digitaler Inhalte ergänzt (vgl. Erw. 34 WKRL).[53] Diesem Tatbestand gleichgestellt ist eine Vertragswidrigkeit, die zwar auf der unsachgemäss vorgenommenen Montage oder Installierung des Verbrauchers selbst beruht, jedoch auf Mängel in der Anleitung der Verkäuferin bzw. des Anbieters digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zurückzuführen ist (Art. 8 lit. b WKRL).

[28] Diese klaren Regeln sollten auch in das Schweizer Kaufrecht übernommen werden. Eine explizite Regelung solcher Mängel würde die Rechtssicherheit für alle Parteien erhöhen und Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen Vertragstypen könnten vermieden werden.

2.7. Aktualisierungspflicht für Güter mit digitalen Komponenten

[29] Die Aktualisierungspflicht von Kaufgegenständen mit digitalen Komponenten geht über die Sicherstellung der blossen Haltbarkeit hinaus, da die Verkäuferin damit verpflichtet wird, digitale Inhalte auf Dauer auch vertragskonform zu halten.[54] In dieser Forderung zeigt sich die Tendenz des Kaufvertrags, von einer einmaligen Beziehung zu einer Dauerbeziehung überzugehen.[55] Da die Mängelgewährleistung im Kaufrecht traditionell aber auf Mängel der Ware beschränkt ist, die bereits vor dem Gefahrenübergang bestanden haben (vgl. Art. 185 OR), ist in der Schweiz eine gesetzliche Anpassung erforderlich, um den praktischen Entwicklungen genügend Rechnung zu tragen.[56] Die Aktualisierungspflicht soll dabei erst nach Gefahrenübergang zum Tragen kommen und dient damit sowohl dem Erhalt der Güter in einem «mangelfreien» – vertragsmässigen – Zustand als auch einer längeren Nutzung. Wichtig ist zu unterstreichen, dass ein Zuwiderhandeln des Verkäufers nicht nur eventuelle Rechte aus Verletzung einer Nebenleistung hervorruft, sondern die «klassischen» Gewährleistungsrechte. D.h. dass der Käufer bei mangelnder Aktualisierung z.B. auch vom Vertrag insgesamt zurücktreten kann. Bei der Einführung einer solchen Pflicht wäre es zu empfehlen, auch einen Anspruch gegen die Herstellerin für die Aktualisierungen zu gewähren, da die Verkäuferin oft keinen Einfluss auf Updates nehmen kann.[57]

[30] Einen Schritt in diese Richtung hat der europäische Gesetzgeber mit der WKRL gemacht. Im Vergleich zur VGKRL bringt diese eine zentrale Neuerung für den Kauf von Gütern mit digitalen Komponenten (z.B. eine Smart Watch oder ein vernetztes Auto;[58] s. auch Erw. 14 und 15 WKRL). Nach Art. 7 Abs. 3 WKRL ist die Verkäuferin verpflichtet, die digitalen Inhalte, welche in der Ware integriert sind, zu aktualisieren bzw. Updates zu erstellen (vgl. Art. 8 Abs. 2 DIDRL; es gilt aber keine «Upgradepflicht»). Die Aktualisierungen gelten wiederum auch als eine subjektive Anforderung an die Vertragsmässigkeit, wenn sie im Kaufvertrag vorgesehen werden (Art. 6 lit. d WKRL).

---

53 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 56 m.w.H.

54 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 56.

55 Atamer/Grundmann (Fn. 3), 5. Anders als die in II/2/2.6 erwähnte Montage- bzw. Installationspflicht sind die Regelungen bzgl. der Aktualisierungspflicht als gesetzliche Pflichten vorgesehen, die nicht vertraglich vereinbart werden müssen. Vgl. auch BGE 124 III 456 E. 4b/bb, «*Wo das Verhältnis zwischen den Parteien demjenigen zwischen Käufer und Verkäufer ähnelt, d.h. einem einmaligen Austauschverhältnis näherkommt als einem Dauerschuldverhältnis, drängt sich die Anwendung der kaufrechtlichen Normen auf*». Siehe auch Mirjam Eggen, Digitale Inhalte und Dienstleistungen, SZW 2021, 470 ff., 475; dies., eBook, myBook oder yourBook?, recht 2017, 109, 122.

56 Ecoplan/Sebastian Heselhaus/Carbotech, Synthese des Rechtsvergleichs und der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Bern, 2020, 23.

57 Atamer (Fn. 6), 307 f.

58 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 57.

[31] Bei der Konkretisierung der Aktualisierungspflicht unterscheidet die WKRL zwischen Waren, bei denen digitale Inhalte oder Dienstleistungen einmalig bereitgestellt werden, und Waren, bei denen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen über einen bestimmten Zeitraum fortlaufend bereitgestellt werden:

> (i) **Einmalige Bereitstellung**: Der Konsument erhält Aktualisierungen während des Zeitraums, den er «*aufgrund der Art und des Zwecks der Waren und der digitalen Elemente und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrages vernünftigerweise erwarten kann*» (Art. 7 Abs. 3 lit. a WKRL; vgl. Erw. 31 WKRL, mindestens zwei Jahre). Insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen kann sich jedoch die vernünftige Erwartung des Verbrauchers über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus erstrecken (vgl. Erw. 31 vorletzter Satz);[59]
>
> (ii) **Fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum**: Die Aktualisierungen sind über den gesamten Zeitraum zu erbringen, während dem die digitalen Dienstleistungen oder Inhalte bereitgestellt werden sollen. Dabei beträgt der Zeitraum zwingend mindestens zwei Jahre (Art. 7 Abs. 3 lit. b WKRL i.V.m. Art. 10 Abs. 2 WKRL).[60]

[32] Als Inspirationsquelle für eine ausführliche Regelung im Kaufrecht für Waren mit digitalen Inhalten könnte sich der Schweizer Gesetzgeber an den Umsetzungsvorschriften zur WKRL im deutschen und österreichischen Recht orientieren. In Deutschland ist der «Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen» durch §§ 475a-c BGB für den Verbrauchsgüterkauf geregelt. Österreich regelt die «Aktualisierungspflicht» in § 7 Verbrauchergewährleistungsgesetz auch nur für den B2C Kontext. Wieweit hier zwischen B2C und B2B Geschäften unterschieden werden muss, ist jedoch fraglich. Auch im unternehmerischen Kontext werden Maschinen, Autos oder elektronische Werkzeuge Aktualisierungen benötigen. Die Erwartung, dass diese Pflicht immer in den Verträgen ausgehandelt werden sollte, überzeugt nicht. Im rechtsökonomischen Schrifttum wird die Funktion von dispositiven Regeln überwiegend als «Marktimitation» angesehen.[61] Sie sollten also so gestaltet werden, wie sie effizienzmaximierende Vertragspartner hypothetisch ausgehandelt hätten. So werden die Partner von der Last enthoben, jeden Punkt einzeln zu regeln und können auf das dispositive Recht greifen, um Transaktionskosten zu sparen. Deswegen wäre es empfehlenswert, dass eine solche Aktualisierungspflicht unabhängig von der Vertragspartei in das OR eingeführt wird.

3. Vermutung des Mangels

Vorschlag des Bundesrates: Aufnahme einer gesetzlichen Vermutung in das Schweizer Recht, wonach ein Mangel am Produkt, der innerhalb des ersten Jahres nach der Lieferung entdeckt wird, bereits im Zeitpunkt der Lieferung bestanden hat.

---

59 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 57. So z.B. für Aktualisierung wegen Sicherheitslücken bei einem vernetzten Auto über die zweijährige Frist hinaus.

60 Atamer (Fn. 6), 307.

61 Vgl. dazu im Detail Johannes Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010, 339 ff.

[33] Der Bundesrat schlägt vor, dass auch in das Schweizer Kaufrecht die Vermutung aufgenommen werden soll, wonach ein Mangel, der innerhalb eines Jahres nach Lieferung der Ware entsteht, bereits im Zeitpunkt der Lieferung bestanden haben soll.[62] Das EU-Recht sah schon mit Art. 5 Abs. 3 VGKRL eine Umkehr der Beweislast bezüglich des Mangels für die ersten sechs Monate nach der Lieferung der Ware vor. Für Vertragswidrigkeiten, die binnen dieser Frist entstehen, hielt sodann der EuGH fest, dass der Verbraucher weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen muss, dass deren Ursprung der Verkäuferin zuzurechnen ist.[63] Mit Art. 11 Abs. 1 WKRL wurde die Vermutungsfrist auf ein Jahr verlängert, wobei Art. 11 Abs. 2 WKRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, diese Frist auf zwei Jahre zu verlängern bzw. zu behalten.

[34] Im Gegensatz gilt *de lege lata* im schweizerischen Recht der allgemeine Grundsatz von Art. 8 ZGB. Der Käufer, der aus dem behaupteten Mangel Rechte ableiten will, trägt die Beweislast über das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs. Eine Beweislastumkehr i.S. der europäischen WKRL ist dem schweizerischen Kaufrecht somit gänzlich unbekannt, unabhängig davon, ob es sich um ein B2B oder B2C Verhältnis handelt.[64]

[35] Der Vorschlag des Bundesrates, der EU betreffend Vermutung des Mangels zu folgen, ist zumindest für das B2C Verhältnis zu begrüssen. Gerade bei technologischen Gütern lässt sich meistens nur schwer oder gar nicht nachweisen, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Lieferung vorhanden war.[65] Diese Beweisschwierigkeiten stellen zudem ein Hindernis für eine effiziente Bekämpfung der geplanten Obsoleszenz dar, bei der die Grenzziehung zwischen «normalem» und «vorzeitigem» Verschleiss oft schwer zu ermitteln ist.[66] Bei der fortlaufenden Lieferung von Waren mit digitalen Elementen sollte der Käufer weiter nicht beweisen müssen, «*dass der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung während des für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgebenden Zeitraums vertragswidrig war*» (s. Erw. 45 WKRL), da hier grundsätzlich die gleichen Überlegungen gelten. Die Interessen der Verkäuferseite könnten schliesslich bei einer begrenzten Beweislastumkehr dadurch genügend gewahrt werden, dass die Vermutung stets dann nicht zur Anwendung kommt, wenn sie mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist (s. Art. 11 Abs. 1 *in fine* WKRL; Erw. 45 gibt als Beispiele dafür Blumen oder Waren an, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind).[67]

[36] Konkret müsste die zu erlassende gesetzliche Bestimmung dem Käufer während des Jahreszeitraums nur die Beweislast dafür auferlegen, dass die Ware vertragswidrig ist, ohne dass er auch nachweisen müsste, dass die Vertragswidrigkeit tatsächlich schon zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden hat. Diesfalls müsste die Verkäuferin – um den Anspruch des Käufers abzuwenden – nachweisen, dass die Vertragswidrigkeit zu diesem Zeitpunkt nicht bestand.[68] Da der Anfangszeitpunkt der Beweislastumkehr aber Hand in Hand mit der Gefahrtragung geht (s. Art. 185

62 BR-Bericht (Fn. 2), 17.

63 EuGH, 4. Juni 2015, *Faber*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, Rn. 75.

64 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 64.

65 Atamer/Eggen (Fn. 21), 762.

66 Van Gool/Michel (Fn. 45), 142. Zur geplanten Obsoleszenz s. auch Christoph Müller/Scott Greinig/Christopher Schwartz, L'obsolescence programmée des produits de consommation, in: Hug/Carron/Müller (Hrsg.), Production et consommation durables dans une économie circulaire – défis et solutions juridiques, Neuenburg 2023, 145 ff.

67 Atamer/Eggen (Fn. 21), 762.

68 Atamer/Hermidas (Fn.10), 58.

OR), müsste dieser parallel auch neu geregelt werden.[69] Nur so kann sichergestellt werden, dass die Verkäuferin für jeden Mangel haftet, der im Zeitpunkt der Lieferung der Waren besteht (vgl. Art. 10 Abs. 1 WKRL).[70]

[37] Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine einjährige gesetzliche Vermutung ausreichend ist. Bei gewissen Gütern des täglichen Bedarfs (z.B. einem Geschirrspüler oder Kühlschrank) ist die zu erwartende Lebensdauer deutlich länger als ein Jahr. Eine Verlängerung der Vermutungsfrist könnte die Verkäuferin und – zumindest indirekt – auch die Herstellerin dazu ermutigen, langlebigere Güter zu entwickeln und damit dem Risiko vorzubeugen, dass innerhalb dieses Zeitraums ein Mangel bzw. ein Reputationsschaden auftritt.[71] Unterstützt wird dieses Argument durch den Umstand, dass mehrere EU-Mitgliedstaaten die einjährige Frist von Art. 11 Abs. 1 WKRL auf zwei Jahre verlängert haben, wie es Art. 11 Abs. 2 WKRL ermöglicht.[72]

4. Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

Vorschlag des Bundesrates: Einführung einer Rügefrist von 60 Tagen, zumindest für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

[38] Nach Art. 201 Abs. 1 OR muss der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Ware prüfen (Untersuchungsobliegenheit)[73] und, falls sich Mängel ergeben, für welche die Verkäuferin Gewähr zu leisten hat, dieser sofort Anzeige machen (Rügeobliegenheit).[74] Ergibt sich der Mangel später (versteckter oder geheimer Mangel), muss ihn der Käufer gemäss Art. 201 Abs. 3 OR «*sofort nach der Entdeckung*» rügen.[75] Falls der Käufer diese Anforderungen nicht erfüllt, verliert er von vornherein seine Gewährleistungsansprüche, da die Sache als genehmigt gilt.[76] Anders verhält es sich nur, wenn die Verkäuferin den Käufer absichtlich getäuscht hat (Art. 203 OR).[77]

[39] Wie schon Bucher in seinem bedeutenden Aufsatz 1971 zum «*benachteiligten Käufer*»[78] unterstrich, kann Art. 201 OR in praktischer Hinsicht das Schicksal vieler berechtigter Gewährleistungsansprüche negativ entscheiden, nur weil der Mangel nicht rechtzeitig gerügt wurde. Das

69 Siehe unten III/2.

70 Kritisch zur geltenden Gefahrtragungsregelung Marchand (Fn. 27), 192 ff.; Atamer/Eggen (Fn. 21), 734 ff.

71 Vgl. Van Gool/Michel (Fn. 45), 142: «*Sellers and, indirectly, producers want to avoid that non-conformities manifest themselves during this period, given the high risk of ensuing liability. Because of this, it can be argued that even a one- or two-year presumption period is insufficient for many goods with longer lifespans*». S. auch Atamer (Fn. 6), 298. Vgl. aber Ecoplan/Heselhaus/Carbotech (Fn. 56), 42.

72 Vgl. Atamer (Fn. 6), 298.

73 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2625 ff.

74 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2627 ff.

75 S. auch Huguenin (Fn. 7), Rn. 2629–2631.

76 S. auch Atamer/Eggen (Fn. 21), 763.

77 Huguenin (Fn. 7), Rn. 2620.

78 Eugen Bucher, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, 1 ff.; vgl. auch Eugen Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht, ZSR/RDS Band 102 (1983) II, 251–383, 342 ff.

Bundesgericht hat diese Frist wiederholt mit nur sieben Tagen sehr kurz berechnet[79] und zum ersten Mal im Jahr 2019 eine Lockerung seiner Praxis angedeutet.[80]

[40] Der bundesrätlich vorgeschlagene Verzicht auf eine sofortige Rügepflicht ist in dieser Hinsicht sehr zu begrüssen.[81] Eine Änderung müsste jedoch die Bedürfnisse unterschiedlicher Vertragsparteien berücksichtigen. Für B2C Kaufverträge sollte prinzipiell auf eine Untersuchungsobliegenheit verzichtet werden. Diese lässt sich in Europa nicht mehr finden.[82] Weiter stellt sich die Frage, ob der Verlängerung der Rügefrist im B2C Verhältnis nicht eine vollständige Aufgabe auch der Rügeobliegenheit vorzuziehen wäre.[83] Verschiedene EU-Mitgliedstaaten haben gänzlich auf die Statuierung des Erfordernisses einer Mangelrüge verzichtet, da Art. 12 WKRL ihnen diesen Freiraum lässt.[84] Dieser Ansatz erscheint insbesondere prüfenswert, da eine Grosszahl von Käufern sich kaum dessen bewusst ist, dass sie ihre Rechtsposition bereits dadurch einbüssen, dass sie einen Mangel nicht im Anschluss an dessen Feststellung rügen. Sollte hingegen eine Rügefrist beibehalten werden, so muss diese mindestens zwei Monate betragen.

[41] Auch für B2B Verträge könnte diese Revision jedoch zum Anlass genommen werden, wenigstens das Erfordernis der «sofortigen» Anzeige aufzulockern und stattdessen eine parallele Bestimmung zu Art. 39 CISG einzuführen. Gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG verliert der Käufer seine Rechte erst, wenn er die Vertragswidrigkeit der Ware nicht in «angemessener Frist» nach dem Zeitpunkt rügt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen. Die «angemessene» Frist erlaubt es dem Richter, die nötige Flexibilität je nach Vertragsgegenstand zu zeigen. Ein weitergehender Schutz für die Verkäuferin wäre sogar dadurch gewährleistet, dass nicht nur die Feststellung des Mangels, sondern auch die fahrlässige Nichtfeststellung den Ablauf der Frist auslösen würde.

5. Verjährungsfrist

Vorschlag des Bundesrates: Verzicht auf eine Anpassung.

79 Urteil des Bundesgerichts 4C.82/2004 vom 3. Mai 2004 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007 E. 4.2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.5; Urteil des Bundesgerichts 4A_252/2010 vom 25. November 2010 E. 6.4; Urteil des Bundesgerichts 4C.143/1996 vom 12. November 1996 E. 2d.

80 Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.2: «*Es trifft zu, dass in diesem und weiteren Entscheiden ausgeführt wurde, das Bundesgericht erachte eine siebentägige Rügefrist grundsätzlich als angemessen* […] *bzw. es wurde eine Erklärungsfrist von ‹etwa einer Woche› zugestanden* […], *wobei es sich im letztgenannten Urteil um einen sich fortentwickelnden Schaden handelte. Konkret spielte diese allgemeine Formulierung dann aber oft keine Rolle, da es nicht um Sachverhalte ging, bei denen diese Frist knapp überschritten und deshalb die Rüge als verspätet bezeichnet worden wäre.* […] *gleichzeitig wurde aber auf die Lehre hingewiesen, welche für eine grosszügigere Handhabung der Rügefrist plädiert und festgehalten, bei der Anwendung solle man eine gewisse Flexibilität (‹souplesse›) an den Tag legen* […]. *In der Tat erachtet insbesondere die neuere Lehre die bundesgerichtliche Rechtsprechung als streng (bzw. als zu streng) und betont zu Recht, dass es keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt* […]».

81 So auch Sebastian Heselhaus/Walter Fellmann, Beilageband A im Rahmen der RFA zum Gewährleistungsrecht: Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Luzern 2022, 94.

82 Atamer/Hermdas (Fn. 10), 58; vgl. auch EuGH, 4. Juni 2015, *Faber*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, Rn. 60 f.

83 Atamer/Eggen (Fn. 21), 764 f.; vgl. Heselhaus/Fellmann (Fn. 81), 83.

84 Vgl. Heselhaus/Fellmann (Fn. 81), 93 f.

[42] Wie oben schon in Bezug auf das Haltbarkeitserfordernis erwähnt wurde,[85] sieht der EU Gesetzgeber zurzeit keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren vor.[86] Entsprechend ist die Entscheidung des Bundesrates, Art. 210 Abs. 1 OR in der gegenwärtigen Form zu belassen, durchaus nachvollziehbar.[87] Doch auch wenn die Zweijahresfrist beibehalten werden sollte, wären die folgenden Anpassungen von Art. 210 OR für B2C Geschäfte zumindest zu erwägen.

5.1. Ablauf der Verjährungsfrist

[43] Die WKRL überlässt es den Mitgliedstaaten, wie sie die Gewährleistungsfrist von Art. 10 WKRL in ihren nationalen Ordnungen umsetzen, insbesondere ob die Gewährleistungsfrist als Verjährungsfrist ausgestaltet wird oder nicht.[88] Unabhängig von der konkreten nationalen Regelung muss dem Verbraucher jedoch stets die Möglichkeit gegeben werden, die zwei Jahre netto zu nutzen. Auch am letzten Tag der Frist muss somit noch eine rechtswahrende Mangelrüge stattfinden dürfen.[89] Insbesondere Regelungen in Mitgliedstaaten, die die Frist als Verjährungsfrist vorsehen und somit dem Verbraucher auferlegen, in dieser Frist z.B. durch Klageerhebung die Verjährung zu unterbrechen, widersprechen EU-Recht.[90] Dies wurde in Art. 10 Abs. 4 WKRL nun explizit festgehalten. Entsprechend haben die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften angepasst. Während in Österreich das Verbrauchergewährleistungsgesetz in § 10 die Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre festlegt, besagt § 28, dass die Rechte des Verbrauchers aus der Gewährleistung sowie die Ansprüche aus einer Preisminderung oder Vertragsauflösung drei Monate nach Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist verjähren. Der deutsche Gesetzgeber hat es hingegen vorgezogen, mit einer Verjährungsfrist mit Ablaufhemmung zu arbeiten.[91] Gemäss § 475e BGB tritt die Verjährung nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat – vorausgesetzt, dass sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist zeigt. Damit auch im schweizerischen Recht der Käufer seine Rechte für einen Mangel, der am letzten Tag der zwei Jahre auftritt, nutzen kann, sollte eine parallele Bestimmung (3–4 Monate zusätzliche Frist) in Art. 210 OR eingeführt werden.

5.2. Wirkung der Nacherfüllung

[44] Eine wichtige Frage, die in der WKRL offengelassen wurde, ist die Wirkung der Nacherfüllung auf die laufende Verjährungsfrist. In Deutschland wurde z.B. in § 475e Abs. 4 BGB neu für B2C Kaufverträge vorgesehen, dass die Verjährung im Falle einer Nacherfüllung nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem die nachgebesserte oder ersetzte Ware dem Verbraucher übergeben wurde. Dadurch soll es dem Verbraucher auf jeden Fall mög-

85 Siehe oben II/2.5.

86 Die Mitgliedstaaten sind jedoch frei, längere Fristen vorzusehen (Art. 10 Abs. 3 WKRL). Vgl. dazu Atamer (Fn. 6), 295 ff.; Van Gool/Michel (Fn. 45), 141.

87 Vgl. auch Ecoplan/Heselhaus/Carbotech (Fn. 56), 42.

88 WKRL (Fn. 9), Erw. 42.

89 WKRL (Fn. 9), Erw. 42 in fine.

90 Vgl. EuGH, 13.7.2017, *Ferenschild*, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541, Rn. 34 ff.

91 Faust (Fn. 18), § 475e, Rn. 9 ff.

lich sein, zu prüfen, ob der Mangel behoben ist, bevor die Verjährungsfrist abläuft.[92] Eine weitere Möglichkeit, die auch im B2B Verhältnis gilt, ist der Neubeginn der Frist wegen Anerkenntnis gemäss § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB.[93] Auch die Hemmung der Verjährung gemäss § 203 BGB käme in Frage, falls die Parteien in Verhandlungen bezüglich des Anspruchs treten.[94]

[45] Ob die gleichen Gedanken für das schweizerische Recht fruchtbar gemacht werden können, ist offen. Die tatsächliche Rücknahme der Sache zum Zwecke der Reparatur bzw. Ersatzlieferung könnte als schlüssige Schuldanerkenntnis der Verkäuferin angesehen werden,[95] die geeignet ist, die Verjährung nach Art. 135 Ziff. 1 OR in Bezug auf den betreffenden Mangel zu unterbrechen.[96] Diesfalls würde eine neue zweijährige Verjährungsfrist zu laufen anfangen (Art. 137 Abs. 1 OR).[97] Ein Stillstand der Verjährungsfrist erscheint anders als im deutschen Recht fraglich, da Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR nur bei Vergleichsgesprächen bzw. einem aussergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zum Zuge kommt. Aufgrund dieser Unsicherheiten wäre es zu empfehlen, die Wirkung einer Nacherfüllung auf die Verjährungsfrist ausdrücklich in Art. 210 OR zu regulieren.

5.3. Wirkung von Reparatur und Ersatzlieferung

[46] Eine weitere offene Frage ist, ob sich die Verjährungsfrist wegen einer erfolgten Reparatur bzw. Ersatzlieferung verlängert bzw. ob eine neue Frist anfängt zu laufen. Auch hier sind die EU-Mitgliedstaaten unterschiedliche Wege gegangen.[98] In Frankreich z.B. verlängert sich die Frist mit Reparatur der mangelhaften Ware automatisch um sechs Monate. Sollte der Konsument Reparatur verlangen, doch die Verkäuferin es vorziehen, die Sache umzutauschen, dann beginnt mit der Übergabe sogar eine neue Frist (Art. L217-13 CCons). In Portugal haftet die Verkäuferin bei Ersatzlieferung für eine neue Frist von drei Jahren (Art. 18 Abs. 6 Decreto-Lei n.ž 84/2021) und der Käufer bekommt eine zusätzliche Garantiefrist von jeweils sechs Monaten für jede Reparatur mit einem Maximum für vier Reparaturen (Art. 18 Abs. 4 Decreto-Lei n.ž 84/2021). In Spanien sieht das Gesetz eine zusätzliche Frist von einem Jahr ab Nacherfüllung vor, falls es sich um dieselbe Vertragswidrigkeit handelt (Art. 122 TR-LGDCU). Gerade wenn man bedenkt, dass momentan in der EU das Recht auf Reparatur als vorrangiger Rechtsbehelf eingeführt werden könnte,[99] erscheint eine daran anschliessende Verlängerung der Verjährungsfrist besonders

---

92 Tobias Brönneke/Ralph Schmitt/Andreas Willburger, Warenkauf – Kaufrechtlicher Mangelbegriff und Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht, in: Brönneke/Föhlisch/Tonner (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Baden-Baden 2022, § 4, Rn. 86.

93 Stephan Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065, 2072; Faust (Fn. 18), § 438, Rn. 60.

94 Faust (Fn. 18), § 438, Rn. 61.

95 Vgl. bzgl. der Möglichkeit einer Schuldanerkennung durch schlüssige Handlungen Pascal Pichonnaz, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire Romand, Art. 1–529 CO, 3. Auflage, Basel 2021, Art. 135 Rn. 8 m.w.H; vgl. BGE 121 III 270 E. 3c und Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014 E. 4.1: «*Savoir si une dette a été reconnue se détermine d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce. Constitue un comportement concluant le fait pour l'entrepreneur de procéder à la réfection requise de l'ouvrage* [...]».

96 Hans Giger, Berner Kommentar, Band IV: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Bern 1979, Art. 210, Rn. 15; vgl. auch BGE 96 II 181 E. 3b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014 E. 4.1.

97 Vgl. im Zusammenhang mit der (alten) Jahresfrist von Art. 210 OR, BK OR-Giger (Fn. 96), Art. 210, Rn. 32.

98 Siehe dazu Atamer (Fn. 6), 298 f.

99 Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules promoting the repair of goods and amending Regulation (EU) 2017/2394, Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2020/1828, 22.

wichtig. Diese könnte sogar als Anreizfaktor vom Gesetzgeber eingesetzt werden. Sollte z.B. nach einer Reparatur die Verkäuferin ein zusätzliches Jahr haften, dürften Konsumenten dieses Recht vermehrt nutzen wollen.[100]

5.4. Verjährung für gebrauchte Waren

[47] Gemäss Art. 10 Abs. 6 WKRL können die EU-Mitgliedstaaten im Falle von gebrauchten Waren vorsehen, dass sich Verkäuferin und Verbraucher auf kürzere Gewährleistungs- oder Verjährungsfristen einigen können, wobei diese kürzeren Fristen ein Jahr nicht unterschreiten dürfen.[101] Auch im schweizerischen Recht gilt für gebrauchte Gegenstände in B2C Beziehungen die zwingende Untergrenze von einem Jahr (vgl. Art. 210 Abs. 4 lit. a OR). Eine solche vertragliche Verkürzungsmöglichkeit der Verjährungsfrist bei second-hand Gütern erscheint hingegen gerade in Hinsicht auf die Bestrebungen in Richtung einer Kreislaufwirtschaft als verfehlt. Bereits heute werden auf diversen Webseiten wie z.B. «Amazon refurbished»[102] «generalüberholte» Güter zum Verkauf angeboten. Diese werden teilweise durch Demontage, Reinigung, Reparatur und Ersatz defekter Teile durch neue oder alte Teile so wiederhergestellt, dass die ursprüngliche Qualität gewährleistet ist.[103] Eine zwingende Verjährungsfrist von zwei Jahren für B2C Verträge wenigstens bzgl. überholter Güter würde das Vertrauen in diese Güter stärken und könnte den Absatz ankurbeln.[104]

5.5. Güter mit digitalen Elementen

[48] Weisen Güter digitale Elemente auf, müssen letztere gestützt auf die Erwartungen des Käufers bisweilen für eine längere Dauer als die zweijährige Verjährungsfrist angeboten werden. Neben Sicherheitsaktualisierungen ist auch an die andauernde Erbringung eigentlicher Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kaufgegenstand zu denken. Insbesondere ist den Käufern die Nutzung der digitalen Elemente über eine Vernetzung mit der IT-Umgebung des jeweiligen Anbieters zu ermöglichen. Diese Umgebung beinhaltet neben der Anwendungssoftware auch die darunterliegenden Dienstprogramme, Rechen- und Speicherleistungen sowie Netzwerkkompo-

März 2023, COM(2023) 155 final («EU-Reparatur-Richtlinie»); s. für eine Auswertung der Vorschläge Atamer/Augenhofer/Küter/Poudniak Gierz, Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM (2023) 155 final), abrufbar unter https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf, 9 ff.

100 Vgl. Elias Van Gool/Anaïs Michel/Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn, Public consultation as regards the Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse initiative, KU Leuven, CCM, 2022, 3: «*Suspending, interrupting and extending the guarantee period prolong the protection given to consumers in case of non-conformity, with all the benefits that it brings in terms of sustainability. But more than that, it can counterbalance the drawbacks associated with (lengthy) repair procedures and reflect the circular value of a repaired good*».

101 Atamer/Hermidas (Fn. 10), 59.

102 https://www.amazon.de/Zertifiziert-Generalueberholt/b?ie=UTF8&node=10676131031&language=de_DE; vgl. auch https://www.apple.com/ch-de/shop/refurbished/about.

103 Marco B. M. Loos, Furthering Sustainability by Developing Specific Provisions for the Sale of Secondhand Goods, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law Challenges in the 21st Century, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2023, 142 f.; Atamer/Grundmann (Fn. 3), 9 f.

104 Van Gool/Michel (Fn. 45), 138.

nenten.[105] Die rechtliche Qualifikation dieser Vertragselemente ist umstritten.[106] Klarheit besteht immerhin darüber, dass die Leistungserbringung auch nach der Übergabe des Kaufgegenstandes erfolgen soll und über die blosse Aktualisierung des geschuldeten Leistungsgegenstandes hinausgeht.[107] Geschuldet sind nicht lediglich Updates der eingesetzten Software, sondern die Erbringung der Dienste als solche zu Gunsten der Vertragspartner. Für sämtliche dieser Leistungselemente kann die Verjährungsfrist für eine Mängelhaftung nicht ab Lieferung der Ware anfangen und auch nicht vor Ablauf des Bereitstellungs- bzw. Aktualisierungszeitraums enden. Deswegen hat z.B. der deutsche Gesetzgeber in § 475e Abs. 1 BGB vorgesehen, dass im Fall der dauerhaften Bereitstellung digitaler Elemente Ansprüche der Käuferin wegen eines Mangels an den digitalen Elementen nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums verjähren. Parallel ist die Lage bezüglich Ansprüche aus der Verletzung einer Aktualisierungspflicht geregelt. Diese verjähren gemäss § 475e Abs. 2 BGB nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht, der sich gemäss § 475b Abs. 3 bzw. 4 BGB bestimmt. Die Verjährung von Ansprüchen kann somit erst nach Ende des für die Bereitstellung vorgesehenen Zeitraums beginnen. Ob man diesfalls dem Verbraucher eine volle Zwei-Jahres-Frist oder wie in Deutschland nur eine Frist von einem Jahr zuerkennen möchte, müsste vom Gesetzgeber entschieden werden.

6. Rechtsbehelfe des Käufers

Vorschlag des Bundesrates: Einführung eines Rechts auf Nachbesserung bei Mängeln an der Kaufsache.

[49] Der Vorschlag, dem Käufer mangelhafter Ware ein Recht auf Nachbesserung zu geben, ist zu unterstützen – und zwar für B2B sowie für B2C Verträge. Unter dem UN-Kaufrecht hat der Käufer schon seit 1980 das Recht, Nachbesserung zu verlangen (Art. 46 Abs. 3 CISG). Das Recht ist inzwischen in fast allen europäischen Kaufrechtsordnungen zu finden.[108] Gerade auch vor dem Hintergrund der Nachhaltigkeitsbestrebungen steht das Recht auf Reparatur heute stark im Rampenlicht. Bei einer Revision müsste deshalb auch in Erwägung gezogen werden, ob diesem Rechtsbehelf Vorrang vor den anderen Rechtsbehelfen gegeben werden sollte. Dies ist z.B. der Ansatz der vorgeschlagenen EU-Reparatur-Richtlinie.[109] Die WKRL legt noch fest, dass die Nacherfüllung (Reparatur bzw. Nachlieferung) als erste Stufe der Rechtsbehelfe genutzt werden muss und Rücktritt bzw. Minderung grundsätzlich nur möglich sind, falls die Nacherfüllung nicht erfolgreich ist. Mit einer Umsetzung der vorgeschlagenen EU-Reparatur-Richtlinie würde der Käufer-

105 Mirjam Eggen, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, SZW 2019, 358, 361.

106 Mirjam Eggen, Digitales Vertragsrecht, in: Jusletter vom 2. Dezember 2019, Rn. 43 ff.; zur rechtlichen Einordnung von SaaS-Verträgen im Allgemeinen vgl. Dies., Vertragsfreiheit in der Wolke, Eine obligationenrechtliche Einordnung von SaaS-Verträgen, AJP/PJA 2021, 577–592.

107 Im deutschen Recht vgl. dazu etwa § 375c Abs. 1 BGB.

108 Atamer/Eggen (Fn. 21), 766 f. Vgl. zur Lage vor der VGKRL Andreas Schwartze, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Tübingen 2000, 137 ff.; rechtsvergleichend Ingeborg Schwenzer/Edgardo Muñoz, Global Sales and Contract Law, 2. Aufl., Oxford 2022, § 43.15 ff.

109 Vorschlag EU-Reparatur-Richtlinie (Fn. 99) Art. 12. Vgl die Kritik in European Law Institute (Fn. 99), 13 ff. Vgl. auch Ecoplan/Heselhaus/Carbotech (Fn. 56), 18.

Konsument dagegen stets zuerst das Recht auf Reparatur nutzen müssen, solange die Kosten im Vergleich zu einer Nachlieferung gleich hoch bzw. niedriger sind.

[50] Weiter ist auch eine Priorisierung der Minderung aus Sicht der Kreislaufwirtschaft denkbar, da diesfalls der Käufer die mangelhafte Sache bewahrt, aber durch eine Preisanpassung das gestörte Synallagma wieder hergestellt wird.[110] Tatsächlich würde diese Hierarchie der Rechtsbehelfe genau dem System des UN-Kaufrechts entsprechen: der Anspruch auf Nachbesserung und das Recht, zu mindern (Art. 50 CISG), sind immer gegeben; der Anspruch auf Ersatzlieferung (Art. 46 Abs. 2 CISG) bzw. das Recht, den Vertrag aufzuheben (Art. 49 CISG), sind nur dann gegeben, wenn die Vertragsverletzung eine wesentliche darstellt.[111]

[51] Die Rechtsbehelfe des geltenden Obligationenrechts sind aber auch sonst anpassungsbedürftig. Erstens ist dem Käufer nicht nur bei Gattungsschulden (Art. 206 OR), sondern auch bei Stückschulden ein Anspruch auf Nacherfüllung einzuräumen. Stück- und Gattungsschulden sind schon lange nicht mehr vorbestimmte Kategorien und müssen nach dem Parteiwillen in jedem Kaufvertrag neu definiert werden.[112] Weiter ist die Entscheidung, ob der Mangel mit einer Ersatzlieferung oder einer Nachbesserung behoben werden soll, grundsätzlich der Verkäuferin zuzuweisen. Diese kann meist besser als der Käufer abschätzen, welche Form der Nacherfüllung kosten- und zeitsparender ist.[113] Die Verkäuferin müsste in dieser Entscheidung jedoch gesetzliche Vorgaben bezüglich der Reparatur berücksichtigen. Sinnvoll erscheint es auch, das Recht auf Wandlung durch ein klassisches Rücktrittsrecht im Sinne eines Gestaltungsrechts zu ersetzen und die Wesentlichkeitsschwelle des UN-Kaufrechts für den Rücktritt einzuführen. So könnte auch der systemfremde Eingriff des Richters in das Wahlrecht des Käufers in Art. 205 Abs. 2 OR verhindert werden.[114]

7. Schadenersatzansprüche

Vorschlag des Bundesrates: Neuordnung des Anspruchs auf Schadenersatz, insbesondere Klärung der Haftung für Mangelfolgeschäden.

[52] Die Regelung im geltenden OR zum Schadenersatzanspruch des Käufers ist lückenhaft und uneinheitlich.[115] Der Schadenersatzanspruch wird in Art. 208 OR nur für den Fall des Rücktritts (bzw. der Wandelung) geregelt, hingegen für die Rechtsbehelfe der Ersatzleistung bzw. Minderung offengelassen. Die Frage, ob Art. 208 OR auch in diesen Fällen analog herangezogen werden kann, wird in Rechtsprechung und Lehre uneinheitlich beantwortet. Während das Bundesgericht eine analoge Anwendung ausschliesst und die Parteien für den Schadenersatz auf Art. 97 ff. OR

110 Atamer/Grundmann (Fn. 3), 37; European Law Institute (Fn. 99), 19.

111 Ulrich Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, München 2019, Art. 25 Rn. 5.

112 Vgl. dazu Yeşim M. Atamer/Jan Küng, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung – Wie viel Freiheit braucht es?, AJP/PJA 2021, 1093, 1094 f.

113 Im Ergebnis ähnlich Art. 48 CISG, wonach der Verkäuferin ein Recht auf Nacherfüllung eingeräumt wird.

114 Für weitere Vorschläge vgl. Atamer/Eggen (Fn. 21), 765 ff.

115 Vgl. ausführlicher Atamer/Eggen (Fn. 21), 768 ff.

verweist,[116] sprechen sich Stimmen in der Lehre für eine analoge Anwendung von Art. 208 OR aus.[117] Da Art. 208 Abs. 2 OR für «unmittelbar» durch den Mangel verursachte Schäden eine Kausalhaftung vorsieht,[118] für den «weitern Schaden» dagegen in Abs. 3 festhält, dass sich der Schuldner bei fehlendem Verschulden entlasten kann, ist es besonders wichtig, explizit festzulegen, ob Art. 208 auch bei der Nutzung anderer Rechtsbehelfe zum Zuge kommt. Fraglich ist aber auch, ob die Unterteilung[119] zwischen unmittelbaren und weiteren Schäden für den Rücktritt überhaupt noch weitergeführt werden sollte oder nicht stattdessen durchgehend für alle Schadensposten und für alle Rechtsbehelfe eine Kausalhaftung[120] oder eine Verschuldenshaftung eingeführt werden sollte. Der Vorschlag des Bundesrates, den Schadenersatzanspruch im Rahmen des Gewährleistungsrechts neu zu ordnen, ist somit zu unterstützen.

8. Regress der Endverkäuferin

Vorschlag des Bundesrates: Partielle Klärung der Regressrechte innerhalb der Vertragskette.

[53] Das gegenwärtige Kaufrecht konzentriert sich, wie auch die meisten anderen Verträge in der zweiten Abteilung des OR, nur auf die Beziehung zwischen den Parteien, d.h. der Verkäuferin und dem Käufer. Dies ist eine Folge der Relativität der Schuldverhältnisse, d.h. dass Verträge in der Regel nur Rechte und Pflichten zwischen den Parteien begründen können. Problematisch ist beim Kaufvertrag jedoch, dass die Verkäuferin, die den Mangel beheben oder die finanziellen Folgen einer Minderung oder eines Rücktritts ertragen muss, nicht selten die Vertragswidrigkeit nicht einmal erkennen, geschweige denn diese vermeiden kann. Sie ist in der modernen Absatzkette «nur» die Endverkäuferin, die von anderen produzierte, und in diesem Fall mangelhafte Ware weiterverkauft. Je weiter der Rahmen der Einstandspflicht der Endverkäuferin bestimmt wird, desto wichtiger wird die Regressmöglichkeit gegen ihre Lieferantin – die wiederum nicht zwingend die Produzentin sein muss. Der Regress wird nach den kaufrechtlichen Bestimmungen erfolgen, d.h. oft wird dieser wegen Ablaufs der Verjährungsfrist oder der Prüf- und Rügefristen in dem Liefervertrag nicht mehr möglich sein. Dies kann zur Folge haben, dass die Letztverkäuferin das gesamte Risiko der Mangelhaftigkeit der Ware tragen muss, obwohl sie den Mangel gar nicht zu vertreten hat.

[54] Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, hat der europäische Gesetzgeber in Art. 18 WKRL (und zuvor in Art. 4 VGKRL) ein Rückgriffsrecht des Letztverkäufers festgehalten. Die diesbezüglichen Details dürfen aber durch die Mitgliedstaaten relativ frei bestimmt wer-

116 BGE 107 II 161 E. 7a S. 165 f.; 133 III 335 E. 2.4.1 S. 338 f.; so auch BSK OR I-Honsell (Fn. 2), Art. 208 Rn. 6; Markus Müller-Chen, in: Müller-Chen/Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 208, Rn. 10 (zitiert als CHK-Autor).

117 BK-Giger (Fn. 96), Art. 208, Rn. 55 f.; Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Auflage, Zürich 1995, 93 f. und 95 f.; Schmid/Stöckli/Krauskopf (Fn. 12), Rn. 419; Fabian Wäger, Das Minderungsrecht infolge Vertragsverletzung, Dissertation Zürich 2010, Rn. 54, Fn. 40.

118 So auch Art. 195 Abs. 1 und 2 OR für die Rechtsgewährleistung.

119 Zur geschichtlichen Aufarbeitung dieser Unterteilung vgl. Willi Fischer, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Dissertation Zürich 1985.

120 So z.B. Yeşim M. Atamer, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR/RDS Band 130 (2011) I Heft 4, 449, passim.

den.[121] Der Bundesrat stellt fest, dass «*die Einführung eines Regressrechts als solches im schweizerischen Recht [...] nicht erforderlich ist*» und schlägt vor, die Verjährungsproblematik anzugehen, in dem eine zusätzliche Verjährungsfrist für die Verkäuferin und jede Lieferantin in der Vertragskette eingeführt wird, die ab dem Zeitpunkt, ab dem sie ihre Gewährleistungspflichten gegenüber ihren Käufer erfüllt hat, anfängt zu laufen.[122] Das österreichische Modell,[123] das eine relative zusätzliche Verjährungsfrist von drei Monaten und eine Maximalfrist von fünf Jahren ab Abschluss des jeweiligen Vertrags vorsieht (§ 933b ABGB), wird vom Bundesrat favorisiert. Dieser Ansatz ist sicherlich vertretbar und würde für das schweizerische Recht eine wichtige Reform bedeuten. Zu empfehlen ist jedoch, dass diese zusätzliche Verjährungsfrist nicht wie in § 933b Abs. 1 ABGB nur dann zuerkannt wird, wenn der letzte Käufer ein Verbraucher ist. Denn Regressprobleme tauchen genauso in Verträgen auf, in denen der letzte Käufer ein Unternehmer ist. Die seit 2018 in Deutschland vorgezogene Lösung in §§ 445a-b BGB für alle Absatzketten, unabhängig vom Letztkäufer, den Regress zu erleichtern, stellt deshalb eine bessere Lösung dar.[124]

9. Zwingende Ausgestaltung der B2C Bestimmungen

Vorschlag des Bundesrates: Gewährleistungsrecht ist für B2C Verhältnisse zwingend auszugestalten.

[55] Die Haftung der Verkäuferin für Vertragswidrigkeiten greift dann nicht, wenn sie zuvor wegbedungen worden ist. Dies geschieht in der Praxis oft durch Freizeichnungsklauseln in den AGB. Aufgrund der dispositiven Natur der gesetzlichen Vorschriften über die Mängelhaftung ist eine ganze oder teilweise Wegbedingung der Verkäuferhaftung im schweizerischen Recht grundsätzlich möglich.[125] Dadurch ist es in der Praxis zumeist gerade der Konsument, welcher wegen fehlender Marktmacht kaum Einfluss auf die AGB hat, der in seiner Position durch solche Freizeichnungsklauseln empfindlich geschwächt wird. Zur Lösung dieses Problems bieten sich zwei Möglichkeiten an:[126] entweder kann man für B2C Kaufverträge, wie auch in Art. 21 WKRL vorgesehen, die Gewährleistungsbestimmungen zwingend gestalten, so dass eine vertragliche Beschränkung – auch in einem ausgehandelten Vertrag – nicht möglich ist, oder man verbietet «nur» einen Haftungsausschluss in AGB. Die zweite Variante ist überzeugender, da sie den Parteien für die – zugegebenermassen seltenen – Fälle eines ausgehandelten Vertrages eine gewisse Freiheit belässt. Doch muss diesfalls auch die Inhaltskontrolle von AGB in der Schweiz konsequenter

121 Vgl. zu den unterschiedlichen Modellen Martin Ebers/André Janssen/Olaf Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, passim; Yeşim M. Atamer/Cyrill Chevalley, Mängelhaftung und Regress – Eine Herausforderung für Händler?, in: Albers/Hamann (Hrsg.), Handel im Wandel, erscheint 2024.

122 BR-Bericht (Fn. 2), 31.

123 Vgl. zur Revision von § 933b ABGB im Jahr 2021 Andreas Kletečka/Uwe Neumayr, Rückgriff und Neuerungen im KSchG, ÖJZ 2022/21, 149 ff.; Ulrich Krenmayr/Michael Moser, Der neue Händlerregress – Überblick und Praxisfragen, JBL 2022, 617 ff.

124 Vgl. zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung Faust (Fn. 18), § 445a, Rn. 6 ff.

125 Vgl. dazu, dass die gesetzgeberische Entscheidung, eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre in B2C-Verträgen zu verbieten (Art. 210 Abs. 4 OR), hingegen die Möglichkeit offen zu lassen, kaufrechtliche Gewährleistungsrechte praktisch vollständig gemäss Art. 199 OR wegzubedingen, einen Wertungswiderspruch bildet Ernst A. Kramer, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, recht 2013, 52; Atamer/Eggen (Fn. 21), 773. Vgl. auch Alessia Dedual, Kaufrechtliche Verjährung contra legem?, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, St. Gallen 2013, 75 ff.

126 Vgl. dazu Atamer/Küng (Fn. 112), 1109 f.

durchgesetzt werden.[127] Dafür wäre es von grosser Bedeutung, dass der Gesetzgeber eine Liste von sogenannten grauen (nach richterlichem Ermessen zu beurteilenden) bzw. schwarzen (verbotenen) AGB-Klauseln einführen würde.[128] Ein Ausschluss bzw. eine Begrenzung der Gewährleistungsrechte könnte diesfalls in den schwarzen Klauseln aufgenommen werden. Ein Alternative wäre, in Art. 210 OR für B2C Kaufverträge die Nutzung solcher Klauseln in AGBs zu verbieten (so z.B. auch in Art. 141 Abs. 1bis bzw. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR).

III. Komplementäre Reformvorschläge

1. Definition des Konsumenten

[56] Wie auch vom Bundesrat festgestellt wird, wären manche Revisionen des schweizerischen Kaufrechts nur für B2C Kaufverträge relevant. Deswegen bräuchte es eine Definition von Konsumenten bzw. Konsumentengeschäften. Wie problematisch eine fehlende Bestimmung sein kann, zeigt die Gerichtspraxis zu Art. 8 UWG.[129] Eine parallele Regelung, wie sie z.B. mit § 13 BGB in Deutschland eingeführt wurde, würde auch für die schweizerische Praxis die erwartete Klärung bringen. Eine Anpassung der Definition an die nun schon über 30 Jahre in der EU genutzte Begriffsbestimmung wäre dabei zentral. Gestützt darauf ist ein Konsument jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschliesst, die ausserhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.[130] Den Konsumentenschutz auf Verträge über «*Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind*» zu beschränken, wie es in Art. 32 ZPO bzw. Art. 120 IPRG der Fall ist, läuft hingegen allen Erfahrungen und Erwartungen im Konsumentenschutz entgegen. Die vorgeschlagene (negative) Definition ist mit Art. 3 KKG, Art. 15 Abs. 1 LugÜ sowie Art. 2 Abs. 2 PBV im schweizerischen Recht zudem bereits fest verankert.[131]

2. Anpassung Art. 185 OR (Gefahrtragung)

[57] Eine zweite wichtige Änderung müsste im Bereich des Gefahrübergangs stattfinden. Die kaufrechtliche Gefahrtragung in Art. 185 Abs. 1 OR widerspricht dem Gedanken, dass Sachherrschaft und Verlustrisiko in der Regel zusammenfallen sollten – dies sowohl in B2B wie auch in B2C Verhältnissen.[132] Ein Übergang der Gefahr mit Vertragsschluss, obwohl die Sache noch im

127 Dazu Hug (Fn. 5), Rn. 1754 ff.

128 Vgl. § 308 und § 309 BGB; Art. 6:236 und 6:237 Burgerlijk Wetboek (Niederlande). Vgl. auch § 6 Konsumentenschutzgesetz Österreich.

129 Vgl. zu dieser Diskussion Helmut Heiss, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Kommentar zum UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 8 N. 99 ff. Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2019 vom 29. August 2019 E. 1.4; vgl. Urteil des Handelsgericht Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023 E. 7.3.4.1, wonach als Konsument jede natürliche Person zu qualifizieren ist, die einen Vertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann; dabei kommt es eben gerade nicht darauf an, ob es sich um Leistungen des üblichen Bedarfs handelt.

130 Vgl. z.B. Art. 4 lit. 2 WKRL. Vgl. auch Dario Hug, La notion de consommateur: un ectoplasme juridique?, in: Jusletter vom 29. März 2021, Rn. 71.

131 Ausführlich dazu Hug (Fn. 5), Rn. 678 ff.

132 Atamer/eggen (Fn. 21), 745.

Herrschaftsbereich der Verkäuferin ist, benachteiligt den Käufer und stört das Synallagma. Die Bestimmung wird in der Lehre überwiegend kritisiert.[133] Sie entspricht auch nicht den Bestimmungen des UN-Kaufrechts für den internationalen Kaufvertrag (Art. 66–69 CISG) und verursacht somit eine Diskrepanz bezüglich des Gefahrübergangs in der Absatzkette. Deswegen sollte in einer Revision vorgesehen werden, dass der Käufer den vollen Kaufpreis erst schuldet, wenn ihm oder einem unabhängigen Transporteur die Ware übergeben worden ist oder er sich im Annahmeverzug befindet.[134]

[58] Weiter müsste für B2C Verhältnisse eine Sonderregelung in Art. 185 OR aufgenommen werden. So besagt in der EU Art. 20 Verbraucherrechte-Richtlinie[135], dass bei «*Verträgen, bei denen der Unternehmer die Waren an den Verbraucher versendet, [...] das Risiko für einen Verlust oder eine Beschädigung der Waren auf den Verbraucher über[geht], wenn er oder ein vom Verbraucher benannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, die Waren in Besitz genommen hat. Unbeschadet der Rechte des Verbrauchers gegenüber dem Beförderer geht das Risiko mit der Übergabe an den Beförderer jedoch auf den Verbraucher über, wenn der Beförderer vom Verbraucher mit der Beförderung der Waren beauftragt wurde und diese Option nicht vom Unternehmer angeboten wurde*.»

[59] Die genaue Bestimmung des Lieferzeitpunkts ist insbesondere deshalb von besonderer Bedeutung, da für die Mangelhaftigkeit der Ware ihr Zustand zu diesem Moment ausschlaggebend sein wird. Wird die Ware, wie heute in den meisten Fällen, zum Konsumenten transportiert, so sieht das EU-Recht vor, dass in der Regel erst mit der Übergabe an den Konsumenten die Lieferung stattfindet und nicht wie in B2B Verträgen mit der Übergabe an den Transporteur. Diese Gefahrverteilung ist auch ökonomisch gesehen sinnvoll, da Verkäuferinnen, die Fernabsatzmethoden nutzen, ein Netz von Beförderern haben, täglich eine Mehrzahl von Beförderungsverträgen abschliessen, die Risiken solcher Beförderungen und deren Häufigkeit statistisch erfassen und dementsprechend auch eine Versicherung abschliessen können (*cheapest insurer*).[136] Die Versicherungsprämien werden dann in der Preispolitik berücksichtigt. Ein Konsument hat hingegen weder die Übersicht zu den jeweiligen Risiken bzw. riskanteren Transporteuren noch die Möglichkeit, sich gegen diese zu versichern.

IV. Ergebnis

[60] Abschliessend sei an dieser Stelle an die Aussage von Walther Munzinger im Zusammenhang mit dem aOR 1881 erinnert: «*Die neuere Zeit hat in jeder Richtung so enorme Veränderungen*

133 Vgl. z.B. Schmid/Stöckli/Krauskopf (Fn. 12), Rn. 456; Eugen Bucher, Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer), ZSR/RDS Band 89 (1970) I, 281 ff.; Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht Band VII/1, Obligationenrecht, Besondere Verhältnisse, Basel 1977, 29 f.; BK-Giger (Fn. 96), Art. 185, Rn. 74; BSK OR I-Koller (Fn. 2), Art. 185, Rn. 35 und 46; CHK-Hrubesch-Millauer (Fn. 116), Art. 185, Rn, 4.

134 Atamer/Eggen (Fn. 21), 746.

135 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

136 Vgl. zu diesem Begriff Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin, 2021, 485 ff. In B2B Kaufverträgen gelten diese Argumente für beide Seiten, weswegen auch das Risiko während des Transports in der Regel vom Käufer getragen wird (so z.B. Art. 67 CISG). Die Parteien können diese Risikoverteilung aber dadurch ändern, dass sie eine Bringschuld vereinbaren.

des Verkehrslebens hervorgerufen, wie sie wohl keine andere Periode der Geschichte aufzuweisen hat. Darum musste auch das Rechtsleben neue Bahnen einschlagen. Viele alte Forme sind todt und der mächtige Geist des Bedürfnisses schafft neue. Das Recht muss mit dem sich ewig verjüngenden Leben guten Schritt halten; sonst wird es zur Schablone».[137] 1970 schrieb wiederum Eugen Bucher: «*dass selbst in einem Rechtsgebiet mit jahrtausendealter Rechtstradition wie dem Kaufrecht die Verhältnisse nicht so statisch sind, dass nicht jede Generation die Dinge überdenken und das ihr gemäße Recht neu erwerben müsste*».[138] Angesichts der gesellschaftlichen und technischen Veränderungen und Umwandlungen, die seit Buchers und vor allem auch Munzingers Aussagen eingetreten sind, scheint eine zumindest teilweise Überarbeitung des Kaufvertragsrechts unumgänglich zu sein. Der Modernisierungsansatz des bundesrätlichen Berichts leistet dazu einen wichtigen Impuls, der verfolgt und weiterentwickelt werden sollte. Versäumt es der Gesetzgeber, ihm Folge zu geben, läuft die Schweiz Gefahr, weiterhin ein Kaufrecht anzuwenden bzw. erklären zu müssen, welches insbesondere aus Sicht ihrer Nachbarn einen Fremdkörper darstellt. Auch wirtschaftlich gesehen macht der bestehende Alleingang wenig Sinn. Unsere Handelspartner könnten das Interesse an der Anwendung von schweizerischem Recht verlieren, wenn das schweizerische Kaufrecht im Vergleich zu ihrer eigenen Rechtsordnung als überholt erscheint und damit nicht mehr verstanden wird. Die Chancen für eine Anpassung sind durchaus realistisch: Mit ihrer Motion vom 13. Oktober 2023 hat die Rechtskommission des Ständerats die Stossrichtung des bundesrätlichen Berichts aufgenommen und den Ball dem Parlament zugespielt.[139]

Yeşim M. Atamer, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., LL.M., Lehrstuhl für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Zürich.

Mirjam Eggen, Prof. Dr. iur., LL.M., Ordentliche Professorin für Privatrecht, Rechtsanwältin, Universität Bern.

Dario Hug, Dr. iur., Dozent, Rechtsanwalt, Universität Zürich und Universität Neuenburg.

137 Walther Munzinger, Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes, Bern/Solothurn 1862, 23, wiedergegeben von Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 31.

138 Bucher (Fn. 133), 294.

139 Kommission für Rechtsfragen SR, Motion 23.4316, Modernisierung des Gewährleistungsrechts, 13. Oktober 2023.