

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

153. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
November
2017

11 2017

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 731** Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts –
eine Übersicht
Von Prof. Dr. YESIM M. ATAMER, Istanbul und
Prof. Dr. MIRJAM EGGEN, Bern
- 788** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
im Jahr 2016
Obligationenrecht
Von Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern
- Aktuell aus dem Bundesgericht
- 810** Widerklage und Verfahrensart: Die negative Feststellungs-
widerklage als Reaktion auf eine im vereinfachten Verfahren
erhobene echte Teilklage ist zulässig
Von Dr. CHRISTIAN KÖLZ, Lausanne/Zürich
- 814** Grundstückgewinnsteuer im interkantonalen Verhältnis:
Anwendung der Einheitsmethode auch auf reinvestitionsnahe
Handänderungen
Von lic. iur. AIMO JAN ZÄHNDLER, Basel

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiber INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 139.–, Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 157.–, Ausland CHF 199.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 121.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/

e-ISSN 2504-1444 (Online)

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und Leitsätze, soweit sie von der Redaktion oder den Herausgebern erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren – reproduziert werden.

Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht

Von YESIM M. ATAMER/MIRJAM EGGEN*

I. Einführung

Die Regeln des schweizerischen Obligationenrechts zum Fahrnis-kauf aus dem Jahr 1911 haben – abgesehen von der wichtigen Revision des Verjährungsrechts aus dem Jahr 2012 – im Wesentlichen bis heute Bestand. Auf einer internationalen Ebene haben dagegen verschiedene Rechtsvereinheitlichungsprojekte das Kaufrecht in den letzten 35 Jahren erheblich geprägt und in vielen Ländern wichtige Reformen eingeleitet. Der erste grosse Bruch mit den historischen Konzepten erfolgte mit dem Inkrafttreten des UN-Kaufrechts im Jahr 1988. Die massgeblichen Unterschiede bestanden in der Neudefinition des Mangels, im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, in der Ausgestaltung der Gewährleistung als eine vertragliche Haftung, der Gleichschaltung der Folgen von Sach- und Rechtmängeln, der einheitlichen Regelung der Schadenersatzansprüche bei verschiedenen Rechtsbehelfen und der Vereinheitlichung der Folgen anderer Leistungsstörungen wie der Unmöglichkeit und des Verzugs. Das UN-Kaufrecht wird heute im Bereich der internationalen Handelskäufe in 87 Staaten, einschliesslich der Schweiz, angewandt.

Die von der Europäischen Union erlassene Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹ ist dem Ansatz des UN-Kaufrechts zu grossen Teilen

* Prof. Dr. YESIM M. ATAMER, LL.M., Istanbul Bilgi Universität, und Prof. Dr. MIRJAM EGGEN, LL.M., Universität Bern. Wir danken Nicole Thommen, MLaw, Assistentin am zivilistischen Seminar der Universität Bern, sowie Gregor Schifferle, BLaw, Hilfsassistent am zivilistischen Seminar der Universität Bern, für die sorgfältige Betreuung des Fussnotenapparats.

¹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 7. Juli 1999, 12, zuletzt geändert am 22. November 2011 (zit. VerbrauchsgüterkaufRL). Zur Inspiration der VerbrauchsgüterkaufRL durch das UN-Kaufrecht vgl. STEFAN GRUNDMANN, Einleitung N 6–8, in: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, Köln 2002 (zit. GRUNDMANN/BIANCA-BEARBEITER).

gefolgt. Nicht anders verhält es sich mit dem von der Europäischen Kommission initiierten Vorschlag eines harmonisierten europäischen Kaufrechts (CESL).² Gestützt auf diese internationalen Entwicklungen haben es viele nationale Gesetzgeber vorgezogen, ihr Kaufrecht und teilweise sogar das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu revidieren. Dabei sollte insbesondere die Dichotomie zwischen den Bestimmungen für nationale und internationale Kaufverträge eliminiert werden. So diente das UN-Kaufrecht beispielsweise bei den Schuldrechts- und Kaufrechtsreformen in den Niederlanden (1992), Russland (1994), China (2002), Deutschland (2002), Estland (2002), Ungarn (2013), Argentinien (2014) und Frankreich (2016) teilweise als Vorbild.³ Ausserdem war es auch Hauptinspirationsquelle für Rechtsver-

2 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, 11. Oktober 2011. Die Arbeiten am Entwurf sind vorläufig zu einem Stillstand gekommen (vgl. Anhang II. zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Arbeitsprogramm der Kommission für 2015, 16. Dezember 2014, Nr. 60). Die als Ersatz gedachten Richtlinien über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9. Dezember 2015) sowie des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, 9. Dezember 2015) bleiben dem Verständnis des UN-Kaufrechts im Bereich der Vertragswidrigkeit, der Rechtsbehelfe und der Haftung ebenfalls verhaftet.

3 Vgl. LUCA G. CASTELLANI, *The Three Dimensions of the CISG*, in: Adriana Castro Pinzón (Hrsg.), *360° de la Compraventa internacional de Mercaderías*, Colombia 2016, 308 ff., 326; STEFAN KRÖLL, *Introduction to the CISG*, N 30, in: Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (Hrsg.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München 2011 (zit. KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS-BEARBEITER). Vgl. weiter FRANCO FERRARI, *The CISG and its Impact on National Contract Law*, General Report, in: Franco Ferrari (Hrsg.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, München 2008, 413 ff.

einheitlichungsprojekte wie die Unidroit PICC,⁴ PECL⁵ oder den DCFR.⁶

Die folgenden Ausführungen wollen begründen, warum eine Reform des schweizerischen Kaufrechts dringend in Betracht gezogen werden muss. Die geltenden Bestimmungen entsprechen den Anforderungen der heutigen wirtschaftlichen Beziehungen nicht mehr. Sie werden deshalb oft durch vertragliche Regelungen geändert und vermögen ihre Leitbildfunktion als dispositives Gesetzesrecht nicht zu erfüllen. Im rechtsökonomischen Schrifttum wird die Funktion von dispositiven Regeln überwiegend als 'Marktimitation' angesehen.⁷ Sie sollten also so gestaltet werden, wie sie effizienzmaximierende Vertragspartner hypothetisch ausgehandelt hätten. Dann wären die Partner von der Last enthoben, jeden Punkt einzeln zu regeln, und könnten auf das dispositive Recht greifen, um Transaktionskosten zu sparen. Die heutigen Regeln werden diesen Erwartungen nicht gerecht. Zudem werden die Gesetzesbestimmungen in vielen Bereichen durch die Lehre und Rechtsprechung so unterschiedlich interpretiert, dass die Rechtssicherheit stark darunter leidet. Bis heute bleibt beispielsweise umstritten, welches Interesse unter der Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR eingefordert werden kann. Auch unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten ist es zudem schwer nachvollziehbar, warum bei einem Rücktritt vom Kaufvertrag einige Schadensposten unabhängig vom Verschulden eingeklagt werden können, während diese Möglichkeit bei anderen Rechtbehelfen nicht besteht.

4 Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, abrufbar unter: www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/official-languages/english-integral (zuletzt besucht am 30.9.2017).

5 Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, Christian von Bar/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), München 2002.

6 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, München 2009.

7 Vgl. dazu im Detail JOHANNES CZIUPKA, Dispositives Vertragsrecht, Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010, 339 ff.

Die Erläuterungen müssen sich gezwungenermassen auf die Hauptkritikpunkte begrenzen. So werden die Bestimmungen bezüglich der Käuferpflichten und der Rechte des Verkäufers bei Vertragswidrigkeit nicht behandelt. Auch die Unzulänglichkeiten des Grundstückkaufs werden ausgelassen. Im Fokus stehen vorliegend die Verkäuferpflichten und die Rechte des Käufers im Falle einer Leistungsstörung. Soweit möglich, soll in jedem Abschnitt ein Regelungsvorschlag unterbreitet oder wenigstens auf verschiedene Regelungsmöglichkeiten hingewiesen werden. Rechtsvergleichend nehmen die Ausführungen Bezug auf das UN-Kaufrecht, die europäische VerbrauchsgüterkaufRL, Rechtsvereinheitlichungsprojekte wie die PICC, PECL oder den DCFR sowie auf verschiedene nationale Rechtsordnungen.

II. Gefahrtragung

1. Ausgangslage

Mit Art. 185 OR hat der schweizerische Gesetzgeber eine besondere Regelung für die Gefahrtragung bei Kaufverträgen geschaffen. Gemäss dieser Norm geht die Gefahr eines zufälligen Untergangs des Kaufgegenstands grundsätzlich bereits beim Abschluss des Vertrages auf den Käufer über.⁸ Eine abweichende Regelung statuiert Abs. 2 für den Gattungskauf,⁹ wonach die Gefahr mit der Aussonderung bzw. Versendung des Kaufgegenstandes übergeht.¹⁰ Abs. 3 hält schliesslich fest, dass bei Verträgen mit einer aufschiebenden Bedingung «Nutzen und Gefahr der veräusserten Sache erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Erwerber» übergehen.

8 EUGEN BUCHER, Notizen zu Art. 185 OR, (Gefahrtragung durch den Käufer) ZSR 89/1970 I, 281 (zit. BUCHER, Notizen); ALFRED KOLLER, Art. 185 N 1, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER); JÖRG SCHMID u. a., OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 455.

9 Zum Begriff des Gattungskaufs vgl. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, 47 f.

10 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 281; BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 2; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 463.

Die Sondervorschriften von Art. 185 OR sind im Kontext der allgemeinen Gefahrtragungsregel nach Art. 119 OR zu lesen. Diese Norm regelt sowohl die Leistungs- wie auch die Gegenleistungsgefahr bei einer nachträglichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Die Leistungsgefahr – d. h. das Risiko eines nachträglichen unverschuldeten Untergangs des Vertragsgegenstandes¹¹ – ist gemäss Abs. 1 der Bestimmung bei einer nachträglichen Leistungsunmöglichkeit durch den Gläubiger zu tragen.¹² Für synallagmatische Verträge statuiert Abs. 2 das spiegelbildliche Erlöschen der Gegenforderung.¹³ Abs. 3 relativiert dies jedoch insofern, als durch Gesetz oder Vertrag ein früherer Übergang der Gegenleistungsgefahr auf den Gläubiger bewirkt werden kann.¹⁴ Für den Kaufvertrag hat der Gesetzgeber in Art. 185 OR eine gesetzliche Abweichung zu Art. 119 Abs. 2 OR normiert. Art. 185 OR betrifft somit zunächst die Gegenleistungsgefahr, die beim Kaufvertrag auch als Preisgefahr bezeichnet wird.¹⁵

2. Entstehung und Auslegung

Die Regelung von Art. 185 OR war bereits bei ihrer Entstehung höchst umstritten. Sie wurde praktisch unverändert aus Art. 204 aOR¹⁶ übernommen¹⁷ und bildete das Ergebnis einer Auseinandersetzung zwischen den Befürwortern einer romanistischen Ausrichtung und

11 HERBERT SCHÖNLE, Art. 185 N 18, in: Wilhelm Schönenberger u. a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Band V/2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184–191 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit. ZK-BEARBEITER). Zum Begriff der Leistungsgefahr vgl. auch TIM KASPER, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, Tübingen 2017 (Diss.), 11 ff.

12 BSK OR I-WIEGAND (Fn. 8), Art. 119 N 2. Zum Übergang der Leistungsgefahr bei Gattungsschulden vgl. a. a. O., N 3.

13 Vgl. MICHAELA EICHENBERGER, Art. 119 N 9, in: Jolanta Kren Kostkiewicz u. a. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-BEARBEITER). Zur Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs bei schon erfüllten Verträgen vgl. a. a. O., N 10.

14 VIKTOR AEPLI, Art. 119 N 87 ff., in: Peter Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Band V/1h/1, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114–126 OR, Zürich 1991.

15 Vgl. aber unten, Abschnitt II.2.

16 Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

17 HANS GIGER, Art. 185 N 24, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, 2. Aufl., Bern 1980 (zit. BK-BEARBEITER).

den Vertretern der deutschen Gefahrtragungsregeln.¹⁸ Durchgesetzt haben sich bekanntlich die Anhänger der romanistischen Tradition: Die Preisgefahr geht gemäss Art. 185 OR – anders als im deutschen Recht¹⁹ – nicht erst bei der Übergabe des Kaufgegenstandes, sondern bereits bei Vertragsabschluss auf den Käufer über.

Die Norm fand nur in der früheren Lehre und auch da lediglich vereinzelt Zuspruch.²⁰ Der überwiegende Teil der Lehre äussert gleich in mehrfacher Hinsicht Kritik am frühen Gefahrenübergang. Argumentiert wird insbesondere, die Bestimmung habe sich zumindest in der Deutschschweiz nicht im Bewusstsein der Regelungsadressaten etablieren können und werde als stossend erachtet.²¹ Weiter würden die Sachherrschaft und das Risiko eines zufälligen Untergangs des Kaufgegenstandes auseinanderfallen. Dies sei insbesondere deshalb unbefriedigend, weil der Käufer mangels Sachherrschaft kaum beurteilen könne, ob die Verkäuferin den Untergang der Sache bei sorgfaltsgemässigem Verhalten hätte verhindern können.²² Zudem sei gerade bei Verträgen unter Abwesenden nicht ohne Weiteres klar, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag effektiv abgeschlossen worden sei.²³ Schliesslich führe die Gefahrtragungsregel bei gemischten Verträgen zu Rechtsunsicherheit:²⁴ Während etwa bei einem Werklieferungs-

18 Vgl. BUCHER, Notizen (Fn. 8), 288 f.; ORESTE CORTESI, Die Kaufpreisgefahr, Eine dogmatische Analyse des schweizerischen Rechts aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Doppelverkaufs, Zürich 1996 (Diss.), 11 ff.; WALTER EGLI, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Zürich 1926 (Diss.), 65 ff.; ALFRED MEILI, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Zürich 1976 (Diss.), 27 ff.; PASCAL SCHMUTZ, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag nach schweizerischem und UNCITRAL-Kaufrecht, Basel 1983 (Diss.), 18 ff.

19 § 446 BGB; ausführlich dazu HARM PETER WESTERMANN, § 446 N 1 ff., in: Franz Jürgen Säcker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl., München 2016 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER).

20 Vgl. BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 388.

21 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 284; BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 35; SCHMUTZ (Fn. 18), 63 f.

22 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 284; SCHMUTZ (Fn. 18), 63.

23 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 283; SCHMUTZ (Fn. 18), 63.

24 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 284.

vertrag die Gefahrtragung des Werkvertragsrechts zur Anwendung komme,²⁵ gelte beim Kauf einer herzustellenden Sache die Regel von Art. 185 OR.²⁶

Gestützt auf diese Argumente plädiert ein Teil der Lehre für einen möglichst engen Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gefahrtragungsregeln.²⁷ So soll der Grundsatz des Gefahrenübergangs bei Vertragsschluss im Zusammenhang mit Wahlobligationen,²⁸ Doppelverkäufen²⁹ oder Bringschulden³⁰ nicht zur Anwendung kommen. Vielmehr sei in diesen Fällen von einem «besonderen Verhältnis» i. S. v. Art. 185 Abs. 1 OR auszugehen.³¹ Weiter könne die Gefahr auch dann nicht bereits bei Vertragsabschluss auf den Käufer übergehen, wenn die Verkäuferin die Kaufsache erst herstellen oder beschaffen müsse.³² Andere Lehrmeinungen weisen jedoch darauf hin, dass ein derart enger Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gefahrtragungsregel nicht mit dem Sinn und Zweck von Art. 185 OR übereinstimme³³ und zu zusätzlichen Unsicherheiten führe.³⁴

Unklarheiten bestehen nicht nur über die Anwendung von Art. 185 Abs. 1 OR. Auch bei Abs. 2 der Bestimmung stellen sich Auslegungsfragen. So wird vereinzelt vertreten, dass die Norm auch bei Stückschulden zur Anwendung komme.³⁵ Umstritten sind zudem

25 Zur Gefahrtragung im Werkvertrag vgl. SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 1819 ff.

26 Vgl. ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 134. Zur Abgrenzung einer herzustellenden Sache von einem Werklieferungsvertrag vgl. HONSELL (Fn. 9), 34.

27 EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 79 (zit. BUCHER, BT); MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 26 f.; BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 35.

28 BUCHER, BT (Fn. 27), 80; BSK OR I-Koller (Fn. 8), Art. 185 N 39; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 460; a. M. ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 64.

29 BUCHER, Notizen (Fn. 8), 283; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 460.

30 BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 26; für Gattungsschulden ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 127.

31 Vgl. SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 460.

32 BUCHER, BT (Fn. 27), 79.

33 Vgl. LILIANE SIEBER, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993 (Diss.), 74 f.

34 Vgl. EGLI (Fn. 18), 124.

35 PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Band VII/1, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1977, I ff., 37; BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 15.

die Auswirkungen von Art. 185 Abs. 2 OR auf den Übergang der Leistungsgefahr: Zwar besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die Regel neben der Preisgefahr grundsätzlich auch die Leistungsgefahr auf den Käufer übergehen lässt.³⁶ Dies bedeutet insbesondere, dass die Verkäuferin bei einem Gattungskauf nicht mehr nachleisten muss, wenn die Ware nach der Aussonderung ohne sein Verschulden³⁷ untergeht.³⁸ Bei einem Versendungskauf ist für den Übergang der Leistungsgefahr zusätzlich der ordnungsgemässe Versand des Kaufgegenstandes erforderlich.³⁹ Unsicherheiten bestehen jedoch bei der Frage, ob Art. 185 Abs. 2 OR sinngemäss auch für Bringschulden gelten soll. Ein Teil der Lehre argumentiert, die Gefahr gehe analog zum Versendungskauf erst auf den Käufer über, «wenn der Verkäufer die zu liefernden Sachen ausgesondert und zum vereinbarten Erfüllungsort befördert und den Käufer in Annahmeverzug i. S. von Art. 91 versetzt hat».⁴⁰ Andere Lehrmeinungen vertreten jedoch die Auffassung, bei Bringschulden gehe die Gefahr auch bei einer Gattungsschuld bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über.⁴¹ Nur vereinzelt angesprochen wird schliesslich die Frage nach der Leistungsgefahr bei einer vertraglichen Modifikation der Preisgefahr: Soll mit einer solchen Vereinbarung auch der Übergang der Leistungsgefahr erfasst werden oder geht diese unverändert mit der Aussonderung der Ware auf den Käufer über?⁴² Ist eine vom dispositiven Recht abweichende Regelung der Preisgefahr stets mit einer «Verlegung des Erfüllungsorts» gleichzusetzen?⁴³

36 Vgl. BUCHER, BT (Fn. 27), 81; HONSELL (Fn. 9), 68; BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 22; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1979, 56.

37 Bzw. das Verschulden von ihm zuzurechnenden Personen (vgl. zur Hilfspersonenhaftung z. B. PETER GAUCH u. a., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 2817 ff.).

38 BSK OR I-KOLLER (Fn. 8), Art. 185 N 22.

39 Vgl. SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 463.

40 ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 30.

41 Vgl. SCHMUTZ (Fn. 18), 27 und 52.

42 Siehe ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 74 ff. und 119.

43 Für die Incoterms-Klauseln vgl. ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 74.

3. Rechtsprechung

Die beschriebenen Auslegungsprobleme wurden in der Rechtsprechung zu Art. 185 OR erkannt und aufgenommen. So hat sich das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden für eine enge Anwendung der *Periculum-est-emptoris*-Regel ausgesprochen. Besonders ausführlich thematisierte es die Frage in BGE 84 II 158. Zu entscheiden war in diesem Fall, ob die Aussonderung einer Gattungsware die Preisgefahr gestützt auf Art. 185 Abs. 2 OR in jedem Fall übergehen lässt oder ob besondere Umstände zu einer Nichtanwendung der Norm führen können. Gegenstand des Kaufvertrages war ein Wagen, der in der Niederlassung der Verkäuferin in Genf übergeben werden sollte. Die Verkäuferin bezog das Fahrzeug vom Importeur in Zürich und liess es auf eigene Kosten nach Genf transportieren. Aufgrund eines Unfalls während der Transportfahrt musste der Wagen repariert werden. Der Käufer weigerte sich, das reparierte Fahrzeug anzunehmen.⁴⁴ Das Bundesgericht argumentierte, dass auf das beschriebene Vertragsverhältnis die Regeln für den Versandkauf keine Anwendung fänden.⁴⁵ Es subsumierte den Fall deshalb unter Abs. 1 von Art. 185 OR.⁴⁶ Zudem vertrat es die Auffassung, dass die Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz des sofortigen Gefahrenübergangs grosszügig anzuwenden seien.⁴⁷ Im konkreten Fall habe der Käufer deshalb zu Recht argumentiert, die Verkäuferin könne den Vertrag mit dem reparierten Fahrzeug gar nicht erfüllen und müsse deshalb den Rücktritt des Käufers akzeptieren.⁴⁸

Ähnlich entschied das Bundesgericht bereits in BGE 52 II 362, indem es den Gefahrenübergang verneinte, solange sich der Kaufgegenstand noch nicht am vereinbarten Erfüllungsort befindet.⁴⁹ Auch in BGE 128 III 370 wies das Bundesgericht auf die in Rechtsprechung und Lehre vertretene restriktive Anwendung der *Periculum-est-emp-*

44 BGE 84 II 158 S. 159.

45 BGE 84 II 158 E. 1.a S. 161.

46 A. M. ZK-SCHÖNLE (Fn. 11), Art. 185 N 35, der vorbringt, dass sich die Frage nach der Kaufpreisgefahr gar nicht stelle, da die Verkäuferin nach wie vor zur «Lieferung eines unfallfreien Autos aus der Gattung am Erfüllungsort Genf» verpflichtet sei.

47 BGE 84 II 158 E. 1.b S. 161.

48 BGE 84 II 158 E. 2 S. 163 f.

49 BGE 52 II 362 E. 1 S. 365 f.

toris-Regel hin. Zugleich betonte es jedoch, dass die Ausnahmen den allgemeinen Grundsatz nicht völlig verdrängen dürften,⁵⁰ und entschied sich bei einem Sukzessivlieferungsvertrag von Aktien für die Anwendung der Grundregel von Art. 185 Abs. 1 OR.⁵¹

4. **Rechtsvergleichung**

a. *Europäisches Gemeinschaftsrecht*

In den geltenden Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts wird die kaufrechtliche Gefahrtragung ausschliesslich durch die Verbraucherrechterichtlinie angesprochen.⁵² Gemäss Art. 20 VerbrRRL trägt der Verbraucher beim Versandungskauf das Risiko eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Ware ab jenem Zeitpunkt, in dem er die Ware «in Besitz genommen hat». Die Preisgefahr geht somit – anders als im schweizerischen Recht – erst bei Erhalt der Ware auf den Käufer über. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dann, wenn die Verkäuferin die Beförderung nicht selbst angeboten hat, sondern damit durch den Verbraucher beauftragt worden ist.⁵³ Zur Leistungsgefahr äussert sich die Richtlinie nicht.⁵⁴

Der zurückgestellte Kommissionsentwurf des CESL enthält eine umfassende kaufrechtliche Gefahrtragungsregel. Auch nach diesen Vorschriften geht die (Preis-)Gefahr bei Verbraucherkaufverträgen grundsätzlich erst zu jenem Zeitpunkt auf den Käufer über, «zu dem der Verbraucher oder ein von ihm bezeichneter Dritter mit Ausnahme des Beförderers Besitz an den Waren oder dem materiellen Datenträ-

50 BGE 128 III 370 E. 4.a S. 372.

51 BGE 128 III 370 E. 4.d S. 374 f.

52 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates 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, ABl. L 304 vom 22. November 2011, 64 (zit. VerbrRRL).

53 Zur Abgrenzung vgl. Erwägungsgrund 55 der VerbrRRL.

54 Vgl. immerhin Art. 18 VerbrRRL, wonach der Verbraucher bei einer Nichtlieferung grundsätzlich vom Vertrag zurücktreten kann.

ger, auf dem die digitalen Inhalte bereitgestellt werden, erlangt hat».⁵⁵ Für Verträge im kaufmännischen Verkehr findet der Gefahrenübergang in jenem Zeitpunkt statt, «zu dem der Käufer die Waren oder digitalen Inhalte oder die diese vertretenden Dokumente angenommen hat».⁵⁶ Ausnahmen zu diesem Grundsatz finden sich allerdings für zur Verfügung bereitgestellte Waren,⁵⁷ Versendungskäufe⁵⁸ sowie Waren, die während des Transports erworben werden.⁵⁹

b. *Deutschland*

Die Grundregel der kaufrechtlichen Gefahrtragung findet sich in § 446 des deutschen BGB. Die Vorschrift statuiert eine Ausnahme zu § 326 BGB⁶⁰ und hält fest, dass die Preisgefahr erst mit Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht.⁶¹ Für die Leistungsgefahr enthält die Vorschrift keine besondere Regel. Diese beurteilt sich vielmehr nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Danach geht die Leistungsgefahr beim Stückkauf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und beim Gattungskauf im Zeitpunkt der Leistungskonkretisierung bzw. ab Annahmeverzug auf den Käufer über.⁶²

55 Art. 142 Abs. 1 CESL. In Art. 93 CESL wird wiederum der Erfüllungsort für Verbraucherverträge folgendermassen definiert: «[...] im Falle eines Verbraucherverkaufvertrags oder eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte, bei dem es sich um einen Fernabsatzvertrag oder einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag handelt oder in dem sich der Verkäufer verpflichtet hat, für die Beförderung bis zum Käufer zu sorgen, der Aufenthaltsort des Verbrauchers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses». Demnach liegt es nahe, dass die Leistungsgefahr bis zum Aufenthaltsort des Verbrauchers vom Verkäufer zu tragen ist.

56 Art. 143 CESL.

57 Art. 144 CESL.

58 Art. 145 CESL.

59 Art. 146 CESL.

60 ROLAND M. BECKMANN, § 446 N 4, in: Michael Martinek (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–480 (Kaufrecht), Neubearbeitung, Berlin 2014 (zit. STAUDINGER BGB-BEARBEITER).

61 STAUDINGER BGB-BECKMANN (Fn. 60), § 446 N 9; MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 446 N 1.

62 § 243 Abs. 2 BGB bzw. § 300 Abs. 2 BGB; vgl. STAUDINGER BGB-BECKMANN (Fn. 60), § 446 N 4. Für einen abgestuften Übergang der Leistungsgefahr vgl. FLORIAN FAUST, § 446 N 11, in: Heinz Georg Bamberger u. a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 43. Aufl., München 2017 (zit. BeckOK BGB-BEARBEITER).

§ 447 BGB enthält eine Sonderregel für den Versandungskauf. Gemäss dieser Vorschrift geht die Preisgefahr bei Versandungskäufen bereits auf den Käufer über, «sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat».⁶³ Beim Gattungskauf ist zusätzlich auch eine Konkretisierung der zu leistenden Ware erforderlich.⁶⁴ Der Übergang der Leistungsgefahr beurteilt sich auch hier nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts.⁶⁵

§ 474 BGB setzt die Regeln von § 447 für Verbrauchsgüterkäufe⁶⁶ ausser Kraft. Dies bedeutet, dass der Käufer die Preisgefahr beim Versandungskauf erst ab Übergabe der Sache zu tragen hat, falls er als Verbraucher i. S. v. § 13 BGB eingestuft wird.⁶⁷ Ob die geschuldete Lieferung durch diese Regel automatisch zur Bringschuld wird, ist in der deutschen Lehre umstritten.⁶⁸

Die deutschen Gefahrtragungsregeln unterscheiden sich erheblich vom geltenden schweizerischen Recht. Differenzen bestehen insbesondere im Bereich der Preisgefahr. Während der schweizerische Gesetzgeber diese bereits bei Vertragsschluss übergehen lässt, sieht das deutsche Recht den Übergang erst im Erfüllungszeitpunkt vor. Parallelen finden sich dagegen beim Versandungskauf: Beide Rechtsordnungen bestimmen, dass die Preisgefahr grundsätzlich mit der Übergabe der geschuldeten Ware an den Transporteur vom Käufer zu tragen ist. Anders als das schweizerische Recht sieht das deutsche

63 § 447 Abs. 1 BGB; vgl. STAUDINGER BGB-BECKMANN (Fn. 60), § 447 N 2; MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 447 N 1.

64 STAUDINGER BGB-BECKMANN (Fn. 60), § 447 N 41. Zur Konkretisierung von Gattungsschulden vgl. STAUDINGER BGB-SCHIEMANN, § 243 N 32, in: Michael Martinek (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung, Berlin 2015.

65 STAUDINGER BGB-BECKMANN (Fn. 60), § 447 N 4; MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 447 N 1.

66 Zum Begriff des Verbrauchsgüterkaufs vgl. § 474 Abs. 1 BGB sowie MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 474 N 4 ff.

67 Zum Verbraucherbegriff vgl. z. B. FLEUR DENKINGER, Der Verbraucherbegriff, Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa, Berlin 2007; ANDREAS PIEKENBROCK/THOMAS CLAUS LUDWIG, Zum deutschen und europäischen Verbraucherbegriff, GPR 2010, 114 ff.

68 STAUDINGER BGB-MATUSCHKE-BECKMANN (Fn. 60), § 474 N 74.

BGB jedoch eine Ausnahme für Konsumentenverträge vor: Bei Verbrauchsgüterkäufen geht die Preisgefahr auch bei Versendungskäufen erst mit der Übergabe des Kaufgegenstandes auf den Käufer über.

c. *Wiener Kaufrecht*

Das schweizerische wie auch das deutsche Kaufrecht gehen davon aus, dass die Preis- und die Leistungsgefahr zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf den Käufer übergehen können.⁶⁹ Weiter befreien sie den Verkäufer «bei nach Vertragsschluss eintretender, von ihm nicht zu vertretender objektiver Unmöglichkeit der gehörigen Erfüllung» von der Leistungspflicht.⁷⁰ Einen anderen Ansatz hat das Wiener Kaufrecht gewählt. Gemäss herrschender Lehre gehen die Leistungs- und Preisgefahr nach diesem Regelwerk gleichzeitig über.⁷¹ Eine ausdrückliche Regelung findet sich nur für die Preisgefahr. Diese geht nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 69 Abs. 1 CISG «auf den Käufer über, sobald er die Ware übernimmt oder, wenn er sie nicht rechtzeitig übernimmt, in dem Zeitpunkt, in dem ihm die Ware zur Verfügung gestellt wird und er durch Nichtannahme eine Vertragsverletzung begeht».⁷² Praktisch einstimmig wird jedoch davon ausgegangen, dass sich aus diesen Vorschriften auch der Übergang der Leistungsgefahr ableiten lasse.⁷³ Sonderregeln statuieren Art. 67 CISG für den Versen-

69 Vgl. oben, Abschnitte II.2. und 4.b.

70 THOMAS KOLLER/HERBERT SCHÖNLE, Art. 66 N 1, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010 (zit. HONSELL-BEARBEITER).

71 HONSELL-SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), Art. 66 N 2; ULRICH MAGNUS, Vor Art. 66 N 9, in: Michael Martinek (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung, Berlin 2013 (zit. STAUDINGER CISG-BEARBEITER). Differenzierend SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HAGER/MAULTZSCH, Art. 69 N 9, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 5. Aufl., München 2008.

72 Zur Bedeutung der Zurverfügungstellung vgl. HONSELL-SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), Art. 69 N 9 f.

73 Vgl. MüKo BGB-HUBER (Fn. 19), Art. 66 CISG N 15; STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 66 N 9.

dungskauf⁷⁴ und Art. 68 CISG für den Kauf von Ware, die während des Transports erworben wird.⁷⁵

Geht die gekaufte Ware somit vor der Übergabe an den Käufer bzw. an den Transporteur unter oder wird sie beschädigt, verletzt die Verkäuferin ihre vertraglichen Pflichten und kann gestützt auf Art. 45 CISG vom Käufer belangt werden.⁷⁶ Einen Vorbehalt statuiert Art. 79 CISG, wonach sich die Verkäuferin bei einer Nichterfüllung von einer Schadenersatzzahlung befreien kann, wenn sie nachzuweisen vermag, «dass die Nichterfüllung auf einem ausserhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden».⁷⁷

Eine ähnliche Regelung der Gefahrtragung wie das CISG kennt der DCFR. Andere internationale Regelwerke wie die Unidroit PICC und die PECL enthalten dagegen keine Regeln zu besonderen Vertragstypen und damit auch keine abschliessende Regelung der kaufrechtlichen Gefahrtragung.⁷⁸

d. *Fazit*

Der vorangehende Vergleich weist auf den singulären Charakter des schweizerischen Gefahrtragsrechts hin.⁷⁹ Die augenfälligste Differenz zeigt sich im Bereich der Preisgefahr: Während das schweizerische Recht diese unmittelbar nach dem Vertragsschluss auf den

74 Gefahrenübergang bei Übergabe an Transporteur bzw. bei Übergabe an vereinbartem Erfüllungsort; vgl. MüKo BGB-HUBER (Fn. 19), Art. 67 CISG N 4.

75 Zum Kauf von Ware im Transport vgl. HONSELL-SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), Art. 68 N 1 ff.; STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 68 N 1 ff.

76 HONSELL-SCHÖNLE/KOLLER (Fn. 70), Art. 66 N 9.

77 Siehe zum Ganzen MüKo BGB-HUBER (Fn. 19), Art. 79 CISG N 1 ff.

78 Vgl. FLORIAN FAUST, Gefahrübergang, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band I, Tübingen 2009, 645 ff., 647. Zur Leistungsgefahr vgl. immerhin Art. 7.2.2 UNIDROIT PICC und Art. 9.102 II PECL. Siehe dazu auch CLAUS-WILHELM CANARIS, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, 329 ff., 330, sowie ZOLTÁN CSEHI, Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht, in: Werner Heun/Volker Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, Deutsch-Ungarisches Kolloquium Budapest 2007, Göttingen 2008, 59 ff., 76.

79 So auch FAUST (Fn. 78), 646.

Käufer übergehen lässt, sehen die anderen Regelungskomplexe den Übergang erst vor, wenn der Käufer über die Sachherrschaft am Kaufgegenstand verfügt.⁸⁰ Um die Käuferposition zu verbessern, schreiben Lehre und Rechtsprechung der schweizerischen Gefahrtragungsregel einen möglichst engen Anwendungsbereich zu. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und vermag den Gesetzeswortlaut nicht gänzlich umzustossen.

Im Bereich des Konsumentenkaufs weicht das schweizerische Kaufrecht zusätzlich von den beschriebenen internationalen Entwicklungen ab, indem es die Preisgefahr beim Versandkauf bereits bei der Übergabe der Kaufsache an den Transporteur auf den Käufer übergehen lässt. Die europäische VerbrRRL – und damit auch das deutsche Kaufrecht – erlaubt einen Übergang jedoch erst bei der Übergabe der Kaufsache an den Käufer selbst und stärkt damit die Position der schwächeren Vertragspartei.

Schliesslich erreicht das schweizerische Kaufrecht auch im Bereich der Leistungsgefahr die internationalen Standards nicht. So kennen insbesondere das CISG und der DFCR einen Gleichlauf zwischen Preis- und Leistungsgefahr: Nach diesen Regelwerken geht die Leistungsgefahr grundsätzlich erst mit der Übergabe des Kaufgegenstandes auf den Käufer über. Bei einem früheren zufälligen Untergang ist die Verkäuferin dagegen zur Nachlieferung verpflichtet.⁸¹ Gemäss schweizerischem OR geht die Leistungsgefahr bei Stückschulden dagegen bereits bei Vertragsschluss, bei Gattungsschulden mit der Aussonderung bzw. dem Versand der Ware auf den Käufer über.

5. Regelungsvorschlag

Die schweizerischen Vorschriften zur kaufrechtlichen Gefahrtragung hinken hinter den internationalen Entwicklungen her. Zudem führen sie zu einem Ungleichgewicht im Synallagma von Käufer und Verkäuferin und bewirken ein Auseinanderfallen von Sachherrschaft und Verlustrisiko. Aufgrund ihres dispositiven Charakters können die

⁸⁰ Zu dieser Entwicklung vgl. INGBORG SCHWENZER u. a., *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012, Rz. 38.39 ff.

⁸¹ Nicht aber zu Schadenersatz, vgl. KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS-ATAMER (Fn. 3), Art. 79 N 13 ff.

Vorschriften durch die Parteien zwar ohne Weiteres abgeändert werden.⁸² Gerade in Konsumentenverträgen erfolgt diese Anpassung jedoch nicht bzw. höchstens zuungunsten der schwächeren Vertragspartei.

Die skizzierten Schwierigkeiten können durch die blosser Auslegung von Art. 185 OR nicht behoben werden. Es ist vielmehr erforderlich, den Wortlaut der Bestimmung anzupassen. Dieser neue Art. 185 OR muss folgende Grundsätze enthalten: *Erstens* ist die Preisgefahr auf den Zeitpunkt der Sachübergabe zu verlegen. Der Käufer soll erst dann den vollen Kaufpreis schulden, wenn ihm die Verkäuferin den Kaufgegenstand übergeben hat bzw. wenn er sich in Annahmeverzug befindet. Geht die Kaufsache vor der Übergabe ohne Verantwortlichkeit einer der beiden Parteien unter, hat der Käufer den Kaufpreis unter der vorgeschlagenen Regel dagegen nicht zu bezahlen. *Zweitens* sind Versandungsschulden bei Konsumentenverträgen als Bringschulden auszugestalten. Die Übergabe der Kaufsache an den Käufer – und damit auch der Übergang der Preisgefahr – findet somit nicht bereits bei der Übergabe des Vermögenswerts an den Transporteur statt, sondern erst bei der Übergabe an den Käufer selbst. *Drittens* soll die Leistungsgefahr zeitgleich mit der Preisgefahr auf den Käufer übergehen. Die Verkäuferin bleibt nach diesem Vorschlag auch dann zur Lieferung einer mängelfreien Ware verpflichtet, wenn der Kaufgegenstand nach Vertragsschluss, aber vor der Übergabe untergeht oder mangelhaft wird.⁸³ Die Regel hat unabhängig davon zu gelten,

82 Zu Parteivereinbarungen im Rahmen der Incoterms vgl. SCHMUTZ (Fn. 18), 64.

83 Ausserhalb von Konsumentenkäufen geht die Leistungsgefahr bei einem Versandungskauf daher mit der Übergabe an den ersten Beförderer auf den Käufer über. Dies bedeutet, dass die Verkäuferin nicht für einen zufälligen Untergang der Ware auf dem Transport einzustehen hat. Diese Regel hat auch dann zu gelten, wenn die Verkäuferin mangelhafte Gattungsware ausgeschieden und zum Versand aufgegeben hat. Der Käufer kann insbesondere nicht argumentieren, mangels einer Ausscheidung von Ware mittlerer Qualität habe gar kein Gefahrenübergang stattgefunden. Er wird aber seine aus der Vertragsverletzung resultierenden Rechtsbehelfe trotzdem nutzen können. Diese gehen nicht unter, nur weil die mangelhafte Ware nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch Zufall beschädigt oder zerstört wurde. Der Käufer kann z. B. trotz eines Untergangs der Ware durch Zufall sein Recht auf Minderung geltend machen, falls feststeht, dass die Ware schon bei Gefahrübergang mangelhaft war. Wird der Untergang der Kaufsache durch ihren ursprünglichen Mangel verursacht, stehen dem Käufer die Rechtsbehelfe der Sachmangelgewährleistung ebenfalls offen.

ob die Parteien eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart haben. Die Verkäuferin soll erst dann von ihrer Lieferpflicht befreit werden, wenn auch eine Ersatzlieferung ohne ihr Verschulden unmöglich ist. Nur in diesem Fall wird sie gestützt auf Art. 119 Abs. 1 OR von der Leistungspflicht befreit und muss auch keinen Schadenersatz zahlen.

III. Leistungsstörungen

1. Ausgangslage

Das schweizerische Leistungsstörungenrecht ist geprägt durch eine Vielzahl unterschiedlicher Verletzungstatbestände. So finden sich im Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts die Tatbestände des Verzugs, der Unmöglichkeit und der Schlechterfüllung. Überlagert werden diese Regeln durch die besonderen Vorschriften des Kaufrechts. Insbesondere wird die Schlechterfüllung nach Art. 97 ff. OR durch die kaufrechtlichen Sonderregeln der Rechts- und Sachgewährleistung weitgehend verdrängt.⁸⁴ Aber auch für den Verzug und die Unmöglichkeit enthalten Art. 184 ff. OR besondere Bestimmungen und damit Modifikationen des Allgemeinen Teils. Dieses System steht im Widerspruch zur Grundsatzentscheidung der modernen Rechtsvereinheitlichungsprojekte im Vertragsrecht. Diese Regelwerke folgen im Leistungsstörungenrecht nicht dem *'cause approach'*, sondern dem *'remedy approach'*.⁸⁵ Die Unterteilung nach den verschiedenen Ursachen der Vertragsverletzung – wie z. B. der Unmög-

⁸⁴ Zum Verhältnis zwischen kaufrechtlicher Gewährleistung und allgemeinem Leistungsstörungenrecht vgl. GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 2631; BGE 133 III 335 E. 2.4.1 S. 339.

⁸⁵ JÜRGEN BASEDOW, Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract, The Impact of the CISG, 25 Int'l Rev. L. & Econ. 2005, 487 ff., 490 ff.; CONSTANTIN DÜCHS, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Eine rechtsvergleichende Studie zum UN-Kaufrecht (CISG), zu den Principles of European Contract Law (PECL) und den Unidroit Principles (UPICC), zum Vorentwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch (Gandolfi-Code) sowie zum deutschen Recht, Berlin 2006, 53 ff.; MARTIN SCHAUER, Grundprinzipien des Leistungsstörungenrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL, eine vergleichende Skizze, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, 627 ff., 629 f.; REINHARD ZIMMERMANN, Konturen eines europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477 ff., 480 f.

lichkeit oder dem Verzug – rückt dabei in den Hintergrund. Im Zentrum der Regelungen steht vielmehr die Nichterfüllung (*breach of contract/non-performance*).⁸⁶ Jede Abweichung vom vertraglichen bzw. gesetzlichen Pflichtenprogramm begründet eine Vertragsverletzung.⁸⁷ Dieser Ansatz findet sich in einer Vielzahl von nationalen und internationalen Vertragsregelwerken wieder. Beeinflusst wurde er zweifelsohne vom englischen Recht.⁸⁸ Die heute als ‘modern’ gepriesene⁸⁹ Lösung stand teilweise auch Pate bei der Abfassung des niederländischen *Burgerlijk Wetboek*,⁹⁰ der deutschen⁹¹ und chinesischen⁹² Schuldrechtsreform und jüngst der Reform des französischen *Code civil*.⁹³

86 Art. 1:301(4) PECL; Art. 7.1.1 PICC; Art. III. – 1:102 (3) DCFR. Vgl. dazu im Detail MATTHIAS E. STORME, Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden 2002, 11 ff., 26 ff.

87 ULRICH MAGNUS, Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference, ZEuP 2007, 260 ff., 264.

88 Vgl. zu diesem Konzept im englischen Recht MARTIN SCHMIDT-KESSEL, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, Limits of Frustration, Baden-Baden 2003, 32 ff.

89 Z. B. DÜCHS (Fn. 85), 53; INGEBORG SCHWENZER, Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Schlechtriem (Fn. 86), 37. GRUNDMANN bezeichnet es als einen «Rückschritt», dass in der endgültigen Fassung der Schuldrechtsreform eine mittlere Ebene gewählt und das System der Rechtsfolgendifferenzierung mit dem System der Differenzierung nach Verstoßstatbeständen kombiniert wurde, vgl. STEFAN GRUNDMANN, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, System und Perspektiven, AcP 2004, 569 ff., 603 f.

90 JAN SMITS, Chapter 8, Non Performance and Remedies in General, in: Harriët Schelhaas u. a. (Hrsg.), The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary, Nijmegen 2002, 327; STORME (Fn. 86), 26 f.

91 MARTIN SCHMIDT-KESSEL, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: Oliver Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 2008, 85 ff., 89; SCHWENZER (Fn. 89), 38.

92 SHIYUAN HAN, The UNIDROIT Principles and the Development of the Chinese Contract Law, in: Unidroit (Hrsg.), Eppur si muove: The Age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Band 2, Rom 2016, 1473 ff.

93 CLOTILDE JOURDAIN-FORTIER, Introduction générale aux sanctions de l'inexécution, in: Clotilde Jourdain-Fortier/Marc Mignot (Hrsg.), Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international, Paris 2016, 331 ff.

Die folgenden Bemerkungen stellen den Aufbau des geltenden Leistungsstörungsrechts nicht grundsätzlich infrage. Vorliegend soll vielmehr geprüft werden, welche materiellen Aspekte der geltenden Regelung nicht mehr angemessen erscheinen. Dabei wird insbesondere auf Unstimmigkeiten zwischen den verschiedenen Typen der Leistungsstörungen hingewiesen, die in einem vereinheitlichten System nicht auftreten würden. Der Fokus der Ausführungen liegt auf den Bestimmungen zum Schuldnerverzug sowie zur Rechts- und Sachgewährleistung. Da sich die Änderungsvorschläge zur Rechtsgewährleistung weitgehend aus jenen der Sachgewährleistung ableiten, werden die mit der Sachgewährleistung verbundenen Herausforderungen bewusst zuerst thematisiert. Keine weiteren Ausführungen erfolgen zur Leistungsunmöglichkeit. Die relevanten kaufrechtlichen Besonderheiten wurden diesbezüglich bereits unter der Gefahrtragung in Abschnitt II. erörtert.

2. Schuldnerverzug

a. *Allgemeines*

Die Voraussetzungen und Folgen des Schuldnerverzugs sind im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts in Art. 102–109 OR detailliert geregelt. Spezifisch kaufrechtliche Verzugsbestimmungen werden in Art. 190–191 OR für die Verkäuferin und in Art. 214–215 OR für den Käufer statuiert. Diese für den kaufmännischen Verkehr geltenden Sonderbestimmungen äussern sich nicht zu den Verzugsvoraussetzungen. Ihr Fokus liegt vielmehr auf den Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs. Die folgenden Ausführungen beschränken sich somit auf diesen Aspekt.

Sowohl im Allgemeinen Teil wie auch in den besonderen kaufvertraglichen Verzugsbestimmungen stellt der Gesetzgeber die Rechtsbehelfe des Rücktritts und des Schadenersatzes in ein Alternativverhältnis zueinander. Dies bedeutet, dass der Gläubiger das Erfüllungsinteresse grundsätzlich nur dann geltend machen kann, wenn er am Vertrag festhält und seine eigene Leistung im Gegenzug zum Schadenersatz erbringt. Der Vertrag wird somit fortgesetzt, lediglich mit einem modifizierten Inhalt. Entscheidet sich der Gläubiger, vom Vertrag zurückzutreten, erlischt sowohl seine eigene Leistungspflicht

wie auch jene des Schuldners. Der Gläubiger hat diesfalls nur «Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens»⁹⁴ und damit auf den Ausgleich des negativen Interesses.

Im Folgenden wird untersucht, ob es sach- und interessengerecht ist, einen Anspruch auf das positive Interesse auszuschliessen, wenn der Gläubiger aufgrund eines Schuldnerverzugs vom Vertrag zurücktritt. Die Ausführungen bilden zugleich die Grundlage für die Auslegung des Begriffs des «weiteren Schadens» im Zusammenhang mit der Sachgewährleistung.⁹⁵

b. *Entstehung und Auslegung*

In der schweizerischen Lehre zu Art. 109 OR wird mehrheitlich vertreten, dass der Gläubiger im Falle eines Rücktritts nur Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens hat.⁹⁶ Die historische Auslegung unterstützt diesen Ansatz. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt jedoch auf, dass eine solche Auffassung im schweizerischen Recht nicht immer gängig war.⁹⁷

Der Entwurf für ein schweizerisches Handelsrecht aus dem Jahr 1864 beinhaltete zwar keine allgemeine Bestimmung zum Verzug, wohl aber eine für den Verzug im Kaufvertrag. Gemäss Art. 249 hatte der Käufer im kaufmännischen Verkehr die Wahl, entweder die nachträgliche Lieferung der Ware zu fordern oder vom Kauf zurückzutreten. In beiden Fällen konnte er die Vergütung der Preisdifferenz als Entschädigung fordern.⁹⁸ In den Motiven schreibt MUNZINGER, dass die Folgen des Verzugs in Übereinstimmung mit dem Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch (§ 1401 PGB) festgelegt wurden. Es sei bewusst nicht die Lösung aus Art. 355 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) übernommen worden. Gemäss

94 Art. 109 Abs. 2 OR. Zu den Schadensposten, die unter das negative Interesse fallen, vgl. GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 2811.

95 Vgl. unten, Abschnitt III.3.e.

96 GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 2808; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 8), Art. 109 N 8.

97 Siehe z. B. die Ausführungen in FELIX R. EHRAT, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990 (Diss.), 35 ff.; ELISABETH GLÄTTLI, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich 1998 (Diss.), § 9.

98 Vergleiche für alle historischen Originaltexte URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000. Für den Text von Art. 249 des Entwurfes vgl. FASEL, a. a. O., 205.

MUNZINGER hat der Käufer nach dem deutschen Gesetz die dreifache Wahl «entweder Erfüllung nebst Schadensersatz, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder von dem Vertrage abzugehen. Nun aber soll nach unsrer Ansicht der Käufer auch in diesem letztern Falle ein Recht auf Schadensersatz beanspruchen können; kann er dies aber, so ist dann das zweite Wahlrecht überflüssig».⁹⁹ MUNZINGER verweist in dieser Hinsicht speziell auch auf den französischen Code civil, der in Art. 1610–1611 den gleichen Ansatz wie das Zürcher PGB vertritt. Alle folgenden Entwürfe zum OR¹⁰⁰ teilten diese Bewertung. Auch das Obligationenrecht aus dem Jahr 1881 machte keine Ausnahme: Art. 124 regelte allgemein den Rücktritt beim Verzug und erkannte einen Anspruch auf das positive Interesse an; Art. 234 tat das Gleiche in Bezug auf den Verzug im Kaufrecht. Das dreifache Wahlrecht aus dem ADHGB wurde vom schweizerischen Gesetzgeber bewusst nicht übernommen.

Diese Entscheidung wurde im Entwurf von 1905 zur Anpassung des aOR an das neue ZGB zum ersten Mal fallen gelassen. Auffallend ist, dass zwischenzeitlich im Jahr 1900 das deutsche BGB in Kraft getreten war. Das BGB sah sogar, anders als das ADHGB, für den Fall des Rücktritts überhaupt kein Recht auf Schadenersatz mehr vor.¹⁰¹ Die schweizerische Doktrin wurde von dieser Entwicklung beeinflusst.¹⁰² Weiter wurde im schweizerischen Recht zum ersten Mal detailliert zum Begriff des negativen Interesses publiziert.¹⁰³ An der

99 WALTHER MUNZINGER, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes*, wiedergegeben in Fasel (Fn. 98), 376.

100 MUNZINGER Entwurf 1869, §§ 159 und 219 [FASEL (Fn. 98), 534 und 543]; MUNZINGER Entwurf 1871, Art. 159–160 und 249 [FASEL (Fn. 98), 577 und 591]. Nach Munzingers Tod im Jahr 1873 folgten die Entwürfe von diversen Kommissionen: Entwurf 1875, Art. 149–150 und 235 [FASEL (Fn. 98), 722 und 735]; Entwurf 1877, Art. 149–150 und 235 [FASEL (Fn. 98), 889–890 und 903]; Entwurf 1879 Art. 130–133 und 250 [FASEL (Fn. 98), 1070–1071 und 1088].

101 GLÄTTLI (Fn. 97), 135.

102 Vgl. EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Zürich 1979, 335 (zit. BUCHER, AT); EHRAT (Fn. 97), 46.

103 Z. B. WOLDEMAR MARCUSEN, *Das negative Vertragsinteresse im Schweizer Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, Vergleichende Studie*, ZBJV 1890, 121 ff. Zur Wirkung dieses Aufsatzes vgl. FRANÇOIS GILLIARD, *La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: Hans Peter u. a. (Hrsg.), *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht*, Freiburg 1982, 122; GLÄTTLI (Fn. 97), 136 ff.

Kumulation von positivem Interesse und Rücktritt wurde insbesondere kritisiert, dass der Rücktritt den Vertrag und die gegenseitigen Leistungspflichten erlöschen lasse und diese deswegen keine Grundlage mehr für das positive Interesse bieten könnten.¹⁰⁴ Die rückwirkende Funktion des Rücktritts wurde somit als ein logisches Hindernis für den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse angesehen. In der Botschaft aus dem Jahr 1905 wurde diese Kritik übernommen und Folgendes vermerkt:

«Sodann aber fanden wir es für angemessen, der Kontroverse über die Natur und Bedeutung des in O.-R. Art. 124 und 125 gegebenen Schadenersatzanspruches ein Ende zu machen, indem wir an Stelle des Schadenersatzes im Falle des Rücktrittes bei Verschulden des Gegners eine Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstatt des Rücktrittes aufgenommen haben, in Anlehnung an die Regelung im deutschen Reichsrecht (B. G. B. §325).»¹⁰⁵

Die Botschaft von 1909 war in dieser Hinsicht noch eindeutiger und verkündete:

«Aus diesen Änderungen ergeben sich nunmehr bei Verzug des Schuldners im zweiseitigen Vertrag unter den vorangestellten Voraussetzungen folgende drei Möglichkeiten: 1. Klage auf Erfüllung, 2. Klage auf das Erfüllungsinteresse ohne Rücktritt (1131) und 3. Rücktritt vom Vertrag, verbunden mit Anspruch auf Ersatz des sogenannten negativen Vertragsinteresses [...]»¹⁰⁶

c. *Rechtsprechung*

Die gesetzliche Entwicklung vom «Rücktritt + positives Interesse» zu «Rücktritt + negatives Interesse» lässt sich auch in der Rechtsprechung verfolgen. Unter dem alten OR liess das Bundesgericht den Anspruch auf das positive Interesse bei einem Rücktritt noch ohne Weiteres zu.¹⁰⁷ Mit der Einführung des neuen OR wurde dieser Ansatz

104 Vgl. ERNST BIEDERMANN, Der Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen Schuldnerverzuges, Zürich 1909, 140 ff.

105 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anführung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, BBl 1905 II 1.

106 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), vom 1. Juni 1909, BBl 1909 III 725.

107 Vgl. z. B. BGE 25 II 60 E.1 S. 67; BGE 26 II 133 E. 7 S. 139 f.; BGE 40 II 133 E. 4 S. 140 ff.

jedoch aufgegeben. Das Bundesgericht stellt diese Rechtsprechung bis heute nicht infrage:

«Die Vorinstanz geht in der Tat davon aus, auch bei einem Schadenersatzanspruch gemäss Art. 109 Abs. 2 OR nach erfolgtem Vertragsrücktritt habe die Bestellerin das Wahlrecht zwischen dem positiven und dem negativen Interesse. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Parteien bei Vertragsrücktritt dagegen vermögensmässig so zu stellen, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätten (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22 mit Hinweis). Das Bundesgericht hat die von einigen Autoren vertretene Ausdehnung des Art. 109 OR auch auf das positive Vertragsinteresse wiederholt abgelehnt (Urteile des Bundesgerichts 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.4, publ. in: ZBGR 87/2006 S. 391; 4A_251/2010 vom 12. August 2010 E. 2; 4A_514/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2; je mit Hinweisen). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen.»¹⁰⁸

d. Rechtsvergleichung

Wie oben dargelegt, hat die deutsche Rechtsauffassung das Verständnis des schweizerischen Gesetzgebers zum Verhältnis zwischen Rücktritt und Schadenersatz massgeblich beeinflusst. Besonders erwähnenswert ist deshalb, dass der deutsche Gesetzgeber seinen Ansatz inzwischen revidiert hat. Mit der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 wurde die Alternativität der beiden Rechtsbehelfe aufgegeben. Stattdessen wird nun dem Gläubiger die Wahl überlassen, ob er bei einem Rücktritt sein positives oder sein negatives Interesse ausgeglichen haben will: Gemäss § 325 BGB hat der Gläubiger somit die Möglichkeit, Schadenersatz und Rücktritt parallel geltend zu machen.¹⁰⁹

Andere Rechtsordnungen haben dieses Konzept seit jeher verfolgt.¹¹⁰ Die französische Rechtsordnung, die bis zur Revision des aOR auch vom schweizerischen Gesetzgeber beachtet worden ist, stellt dem Gläubiger nur zwei Rechte zur Verfügung: Er kann entweder weiterhin auf Erfüllung beharren und den Verspätungsschaden verlangen oder

¹⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_232/2014 vom 30. März 2015 E. 14.2.

¹⁰⁹ INA RIEWERT, Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schadenersatz nach § 325 BGB, Tübingen 2014, 36 ff.; BeckOK BGB-SCHMIDT (Fn. 62), § 325 N 1–2.

¹¹⁰ Vgl. für rechtsvergleichende Hinweise EVA LEIN, Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, Tübingen 2015, 434 ff.; GÜNTER H. TREITEL, Remedies for Breach of Contract, in: Arthur Taylor von Meren (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Tübingen 2008, Chapter 16 N 183 f.

vom Vertrag zurücktreten und das Erfüllungsinteresse fordern.¹¹¹ Auch die Schuldrechtsreform von 2016 hat daran nichts geändert.¹¹² Der französische Gesetzgeber geht nun zwar von einem einheitlichen Konzept der Vertragsverletzung aus und bestimmt in Art. 1217 CC, dass dem Gläubiger im Falle einer Nicht- oder Schlechterfüllung verschiedene Rechtsbehelfe, unter anderem auch der Rücktritt, zustehen. Alle diese Rechtsbehelfe können jedoch mit einem Schadenersatzanspruch gemäss Art. 1231 CC ff. kumuliert werden. Art. 1231-2 CC bestimmt wiederum, dass dieser Schadenersatzanspruch den materiellen Schaden sowie den entgangenen Gewinn umfasst.¹¹³

Auch in Österreich steht der Kumulation von Rücktritt und positivem Interesse nichts entgegen. § 921 ABGB¹¹⁴ bestimmt, dass der «Rücktritt vom Verträge [...] den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt»¹¹⁵ lässt. Der gleiche Ansatz wird vom italienischen *Codice civile* in Art. 1453 angenommen.

Dem englischen Recht ist die Unterteilung von positivem (*expectation loss*) und negativem Interesse (*reliance interest*) ebenfalls bekannt. Auch hier besteht kein Zweifel, dass der Gläubiger im Falle eines Rücktritts das positive Interesse geltend machen kann.¹¹⁶

Das Wiener Kaufrecht sowie *Soft-Law*-Instrumente wie PICC, PECL, DCFR und CESL gehen alle von einem einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung aus. Deswegen kann man auch keine speziellen Vorschriften in Bezug auf den Verzug finden. Nach allen

111 Vgl. Art. 1184 Code civil (CC), Version in Kraft bis 2016.

112 Vgl. zur französischen Reform HANS JÜRGEN SONNENBERGER, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016–131 vom 10. 2. 2016, ZEuP 2017, 6 ff.

113 Siehe THIBAUT DOUVILLE u. a., La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Paris 2016, 240.

114 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB).

115 Siehe RUDOLF WELSER/BRIGITTA ZÖCHLING-JUD, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil/Schuldrecht Besonderer Teil/Erbrecht, 14. Aufl., Wien 2015, 63.

116 Vgl. EDWIN PEEL, Treitel on the Law of Contract, 14. Aufl., London 2015, N 18-020.

diesen Regelwerken kann der Gläubiger jedoch im Falle einer Vertragsverletzung *entweder* seinen Anspruch auf Erfüllung zusammen mit einem Schadenersatzanspruch geltend machen *oder* vom Vertrag zurücktreten und sein positives oder negatives Interesse als Schadenersatz verlangen.¹¹⁷

e. *Kritik*

Die fehlende Möglichkeit, den Vertragsrücktritt beim Schuldnerverzug mit dem Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe des positiven Interesses zu kombinieren, benachteiligt die leistungsbereite Partei.¹¹⁸ Leistet etwa die Verkäuferin nicht rechtzeitig und will der Käufer das positive Vertragsinteresse geltend machen, wird er gestützt auf die Surrogationstheorie an einen Vertrag gebunden, obwohl er eine völlig andere Leistung – nämlich Schadenersatz – als die ursprünglich vereinbarte Lieferung des Kaufgegenstandes erhält.¹¹⁹

Um dieses unbefriedigende Ergebnis abzuschwächen, hat die schweizerische Lehre und Rechtsprechung die Differenztheorie entwickelt.¹²⁰ Demnach kann der Gläubiger auch ohne Vertragsrücktritt von der Erfüllung seiner eigenen Leistung Abstand nehmen und stattdessen die Differenz zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem Geld-

117 Vgl. EWAN MCKENDRICK, Art. 7.4.1. N 4, in: Stefan Vogenauer (Hrsg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. Aufl., Oxford 2015 (zit. VOGENAUER-BEARBEITER); NILS SCHMIDT-AHRENDTS/MARK CZARNECKI, Art. 74 N 6, in: Christoph Brunner (Hrsg.), *UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BRUNNER-BEARBEITER).

118 Vgl. schon AUGUST SIMONIUS, Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, ZSR 37/1918, 225 ff., 254 ff.; BK-WEBER, Art. 109 N 24, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung*, Art. 97–109, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000. Vgl. zu den rechtsökonomischen Argumenten, warum ein Anspruch auf das positive Interesse die besseren Anreize für die Verwirklichung des Erfüllungsinteresses setzt, THOMAS ACKERMANN, *Der Schutz des negativen Interesses, Zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion im Privatrecht*, Tübingen 2007, 174 ff.

119 GLÄTTLI (Fn. 97), 142.

120 Vgl. GLÄTTLI (Fn. 97), 147 ff.; RIEWERT (Fn. 109), 25 f. Zur Kontroverse zwischen Austausch- und Differenztheorie siehe GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 2777 ff.

wert seiner eigenen Leistung verlangen.¹²¹ Obwohl der Vertrag bestehen bleibt, werden beide Parteien von ihren Leistungspflichten entbunden. Im Ergebnis lässt sich die Differenztheorie somit kaum noch vom Rücktritt unterscheiden.

Die Differenztheorie wird in der Lehre jedoch stark kritisiert. Es wird vorgebracht, sie leide an einem ‘dogmatischen Begründungsdefizit’ bezüglich des Untergangs der gegenseitigen Leistungspflicht.¹²² Will ein Gläubiger, der bereits geleistet hat, seine Vertragsleistung zurückfordern, bleibt ihm nur ein Rücktritt, verbunden mit dem negativen Interesse.¹²³ Schliesslich widerspricht die Lösung häufig dem Rechtsempfinden der Parteien.¹²⁴ Will ein Gläubiger sein Vertragsinteresse als Schadenersatz verlangen, wird er meistens davon ausgehen, dass der Vertragsrücktritt eine notwendige Voraussetzung für dieses Vorgehen darstellt. Die Differenztheorie erscheint somit eine erzwungene Kompromisslösung, die nur eingeführt worden ist, um das Dogma der Alternativität von Rücktritt und positivem Interesse aufrechtzuerhalten.

Andere Kaufrechtsordnungen vermögen die kritisierten Aspekte besser aufzufangen. So ist gemäss Art. 75–76 CISG eine Schadenskalkulation nach der konkreten oder abstrakten Methode nur möglich, falls der Gläubiger vom Vertrag zurückgetreten ist.¹²⁵ Die Forderung des positiven Interesses geht also mit dem Vertragsrücktritt einher. Bei Handelsgeschäften mit internationalem Charakter müssen die Parteien somit immer auf der Hut sein: Kommt das UN-Kaufrecht zur Anwendung, kann der Gläubiger das positive Interesse nur verlangen,

121 GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 2779. BUCHER, AT (Fn. 102), 335, Fn. 171, macht in der ersten Auflage seines OR-AT Buches die folgende Aussage: «Hätte die OR-Revision den Anträgen der Expertenkommission entsprochen und sich darauf beschränkt, einzelne Mängel von aOR 122, 124 zu bereinigen [...], so wäre wohl die ganze Kontroverse Austausch- oder Differenztheorie erspart geblieben.»

122 ELISABETH GLÄTTLI, Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt, eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 1997, 233 ff., 239.

123 GLÄTTLI (Fn. 97), 147.

124 So schon die Feststellung von ERNST RABEL im Jahr 1936, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, unveränderter Nachdruck, 1. Band, Berlin 1957, 433.

125 BRUNNER-SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI (Fn. 117), Art. 75 N 3 und Art. 76 N 2. So auch Art. 7.4.5.–7.4.6 PICC; Art. 164 f. CESL. Vgl. auch SCHWENZER u. a. (Fn. 80), Rz. 44.236 ff. und 44.249.

wenn er vom Vertrag zurücktritt. Wird der gleiche Kaufgegenstand unter Art. 184 ff. OR weiterveräussert und gerät die Verkäuferin in Verzug, dann darf der Käufer keinen Vertragsrücktritt einleiten, wenn er ebenfalls das positive Interesse beanspruchen will. Dass eine solche Dichotomie der Rechtssicherheit nicht dienlich ist, liegt auf der Hand.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das OR selbst in anderen Konstellationen sehr wohl eine Kumulation von Vertragsauflösung und positivem Interesse zulässt. Zu erwähnen ist insbesondere die Möglichkeit des Gläubigers, beim Irrtum (Art. 26 Abs. 2 OR) wie auch bei der vollmachtlosen Stellvertretung (Art. 39 Abs. 2 OR) das positive Interesse (den weiteren Schaden) zu verlangen.¹²⁶ In beiden Fällen liegt noch nicht einmal ein gültiger Vertrag vor. Zudem deutet zumindest ein Teil der Lehre den Begriff des weiteren Schadens in Art. 195 Abs. 2 OR und Art. 208 Abs. 2 OR als positives Interesse.¹²⁷ Auch in diesen Fällen kann der Käufer somit trotz einer Vertragsaufhebung einen Anspruch auf das positive Interesse erheben.

f. *Regelungsvorschlag*

In der Begründung zu § 325 BGB, der die Beziehung von Schadenersatz und Rücktritt neu regelt, stellt der deutsche Gesetzgeber Folgendes fest:

«Dieses Ergebnis des geltenden Rechts ist nicht sachgemäß. Es ist nicht einsichtig, weshalb der Gläubiger nur bei der Wahl des Schadenersatzes die Rechtsfolgen beider Rechtsbehelfe kombinieren können soll, weshalb das aber nicht auch bei der Wahl von Rücktritt möglich sein soll. Entsprechend einem Vorschlag der Schuldrechtskommission in §§ 280 Abs. 2, 327 KE soll deshalb die sog. Alternativität zwischen Rücktritt und Schadenersatz aufgegeben werden.»¹²⁸

Diese Einsichten sind auch bei einer Neuregelung des schweizerischen Verzugsrechts zu berücksichtigen. Wie in Abschnitt III.2.b. aufgezeigt worden ist, kannte das schweizerische Recht die Alterna-

¹²⁶ Vgl. z. B. GAUCH u. a. (Fn. 37), Rz. 850 und 1420; AHMET KUT, Art. 26 N 6 und 39 N 13, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

¹²⁷ SIMONIUS (Fn. 118), 264. Für weitere Verweise siehe unten, Fn. 194.

¹²⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040, 188.

tivität von Rücktritt und positivem Interesse ursprünglich nicht; der Ansatz wurde erst später aus dem deutschen BGB übernommen. Bei der Schuldrechtsreform von 2002 hat sich der deutsche Gesetzgeber nun zu Recht von diesem Konzept verabschiedet. Vor diesem Hintergrund ist es deshalb angebracht, die Rücktrittsregelungen auch im schweizerischen Recht – und zwar nicht nur für das Kaufrecht und nicht nur für den Verzug, sondern allgemein für das Leistungsstörungenrecht – zu überdenken. Den Parteien ist dabei die Möglichkeit einzuräumen, den Rücktritt zusammen mit dem Schadenersatz in der Höhe des positiven Interesses zu fordern. Dies ist in zahlreichen Rechtsordnungen, im UN-Kaufrecht und in den *Soft-Law*-Instrumenten bereits heute die Regel. Auch das OR 2020 übernimmt diese Blickweise. Gemäss Art. 118 i. V. m. Art. 128 OR 2020 ist der Gläubiger frei, bei einem Vertragsrücktritt das positive Interesse zu verlangen.¹²⁹

3. Sachgewährleistung

a. *Allgemeines*

Gemäss geltendem schweizerischem Recht kann der Käufer einen Sachmangel grundsätzlich dann erfolgreich geltend machen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss ein Mangel am Kaufgegenstand vorliegen. Dies ist nach Art. 197 OR zu bejahen, sobald die Kaufsache vom Vertrag abweicht.¹³⁰ Der Mangel kann nur zu einem Gewährleistungsanspruch führen, wenn er im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegt.¹³¹ Zweitens dürfen die Parteien die Mängelhaftung nicht wegbedungen haben (Art. 199 OR).¹³² Drittens darf der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis vom

129 Es liegt auf der Hand, dass eine Kumulation von Rücktritt und Schadenersatz den Gläubiger nicht besserstellen darf, als er bei einer vertragskonformen Leistung stünde. Es gilt das Bereicherungsverbot, die Regeln der Vorteilsangleichung finden uneingeschränkt Anwendung. Dazu ausführlich RIEWERT (Fn. 109), 119 ff.

130 Art. 197 Abs. 1 OR; vgl. sogleich, Abschnitt III.3.b.

131 Vgl. HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Art. 197 N 113, in: Wilhelm Schönenberger u. a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Band V/2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit. ZK-BEARBEITER), gemäss welchen die Sachpreisgefahr wie auch die Kaufleistungsgefahr gemeint ist.

132 Vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 199 N 1; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 199 N 9.

Mangel haben (Art. 200 OR).¹³³ Viertens muss der Käufer die Prüf- und Rügeobligationen von Art. 201 OR einhalten¹³⁴ und der Anspruch darf fünftens weder verwirkt noch verjährt sein (Art. 210).¹³⁵ Sind die beschriebenen Voraussetzungen erfüllt, kann der Käufer nach Art. 205 OR die Wandelung des Kaufvertrages veranlassen oder die Minderung des Kaufpreises fordern. Weiter steht ihm bei gegebenen Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 208 OR bzw. Art. 97 OR zu.¹³⁶

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Gewährleistungsrechts sind für den Käufer gleich in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend. So erscheinen die Prüf- und Rügeobligationen aus Art. 201 OR für Konsumenten als übermässig streng und die Definition des Sachmangels als zu eng. Auf der Rechtsfolgeseite fehlen zudem ein Recht auf Reparatur und – jedenfalls beim Stückkauf¹³⁷ – ein Recht auf Nachlieferung. Weiter kann die Verkäuferin dem Käufer den Schutz der Gewährleistung auch unter den revidierten Verjährungsregeln¹³⁸ weitgehend entziehen. Zusätzlich sind die Schadenersatzansprüche sehr restriktiv ausgestaltet. Schliesslich räumt das geltende Recht dem Käufer keine Möglichkeit ein, bei einer mangelhaften Kaufsache direkt auf die Produzentin zuzugehen.

b. *Definition des Sachmangels*

Gemäss Art. 197 OR ist von einem Sachmangel auszugehen, wenn der Kaufgegenstand eine zugesicherte Eigenschaft nicht aufweist oder wenn der Sache gewisse Eigenschaften fehlen, die der Käufer nach Treu und Glauben voraussetzen durfte und «die ihren

133 Vgl. CAVIN (Fn. 35), 84 f.; BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 200 N 1 f.; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 349.

134 Vgl. SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 358 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 201 N 4.

135 Vgl. CAVIN (Fn. 35), 105 ff.; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 369; zur Verjährung vgl. unten, Abschnitt III.5.

136 Zum Schadenersatz vgl. sogleich, Abschnitt II.3.e.

137 Für den Gattungskauf vgl. Art. 206 OR, wonach der Käufer bei mangelhafter Gattungsware «andere wahrhafte Ware derselben Gattung» verlangen kann. Zur Abgrenzung zwischen mangelhafter Erfüllung und Nichterfüllung bei Gattungskauf vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 206 N 2 f.

138 Zur Änderung der Verjährungsfristen für die kaufvertragliche Gewährleistung vom 16. März 2012 siehe AS 2012 5415.

Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern». ¹³⁹ Eine zugesicherte Eigenschaft liegt dann vor, wenn die Verkäuferin eine ernsthafte und verbindliche Äusserung in Bezug auf die Ware gemacht hat. ¹⁴⁰ Demgegenüber fallen unverbindliche, reklamehafte Anpreisungen nicht unter den Begriff der Zusicherung. Die Verkäuferin haftet für eine zugesicherte Eigenschaft unabhängig davon, ob ihr Fehlen den Wert der Sache oder ihre Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder erheblich mindert. ¹⁴¹ Bei den vorausgesetzten Eigenschaften, die nicht zugesichert worden sind, verlangt der Gesetzgeber hingegen als Haftungsvoraussetzung eine erhebliche Wertminderung oder Aufhebung der Tauglichkeit. ¹⁴² Das Vorliegen eines Sachmangels sowie das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs muss vom Käufer bewiesen werden. ¹⁴³ Ob im Falle einer *Aliud*-Lieferung das Sachgewährleistungsrecht oder die allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung Anwendung finden, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. ¹⁴⁴

Das UN-Kaufrecht sowie die VerbrauchsgüterkaufRL definieren die Vertragsmässigkeit der Sache als primäre Leistungspflicht. Die

139 CAVIN (Fn. 35), 82; PHILIPP GELZER, Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht, Basel 2003, 12; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2597; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 324 ff.; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 197 N 62; BGE 114 II 239 E. 5a/aa S. 244.

140 Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 197 N 11, 13.

141 MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 197 N 15, in: Markus Müller-Chen, Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-BEARBEITER).

142 HUGUENIN (Fn. 139), N 2596; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 197 N 7; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 197 N 70 ff.

143 HUGUENIN (Fn. 139), N 2598.

144 Für die Anwendung der Verzugsregeln: BGE 121 III 453 E. 4a S. 458 f.; HUGUENIN (Fn. 139), N 2587 ff.; THOMAS KOLLER, *Aliud* und *peius*: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben, in: Honsell u. a. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, FS Ernst A. Kramer, Basel 2004, 531 ff.; kritisch hingegen in Bezug auf die *Aliud-peius*-Trennung beim Gattungskauf GELZER (Fn. 139), 66 ff.; ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur *Aliud*-Lieferung beim Gattungskauf, Urteilsbesprechung BGE 121 III 453, recht 1997, 78 ff.; CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 141), Art. 197 N 26.

Standards der Vertragsmässigkeit richten sich dabei in erster Linie an der Parteiabrede – und damit an subjektiven Kriterien – aus. Sekundär kommen auch objektive Kriterien wie der übliche Gebrauchszweck zum Tragen.¹⁴⁵ Eine Verletzung von subjektiven Kriterien führt zu denselben Folgen wie eine Nichtbeachtung von objektiven Merkmalen. Zudem verzichten beide Regelwerke auf eine Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius*, Qualitäts- und Quantitätsabweichung sowie zugesicherten und vorausgesetzten Eigenschaften¹⁴⁶ und lassen dadurch die oft schwierige Grenzziehung zwischen diesen Begriffspaaren obsolet werden.¹⁴⁷ Diesem Ansatz folgt auch das CESL.¹⁴⁸ Schliesslich führen die Regelwerke auch die Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln nicht weiter. Die Erheblichkeit der Vertragsverletzung entscheidet nur darüber, auf welche der verschiedenen Rechtsbehelfe sich der Käufer berufen darf.

Für Konsumentenkäufe sieht die VerbrauchsgüterkaufRL ausserdem vor, dass bei der Bestimmung der üblichen Beschaffenheit der Ware die in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äusserungen der Verkäuferin und der Herstellerin in Betracht gezogen werden müssen.¹⁴⁹ Die Verkäuferin muss prinzipiell für öffentliche Aussagen der Herstellerin über die konkreten Eigenschaften der Ware einstehen, auch wenn diese nicht als «zugesichert» qualifiziert werden können. Auch bezüglich der Beweislast ist man dem Konsumenten entgegengekommen. Demnach wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung der Ware offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden haben.¹⁵⁰

145 BRUNNER-BOEHM/GOTTLIEB (Fn. 117), Art. 35 CISG N 3 und 9; GRUNDMANN/BIANCA-GRUNDMANN (Fn. 1), Art. 2 N 8 ff.

146 GELZER (Fn. 139), 18 ff.; GRUNDMANN/BIANCA-GRUNDMANN (Fn. 1), Art. 2 N 6; INGBORG SCHWENZER, Art. 35 N 4, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 6. Aufl., München/Basel 2013 (zit. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-BEARBEITER).

147 Diesem Ansatz folgte z. B. auch das BGB in § 434.

148 Vgl. Art. 99 f. CESL.

149 Art. 2 Abs. 2 Bst. d VerbrauchsgüterkaufRL.

150 Art. 5 Abs. 3 VerbrauchsgüterkaufRL.

Das einheitliche Konzept des Mangelbegriffs nach dem UN-Kaufrecht und der VerbrauchsgüterkaufRL vermögen zu überzeugen. Es ist de lege ferenda deshalb auch im schweizerischen Recht zu übernehmen. Die von KRAMER als 'Haarspalterei' qualifizierten Unterscheidungsversuche z. B. in Bezug auf *aliud* und *peius*¹⁵¹ verursachen eine Rechtsunsicherheit, die leicht korrigiert werden könnte. Wie unten noch dargelegt werden soll, müssten zugleich auch die Prüfungs- und Rügeobliegenheiten so revidiert werden, dass ein weit verständener Mangelbegriff den Käufer nicht schlechter stellt als das geltende Recht. Für Konsumenten würde eine zusätzliche Erweiterung der Vertragsmässigkeitsdefinition um die öffentlich gemachten Aussagen der Verkäuferin oder der Herstellerin einen wichtigen Schutz bieten.¹⁵² Dies erscheint umso wichtiger, da der Käufer heute nur noch selten konkrete Zusicherungen durch die Verkäuferin erhält, sondern regelmässig über die nicht personalisierte Werbung der Herstellerin auf die Produkteigenschaften aufmerksam gemacht wird. Auch die Übernahme der Beweislast erleichterung für die ersten sechs Monate nach der Lieferung der Ware erscheint sachgerecht. Gerade bei technologischen Gütern lässt sich meistens nur sehr schwer nachweisen, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Lieferung vorhanden war. Die Interessen der Verkäuferin können ausreichend gewahrt werden, wenn die Vermutung entsprechend der VerbrauchsgüterkaufRL dann nicht zur Anwendung kommt, wenn sie mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.

c. *Prüf- und Rügeobliegenheiten*

Damit der Käufer einen Anspruch aus Sachmängelhaftung hat, muss er den Kaufgegenstand, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist»,¹⁵³ prüfen und entdeckte Mängel sofort anzeigen. Mängel, die trotz sorgfältiger Prüfung erst später ersichtlich werden, sind unmittelbar nach deren Aufdeckung anzuzeigen.¹⁵⁴ Die Dauer der Prüf- und Rügeobliegenheiten wird durch den Gesetzgeber somit

151 KRAMER (Fn. 144), 82.

152 Vgl. dazu wie eine solche Regelung abgefasst werden könnte § 434 Abs. 1 und 3 BGB und MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 434 N 27 ff.

153 Art. 201 Abs. 1 OR.

154 Art. 201 Abs. 3 OR.

nicht absolut festgelegt.¹⁵⁵ Vielmehr ist gestützt auf den konkreten Einzelfall zu beurteilen, wie lange der Käufer Zeit hat, um Mängel aufzudecken und anzuzeigen.¹⁵⁶ Auch unter diesem Vorbehalt bleibt jedoch der Grundsatz, dass der Käufer rasch reagieren muss, wenn er Mängel an der Kaufsache feststellt. Verpasst er die kurzen Fristen, verliert er sämtliche Rechtsbehelfe aus der Sachgewährleistung.

Mit diesem strengen Fristenregime setzt sich das schweizerische Recht jedenfalls für Konsumentenkäufe deutlich von anderen Kaufrechtsordnungen ab. So kennt etwa die europäische VerbrauchsgüterkaufRL keine Prüfungsobliegenheit, d. h., die Mitgliedstaaten können auch keine solche einführen. In Bezug auf die Rügefrist hat der EU-Gesetzgeber die Entscheidung zwar den Mitgliedstaaten überlassen, eine solche einzuführen,¹⁵⁷ die Frist muss aber mindestens zwei Monate betragen und darf erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, «zu dem er [d. h. der Käufer] die Vertragswidrigkeit festgestellt hat».¹⁵⁸ In Umsetzung der Richtlinie verzichtete z. B. das BGB auf die Statuierung von Prüf- und Rügefristen.¹⁵⁹

155 Vgl. statt vieler ALAIN BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009 (Diss.), 83 ff.

156 CAVIN (Fn. 35), 89 f.; BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 201 N 9; CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 141), Art. 201 N 9; Verschiedene Anhaltspunkte, wie lange die Frist im konkreten Einzelfall betragen darf, finden sich in der Rechtsprechung. So mussten in BGE 18 I 348 E. 5 S. 353 Südfrüchte «im Laufe der allernächsten Tage» nach der Lieferung geprüft werden, was bedeutete, dass es acht Tage später bereits zu spät war. Bei einer Weinlieferung hingegen gilt eine Rüge nach gut zehn Tagen ab der Lieferung als innerhalb der Frist, da der gelieferte Wein vor der Prüfung zuerst ruhen muss, vgl. BGE 26 II 791 E. 4 S. 794 f. Eine noch längere Frist gilt bei Geräten, die erst später getestet werden können, so beispielsweise bei einer Mäh- oder Dreschmaschine, die im Frühling gekauft wird, jedoch erst bei Ingebrauchnahme im Sommer überprüft werden kann, vgl. BGE 81 II 56 E 3.b S. 59.

157 Für das deutsche Recht vgl. SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 366. Ein ausdrücklicher Verzicht auf Prüfungs- und Mitteilungspflichten des Käufers ist in Art. 106 Abs. 3 Bst. b CESL statuiert.

158 Art. 5 Abs. 2 VerbrauchsgüterkaufRL. Vgl. GRUNDMANN/BIANCA-HONDIUS (Fn. 1), Art. 5 N 10–19; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 201 N 86.

159 Zur fehlenden Untersuchungspflicht vgl. BeckOK BGB-FAUST (Fn. 62), § 442 N 20 f.; STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 442 N 25. Gemäss HANS SCHULTE-NÖLKE u. a., EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis, April 2007, 643 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf (zuletzt besucht am 15. 9. 2017), hatten 2007 15 Mitgliedstaaten der EU eine solche Frist eingeführt, 10 hingegen nicht.

Selbst die Prüf- und Rügeobliegenheiten für Kaufverträge unter Kaufleuten weisen regelmässig weniger strenge Fristen auf als das schweizerische Recht. Zwar schlägt Art. 121 CESL für den Unternehmenskauf vor, dass der Käufer «die Waren innerhalb einer so kurzen Frist prüft oder prüfen lässt, wie es die Umstände erlauben». Anders als das schweizerische Recht fordert Art. 122 CESL jedoch nach Entdeckung des Mangels keine sofortige Mitteilung, sondern lässt eine Meldung «innerhalb einer angemessenen Frist» genügen. Ähnlich statuiert § 377 HGB¹⁶⁰ für Handelsgeschäfte eine unverzügliche Prüfung der Ware, erachtet aber eine Anzeige «ohne schuldhaftes Zögern»¹⁶¹ für ausreichend.¹⁶² Das Wiener Kaufrecht fordert in Art. 38 CISG schliesslich ebenfalls eine möglichst zeitnahe Prüfung des Kaufgegenstandes.¹⁶³ Die Anzeige an die Verkäuferin hat gemäss Art. 39 Abs. 1 CISG jedoch nicht sofort, sondern wiederum erst nach einer angemessenen Frist zu erfolgen. In der Literatur und Rechtsprechung werden für die Bemessung der Fristendauer unterschiedliche Massstäbe angelegt.¹⁶⁴ Es wird aber gemeinhin davon ausgegangen, dass die Frist grosszügiger auszulegen ist als jene des deutschen § 377 HGB – und damit auch jene von Art. 201 OR.

Die Prüf- und Rügeobliegenheiten des schweizerischen Obligationenrechts werden zumindest den Bedürfnissen von Konsumenten nicht gerecht.¹⁶⁵ Der grossen Mehrzahl von Käufern ist kaum bewusst, dass sie ihre Rechtsposition einbüssen, wenn sie einen Mangel nicht rechtzeitig feststellen und unmittelbar im Anschluss daran rügen. Für Konsumentenverträge ist deshalb *de lege ferenda* auf die Statuierung

160 Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 28 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745).

161 BeckOK HGB-SCHWARTZE, § 377 N 47, in: Martin Häublein/Roland Hoffmann-Theinert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar HGB, 17. Aufl., München 2017.

162 Siehe dazu auch ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 201 N 87.

163 Vgl. MüKo BGB-GRUBER (Fn. 19), Art. 38 CISG N 1 f.; STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 38 N 3; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHWENZER (Fn. 146), Art. 39 CISG N 15 ff.

164 Vgl. ausführlich dazu MüKo BGB-GRUBER (Fn. 19), Art. 39 CISG N 33 ff.; HONSELL-MAGNUS (Fn. 70), Art. 39 N 19 ff.

165 So auch EUGEN BUCHER, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971/1, 1 ff.; GELZER (Fn. 139), 44 ff.; BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 201 N 1; ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 201 N 6.

einer Prüf- und Rügefrist zu verzichten. Auch für Unternehmenskäufe ist das geltende Recht zu rigoros. Zwar erscheint es durchaus angebracht, dass ein erfahrener Käufer den Kaufgegenstand nach dessen Übernahme möglichst bald prüft. Die sofortige Rügeobliegenheit bringt dagegen für keine der Parteien erhebliche Vorteile. So läuft die Verkäuferin Gefahr, dass der Käufer einen Mangel rügt, bevor er sich eingehend mit dessen Vorliegen und den damit verbundenen Folgen auseinandergesetzt hat. Der Käufer hat wiederum den Nachteil, dass er seine Mängelrechte bei einer leicht verzögerten Rüge vollumfänglich verliert und sich mit der mangelbehafteten Kaufsache zufriedengeben muss. In Anlehnung an die Regelung des CISG sollte daher auch im schweizerischen Recht bei Kaufverträgen unter Kaufleuten eine Mängelanzeige innerhalb einer angemessenen Frist genügen.¹⁶⁶ Die Fristenlänge wäre – wie heute bereits die Prüffrist – nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessen.

d. *Rechtsbehelfe des Käufers*

Das schweizerische Gewährleistungsrecht räumt dem Käufer die Rechtsbehelfe der Minderung und der Wandelung ein. Bei gegebenen Voraussetzungen kann er daneben Schadenersatz fordern. Macht der Käufer die Wandelung geltend, bewirkt er dadurch, dass das Vertragsverhältnis in ein obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis umgestaltet wird.¹⁶⁷ Er erhält somit einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises sowie auf Leistung der gesetzlich geschuldeten Zinsen.¹⁶⁸ Erklärt der Käufer dagegen die Minderung, führt dies zu einer «Herabsetzung der Kaufpreisforderung».¹⁶⁹ Die Kaufpreisreduktion berechnet sich dabei nach der relativen Methode.¹⁷⁰ Der

166 So auch der zurückgezogene Vernehmlassungsvorschlag des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001, Art. 201 Abs. 1 und 3 OR.

167 SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 393; a. M. KELLER/SIEHR (Fn. 27), 88; MARKUS KNELLWOLF, Zur Wirkung des Rücktrittes, ZSR 1990 I, 389 ff., 402 f.

168 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 208 N 2. Die Bemessung der Zinsen bestimmt sich nach Art. 73 OR.

169 SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 401.

170 SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 402. Als Alternative lässt das Bundesgericht das Abstellen auf die effektiven Kosten für die Mangelbehebung zu, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002 E. 3.b.aa.

Käufer kann die beiden Rechtsbehelfe grundsätzlich alternativ geltend machen.¹⁷¹ Die Wandelung ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn «die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen».¹⁷² Die Minderung wiederum wird unzulässig, wenn «der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises» erreicht.¹⁷³ Für Gattungsschulden besteht gemäss Art. 206 OR schliesslich das Recht, die Nachlieferung einwandfreier Ware zu fordern.¹⁷⁴ Dieser Rechtsbehelf greift aber nur, wenn die Verkäuferin effektiv Ware der geschuldeten Gattung geliefert hat. Liefert sie mit gattungsfremder Ware, kommen die Vorschriften von Art. 97 OR ff. zum Tragen: Die Verkäuferin hat diesfalls keine Schlechtlieferung, sondern eine Falschlief erung erbracht.¹⁷⁵

Andere Gewährleistungsordnungen schränken die Rechtsbehelfe des Käufers weit weniger stark ein als das schweizerische Obligationenrecht. So steht die Nacherfüllung sowohl in der europäischen VerbrauchsgüterkaufRL,¹⁷⁶ im CESL¹⁷⁷ wie auch im deutschen BGB¹⁷⁸ an erster Stelle der Rechtsbehelfe, die dem Käufer bei einem Sachmangel zur Verfügung gestellt werden. Ob er die Nacherfüllung in der Form der Ersatzlieferung oder durch die Reparatur des gelieferten Gegenstandes verlangen will, wird grundsätzlich dem Käufer überlassen.¹⁷⁹ Auf eine Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschulden wird verzichtet.¹⁸⁰ Jedenfalls bei ersatzfähigen Kaufgegenständen kann die Verkäuferin deshalb auch bei einer Stückschuld zur Nachlieferung einer einwandfreien Sache angehalten werden. Den

171 Vgl. CAVIN (Fn. 35), 96.

172 Art. 205 Abs. 2 OR. Zur Bedeutung dieser Klausel in der Praxis vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 205 N 7, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

173 Art. 205 Abs. 3 OR; vgl. OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 205 N 9.

174 Zur Anwendung der Bestimmung beim Distanzkauf vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 206 N 1.

175 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 206 N 2. Zur Unterscheidung zwischen *Aliud-* und *Peius-*Lieferung vgl. oben, Abschnitt III.3.b.

176 Vgl. Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 VerbrauchsgüterkaufRL.

177 Vgl. Art. 110 f. CESL.

178 Vgl. § 437 BGB. Zum Primat der Nacherfüllung siehe auch STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 437 N 6.

179 § 439 BGB. Vgl. STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 439 N 4 f.

180 STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 439 N 60.

Rücktritt vom Vertrag und die Minderung des Kaufpreises kann der Käufer dagegen erst subsidiär verlangen. Voraussetzung dafür ist, dass der Käufer der Verkäuferin eine Frist zur Nacherfüllung angesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist.¹⁸¹

Auch das Wiener Kaufrecht stellt den Erfüllungsanspruch des Käufers an die erste Stelle.¹⁸² Gemäss Art. 46 Abs. 1 CISG kann der Käufer nach einer Vertragsverletzung durch die Verkäuferin von dieser verlangen, dass sie ihre vertraglichen Pflichten erfüllt. Liefert die Verkäuferin eine nicht vertragsgemässe Ware,¹⁸³ stehen dem Käufer die Rechtsbehelfe der Ersatzlieferung und Nachbesserung nach Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG zur Verfügung.¹⁸⁴ Anders als unter vielen nationalen Rechtsordnungen kann der Käufer nach dem Wiener Kaufrecht nicht ohne Weiteres wählen, ob er die Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung oder einer Nachbesserung fordern will. Eine Ersatzlieferung darf der Käufer – wie auch den Rücktritt¹⁸⁵ – nur dann verlangen, «wenn die Vertragswidrigkeit eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt».¹⁸⁶ Behebt die Verkäuferin den Mangel nicht rechtzeitig, ist nach Art. 50 CISG schliesslich auch eine Kaufpreisminderung möglich.¹⁸⁷

181 § 323 Abs. 1 i. V. m. § 440 Abs. 1 und § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 440 N 1. Vgl. auch Art. 3 Abs. 2 und 3 VerbrauchsgüterkaufRL. Zum Vertragsrücktritt bei unerheblichen Pflichtverletzungen vgl. SÖRREN CLAAS KIENE, Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden 2010, 141 ff.

182 Zum Vorrang des Erfüllungsanspruchs im CISG vgl. BeckOK BGB-SAENGER (Fn. 62), Art. 46 CISG N 2.

183 Zur Vertragsmässigkeit der Ware nach Art. 35 CISG vgl. MüKo BGB-HUBER (Fn. 19), Art. 46 CISG N 7.

184 Zum Verhältnis zwischen Abs. 1 sowie Abs. 2 und 3 von Art. 46 vgl. HONSELL-SCHNYDER/STRAUB (Fn. 70), Art. 46 N 4 f.

185 Siehe Art. 49 Abs. 1 Bst. a CISG. Gemäss Bst. b darf ein Rücktritt zudem ebenfalls erfolgen, wenn die Verkäuferin die Ware auch nach Verstreichen einer durch den Käufer gesetzten Nachfrist nicht geliefert hat.

186 Art. 46 Abs. 2 CISG. Zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung siehe Art. 25 CISG sowie STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 25 N 7 ff.; ANDREAS TROMMLER, Die Auslegung des Begriffs wesentliche Vertragsverletzung in Art. 25 CISG, Frankfurt a. M. 2002.

187 Zum Verhältnis der Mangelbehebung durch die Verkäuferin nach Art. 48 CISG und den Mängelrechten des Käufers vgl. STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 48 N 31 f.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen internationalen Entwicklungen sind die Rechtsbehelfe des geltenden Obligationenrechts gleich in mehrfacher Hinsicht anpassungsbedürftig. Erstens ist dem Käufer nicht nur bei Gattungsschulden, sondern auch bei Stückschulden ein Anspruch auf Nacherfüllung einzuräumen.¹⁸⁸ Der Käufer soll die Ersatzlieferung einer mängelfreien Ware oder die Reparatur der mangelhaften Kaufsache fordern können. Alternativ könnte die Regelung den Entscheid, ob der Mangel mit einer Ersatzlieferung oder einer Nachbesserung behoben werden soll, auch der Verkäuferin zuweisen. Diese kann meist besser als der Käufer abschätzen, welche Form der Nacherfüllung kosten- und zeitsparender ist.¹⁸⁹ Die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung sind dagegen subsidiär heranzuziehen. Sie sollen erst ausgeübt werden dürfen, wenn der Verkäuferin eine angemessene Nachfrist zur Mangelbehebung eingeräumt ist bzw. wenn feststeht, dass diese nicht nacherfüllen kann oder will. Ein Rücktritt muss schliesslich auch dann möglich bleiben, wenn der Käufer den mangelhaften Kaufgegenstand an einen Dritten weiterverkauft hat, ohne dass er bereits von dessen Mangel Kenntnis hatte bzw. hätte haben müssen.¹⁹⁰

e. *Schadenersatzanspruch des Käufers*

Die Regelung im OR zum Schadenersatzanspruch des Käufers ist lückenhaft und uneinheitlich. Insbesondere regelt das Gesetz den Schadenersatzanspruch in Art. 208 OR nur für den Fall der Wande-

188 Vgl. auch KATJA BÄHLER, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Basel/Genf/München 2005 (Diss.), 99 ff., 108 f.; BUCHER, BT (Fn. 27), 97; GELZER (Fn. 139), 84; THOMAS ALEXANDER SCHLUEP, Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizer Kaufrechts, Tolochenaz 1990 (Diss.), 57 ff., wonach bereits unter geltendem Recht ein Anspruch auf Nachbesserung bestehen soll. Vgl. auch den im Rahmen des Vernehmlassungsentwurfs zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001 vorgeschlagenen Art. 205 Abs. 1 Bst. c OR, der einen allgemeinen Nachbesserungsanspruch vorsah.

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

190 So Art. 82 Abs. 2 Bst. c CISG. Anders dagegen das geltende schweizerische Obligationenrecht in Art. 207 Abs. 3 OR, wonach die Wandelung nach einem Weiterverkauf der Ware ausgeschlossen ist.

lung. Keine vergleichbare Norm besteht dagegen für die Schäden bei der Minderung oder bei der Ersatzleistung von vertretbaren Sachen. Die Frage, ob die Regel von Art. 208 OR auch für diese Fälle analog herangezogen werden kann, wird uneinheitlich beantwortet. Während das Bundesgericht eine analoge Anwendung ausschliesst und die Parteien für den Schadenersatz auf Art. 97 ff. OR verweist, sprechen sich Stimmen in der Lehre für eine analoge Anwendung von Art. 208 OR aus.¹⁹¹

Die Frage nach der analogen Anwendung von Art. 208 OR ist insbesondere deshalb von besonderer Bedeutung, weil Art. 208 Abs. 2 OR für «unmittelbar verursachte» Schäden eine Kausalhaftung vorsieht,¹⁹² für den «weiteren Schaden» dagegen in Abs. 3 festhält, dass sich der Schuldner bei fehlendem Verschulden entlasten kann. Die Unterteilung zwischen unmittelbaren und weiteren Schäden wird auch heute noch nicht einheitlich vorgenommen.¹⁹³ Einigkeit besteht nur darin, dass die Kausalhaftung begrenzt Anwendung finden muss. Ein Teil der Lehre versucht diese Begrenzung dadurch zu erreichen, dass Art. 208 Abs. 2 OR nur auf das negative Interesse Anwendung findet. Das positive Interesse soll hingegen gemäss Abs. 3 lediglich bei Verschulden der Verkäuferin verlangt werden können.¹⁹⁴ Ein anderer Teil der Lehre und das Bundesgericht möchten nach der Nähe des Kausalzusammenhangs unterscheiden.¹⁹⁵ Demnach «liegt im Sinne

191 Für eine solche Analogie z. B. CAVIN (Fn. 35), 104 f.; BK-GIGER (Fn. 17), Art. 208 N 55 f.; KELLER/SIEHR (Fn. 27), 95 f.; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 419; FABIAN WÄGER, Das Minderungsrecht infolge Vertragsverletzung, Zürich 2010 (Diss.), Rz. 54, Fn. 40. Gegen eine Analogie BGE 107 II 161 E. 7a S. 165 f.; 133 III 335 E. 2.4.1 S. 338 f.; BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 208 N 6; CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 141), Art. 208 N 10. Zum Ganzen siehe auch PIERRE TERCIER u. a., *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl., Genf 2016, Rz. 761.

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

193 Zur geschichtlichen Aufarbeitung dieser Begriffe vgl. WILLI FISCHER, *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute*, Zürich 1985 (Diss.).

194 Z. B. CAVIN (Fn. 35), 101 f.; FISCHER (Fn. 193), 269.; BK-GIGER (Fn. 17), Art. 208 N 45; KELLER/SIEHR (Fn. 27), 91; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 208 N 5.

195 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 208 N 7 f., der unmittelbare Schäden nur als Schäden an der Sache selbst, mittelbare Schäden hingegen als Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers qualifiziert.

von Art. 208 Abs. 2 OR ein unmittelbarer Schaden vor, der innerhalb der Kausalkette direkt durch die Lieferung fehlerhafter Ware und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen verursacht wurde». ¹⁹⁶ Gerade für die Mangelfolgeschäden bietet auch dieser Ansatz jedoch keine klare Einordnung. ¹⁹⁷

Die Frage, ob die Haftung der gewerblichen Endverkäuferin verschuldensabhängig oder kausal sein sollte, ist eine rechtspolitische Frage, deren Diskussion den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde. ¹⁹⁸ Es liegt jedoch auf der Hand, dass die gegenwärtige Lösung des Gesetzes nicht überzeugen kann. Zum einen gilt die Ausnahmeregelung der strikten Haftung ohne ersichtlichen Grund nur für das Kaufrecht und dort nur in sehr begrenztem Umfang für die Wandlung. Zum anderen zeigt die Kontroverse über den Anwendungsbereich von Art. 208 Abs. 2 OR deutlich, dass die Rechtssicherheit unter der geltenden Regelung leidet. Die Dichotomie zwischen Abs. 2 und 3 von Art. 208 OR ist deshalb aufzuheben. Anzustreben ist ein einheitliches Regime, das entweder eine Garantiehaftung für alle kaufrechtlichen Schadenersatzansprüche einführt oder aber der Verkäuferin das Recht gibt, sich bei jeglichem Schadenersatzanspruch entlasten zu können. Der Schadenersatzanspruch soll sich weiter nicht danach ausrichten,

¹⁹⁶ BGE 133 III 257 E. 3.2 S. 272. Kritisch aber bezüglich der Entscheidung, Mangelfolgeschäden mit diesem Argument unter Art. 208 Abs. 2 zu subsumieren, z. B. THOMAS COENDET, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, 15 ff.; BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 208 N 8; JÖRG SCHMID, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Veröffentlicht in Band 132 und 133, Obligationenrecht, ZBJV 2010, 554 ff., 603.

¹⁹⁷ Für eine Übersicht der Diskussion vgl. CHK-MÜLLER-CHEN (Fn. 141), Art. 208 N 11 ff.

¹⁹⁸ Zu dieser Diskussion und den Argumenten für eine solche strikte Haftung YEŞİM M. ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011, 449 ff. Art. 79 CISG, Art. 7.1.7 PICC, Art. 88 CESL gehen z. B. von einer Garantiehaftung aus, die nur in Ausnahmefällen wie bei höherer Gewalt ausgeschlossen ist. Vgl. dazu KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS-ATAMER (Fn. 3), Art. 79 N 1; VOGENAUER-PICHONNAZ (Fn. 117), Art. 7.1.7 PICC N 1; FRYDERYK ZOLL, Art. 88 CESL N 6 ff., in: Reiner Schulze (Hrsg.), Common European Sales Law (CESL), Baden-Baden 2012.

ob der Käufer Nacherfüllung, Minderung oder Rücktritt geltend macht.¹⁹⁹ Insbesondere soll der Käufer auch bei einem Vertragsrücktritt Schadenersatz in der Höhe des positiven Vertragsinteresses verlangen dürfen.²⁰⁰ Dies wird heute in den meisten Rechtsordnungen sowie in den *Soft-Law*-Instrumenten anerkannt. Die gegenteilige Meinung geht von der falschen Prämisse aus, dass durch den Rücktritt der Vertrag rechtlich ungeschehen wird.

f. *Haftungsausschlussmöglichkeit zugunsten der Verkäuferin*

Die obligationenrechtlichen Vorschriften zur Sachgewährleistung sind weitgehend dispositives Recht. Art. 199 OR erklärt einen Haftungsausschluss nur dann für ungültig, «wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat».²⁰¹ Uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob neben dieser kaufrechtlichen Vorschrift auch Art. 100 Abs. 1 OR zu berücksichtigen ist.²⁰² Gemäss dieser Norm ist eine Wegbedingung der Haftung sowohl für absichtliches wie auch grobfahrlässiges Verhalten unzulässig.

Das schweizerische Recht steht mit seiner weiten Möglichkeit zur Freizeichnung jedenfalls für Konsumentenkäufe praktisch allein da. So untersagt die europäische VerbrauchsgüterkaufRL eine Freizeichnung im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung.²⁰³ Eine Ausnahme statuiert die Richtlinie nur für den Kauf von gebrauchten Gütern. Für diesen können die Parteien die Frist, während der die Verkäuferin für mangelhafte Sachen einstehen muss, von der zweijährigen Regelfrist auf eine Zeitdauer von mindestens einem Jahr reduzieren.²⁰⁴ Das deutsche BGB setzt die europäischen Vorgaben um,

199 Vgl. bereits Art. 209a des Vernehmlassungsentwurfs zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001.

200 Vgl. dazu oben, Abschnitt III.2.

201 Zum Erfordernis der Arglist vgl. ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 199 N 67 ff.

202 Bejahend BK-GIGER (Fn. 17), Art. 199 N 6; ablehnend hingegen BUCHER, BT (Fn. 27), 84.

203 Art. 7 Abs. 1 VerbrauchsgüterkaufRL. Vgl. auch Art. 108 und 186 Abs. 5 CESL, welche die Wegbedingung der Käuferrechte bzw. die Verkürzung der Verjährungsfristen zulasten eines Verbrauchers für ungültig erklären.

204 Art. 7 Abs. 1 VerbrauchsgüterkaufRL.

indem es Parteivereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers in § 475 Abs. 1 BGB für ungültig erklärt.²⁰⁵ Ausnahmen macht es in Abs. 2 und 3 der Bestimmung nur für die Verjährung²⁰⁶ und für den Schadenersatz. Während es für Erstere die ein- bzw. zweijährige Mindestfrist der VerbrauchsgüterkaufRL übernimmt, unterstellt es Schadenersatzansprüche innerhalb der allgemeinen Grenzen der Parteidisposition.²⁰⁷ Vorbehalten bleiben damit immerhin die Regeln der AGB-Kontrolle nach §§ 307–309 BGB.²⁰⁸ Für Kaufverträge ausserhalb des Anwendungsbereichs von § 475 BGB sind für den Ausschluss die Vorgaben von § 444 BGB zu beachten. Die Vorschrift lässt einen Haftungsausschluss zu, solange die Verkäuferin den Mangel nicht «arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat».

Das CISG findet keine Anwendung auf Konsumentenkäufe²⁰⁹ und kennt praktisch keine Beschränkungen der Parteidisposition.²¹⁰ Es ist den Parteien somit unbenommen, die Rechte des Käufers bei einer Vertragsverletzung durch die Verkäuferin vertraglich zu modifizieren oder zu beschneiden, solange das nach Art. 7 Abs. 2 CISG anwendbare nationale Recht dem keine Schranke setzt.²¹¹ *Soft-Law*-Instrumente wie der DCFR²¹² enthalten zumindest für Konsumentenkäufe ein Verbot, die Gewährleistungsrechte des Käufers vertraglich zu beschneiden.

205 Zum verbleibenden Spielraum vgl. MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 475 N 9–12 sowie 20–22. Zu Vereinbarungen bzgl. Schadenersatz vgl. STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 475 N 111 ff.

206 In Implementierung von Art. 7 Abs. 1 VerbrauchsgüterkaufRL erklärt die Bestimmung eine Reduktion der Verjährung auf ein Jahr für gebräuchte Güter als zulässig.

207 Vgl. MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 475 N 15.

208 MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 475 N 17; STAUDINGER BGB-MATUSCHE-BECKMANN (Fn. 60), § 475 N 111 ff.

209 Art. 2 Bst. a CISG.

210 Art. 6 CISG; vgl. STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 6 N 1.

211 Zur Beziehung des CISG zu den Beschränkungen der Parteidisposition in den nationalen Rechten vgl. CISG-AC Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, Rapporteur: Prof. Lauro Gama Jr., Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil. Adopted by the CISG-AC following its 21st meeting in Bogotá, Colombia, on 16 October 2015.

212 Art. IV. A. – 4:101 DCFR.

Auch unter einer zurückhaltenden Auslegung von Freizeichnungsklauseln²¹³ erscheint die Dispositionsfreiheit der Parteien unter Art. 199 OR als zu gross. Die Möglichkeit, die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte praktisch vollständig wegzubedingen, bildet einen Wertungswiderspruch zum revidierten Art. 210 Abs. 4 OR, wonach Vereinbarungen über eine verkürzte Verjährung unzulässig sind, wenn sie «die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr» reduzieren.²¹⁴ Die Regel ist deshalb insofern anzupassen, als dass in Konsumentenverträgen die Mängelrechte grundsätzlich nicht wegbedungen werden dürfen.²¹⁵ Im Bereich des Schadenersatzes könnte im Einklang mit Art. 100 OR erwogen werden, den Haftungsausschluss bei einer leichten Fahrlässigkeit zuzulassen. Diesfalls müsste jedoch die Inhaltskontrolle entsprechender AGB unter dem neuen Art. 8 UWG konsequenter als bisher umgesetzt werden.²¹⁶

g. *Letztverkäuferregress und/oder Direktanspruch gegen die Produzentin?*

Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse konzentriert sich das gegenwärtige Kaufrecht nur auf die Beziehung zwischen der Verkäuferin und dem Käufer. Die Verkäuferin muss entweder den Mangel beheben oder die finanziellen Folgen einer Minderung oder eines Rücktritts ertragen. Falls die Verkäuferin ein Verschulden am Mangel trägt, wird sie auch Schadenersatz zahlen müssen. Da in der modernen Absatzkette die Verkäuferin sehr selten gleichzeitig auch

213 Vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 199 N 3. Zum Verhältnis zwischen Garantieklauseln und Sachgewährleistung vgl. ANGELO SCHWIZER, *Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen*, Zürich/St. Gallen 2016 (Diss.), Rz. 188 ff.; ANGELO SCHWIZER/MARC WOLFER, *Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht* (Art. 210 und 371 OR), AJP 2012, 1759 ff., 1763 f.

214 Gl. Meinung bereits ERNST A. KRAMER, *Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR*, recht 2013, 52.

215 So bereits Art. 199 des Vernehmlassungsentwurfs zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001.

216 Zur Inhaltskontrolle von Haftungsausschlussklauseln nach schweizerischem Recht vgl. THOMAS PROBST, *Potentiell problematische AGB*, in: Ernst A. Kramer u. a. (Hrsg.), *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bern 2016, Rz. 536; nach deutschem Recht vgl. MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 475 N 17.

die Produzentin der Sache ist, wird sie die Regressmöglichkeiten gegen ihre Verkäuferin – die wiederum nicht zwingend die Produzentin sein muss – ausschöpfen wollen. Oft wird sie aber durch die Verjährung ihrer Ansprüche oder den Ablauf der Prüf- und Rügefristen daran gehindert werden. 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.

Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, hat die europäische VerbrauchsgüterkaufRL in Art. 4 die Mitgliedstaaten damit beauftragt, bei Verbraucherkaufverträgen die Rückgriffsrechte der Letztverkäufer zu regeln. Die Konsequenzen eines verbesserten Verbraucherschutzes sollen demnach nicht von der Letztverkäuferin allein getragen werden, wenn der Mangel auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist.²¹⁷ Durch die neu eingeführten §§ 479 BGB und 933b ABGB hat die Letztverkäuferin nun beispielsweise eine zusätzliche Frist von zwei Monaten, um ihre Ansprüche ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht geltend zu machen.²¹⁸ Dieser Anspruch ist unabhängig vom Verschulden des Lieferanten, da sonst die Letztverkäuferin gegenüber ihrem Lieferanten, der meist genauso wie sie selbst kein Verschulden tragen wird, kaum je einen Aufwendungsersatzanspruch durchsetzen könnte.²¹⁹

Ob eine verbesserte Regressmöglichkeit für die Letztverkäuferin eine echte Verbesserung bringt, ist jedoch fraglich. Dagegen sprechen gleich mehrere Gründe: Jeder Regress ist mit Prozesskosten und Insolvenzrisiken verbunden. Wenn man bedenkt, dass die heutige Absatzkette meist aus einer Herstellerin, Grosshändlerin und Einzelhändlerin und oft auch einem Importeur besteht, scheint es von der Prozessökonomie her nicht sinnvoll, den Disput in der Kette von einem Glied zum nächsten weiterzuleiten. Es ist offensichtlich, dass die Herstellerin der Sache die eigentliche Verantwortliche für die Mangelhaftigkeit ist und deswegen für die Kosten, verbunden mit der Nutzung der Gewährleistungsrechte, aufkommen sollte. Eine Alternative zum Regressmodell ist das in Frankreich seit Langem praktizierte und

217 BeckOK BGB-FAUST (Fn. 62), § 478 N 1. Vgl. zu den verschiedenen Umsetzungsmethoden in den Mitgliedstaaten HANS SCHULTE-NÖLKE u. a. (Fn. 159), 652 ff.

218 Vgl. zu den unterschiedlichen Höchstfristen § 479 BGB und § 933 ABGB.

219 MüKo BGB-LORENZ (Fn. 19), § 478 N 25.

durch die Rechtsprechung entwickelte System der *action directe*.²²⁰ Nach diesem Ansatz haften alle am Warenabsatz beteiligten Personen – einschliesslich der Herstellerin – dem Endabnehmer gegenüber solidarisch.²²¹ Dem Endabnehmer steht es frei, gegen wen er seine Rechte durchsetzen möchte. Dass diese Alternative im Vergleich zum Regressmodell eine direkte Klagemöglichkeit gegen die Herstellerin gibt, ist von Vorteil. Zugleich birgt diese Einstandspflicht von allen in der Absatzkette Beteiligten aber wiederum das Risiko mehrerer Regressklagen.

Als dritte Variante ist deshalb ein Direktanspruch des Verbrauchers nur gegen die Herstellerin in Betracht zu ziehen.²²² Durch eine solche Lösung wird zunächst die Letztverkäuferin entlastet: Wenn der Endabnehmer seine Ansprüche alternativ direkt gegen die Produzentin geltend machen kann, wird er u. U. auf eine Klage gegen die Letztverkäuferin verzichten. Zugleich geniesst auch der Endabnehmer einen erhöhten Schutz, da er das Insolvenzrisiko der Letztverkäuferin nicht zu tragen hat. Auch wirtschaftlich erscheint eine Direkthaftung der Herstellerin sinnvoll. Die Produzentin setzt einen Distributionskanal nur dann ein, wenn sie feststellt, dass ein Absatz über diesen Kanal vorteilhafter ist als der blosse Eigenvertrieb. In aller Regel profitiert sie durch die Zwischenschaltung einer Vertriebskette bereits deshalb, weil sie dadurch ihren Absatz vergrössern kann. Dieser Umstand hat sich auch in den Haftungsregeln widerzuspiegeln. Eine rentable Vertriebsstrategie für die Herstellerin darf nicht zu einem geringeren Schutz des Endabnehmers führen. Ein Direktanspruch gegen die Pro-

220 Ausführlich dazu JOCHEN BAUERREIS, Das französische Rechtsinstitut der *action directe* und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten, Berlin 2001, passim; MICHEL CANNARSA/OLIVIER MORÉTEAU, The French «Action Directe», The Justification for Going Beyond Privity, in: Martin Ebers u. a., European Perspective on Producers' Liability, Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress, München 2009, 311 ff. Vgl. zur Frage, für welche der Rechtsbehelfe es ökonomisch gesehen Sinn macht, einen Direktanspruch gegenüber der Herstellerin zu gewähren, MICHAEL HASSEMER, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Tübingen 2007, 271 ff.

221 HASSEMER (Fn. 220), 174 ff.

222 Zur juristischen und ökonomischen Sinnhaftigkeit eines Direktanspruchs gegen die Produzentin vgl. YEŞİM M. ATAMER, Third Persons' Liability for Non-conformity in Sales Contracts and Sellers' Right of Redress in Turkey, in: Ebers u. a. (Fn. 220), 579 ff., 598 ff.

duzentin ist auch deshalb sinnvoll, weil die Entscheidung für ein bestimmtes Produkt meist nicht mit Blick auf die Letztverkäuferin, sondern unter Berücksichtigung der Produktmarke und damit der Herstellerin gefällt wird. Der Verbraucher vertraut dem Namen der Herstellerin und nimmt diese oft als diejenige wahr, die für eine Nichtkonformität der Ware verantwortlich ist. Schliesslich erscheint ein solcher Direktanspruch auch deshalb gerechtfertigt, weil die Herstellerin die Partei ist, die am billigsten die nötigen Vorkehrungen treffen kann (*cheapest cost avoider*),²²³ um das Auftreten eines Mangels zu vermeiden. Die Herstellerin kontrolliert ihre Produktionssphäre, kann die Risiken eines Mangels am besten voraussehen und diese in ihren Verträgen mit den Grosshändlern berücksichtigen. Zudem wird die Produzentin die Kosten eines Mangelrisikos durch eine Versicherung am günstigsten abdecken können (*cheapest insurer*). Die damit verbundenen Kosten kann sie mit einer entsprechenden Preisgestaltung an den Kunden überwälzen.²²⁴ Gestützt auf diese Argumente erscheint es naheliegend, dass der schweizerische Gesetzgeber die Einführung eines Direktanspruchs gegen die Herstellerin in Erwägung ziehen und zur Diskussion stellen sollte.²²⁵

4. Rechtsgewährleistung

a. Allgemeines

Das Ziel eines Kaufvertrages besteht nicht nur darin, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben (Besitzverschaffungspflicht), sondern auch, ihm das Eigentum daran zu verschaffen (Rechtsverschaffungspflicht).²²⁶ Wird die ungestörte und andauernde Rechtsherrschaft über den Kaufgegenstand durch Dritte infrage gestellt, so muss

223 Vgl. zum Begriff PETER BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986, 159 ff.; STEFAN KIRSTEN, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, Tübingen 2009, 231 ff.; HANS-BERND SCHÄFER/KLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012, 252 ff.

224 KIRSTEN (Fn. 223), 242 ff.; SCHÄFER/OTT (Fn. 223), 437 f.

225 Für eine gute Einführung in die Diskussion vgl. die rechtsvergleichende Studie von EBERS u. a. (Fn. 220), 3 ff., die auch 24 Länderberichte beinhaltet.

226 CHK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 141), Art. 192 N 2; SCHMID u. a. (Fn. 8), Rz. 269; TERCIER u. a. (Fn. 191), N 528 und 532.

die Verkäuferin für diese Schlechterfüllung eintreten. Eine solche Störung liegt beispielsweise vor, wenn das Eigentum an der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses gar nicht der Verkäuferin zusteht bzw. durch beschränkt dingliche, realobligatorische Rechte oder Immaterialgüterrechte Dritter eingeschränkt ist.²²⁷ Ob auch rein obligatorische Rechte eine Eviktionshaftung auslösen können, ist in der Lehre umstritten.²²⁸

Für eine Haftung der Verkäuferin wird vorausgesetzt, dass die Vorrangigkeit des Rechts des Dritten feststeht.²²⁹ Dies ist zu bejahen, wenn (i) der Kaufgegenstand durch richterliche Entscheidung vollständig oder teilweise entzogen worden ist (Art. 193 OR), (ii) der Käufer das Recht des Dritten ohne richterliche Entscheidung in guten Treuen anerkannt hat, oder (iii) er sich einem Schiedsgericht unterworfen hat (Art. 194 OR). Der Käufer muss die Verkäuferin über diese Lage informieren – entweder durch Streitverkündung (Art. 193 OR) oder dadurch, dass er sie rechtzeitig über seinen Entscheid, die Sache herauszugeben, benachrichtigt und ihr die Prozessführung anbietet (Art. 194 OR). Kann der Käufer nachweisen, dass der Eviktionsanspruch tatsächlich gegeben war, dann kann er seine Gewährleistungsrechte auch trotz einer fehlenden Benachrichtigung geltend machen.²³⁰ Eine blossе Gefahr der Entwehrung reicht jedoch nicht aus, um Art. 192 ff. OR anzuwenden.²³¹ Die Sache muss tatsächlich, wenn auch nur teilweise, durch einen Dritten entzogen worden sein.

Der Käufer kann eine Rechtsgewährleistung weiter nur dann geltend machen, wenn die Kaufsache vertragsgemäss übergeben worden ist. Findet die Eviktion vor der Übergabe statt, dann greifen die Bestimmungen zur Unmöglichkeit (Art. 97 ff. OR) oder zum Verzug (Art. 102 ff. OR).²³²

227 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 192 N 2; CHK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 141), Art. 192 N 2.

228 Dafür z. B. CHK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 141), Art. 192 N 2. Dagegen z. B. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 192 N 2; HUGUENIN (Fn. 140), N 2559; KELLER/SIEHR (Fn. 27), 48; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 192 N 3; TERCIER u. a. (Fn. 191), N 610.

229 SCHMID u. a. (Fn. 8), N 286.

230 Vgl. dazu ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 193 N 14 ff. und Art. 194 N 11 ff.

231 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 192 N 6; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 192 N 4.

232 SCHMID u. a. (Fn. 8), N 282.

Der Käufer kann sich schliesslich dann nicht auf die Gewährleistung berufen, wenn er auf die Gewährleistungsrechte verzichtet hat (Art. 192 Abs. 3 OR)²³³ oder wenn er die Gefahr der Entwehrung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte (Art. 192 Abs. 2 OR) und die Verkäuferin das Risiko nicht trotzdem ausdrücklich übernommen hat.²³⁴

Die Gewährleistungsansprüche sind für eine vollständige bzw. eine teilweise Entwehrung unterschiedlich geregelt. Bei vollständiger Entwehrung ist der Vertrag nach Art. 195 OR «als aufgehoben zu betrachten». Es findet somit eine Vertragsaufhebung *ipso iure* statt.²³⁵ In der Lehre wird zum Teil vertreten, dass die automatische Vertragsaufhebung als eine vom Käufer widerlegbare, einfache gesetzliche Vermutung zu qualifizieren sei. Dadurch wäre dem Käufer alternativ die Möglichkeit gegeben, den Vertrag wegen Irrtum oder Täuschung für unverbindlich zu erklären (Art. 31 OR) oder gemäss den Verzugsbestimmungen Schadenersatz statt der Leistung zu verlangen (Art. 107–109 OR).²³⁶ Wird die Sache dagegen nur teilweise entzogen, so hat der Käufer grundsätzlich nur das Recht, Schadenersatz gemäss Art. 196 OR zu verlangen. Das Gesetz geht in diesem Fall nicht von einer automatischen Auflösung des Vertrages aus und erteilt dem Käufer gemäss h. L. auch kein Gestaltungsrecht zur Vertragsauflösung. Ein gerichtliches Gestaltungsurteil zur Aufhebung kann zudem nur dann erwirkt werden, «wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass er [der Käufer] den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte».²³⁷ Wird der Vertrag aufgelöst, beurteilen sich die Rückabwicklung und der Schadenersatzanspruch nach den Grundsätzen von Art. 195 OR.²³⁸

233 Siehe dazu oben, Abschnitt III.3.f.

234 TERCIER u. a. (Fn. 191), N 611.

235 CHK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 141), Art. 195–196a N 1.

236 ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 195 N 5–18 und 19–29. Vgl. aber BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 195 N 2; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, § 39.42.

237 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 196 N 3; CHK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 141), Art. 195–196a N 5; OFK-KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 13), Art. 196 N 4; MARKUS MÜLLER-CHEN u. a., Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2017, 53. Vgl. aber ZK-SCHÖNLE/HIGI (Fn. 131), Art. 196 N 22–22a, die von einem «eigentlichen Rücktrittsrecht» ausgehen.

238 BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 196 N 3.

b. *Rechtsvergleichung*

Es ist ein allgemein anerkanntes Prinzip des Kaufrechts, dass die Verkäuferin für Rechte Dritter an der Sache einstehen muss.²³⁹ Deswegen kennen die meisten Rechtsordnungen neben den Bestimmungen zur Sachgewährleistung auch Regeln zur Rechtsgewährleistung.²⁴⁰ Diese werden wie die Sachgewährleistung als Unterfälle der positiven Vertragsverletzung qualifiziert.²⁴¹ Die Rechtsfolgen werden jedoch – wie im OR – meist unterschiedlich geregelt.

So unterscheidet auch das UN-Kaufrecht zwischen der Sach- und der Rechtsgewährleistung. Diese Differenzierung ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung: Die Haftung für Rechtsmängel entfällt nur bei Einwilligung des Käufers, für Sachmängel dagegen schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis (Art. 41 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 3 CISG). Für Rechtsmängel gibt es keine Untersuchungspflicht i. S. v. Art. 38 CISG, und die Rügepflicht ist separat geregelt (Art. 43 CISG). Auch die Ausschlussfrist von zwei Jahren ist für Rechtsmängel ungeeignet. Mit Art. 42 CISG besteht sogar eine besondere Bestimmung bezüglich Schutzrechtsverletzungen.²⁴² Diese bestimmt den Rahmen der Einstandspflicht der Verkäuferin für den Fall entgegenstehender Patent-, Urheber- oder sonstiger geistiger Eigentumsrechte. Auch der DCFR (Art. IV. A.-2:306) sowie das CESL (Art. 102 Abs. 2–4) haben den Ansatz des CISG übernommen und regeln den Umfang der Haftung der Verkäuferin für Schutzrechtsverletzungen in besonderen Bestimmungen.²⁴³

Der wichtigste Reformschritt des UN-Kaufrechts bestand jedoch darin, die Rechtsfolgen für beide Arten des Vertragsbruchs gleich

239 Vgl. SCHWENZER u. a. (Fn. 80), § 32, für eine umfassende rechtsvergleichende Darstellung.

240 Das österreichische ABGB, das in § 922 Sach- und Rechtsgewährleistung zusammen regelt, bildet bis heute eine Ausnahme. Vgl. zu dieser Bestimmung WELSER/ZÖCHLING-JUD (Fn. 115), 72 ff.

241 SCHWENZER u. a. (Fn. 80), Rz. 32.05.

242 Vgl. zu den Vorarbeiten AXEL METZGER, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gemäss Art. 41, 42 CISG, *RabelsZ* 73 (2009), 842 ff., 845.

243 Zur Tauglichkeit von Art. 42 CISG als Modell für nationale Rechtsordnungen METZGER (Fn. 242), 864 f. Für eine rechtsvergleichende Darstellung siehe SCHWENZER u. a. (Fn. 80), § 33.

zu gestalten.²⁴⁴ Das CISG bietet dem Käufer bei einer Vertragsverletzung die Rechtsbehelfe in Art. 45 ff. an und verzichtet dabei weitestgehend auf eine Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängeln. Die Lösung des UN-Kaufrechts ist jedoch nicht völlig unproblematisch: Ein Grossteil der Lehre schliesst gestützt auf den Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG²⁴⁵ sowie Art. 50 CISG («vertragsgemäss»), dass diese Rechtsbehelfe nur für die Sachmängelhaftung infrage kommen.²⁴⁶ Dies hätte für den Nacherfüllungsanspruch keine erheblichen Folgen, da dem Käufer nach Art. 46 Abs. 1 CISG weiterhin der originäre Erfüllungsanspruch gewahrt wäre.²⁴⁷ Die Ablehnung eines Rechts auf Minderung²⁴⁸ hätte jedoch gravierendere Konsequenzen, weil der Käufer diesfalls nur einen Anspruch auf Schadenersatz hätte. Dieser Anspruch wird bei einer Entlastung gemäss Art. 79 CISG ins Leere laufen. Die Minderheitsmeinung, wonach das Recht auf Minderung auch bei Rechtsmängeln analog zur Anwendung kommen soll,

244 So hatte schon ERNST RABEL festgestellt: «Für Rechtsmängel sollte [...] dasselbe gelten wie für Sachmängel. Ihre historische Unterscheidung ist überholt. Eine Maschine, die der Käufer nicht benutzen kann, ohne das Patent oder das Lizenzrecht eines Dritten zu verletzen, ist eine vertragswidrige Sache.» Vgl. ERNST RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2. Band, Berlin 1958, 288. Vgl. auch JÜRGEN BASEDOW, *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz, *Bundesanzeiger* 1988, 51 ff.

245 Sowie den Verweis auf Art. 39 CISG. Vgl. auch die Überschrift von Teil III, Kapitel II, Abschnitt II, die lautet: «Vertragsmässigkeit der Ware und Rechte oder Ansprüche Dritter».

246 Siehe unten, Fn. 248 und 249. Vgl. für eine Interpretation, die Sachmängel i. S. d. Art. 35 CISG und Schutzrechtsmängel i. S. d. Art. 42 CISG zusammenlegt und nur für die allgemeinen Rechtsmängel i. S. d. Art. 41 CISG eine Unterscheidung befürwortet, FLORIAN MOHS, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 Bst. c CISG*, IHR 2002, 59 ff.

247 So kann er bei einem Rechtsmangel z. B. verlangen, dass die Verkäuferin einen Lizenzvertrag abschliesst, damit die Ware vom Käufer vertrieben werden kann, oder die Sache mit einer rechtsmangelfreien ersetzt. Vgl. STAUDINGER *BGB-MAGNUS* (Fn. 60), Art. 41 CISG N 23 und Art. 42 CISG N 32; METZGER (Fn. 242), 848; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-MÜLLER-CHEN (Fn. 146), Art. 46 N 22; BRUNNER-TEBEL (Fn. 117), Art. 41 N 26 und Art. 42 N 26.

248 Zur Nichtanerkennung der Minderung bei Rechtsmängeln siehe KRÖLL/MISSELIS/PERALES VISCASILLAS-BACH (Fn. 3), Art. 50 N 15–16; MüKo *BGB-HUBER* (Fn. 19), Art. 50 CISG N 8; METZGER (Fn. 242), 848 f.; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-MÜLLER-CHEN (Fn. 146), Art. 50 N 2.

ist deshalb vorzuziehen.²⁴⁹ Insbesondere ist kein grundlegender Unterschied zwischen diesen beiden Mangelarten auszumachen. Weiter fehlt ein expliziter Ausschluss der Rechtsmängel in Art. 50 CISG, der einer Analogie im Wege stehen würde.

In der Tat haben die nach dem UN-Kaufrecht erarbeiteten Rechtsvereinheitlichungsprojekte wie DCFR und CESL diese Unterteilung zwischen Sach- und Rechtsmängeln bei den Rechtsfolgen völlig aufgegeben. In Art. IV. A. 2:301 (d) DCFR und Art. 99 Abs. 2 CESL wird ausdrücklich erwähnt, dass der Begriff der «Vertragsmäßigkeit» der Ware auch die Freiheit der Ware von Rechten, inklusive Schutzrechten Dritter, umfasst. Deswegen sind auch alle Rechtsbehelfe des Käufers im Falle der Sach- sowie Rechtsmängelhaftung die gleichen. Auch das BGB folgt diesem Ansatz.²⁵⁰

c. *Regelungsvorschlag*

Die Voraussetzungen der Sach- und der Rechtsgewährleistung sind auch künftig getrennt zu definieren.²⁵¹ So soll dem Käufer auch unter Kaufleuten keine Untersuchungspflicht für Rechtsmängel auferlegt werden. Auch in Bezug auf die Verjährungsfrist müssen für die Sach- und Rechtsgewährleistung unterschiedliche Ansätze verfolgt werden.²⁵² Auf der Rechtsfolgeseite ist dagegen auf eine Unterscheidung der beiden Konstellationen zu verzichten. Es gibt keinen ersichtlichen Grund, warum der Käufer bei der Entwehrung einer Sache kein Recht auf Nachlieferung haben sollte, falls eine gleichartige und gleichwertige (austauschbare) Sache vorhanden ist. Gerade im Bereich der Immaterialgüterrechte wird die Verkäuferin auch die Möglichkeit haben, durch Abschluss von Lizenzverträgen die Nutzung der Sache für den Käufer zu gewährleisten. Weiter kann ein Recht auf Minderung

249 BRUNNER-ALTENKIRCH (Fn. 117), Art. 50 N 3; STAUDINGER BGB-MAGNUS (Fn. 60), Art. 50 CISG N 10.

250 PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002, 311; DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 2017, 30; LOUIS PAHLOW, Der Rechtsmangel beim Sachkauf, JuS 2006, 289 ff., 292.

251 Vgl. z. B. BEAT SCHÖNENBERGER, Sach- und Rechtsgewährleistung, eine zeitgemässe Unterscheidung?, BJM 2009, 173 ff., 187.

252 Vgl. z. B. § 438 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. a BGB, der eine 30-jährige Frist vorsieht, wenn der Mangel in einem dinglichen Recht eines Dritten besteht, aufgrund dessen die Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann.

für den Käufer von Nutzen sein, z. B. wenn die verkaufte Ware wegen begrenzt dinglicher Rechte Dritter einen geringeren Wert hat, aber für den Käufer noch immer von Bedeutung ist. Schliesslich soll der Käufer auch bei einer teilweisen Entwehrung das Recht auf Nacherfüllung, Minderung oder Rücktritt erhalten.

5. Verjährung

a. Allgemeines

Die Verjährungsregeln des kaufvertraglichen Leistungsstörungenrechts folgen verschiedenen Regelungskonzepten. Während sich die Verjährung der Ansprüche aus Leistungsunmöglichkeit, Schuldnerverzug und Rechtsgewährleistung nach den allgemeinen Vorschriften aus Art. 127 ff. OR richten, statuiert Art. 210 OR für die Sachgewährleistung besondere Verjährungsregeln. Als Grundsatz hält Abs. 1 der Bestimmung fest, dass «Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache [...] mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer» verjähren. Abs. 2 führt eine fünfjährige Verjährungsfrist ein für Sachen, die in ein unbewegliches Werk eingebaut wurden und dadurch dessen Mangelhaftigkeit bewirkt haben. Mit dieser Anpassung an die werkvertragliche Verjährungsfrist aus Art. 371 Abs. 2 OR soll vermieden werden, dass der Werkunternehmer einen Gewährleistungsanspruch des Bestellers erfüllen muss, ohne seinerseits auf die Verkäuferin der mangelverursachenden Werkkomponente zugreifen zu können.²⁵³ Abs. 3 von Art. 210 OR enthält eine Sonderregel für Kulturgüter. Abs. 4 der Bestimmung erklärt bei Konsumentenkäufen eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist unter zwei Jahre – bzw. bei gebrauchten Gütern unter ein Jahr – für ungültig. Abs. 5 statuiert schliesslich, dass der Käufer die Mängelrechte auch nach Ablauf der Verjährungsfrist einredeweise geltend machen kann, solange er die Mängel innerhalb dieser Frist angezeigt hat. Die Rechtsnatur der Fristen von Art. 210 OR ist umstritten. Ein Teil der Lehre billigt ihnen nicht nur Verjährungs-, sondern auch Verwirkungscharakter zu.²⁵⁴

²⁵³ BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 210 N 2.

²⁵⁴ So BUCHER, BT (Fn. 27), 94; siehe auch BGE 104 II 357 E. 4.a S. 457. A. M. dagegen BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 210 N 3.

b. *Rechtsvergleichung*

Das europäische Verbraucherschutzrecht enthält keine Verjährungsregeln für die kaufrechtlichen Rechtsbehelfe des Käufers. So statuiert Art. 5 VerbrauchsgüterkaufRL für die Geltendmachung der Mängelrechte lediglich eine Verwirkungsfrist, wonach der Käufer die Rechte nur für Mängel geltend machen darf, die maximal zwei Jahre nach der Lieferung des Gegenstandes zum Vorschein gekommen sind. Immerhin hält die Richtlinie fest, dass eine allfällige nationale Verjährung diese Zweijahresfrist nicht unterlaufen darf.

Art. 179 CESL unterscheidet zwischen einer kurzen und einer langen Verjährungsfrist. Während die kurze, 2-jährige Frist im Zeitpunkt zu laufen beginnt, «zu dem der Gläubiger von den das Recht begründenden Umständen Kenntnis erhielt oder hätte Kenntnis erhalten müssen», lässt die Bestimmung die lange, 10- bzw. 30-jährige Frist ab jenem Zeitpunkt laufen, «zu dem der Schuldner leisten muss, beziehungsweise bei einem Recht auf Schadensersatz mit dem Zeitpunkt, zu dem die das Recht begründende Handlung erfolgte». Parteiliche Anpassungen dürfen beide Fristen nicht unter ein Jahr kürzen.²⁵⁵ Daneben verliert der Käufer beim Unternehmenskauf seine Mängelrechte auch dann, «wenn er dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit nicht innerhalb von zwei Jahren mitteilt, nachdem ihm die Waren tatsächlich entsprechend dem Vertrag übergeben worden sind».²⁵⁶ Ob die Verjährungsregeln des CESL auch die Geltendmachung der kaufrechtlichen Gestaltungsrechte beeinflussen, ist umstritten.²⁵⁷

Das deutsche Recht kennt mit § 195 BGB eine regelmässige Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Rechtsbehelfe aus der Sach- und Rechtsgewährleistung unterliegen dagegen der besonderen Verjährungsfrist von § 438 BGB. Gemäss dieser Bestimmung verjähren die Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadenersatz für bewegliche Sa-

255 Art. 186 CESL.

256 Art. 122 Abs. 2 CESL.

257 Vgl. LEONARD LUSZNAT, Verjährung im europäischen Wandel, Eine rechtsvergleichende Untersuchung von BGB, DCFR und CESL, rescriptum 2014 I, 54 ff., 55; REINHARD ZIMMERMANN, Die Verjährung, Von den Principles of European Contract Law bis zum Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Textstufen transnationaler Modellregeln, European Review of Private Law 2016, 687 ff., 694 f.

chen zwei Jahre nach Ablieferung der Sache.²⁵⁸ Die Minderung und der Rücktritt werden als unverjährende Gestaltungsrechte qualifiziert.²⁵⁹ § 438 BGB verweist deshalb für diese Rechtsbehelfe auf § 218 BGB. Macht der Käufer somit den Rücktritt oder die Minderung geltend, sind diese nur wirksam, solange der Anspruch auf Nacherfüllung nicht verjährt ist. Ist die Kaufpreiszahlung noch nicht erfolgt, kann sie der Käufer aber auch nach diesem Fristablauf verweigern.²⁶⁰ Eine Mängelanzeige muss dazu nicht erfolgt sein.²⁶¹ Die beschriebenen Fristen können vertraglich verkürzt werden. Eine Schranke statuiert allerdings § 475 Abs. 2 BGB, wonach die Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf mindestens zwei Jahre – bzw. für gebrauchte Sachen mindestens ein Jahr – betragen muss.

Das CISG enthält keine Verjährungsregeln und verweist dafür auf die anwendbare nationale Rechtsordnung.²⁶² Gestützt auf Art. 39 Abs. 2 CISG verwirkt der Käufer aber seine Mängelrechte, wenn er die Vertragswidrigkeit «nicht spätestens innerhalb von zwei Jahren, nachdem ihm die Ware tatsächlich übergeben worden ist, dem Verkäufer anzeigt».²⁶³

c. *Regelungsvorschlag*

Die neueren Verjährungsrechte enthalten «einen Trend zu allgemeinen, einfachen Regimen mit kurzen Fristen».²⁶⁴ Diese Stossrichtung hat noch keinen konsequenten Eingang in das schweizerische Verjährungsrecht gefunden. Die Verjährungsregeln für die verschiedenen Leistungsstörungen sind nicht einheitlich ausgestaltet. Dieser Zustand ist unbefriedigend. Trotzdem erscheint eine Revision der

258 Siehe § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB; vgl. BeckOK BGB-FAUST (Fn. 62), § 438 N 28; STAUDINGER BGB-MATUSCHKE-BECKMANN (Fn. 60), § 438 N 17 f.

259 STAUDINGER BGB-MATUSCHKE-BECKMANN (Fn. 60), § 438 N 120.

260 STAUDINGER BGB-MATUSCHKE-BECKMANN (Fn. 60), § 438 N 122 f.

261 MüKo BGB-WESTERMANN (Fn. 19), § 438 N 38.

262 Zum Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf vgl. MüKo BGB-HUBER (Fn. 19), Art. 4 CISG N 40.

263 Zur Rechtsnatur der Frist vgl. MüKo BGB-GRUBER (Fn. 19), Art. 39 CISG N 40; STAUDINGER CISG-MAGNUS (Fn. 71), Art. 39 N 63. Zu den weiteren internationalen *Soft-Law*-Instrumenten wie dem DCFR vgl. ZIMMERMANN (Fn. 257), 689.

264 SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, Gutachten zum Recht der Verjährung in Deutschland, Frankreich, England und Dänemark, 28. Februar 2011, 42.

Bestimmungen nicht vordringlich. Immerhin hat das schweizerische Verjährungsrecht mit der Verlängerung der üblichen Verjährungsfrist für Sachmängel auf zwei Jahre Konformität mit den Ausschlussfristen des CISG erreicht.²⁶⁵ Weitere Anpassungen des Verjährungsrechts wurden zwar vorgeschlagen,²⁶⁶ konnten sich aber im politischen Prozess nicht durchsetzen.²⁶⁷

Bei der Neuformulierung von Art. 210 OR hat es der Gesetzgeber aber auch verpasst, eine klare Trennung zwischen der Verwirkung und der Verjährung der Käuferrechte bei einem Sachmangel vorzunehmen. Um dieses Problem zu beheben, ist die Verjährung von Art. 210 OR ähnlich wie im CISG oder CESL in zweifacher Hinsicht zu ergänzen: **Erstens ist klarzustellen, dass die Rechte zur Kaufpreisminderung und zum Vertragsrücktritt nicht der Verjährung unterliegen, sondern nach Ablauf der Verjährung des Anspruchs auf Nacherfüllung verwirken.** Neben dieser formalen Korrektur ist zweitens zu klären, dass Art. 210 OR neben der Verjährungs- auch eine Verwirkungsfrist enthält. Werden die Mängel der Verkäuferin nicht innerhalb dieser Frist angezeigt, sollen sie zumindest im kaufmännischen Verkehr auch einredeweise nicht mehr vorgebracht werden können.²⁶⁸ Die Frist kann aufgrund ihrer Rechtsnatur nicht unterbrochen werden.

IV. Schlusswort

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen lassen sich insbesondere vier Regelungskreise bestimmen, in denen das schweizerische Kaufrecht an die internationalen Neuerungen anzugleichen ist. Unbefriedigend ist *erstens* die Regelung des Gefahrenübergangs von Art. 185 OR. Zum einen hat die Preisgefahr nicht beim Vertragsabschluss, sondern erst bei der Sachübergabe auf den Käufer überzugehen. Für Konsumenten sind Versandungsschulden prinzipiell als Bringschulden zu definieren. Die Leistungsgefahr hat schliesslich

²⁶⁵ Vgl. BSK OR I-HONSELL (Fn. 8), Art. 210 N 8. Für eine dreijährige Verjährungsfrist plädiert ZIMMERMANN (Fn. 257), 697.

²⁶⁶ Vgl. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT EJPD, Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts), Bericht zum Vorentwurf, August 2011, 17 ff.

²⁶⁷ Vgl. BBI 2012 3447 f.

²⁶⁸ Vgl. bereits den Wortlaut von Art. 210 Abs. 5 OR.

konsequent der Preisgefahr zu folgen. Dieser Grundsatz soll nicht nur bei Gattungsschulden, sondern auch bei Stückschulden Anwendung finden.

Zweitens erscheinen die Definition des Sachmangels sowie die Prüf-, Rüge- und Verjährungsfristen des schweizerischen Kaufrechts für die Bedürfnisse des Käufers nicht adäquat. Die strengen Fristen des geltenden Rechts führen dazu, dass der Käufer eine mangelhafte Vertragserfüllung oft kaum noch rechtzeitig geltend machen kann. Gerade für Verträge mit Konsumenten besteht ein weitreichender internationaler Konsens, dass die Prüf- und Rügeobliegenheiten die Rechte des Käufers nicht allzu stark beschneiden sollen. Dieser Ansatz ist auch in das schweizerische Recht zu implementieren. Für Konsumentenverträge ist gänzlich auf die Statuierung von Prüf- und Rügeobliegenheiten zu verzichten.

Drittens müssten die Rechtsbehelfe des Käufers auf einen zeitgemässen Stand gebracht werden. Es gibt keinen ersichtlichen Grund, weshalb zwischen den Rechtsfolgen der Sach- und der Rechtsgewährleistung zu unterscheiden ist. Die Regelungen im OR lassen insbesondere ausser Acht, dass in der heutigen Realität nicht mehr der Stückkauf, sondern der Gattungskauf die Regel ist. Den Käufern muss daher ein Recht auf Nacherfüllung, d. h. ein Recht auf Reparatur oder Ersatzlieferung, zuerkannt werden. Weiter hat der Schadenersatzanspruch als Rechtsbehelf immer den gleichen Voraussetzungen zu unterliegen. Ob dies eine Verschuldungshaftung oder eine strikte Haftung sein soll, ist eine rechtspolitische Frage und bleibt vorliegend unbeantwortet. Unabhängig davon, für welchen Weg sich der Gesetzgeber entscheiden wird, ist dieser kongruent anzuwenden. Hierbei sollte auch in Betracht gezogen werden, dass die Trennung von Rücktritt und Schadenersatzanspruch im Widerspruch zu den internationalen Entwicklungen steht. So haben die Käufer etwa unter dem CISG, aber auch nach dem deutschen BGB und einer Vielzahl anderer nationaler Rechtsordnungen die Wahl, ob sie den Vertragsrücktritt mit der Einforderung des Erfüllungsinteresses verbinden wollen oder nicht. Eine entsprechende Möglichkeit ist auch im schweizerischen Kaufrecht vorzusehen.

Schliesslich lässt das schweizerische Obligationenrecht *viertens* unberücksichtigt, dass sich die Herstellerin eines Produkts heute regelmässig eines differenzierten Vertriebsnetzes bedient. Der Käufer kann sich dagegen meistens nur an seine direkte Vertragspartnerin –

die Letztverkäuferin des Kaufgegenstands – wenden, um Mängel an der Kaufsache geltend zu machen. Damit trägt er das Risiko einer Verkäuferinsolvenz und dringt mit seinen Schadenersatzforderungen jedenfalls dann nicht durch, wenn die Letztverkäuferin für den Mangel nicht verantwortlich ist. Die Einführung eines Direktanspruchs des Käufers gegen die Produzentin würde die Stellung des Käufers erheblich verbessern und die Verantwortung für die Produkteigenschaften jener Person zuweisen, die sie auch beeinflussen kann.

Die skizzierten Anpassungsvorschläge sind nicht revolutionär und auch nicht originell. Vielmehr finden sie sich in der einen oder anderen Form bereits in vielen ausländischen oder internationalen Kaufrechtsordnungen. Die entsprechenden Regelungen konnten sich bereits bewähren und basieren auf einem breiten internationalen Konsens. Umso naheliegender erscheint es daher, sie auch in das schweizerische Recht einzuführen und damit dessen Komptabilität mit anderen Regelwerken für die Zukunft sicherzustellen.