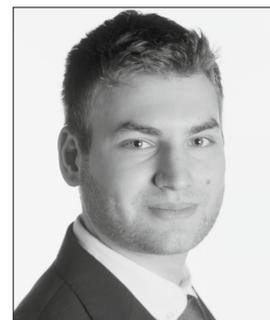




Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?

YEŞİM M. ATAMER*



PATRICK M. GERBER**

Hersteller und Verkäufer äussern sich auf ihren Webseiten, in ihren Katalogen, in der Werbung und nicht zuletzt in Geschäftsberichten zu den Produktionsprozessen der Waren, die sie verkaufen. Löblicherweise werden vermehrt auch Nachhaltigkeit, Menschenrechtsachtung und andere CSR-Belange erwähnt. Auch KäuferInnen messen einer nachhaltigen Produktion immer mehr Wert zu. Doch was passiert, wenn die Äusserungen der Hersteller bzw. Verkäufer nicht den Tatsachen entsprechen? Steht den KäuferInnen eine kaufrechtliche Handhabe zur Verfügung, oder müssen sie diese Enttäuschung – wenigstens im Kaufrecht – als erlaubtes Green- bzw. Bluewashing akzeptieren? In diesem Artikel wird beleuchtet, inwiefern ethische Produktionsprozesse als Eigenschaften der Ware erachtet werden können. Anschliessend wird diskutiert, ob solche Äusserungen die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers auslösen bzw. welche Rechtsmittel den KäuferInnen gegebenenfalls zur Verfügung stehen. Als Vergleichsbasis werden das CISG und das BGB herangezogen.

Les fabricants et les vendeurs s'expriment, sur leurs sites web, dans leurs catalogues, dans leurs publicités et, enfin, dans leurs rapports annuels, sur les processus de production des marchandises qu'ils vendent. Il est louable que la durabilité, le respect des droits de l'homme et d'autres aspects de la CSR soient de plus en plus souvent mentionnés. Les acheteuses accordent elles aussi davantage de valeur à une production durable. Mais que se passe-t-il si les déclarations des fabricants ou des vendeurs ne correspondent pas à la réalité ? Les acheteuses disposent-elles d'un moyen d'action découlant du contrat de vente ou doivent-elles accepter cette déception – du moins en droit de la vente – comme un green- ou bluewashing autorisé ? Dans cet article, nous examinons dans quelle mesure les processus de production éthiques peuvent être considérés comme des qualités de la marchandise. Ensuite, il est question de savoir si de telles déclarations déclenchent l'obligation de garantie du vendeur pour les défauts et, le cas échéant, quelles sont les moyens dont disposent les acheteuses. Le CVIM et le BGB sont utilisés comme base de comparaison.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Problematik und Systematik
- III. Was zählt zur «Eigenschaft» der Sache?
 - A. Fragestellung
 - B. CISG
 - C. BGB
 - D. OR
- IV. Vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung von ethischen Produktionsprozessen
 - A. Allgemeines
 - B. CISG
 - C. BGB
 - D. OR
- V. Rechtsbehelfe bei Verletzung von ethischen Produktionsprozessen
 - A. CISG
 - B. BGB
 - C. OR
- VI. Ausblick

I. Einführung

Die steigende Sorge um einen nachhaltigeren Lebensstil führt zwangsläufig zu einem veränderten Konsumverhalten. KäuferInnen sind gewillt, mehr zu bezahlen, um ihren ökologischen Fussabdruck zu reduzieren und faire Produktionsprozesse zu unterstützen. Beispielsweise lag der Absatz von Bio-Lebensmitteln in der Schweiz im Jahr 2021 bei über 4 Milliarden Schweizer Franken.¹ Auch Firmen setzen auf Nachhaltigkeit: Das UN Global Compact² Network Schweiz & Liechtenstein umfasst 261 Unternehmen³ mit einem kombinierten Jahresumsatz von 943 Milliarden USD.⁴ KäuferInnen verlassen sich bei ihren Kaufentscheidungen auf Informationen, die vom Verkäufer bzw. Hersteller zur Verfügung gestellt werden. So bestä-

* YEŞİM M. ATAMER, ordentliche Professorin für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

** PATRICK M. GERBER, Hilfsassistent, Universität Zürich. Wir danken Tarek Al Abiad, Aline Anthenien, Perla Bachmann, Florian Willi und Sophia Zadernack für ihre wertvollen Anregungen und die Durchsicht des Fussnotenapparates.

¹ Bio Suisse, Jahresbericht 2021, 8, Internet: <https://www.bio-suisse.ch/de/unsere-verbände/bio-suisse-portrait/jahresberichte.html> (Abruf 23.9.2022).

² UN Global Compact bewirbt sich als die weltgrösste Nachhaltigkeitsinitiative. Sie ruft Unternehmen auf, ihre Strategien und Abläufe an universellen Prinzipien zu Menschenrechten, Arbeit, Umwelt und Korruptionsbekämpfung auszurichten, Internet: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc> (Abruf 23.9.2022).

³ Global Compact Network Switzerland & Liechtenstein, Annual Report 2021, 5, Internet: <https://www.globalcompact.ch/reports> (Abruf 23.9.2022).

⁴ Internet: <https://www.globalcompact.ch/gensl-members> (Abruf 23.9.2022).

tigen bspw. 87% der Schweizer Bevölkerung, Vertrauen in das Fairtrade-Label «Max Havelaar» zu haben.⁵ Dies wirft die Frage auf, inwiefern bei Nichteinhaltung von Zertifizierungskriterien bzw. der vom Hersteller deklarierten Produktionsmethoden⁶ kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrechte von Bedeutung sein können.⁷ Wichtig ist diese Frage auch im Lichte der seit Anfang 2022 in der Schweiz für bestimmte Unternehmen geltenden Verpflichtung, einen Bericht über nichtfinanzielle Belange zu veröffentlichen.⁸ Steht Käuferinnen ein Rechtsbehelf zur Verfügung, falls die Eier trotz entgegengesetzter öffentlicher Aussage nicht aus Freilandhaltung stammen, der Pullover unter inhumanen Arbeitsbedingungen produziert oder bei der Kaffee-Ernte Kinderarbeit eingesetzt wurde? Oder stellen diese Äusserungen – zumindest aus kaufrechtlicher Sicht – erlaubtes *Greenwashing* bzw. *Bluewashing* dar?

II. Problematik und Systematik

Speziell an der Nichteinhaltung von ethischen Produktionsmethoden⁹ ist, dass sie keine Mängel auslösen, die der Substanz der Sache selbst anhaften oder sich wenigstens in ihrer Beziehung zur Umwelt niederschlagen. Anders

als z.B. eine frühzeitige Obsoleszenz oder ein fehlendes Update der Software¹⁰ beeinträchtigt eine unethische Produktionsweise den Gebrauch der Sache nicht. Deswegen muss zuerst hinterfragt werden, inwieweit der Mangelbegriff solche ideellen Eigenschaften umfassen kann (III.). Angenommen solche Eigenschaften können einen Sachmangel begründen, gilt es zu diskutieren, ob und unter welchen Umständen der Verkäufer für diese haftbar gemacht werden kann. Im Vordergrund stehen hierbei Fälle, in denen die Parteien keine explizite Vertragsklausel bezüglich der Produktionsprozesse vereinbart haben. Durch Tatsachenbehauptungen, Erklärungen und Informationen, die vom Verkäufer bzw. Hersteller der Sache im vorvertraglichen Zeitraum abgegeben worden sind, werden dennoch die Erwartungen der Käuferinnen geprägt.¹¹

⁵ Max Havelaar-Stiftung (Schweiz), Wegweiser für interessierte Unternehmen, Januar 2022, Internet: https://www.fairtrademaxhavelaar.ch/fileadmin/CH/Fuer_Unternehmen/Lizenzierungs_und_Zertifizierungsablauf.pdf (Abruf 23.9.2022).

⁶ Vgl. z.B. Lindt & Sprüngli, Nachhaltigkeitsplan – Unsere Verpflichtung für eine bessere Zukunft, 5, Internet: <https://www.lindt-spruengli.com/sustainability/governance-documents> (Abruf 23.9.2022): «Erreicht: 100% unserer Kakaobohnen rückverfolgbar und verifiziert bis 2020.»

⁷ Vgl. zur Frage, inwiefern solche Angaben zur Ware unlauteren Wettbewerb darstellen können, ANDREAS BLATTMANN, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG N 110 ff. Speziell in Bezug auf CSR-Massnahmen SVEN ASMUSSEN, Haftung für CSR, Tübingen 2020, 197 ff.; NADJA KAEDING, Der Beitrag des Lauterkeitsrechts zur Corporate Social Responsibility (CSR), sic! 2015, 207 ff.

⁸ Dieser muss, unter anderem, Informationen über Umweltbelange, insbesondere CO₂-Ziele, Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption beinhalten. Vgl. dazu YEŞİM M. ATAMER/FLORIAN WILLI, CSR-Berichterstattungspflichten Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, SZW 2020, 686 ff. Die Bestimmungen finden nach einer einjährigen Übergangsfrist erstmals im Geschäftsjahr 2023 Anwendung.

⁹ Unter dem Begriff ethische Produktionsprozesse bzw. Eigenschaften werden in diesem Text diverse Aspekte in Verbindung mit dem Produktionsablauf der Sache verstanden. Diese umfassen u.a. Menschenrechtsverletzungen, schlechte Arbeitsbedingungen, nicht nachhaltige Nutzung von Ressourcen, Umweltverschmutzung oder nicht artgerechte Tierhaltung.

¹⁰ Vgl. zu diesen beiden Aspekten jüngst Art. 7 Abs. 1 lit. d und Abs. 3 der EU-Richtlinie 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (ABl. L 136 vom 22.5.2019, 28 ff. [zit. WKRL]). Vgl. zur Richtlinie YEŞİM M. ATAMER/SEMIR HERMIDAS, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf – Regelung, Neuerung und mögliche Ausstrahlung auf das schweizerische Kaufrecht, AJP 2020, 48 ff.

¹¹ Wenn in diesem Kontext unten von «Werbung» gesprochen wird, gehen wir immer davon aus, dass diese nicht nur reklamehafte Anpreisungen darstellen, sondern klare und verbindliche Aussagen beinhalten. Vgl. zum OR CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 2602 ff.; ERICH RÜEGG, § 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. A., Bern 2017, 161 ff., 189 ff.; ARNOLD F. RUSCH, Problematische Treibstoffverbrauchsangaben beim Autokauf, Jusletter vom 2.11.2009, N 9; BGE 88 II 410 E. 3c; BGER, 4C_267/2004, 23.11.2004, E. 2.1; BGER, 4A_538/2013, 19.3.2014, E. 4, siehe dazu die Besprechung von CÉCILE PELET/MARKUS VISCHER, Fahrniskauf: Abgrenzung von Anpreisungen und Zusicherungen, Gewährleistungsausschluss und Grundlagenirrtum, dRSK vom 18.9.2014, N 9 f. Zum BGB FLORIAN FAUST, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 63. A., München 2022 (zit. BeckOK BGB-Verfasser), § 434 N 115.

Gerade bei CSR-Berichterstattungen muss im Einzelfall entschieden werden, ob eine klare und verbindliche Aussage vorliegt. Konkrete Aussagen zu einzelnen Produkten dürften selten sein. Aussagen, die aber für alle Produkte ohne Ausnahme gelten, können sehr wohl für eine Mängelgewährleistung von Bedeutung sein. Vgl. z.B. die folgenden Statements von Siemens im Sustainability Report 2021: «Our main challenges include the reduction of the environmental impact of product utilization – a challenge that is already being met to a large extent by our products, which are characterized by long life cycles, reparability, reusability, and reliability as well as the minimal, low-emission utilization and/or consumption of energy, raw materials, auxiliary materials, and fuel» (74); «Therefore, we have developed a new standard for the design of environmentally friendly products, which contains clear product design criteria and shall cover 100% of relevant product families. Our technology enables sustainable design approaches for products and solutions, both for our customers and ourselves.

Fraglich ist, ob diese Erklärungen zu einer vertraglichen Haftung des Verkäufers führen (IV.).¹² Zuletzt wird auf die allfälligen Rechtsbehelfe der Käuferinnen eingegangen, sollte man eine kaufrechtliche Sachmangelgewährleistung anerkennen (V.). Die hier aufgeworfenen Fragen werden in der Literatur zum CISG sowie zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) rege diskutiert, so dass sich ein Vergleich mit diesen Rechtsordnungen anbietet. In jedem Abschnitt werden erst die Ansätze des CISG und des deutschen Rechts wiedergegeben, bevor die Frage im schweizerischen Recht weiterverfolgt wird.

III. Was zählt zur «Eigenschaft» der Sache?

A. Fragestellung

Nach Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer gegenüber der Käuferin für Eigenschaften der Sache, die zugesichert wurden bzw. die diese nach den Verkehrserwartungen objektiv besitzen muss. Es gilt also zu definieren, was überhaupt eine Eigenschaft i.S. dieser Bestimmung sein kann. Die Bedeutung dieser Frage kann anhand des folgenden Beispiels illustriert werden: Eine Jeans sollte nach Kaufvertrag wassersparend produziert worden sein.¹³ Nun findet die Käuferin heraus, dass dem nicht so war. Wenn davon ausgegangen wird, dass die Jeans optisch (und auch in vertiefteren Verfahren allgemein physisch) nicht von wassersparend hergestellten Jeans unterschieden werden kann, basiert die Unzufriedenheit der Käuferin auf einer rein ideellen Wertung. Es stellt sich die Frage, ob ein

ethisches Merkmal wie die wassersparende Herstellungsmethode überhaupt Eigenschaft i.S. des Kaufrechts sein kann.

B. CISG

Nach Art. 35 Abs. 1 CISG haftet der Verkäufer, wenn die Güter nicht den vertraglich vereinbarten Konformitätskriterien entsprechen.¹⁴ Art. 35 Abs. 1 CISG deckt dabei Vertragsabweichungen in der Menge, der Qualität, der Gattung (Lieferung eines *aliuds*) und der Verpackung ab.¹⁵ Enthält der Vertrag keine Details zu den Eigenschaften der Ware, kommen subsidiär die objektiven Kriterien des Art. 35 Abs. 2 CISG zum Tragen.¹⁶ Der Begriff der Qualität ist sowohl für vertraglich vereinbarte Kriterien wie auch für objektive Kriterien einheitlich.¹⁷ Der Qualitätsbegriff des CISG ist weit gefasst. Ein Bezug zur physischen Beschaffenheit der Ware ist nicht vorausgesetzt.¹⁸ So können der Ursprung der Ware und Standards bei der Herstellung Teil der Qualität sein.¹⁹ Dies kann neben der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Normen z.B. auch ethische oder religiöse Standards umfassen.²⁰ Betreffend Kaufverträge über Bio-Produkte wurde bereits festgestellt, dass selbst substanziiell einwandfreie Produkte nicht

In addition, we promote decoupling from natural resources by increasingly purchasing secondary materials» (19).

¹² In allen drei Rechtsordnungen wird im Folgenden davon ausgegangen, dass der Mangel zur Zeit des Gefahrenübergangs vorhanden ist. D.h., die Probleme bezüglich des Herstellungsprozesses haften der Sache schon an und treten nicht erst später auf. Oft werden aber unethische Herstellungsprozesse erst nach Gefahrübergang festgestellt. Dies schliesst eine Sachmangelgewährleistung natürlich nicht aus, falls die anderen Voraussetzungen wie die rechtzeitige Mängelrüge etc. eingehalten sind. Eine eventuelle Haftung aus *culpa in contrahendo* kann hier nicht weiter ausgeführt werden. Abgesehen von den Voraussetzungen einer solchen Haftung bieten kaufrechtliche Rechtsbehelfe aber einen besseren Schutz. Unabhängig von einem Verschulden ist ein Anspruch auf Ersatzleistung bzw. das Recht auf Wandlung oder Minderung gegeben.

¹³ Vgl. den vom deutschen Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz im Jahre 2022 erstmals verliehenen Deutschen Innovationspreis für Klima und Umwelt. Unter anderem wurde das abwasserfreie «Droptima-Verfahren» prämiert, das bei industriellen Waschprozessen in der Jeansproduktion mindestens 85 Prozent Frischwasser, 70 Prozent Chemikalien und 70 Prozent Energie (Photovoltaik) spart.

¹⁴ INGBORG SCHWENZER, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenger/Ulrich Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. A., München 2019 (zit. Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-Verfasser), Art. 35 CISG N 6.

¹⁵ STEFAN KRÖLL, in: Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (Hrsg.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2. A., München 2018 (zit. Kröll/Mistel/Viscasillas-Verfasser), Art. 35 CISG N 2; Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-SCHWENZER (FN 14), Art. 35 CISG N 4 und 6 ff.; CHRISTOPH BRUNNER/BENJAMIN GOTTLIEB, in: Christoph Brunner/Benjamin Gottlieb (Hrsg.), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Alphen aan den Rijn 2019 (zit. Brunner/Gottlieb-Verfasser), Art. 35 CISG N 2.

¹⁶ Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-SCHWENZER (FN 14), Art. 35 CISG N 12 ff.

¹⁷ Brunner/Gottlieb-BRUNNER/GOTTLIEB (FN 15), Art. 35 CISG N 6.

¹⁸ INGBORG SCHWENZER/BENJAMIN LEISINGER, Ethical Values and International Sales Contracts, in: Jan Hellner/Ross Cranston/Jan Ramberg/Jacob Ziegler (Hrsg.), Commercial Law Challenges in the 21st Century: Jan Hellner in Memoriam, 249 ff., 267; Kröll/Mistel/Viscasillas-KRÖLL (FN 15), Art. 35 CISG N 24 f.; Brunner/Gottlieb-BRUNNER/GOTTLIEB (FN 15), Art. 35 CISG N 6.

¹⁹ Dazu ausführlich: SCHWENZER/LEISINGER (FN 18), 267, und INGBORG SCHWENZER, Ethical standards in CISG contracts, Unif. L. Rev. 2017, 122 ff., 123 ff.

²⁰ Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-SCHWENZER (FN 14), Art. 35 CISG N 9; Kröll/Mistel/Viscasillas-KRÖLL (FN 15), Art. 35 CISG N 24 f.; Brunner/Gottlieb-BRUNNER/GOTTLIEB (FN 15), Art. 35 CISG N 6; ULRICH MAGNUS, in: Ulrich Magnus (Hrsg.), Staudinger BGB – Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 4. A., Berlin 2018 (zit. Staudinger-Verfasser), Art. 35 CISG N 8.

vertragsgemäss waren, wenn die Zertifizierung fehlte bzw. mangels erforderlicher Dokumentation nicht möglich war.²¹ Somit fallen Herstellungskriterien, wie die wassersparende Produktion von Jeans, ohne weiteres unter den Qualitätsbegriff des CISG.²²

C. BGB

Das Äquivalent zum schweizerischen Begriff der Eigenschaft ist im deutschen Recht die Beschaffenheit (vgl. § 434 BGB). Der Beschaffenheitsbegriff wird im Gesetz nicht definiert. Seit dem 1. Januar 2022²³ enthält jedoch § 434 Abs. 2 zweiter Teil BGB eine nicht abschliessende Konkretisierung.²⁴ Demnach umfasst die Beschaffenheit die «Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache». Die Lehre ist sich dabei weitgehend einig, dass der Beschaffenheitsbegriff nicht nur physische Merkmale der Kaufsache umfasst, sondern auch solche, die sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben.²⁵ Wie weit dies ausgelegt

werden kann bzw. inwiefern noch ein «Zusammenhang zwischen dem mangelbegründenden Umstand und der Sache»²⁶ gegeben sein muss, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet.²⁷ Mit dem Bundesgerichtshof²⁸ vertritt ein Teil der Lehre, dass Beziehungen der Sache zur Aussenwelt zur Beschaffenheit zählen, sofern sie einen Bezug zur Sachsubstanz selbst aufweisen und nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben.²⁹ Ein anderer Teil der Lehre befürwortet die weitgehende Entkoppelung des Beschaffenheitsbegriffs von der physischen Substanz der Sache.³⁰ Ausschlaggebend sind nach dieser Meinung die wertbildenden Faktoren gemäss Vereinbarung der Parteien.³¹ Zumindest nach dieser weiten Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs kann die wassersparende Herstellung von Jeans problemlos als Beschaffenheit gesehen werden.

D. OR

Auf den ersten Blick unterscheidet Art. 197 OR zwischen zugesicherten Eigenschaften (*qualités promises*) und

²¹ Oberlandesgericht München, 13.11.2002, CISG-online 786; HGer SG, 14.6.2012, publiziert in: Internationales Handelsrecht, 2014, 16 ff. Siehe dazu auch INGBORG SCHWENZER, Conformity of the Goods – Physical Features on the Wane?, in: Ingeborg Schwenger/Lisa Spagnolo (Hrsg.), State of Play: The 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, Den Haag 2012, 103 ff., 105.

²² PASCAL HACHEM, in: Wolfgang Ball (Hrsg.), beck-online Grosskommentar zum CISG, 2022 (zit. BeckOGK-Verfasser), Art. 35 CISG N 13. Fraglich ist, wie Situationen wie die folgende zu bewerten sind: Es steht zwar fest, dass in der Fabrik des Herstellers Kinderarbeiter eingesetzt wurden. Ob die gelieferte Ware davon in Mitleidenschaft gezogen ist, kann jedoch nicht konkret festgestellt werden. Im Prinzip ist ein berechtigter Verdacht oft bereits ausreichend, um einen Weiterverkauf der Ware zu verunmöglichen. Daher wird in der Lehre sowie der Rechtsprechung in diesen Fällen ein Mangel angenommen. INGBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, Suspicious, mere suspicions: non-conformity of the goods, Unif. L. Rev. 2014, 152 ff.; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Kröll (FN 15), Art. 35 CISG N 105; BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 33; BGH, 2.3.2005, CISG-online 999 (Dioxinverdacht bei Lebensmitteln).

²³ Mit dem Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (BGBl. I 2021, Nr. 37, 30.6.2021, 2133) wurde die WKRL umgesetzt.

²⁴ DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. A., München 2022, § 3 N 11; HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Besonderes Schuldrecht, 46. A., München 2022, § 4 N 10.

²⁵ So explizit DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 19/27424, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 9.3.2021, 23. Siehe auch: LOOSCHELDERS (FN 24), § 3 N 18; BROX/WALKER (FN 24), § 4 N 10b–c; VOLKER EMMERICH, BGB Schuldrecht Besonderer Teil, 16. A., Heidelberg 2022, § 4 N 11a. Die Ansicht, dass nur physische Eigenschaften der Ware unter den Beschaffenheitsbegriff fallen, wird spätestens nach der seit 1. Januar 2022 gültigen Fassung des § 434 BGB wohl kaum mehr zu vertret-

ten sein. Für die sehr vereinzelt Proponenten dieser Lösung (vor dem 1. Januar 2022) siehe die Nachweise bei JAN LÜTTRINGHAUS, Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei «ethischen» Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility, zugleich ein Beitrag zur Weite des Beschaffenheitsbegriffs des § 434 BGB, AcP 2019, 29 ff., 34, Fn 19; BARBARA GRUNEWALD, Verkäuferhaftung für unrichtige CSR-Berichte des Herstellers, NJW 2021, 1777 ff., 1778 f.

²⁶ HARM PETER WESTERMANN, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. A., München 2019 (zit. MüKoBGB-Verfasser), § 434 BGB N 9.

²⁷ Dazu ausführlich (wenn auch noch vor der Anpassung von § 434 BGB an die WKRL) LÜTTRINGHAUS (FN 25), 32 ff.; LEONHARD HÜBNER, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, Tübingen 2022, 349 ff. Siehe auch BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 434 BGB N 14 ff.

²⁸ BGH, VIII ZR 361/18, 11.12.2019, N 37; VIII ZR 134/15, 15.6.2016, 2. Leitsatz; V ZR 113/12, 19.4.2013, N 15; V ZR 25/12, 30.11.2012, N 10.

²⁹ WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, Schuldrecht, 12. A., Berlin/Boston 2022, N 841; EMMERICH (FN 25), § 4 N 11a.

³⁰ Vgl. BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 434 BGB N 18; BROX/WALKER (FN 24), § 4 N 10d. So wohl auch LOOSCHELDERS (FN 24), § 3 N 19, der in der Vereinbarung der Parteien einen genügenden Bezug zur Kaufsache sieht. LÜTTRINGHAUS (FN 25), 41 ff.; ASMUSSEN (FN 7), 157; ULRICH SCHROETER, Risikoberichterstattung in der «nichtfinanziellen Erklärung», in: Stefan Grundmann/Hanno Merkt/Peter Mülbart (Hrsg.), FS Klaus J. Hopt, Berlin 2020, 1155 ff., 1164; INGO SAENGER, in: Reiner Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. A., Baden-Baden 2022 (zit. HK BGB-Verfasser), § 434 BGB N 16; HÜBNER (FN 27), 352 f.; JAN-ERIK SCHIRMER, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35 ff., 45.

³¹ Siehe auch Nachweise bei LÜTTRINGHAUS (FN 25), 34 f.

Mängeln (*défauts*). Laut der Lehre ist ein Mangel i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR das Fehlen einer Solleigenschaft bzw. das Vorhandensein einer unerwünschten Eigenschaft (*qualité*)³² oder m.a.W. eine ungünstige Abweichung der reellen Eigenschaften von den Soll-Eigenschaften.³³ Somit besteht im Schweizer Recht ein einheitlicher Eigenschaftsbegriff sowohl für zugesicherte wie auch für vorausgesetzte Eigenschaften.

In der Schweizer Rechtspraxis wurde der Eigenschaftsbegriff im Rahmen der Zusicherung bereits früh von der physischen Beschaffenheit und der rechtlichen Tauglichkeit der Ware gelöst. So sollen auch wirtschaftliche Qualitäten zu den zusicherbaren Eigenschaften gehören,³⁴ womit auch Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt erfasst werden.³⁵ Im Zusammenhang mit der Zusicherung wird zudem anerkannt, dass objektiv unwesent-

liche Merkmale, die für die Käuferin von Bedeutung sind, Eigenschaften darstellen können.³⁶ Historisch wurde dabei vor allem an den Liebhaber- oder Affektionswert gedacht (siehe z.B. das Beispiel in BK-GIGER: «*jemand kauft ein völlig wertloses juristisches Werk nur darum, weil es zur Bibliothek von TUHRS gehörte*»³⁷). Teils wird verlangt, dass die Eigenschaft, zumindest nach dem individuellen Interesse der Käuferin, der Sache einen (höheren) Wert verleiht.³⁸ Die Herstellungsmethode eines Gegenstandes lässt sich in diesen weit gefassten Eigenschaftsbegriff einreihen. Eine wassersparende Herstellung von Jeans, eine tierschutzkonforme Haltung der Legehennen oder die faire Bezahlung der Kakaofarmerinnen können für Käuferinnen von Bedeutung sein. Wenn der Liebhaber- oder Affektionswert von Kunstsammlerinnen betreffend die Originalität eines Werkes geschützt werden kann, so sollten, *a fortiori*, auch ethische Überlegungen der Käuferin geschützt werden, falls diese zugesichert sind.

Unklar ist hingegen, inwiefern der Gesetzeswortlaut einschränkt, welche Typen von Eigenschaften objektiv vorausgesetzt werden können. Art. 197 Abs. 1 OR erwähnt nur körperliche oder rechtliche Eigenschaften explizit. Dies war historisch nicht als Limitierung gedacht: Weder das Schweizer OR von 1881³⁹ noch der erste Vorschlag zum aktuellen OR⁴⁰ beschränkten die Typen von Eigenschaften, die vorausgesetzt werden konnten, auf physische bzw. rechtliche. Als im revidierten Entwurf von 1909 der Zusatz «körperliche oder rechtliche» eingefügt wurde, wurde dies vielmehr als Kodifizierung eines weiten (über physische Eigenschaften hinausgehenden)

³² PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, Basel/Stuttgart 1977, 1 ff., 73; DIANA AKIKOL, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Zürich/Basel/Genf 2008, N 156; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. A., Genf/Zürich/Basel 2016, N 659; HUGUENIN (FN 11), N 2597; BGer, 4A_173/2014, 10.6.2014, E. 5.2.

³³ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I (Art. 184–318 OR), Bern 2012, § 4 N 139; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 32), N 660; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZENRUFFINEN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I (Art. 1–529 CO), 3. A., Basel 2021 (zit. CR OR I-Verfasser), Art. 197 N 1 *in fine* und N 2; BSK OR I-HONSELL, Art. 197 N 2, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (BSK OR I-Verfasser), der in Anlehnung an die deutsche Terminologie von Beschaffenheit spricht. *Idem* HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 90 f.; CHRISTOPH MÜLLER, Contrats de droit suisse, Bern 2021, N 303 f.; HUGUENIN (FN 11), N 2597; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, N 324 ff. In diesem Sinne zumindest implizit bereits HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2, Obligationenrecht (Art. 184–418), 2. A., Zürich 1936, Art. 197 N 9 ff.; HUGO OSER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht (Art. 1–529), Zürich 1915, Art. 197 N II.

³⁴ OSER (FN 33), Art. 197 N II, 1; BGE 45 II 441, E. 4: «*Wenn Art. 197 OR sagt, der Verkäufer hafte dem Käufer für zugesicherte Eigenschaften, so sind damit nicht wie bei den «vorausgesetzten» nur körperliche und rechtliche Qualitäten, sondern auch wirtschaftliche zu verstehen*»; OTTO SCHENKER, Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Bern 1949, 13 ff. Vgl. auch RUSCH (FN 11), N 9.

³⁵ BGE 45 II 441 E. 4; 63 II 77 E. 3; SCHENKER (FN 34), 13 ff.; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2. A., Bern 2000, 33 f.; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 192–204 OR, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. ZK-SCHÖNLE/HIGI) Art. 197 OR N 62b und 65a. Kritisch: CR OR I-VENTURI/ZENRUFFINEN (FN 33), Art. 197 N 14.

³⁶ JÜRIG LUGINBÜHL, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 143.

³⁷ HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Fahriskauf und allgemeine Bestimmungen zum Kaufrecht, Art. 184–215 OR, 2. A., Bern 1979 (zit. BK-GIGER), Art. 197 OR N 34. Siehe aber auch bereits SCHENKER (FN 34), 16.

³⁸ BK-GIGER (FN 37), Art. 197 OR N 34; CAVIN (FN 32), 73 f. Restriktiver OSER/SCHÖNENBERGER (FN 33), Art. 197 N 9, die nur den Wert nach Verkehrsauffassung gelten lassen.

³⁹ Art. 243 aOR von 1881 (1883 in Kraft getreten) lautete «*Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür, dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Werth oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern*». Siehe LUKAS GSCHWEND, Obligationenrecht (OR), Historisches Lexikon der Schweiz, Stand 14.8.2009, Internet: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009611/2009-08-14/> (Abruf 23.9.2022). Eine Kommentierung dieses Artikels findet sich in ALBERT SCHNEIDER/HEINRICH FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1891, 350 ff.

⁴⁰ Botschaft vom 3. März 1905 betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes, BBl 1905 II 1, Art. 1232 auf 135.

Eigenschaftsbegriffes gesehen.⁴¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Eigenschaften, die nicht körperlicher oder rechtlicher Natur sind, befasst sich – soweit ersichtlich – nur mit dem Fall der Zusicherung.⁴² In der Lehre wird hingegen (zumindest implizit) auch vertreten, dass Merkmale, die nicht körperlicher oder rechtlicher Natur sind, objektiv vorausgesetzt sein können. So diskutieren viele Autorinnen und Autoren wirtschaftliche Eigenschaften im Rahmen des (einheitlichen) Eigenschaftsbegriffs und limitieren dies nicht bloss auf zugesicherte Eigenschaften.⁴³ Teils werden Beziehungen zur Umwelt unter körperliche Mängel subsumiert.⁴⁴ Vor dem historischen Hintergrund von Art. 197 Abs. 1 OR, aber auch – im Sinne der Einheit der Schweizer Rechtsordnung – im Hinblick auf das CISG, ist anzunehmen, dass auch Eigenschaften, die nicht direkt mit der Substanz der Sache verbunden sind, als vorausgesetzte Eigenschaften qualifiziert werden können, soweit sie wertbildende Faktoren sind. In Bezug auf ethische Produktionsprozesse – wie die wassersparende Produktion von Jeans – bedeutet dies, dass diese vorausgesetzte Eigenschaft der Sache sein können.

IV. Vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung von ethischen Produktionsprozessen

A. Allgemeines

Produktionsprozesse können also zur Eigenschaft der Ware gehören. Somit können Abweichungen vom Ist- zum Sollzustand hinsichtlich dieser Merkmale die Sachmangelgewährleistungspflicht des Verkäufers auslösen. In

diesem Abschnitt soll untersucht werden, in welchen Fällen von einer vertraglichen Verpflichtung für die Einhaltung solcher ethischen Produktionsstandards ausgegangen werden kann. Vertragliche Verpflichtungen können sich allenfalls ergeben, wenn der Hersteller – bzw. andere in der Absatzkette – oder der (End-)Verkäufer die Sache betreffende Äusserungen macht. Ist der Hersteller gleichzeitig der Verkäufer, so muss die Frage beantwortet werden, inwiefern seine Aussagen bzgl. Produktionsprozessen die vertraglichen Eigenschaften der Sache bestimmen. Ist der Verkäufer jedoch lediglich ein Zwischenhändler bzw. Endverkäufer, aber nicht Hersteller der Ware, muss diskutiert werden, ob/bzw. in welchem Ausmass die Aussagen des Herstellers auch für die Eigenschaften der Sache im Vertrag zwischen Händler und Käufer ausschlaggebend sind. Ausgeschlossen wird im Folgenden die Diskussion, inwiefern gesetzlich vorgeschriebene Standards bzw. öffentlich-rechtliche Vorschriften die Erwartung der Käuferin an die Produktion prägen und dadurch für die Vertragskonformität entscheidend sein können.⁴⁵ Gerade wenn keine gesetzlichen Vorschriften vorliegen, ist es wichtig zu bestimmen, ob trotzdem von einer vertraglichen Pflicht ausgegangen werden kann.

B. CISG

Das CISG geht bekannterweise vom Prinzip der Vertragsfreiheit aus (Art. 6 bzw. 35 Abs. 1 CISG). Bei B2B-Kaufverträgen werden die Wareneigenschaften, die Qualität, die Art der Verpackung und dergleichen oft im Detail ausgeführt. Auch eine Bestimmung, dass die Ware für einen bestimmten Verwendungszweck taugen muss, ist üblich, insbesondere wenn die Käuferin die Beschaffenheit der Ware nicht im Detail kennen kann. Der Verkäufer haftet für diese subjektiven Anforderungen.⁴⁶ Haben die Parteien also explizit Standards zu Sozial- und Arbeitsbedingungen bzw. den Umweltauswirkungen der Produktion

⁴¹ Man wollte insbesondere die Rechtsprechung kodifizieren, nach der sich die Gewährleistung auf den Bestand des Patentrechts und auf dessen Unanfechtbarkeit erstreckt (vgl. BGE 28 II 108 E. 5). Bericht vom 1. Juni 1909 betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), BBl 1909 III 725 ff., 738. Die Expertenkommission sah dies im Übrigen als rein redaktionelle Anpassung: Protokoll der 9. Sitzung der Expertenkommission vom 14. Oktober 1908, 9.

⁴² Siehe z.B. zur Rendite von Mietobjekten: BGE 81 II 207 E. 1 und 45 II 441 E. 4.

⁴³ MÜLLER (FN 33), N 306; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 32), N 676 f.; ENGEL (FN 35), 34 f.; a.M. CR OR IVENTURI/ZEN-RUFFINEN (FN 33), Art. 197 N 6, laut denen wirtschaftliche Merkmale nur zugesicherte, nicht aber vorausgesetzte Eigenschaften sein können. Mit Vorbehalten: BSK OR I-HONSELL (FN 33), Art. 197 N 2, und AKIKOL (FN 32), N 156.

⁴⁴ ARNOLD F. RUSCH, Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff., 45 f. So offenbar auch ZK-SCHÖNLE/HIGI (FN 35), Art. 197 OR N 65a. Allerdings mit Verweis auf einen deutschen Fall, in dem eine Zusicherung gemacht wurde (BGH, VIII ZR 60/71, 28.6.1972).

⁴⁵ Vgl. z.B. bezüglich Zwangsarbeit jüngst das *Uyghur Forced Labor Prevention Act* 2021 der USA sowie den Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über das Verbot von in Zwangsarbeit hergestellten Produkten auf dem Unionsmarkt, COM (2022) 453. Vgl. zur Rolle von öffentlich-rechtlichen Vorschriften bei der Bestimmung des Sachmangels AKIKOL (FN 32), N 459 ff. Gerade im internationalen Handel ist es besonders wichtig, zu definieren, von welchem Land die öffentlich-rechtlichen Qualitätsstandards Anwendung finden. Vgl. zu dieser Diskussion unter dem CISG BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 27 ff.; CISG-AC, Opinion No. 19, Standards and Conformity of the Goods under Article 35 CISG, Rapporteur: Professor Djakhongir Saidov, United Kingdom. Adopted by the CISG Advisory Council following its 25th meeting, in Aalborg Denmark, on 25.11.2018.

⁴⁶ BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 7.

etc. vereinbart,⁴⁷ sind diese, unabhängig von der physischen Beschaffenheit der Ware, auch ausschlaggebende Eigenschaften für die Vertragskonformität der Güter.⁴⁸

Haben die Parteien keine explizite Vereinbarung getroffen, so muss erst gemäss Art. 8 CISG erwogen werden, ob öffentliche Erklärungen bzgl. ethischer Standards stillschweigend Vertragsbestandteil geworden sind.⁴⁹ Gemäss Art. 8 Abs. 3 CISG ist bei der Auslegung von Erklärungen insbesondere auch die vorvertragliche Phase, wie z.B. die Vertragsverhandlungen, mitzubersichtigen.

Zuerst sollte die Konstellation diskutiert werden, in welcher die Äusserungen durch den Verkäufer selbst (und nicht ein vorgelagertes Glied der Absatzkette) getätigt wurden. In der Lehre wird angenommen, dass die Werbung des Verkäufers gemäss Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 CISG in den Vertrag einbezogen werden kann, solange sie konkrete Angaben bezüglich der Ware beinhaltet.⁵⁰ Daraus folgt, dass auch Werbung bezüglich Herstellungsprozessen, Informationen in Broschüren bzw. auf der Ware selbst und öffentliche Äusserungen auf Internetseiten im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 CISG für die Vertragsmässigkeit relevant sein können. Analog dazu können öffentliche Äusserungen, die auf diversen gesetzlichen Informationspflichten beruhen, konkludent zum Vertragsinhalt werden.⁵¹

Weiter könnte Art. 9 CISG Anwendung finden. Laut Art. 9 Abs. 1 CISG sind die Parteien zunächst an Handelsbräuche, mit denen sie sich einverstanden erklärt

haben, und an die Gepflogenheiten, die zwischen ihnen entstanden sind, gebunden. Wenn sich die Parteien beim Vertragsschluss wiederholt auf einen bestimmten sektoralen CSR-Standard bezogen haben, kann diese Übung ein berechtigtes Vertrauen bezüglich der Einhaltung dieses Standards hervorrufen.⁵² Inwiefern eine unabhängige öffentliche Teilnahme beider Parteien an CSR-Prinzipien (z.B. *UN Global Compact*) einen Handelsbrauch zwischen ihnen darstellen kann, ohne dass in den Verhandlungen oder im Vertrag darauf Bezug genommen wurde, ist fraglich. Teilweise wird in solchen übereinstimmenden öffentlichen Aussagen eine bindende Wirkung gesehen, ohne dass diese ethischen Standards als international bekannte Handelsbräuche im Sinne von Art. 9 Abs. 2 CISG qualifiziert werden müssen.⁵³ Folgt man dieser Ansicht, bedeutet dies, dass die in den Global-Compact-Prinzipien festgelegten – sehr generellen – Erwartungen von den Parteien eingehalten werden müssen.⁵⁴ So könnte die Käuferin ihre Rechte aus Vertragsverletzung geltend machen, falls der Verkäufer bspw. keine «*vorsorgende Haltung gegenüber Umweltgefährdungen*» eingenommen hat⁵⁵ und bei der Produktion der verkauften Güter Umweltschäden entstanden sind.⁵⁶ Ebenso würde es sich verhalten, wenn sich ein «*Rana-Plaza-Vorfall*»⁵⁷ wiederholt und somit das Versprechen verletzt wird, bei der Produktion der bestellten Güter «*die international verkündeten Menschenrechte zu respektieren und ihre Einhaltung innerhalb ihrer Einflussosphäre zu fördern*».⁵⁸

Öffentliche Äusserungen des Verkäufers können auch bei der Feststellung der Tauglichkeit der Ware für bestimmte Zwecke von Bedeutung sein (Art. 35 Abs. 2

⁴⁷ Vgl. zur Diskussion, ob bzw. wie unterschiedliche CSR-Verhaltenskodex der Parteien Vertragsbestandteil werden können, falls beide in ihren AGB auf diese verweisen: INGBORG SCHWENZER/EDGARDO MUÑOZ, Sustainability in Global Supply Chains Under the CISG, *European Journal of Law Reform* 2021, 300 ff., 314 ff.

⁴⁸ PETER SCHLECHTRIEM, Non-Material Damages – Recovery under the CISG?, *Pace Int'l L. Rev.* 2007, 89 ff., 100; SCHWENZER/LEISINGER (FN 18), 266; BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 13; Staudinger-MAGNUS (FN 20), Art. 35 CISG N 15. Gemäss dem *Ethical Fashion Report 2021*, welcher 98 multinationale Unternehmen aus der Modebranche mit 420 Marken abdeckt, haben 95% der Unternehmen ein Verhaltenskodex für Lieferanten und 88% davon beziehen sich in ihren Lieferverträgen auf diesen Code, Internet: <https://baptistworldaid.org.au/resources/ethical-fashion-guide/> (Abruf 23.9.2022), 14. Siehe auch SCHWENZER (FN 19), 124. Zurückhaltend Staudinger-MAGNUS (FN 20), Art. 35 CISG N 15.

⁴⁹ Vgl. ULRICH SCHROETER, Internationales UN-Kaufrecht, 7. A., Tübingen 2022, N 428; BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 8; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-KRÖLL (FN 15), Art. 35 CISG N 39 und 61; Schlechtriem/Schwenger/Schroeter-Schwenger (FN 14), Art. 35 CISG N 7. Vgl. auch Audiencia Provincial de Barcelona, 28.4.2004, CISG-online 931 (Angaben im Katalog des Herstellers); Oberlandesgericht Koblenz, 19.12.2012, CISG-online 2470 (Internetanzeige relevant für die Vertragsmässigkeit des Generators).

⁵¹ BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 8.

⁵² PETRA BUTLER, The CISG – A Secret Weapon in the Fight for a Fairer World?, in: Ingeborg Schwenger (Hrsg.), 35 years CISG and beyond, Den Haag 2016, 295 ff., 305 f.; SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 317; vgl. allgemein Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-Perales Viscasillas (FN 15), Art. 9 CISG N 8 ff.

⁵³ SCHWENZER/LEISINGER (FN 18), 265; BUTLER (FN 52), 304; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-KRÖLL (FN 15), Art. 35 CISG N 60 (verlangt, dass die Parteien wenigstens gegenseitig über die öffentlichen Aussagen informiert sind). Vgl. aber auch SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 319, die inzwischen eine Qualifizierung des *UN Global Compact* als international bekannten Handelsbrauch in Erwägung ziehen.

⁵⁴ Vgl. SCHWENZER (FN 19), 124 ff. für weitere Beispiele für internationale Handelsbräuche.

⁵⁵ Global Compact Principle Nr. 7, Internet: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7> (Abruf 23.9.2022).

⁵⁶ Vgl. dazu unten V.

⁵⁷ Internet: https://de.wikipedia.org/wiki/Geb%C3%A4udeeinsturz_in_Sabhar (Abruf 23.9.2022).

⁵⁸ Global Compact Principle Nr. 1, Internet: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-1> (Abruf 23.9.2022).

lit. b CISG). Im Prinzip trägt die Käuferin das Risiko, dass sie die Sache nicht wie geplant nutzen kann. Sie kann nicht erwarten, dass die Sache auch anders eingesetzt werden kann, als es der gewöhnliche Gebrauchszweck erlaubt. Um dem zu entgehen, müsste der besondere Gebrauchszweck vertraglich explizit vereinbart werden. Diesfalls wäre Art. 35 Abs. 1 CISG anwendbar. Doch Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG lässt den Verkäufer auch dann eintreten, wenn ihm die Käuferin ihren speziellen Nutzungszweck hinreichend zur Kenntnis gebracht hat und die Käuferin auch berechtigt ist, auf die diesbezügliche Sachkunde des Verkäufers zu vertrauen. In diesen Konstellationen wird der besondere Verwendungszweck also nicht durch Einigung der Parteien, sondern über die Lückenfüllung von Art. 35 Abs. 2 lit. b CISG Vertragsinhalt.⁵⁹ Eine solche Situation entsteht bspw., wenn sich eine Käuferin bei einem Verkäufer eindeckt, der sich als Fairtrade-Experte ausweist. Dabei erklärt die Käuferin in den Verhandlungen, dass sie mit diesen Produkten das Fairtrade-Segment auf dem chinesischen Markt bedienen möchte. Diese Umstände sollten ausreichen, um eine vertragliche Haftung für die entsprechende Produktion annehmen zu können. Für die Bewertung der Sachkunde des Verkäufers wird somit auf dessen öffentliche Äusserungen abgestellt.

Wie ist die Konstellation zu beurteilen, in der die öffentlichen Äusserungen, Werbungen, Etiketten bezüglich der Ware nicht vom Verkäufer, sondern (wie oft) vom Hersteller bzw. von in der Absatzkette vorgeschalteten Gliedern herrühren? Binden diese öffentlichen Äusserungen ohne weiteres auch den Verkäufer gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG? Teilweise wird dies in der Lehre angenommen.⁶⁰ Alternativ könnten diese Äusserungen herangezogen werden, um die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften für die Ware der gleichen Art zu bestimmen (Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG). Dieser Ansatz wurde z.B. 1999 durch die EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (zit. VGKRL)⁶¹ für B2C-Kaufverträge eingeführt (Art. 2 Abs. 2 lit. d) und auch von der WKRL 2019 übernommen (Art. 7 Abs. 1 lit. d). Dabei wird berechtigterweise davon ausgegangen, dass die öffentlichen Äusserungen des Herstellers die objektiven Erwartungen an die Sache mitprägen.⁶² Der Ver-

käufer haftet, falls die Sache nicht den auch im Lichte der Werbung zu bestimmenden vernünftigen Erwartungen der Käuferin entspricht, selbst wenn die Äusserungen nicht von ihm stammen. Ein ähnlicher Ansatz könnte auch für Verträge, die dem CISG unterliegen, vertreten werden.⁶³ Folglich dürften öffentliche Äusserungen des Herstellers zumindest im Rahmen von Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG zum Zuge kommen,⁶⁴ sollte man diese nicht bereits gemäss Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 CISG als Teil der vertraglichen Beschaffenheit qualifizieren.⁶⁵ Preist ein Hersteller also durch gezielte Werbung im Lande der Käuferin gewisse Fairtrade-Produktionsstandards für seine Ware an, so darf die Käuferin beim Kauf dieser Ware bei einem Händler berechtigterweise davon ausgehen, dass diese Eigenschaften auch gegeben sind.

Allerdings erscheint es richtig, dem Händler auch einen Entlastungsbeweis zu ermöglichen. Falls er beweisen kann, dass er (i) die öffentlichen Äusserungen des Herstellers nicht kannte und auch nicht kennen konnte, (ii) dass die Äusserungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses korrigiert waren oder (iii) dass die Äusserungen die Entscheidung der Käuferin nicht beeinflussen konnten, so ist eine Haftung des Verkäufers nicht angebracht (so auch Art. 7 Abs. 2 WKRL). Keine dieser Ausnahmen der WKRL ist auf B2C-Verträge gemünzt. Die beiden letzten Ausnahmen zeigen, dass die Kausalität zwischen dem Kaufentscheid und der öffentlichen Erklärung nicht gegeben ist. In Bezug auf die erste Ausnahme ist in B2B-Fällen der gleiche Schutzbedarf des Händlers gegen eine Auslieferung der Einstandspflicht gegeben, so dass eine parallele Wertung angebracht erscheint. Für den Verkäufer wird es aber regelmässig nicht leicht sein, zu beweisen, dass die öffentlichen Äusserungen ihm nicht zuzurechnen sind.

Zuletzt muss noch überlegt werden, wieweit auch der übliche Gebrauchszweck für Ware der gleichen Art ohne jegliche öffentliche Äusserung des Verkäufers bzw. Herstellers einen ethischen Produktionsprozess voraussetzen

⁵⁹ SCHWENZER/LEISINGER (FN 18), 267.

⁶⁰ So z.B. BeckOGK-HACHEM (FN 22), Art. 35 CISG N 8; SCHROETER (FN 50), N 428.

⁶¹ 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 7.7.1999, 12 ff.

⁶² STEFAN GRUNDMANN, in: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechtsrichtlinie, Köln 2002 (zit. Grundmann/Bianca-Verfasser), Art. 2 N 34 ff.

⁶³ Vgl. z.B. Grundmann/Bianca-GRUNDMANN (FN 62), Art. 2 N 35, der für eine Verallgemeinerung dieses Ansatzes auf B2B-Verträge plädierte. Nun hat der deutsche Gesetzgeber in § 434 BGB genau dies gemacht und die Rolle der Werbung und anderer öffentlichen Äusserungen für B2B- sowie B2C-Verträge gleich geregelt. Zur Umsetzung MüKoBGB-WESTERMANN (FN 26), § 434 BGB N 2, und unten IV C.

⁶⁴ Vgl. SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 324 f.

⁶⁵ Im Falle von öffentlichen Äusserungen des Herstellers z.B. durch Gütesiegel und Etiketten könnte angenommen werden, dass der Verkäufer diese durch den Weiterverkauf «übernimmt» und somit diese Äusserungen konkludent gemäss Art. 35 Abs. 1 CISG Vertragsinhalt werden.

kann.⁶⁶ Für diese Beurteilung werden die – manchmal sehr schnell wechselnden – Markterwartungen von grosser Bedeutung sein.⁶⁷ Haben sich bestimmte ethische Produktionsstandards auf dem relevanten Markt allgemein durchgesetzt, dann müsste die Ware auch dementsprechend produziert sein, um als vertragskonform qualifiziert zu werden.⁶⁸

C. BGB

Die Sachmangeldefinition in § 434 BGB wurde zuletzt im Zuge der Umsetzung der WKRL geändert und trat in neuer Fassung am 1. Januar 2022 in Kraft. Im Einklang mit der WKRL wurde festgelegt, dass die Sache frei von Sachmängeln ist, «wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht» (Abs. 1).⁶⁹ Die zugesicherte Eigenschaft als eigenständige Mangelkategorie war bereits bei der – durch die VGKRL 1999 initiierten – Reform des Kaufrechts im Jahre 2002 gestrichen worden.⁷⁰ Obwohl beide Reformen durch Verbraucherschutzgedanken angestossen wurden, zog es der deutsche Gesetzgeber immer vor, das Kaufrecht für B2B- und B2C-Kaufverträge parallel zu revidieren und, soweit nötig, Sonderbestimmungen für B2C-Konstellationen einzuführen.⁷¹

Damit eine Sache mangelfrei ist, muss sie zunächst der vereinbarten Beschaffenheit sowie der vertraglich vorausgesetzten Verwendung entsprechen (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB). Haben die Parteien explizit Bestimmungen bezüglich fairer und ökologisch vertretbarer Produktionsprozesse vereinbart, dann muss die Ware auch demgemäss produziert sein.⁷² Liegt keine explizite Beschaffenheitsvereinbarung vor, so muss erst entschieden werden, ob eine konkludente Vereinbarung vorhanden ist. Preist die Webseite des Verkäufers bspw. die wasserreduzierte Produktion der Jeans, artgerechte Züchtung der Hühner oder Öko- bzw. Fairtrade-Siegel an, so werden diese Informationen Vertragsinhalt und bestimmen die subjektiven Eigenschaften der Ware, wenn über diese Website bestellt wird.⁷³ Die Kundin darf sich aber auch auf die Webseite verlassen, wenn sie die Ware schliesslich in einer *Brick-and-mortar*-Filiale kauft. Eine Kundin von Alnatura könnte also bspw. erwarten, dass, wie auf der Webseite angepriesen, alle «Landwirtschaftliche[n] Zutaten zu 100 Prozent Bio»⁷⁴ sind, auch wenn diese Aussage – wie dies oft der Fall ist – nicht nochmals im Geschäft als Aushang vorhanden ist. Ein Verkäufer, der solche öffentlichen Äusserungen macht, muss davon ausgehen, dass die Käuferinnen ihre Kaufentscheidung darauf stützen.⁷⁵

Die Frage, wann öffentliche Äusserungen des Verkäufers zu einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung führen, hat im deutschen Recht aber weitgehend an Relevanz verloren. Schon seit der Umsetzung der VGKRL im Jahre 2002 sind die öffentlichen Äusserungen des Verkäufers und des Herstellers für die Eigenschaften, welche die Käuferin objektiv erwarten kann, ausschlaggebend. Selbst wenn keine konkludente Vereinbarung vorliegt (subjektive Anforderung an die Ware), ist regelmässig zumindest eine objektive Anforderung gegeben. Auch nach der Revision von 2022 bleibt es beim gleichen Ansatz (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB). Die Rechtsbehelfe bei der Verletzung von objektiven und subjektiven Anforderungen sind identisch. Ebenfalls muss die Abwei-

⁶⁶ Vgl. STAUDINGER-MAGNUS (FN 20), Art. 35 CISG N 18; BUTLER (FN 52), 307 ff.

⁶⁷ Vgl. ALEXANDER HELLGARDT/VICTOR JOUANNAUD, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 2022, 163 ff., 214.

⁶⁸ Vgl. SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 323 f.; SCHWENZER (FN 21), 107; STAUDINGER-MAGNUS (FN 20), Art. 35 CISG N 21. Ein Beispiel könnte z.B. der Handel mit Rohdiamanten sein. Hier würde man auch ohne jegliche Vorbesprechung zwischen den Parteien bzw. öffentliche Äusserung des Verkäufers die Verpflichtung annehmen, dass die verkauften Diamanten von einem Zertifikat begleitet werden, das bestätigt, dass die nötigen Vorsichtsmassnahmen getroffen wurden, um das Vorhandensein von Konfliktdiamanten zu verhindern. Siehe dazu Internet: <https://www.kimberleyprocess.com/en/what-kp> (Abruf 23.9.2022) und die Webseite der SECO zum Kimberly-Prozess. Teilweise können sich gewisse Erwartungen/Standards aber so weit etablieren, dass schon von einem internationalen Handelsbrauch ausgegangen werden kann, die dann wiederum über Art. 9 Abs. 2 CISG stillschweigend in den Vertrag aufgenommen werden würden. Vgl. z.B. SCHWENZER (FN 19), 125, die den Kimberly-Prozess als einen solchen internationalen Handelsbrauch qualifiziert.

⁶⁹ Vgl. im Detail FIKENTSCHER/HEINEMANN (FN 29), N 835a ff.; LOOSCHELDERS (FN 24), § 3 N 2 ff.

⁷⁰ PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002, 293.

⁷¹ B2C-spezifische Sonderregelungen werden in §§ 474 ff. BGB abgehandelt.

⁷² HELLGARDT/JOUANNAUD (FN 67), 212.

⁷³ Bei B2C-Verträgen können diese Informationen aber auch zu expliziten Vereinbarungen führen. Bei Fernabsatz- bzw. bei Haustürgeschäften muss der Verkäufer den Verbraucher gemäss Art. 246a § 1 Nr. 1 EGBGB/DE vorvertraglich u.a. über die wesentlichen Eigenschaften der Kaufsache informieren. Die in Erfüllung dieser Pflicht gemachten Angaben des Unternehmers bestimmen dann gemäss § 312d Abs. 1 BGB grundsätzlich den Inhalt des Vertrags. Vgl. LÜTTINGHAUS (FN 25), 52.

⁷⁴ Internet: <https://www.alnatura.de/de-de/ueber-uns/alnatura-bio-qualitaet/> (Abruf 23.9.2022).

⁷⁵ LOOSCHELDERS (FN 24), § 3 N 34; BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 434 BGB N 104; HK BGB-SAENGER (FN 30), § 434 BGB N 29; BROX/WALKER (FN 24), § 4 N 17.

chung von einer objektiven Anforderung – anders als im Schweizer Recht⁷⁶ – nicht erheblich sein. Somit erübrigt sich die Abgrenzung in der deutschen Rechtspraxis in den meisten Fällen.⁷⁷

Im Hinblick auf die Auslegung des Art. 197 Abs. 1 OR ist die Unterscheidung zwischen konkludenter Vereinbarung und objektiver Anforderung im deutschen Recht aber dennoch informativ. Allgemein werden öffentliche Äusserungen wie Werbungen, Informationen auf Internetseiten und dergleichen, die direkt vom Verkäufer stammen, als konkludente Vereinbarungen qualifiziert.⁷⁸ Für öffentliche Äusserungen von vorgeschalteten Gliedern in der Vertragskette, wie dem Hersteller, muss der Verkäufer hingegen im Rahmen der objektiven Anforderungen eintreten.⁷⁹ In Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 2 WKRL kann der Verkäufer sich diesfalls nur ausnahmsweise entlasten, wenn er beweist, (i) dass er die öffentlichen Äusserungen nicht kannte und auch nicht kennen konnte, dass (ii) die Äusserung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtet war oder dass (iii) die Äusserung die Entscheidung des Käufers nicht beeinflussen konnte (§ 434 Abs. 3 S. 3 BGB).⁸⁰

Demnach kann im deutschen Recht vertreten werden, dass öffentliche Äusserungen zu den ethischen Qualitäten der Sache, Kennzeichnungen zu bestimmten herstellungsspezifischen Eigenschaften und vergleichbare produktbezogene Aussagen die objektiven Anforderungen an die Soll-Beschaffenheit der Ware mitbestimmen, auch wenn keine Beschaffenheitsvereinbarung vorhanden ist.⁸¹ Ob öffentliche Aussagen im Rahmen von gesetzlich vorgesehener nichtfinanzieller CSR-Berichterstattung (§ 289b HGB/DE) bzw. freiwilliger CSR-Codes⁸² eine solche Rolle spielen können, ist in der Lehre diskutiert. Es finden sich mehrere Stimmen, die konkret produktbezogene Versprechungen in solcher Berichterstattung als Grundlage für

die Sachmangelgewährleistung gemäss § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB (bzw. § 434 Abs. 1 S. 3 altBGB) sehen.⁸³

D. OR

Wie oben dargelegt, haftet der Verkäufer nach Art. 197 OR für das Abweichen der Ware von den zugesicherten sowie von den vorausgesetzten Eigenschaften. Die heutige Formulierung von Art. 197 Abs. 1 OR hat ihren Ursprung im römischen Recht.⁸⁴ Gerade die Rechtsnatur der Zusicherung bleibt wegen dieses römisch-rechtlichen Einflusses bis heute umstritten. Das Bundesgericht⁸⁵ und ein Teil der Lehre sehen in der Zusicherung eine reine Wissenserklärung.⁸⁶ Ein anderer Teil der Lehre qualifiziert die Zusicherung als zustimmungsbedürftige Willenserklärung.⁸⁷

Unabhängig von dieser Diskussion muss davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer für seine eigenen öffentlichen Äusserungen in Werbungen, auf Webseiten und dergleichen eintreten muss, soweit diese konkrete Angaben bezüglich der Ware beinhalten und somit relevant für die Preisbildung sind.⁸⁸ Wie im oben gegebenen Alnatura-

⁷⁶ Dazu sogleich unten IV.D.

⁷⁷ Weiterhin von Bedeutung kann diese Abgrenzung jedoch im Rahmen von formbedürftigen Geschäften sein. Siehe dazu: HK BGB-SAENGER (FN 30), § 434 BGB N 29; BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 434 BGB N 105.

⁷⁸ LOOSCHELDERS (FN 24), § 3 N 34; BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 434 BGB N 104; HK BGB-SAENGER (FN 30), § 434 BGB N 29; BROX/WALKER (FN 24), § 4 N 17.

⁷⁹ HÜBNER (FN 27), 353 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu BROX/WALKER (FN 24), § 4 N 20a; HÜBNER (FN 27), 355; MüKoBGB-WESTERMANN (FN 26), § 434 BGB N 33 ff.

⁸¹ HÜBNER (FN 27), 354 f.; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 54 f.; HELLGARDT/JOUANNAUD (FN 67), 214 f.; MARC-PHILIPPE WELLER/LUCA KALLER/ALIX SCHULZ, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 2016, 387 ff., 399.

⁸² Vgl. die Übersicht in ASMUSSEN (FN 7), 9 ff.

⁸³ Vgl. SVEN ASMUSSEN, Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags, NJW 2017, 118 ff., 119 f.; SEBASTIAN MOCK, Berichterstattung über Corporate Social Responsibility im Bilanzrecht, in: Holger Fleischer/Susanne Kalss/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Corporate Social Responsibility, Tübingen 2018, 125 ff., 187; SCHROETER (FN 30), 1165 f.; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 56 f.; HELLGARDT/JOUANNAUD (FN 67), 214 f.; SCHIRMER (FN 30), 50 f. Vgl. für die Gegenmeinung z.B. HK BGB-SAENGER (FN 30), § 434 BGB N 28, und GRUNEWALD (FN 25), 1779 f., mit der Begründung, dass CSR-Berichterstattung sich an den Kapitalmarkt richte und nicht an die Endabnehmer. GRUNEWALD führt hingegen weiter aus, dass, sofern man sich der Gegenmeinung anschliessen würde, der Inhalt des CSR-Berichts nur für den Hersteller-Verkäufer als öffentliche Aussage eine Wirkung entfalten würde, da Händler in der Absatzkette beweisen könnten, dass sie diese nicht kannten bzw. kennen mussten (1780).

⁸⁴ ENGEL (FN 35), 33 f.; PASCAL PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé, 2. A., Genf/Zürich/Basel 2020, N 2356; PIERRE CAVIN, Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, Semaine Judiciaire 1969, 329 ff., 332 f.; HEINRICH HONSELL/IOLE FARGNOLI, Römisches Recht, 9. A., Bern 2021, 164.

⁸⁵ BGE 88 II 410 E. 3c; 71 II 239 E. 4; 73 II 218 E. 1a und 1b.

⁸⁶ Vgl. z.B. MÜLLER (FN 33), N 308; MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 74.

⁸⁷ Vgl. z.B. BK-GIGER (FN 37), Art. 197 OR N 6 f.; HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 192–204 OR, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 197 OR ff. N 87 f.; MARKUS VISCHER, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, 1 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON (FN 32), N 681; HONSELL (FN 33), 97 f.; AKIKOL (FN 32), N 276 ff.

⁸⁸ Vgl. AKIKOL (FN 32), N 270; EMESE KAUFMANN-MOHL, La responsabilité du vendeur pour le défaut de conformité des biens mobiliers

Beispiel, kann der Verkäufer sich nicht von seiner eigenen Werbung distanzieren, auch wenn diese im konkreten Moment des Vertragsabschlusses nicht wiederholt wurde. Die Käuferin hat das Recht, davon auszugehen, dass das Gemüse aus ökologischem Anbau stammt. Ob das nun stillschweigend Vertragsinhalt oder «nur» zugesichert wurde, kann dahinstehen.⁸⁹

Sobald die öffentliche Äusserung nicht vom Verkäufer selbst, sondern von einem anderen in der Absatzkette herrührt, erscheinen beide Meinungen nicht mehr ausreichend. Eine Äusserung des Herstellers (oder eines anderen Dritten) kann nicht ohne weiteres als konkludente vertragliche Vereinbarung oder Zusicherung des Verkäufers qualifiziert werden. In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung wird teilweise vertreten, dass der Verkäufer nur dann für Aussagen des Herstellers haftet, wenn er sich diese «zu eigen gemacht hat».⁹⁰ Dies sei der Fall, wenn der Verkäufer beim Verkauf explizit auf die Werbung des Dritten verweist.⁹¹ In einem vom Bundesgericht entschiedenen Fall wurde z.B. der Katalog des Herstellers vom Verkaufspersonal als Verkaufsargument benutzt, so dass von einer Zusicherung ausgegangen wurde.⁹² Daraus würde aber folgen, dass die Haftung in allen Fällen ausgeschlossen ist, in denen der Verkäufer keinen direkten Bezug zu den öffentlichen Äusserungen des Herstellers herstellt. Dies, obwohl es meist nur eine wirtschaftliche Entscheidung ist, wer in der Absatzkette die öffentlichen Äusserungen macht. Etwas weiter fällt der Haftungsrahmen aus, wenn die Haftung des Verkäufers angenommen wird, sobald der Verkäufer und der Hersteller bezüglich der Verkaufsförderung durch Werbung als «Interessengemeinschaft» auftreten.⁹³ Doch auch hier stösst man auf Grenzen, falls der Verkäufer nicht als Vertragshändler des Herstellers agiert.

Eine alternative Lösung kann aus dem deutschen Recht hergeleitet werden, welches wiederum vom EU-Recht ge-

prägt ist. Wie oben schon dargelegt, werden öffentliche Aussagen entweder unter die subjektiven oder unter die objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit der Ware eingeordnet. Diese Überlegung kann aufs OR übertragen werden: Falls die Äusserungen von Beteiligten der Vertragskette nicht schon vom vertraglichen Konsens abgedeckt sind, können diese bei der Bestimmung des Erwartungshorizonts eines Durchschnittskäufers ausschlaggebend sein, auch wenn dies nicht explizit im Gesetz steht.⁹⁴ Sofern die Erwartungen der Käuferin durch diese öffentlichen Äusserungen mitgeprägt werden und sie vernünftigerweise mit den dort angepriesenen Eigenschaften rechnen kann, muss der Verkäufer gegebenenfalls für diese einstehen.⁹⁵ Die Äusserungen des Herstellers (bzw. von Dritten in der Absatzkette) bezüglich ethischer Herstellungsstandards bestimmen also die vorausgesetzten Eigenschaften nach Art. 197 Abs. 1 OR.

Im Schweizer Recht sollte dem Verkäufer ebenfalls die Möglichkeit gegeben werden, sich dieser Haftung zu entwinden. Wenn er beweisen kann, dass er (i) die Äusserungen des Herstellers nicht kannte und auch nicht kennen konnte oder dass (ii) die Äusserung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war bzw. (iii) die Herstelleräusserung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, wird keine Sachmangelgewährleistung zum Tragen kommen. Wie oben schon dargelegt, ist in den letzten beiden Varianten die Kausalität zwischen der öffentlichen Äusserung und dem Kaufvertrag nicht gegeben. Die erste Ausnahme hingegen dient dazu, die Haftung des Verkäufers für Aussagen der vorhergehenden Mitglieder der Absatzkette einzudämmen.

aux informations publicitaires, Zürich 2007, N 476; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 33), N 330.

⁸⁹ Vgl. dazu, dass Zusicherungen auch konkludent erklärt werden können, BK-GIGER (FN 37), Art. 197 OR N 26 f.; VISCHER (FN 87), N 1 f.; HONSELL (FN 33), 98.

⁹⁰ KAUFMANN-MOHI (FN 88), N 478 m.w.H. Vgl. auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 33), N 330.

⁹¹ KAUFMANN-MOHI (FN 88), N 478.

⁹² BGer, A_444/2014, 19.1.2015. Siehe auch die Entscheidungsberechtigungen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2015 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, Jusletter vom 17.10.2016, N 49 ff.; FRANZ WERRO, Weitere Verträge und Haftpflichtrecht / Autres contrats et responsabilité civile, Revue du droit de la construction et des marchés publics 2015, 352 ff., 352 f.

⁹³ So z.B. RUSCH (FN 11), N 10.

⁹⁴ Vgl. zur Rolle der Rechtsvergleichung für die Lückenfüllung *modo legislatoris*, ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6 A., Bern 2019, 297 ff.

⁹⁵ So auch explizit WALTER FELLMANN, Haftung für Werbung – ein erster Schritt zu einer allgemeinen Vertrauenshaftung?, mediaLEX 1995, 94 ff., 99. Vgl. auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 33), N 330. Im Januar 2001 wurde im Rahmen eines Entwurfes über ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgeschlagen, Art. 197 OR um genau einen solchen dritten Absatz zu erweitern. Dieser hätte vorgesehen, dass der gewerbliche Verkäufer auch für die Eigenschaften der Sache, die der Hersteller oder sein Vertreter in öffentlichen Äusserungen, namentlich in der Werbung oder bei der Etikettierung, zugesichert hat, einsteht (Art. 197 Abs. 3 E-OR in der Vernehmlassungsvorlage vom Januar 2001). Dies wurde als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben gesehen, vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, Januar 2001, Ziff. 210.15. Vgl. zum Entwurf HEINRICH HONSELL/THOMAS PIETRUSZAK, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 ff., 787 f.; FLORIAN JÖRG/OLIVER ARTER, Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, 165 ff., 183 f. Der Gesetzesvorschlag wurde verworfen.

Der Verkäufer wird oft nur schwer beweisen können, dass er produktbezogene und für den Marktwert der Sache ausschlaggebende Werbung des Herstellers nicht kannte bzw. nicht kennen konnte. Gerade bezüglich des Inhalts der CSR-Berichterstattung sind aber mehrere Argumentationslinien denkbar. In diesen Texten werden in der Regel keine Aussagen zu konkreten Sacheigenschaften gemacht. Sollte dies aber ausnahmsweise doch der Fall sein, dann werden diese Aussagen auch für die Bestimmung vorausgesetzter Eigenschaften ausschlaggebend sein.⁹⁶ Fraglich ist, wieweit der Letztverkäufer von diesen jährlichen Berichten Bescheid wissen kann.⁹⁷ Das Gleiche gilt auch für Konsumentinnen – ihr Kaufentscheid wird regelmässig nicht von CSR-Berichten beeinflusst sein. Doch wenn sich zwei kommerzielle Parteien gegenüberstehen, die gerade im Absatz von nachhaltigen Produkten spezialisiert sind, kann sehr wohl davon ausgegangen werden, dass die Käuferin CSR-Informationen bei ihrer Entscheidungsbildung in Erwägung zieht und der Verkäufer um diese Erklärungen der Hersteller wissen musste.

Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer bei Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften nur, wenn der Mangel den Wert der Sache oder ihre Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder erheblich mindert. Gemäss GIGER ist der Mangel grundsätzlich erheblich, «wenn nach Vertragsinhalt oder Verkehrsauffassung sein Nichtvorhandensein den Entschluss zum Kauf oder die Höhe des Preises beeinflusst hat».⁹⁸ Im Falle von B2B- sowie B2C-Verträgen kann problemlos davon ausgegangen werden, dass die ethischen Produktionsstandards bzw. -prozesse sich auf den Preis niederschlagen.⁹⁹ Wie oben dargelegt wurde, ist gerade einer der ausschlaggebenden Punkte für die Qualifikation als Mangel, dass die Aussagen bezüglich dieser Produktionsprozesse wertbildend sein müssen.¹⁰⁰ Wenn die Käuferin mehr bezahlt, z.B. um ihren ökologischen Fussabdruck zu reduzieren, dann kann sicherlich auch davon ausgegangen werden, dass sie den Kaufvertrag ohne die ethische Eigenschaft so nicht abgeschlossen hätte.

⁹⁶ Vgl. oben FN 11.

⁹⁷ Vgl. GRUNEWALD (FN 25), 1780.

⁹⁸ BK-GIGER (FN 37), Art. 197 OR N 68. So auch: TERCIER/BIERI/CARON (FN 32), N 691; KOLLER (FN 33), § 4 N 142; RÜEGG (FN 11), 193 f. In BGer, 4A_619/2013, 20.5.2014, E. 4.1, wurde die Frage offengelassen.

⁹⁹ Im Endverkauf kostet beispielsweise ein Kilo Max-Havelaar-Bananen bei Coop CHF 2.40, während Prix-Garantie-Bananen für CHF 1.40 verkauft werden, Internet: <https://www.coop.ch/de/search/?text=bananen> (Abruf 23.9.2022). Es kann angenommen werden, dass sich die Preise auch im internationalen Einkaufsmarkt unterscheiden.

¹⁰⁰ Vgl. oben Text nach FN 44.

V. Rechtsbehelfe bei Verletzung von ethischen Produktionsprozessen

Die Annahme, dass das Fehlen ethischer Eigenschaften der Sache einen Sachmangel darstellt, hat natürlich nur Bedeutung, wenn der Käuferin auch passende Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Fraglich ist vor allem, ob bei solchen Vertragswidrigkeiten überhaupt ein Nacherfüllungsanspruch gegeben ist. Auch die Berechnung des Schadens erscheint problematisch.

A. CISG

Ist die Ware nicht vertragskonform, hat der Käufer nach Art. 45 Abs. 1 CISG die Möglichkeit, Ersatzlieferung (Art. 46 Abs. 2 CISG) bzw. Nachbesserung (Art. 46 Abs. 3 CISG) zu verlangen oder die Minderung (Art. 50 CISG) bzw. die Aufhebung des Vertrages (Art. 49 CISG) zu erklären. Zudem kann er auf Schadenersatz klagen (Art. 74 ff. CISG).

Die Nachbesserung eines unethisch hergestellten Produkts scheint regelmässig schwierig zu sein.¹⁰¹ Die unethische Produktionsmethode, die der Ware anhaftet, kann nicht «repariert» werden. Gerade bei langjährigen Beziehungen zwischen B2B-Vertragsparteien könnte vertraglich eine von der Ware unabhängige Nachbesserung vereinbart werden.¹⁰² Ein Anspruch auf Ersatzlieferung dürfte nur Sinn ergeben, falls die Produktionsverhältnisse des Herstellers inzwischen den vertraglich vorausgesetzten ethischen Kriterien entsprechen und die Vertrauensbasis weiterhin besteht.¹⁰³

Bei der Minderung stellt sich insbesondere die Frage, wie der Minderwert berechnet werden kann. Falls es auch

¹⁰¹ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 334; SCHWENZER (FN 19), 127 f.; CHRISTINA RAMBERG, Emotional Non-Conformity in the International Sale of Goods, Particularly in Relation to CSR-Policies and Codes of Conduct, in: Ingeborg Schwenzler/Lisa Spagnolo (Hrsg.), State of Play: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference, Den Haag 2013, 71 ff., 87 f.; so wohl auch PAULO NALIN, International Fair Trade (Fair Trade in International Contracts and Ethical Standard), in: Ingeborg Schwenzler (Hrsg.), 35 years CISG and beyond, Den Haag 2016, 317 ff., 335.

¹⁰² Bspw. die unterbezahlten Landwirte nachträglich besser entschädigen, den abgeholzten Wald aufforsten etc. Allgemein zur Problematik von Leistungs-Rechtsbehelfen bei ethischen Mängeln: ANNA BECKERS, Enforcing Corporate Social Responsibility Codes, Oxford 2015, 122.

¹⁰³ Die Ersatzlieferung setzt aber gemäss Art. 46 Abs. 2 CISG eine wesentliche Vertragsverletzung voraus. Vgl. Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-HUBER (FN 15), Art. 46 CISG N 32 ff.; BeckOGK-HARTMANN (FN 22), Art. 46 CISG N 36 ff.; Schlechtriem/Schwenzler/Schroeter-MÜLLER-CHEN (FN 14), Art. 46 CISG N 23 ff. Dazu sogleich unten betreffend Vertragsaufhebung.

einen Markt für die vertragswidrige Ware gibt (z.B. Bananen ohne Fairtrade-Label),¹⁰⁴ könnte eine Reduktion nach der von Art. 50 CISG vorgegebenen Formel durchgeführt werden.¹⁰⁵ Dabei wird der Wert der tatsächlich gelieferten unethisch produzierten Ware im Zeitpunkt der Lieferung in Relation zu dem Wert gestellt, den vertragsgemäss ethisch produzierte Ware zum gleichen Zeitpunkt gehabt hätte. Wenn kein Markt für das unethisch produzierte Produkt besteht, dürfte bei Ware, die für den Weiterverkauf bestimmt ist, ein Rücktritt meist die bessere Variante für die Käuferin sein.

Die Aufhebung des Kaufvertrags setzt eine wesentliche Vertragsverletzung voraus (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG).¹⁰⁶ Diese Schwelle ist erreicht, wann immer der Käuferin durch die Verletzung im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen (Art. 25 CISG). Ob eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, ist in erster Linie nach den vertraglichen Bestimmungen zu beurteilen.¹⁰⁷ Sind ethische Standards explizit vereinbart worden, so kann daraus meist geschlossen werden, dass deren Einhaltung für die Käuferin essentiell ist.¹⁰⁸ Auch in Fällen, in denen diese ethischen Standards konkludent vereinbart bzw. gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. a CISG als objektive Beschaffenheit vorausgesetzt werden, kann eine solche Wesentlichkeit der Fall sein. Kann die Käuferin die unethisch produzierte Ware offensichtlich nicht gebrauchen, wird eine wesentliche Vertragsverletzung angenommen.¹⁰⁹ Dies kann bspw. der Fall sein, weil der Ware eine notwendige Zertifizierung fehlt oder weil es der Käuferin nicht zugemutet werden kann, diese weiterzuverkaufen.¹¹⁰

Der Käufer kann, sowohl kombiniert mit anderen Rechtsbehelfen, als auch separat, auf Schadenersatz klagen. Voraussetzung dafür ist, dass der Verkäufer diesen Schaden bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände hätte voraussehen müssen (Art. 74 CISG).¹¹¹ Kann die Käuferin die Ware aufgrund der unethischen Produktionsweise nicht (oder nur zu einem tieferen Wert) weiterverkaufen, ist an entgangenen Gewinn zu denken.¹¹² Hat die Käuferin die Ware bereits weiterverkauft, bevor die unethische Produktionsweise entdeckt wurde, so ist neben eventuellen Schadenersatzansprüchen ihrer Abnehmerinnen, Prozesskosten etc. auch der allfällige Reputationsschaden auszugleichen.¹¹³ Dieser Schaden ist schwer zu beziffern und zu substantiieren. Eine mögliche Berechnungsgrundlage wären die Marketingausgaben, die der Käufer tätigen muss, um das Vertrauen seiner Käufer wiederherzustellen.¹¹⁴ Dabei muss auch das Geschäftsmodell der Käuferin in Betracht gezogen werden; ein Unternehmen, welches auf ethisch produzierte Ware spezialisiert ist, wird durch einen Skandal schwerer beeinträchtigt als ein Unternehmen, für welches Ethik im Geschäftsmodell nur beiläufig eine Rolle spielt.¹¹⁵ In der Lehre wird auch die Gewinnabschöpfung als Alternative vorgeschlagen. Somit könnte die Käuferin zumindest die Einsparung, die der Hersteller durch die unethische Produktionsmethode, z.B. durch Einsetzung von Kinderarbeit, erzielt hat, verlangen.¹¹⁶ Diese Möglichkeit ist von besonderer Bedeutung, wenn kein Markt für das unethisch produzierte Produkt besteht oder nicht von der Käuferin erwartet werden kann, auf diesem Markt tätig zu sein. Zur Vermeidung der schwierigen Beweisführung zur Höhe des Schadens ist den Parteien die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zu empfehlen.¹¹⁷

¹⁰⁴ Siehe dazu das Beispiel in FN 99.

¹⁰⁵ RAMBERG (FN 101), 90; NALIN (FN 101), 338.

¹⁰⁶ BeckOGK-HARTMANN (FN 22), Art. 49 CISG N 12 ff.; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-BACH (FN 15), Art. 49 CISG N 11; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter-MÜLLER-CHEN (FN 14), Art. 49 CISG N 2 ff.

¹⁰⁷ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-BJÖRKLUND (FN 15), Art. 25 CISG N 17.

¹⁰⁸ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 334; SCHWENZER (FN 19), 128; RAMBERG (FN 101), 88.

¹⁰⁹ Wie weit der Verkäufer mit seinem Recht zur zweiten Andienung gemäss Art. 48 CISG eine Vertragsaufhebung verhindern kann, muss nach den Umständen beurteilt werden. Vorausgesetzt für das Recht auf Mangelbehebung ist nämlich unter anderem, dass dies der Käuferin keine unzumutbaren Unannehmlichkeiten bereitet (Art. 49 Abs. 1 CISG). Die Käuferin hätte also die Möglichkeit, der Ersatzlieferung zu widersprechen, gerade wenn weiterhin Zweifel bezüglich der angebotenen Ware bzw. der Produktionsprozesse bestehen würden.

¹¹⁰ Beispielsweise weil ein Weiterverkauf Reputationsschäden verursachen könnte. SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 334 f.; SCHWENZER/LEISINGER (FN 18), 269. Vgl. auch BeckOGK-SCHMIDT-AHRENDTS (FN 22), Art. 25 CISG N 17.1; MüKoBGB-GRUBER (FN 26), Art. 25 CISG N 23; LG Landshut 5.4.1995, CISGonline 193.

¹¹¹ Vgl. allgemein Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-DJORDJEVIĆ (FN 15), Art. 74 CISG N 26 ff.; Brunner/Gottlieb-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI (FN 15), Art. 74 N 10. Zur Voraussehbarkeit bei Verletzung von ethischen Standards SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 336; kritisch hingegen RAMBERG (FN 101), 88.

¹¹² SCHWENZER (FN 19), 129; NALIN (FN 101), 337 f.

¹¹³ Vgl. zu diesem Schadensposten MüKoBGB-HUBER (FN 26), Art. 74 CISG N 39; Staudinger-MAGNUS, Art. 74 CISG N 50 f.; Brunner/Gottlieb-BRUNNER/SCHMIDT-AHRENDTS/CZARNECKI (FN 15), Art. 74 N 21; BGer, 28.10.1998, CISG-online 413, E. 5b. Kritisch bzw. einschränkend NALIN (FN 101), 337 f.

¹¹⁴ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 336; SCHWENZER (FN 19), 129.

¹¹⁵ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 336. Vgl. auch PETER MANKOWSKI, in: Barbara Grunewald (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 5, 5. A., München 2021, Art. 74 CISG N 56.

¹¹⁶ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 336; SCHWENZER (FN 19), 129.

¹¹⁷ SCHLECHTRIEM (FN 48), 100 f.; SCHWENZER (FN 19), 127 f.; NALIN (FN 101), 337. Vgl. auch FABRIZIO CAFAGGI, Regulation through

Fraglich ist, ob sich der Verkäufer gemäss Art. 79 CISG davon entlasten kann, Schadenersatz zu zahlen. Das CISG sieht eine Garantiehafung der Parteien vor. Sie haften beide verschuldensunabhängig für Hinderungsgründe, die in ihren Risikosphären liegen.¹¹⁸ Bezogen auf den Verkäufer bedeutet dies, dass er das Beschaffenheitsrisiko trägt und somit für jeden Vertragsverstoss, der in seiner Lieferkette auftritt, haftet.¹¹⁹ Dieses Werturteil ist unabhängig davon, ob der Verkäufer nur ein Zwischenhändler ist.¹²⁰ Um einer solch weiten Garantiehafung zu entgehen, empfehlen SCHWENZER und MUÑOZ dem Verkäufer – berechtigterweise –, seine Haftung vertraglich durch eine «best effort»-Klausel zu begrenzen.¹²¹ Diesfalls wäre er nur verpflichtet, die Anstrengungen zu unternehmen, welche von einer vernünftigen Person gleicher Art unter gleichen Umständen unternommen worden wären (vgl. z.B. Art. 5.1.4 Abs. 2 Unidroit PICC).

B. BGB

Gemäss § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer auswählen, ob er Nachbesserung der Ware oder Nachlieferung einer vertragskonformen Ware verlangen will.¹²² Nach der Lehre ist die Nachbesserung eines Produkts, welches in unethischem Verfahren hergestellt wurde, meist unmöglich (i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB).¹²³ Eine Nachlieferung vertragskonformer Waren scheint hingegen möglich, sofern der Hersteller die ethische Problematik, die zum Mangel geführt hat, behoben hat.¹²⁴ Subsidiär¹²⁵ kann der Käufer

vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern (§ 437 Ziff. 2 BGB i.V.m. §§ 440 bzw. 441 BGB). Im Falle eines ethischen Mangels ist die Minderung nach der deutschen Lehre ohne weiteres möglich.¹²⁶ Der Verstoss gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung indiziert auch eine erhebliche Pflichtverletzung, welche das Recht auf Rücktritt eröffnet.¹²⁷

Betreffend Schadenersatz verweist § 437 Ziff. 3 BGB auf § 280 BGB. Der Verkäufer hat Schaden nur zu ersetzen, wenn er diesen zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 zweiter Satz BGB). Gerade in Vertragsketten wird im Regelfall schwierig zu beweisen sein, dass der Endverkäufer über die unethischen Produktionsmethoden des Herstellers Bescheid wusste.¹²⁸ Anders gelagert wäre der Fall, laut der Lehre, nur, wenn der Verkäufer zumindest konkludent erklärt, dass er die ethische Eigenschaft auch ohne eigenes Vertretenmüssen garantieren wolle.¹²⁹

C. OR

Bezüglich der Rechtsbehelfe gemäss OR kann man weitgehend auf die vorangehenden rechtsvergleichenden Ausführungen aufbauen. Nach Art. 206 Abs. 1 OR hat die Käuferin einen Anspruch auf Nachlieferung einer vertragskonformen Sache, wenn der Kaufvertrag eine Gattungsschuld betrifft. Ein Recht auf Nachbesserung ist im Gesetz nicht verankert, wird in der Lehre aber teils gefordert.¹³⁰ Diese Diskussion muss hier jedoch nicht angeschnitten werden, da eine Nachbesserung ethischer Mängel – wie oben schon dargestellt – regelmässig gar

contracts: Supply-chain contracting and sustainability standards, European Review of Contract Law 2016, 218 ff., 246 ff.

¹¹⁸ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-ATAMER (FN 15), Art. 79 CISG N 1 ff.; BeckOGK-BACH (FN 22), Art. 79 CISG N 1.

¹¹⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-ATAMER (FN 15), Art. 79 CISG N 75 ff.; BeckOGK-BACH (FN 22), Art. 79 CISG N 6.4.

¹²⁰ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 331; Schlechtriem/Schwenzler/Schroeter-Schwenzler (FN 14), Art. 79 CISG N 29; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas-ATAMER (FN 15), Art. 79 CISG N 76.

¹²¹ SCHWENZER/MUÑOZ (FN 47), 331 f.

¹²² BeckOK BGB-FAUST (FN 11), § 439 BGB N 16.

¹²³ GRUNEWALD (FN 25), 1780; HÜBNER (FN 27), 357; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 59; ASMUSSEN (FN 83), 120. Vgl. auch CAROLA GLINSKI, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, Baden-Baden 2011, 191.

¹²⁴ HÜBNER (FN 27), 357; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 59 f.; GRUNEWALD (FN 25), N 19; GLINSKI (FN 123), 191. Kritisch hingegen ASMUSSEN (FN 83), 120 («Dem Interesse, Waren von einem Unternehmen zu beziehen, das eine nachhaltige Unternehmenspolitik verfolgt, wird nicht dadurch genüge getan, dass das Unternehmen neue, nachhaltige Produkte liefert»).

¹²⁵ Das deutsche Kaufrecht sieht im Einklang mit dem EU-Gesetzgeber vor, dass die Nacherfüllung (Nachbesserung und Ersatzlieferung) der primäre Rechtsbehelf ist. Ausnahmetatbestände können jedoch einen sofortigen Rücktritt bzw. eine Minderung rechtferti-

gen. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn ein Vorrang der Nacherfüllung aus Sicht der Käuferin unter den gegebenen Umständen unzumutbar ist (i.S.v. § 440 erster Satz, dritte Hypothese BGB und § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB), bspw. weil ihr Vertrauensverhältnis zum Hersteller zerrüttet wurde. Vgl. HÜBNER (FN 27), 357; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 59 f. Laut GLINSKI (FN 123), 191, kann ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis insbesondere bei systematischer Vertragsverletzung angenommen werden.

¹²⁶ HÜBNER (FN 27), 357; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 60; kritisch GLINSKI (FN 123), 192, mit Beispiel in Fn 802, die bezweifelt, dass die Minderung den Interessen des Käufers entspricht. Sollte aber Minderung verlangt werden, müsste um den Betrag gemindert werden, den ein «unethisches» Produkt weniger gekostet hätte.

¹²⁷ HÜBNER (FN 27), 357 f.; LÜTTRINGHAUS (FN 25), 60; GLINSKI (FN 123), 192.

¹²⁸ LÜTTRINGHAUS (FN 25), 61.

¹²⁹ LÜTTRINGHAUS (FN 25), 61.

¹³⁰ Vgl. dazu YEŞİM M. ATAMER/MIRJAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731 ff., 766 ff. Für eine rechtsvergleichende Übersicht siehe YEŞİM M. ATAMER, Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, ZSR 2022, 285 ff., 302 ff.

nicht möglich sein wird. Eine Nachlieferung ergibt wiederum nur Sinn, wenn der ethische Produktionsmangel vom Hersteller inzwischen so behoben wurde, dass dieser nun eine vertragskonforme Kaufsache liefern kann, und dies auch von der Käuferin erwünscht ist. Im Prinzip steht dieses Wahlrecht sowohl der B2B- als auch der B2C-Käuferin zu.¹³¹

Nach Art. 205 Abs. 1 zweite Hypothese OR kann die Käuferin alternativ den Minderwert der Sache, die nicht den ethischen Eigenschaften entspricht, einfordern.¹³² Dieser wird nach herrschender Lehre gemäss der relativen Methode berechnet.¹³³ Der Kaufpreis wird im Verhältnis Ist-Wert zu Soll-Wert herabgesetzt.

Art. 205 Abs. 1 OR gibt der Käuferin grundsätzlich das Recht, zwischen Minderung und Wandlung frei zu wählen. In Abs. 2 wird dies dadurch relativiert, dass dem richterlichen Ermessen überlassen ist, nur eine Minderung zuzusprechen, sofern die Umstände dies rechtfertigen.¹³⁴ In der Rechtsprechung und der Literatur wird dieses Erfordernis so interpretiert, dass die Wandlung dem Verkäufer keine Nachteile verursachen darf, die in einem disproportionalen Verhältnis zum Nutzen der Käuferin stehen.¹³⁵ Die Umstände rechtfertigen die Wandlung ins-

besondere, wenn die Eigenschaften der Kaufsache wesentlich vom Vertrag abweichen.¹³⁶ Falls die Parteien die ethische Produktionsweise vertraglich explizit vereinbart haben (wie in B2B-Verträgen und wohl ausnahmsweise in B2C-Verträgen), kann eine solche Wesentlichkeit angenommen werden. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob die Sache weiterhin nutzbar ist. In diesem Falle hat die Käuferin nämlich ausgedrückt, dass die ethische Produktionsweise für sie eine essenzielle Eigenschaft der Sache ist. Konkludent vereinbarte sowie vorausgesetzte Eigenschaften können auch zur Wandlung berechtigen. Falls die Sache, wie oft in B2B-Verträgen, durch die fehlende Eigenschaft für die Käuferin unbrauchbar wird (z.B. nicht zertifizierter Weizen für eine auf Bio-Brot spezialisierte Bäckerei) oder eine Weiterveräusserung nicht möglich ist, dann kann eine Wandlung problemlos ausgesprochen werden.¹³⁷ Fraglich ist, wie man B2C-Verträge handhaben sollte. Schafft sich eine Konsumentin ein elektrisches Gerät an, welches laut Werbung unter alleiniger Einsetzung von Recyclingmaterial produziert wurde (oder die Jeans mit minimalem Wasserverbrauch), dann sollte es ihr auch möglich sein, aus diesem Vertrag «herauszukommen», falls sich diese Aussage nicht bewahrheitet. Eine Disproportionalität kann man hier u.E. nicht erkennen, selbst wenn auch eine Minderung möglich wäre. Dies sollte umso mehr anerkannt werden, als bei B2C-Verträgen der Minderungsbeitrag i.d.R. nicht sehr hoch sein wird. Andernfalls wären die Anreize des Verkäufers zur Achtung seiner Äusserungen minimal.

Der Schadenersatzanspruch der Käuferin im Falle einer Sachgewährleistung ist im schweizerischen OR lückenhaft und uneinheitlich geregelt. Unklar ist die analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR im Falle von Nachlieferung oder Minderung sowie die Abgrenzung von «unmittelbaren Schäden» zu weiteren Schäden.¹³⁸ Ohne diese Diskussionen zu vertiefen, sollen hier nur die eventuellen Schadensposten angesprochen werden. Für

¹³¹ Anders als im BGB kennt das OR keinen Vorrang der Nacherfüllung (vgl. FN 125). Ein Recht auf zweite Andienung, wie es in Art. 48 CISG vorgesehen ist, hat der Verkäufer in Art. 206 Abs. 2 OR begrenzt, da es gesetzlich eigentlich nur für den Platzkauf vorgesehen ist. In der Lehre wird dieses Recht aber auch bei einem Distanzkauf anerkannt (vgl. CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 206 OR N 5, in: Marc Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 [zit. CHK-Verfasser]). Sollte der Verkäufer von seinem Recht Gebrauch machen wollen, müsste der Käuferin das Recht zuerkannt werden, die Ersatzlieferung aufgrund des zerrütteten Vertrauens abzulehnen, obwohl dies in Art. 206 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 48 CISG nicht explizit vorgesehen ist.

¹³² Allgemein zur Minderung CR OR I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN (FN 33), Art. 205 N 15 ff.; BSK OR I-HONSELL (FN 33), Art. 205 N 7.

¹³³ Vgl. BSK OR I-HONSELL (FN 33), Art. 205 N 8; CHK-MÜLLER-CHEN (FN 131), Art. 205 OR N 12.

¹³⁴ Wie weit die Ausnahmen aus Art. 207 Abs. 3 OR zur Anwendung kommen, muss nach den Umständen entschieden werden. In B2B-Verträgen kann es zwar sein, dass die Käuferin die Ware schon weiterverkauft hat. Sie wird ihr Recht auf Wandlung jedoch meist nur nutzen, wenn ihre Abnehmerinnen in der Absatzkette ihrerseits das Recht auf Wandlung genutzt haben. Diesfalls entfällt die Ausnahme (BSK OR I-HONSELL [FN 33], Art. 207 N 2). Sollte die Sache umgestaltet worden sein, kann nur noch gemindert werden (CHK-MÜLLER-CHEN [FN 131], Art. 208 OR N 8). Bei Verbrauch der Sache im Rahmen ihrer normalen Verwendung (bspw. Essen der Bananen) geht das Wandlungsrecht aber nicht unter (HUGUENIN [FN 11], N 2658; CHK-MÜLLER-CHEN [FN 131], Art. 208 OR N 5).

¹³⁵ MÜLLER (FN 33), N 357; HUGUENIN (FN 11), N 2657; HONSELL (FN 33), 122 f.; KELLER/SIEHR (FN 86), 87; CAVIN (FN 32), 98; BGE 94 II 35 E. 4b; 124 III 456 E. 4d.

¹³⁶ Vgl. CR OR I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN (FN 33), Art. 205 N 12; MÜLLER (FN 33), N 356; KELLER/SIEHR (FN 86), 87 f.; MELCHIOR GLATTHARD, Das Rücktrittsrecht, Bern 2020, 145 ff.; BGE 94 II 35 E. 4b; 124 III 456 E. 4d. Siehe auch RUSCH (FN 11), N 22.

¹³⁷ Vgl. das Beispiel bei CAVIN (FN 32), 98, wo sich der Autor gegen den Vertragsrücktritt ausspricht, wenn ein Bäcker eine Mehlsorte, die sich nicht für gewisse Backwaren eignet, dafür für andere Waren, die er ebenfalls herstellt, gebrauchen kann. Selbst in diesem Fall ist u.E. der Vertragsrücktritt gerechtfertigt, wenn das ethische Merkmal explizit vereinbart wurde oder die Natur des ethischen Verstosses das Behalten bzw. Weiternutzen der Ware unzumutbar erscheinen lässt.

¹³⁸ Zum Ganzen: ATAMER/EGGEN (FN 130), 768 ff., und RICARDA STOPPELHAAR, Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandelung, recht 2019, 180 ff., jeweils m.w.H.

alle Schadensposten, die das Verschulden des Verkäufers voraussetzen, wird der Schadenersatzanspruch oft ins Leere gehen, da der Verkäufer/Händler nicht für die Produktionsprozesse in der Absatzkette eintreten muss.¹³⁹ Nur wenn sich die Käuferin direkt beim Hersteller eindeckt bzw. der Verkäufer um die Abweichung in den Produktionsmethoden von den öffentlichen Äusserungen wusste bzw. wissen musste, wird ein Schadenersatzanspruch in Frage kommen.

In B2B-Verträgen können wegen Lieferung von nicht vertragskonformer Ware diverse Schäden der Käuferin entstehen. Diese wurden oben im Rahmen des CISG besprochen. Der Minderwert der Sache, entgangener Gewinn, Ansprüche von Abnehmern in der Absatzkette wären z.B. ersetzbar. Auch Reputationsschäden kämen in Frage. Zur Bezifferung dieses Schadens könnten, analog zur Lehre zum CISG, die Kosten der Beseitigung des Reputationsschadens herangezogen werden.¹⁴⁰ Bei B2C-Verträgen wird hingegen ein Schaden nur im Sinne des Minderwerts der Sache gegeben sein. Enttäuschte Käufererwartungen werden regelmässig schwerlich als Vermögensschaden i.S. der Differenztheorie bezifferbar sein.¹⁴¹ Es stellt sich alternativ die Frage, inwiefern sich Genugtuungsansprüche begründen liessen. Laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴² und der Lehre¹⁴³ können Genugtuungsansprüche auch bei Vertragsverletzungen geltend gemacht werden, sofern eine

Persönlichkeitsverletzung vorliegt (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 47 und Art. 49 OR). Vor dem Hintergrund der zurückhaltenden Rechtsprechung, ist dies aber wohl in den hier diskutierten Konstellationen kaum vorstellbar. Die praktische Relevanz der Konsumentenansprüche wird, zumindest in der Absenz von griffigen Mitteln des kollektiven Rechtsschutzes,¹⁴⁴ gering sein.

VI. Ausblick

Die UN-Agenda 2030 für eine nachhaltige Entwicklung setzt Ziele wie die Bekämpfung des Klimawandels, der Armut und des Hungers, die Verringerung von Ungleichheiten, die nachhaltige Bewirtschaftung von Wasser und eine nachhaltige Landwirtschaft. Auch die Schweiz hat sich verpflichtet, mit der Staatengemeinschaft an der «gemeinsamen Lösung der grossen Herausforderungen der Welt zu arbeiten».¹⁴⁵ Unterstrichen wird bei diesem Auftrag, «dass auch Anreize geschaffen werden [sollen], damit nichtstaatliche Akteure vermehrt einen aktiven Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung leisten».¹⁴⁶ Ob bzw. wie das Privatrecht für die Schaffung solcher Anreize und die Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen eingesetzt werden kann, ist eine der aktuellen Fragen der Privatrechtswissenschaft.¹⁴⁷

Ohne auf diese fundamentale Frage einzugehen, versucht dieser Aufsatz aufzuzeigen, dass auch das Kaufrecht

¹³⁹ Vgl. dazu, wie weit dies eine angebrachte Lösung ist, YEŞİM M. ATAMER, Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011, 449 ff.

¹⁴⁰ Dabei könnten z.B. die Marketingkosten geltend gemacht werden, die der Käufer zu diesem Zweck über sein «übliches» Marketing hinaus tätigt. Dies so lange, bis die Absätze vor der Aufdeckung der unethischen Produktionsweise (unter Berücksichtigung des Umsatzwachstums der Monate/Jahre vor dem Reputationsschaden und der Marktconjunktur) wieder erreicht werden können. In der Praxis dürften die Bezifferung des Schadens (Bestimmtheiterfordernis der Leistungsklage i.S.v. Art. 84 ZPO) und die zivilprozessuale Substantiierungspflicht (aus dem Verhandlungsgrundsatz i.S.v. Art. 55 ZPO) hier aber klare Grenzen setzen. Vor diesem Gesichtspunkt wird auf die Geltendmachung des Reputationsschadens wohl regelmässig verzichtet, dazu generell illustrativ HGER ZH, HG150112-O, 8.2.2016, 107.

¹⁴¹ BECKERS (FN 102), 122 f.

¹⁴² BGE 116 II 519 E. 2.c; 123 III 204 E. 2b; 54 II 481 E. 1; BGER, 4C.32/2003, 19.5.2003, E. 2.2.

¹⁴³ BSK OR I-WIDMER-LÜCHINGER/WIEGAND (FN 33), Art. 99 N 21; BSK OR I-KESSLER (FN 33), Art. 49 N 4; HUGUENIN (FN 11), N 878; HANS-ULRICH BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, N 499; a.M. ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, S. A., Bern 2021, Art. 49 OR N 75.

¹⁴⁴ Siehe dazu das aktuelle Projekt zur Änderung der ZPO: Botschaft vom 10. Dezember 2021 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), BBl 2021 3048 ff.; MATTHIS PETER/URS HOFFMANN-NOWOTNY, Der ZPO-Revisionsentwurf zum kollektiven Rechtsschutz, AJP 2022, 573 ff.; SHERIN KNEIFL, Kollektiver Rechtsschutz, SJZ 2022, 886. Zu den Vorteilen solcher Instrumente vgl. ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 569 ff.; ARNOLD F. RUSCH/ANGELO SCHWIZER, Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen, AJP 2016, 1299 ff., 1309; TANJA DOMEJ, BGER 4A_43/2020: Keine Prozessfähigkeit der Stiftung für Konsumentenschutz zur gebündelten Einklagung abgetretener Schadenersatzansprüche, AJP 2021, 256 ff.

¹⁴⁵ Internet: <https://www.eda.admin.ch/agenda2030/de/home/agenda-2030.html> (Abruf 23.9.2022).

¹⁴⁶ Internet: <https://www.eda.admin.ch/agenda2030/de/home/agenda-2030/die-17-ziele-fuer-eine-nachhaltige-entwicklung.html> (Abruf 23.9.2022).

¹⁴⁷ Vgl. z.B. ALEXANDER HELLGARDT, Regulierung und Privatrecht, Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016, passim; HEIKE SCHWEITZER, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 2020, 544 ff.

einen Beitrag zur Durchsetzung nachhaltiger Entwicklung leisten könnte. Ein weites Verständnis des Mangels, das von den physischen Eigenschaften der Sache sowie von ihrer Beziehung zur Umwelt abgekoppelt ist, ermöglicht eine Subsumtion von unethischen Produktionsverläufen unter den Mangelbegriff.¹⁴⁸

Sind Produktionsprozesse nicht durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen zwingend geregelt,¹⁴⁹ muss der Verkäufer für die Verletzung ethischer Herstellungsmethoden nur einstehen, wenn eine vertragliche Verpflichtung vorliegt.¹⁵⁰ Die Herstellungsmethoden müssen also vertraglich zugesichert sein oder vorausgesetzte Eigenschaften darstellen. Die Crux liegt in der Einordnung von öffentlichen Äusserungen, die vom Verkäufer, Hersteller oder von anderen in der Absatzkette stammen und solch ethische Vorgehensweisen anpreisen. Gemeint sind dabei keine reklamehaften Anpreisungen, sondern klare und verbindliche Aussagen bezüglich der Produktion der Sache, welche somit für die Käuferinnen preisrelevant sind. Derartige Aussagen werden durch Etiketten, Gütezeichen, Labels oder Werbung sowie manchmal durch CSR-Berichte gemacht. Aussagen, die direkt vom Verkäufer stammen, bzw. Aussagen Dritter, die der Verkäufer sich zu eigen gemacht hat, werden u.E. konkludent Vertragsbestandteil. Öffentliche Äusserungen des Herstellers bzw. von Dritten in der Absatzkette, die der Verkäufer nicht übernommen hat, können hingegen kaum als konkludenter Vertragsbestandteil zwischen Verkäufer und Käuferin qualifiziert werden. Doch werden diese Äusserungen diesfalls die Eigenschaften prägen, welche die Käuferinnen nach Treu und Glauben voraussetzen dürfen und für die der Verkäufer einstehen muss.

Wird ein Versprechen zur Beachtung ethischer Herstellungsprozesse nicht eingehalten, kann die Käuferin ihre Rechte aus der Sachmangelgewährleistung geltend machen.¹⁵¹ Eine Ersatzlieferung ist denkbar, sofern der Verkäufer in der Zwischenzeit seine Produktionsverläufe geändert hat. Eine Minderung wird in den meisten Fällen möglich sein, da gerade der Aspekt der nachhaltigen Herstellung preisbestimmend ist. Die Umstände rechtfertigen regelmässig auch ein Recht auf Wandlung. Gerade in B2B-Verträgen kann von der Käuferin nicht erwartet werden, dass sie Ware behält, die sie nicht weiterverarbeiten bzw. weiterverkaufen kann, weil sie einen Markt bedient, in dem die Einhaltung von ethischen Produktionsstandards vorausgesetzt ist. Sogar in B2C-Verträgen

erscheint eine Wandlung oft als der richtige Rechtsbehelf. Wenn eine Konsumentin Wert darauf legt, eine Jeans aus wassersparender Produktion anzuziehen, dann sollte sie sich nicht mit einer zufriedengeben müssen, die mit konventionellen Methoden produziert wurde. Schadenersatzansprüche werden hingegen, soweit sie verschuldensabhängig sind, oft am fehlenden Vertretenmüssen scheitern.

Ein weites Verständnis von Eigenschaften der Sache und auch das Entstehen des Verkäufers für Äusserungen in der Absatzkette würden das verhaltenssteuernde Element des Kaufrechts¹⁵² zur Geltung bringen. Um diese Wirkung auch in B2C-Verhältnissen zu erzielen, sind Mittel des kollektiven Rechtsschutzes vonnöten. In B2B-Konstellationen ist die Lage anders. Da hier eine eigene Haftung der Käuferinnen in der Absatzkette vermehrt in Frage kommen kann,¹⁵³ wird man auch stärker auf eine Durchsetzung der kaufrechtlichen Rechtsbehelfe in der Zuliefererkette bedacht sein. Dieser Druck auf Unternehmen, sich an ihre ethischen Versprechen zu halten, ist zu begrüssen.

¹⁴⁸ Oben III.

¹⁴⁹ Vgl. oben FN 45.

¹⁵⁰ Oben IV.

¹⁵¹ Oben V.

¹⁵² Dazu HELLGARDT (FN 147), 99 ff.

¹⁵³ Vgl. den Vorstoss der EU mit dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM (2022) 71.