



## Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf

### Regelung, Neuerung und mögliche Ausstrahlung auf das schweizerische Kaufrecht

YEŞİM M. ATAMER\*

SEMIR HERMIDAS\*\*



Am 11. Juni 2019 ist in der Europäischen Union die neue Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs in Kraft getreten, welche die aktuell geltende Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ablösen wird. Nebst der gesetzgeberischen Umsetzung diverser EuGH-Entscheide bringt sie insbesondere Neuerungen im Bereich von Waren, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten. Weiter wird die Haltbarkeit einer Ware künftig als eine objektive Anforderung an die Vertragsmässigkeit definiert, womit das Zivilrecht einen Beitrag an die Nachhaltigkeit leisten kann. Nachdem die Europäische Union ihre Kaufrechtsrichtlinie nach 20 Jahren durch eine neue und erweiterte ersetzt hat, soll dies als Anlass genommen werden, den Reformbedarf des schweizerischen Kaufrechts aufzuzeigen.

La nouvelle Directive de l'UE relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens est entrée en vigueur le 11 juin 2019. Elle abroge l'actuelle directive sur la vente des biens de consommation. La directive transpose dans la loi plusieurs arrêts de la CJUE et amène des innovations dans le domaine des biens comportant des contenus ou des services numériques. En outre, la durabilité est désormais définie comme un critère objectif pour évaluer la conformité des biens. Le droit civil est ainsi amené à contribuer au développement durable. Au bout de 20 ans, l'Union européenne a remplacé sa directive sur le droit des achats de biens par une version actualisée et étendue. À cette occasion, les auteurs souhaitent mettre en lumière le besoin de réforme en droit suisse.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - A. Kontext
  - B. Zielsetzung
- II. Die neue Richtlinie (EU) 2019/771 im Vergleich zur Richtlinie 1999/44/EG
  - A. Ziele, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der WKRL
    1. Ziele
    2. Anwendungsbereich
    3. Begriffsbestimmungen
  - B. Vertragsmässigkeit der Waren
    1. Allgemeines
    2. Subjektive und objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit
    3. Negative Beschaffensvereinbarung
    4. Massgeblicher Zeitpunkt
    5. Unsachgemässe Montage oder Installierung
    6. Aktualisierungspflicht
  - C. Voraussetzungen für die Haftung des Verkäufers
    1. Untersuchungs- und Rügepflicht des Verbrauchers?
    2. Beweislast des Verbrauchers?
    3. Verschulden des Verkäufers?
    4. Befristung der Haftung
  - D. Die Rechtsbehelfe des Käufers
    1. Allgemeines
    2. Nachbesserung und Ersatzlieferung
    3. Preisminderung
    4. Rücktritt

- E. Rechtsmängel
- F. Zwingende Natur der Bestimmungen
- III. Reformansätze für das schweizerische Kaufrecht
  - A. Vertragsmässigkeit der Ware
  - B. Rechtsmangel
  - C. Gefahrtragung
  - D. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit
  - E. Beweislast
  - F. Nacherfüllungsanspruch
  - G. Digitale Inhalte und Dienstleistungen
  - H. Zwingende Vorschriften für B2C-Verträge
- IV. Fazit

#### I. Einleitung

##### A. Kontext

Am 20. Mai 2019 haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union zwei neue Richtlinien zur Modernisierung des Vertragsrechts erlassen: zum einen die Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs<sup>1</sup> (Warenkauf-RL<sup>2</sup> [zit. WKRL]), zum anderen die Richtlinie (EU) 2019/770

\* YEŞİM M. ATAMER, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., LL.M., Ordentliche Professorin für Privatrecht, Universität Bern, Ausserordentliche Professorin, Istanbul Bilgi Universität.

\*\* SEMIR HERMIDAS, MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand, Universität Bern. Wir danken Meret Lüdi, BLaw, Hilfsassistentin, Universität Bern, für die Durchsicht des Fussnotenapparats.

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG, ABl. L 136 vom 22.5.2019, 28 ff.

<sup>2</sup> Die gelegentlich verwendete Bezeichnung als Warenhandel-RL erscheint u.E. als weniger zutreffend, da einerseits der Titel der Richtlinie selbst von «Warenkauf» spricht (in KOM[2017] 637 final findet sich dagegen noch der Begriff «Warenhandel») und andererseits der Terminus «Handel» eher auf Business-to-Business

über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Digitale-Inhalte-und-Dienste-RL [zit. DIDRL]).<sup>3</sup> Diese sollen einander ergänzen.<sup>4</sup> Beide sollen für ein hohes Verbraucherschutzniveau beim Kauf von Waren sorgen. Dadurch soll sowohl für die Verbraucher als auch für die Unternehmen, insbesondere beim grenzüberschreitenden Kauf und Verkauf, Rechtssicherheit geschaffen werden.<sup>5</sup> Beide Richtlinien betreffen die Anforderungen an eine vertragsgemässe Erfüllung, die Haftung des Unternehmers im Falle einer Vertragswidrigkeit und die Abhilfen, die dem Verbraucher zur Verfügung stehen.<sup>6</sup> Vorliegend werden die WKRL sowie die mit ihr verbundenen Neuerungen behandelt, die DIDRL ist – ausser wo es zur Abgrenzung notwendig ist – nicht Gegenstand dieses Beitrags.<sup>7</sup>

Die WKRL beschränkt sich weitgehend auf eine Aktualisierung und vor allem Konkretisierung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG<sup>8</sup> (zit. Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie).<sup>9</sup> Nur noch andeutungsweise kann man die Überreste des Projekts eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts aus dem Jahre 2011<sup>10</sup> erkennen.<sup>11</sup> Die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre haben zu einem wachsenden Markt für Waren, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten, geführt. Des-

halb und wegen der schnell steigenden Akzeptanz dieser Produkte bei den Verbrauchern mussten auf Unionsebene Massnahmen zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie der Erhöhung der Rechtssicherheit ergriffen werden.<sup>12</sup> Die neue Richtlinie war auch ein Anlass, um die weiterhin in den nationalen Rechtsordnungen vorhandene Fragmentierung in Bezug auf die Anforderungen an die Vertragsmässigkeit und die Abhilfemassnahmen im Falle einer Vertragswidrigkeit weiter zu harmonisieren und die zwischenzeitlich ergangenen Entscheide des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) umzusetzen.

Die WKRL ist am 11. Juni 2019 in Kraft getreten. Die Umsetzung durch die EU-Mitgliedstaaten hat dabei gem. Art. 24 WKRL innert zwei Jahren zu erfolgen. Bis 1. Juli 2021 sind die entsprechenden nationalen Vorschriften zu erlassen, welche sodann ab dem 1. Januar 2022 angewendet werden müssen.<sup>13</sup> Indes wird in Art. 24 Abs. 2 WKRL im Sinne einer Übergangsbestimmung festgelegt, dass die Bestimmungen der WKRL nicht für vor dem 1. Januar 2022 geschlossene Verträge gelten.<sup>14</sup>

## B. Zielsetzung

Das Ziel des vorliegenden Beitrags ist es zum einen, die Neuerungen – sowie insbesondere die Änderungen gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – der WKRL aufzuzeigen. Zum anderen sollen Unterschiede der neuen unionsrechtlichen Vorgaben zur Regelung im schweizerischen Kaufrecht dargelegt werden. Anhand der daraus gewonnenen Erkenntnisse sollen allfällige Änderungsansätze für das schweizerische Kaufrecht aufgezeigt werden. Dass dies von Zeit zu Zeit notwendig ist, hat bereits BUCHER vor fast 50 Jahren vorgebracht, der schreibt, *«daß selbst in einem Rechtsgebiet mit jahrtausendealter Rechtstradition wie dem Kaufrecht die Verhältnisse nicht so statisch sind, daß nicht jede Generation die Dinge überdenken und das ihr gemäße Recht neu erwerben müßte»*.<sup>15</sup> Dieser Auffassung BUCHERS ist ohne Vorbehalt zuzustimmen.

(B2B) schliessen lassen würde, was die Richtlinie gerade nicht regelt.

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136 vom 22.5.2019, 1 ff.

<sup>4</sup> Erwägungsgrund (zit. Erw.) 13 WKRL.

<sup>5</sup> Vgl. CLAUDIA MAY, Modernisierung des Vertragsrechts – Stärkung des Verbraucherschutzes, DAR 2019, 479 f., 479.

<sup>6</sup> Vgl. BRIGITTA ZÖCHLING-JUD, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115 ff., 115.

<sup>7</sup> Die Überlegungen, die zum Erlass der DIDRL führten, wurden in der Literatur bereits ausführlich untersucht. Siehe z.B. FLORIAN FAUST, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, Band I, München 2016; sowie MATTHIAS WENDLAND, GEK 2.0? Ein europäischer Rechtsrahmen für den Digitalen Binnenmarkt, Der Kommissionsvorschlag einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitalgüter-Richtlinie), GPR 2016, 8 ff. Dagegen gibt es vergleichsweise wenige Stellungnahmen zur WKRL, obschon ihre Bedeutung für die Wirtschaft erheblich ist, vgl. ZÖCHLING-JUD (FN 6), 116.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> IVO BACH, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705 ff., 1705.

<sup>10</sup> Siehe KOM(2011) 635.

<sup>11</sup> MARILIES ZINNER, Was vom CESL übrigblieb – Neues Verbrauchervertragsrecht mit digitalem Einschlag, VuR 2019, 241 ff., 241.

<sup>12</sup> Vgl. Erw. 5 WKRL.

<sup>13</sup> ZINNER (FN 11), 242; MAY (FN 5), 479. Auf dasselbe Datum abgestimmt wird nach Art. 23 WKRL die alte Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aufgehoben, siehe Erw. 66 WKRL.

<sup>14</sup> Erw. 66 WKRL.

<sup>15</sup> EUGEN BUCHER, Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer), ZSR 1970 I, 281 ff., 294.

## II. Die neue Richtlinie (EU) 2019/771 im Vergleich zur Richtlinie 1999/44/EG

### A. Ziele, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der WKRL

#### 1. Ziele

Das Ziel der WKRL ist es einerseits, der technologischen Entwicklung,<sup>16</sup> welche zu einem wachsenden Markt für Waren mit digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen geführt hat, zu begegnen. Dazu sollen auf Unionsebene Massnahmen zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie der Rechtssicherheit bezüglich der Vorschriften, denen Kaufverträge für solche Produkte unterliegen, ergriffen werden.<sup>17</sup> Andererseits soll dem unter der rechtlichen Fragmentierung leidenden Vertrauen der Verbraucher in grenzüberschreitende Geschäfte begegnet werden.<sup>18</sup>

Bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hatte die Steigerung des Niveaus des Verbraucherschutzes, die Sicherstellung eines Mindestsockels an Rechten im Bereich der Gewährleistung sowie die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes zum Ziel.<sup>19</sup> Doch wurde teilweise vorgebracht, dass der Verbraucherschutz in den grundlegenden Teilen der Richtlinie kaum zum Tragen komme. Die Regelungen seien im Kern der öko-

nomischen Effizienz unterstellt.<sup>20</sup> Mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie würden lediglich einige wesentliche Aspekte des Kaufes für Mobiliarkaufverträge im Bereich Business-to-Consumer (B2C) vereinheitlicht. Die Harmonisierung des Europäischen Privatrechts sei damit noch nicht im wünschenswerten Masse vorangeschritten.<sup>21</sup> Eine in einem Binnenmarkt notwendige Einheitlichkeit der Rechtsordnungen würde damit (noch) nicht erreicht.<sup>22</sup> Die WKRL geht nun aber immerhin einen Schritt weiter in die richtige Richtung.<sup>23</sup>

Verwunderlich ist es jedoch, dass die Regelungen der WKRL, wie auch in der geltenden Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, weiterhin auf Fälle der Schlechtleistung beschränkt sind. Der Verzicht auf die Regelung jeder Art von Vertragsverletzungen kann nicht nachvollzogen werden, da für die DIDRL<sup>24</sup> eine solche ganzheitliche Regelung vorgezogen wurde und schon die Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>25</sup> aus dem Jahre 2011 Bestimmungen zur Nichtlieferung enthielt. Die Gelegenheit zu einer Konsolidierung der kaufvertraglichen Regelungen wurde somit verpasst.<sup>26</sup>

#### 2. Anwendungsbereich

##### a. Allgemeines

Gemäss Art. 3 Abs. 1 WKRL gilt diese für Kaufverträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer.<sup>27</sup> Der persönliche Anwendungsbereich der WKRL umfasst daher ausschliesslich Verbraucherverträge (sog. B2C-

<sup>16</sup> So richtete bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie den Blick in die Zukunft und orientierte sich an der veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Realität, vgl. MARTIN VORSMANN, Gesetzliche Mängelhaftung gemäss der Europäischen Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und Bürgerliches Gewährleistungsrecht, Diss. Bonn, Dortmund 2001, 210 f.

<sup>17</sup> Erw. 5 WKRL. Dabei ist die WKRL – wie die DIDRL – vollharmonisierend, erlaubt den EU-Mitgliedstaaten also prinzipiell keinerlei Abweichungen, auch nicht zugunsten des Verbrauchers, Art. 4 WKRL, siehe auch Erw. 10, 25, 47 sowie 62 WKRL. Hingegen unterliegen zentrale Vertragsbestandteile zurzeit lediglich einer Mindestharmonisierung auf der Grundlage der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Dabei kam es zu erheblichen Abweichungen bezüglich wesentlicher Elemente bei den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der noch geltenden Richtlinie, siehe Erw. 6 WKRL. Siehe auch SUSANNE AUGENHOFER, Das Gewährleistungsrecht in Österreich und Deutschland als Beispiele für eine holprige Harmonisierung des europäischen Kaufrechts, JBI 2019, 2 ff. Weiterhin dem nationalen Recht überlassen bleiben aber u.a. Regelungen betreffend den Schadenersatz, vgl. Erw. 18 WKRL.

<sup>18</sup> Vgl. Erw. 6 ff. WKRL.

<sup>19</sup> Siehe BERNARD ŁUKAŃKO, Verbraucherrecht als Sonderprivatrecht – Eine Untersuchung am Beispiel der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Diss. Berlin, Berlin 2008, 92 ff.; siehe auch Erw. 1–8 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

<sup>20</sup> Vgl. ŁUKAŃKO (FN 19), 156. Vgl. zur Frage, inwieweit B2B- und B2C-Kaufverträge unterschiedlicher Bestimmungen bedürfen, YEŞİM M. ATAMER, Do We Really Need Special Provisions for Business-to-Consumer Sales, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), 35 Years CISG and Beyond, Den Haag 2015, 185 ff.

<sup>21</sup> Vgl. INGO SAENGER, Die Umsetzung der Richtlinie über Verbraucherkäufe in Deutschland, in: Martin Schermaier (Hrsg.), Verbraucherkäufe in Europa, Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, München 2003, 191 ff., 206.

<sup>22</sup> ŁUKAŃKO (FN 19), 435.

<sup>23</sup> MATTHIAS WENDLAND, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels, EuZW 2016, 126 ff., 131.

<sup>24</sup> Siehe dort Art. 13 DIDRL; sowie Erw. 61.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates; siehe auch ALEXANDER WEISS, Neujustierung im Rücktrittsrecht, NJW 2014, 1212 ff., 1213.

<sup>26</sup> BACH (FN 9), 1706.

<sup>27</sup> Zur Begriffsdefinition siehe unten II.A.3.

Verträge). Der persönliche Anwendungsbereich deckt sich somit mit jenem der aktuellen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.<sup>28</sup>

Der sachliche Anwendungsbereich der WKRL umfasst sämtliche Kaufverträge über Waren<sup>29</sup> des Online-Kaufes sowie des stationären Handels.<sup>30</sup>

Des Weiteren sind auch Waren, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen, gem. Art. 3 Abs. 2 WKRL vom Anwendungsbereich eingeschlossen,<sup>31</sup> was auch bereits unter der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie entsprechend galt<sup>32</sup> und dem CISG<sup>33</sup> entlehnt ist.<sup>34</sup> Zudem kann auch die Montage oder Installierung von Waren in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, sofern diese Bestandteil des Kaufvertrags ist und vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung durch Dritte ausgeführt werden muss.<sup>35</sup> Die WKRL gilt jedoch nur für bewegliche körperliche Gegenstände. Den EU-Mitgliedstaaten steht es daher frei, Verträge über den Verkauf unbeweglicher Gegenstände zu regeln.<sup>36</sup>

## b. Abgrenzung zur DIDRL

Der Anwendungsbereich der WKRL ist von jenem der DIDRL abzugrenzen. Bei digitalen Inhalten oder Dienstleistungen, die gem. Kaufvertrag ausdrücklich mit der Ware bereitgestellt werden müssen, findet die WKRL Anwendung.<sup>37</sup> Auch bei Kaufverträgen, die dies nicht

ausdrücklich regeln, aber in Anbetracht der Beschaffenheit der Ware und unter Berücksichtigung der öffentlichen Aussagen der Verkäufer oder anderer Personen in der Vertragskette erwartet werden kann, dass bestimmte digitale Inhalte oder Dienstleistungen mit der Ware zur Verfügung gestellt werden, wird wieder die WKRL eingreifen.<sup>38</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte oder Leistungen schon auf der Ware installiert sind oder erst später heruntergeladen werden müssen, und unabhängig davon, ob diese Inhalte bzw. Dienstleistungen von Dritten bereitgestellt werden. In den Erwägungen werden als Beispiele das Smartphone mit vorinstallierten Anwendungen und die Smartwatch, bei der noch mehrere Anwendungen heruntergeladen werden müssen, genannt.<sup>39</sup> Diese Beispiele zeigen auch, dass nicht nur Waren, die ohne die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht funktionieren können, unter der WKRL subsumiert werden,<sup>40</sup> sondern auch Waren, die im Prinzip ohne diese digitalen Elemente funktionieren können, diese digitalen Elemente jedoch im Kaufvertrag explizit (subjektive Voraussetzungen) oder implizit (objektive Voraussetzungen) versprochen worden sind. Diesfalls wird deren Fehlen als eine Vertragswidrigkeit unter der WKRL qualifiziert. Es spricht auch nicht gegen die Anwendung der kaufrechtlichen Bestimmungen, dass der Verbraucher einer Lizenzvereinbarung mit einem Dritten zustimmen muss, um digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen nutzen zu können.<sup>41</sup>

Sollte hingegen ein separater Vertrag für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen abgeschlossen werden und die verkaufte Sache nur das Medium sein, das für den Vollzug dieses Vertrages genutzt

<sup>28</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie; siehe auch AGUSTIN LUNA SERRANO, Art. 1 N 53 ff., in: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar, Köln 2002 (zit. GRUNDMANN/BIANCA/Verfasser/in).

<sup>29</sup> Zur Begriffsdefinition siehe unten II.A.3.c.

<sup>30</sup> Siehe Erw. 9 WKRL; sowie ZÖCHLING-JUD (FN 6), 117. Zur Kritik am ursprünglichen Kommissionsvorschlag siehe BRIGITTA ZÖCHLING-JUD, Die Richtlinienentwürfe der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzkaufverträge aus österreichischer Sicht, in: Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Zu den Richtlinienentwürfen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015, Wien 2016, 1 ff.

<sup>31</sup> Erw. 17 WKRL.

<sup>32</sup> Art. 1 Abs. 4 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, siehe dazu GRUNDMANN/BIANCA/LUNA SERRANO (FN 28), Art. 1 N 16.

<sup>33</sup> Art. 3 Abs. 1 Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1); siehe dazu PETER SCHLECHTRIEM/ULRICH G. SCHROETER, Internationales UN-Kaufrecht, Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 6. A., Tübingen 2016, N 66.

<sup>34</sup> DIRK STAUDENMAYER, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393 ff., 2393 f.

<sup>35</sup> Erw. 17 WKRL.

<sup>36</sup> Erw. 12 WKRL.

<sup>37</sup> Erw. 15 WKRL und Erw. 21 DIDRL. Vgl. zur Definition der «Ware» unten II.A.3.c.

<sup>38</sup> Erw. 15 WKRL und Erw. 21 DIDRL.

<sup>39</sup> Erw. 15 WKRL.

<sup>40</sup> In dieser Hinsicht ist es missverständlich, wenn in den Erwägungen davon gesprochen wird, dass «[d]iese Richtlinie [...] für Verträge über den Verkauf von Waren [gilt], einschließlich von Waren mit digitalen Elementen, bei denen das Fehlen von darin enthaltenen oder damit verbundenen digitalen Inhalten oder Dienstleistungen die Ware daran hindert, ihre Funktionen zu erfüllen und bei denen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen gemäß dem Kaufvertrag über diese Waren mit den Waren bereitgestellt werden» (Erw. 15 WKRL). Art. 2 Ziff. 5 lit. b WKRL scheint diesen Gedanken übernommen zu haben. Doch das Beispiel in Erw. 16 von Smartwatch, das ohne Betriebssystem nicht funktionieren kann, aber trotzdem ausdrücklich ohne ein solches gekauft wurde, zeigt schon, dass dies keine Voraussetzung für die Anwendung der WKRL sein kann. Dem Verbraucher steht es frei, digitale Leistungen vom Kaufvertrag auszuschließen und stattdessen für die Bereitstellung eines Betriebssystems einen neuen Vertrag mit einem Dritten abzuschließen. In diesem Falle würde bezüglich des Vertrages zum Betriebssystem die DIDRL angewandt, hingegen auf den Kaufvertrag der Uhr die WKRL.

<sup>41</sup> Erw. 15 WKRL und Erw. 21 DIDRL.

wird, so findet die DIDRL Anwendung.<sup>42</sup> Demnach fällt der Kauf eines Computers samt Software in den Anwendungsbereich der WKRL; der spätere, gesonderte Kauf einzelner Software dagegen nicht.<sup>43</sup> Auch körperliche Datenträger (z.B. USB-Sticks oder CD-ROMs), die lediglich als Träger digitaler Inhalte dienen, fallen gem. Art. 3 Abs. 4 lit. a WKRL nicht in deren Anwendungsbereich, sondern in denjenigen der DIDRL.<sup>44</sup>

Im Erwägungsgrund 15 und in Art. 3 Abs. 3 wird unterstrichen, dass die WKRL auf jeden Fall Vorrang in der Anwendung genießt, d.h., dass im Zweifel vermutet wird, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind, somit die Bestimmungen der WKRL vorgehen. Dadurch sollen Unsicherheiten bei den Händlern sowie Verbrauchern vermieden werden.

### 3. Begriffsbestimmungen

#### a. Verbraucher

Als «Verbraucher» gilt gem. Art. 2 Ziff. 2 WKRL jede natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.<sup>45</sup> Dabei ist es den EU-Mitgliedstaaten jedoch freigestellt, bei Verträgen mit doppeltem Zweck<sup>46</sup> festzulegen, ob diese Person als Verbraucher betrachtet wird, sofern der gewerbliche Zweck nicht überwiegend ist.<sup>47</sup> Angesichts der klaren Position des Europäischen Gesetzgebers in der Verbraucherrechte-Richtlinie, Verträge, in denen der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegt, als

Verbraucherverträge zu betrachten,<sup>48</sup> ist diese Wahl doch überraschend. Es überzeugt nicht, die Frage der Verträge mit doppeltem Zweck in den einzelnen verbraucherrechtlichen Richtlinien verschieden zu beantworten.<sup>49</sup> Der persönliche Anwendungsbereich der WKRL wird damit nicht vollständig harmonisiert.<sup>50</sup>

#### b. Verkäufer

Als «Verkäufer» wird in Art. 2 Ziff. 3 WKRL jede natürliche oder juristische Person, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, definiert, die selbst oder durch eine andere Person zu Zwecken handelt, die innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.

Dabei gelten auch Plattformbetreiber<sup>51</sup> als Verkäufer i.S.d. WKRL, wenn sie beim Verkauf von Waren für die Zwecke ihrer eigenen geschäftlichen Tätigkeit und als direkte Vertragspartner des Verbrauchers tätig sind. Bietet dagegen ein Verkäufer seine Ware auf einer Marktplattform wie *Amazon Marketplace* an, so ist nur dieser selbst Vertragspartei.<sup>52</sup> Es steht den EU-Mitgliedstaaten jedoch frei, die Anwendung der WKRL auf Plattformbetreiber

<sup>42</sup> Erwg. 16 WKRL, als Beispiel wird dort genannt, dass, wenn der Verbraucher eine Spielanwendung aus einem App-Store auf sein Smartphone herunterlädt, der Vertrag über die Bereitstellung der Spielanwendung nicht Bestandteil des Kaufvertrags über das Smartphone selbst ist. Für die Spielanwendung hat der Dritte nach den Vorgaben der DIDRL zu haften, sofern die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind, siehe ZÖCHLING-JUD (FN 6), 118 f.

<sup>43</sup> BACH (FN 9), 1705 f.

<sup>44</sup> Siehe ZÖCHLING-JUD (FN 6), 119; sowie BRIGITTA LURGER, Anwendungsbereich und kaufvertragliche Ausrichtung der DIDL- und FWRL-Entwürfe, in: Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg.), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015, Wien 2016, 19 ff., 28. Vgl. auch Art. 3 Abs. 3 DIDRL.

<sup>45</sup> Den EU-Mitgliedstaaten bleibt es aber freigestellt, die Anwendung der Vorschriften der WKRL auszudehnen, beispielsweise auf natürliche oder juristische Personen, die keine Verbraucher im Sinne der WKRL sind, so etwa auf Nichtregierungsorganisationen, siehe Erwg. 21 WKRL.

<sup>46</sup> Siehe dazu schon EuGH, 20.1.2005, *Gruber*, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32.

<sup>47</sup> Erwg. 22 WKRL.

<sup>48</sup> Erwg. 17 der Verbraucherrechte-Richtlinie; siehe dazu BRIGITTA LURGER, Das Widerrufsrecht, in: Peter Bydliński/Brigitta Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2011/83/EU vom 25. Oktober 2011), Wien 2012, 53 ff., 61 f.; OLIVER UNGER, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270 ff., 276 f.; sowie HANS-WOLFGANG MICKLITZ, § 13 BGB N 52 ff., in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 8. A., München 2018.

<sup>49</sup> ZÖCHLING-JUD (FN 6), 117; siehe zudem AUGENHOFER (FN 17), 3 f.

<sup>50</sup> Siehe ZÖCHLING-JUD (FN 6), 117.

<sup>51</sup> So z.B. Amazon in der EU oder Galaxus in der Schweiz.

<sup>52</sup> Die Haftung von Betreibern von Online-Plattformen für die vertragsgemäße Erfüllung der Hauptverträge auch in dieser blossen «Vermittler»-Rolle wird in jüngerer Zeit intensiv diskutiert. Der «Diskussionsentwurf für eine Richtlinie über Online-Vermittlungsplattformen», den eine Gruppe von Wissenschaftlern 2016 veröffentlicht hat, ist eine wichtige Grundlage in dieser Debatte. Vgl. zum Diskussionsentwurf: Research Group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164 ff.; zu diesem Entwurf FELIX MAULTZSCH, Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles, ERCL 2019, 209 ff. Vgl. zu den laufenden Projekten der EU zu Online-Plattformen: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market> (Abruf 29.11.2019). Vgl. zum Bericht des deutschen Sachverständigenrats für Verbraucherfragen zur gleichen Problematik LEONIE ADAM/HANS-WOLFGANG MICKLITZ, Verbraucher und Online-Plattformen, in: Hans-Wolfgang Micklitz et al. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, Baden-Baden 2017, 45 ff.

auszudehnen, die den Anforderungen der Begriffsbestimmung i.S.d. Richtlinie nicht entsprechen.<sup>53</sup>

### c. Ware

«Waren» i.S.d. WKRL sind gem. Art. 2 Ziff. 5 lit. a bewegliche körperliche Gegenstände sowie Wasser, Gas und Strom, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden. Anders als in Art. 1 Abs. 2 lit. b Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wird in der WKRL nun auch Strom als eine verkaufbare Sache qualifiziert. Weiter fallen nach lit. b auch sog. «Waren mit digitalen Elementen», d.h. bewegliche körperliche Gegenstände, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten, in den Anwendungsbereich der WKRL.<sup>54</sup> Obwohl die Richtlinie davon spricht, dass die Sache so mit dem digitalen Inhalt verbunden sein muss, dass sie ihre Funktion ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen kann, sollte dies nicht im Sinne einer Voraussetzung verstanden werden.<sup>55</sup> In all den Fällen, wo die Sache ohne den digitalen Inhalt nicht funktionieren kann, wird das Vorhandensein dieses Inhalts gem. Art. 7 WKRL objektiv vorausgesetzt.<sup>56</sup> Doch steht es den Parteien auch frei, den Kauf von körperlichen Gegenständen zu vereinbaren, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten, welche aber nicht unbedingt die Funktionsfähigkeit der Sache beeinträchtigen (subjektive Anforderungen, Art. 6 WKRL). Trotzdem wird in diesen Fällen auch die WKRL Anwendung finden und nicht die DIDRL.

## B. Vertragsmässigkeit der Waren

### 1. Allgemeines

Ein zentraler Bereich der WKRL behandelt die Vertragsmässigkeit von Waren, genauer die Mangeldefinition.<sup>57</sup> Dabei wurde der detaillierte Mangelbegriff der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie noch weiter ausdifferenziert. So enthält Art. 6 WKRL vier subjektive Anforderungen

an die Beschaffenheit der Kaufsache und Art. 7 WKRL vier weitere objektive Anforderungen. Die neue Komplexität lässt sich nur begrenzt damit erklären, dass auf die Besonderheiten digitaler Inhalte Rücksicht genommen wurde.<sup>58</sup> Gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat die WKRL indes eine viel stärkere Betonung des objektiven Fehlerbegriffs.<sup>59</sup>

Die Inspirationsquelle für den Begriff der Vertragsmässigkeit ist, wie bereits in der parallelen Regelung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>60</sup>, weiterhin Art. 35 CISG.<sup>61</sup> Dabei richtet sich die Vertragsmässigkeit der Ware nach UN-Kaufrecht in erster Linie nach den vertraglichen Vereinbarungen und subsidiär nach einer Reihe von objektiven Kriterien zur Bestimmung der Vertragsmässigkeit;<sup>62</sup> Letzteres, da die Parteien meist nicht alle Eigenschaften, welche die Ware haben soll, detailliert regeln.<sup>63</sup> Der gleichen Systematik folgt die WKRL.

## 2. Subjektive und objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit

### a. Subjektive Anforderungen

Die Waren entsprechen gem. Art. 6 lit. a WKRL dem Kaufvertrag, wenn sie hinsichtlich der Beschreibung, der Art, der Menge und der Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Interoperabilität und sonstiger Merkmale den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem ergeben. Sie müssen sich ausserdem für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, falls dieser Zweck vor Vertragsschluss dem Verkäufer mitgeteilt wurde und dieser ihm zugestimmt hat (lit. b<sup>64</sup>). Weiter müs-

<sup>53</sup> Erwg. 23 WKRL.

<sup>54</sup> Zum Verkauf von Fahrzeugen als Beispiel für «Waren mit digitalen Elementen» siehe ausführlich EKKEHARD HELMIG, Die neuen Richtlinien zum europäischen Verbraucherkaufrecht, Überlegungen zum Kauf eines Fahrzeugs als Ware mit digitalem Inhalt, IWRZ 2019, 200 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu auch oben II.A.2.b. und FN 40. Als Beispiel wird etwa die fortlaufende Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem genannt, Erwg. 14 WKRL. Vgl. auch MAY (FN 5), 479.

<sup>56</sup> Den Parteien ist es jedoch freigestellt, auf eine solche objektive Eigenschaft zu verzichten. Vgl. dazu oben FN 40.

<sup>57</sup> Vgl. ZÖCHLING-JUD (FN 6), 119.

<sup>58</sup> BACH (FN 9), 1707. Siehe auch die Kritik zum Vorschlag der DIDRL bei FAUST (FN 7), A 44.

<sup>59</sup> Vgl. WENDLAND (FN 23), 129 f.

<sup>60</sup> Vgl. GRUNDMANN/BIANCA/GRUNDMANN (FN 28), Art. 2 N 1.

<sup>61</sup> HANNAH BOEHM/BENJAMIN GOTTLIEB, Art. 35 CISG N 2, in: Christoph Brunner (Hrsg.), UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2. A., Bern 2014 (zit. BRUNNER/Verfasser/in); ULRICH MAGNUS, Art. 35 CISG N 13, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2018.

<sup>62</sup> INGEBORG SCHWENZER, Art. 35 CISG N 12, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 7. A., München 2019.

<sup>63</sup> BRUNNER/BOEHM/GOTTLIEB (FN 61), Art. 35 CISG N 9; SCHLECHTRIEM/SCHROETER (FN 33), N 367.

<sup>64</sup> Dabei hat der Verbraucher dem Verkäufer den angestrebten Zweck spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis zu bringen und der Verkäufer muss diesem zustimmen.

sen die Waren mit sämtlichem im Kaufvertrag bestimmten Zubehör und sämtlichen Anleitungen, einschliesslich Montage- oder Installationsanleitungen, geliefert werden (lit. c) und die im Kaufvertrag bestimmten Aktualisierungen erhalten (lit. d).

Die WKRL bringt damit betreffend die subjektiven Anforderungen wenig Neues.<sup>65</sup> Einzig auf die Aktualisierungspflicht wird später noch näher einzugehen sein.<sup>66</sup>

## b. Objektive Anforderungen

### i. Im Allgemeinen

Nebst den subjektiven müssen die Waren auch die objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit erfüllen.<sup>67</sup> Sie müssen gem. Art. 7 Abs. 1 lit. a WKRL für die Zwecke geeignet sein, für die Waren der gleichen Art in der Regel gebraucht werden, und – soweit anwendbar – der Qualität und der Beschreibung einer Probe oder eines Musters entsprechen, welches der Verkäufer dem Verbraucher vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat (lit. b). Zudem müssen die Waren mit solchem Zubehör einschliesslich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung und anderer Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Verbraucher vernünftigerweise<sup>68</sup> erwarten kann (lit. c). Zuletzt müssen die Waren hinsichtlich ihrer Menge, Qualität und sonstiger Merkmale – einschliesslich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität,<sup>69</sup> Kompatibilität und Sicherheit – dem entsprechen, was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher in Anbetracht der Art der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die vom Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschliesslich des Herstellers, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann (lit. d).<sup>70</sup>

### ii. Haltbarkeit insbesondere

Eine gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie neue objektive Anforderung stellt die Haltbarkeit der Ware dar (Art. 7 Abs. 1 lit. d WKRL).<sup>71</sup> Sie ist Teil der geschuldeten objektiven Beschaffenheit einer Ware. Inwieweit jedoch diese Neuerung praktische Auswirkungen nach sich ziehen wird, bleibt abzuwarten. Ziel dieser Neuerung ist die Förderung nachhaltiger Verbrauchergewohnheiten sowie einer Kreislaufwirtschaft.<sup>72</sup> Gemäss Art. 2 Ziff. 13 WKRL liegt ein Haltbarkeitsmangel vor, wenn «*die Fähigkeit der Waren, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten*», beeinträchtigt ist. Es wird in den Erwägungen unterstrichen, dass durch die Einführung von produktspezifischen Rechtsvorschriften, die die Anforderungen an die Haltbarkeit und andere Produkteigenschaften konkretisieren, dieses Ziel von der EU weiterverfolgt werden muss. Wenn man jedoch bedenkt, dass in den Vorarbeiten zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor bereits 20 Jahren eine Verpflichtung, Ersatzteile bereitzuhalten, diskutiert und verworfen wurde, so kann man diesbezüglich nicht sehr hoffnungsvoll sein.<sup>73</sup>

Das Nachhaltigkeitsziel könnte auf verschiedene Weisen verfolgt werden. Die radikalste Methode wäre sicherlich, die Verjährungsfrist von zwei Jahren zu verlängern und somit einen Anreiz für die Produktion von dauerhafteren Gütern zu schaffen.<sup>74</sup> Eine zweite Alternative wäre, für verschiedene Kategorien von Verbrauchsgütern eine fixe Lebenserwartung festzulegen und die Pflicht einzuführen, bis zum Ablauf dieser Frist Ersatzteile bereitzuhalten und die Güter zu reparieren. Sollte die Gewährleistungsfrist schon überschritten sein, müssten jedoch die Kosten vom Verbraucher übernommen werden.

## 3. Negative Beschaffenheitsvereinbarung

In Art. 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wurde parallel zu Art. 35 Abs. 3 CISG angenommen, dass keine Vertragswidrigkeit vorliegt, wenn der Verbraucher zum

<sup>65</sup> ZÖCHLING-JUD (FN 6), 122.

<sup>66</sup> Siehe unten II.B.6.

<sup>67</sup> Erwg. 29 WKRL. Siehe dazu auch FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, Some Thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, EuCML 2018, 66 ff., 69.

<sup>68</sup> Der Standard für «Vernünftigkeit» ist objektiv unter Berücksichtigung der Art und des Zwecks des Vertrags, der Umstände des Einzelfalls und der Gebräuche und Gepflogenheiten der Vertragsparteien zu bestimmen, Erwg. 24 WKRL.

<sup>69</sup> Der Begriff der «Funktionalität» ist dabei so zu verstehen, dass er sich darauf bezieht, wie Waren ihre Funktionen ihrem Zweck entsprechend erfüllen können, Erwg. 27 WKRL.

<sup>70</sup> Zur Aktualisierungspflicht im Falle von Waren mit digitalen Elementen gem. Art. 7 Abs. 3 WKRL siehe unten II.B.6.

<sup>71</sup> Vgl. ZÖCHLING-JUD (FN 6), 122.

<sup>72</sup> Erwg. 32 WKRL. Das Ziel der Nachhaltigkeit wird nach deren Nennung in den Erwägungsgründen jedoch aus den Augen verloren, ELIZE RUDLOFF, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU – Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit?, VuR 2018, 323 ff., 326. Vgl. auch VANESSA MAK/ENNA LUJINOVIC, Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example, EuCML 2019, 4 ff.

<sup>73</sup> Vgl. HANS-WOLFGANG MICKLITZ, Kreislaufwirtschaft und Verbraucherrecht – Plädoyer für einen nationalen Alleingang, VuR 2019, 281 ff., 282.

<sup>74</sup> Vgl. MAK/LUJINOVIC (FN 72), 7 f.

Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber sein konnte. «Vernünftigerweise nicht in Unkenntnis» sein können wurde als besonders grobe Fahrlässigkeit ausgelegt.<sup>75</sup> Anders als im CISG fehlte jedoch die Begrenzung eines solchen Ausschlusses auf die objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit,<sup>76</sup> so dass Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie auch als Haftungsausschlussmöglichkeit im Falle einer Leistungsbeschreibung gem. Art. 2 Abs. 1 interpretiert werden konnte. Doch wurde überwiegend vertreten, dass im Falle einer Zusicherung von Eigenschaften diese – als die massgebende vertragliche Bestimmung – Vorrang vor Art. 2 Abs. 3 habe und somit trotz grober Fahrlässigkeit auf Seiten des Verbrauchers eine Haftung für Vertragswidrigkeit gegeben sei.<sup>77</sup>

Die neue Richtlinie hingegen gibt dieses Konzept ganz auf und führt stattdessen die Möglichkeit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung ein. Die WKRL hält in Art. 7 Abs. 4 fest, dass keine Vertragswidrigkeit vorliegt, wenn der Verbraucher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Waren von den objektiven Anforderungen abweicht, und er dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zugestimmt hat.<sup>78</sup> In den Erwägungsgründen wird unterstrichen, dass damit für ausreichende Flexibilität gesorgt werden soll, so etwa im Hinblick auf den Verkauf von gebrauchten Waren.<sup>79</sup>

Positiv an dieser Neuorientierung ist sicherlich, dass der Verbraucher auch im Falle eines offensichtlichen Mangels seine Rechte nicht verlieren wird. In Zukunft muss der Verkäufer auf diesen offensichtlichen Mangel hinweisen und den Verbraucher dazu bringen, diesem ausdrücklich zuzustimmen. Da eine gesonderte und aus-

drückliche Zustimmung verlangt wird, wird eine solche mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nicht möglich sein. Die WKRL ist damit in diesem Punkt wesentlich verbraucherfreundlicher ausgestaltet. Auch der nun explizit eingeführte Verweis in Art. 7 Abs. 5 auf die objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit zeigt, dass im Falle einer Diskrepanz zwischen den subjektiv vertraglich festgelegten Eigenschaften und der Abweichung in einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung immer die subjektiven Eigenschaften Vorrang haben.

Offen bleibt jedoch die Frage, wie weit solche negativen Beschaffenheitsvereinbarungen gehen können. Wie unten noch dargelegt werden soll,<sup>80</sup> sind die Bestimmungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sowie der WKRL zwingend. Den Parteien ist es nicht erlaubt, die massgeblichen nationalen Bestimmungen auszuschliessen, davon abzuweichen oder deren Wirkung abzuändern. Sinnvoll erscheint es, je nach dem Ziel der Vertragsklausel zu unterscheiden.<sup>81</sup> Die Bestimmung unterstreicht explizit, dass «ein bestimmtes Merkmal der Waren» nur in einer solchen Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Das heisst, dass pauschale Ausdrücke wie «gekauft wie beabsichtigt» mangels Konkretisierung einer Beschaffenheit keine zulässige Beschaffenheitsvereinbarung darstellen. Hingegen werden Ausschlüsse wie «normale Abnutzung von Ledersesseln durch 3-jährigen Gebrauch» eine gültige Vereinbarung darstellen. Ziel dieser Vereinbarungen sollte es sein, die Sachbeschaffenheit der Ware so zu beschreiben, dass sie vom Käufer bei seiner Entscheidung über den Vertragsschluss auch einbezogen werden kann.<sup>82</sup> Für die Unterscheidung wird die Perspektive des Käufers bei Vertragsschluss entscheidend sein.

#### 4. Massgeblicher Zeitpunkt

Nach der WKRL hat der Verkäufer Waren zu liefern, die zum Zeitpunkt der Lieferung vertragsgemäss sind.<sup>83</sup> Für eine höhere Rechtssicherheit bedarf es einer klaren Angabe des Zeitpunkts, zu dem die Vertragsmässigkeit der

<sup>75</sup> ULRICH MAGNUS, Art. 2 N 71, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Richtlinie 1999/44/EG, 40. A., München 2009 (zit. GRABITZ/HILF/Verfasser/in).

<sup>76</sup> Siehe BRUNNER/BOEHM/GOTTLIEB (FN 61), Art. 35 CISG N 24.

<sup>77</sup> GRABITZ/HILF/MAGNUS (FN 75), Art. 2 N 72; siehe auch RUDOLF WELSER/BRIGITTA JUD, Die neue Gewährleistung, Kurzkommentar zu sämtlichen gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und des KSchG, Wien 2001, § 928 ABGB N 3. Der deutsche Gesetzgeber zog es z.B. vor, dies in § 442 BGB explizit zu erwähnen: «Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.»

<sup>78</sup> Zur Frage, wie und in welcher Form der Käufer in Kenntnis zu setzen ist, und zur dogmatischen Einordnung dieses gesonderten Akzeptierens siehe ZÖCHLING-JUD (FN 6), 120.

<sup>79</sup> Erwg. 36 WKRL.

<sup>80</sup> Siehe unten II.F.

<sup>81</sup> Vgl. dazu z.B. STEPHAN LORENZ, § 476 N 10, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 8. A., München 2019 (zit. MüKo BGB-Verfasser/in).

<sup>82</sup> FLORIAN FAUST, § 476 N 16, in: Heinz Georg Bamberger et al. (Hrsg.), BeckOK BGB, 52. Edition, Stand 1.11.2019 (zit. BeckOK BGB-Verfasser/in).

<sup>83</sup> Erwg. 33 WKRL. Der Verkäufer wird jedoch nicht – als objektive Anforderung an die Vertragsmässigkeit – dazu verpflichtet, die Verfügbarkeit von Ersatzteilen während eines bestimmten Zeitraums zu gewährleisten. Dabei werden jedoch Bestimmungen im nationalen Recht, welche eine solche Verpflichtung vorsehen, von der WKRL nicht berührt.

Ware beurteilt wird. Für diese Beurteilung ist nach der WKRL der Zeitpunkt der Warenlieferung massgeblich. Dies gilt im Prinzip auch für Waren, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten, die durch eine einmalige Bereitstellung verfügbar gemacht werden.

Müssen jedoch die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen fortlaufend über einen Zeitraum bereitgestellt werden, ist für die Feststellung der Vertragsmässigkeit nicht ein bestimmter Zeitpunkt, sondern ein Zeitraum, welcher mit dem Zeitpunkt der Lieferung<sup>84</sup> beginnt – und sich mit dem Zeitraum deckt, in dem der Verkäufer für Vertragswidrigkeit haftet –, massgeblich.<sup>85</sup>

Dagegen wird der Gefahrenübergang in der WKRL nicht ausdrücklich geregelt. Die in ihr enthaltenen Verweise auf den Lieferzeitpunkt berühren die Vorschriften der Verbraucherrechte-Richtlinie über den Risikoubergang nicht.<sup>86</sup> Durch diesen Verweis bleibt hinsichtlich des Gefahrenübergangs auch für Warenkäufe, die unter den Anwendungsbereich der WKRL fallen, Art. 20 der Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>87</sup> massgebend. Demnach geht das Risiko für einen Verlust oder eine Beschädigung der Ware grundsätzlich dann auf den Verbraucher über, wenn er die Waren in seinen Besitz genommen hat – somit im Zeitpunkt der Lieferung. Damit fallen der massgebliche Zeitpunkt für die Vertragsmässigkeit der Ware und der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zusammen.<sup>88</sup>

## 5. Unsachgemässe Montage oder Installation

Eine Vertragswidrigkeit, welche auf eine unsachgemässe Montage oder Installation der Ware erst nach der Lieferung zurückzuführen ist, wird gem. Art. 8 lit. a WKRL als Vertragswidrigkeit angesehen, wenn die Montage oder Installation durch den Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen wurde. Eine Vertragswidrigkeit liegt auch dann vor, wenn die vom Verbraucher unsachgemäss vorgenommene Montage oder Installation auf Mängel in den Anleitungen zurückzuführen ist

(lit. b).<sup>89</sup> Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 2 Abs. 5 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, wurde jedoch um die Installation digitaler Inhalte ergänzt.<sup>90</sup> Bereits bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wurde dabei bezüglich der unsachgemässen Montage auf Grund einer mangelhaften Anleitung von der sog. «IKEA-Klausel» gesprochen.<sup>91</sup>

## 6. Aktualisierungspflicht

Eine zentrale Neuerung bringt Art. 7 Abs. 3 WKRL mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Aktualisierung von digitalen Inhalten, welche in Waren integriert sind.<sup>92</sup> Diese ist mehr als eine blosse Frage der Haltbarkeit und verpflichtet den Verkäufer, digitale Inhalte durch Aktualisierungen (sog. *Updates*) vertragskonform zu halten. Die Pflicht des Verkäufers beschränkt<sup>93</sup> sich aber auf Aktualisierungen, die notwendig sind, damit die Waren den in der WKRL festgelegten objektiven und subjektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit weiterhin genügen. Dagegen besteht keine Pflicht zur Verbesserung oder Ausweitung der Funktionen der Waren (sog. *Upgrades*). Es bleibt dem Verbraucher freigestellt, ob er die bereitgestellten Aktualisierungen installieren will. Dabei muss der Verkäufer den Verbraucher darüber informieren, dass sich seine Entscheidung, die Aktualisierung nicht zu installieren, auf die Haftung des Unternehmers auswirkt.<sup>94</sup>

Die Pflicht zur Aktualisierung besteht während des Zeitraums, «den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Waren und der digitalen Elemente und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann, wenn im Kaufvertrag die einmalige Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung vorgesehen ist» (Art. 7 Abs. 3 lit. a).<sup>95</sup> In den Erwägungen wird betont, dass die-

<sup>84</sup> In Fällen, in denen die körperlichen Bestandteile bereits zuvor geliefert wurden, ist der Zeitpunkt massgeblich, zu dem die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereitgestellt werden, siehe Erwg. 39 WKRL.

<sup>85</sup> Erwg. 37 WKRL. Der Begriff der «Lieferung» wird indessen nicht in der WKRL geregelt, sondern den nationalen Rechten der EU-Mitgliedstaaten überlassen, vgl. Erwg. 38 WKRL.

<sup>86</sup> Erwg. 38 WKRL.

<sup>87</sup> Siehe auch Erwg. 55 Verbraucherrechte-Richtlinie.

<sup>88</sup> Der massgebende Zeitpunkt für die Vertragsmässigkeit der Ware ist auch nach CISG der Gefahrübergang, STAUDINGER/MAGNUS (FN 61), Art. 35 CISG N 12.

<sup>89</sup> Vgl. Erwg. 34 WKRL. Dies gilt auch für die unsachgemässe Installation der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, welche in den Waren enthalten sind.

<sup>90</sup> Vgl. ZÖCHLING-JUD (FN 6), 124; siehe auch AUGENHOFER (FN 17), 5.

<sup>91</sup> Siehe HONSELL HEINRICH, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278 ff., 279; siehe auch MüKo BGB-WESTERMANN (FN 81), § 434 N 38; sowie AUGENHOFER (FN 17), 5 f.

<sup>92</sup> Vgl. ZÖCHLING-JUD (FN 6), 123. Der Verkäufer muss gem. Art. 7 Abs. 3 WKRL dafür sorgen, dass der Verbraucher über die Aktualisierungen informiert wird und solche erhält. Ein Modifikationsrecht, wie es in Art. 19 DIDRL vorgesehen ist, fehlt in der WKRL, siehe dazu BACH (FN 9), 1707.

<sup>93</sup> Ausser es sei vertraglich etwas anderes bestimmt.

<sup>94</sup> Siehe Erwg. 30 WKRL. Siehe auch Art. 7 Abs. 4 WKRL.

<sup>95</sup> BACH (FN 9), 1707. Eine Aktualisierungspflicht kann beispielsweise für vernetzte Fahrzeuge gelten, MAY (FN 5), 479.

ser Zeitraum zumindest so lang zu sein hat, wie der Verkäufer für die Vertragswidrigkeit haftet, d.h. regelmässig zwei Jahre.<sup>96</sup> Den Parteien ist es natürlich freigestellt, im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen bestimmten Zeitraum vorzusehen.

Interessant ist aber die Aussage in den Erwägungen, dass sich in gewissen Fällen – insbesondere hinsichtlich Sicherheitsaktualisierungen – die vernünftige Erwartung des Verbrauchers über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus erstrecken kann.<sup>97</sup> Im Widerspruch zu dieser Erwägung stehen Art. 7 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 WKRL, wonach der Verkäufer, der im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum hinweg vorgesehen hat, für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung haftet, die innerhalb von zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren offenbar wird. Eine längere Haftung kommt nur in Frage, wenn sie auch vertraglich vereinbart worden ist. Nach dem an sich klaren Wortlaut der Richtlinie wäre eine Haftung demnach in Fällen, in denen die vernünftige Erwartung des Verbrauchers über zwei Jahre hinausgeht, ausgeschlossen. Damit bestünde entweder auch keine Aktualisierungspflicht mehr oder es würde zur absurden Situation führen, dass der Verkäufer zwar zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichtet wäre, jedoch nicht dafür haften würde, falls er dies unterlässt.

Diese beiden Aussagen liessen sich wohl am ehesten dadurch vereinbaren, dass man bei Kaufverträgen mit digitalen Inhalten die Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen über die gesamte Lebensdauer der Ware als eine konkludente Vereinbarung in den Vertrag hineinlesen würde.<sup>98</sup> Sollte sich z.B. bei einem vernetzten Auto eine Sicherheitslücke herausstellen, so müsste der Verkäufer die nötige Aktualisierung auch dann unentgeltlich zur Verfügung stellen, wenn die Zweijahresfrist schon abgelaufen wäre. Diese Auslegung zieht eine Parallele zur Produktverfolgungspflicht, die in Art. 5 der Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit<sup>99</sup> ausgedrückt ist. Demnach sind Hersteller verpflichtet, *«Maßnahmen zu treffen, die den Eigenschaften der von ihnen gelieferten Produkte angemessen sind, damit sie imstande sind, a) die*

*etwaigen von diesen Produkten ausgehenden Gefahren zu erkennen, b) zu deren Vermeidung zweckmäßige Vorkehrungen treffen zu können, erforderlichenfalls einschließlich der Rücknahme vom Markt, der angemessenen und wirksamen Warnung der Verbraucher und des Rückrufs beim Verbraucher».*<sup>100</sup> Das heisst nicht nur bei Waren mit digitalen Elementen, sondern auch bei «klassischen» Waren sind die Produzenten dazu verpflichtet, eventuelle Sicherheitslücken unentgeltlich zu schliessen.

Die Frage nach der Pflicht zur Bereitstellung von nicht sicherheitsrelevanten Updates nach Ablauf der Zweijahresfrist beschlägt dabei den gleichen Fragenkomplex wie diejenige nach der Pflicht zur Gewährleistung der Verfügbarkeit von Ersatzteilen.<sup>101</sup> Es wäre jedoch sachgerecht, diese Pflichten dem Hersteller – und, wenn überhaupt, nur in begrenztem Masse dem Verkäufer – aufzuerlegen.<sup>102</sup> Die Schwierigkeit wird aber u.a. gerade darin bestehen, eine vom Verbraucher berechtigterweise zu erwartende Lebensdauer für eine bestimmte Ware festzulegen. Dazu gibt es weder aus technischen Normen noch aus dem Stand von Wissenschaft und Technik verlässliche Verfahren oder Methoden, weshalb auf – auf Tests und Erfahrungswerte gestützte – Annahmen abgestellt werden müsste.<sup>103</sup>

Unterbleibt die Bereitstellung von im Kaufvertrag vereinbarten<sup>104</sup> Aktualisierungen oder sind diese fehlerhaft oder unvollständig, bewirkt dies die Vertragswidrigkeit der Waren.<sup>105</sup> In diesem Fall stehen dem Verbraucher die Abhilfen nach Art. 13 WKRL für die gesamte Ware zur Verfügung. Er kann daher grundsätzlich auch vom ganzen Vertrag zurücktreten, wobei aber die Rangordnung der Rechtsbehelfe zu beachten ist.<sup>106</sup>

<sup>96</sup> Erw. 31 WKRL. Vgl. auch MIRJAM EGGEN, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, SZW 2019, 358 ff., 366.

<sup>97</sup> Erw. 31 WKRL.

<sup>98</sup> Vgl. auch MIRJAM EGGEN, Digitales Vertragsrecht, Jusletter vom 2.12.2019, N 49.

<sup>99</sup> Richtlinie 2001/95/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. L 11 vom 15.1.2002, 4 ff.

<sup>100</sup> Siehe dazu für die Schweiz Art. 8 Abs. 2 Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktsicherheit (PrSG; SR 930.11).

<sup>101</sup> Die WKRL verpflichtet den Käufer gerade nicht dazu, die Verfügbarkeit von Ersatzteilen zu gewährleisten, siehe oben FN 83. Dabei ist festzuhalten, dass die Versorgung mit Ersatzteilen, aufgrund der entstehenden Einzelfallkosten, im Gegensatz zu Sicherheitsupdates der digitalen Inhalte unterschiedlich beurteilt werden dürfte. So ist für die Lieferung von Ersatzteilen nach der 2-jährigen Gewährleistungsfrist Entgeltlichkeit anzunehmen.

<sup>102</sup> So auch EGGEN (FN 98), N 49.

<sup>103</sup> Vgl. HELMIG (FN 54), 206. Vgl. auch EGGEN (FN 98), N 50.

<sup>104</sup> Das Gleiche muss auch für die nicht explizit vereinbarten, aber notwendigen Aktualisierungen gelten.

<sup>105</sup> Erw. 28 WKRL.

<sup>106</sup> ZÖCHLING-JUD (FN 6), 124. Zur Rangordnung der Rechtsbehelfe siehe unten II.D.1.

## C. Voraussetzungen für die Haftung des Verkäufers

### 1. Untersuchungs- und Rügepflicht des Verbrauchers?

Eine Untersuchungspflicht für den Verbraucher ist in der WKRL – wie bereits in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – nicht vorgesehen. Da die WKRL gem. Art. 4 eine Vollharmonisierung anstrebt (ausser wenn explizit das Gegenteil ausgedrückt ist), wäre die Einführung einer solchen durch die EU-Mitgliedstaaten unzulässig.<sup>107</sup>

Wie bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Art. 5 Abs. 2 gibt Art. 12 WKRL den EU-Mitgliedstaaten dagegen die Möglichkeit, dem Verbraucher eine Rügeobliegenheit aufzuerlegen, nach deren Ablauf er all seine Rechtsbehelfe verliert. Dabei muss die Frist jedoch mindestens zwei Monate betragen. Diese Möglichkeit stellt «eine weitere Öffnung der vollharmonisierenden Wirkung zugunsten mitgliedstaatlicher Alleingänge» dar.<sup>108</sup> Aktuell ist eine solche Rügefrist in insgesamt 19 EU-Mitgliedstaaten vorgesehen. Dagegen haben 9 EU-Mitgliedstaaten – darunter auch Deutschland, Österreich und Frankreich – darauf verzichtet.<sup>109</sup>

Die Möglichkeit, eine Rügepflicht für Verbraucher vorzusehen, wurde bereits bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie kritisiert.<sup>110</sup> Diese Kritik kann gleichermassen an der erneuten Aufnahme in die WKRL vorgebracht werden.

### 2. Beweislast des Verbrauchers?

#### a. Allgemein

Gemäss Art. 11 Abs. 1 WKRL wird bei Vertragswidrigkeiten, welche innerhalb eines Jahres nach der Lieferung offenbar werden, vermutet, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden haben. Die Vermutungsfrist wurde damit in der WKRL von den in der Verbrauchsgü-

terkauf-Richtlinie vorgesehenen sechs Monaten auf ein Jahr verlängert.<sup>111</sup> Diese Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers ist bedeutsam, da der Beweis, dass der Mangel bereits bei der Lieferung vorgelegen hat, nur im Ausnahmefall gelingt. Während dieses Zeitraums muss der Verbraucher lediglich nachweisen, dass die Ware vertragswidrig ist, ohne auch nachweisen zu müssen, dass die Vertragswidrigkeit tatsächlich bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden hat. Diesfalls müsste der Verkäufer – um den Anspruch des Verbrauchers abzuwenden – nachweisen, dass die Vertragswidrigkeit zu diesem Zeitpunkt nicht bestand.<sup>112</sup> Bemerkenswert ist, dass die WKRL den EU-Mitgliedstaaten in Art. 11 Abs. 2 WKRL gestattet, die Beweislastumkehr auf zwei Jahre auszudehnen, womit diesbezüglich gerade keine Vollharmonisierung erreicht wird.<sup>113</sup>

#### b. Bei Aktualisierungen

Die Frage nach der Beweislast bei Aktualisierungen wird in der WKRL offengelassen. Fraglich ist also, was beispielsweise zu gelten hat, wenn der Verkäufer gestützt auf Art. 7 Abs. 3 lit. a WKRL nach eineinhalb Jahren eine Aktualisierung schuldet, welche von ihm bereitgestellt und vom Verbraucher installiert wird, und danach weiterhin Probleme bestehen. Es läuft letztlich auf die Frage hinaus, ob mit der Bereitstellung der Aktualisierung die Jahresfrist der Beweislastumkehr von neuem zu laufen beginnt oder nicht. Dies sollte angenommen werden, da es gerade bei Waren mit digitalen Elementen für den Verbraucher fast unmöglich ist, zu beweisen, was den Mangel ausmacht und wann konkret dieser aufgetreten ist.<sup>114</sup>

### 3. Verschulden des Verkäufers?

Die Frage, ob die Haftung des Verkäufers dessen Verschulden voraussetzt, ist zu verneinen. Die Haftung des

<sup>107</sup> Vgl. RUDLOFF (FN 72), 327. Auch schon unter der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durfte keine Untersuchungspflicht eingeführt werden, vgl. EuGH, 4.6.2015, *Faber*; C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, N 61.

<sup>108</sup> BACH (FN 9), 1708; siehe auch Erwg. 46 WKRL.

<sup>109</sup> KLAUS TONNER/ALEX HALFMEIER/MARINA TAMM, Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., EU-Verbraucherrecht auf dem Prüfstand, Erkenntnisse aus Verbrauchersicht, Berlin 2017, 80 f. Zwischenzeitlich waren es 16 EU-Mitgliedstaaten, welche eine Rügefrist vorsahen, siehe KOM(2007) 210, 10.

<sup>110</sup> Siehe GRUNDMANN/BIANCA/HONDIUS (FN 28), Art. 5 N 11. Die Möglichkeit, eine Rügeobliegenheit für Verbraucher einzuführen, bezeichnet STAUDENMAYER als «deutliche[n] Schwachpunkt der Richtlinie», STAUDENMAYER (FN 34), 2396.

<sup>111</sup> ZÖCHLING-JUD (FN 6), 125. Vgl. Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, siehe dazu GRUNDMANN/BIANCA/HONDIUS (FN 28), Art. 5 N 21. Die Verlängerung führt zu einer erheblichen Anhebung des Verbraucherschutzniveaus und «ist mit Blick auf die effektive Durchsetzung der dem Verbraucher zustehenden Abhilfen und die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers ausdrücklich zu begrüßen», WENDLAND (FN 23), 130.

<sup>112</sup> Vgl. Erwg. 45 WKRL. Zur Frage, was der Verbraucher unter der geltenden Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nachzuweisen hat, siehe EuGH, 4.6.2015, *Faber*; C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, N 66 ff.

<sup>113</sup> BACH (FN 9), 1708. Im Kommissionsvorschlag war demgegenüber noch eine Beweislastumkehr für zwei Jahre vorgesehen, siehe Art. 8 Abs. 3 KOM(2015) 635 final.

<sup>114</sup> Siehe aber ZÖCHLING-JUD (FN 6), 126, die die Auffassung vertritt, dass der Wortlaut von Art. 10 und 11 WKRL gegen einen neuen Fristbeginn spreche, weshalb für diesen grundsätzlich nur die ursprüngliche Lieferung der Ware massgebend sei.

Verkäufers für den vertragsgemässen Zustand der Ware und damit sämtliche Abhilfen, welche die WKRL dem Verbraucher gewährt, sind verschuldensunabhängig. Gleichermassen bestehen auch bereits nach der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Primärleistungspflicht sowie die in Art. 3 vorgesehenen Rechte unabhängig davon, ob der Verkäufer die fehlende Vertragsmässigkeit verschuldet hat.<sup>115</sup> Da beide Richtlinien die Schadenersatzpflicht des Verkäufers nicht regeln, ist die Verschuldensfrage auch bei deren Ausarbeitung nie thematisiert worden.

#### 4. Befristung der Haftung

Wie bereits nach Art. 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>116</sup> ist die Haftung gem. Art. 10 Abs. 1 WKRL zeitlich auf Mängel begrenzt, die innerhalb von zwei Jahren nach der Lieferung offenbar werden. Bereits bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat eine überwiegende Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten einen Zeitraum von zwei Jahren vorgesehen, was in der Praxis von den Marktteilnehmern für angemessen erachtet wird. Deshalb wurde auch für die WKRL an der zweijährigen Frist festgehalten.<sup>117</sup>

Bei dieser Zweijahresfrist handelt es sich – wie bereits bei Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>118</sup> – um eine sog. Ausschlussfrist und nicht um eine Verjährungsfrist. Die Verjährung wird damit von der WKRL nicht geregelt. Unterliegen jedoch die Abhilfen nach nationalem Recht einer Verjährung, so haben die EU-Mitgliedstaaten gem. Art. 10 Abs. 4 WKRL sicherzustellen, dass die Verbraucher die Abhilfen nach Art. 13 in Anspruch nehmen können. Die Verjährung muss also so bemessen sein, dass der Verbraucher seine Rechtsbehelfe hinsichtlich aller Mängel geltend machen kann, die in der zweijährigen Frist erkennbar werden.

Die EU-Mitgliedstaaten haben gem. Art. 10 Abs. 6 WKRL die Möglichkeit, im Falle von gebrauchten Waren vorzusehen, dass sich Verkäufer und Verbraucher auf kürzere Gewährleistungs- oder Verjährungsfristen einigen

können, wobei diese kürzeren Fristen ein Jahr nicht unterschreiten dürfen.<sup>119</sup>

## D. Die Rechtsbehelfe des Käufers

### 1. Allgemeines

Für den Fall der Vertragswidrigkeit der Waren normieren die Art. 13–16 WKRL die dem Verbraucher zustehenden Abhilfen. Dabei sind die vier klassischen Rechtsbehelfe, so die Herstellung des vertragsgemässen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung, die Preisminderung und die Vertragsbeendigung, vorgesehen. Zudem wird dem Verkäufer in Art. 13 Abs. 6 WKRL explizit ein Zurückbehaltungsrecht betreffend die Zahlung eines ausstehenden Teils des Preises bis zur Erfüllung der Verpflichtungen durch den Verkäufer eingeräumt.<sup>120</sup>

Wird eine Vertragswidrigkeit offenbar, so hat der Verbraucher den Verkäufer darüber zu informieren, um dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, den vertragsgemässen Zustand der Waren herzustellen. Dabei hat der Verkäufer dies innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu tun. Der Verbraucher hat grundsätzlich nicht sofort Anspruch auf eine Preisminderung oder die Beendigung des Vertrags, sondern muss dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung einräumen. Erst wenn diese Frist ungenutzt verstrichen ist, hat der Verbraucher Anspruch auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags.<sup>121</sup> Mit diesem Primat der Nacherfüllung<sup>122</sup> besteht eine Kaskadenordnung der Abhilfen.

Anders als noch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gibt die WKRL dem Verkäufer in Art. 13 Abs. 3 die Möglichkeit einer Einrede der absoluten Unverhältnismässigkeit.<sup>123</sup> Der Verkäufer hat damit die Möglichkeit, die Herstellung des vertragsgemässen Zustands der Waren zu verweigern, wenn ihm sowohl eine Nachbesserung als

<sup>115</sup> GRUNDMANN/BIANCA/GRUNDMANN (FN 28), Art. 2 N 2. Das Gleiche gilt auch für das UN-Kaufrecht, siehe STAUDINGER/MAGNUS (FN 61), Art. 45 CISG N 11; sowie BRUNNER/AKIKOL/BÜRKI (FN 61), Art. 45 CISG N 11.

<sup>116</sup> Siehe dazu GRUNDMANN/BIANCA/HONDIUS (FN 28), Art. 5 N 3 ff.

<sup>117</sup> Siehe Erwg. 41 WKRL. Mit Blick auf die längere Haltbarkeit von Verbrauchsgütern wäre dagegen eine Anhebung der Gewährleistungsfrist wünschenswert gewesen, vgl. oben II.B.2.b.ii. und WENDLAND (FN 23), 130.

<sup>118</sup> Vgl. GRUNDMANN/BIANCA/HONDIUS (FN 28), Art. 5 N 5.

<sup>119</sup> Erwg. 43 WKRL.

<sup>120</sup> ZÖCHLING-JUD (FN 6), 126 f.

<sup>121</sup> Vgl. Erwg. 50 WKRL.

<sup>122</sup> Vgl. WENDLAND (FN 23), 130. Die gleiche Rangfolge der Gewährleistungsarten galt auch schon unter der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, siehe GRUNDMANN/BIANCA/BIANCA (FN 28), Art. 3 N 54; vgl. auch PETER SCHÄFER/KAREN PFEIFFER, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, Gesetzgeberische Alternativen und wirtschaftliche Folgen ihrer Umsetzung in deutsches Recht, ZIP 1999, 1829 ff., 1831.

<sup>123</sup> BACH (FN 9), 1709. Eine solche Einrede kannte etwa bereits das deutsche BGB in § 439 Abs. 3 aF, wurde jedoch unter Geltung der alten Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vom EuGH gerügt, siehe EuGH, 16.6.2011, *Weber/Putz*, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396. Dies führte sodann in Deutschland zu einer Gesetzesänderung, dazu BACH (FN 9), 1708.

auch eine Ersatzlieferung unmöglich sind oder unverhältnismässige Kosten verursachen würden.<sup>124</sup> Dabei sind als Kriterien für die Unverhältnismässigkeit sämtliche Umstände des Einzelfalls, so auch der Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand sowie die Bedeutung des Mangels, heranzuziehen.<sup>125</sup>

## 2. Nachbesserung und Ersatzlieferung

Nach Art. 13 Abs. 2 WKRL kann der Verbraucher zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen, wobei die Wahlmöglichkeit nur einzuschränken ist, wenn die gewählte Möglichkeit rechtlich oder tatsächlich unmöglich wäre oder dem Verkäufer unverhältnismässige Kosten verursachen würde. Dabei haben sowohl die Nachbesserung als auch die Ersatzlieferung gem. Art. 14 Abs. 1 WKRL unentgeltlich (lit. a), innerhalb einer angemessenen Frist nach Unterrichtung (lit. b) sowie ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen (lit. c).

In Art. 14 Abs. 3 WKRL wird – anders als noch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>126</sup> – nun ausdrücklich festgehalten, dass die Nacherfüllung bei bereits eingebauten Sachen auch deren Aus- und Wiedereinbau umfasst.<sup>127</sup> Zudem ist der Verbraucher gem. Art. 14 Abs. 4 WKRL nicht zum Nutzungsersatz für die normale Verwendung der ersetzten Waren verpflichtet.<sup>128</sup>

Die Streitfrage nach dem Nacherfüllungsort wird dagegen durch die WKRL nicht geregelt und bleibt damit weiterhin offen.<sup>129</sup> Die Klärung dieser Frage wurde ausdrücklich dem nationalen Recht überlassen.<sup>130</sup>

## 3. Preisminderung

Für den Fall, dass eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht in Betracht kommt,<sup>131</sup> steht dem Verbraucher

gem. Art. 13 Abs. 4 WKRL ein Anspruch auf Minderung oder Rücktritt vom Vertrag zu. Dabei bemisst sich der Umfang der Minderung gem. Art. 15 WKRL nach dem Verhältnis des Werts der mangelhaften Ware zum hypothetischen Wert der mangelfreien Ware.<sup>132</sup> Dagegen hatte die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Frage der Berechnung der Preisminderung noch offengelassen.<sup>133</sup>

## 4. Rücktritt

### a. Rücktrittsgrund

Ein Rücktrittsrecht steht dem Verbraucher gem. Art. 13 Abs. 4 WKRL in vier Fällen der Schlechtleistung zu.<sup>134</sup> Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung nicht vorgenommen hat oder er die Herstellung des vertragsgemässen Zustands der Waren verweigert, weil die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung nicht möglich ist oder ihm unverhältnismässige Kosten verursachen würde (lit. a);<sup>135</sup> wenn eine Vertragswidrigkeit verbleibt, obwohl der Verkäufer versucht hat, den vertragsgemässen Zustand herzustellen (lit. b); wenn die Vertragswidrigkeit derart schwerwiegend ist, dass eine sofortige Beendigung des Kaufvertrags (oder Preisminderung) gerechtfertigt ist (lit. c);<sup>136</sup> oder wenn der Verkäufer erklärt hat oder aus den Umständen offensichtlich ist, dass er den vertragsgemässen Zustand nicht innert angemessener Frist oder ohne Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird (lit. d).

Mit dieser Regelung wird der Katalog möglicher Rücktrittsgründe gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie um die grundlos nicht erbrachte und die fehlgeschlagene Nacherfüllung sowie den wesentlichen Mangel erweitert.<sup>137</sup> Ein Anspruch auf Beendigung des Vertrags steht dem Verbraucher aber in allen Fällen nur dann zu, wenn die Vertragswidrigkeit nicht geringfügig ist.<sup>138</sup> Zu-

<sup>124</sup> Erwg. 49 WKRL.

<sup>125</sup> BACH (FN 9), 1709.

<sup>126</sup> Siehe EuGH, 16.6.2011, *Weber/Putz*, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396.

<sup>127</sup> BACH (FN 9), 1709.

<sup>128</sup> Dieser Zusatz wurde zur Umsetzung der EuGH-Entscheidung vom 17.4.2008 (*Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231) eingefügt. Dabei gilt die Verwendung der Waren als normal, wenn sie der Art und dem Zweck der Waren entspricht, Erwg. 57 WKRL.

<sup>129</sup> BACH (FN 9), 1709; ZINNER (FN 11), 242; siehe dazu ausführlich SUSANNE AUGENHOFER, *Der Nacherfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf, Bei dir oder bei mir? – Das sagt uns dann das Gericht*, NJW 2019, 1988 ff., 1990; sowie TILL FELDMANN, *Ort der Nacherfüllung, Kostenvorschuss und Inhalt des Nacherfüllungsverlangens*, EuZW 2019, 601 ff., 604.

<sup>130</sup> Erwg. 56 WKRL.

<sup>131</sup> Siehe sogleich unten II.D.4.a.

<sup>132</sup> WENDLAND (FN 23), 131.

<sup>133</sup> RUDOLF WELSER/BRIGITTA JUD, *Zur Reform des Gewährleistungsrechts – Die Europäische Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Bedeutung für ein neues Gewährleistungsrecht*, Verhandlungen des 14. Österreichischen Juristentages, Band II/1, Wien 2000, 90.

<sup>134</sup> Die WKRL enthält im Gegensatz zur DIDRL keine Regelung zum Rücktritt wegen Nichtleistung, siehe Art. 13 DIDRL, dazu BACH (FN 9), 1709.

<sup>135</sup> Erwg. 51 WKRL.

<sup>136</sup> So dass der Verbraucher nicht mehr darauf vertrauen kann, dass der Verkäufer in der Lage ist, den vertragsgemässen Zustand der Waren herzustellen, Erwg. 52 WKRL.

<sup>137</sup> BACH (FN 9), 1709.

<sup>138</sup> Vgl. Erwg. 53 WKRL. So auch bereits bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, siehe GRUNDMANN/BIANCA/BIANCA (FN 28), Art. 3 N 41.

dem kann es bei teuren oder komplexen Waren allenfalls gerechtfertigt sein, dem Verkäufer einen weiteren Versuch zur Behebung der Vertragswidrigkeit zu gestatten.<sup>139</sup>

### b. Rücktrittsfolgen

Im Rücktrittsfall hat der Verbraucher gem. Art. 16 Abs. 3 lit. a WKRL dem Verkäufer die Waren auf dessen Kosten zurückzugeben und der Verkäufer dem Verbraucher den gezahlten Preis zu erstatten, sobald er die Waren erhält (lit. b). Die WKRL regelt damit nur die Hauptwirkungen und die Modalitäten der Ausübung des Rechts auf Vertragsbeendigung.<sup>140</sup>

Ungeregelt bleiben hingegen die Fragen, ob der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten darf, falls er die Sache nicht mehr erstatten kann, oder ob er Wertersatz für die Nutzung sowie einen allfälligen Wertverlust der Ware zu zahlen hat oder der Verkäufer Zinsen schuldet. Gemäss Art. 16 Abs. 3 WKRL ist es den Mitgliedstaaten überlassen, die Modalitäten der Rückgabe und Erstattung festzulegen.<sup>141</sup> Dies ist auch verständlich, da diese Fragen zu sehr in das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten eingreifen würden, weshalb sie auch bereits in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>142</sup> der Regelungskompetenz der EU-Mitgliedstaaten anheimgestellt waren.

### E. Rechtsmängel

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie unterscheidet in Art. 2 nicht explizit zwischen Sach- und Rechtsmängeln. Ob dieser Verzicht so zu deuten ist, dass Rechtsmängel auch in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, blieb streitig.<sup>143</sup> Die Schuldrechtsreform in Deutschland z.B. belies es bei der unterschiedlichen Definition der Sach- und Rechtsmängel (§§ 434 und 435 BGB), so wie es auch das UN-Kaufrecht in Art. 35 und 41–42 vorgezogen hatte. Doch übernahm sie den Gedanken, dass die Rechtsfolgen von Sach- und Rechtsmängeln weitgehend vereinheitlicht werden müssen.<sup>144</sup> Der Einfluss des

UN-Kaufrechts sowie der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie kann z.B. auch in Art. IV. A. 2:301 (d) in Verbindung mit Art. 2:305 und 2:306 DCFR<sup>145</sup> und Art. 99 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 102 CESL<sup>146</sup> gesehen werden, die beide zwar Sach- und Rechtsmängel separat definieren, die Rechtsfolgen jedoch vereinheitlichen.

Somit ist es zu begrüssen, dass Art. 9 WKRL nun ausdrücklich festhält, dass die EU-Mitgliedstaaten für den Fall einer Vertragswidrigkeit, welche sich aus einer Verletzung von Rechten Dritter, insbesondere von Rechten des geistigen Eigentums, ergibt und die Nutzung der Waren verhindert oder einschränkt, sicherstellen, dass der Verbraucher Anspruch auf die gleichen Abhilfen wie im Falle eines Sachmangels hat. Die Diskussion um die Gleichstellung der Rechtsfolgen hätte durch diese neue Regelung definitiv beendet werden können. Doch gibt die WKRL den EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit, alternativ die in ihren nationalen Rechten vorgesehenen Rechtsfolgen der Nichtigkeit oder Auflösung des Kaufvertrags beizubehalten.<sup>147</sup> Dies ist sehr zu bedauern, da es die heute überwiegende legislative Tendenz, die Rechtsfolgen von Sach- und Rechtsmängel parallel zu schalten, ignoriert.<sup>148</sup>

### F. Zwingende Natur der Bestimmungen

Art. 21 WKRL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die Anwendung nationaler Massnahmen zur Umsetzung der Richtlinie als zwingend ausgestalten. Das heisst, dass vertragliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers dessen Rechte ausschliessen oder eingrenzen, für den Verbraucher nicht bindend sein dürfen. Eine Ausnahme gilt nur in den Fällen, in denen der Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Waren dem Verbraucher zur Kenntnis gebracht und Letzterer dieser ausdrücklich zugestimmt hat.<sup>149</sup>

### III. Reformansätze für das schweizerische Kaufrecht

Das schweizerische Kaufrecht unterscheidet bezüglich des Gewährleistungsrechts nicht zwischen B2B- und

<sup>139</sup> Erwg. 52 WKRL.

<sup>140</sup> Erwg. 59 WKRL. So bleiben die EU-Mitgliedstaaten beispielsweise frei, bestimmte Fristen für die Erstattung des Preises oder die Rückgabe der Ware vorzusehen, Erwg. 60 WKRL.

<sup>141</sup> BACH (FN 9), 1710. Siehe auch die Öffnungsklauseln in den Erwg. 18 und 60 WKRL.

<sup>142</sup> Für den Fall der Verschlechterung der Ware siehe GRUNDMANN/BIANCA/BIANCA (FN 28), Art. 3 N 48.

<sup>143</sup> Siehe dazu SEBASTIAN MARTENS, Art. 18:203(1) N 8, in: Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018 (zit. JANSEN/ZIMMERMANN/Verfasser/in); GRUNDMANN/BIANCA/GRUNDMANN (FN 28), Einl. N 133, Art. 2 N 14 ff.; BeckOK BGB-FAUST (FN 82), § 435 N 4.

<sup>144</sup> BeckOK BGB-FAUST (FN 82), § 435 N 3.

<sup>145</sup> Draft Common Frame of Reference.

<sup>146</sup> Common European Sales Law.

<sup>147</sup> Erwg. 35 WKRL.

<sup>148</sup> INGEBORG SCHWENZER/PASCAL HACHEM/CHRISTOPHER KEE, Global Sales and Contract Law, Oxford 2012, N 32.07, siehe dort auch Fn 18.

<sup>149</sup> Siehe dazu auch oben II.B.3.

B2C-Verträgen.<sup>150</sup> Ein eigentliches Verbraucherkaufrecht kennt die Schweiz damit nicht. Nach den Vorstellungen der Verfasser des Obligationenrechts sind die Schweizerinnen und Schweizer allesamt Kaufleute.<sup>151</sup> Obwohl es sicher stimmt, dass in vielen Bereichen eine Unterscheidung zwischen B2B- und B2C-Verträgen nicht nötig ist, da oft die gleichen Wertentscheidungen eingreifen,<sup>152</sup> gibt es doch Fragen wie die Prüfungs- und Rügeobliegenheit oder die Beweislast, die unterschiedlich geregelt werden müssen. Die zwingende Natur der Kaufrechtsbestimmungen in B2C-Geschäften ist sicher ein anderes wichtiges Beispiel. Doch das eigentliche Problem des schweizerischen Kaufrechts ist es, dass dieses einer Revision für B2B- sowie für B2C-Verträge bedarf.<sup>153</sup> Viele der Bestimmungen im OR lassen sich heute auch für B2B-Verträge nicht mehr rechtfertigen. Der Erlass der WKRL soll als wiederholter Anlass dazu genommen werden, diesen Reformbedarf aufzuzeigen.

### A. Vertragsmässigkeit der Ware

Das einheitliche Konzept des Mangelbegriffs in der WKRL vermag – wie bereits bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und beim UN-Kaufrecht – zu überzeugen.<sup>154</sup> Die Definition der Vertragsmässigkeit anhand von subjektiven und objektiven Anforderungen als primäre Leistungspflicht und der Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius*, Qualitäts- und Quantitätsabweichung sowie zugesicherten und vorausgesetzten Eigenschaften<sup>155</sup> erübrigen eine oft schwierige Grenzziehung

zwischen diesen Begriffspaaren<sup>156</sup> und dienen der Rechtssicherheit. Eine Übernahme des Konzepts *de lege ferenda* im OR, freilich mit einer übersichtlicheren und kürzeren Ausgestaltung der subjektiven und der objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit als in der WKRL,<sup>157</sup> wäre daher wünschenswert. Besonders wichtig erscheint es hierbei, die objektiven Anforderungen so zu gestalten, dass der Verkäufer auch für die Werbeaussagen der vorhergehenden Glieder in der Vertragskette einschliesslich des Herstellers einstehen muss und dass die Haltbarkeit der Ware zu den objektiven Anforderungen hinzugefügt wird. Die Gleichbehandlung einer fehlerhaften Montage oder Montageanleitung als Vertragswidrigkeit – wie dies Art. 8 WKRL vorsieht – könnte zu diesem Anlass auch im positiven Recht verankert werden. Schliesslich sollte die Unterscheidung zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln nicht weiterverfolgt werden, da die Erheblichkeit eines Mangels nur darüber entscheiden sollte, auf welchen der verschiedenen Rechtsbehelfe sich der Käufer berufen darf.

### B. Rechtsmangel

Das OR folgt bis heute der römischrechtlichen<sup>158</sup> Unterteilung zwischen Sach- und Rechtsgewährleistung. Es sieht in Art. 195 Abs. 1 vor, dass der Kaufvertrag bei vollständiger Entwehrung *als aufgehoben zu betrachten* ist. Dagegen hat der Käufer bei einer teilweisen Entwehrung nach Art. 196 OR im Grundsatz nur ein Recht auf Schadenersatz. Er kann ausnahmsweise die Auflösung verlan-

<sup>150</sup> Vgl. PASCAL PICHONNAZ, Überlegungen zur «autonomen» Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in der Schweiz, in: Martin Schermaier (Hrsg.), Verbraucherkäuf in Europa, Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, München 2003, 287 ff., 289. Anders etwa in Deutschland, siehe ANDREAS SCHWARTZE, § 14 N 111, in: Marina Tammer/Klaus Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung, Beratungshandbuch, 2. A., Baden-Baden 2016 (zit. TAMMER/TONNER/Verfasser/in).

<sup>151</sup> Vgl. dazu etwa LUKAS SCHWIZER, Ernst Brenners Einfluss auf die Rechtseinheit – Leben und Wirken eines bedeutenden Schweizer Justizministers (1856–1911), Diss. Bern, Bern 2015, 31.

<sup>152</sup> Vgl. im Detail ATAMER (FN 20).

<sup>153</sup> Ausführlich dazu YEŞİM M. ATAMER/MIRJAM EGGEN, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZBJV 2017, 731 ff.

<sup>154</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 762.

<sup>155</sup> Vgl. PHILIPP GELZER, Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht, Diss. Basel, Basel 2003, 18 ff.; sowie GRUNDMANN/BIANCA/GRUNDMANN (FN 28), Art. 2 N 6.

<sup>156</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 760 f. Vgl. zu den Diskussionen im schweizerischen Recht z.B. PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Frank Vischer (Hrsg.), Band VII/1, Obligationenrecht, Besondere Verhältnisse, Basel 1977, 1 ff., 82 ff.; GELZER (FN 155), 66 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 2587 ff.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, 70 ff.; THOMAS KOLLER, Aliud und peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, FS Ernst A. Kramer, Basel 2004, 531 ff.; ERNST A. KRAMER, Noch einmal zur Aliud-Lieferung beim Gattungskauf, Urteilsbesprechung BGE 121 III 453, recht 1997, 78 ff.; MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 20 ff., in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184–318 OR, 3. A., Zürich 2016. Vgl. die Übersicht zur rechtsvergleichenden Tendenz in diese Richtung bei JANSEN/ZIMMERMANN/MARTENS (FN 143), Art. 18:203(1) N 7 und 10.

<sup>157</sup> Siehe oben II.B.1.

<sup>158</sup> Siehe MAX KASER, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. A., München 1971, 553 ff.

gen, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass er bei Voraussicht der teilweisen Entwehrung den Vertrag überhaupt nicht geschlossen hätte (Abs. 2).<sup>159</sup> Dagegen hat der Käufer bei Sachmängeln – unter den gegebenen Voraussetzungen – ein Recht auf Wandelung oder Minderung (Art. 205 OR) oder im Falle des Kaufs einer bestimmten Menge einer vertretbaren Sache ein Recht auf Ersatzleistung (Art. 206 OR).

Obwohl es überzeugt, auch künftig die Voraussetzungen der Sach- und Rechtsgewährleistung – insbesondere auch bezüglich der Verjährungsfristen – getrennt zu definieren,<sup>160</sup> kann eine solche Unterteilung im Bereich der Rechtsfolgen nicht vertreten werden. So besteht etwa kein sachlicher Grund, warum der Käufer im Falle der Entwehrung kein Recht auf Nachlieferung haben sollte, wenn eine gleichartige und gleichwertige Sache zum Austausch vorhanden ist. Im Bereich der Immaterialgüterrechte besteht zudem die Möglichkeit, dass der Verkäufer durch den Abschluss von Lizenzverträgen die Nutzung der Sache für den Käufer gewährleistet. Auch kann für den Käufer ein Recht auf Minderung von Nutzen sein, etwa wenn die verkaufte Ware wegen begrenzter dinglicher Rechte Dritter einen geringeren Wert hat, für den Käufer aber immer noch von Bedeutung ist.<sup>161</sup> Die angestrebte Regelung einer konsequenten Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmangel betreffend die Rechtsfolgen ist denn grundsätzlich auch im CISG – was integraler Bestandteil des Schweizer Rechts ist<sup>162</sup> – bereits kodifiziert.<sup>163</sup>

### C. Gefahrtragung

Nutzen und Gefahr der Sache gehen gem. Art. 185 Abs. 1 OR – sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen – mit dem Abschluss des Vertrags auf den Erwerber über. Beim Gattungskauf muss die Sache überdies ausgeschieden und beim Versen-

dungskauf zur Versendung abgegeben sein (Abs. 2). Mit dieser aus dem römischen Recht<sup>164</sup> stammenden «*periculum est emptoris*»-Regel trägt der Käufer das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache zwischen Vertragsabschluss und Sachübergabe und riskiert, den vollen Kaufpreis zahlen zu müssen, obwohl er die Kaufsache überhaupt nicht oder nur in verschlechterter Form erhält.<sup>165</sup> In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird indes eine Ausnahme grosszügig angewandt.<sup>166</sup> Diese enge Anwendung findet in einem Teil der Lehre Unterstützung.<sup>167</sup> Dagegen wird aber etwa vorgebracht, dass ein derart enger Anwendungsbereich nicht mit dem Sinn und Zweck von Art. 185 OR übereinstimme.<sup>168</sup> Auch das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Ausnahmen den allgemeinen Grundsatz nicht völlig verdrängen dürften.<sup>169</sup>

Die kaufrechtliche Gefahrtragung des OR führt zu einem Ungleichgewicht im Synallagma von Käufer und Verkäufer und bewirkt ein Auseinanderfallen von Sachherrschaft und Verlustrisiko sowohl in B2B- wie auch in B2C-Verhältnissen.<sup>170</sup> Diese – den Käufer benachteiligende – Regelung wird in der Lehre denn auch heftig kritisiert.<sup>171</sup> Zudem zweifelte bereits der Bundesrat in der OR-Revisionsbotschaft von 1905, «ob nicht [...] der Übergang von Nutzen und Gefahr richtiger auf den Zeitpunkt der Übergabe der Sache verlegt würde».<sup>172</sup> Der im überwiegenden Teil der Lehre geäusserten Kritik ist zuzu-

<sup>159</sup> Siehe JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2016, N 294 ff.; sowie HUGUENIN (FN 156), N 2582.

<sup>160</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 781; siehe auch BEAT SCHÖNENBERGER, Sach- und Rechtsgewährleistung – eine zeitgemässe Unterscheidung?, BJM 2009, 173 ff., 187. Fraglich bleibt allerdings, ob an der Unterscheidung von Rechtsmangel i.S.v. Art. 192 OR und rechtlichem Sachmangel i.S.v. Art. 197 OR festgehalten werden soll.

<sup>161</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 781 f.

<sup>162</sup> Siehe BGer, 4A\_543/2018, 28.5.2019, E. 2.1 sowie E. 4.1 (zur Publikation vorgesehen).

<sup>163</sup> Zum Lehrstreit darüber, ob die Rechtsbehelfe nach Art. 46 Abs. 2 und 3 sowie Art. 50 CISG auch für Rechtsmängel gelten, siehe ATAMER/EGGEN (FN 153), 780 f.

<sup>164</sup> Siehe KASER (FN 158), 552 f.

<sup>165</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 455 ff.; siehe auch CAVIN (FN 156), 27 ff.

<sup>166</sup> BGE 84 II 158 E. 1.b; siehe auch 52 II 362 E. 1.

<sup>167</sup> EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 79; BUCHER (FN 15), 285; MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 26 f.; ALFRED KOLLER, Art. 185 N 35, in: Heinrich Honsel et al. (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser/in).

<sup>168</sup> LILIANE SIEBER, Gefahrtragung im Kaufrecht, Diss. Zürich, Zürich 1993, 74 f.

<sup>169</sup> BGE 128 III 370 E. 4.a.

<sup>170</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 745.

<sup>171</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 456; ablehnend auch: BUCHER (FN 15), 281 ff.; CAVIN (FN 156), 29 f.; HANS GIGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. A., Bern 1980 (zit. BK-GIGER), Art. 185 OR N 74; BSK OR I-KOLLER (FN 167), Art. 185 N 35 und 46; zustimmend dagegen: BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 388; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936, Art. 185 OR N 2. Für eine weitere Übersicht siehe HERBERT SCHÖNLE, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–191 OR, Kauf und Schenkung, 3. A., Zürich 1993, Art. 185 OR N 45a.

<sup>172</sup> URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, 1458.

stimmen. *De lege ferenda* ist der Gefahrenübergang auf den Zeitpunkt der Sachübergabe zu verlegen.<sup>173</sup> Entsprechend soll der Käufer den vollen Kaufpreis erst schulden, wenn ihm oder einem unabhängigen Transporteur die Ware übergeben worden ist oder er sich im Annahmeverzug befindet.<sup>174</sup> Hinzu kommt für B2C-Verträge, die einen Transport der Ware vorsehen, dass eine Bringschuld gesetzlich verankert werden sollte, so dass der Verbraucher vor dem Risiko eines Verlusts oder einer Beschädigung der Ware unterwegs geschützt ist.<sup>175</sup>

#### D. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit

Nach Art. 201 Abs. 1 OR soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen. Dabei handelt es sich nicht um eine Pflicht, sondern um eine Obliegenheit, bei deren Nichteinhaltung der Käufer aber den Nachteil erleidet, dass die gekaufte Sache als genehmigt gilt.<sup>176</sup> Das OR unterscheidet zwischen offenen Mängeln, welche bei übungsgemässer Untersuchung erkennbar sind, und verdeckten Mängeln, welche dabei nicht erkannt werden können. Letztere müssen gem. Art. 201 Abs. 3 OR sofort nach ihrer Entdeckung gerügt werden.<sup>177</sup>

So sehr diese Bestimmungen auch für B2B-Verträge als geeignet erscheinen,<sup>178</sup> umso weniger werden sie den Bedürfnissen von Konsumenten gerecht.<sup>179</sup> Eine strenge Untersuchungs- und Rügepflicht ist kaum mit dem verfassungsrechtlich begründeten Konsumentenschutz in Art. 97 Abs. 1 BV zu vereinbaren.<sup>180</sup> Eine solche Obliegenheit ist auch dem nichtkaufmännischen Publikum

weder generell bekannt noch im allgemeinen Rechtsbewusstsein verwurzelt.<sup>181</sup>

Es fragt sich deswegen, wie weit bei einer Revision der WKRL gefolgt werden sollte. Wie schon gesehen, ist eine Untersuchungspflicht in B2C-Geschäften nach der WKRL gar nicht zulässig. Dagegen wird es den nationalen Gesetzgebern in Art. 12 WKRL ausdrücklich überlassen, eine mindestens zweimonatige Rügeobliegenheit vorzusehen, wobei dies aktuell in 19 EU-Mitgliedstaaten der Fall ist, hingegen neun eine solche Obliegenheit für B2C-Verträge nicht vorsehen.<sup>182</sup> Es überzeugt auch in der Tat mehr, in B2C-Verträgen gänzlich auf eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit zu verzichten.<sup>183</sup> Ein solcher Verzicht ist denn auch dem Verkäufer zumutbar. Dieser hat kein gewichtiges Interesse an einer frühen Anzeige, da er sich ohnehin darauf einstellen muss, während der Gewährleistungsfrist in Anspruch genommen zu werden.<sup>184</sup> Einem Konsumenten, der die mangelhafte Sache bewusst länger nutzt und später rügt, kann der Verkäufer mit dem Rechtsmissbrauchsverbot entgegnet werden.

#### E. Beweislast

Während die WKRL in Art. 11 Abs. 1 eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers vorsieht,<sup>185</sup> ist eine solche dem schweizerischen Kaufrecht unbekannt.<sup>186</sup> Die Beweislast richtet sich, in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, in erster Linie nach der Frage, wer aus dem behaupteten Mangel – oder im umgekehrten Fall der Mangelfreiheit – Rechte ableiten will.<sup>187</sup> Wenn der Käufer einen ihm als Vertragserfüllung angebotenen Kaufgegenstand befugterweise von Anfang an als fehlerhaft zurückweist, trägt der Verkäufer die Beweislast für die gehörige Erfüllung, also für Mangelfreiheit der Ware. Hat der Käufer die Ware dagegen zur Prüfung entgegengenommen, trägt er die Beweislast für allfällige im Laufe der Untersuchung entdeckte Mängel, was gleichermassen für verdeckte Mängel gilt.<sup>188</sup>

<sup>173</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 746.

<sup>174</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 746.

<sup>175</sup> Vgl. Erwg. 55 Verbraucherrechte-Richtlinie.

<sup>176</sup> BSK OR I-HONSELL (FN 167), Art. 201 N 2; siehe auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 355.

<sup>177</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 359; siehe auch HUGUENIN (FN 156), N 2627 ff.

<sup>178</sup> PATRICK TANNÒ, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht Diss. St. Gallen, St. Gallen 1993, 299. Vgl. auch ATAMER/EGGEN (FN 153), 765. Solche sind für den internationalen Warenhandel auch in Art. 38 und 39 CISG vorgesehen. Siehe dazu DIANA AKIKOL, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Diss. Luzern, Zürich 2008, N 1158 ff.

<sup>179</sup> EUGEN BUCHER, Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäss OR 205/II, SJZ 1971, 1 ff. und 17 ff., 1 ff.

<sup>180</sup> PICHONNAZ (FN 150), 296.

<sup>181</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 445.

<sup>182</sup> Siehe oben II.C.1.

<sup>183</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 786. Für das Entfallen der Untersuchungsobliegenheit im nichtkaufmännischen Bereich auch TANNÒ (FN 178), 300.

<sup>184</sup> GELZER (FN 155), 45.

<sup>185</sup> Siehe oben II.C.2.

<sup>186</sup> Zur Beweislastumkehr im deutschen Recht siehe TAMMER/TONNER/SCHWARTZE (FN 150), § 14 N 122 f.

<sup>187</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 341; siehe auch CAVIN (FN 156), 94.

<sup>188</sup> BK-GIGER (FN 171), Art. 197 OR N 96.

Der Verbraucher wird aber in vielen Fällen vor Beweisschwierigkeiten stehen. Insbesondere bei technologischen Gütern ist es zumeist schwierig, nachzuweisen, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Lieferung vorhanden war.<sup>189</sup> Eine Beweislastumkehr, wie sie die WKRL für ein Jahr – und aktuell bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie für sechs Monate – vorsieht, wäre daher für Konsumentenverträge zu begrüßen. Sie war einer der Hauptfortschritte der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>190</sup> und vermag mit Blick auf das Wissens- und Stärkegefälle zwischen Verkäufer und Konsument zu überzeugen. Zudem können die Interessen des Verkäufers ausreichend gewahrt werden, wenn die Vermutung der Mangelhaftigkeit – wie bei Art. 11 Abs. 1 WKRL – dann nicht greift, wenn sie mit der Art der Ware oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.<sup>191</sup>

## F. Nacherfüllungsanspruch

Das OR ist wohl eines der wenigen verbliebenen Rechte, die im 21. Jahrhundert dem Käufer immer noch kein Recht auf Nachbesserung (Reparatur) zuerkennen.<sup>192</sup> Ein Recht auf Nachlieferung besteht auch einzig beim Gattungskauf, wo der Käufer gem. Art. 206 Abs. 1 OR statt Wandelung oder Minderung andere *währhafte Ware derselben Gattung* fordern kann.<sup>193</sup> Für den Stückkauf fehlt damit ein Recht auf Nacherfüllung gänzlich.<sup>194</sup> Der Käufer muss wandeln oder mindern und allenfalls Schadenersatz verlangen, obschon eine Nachbesserung für ihn in vielen Fällen nützlicher wäre.<sup>195</sup>

Diese Rechtslage ist vor allem rechtspolitisch sehr bedenklich. In einem Zeitalter, in welchem nachhaltige Verbrauchergewohnheiten und eine Kreislaufwirtschaft mehr denn je an Bedeutung gewinnen, kann es nicht nachvollzogen werden, dass der schweizerische Gesetzgeber die nötigen Schritte unterlässt. Deswegen sollte *de lege*

*lata* ein Recht auf Nachbesserung durch Analogie<sup>196</sup> über die werkvertragliche Norm von Art. 368 Abs. 2 OR sowie über Art. 46 Abs. 3 CISG<sup>197</sup> gewährt werden.<sup>198</sup> Dadurch könnte bereits heute für das schweizerische Kaufrecht ein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch angenommen werden.<sup>199</sup> *De lege ferenda* sollten die Rechtsbehelfe des Käufers ausdrücklich um das Recht auf Nachbesserung erweitert werden.<sup>200</sup> Zudem sollte dem Käufer ein Nachlieferungsrecht nicht nur bei Gattungsschulden, sondern auch bei Stückschulden, wenn eine gleichartige und gleichwertige Sache geliefert werden kann, eingeräumt werden.<sup>201</sup> Auch wäre ein Vorrang von Nachbesserung und Ersatzlieferung gegenüber den übrigen Rechtsbehelfen und damit ein Primat der Nacherfüllung – gleich der Regelung in der WKRL – aus Überlegungen der Nachhaltigkeit zu begrüßen.

## G. Digitale Inhalte und Dienstleistungen

Unabhängig von diesen eher klassischen Kritikpunkten muss sich der schweizerische Gesetzgeber sicherlich auch bald der Frage stellen, wie Kaufverträge bezüglich Waren, die digitale Inhalte und/oder digitale Dienstleistungen enthalten, zu qualifizieren und zu regeln sind. Sollte er es wie der EU-Gesetzgeber vorziehen, eine kaufrechtliche Lösung für diese einzuführen,<sup>202</sup> so müssen die Vertragsmässigkeit, die Beweislast, die Pflicht zur Aktualisierung und die Dauer dieser Aktualisierungspflicht, insbesondere für Sicherheitsaktualisierungen, gesondert geregelt

<sup>189</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 762.

<sup>190</sup> DIRK STAUDENMAYER, *The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law*, ERPL 2000, 547 ff., 557.

<sup>191</sup> Zur gleichen Überlegung bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie siehe ATAMER/EGGEN (FN 153), 762.

<sup>192</sup> Vgl. auch HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 192–204, Kauf und Schenkung, 3. A., Zürich 2005, Art. 197 OR N 359; siehe auch PICHONNAZ (FN 150), 295.

<sup>193</sup> Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 386; ausführlich BK-GIGER (FN 171), Art. 206 OR N 9 ff.

<sup>194</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 759.

<sup>195</sup> SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 446.

<sup>196</sup> Zum Analogieschluss im Allgemeinen siehe ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 6. A., Bern 2019, 226 ff.; zur Einzelanalogie insb. 232.

<sup>197</sup> Auch erscheint problematisch, dass durch die unterschiedliche Regelung von OR und CISG der Käufer bei reinen Inlandsverträgen benachteiligt wird, siehe PICHONNAZ (FN 150), 295 f.

<sup>198</sup> Ebenfalls für eine analoge Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR BK-GIGER (FN 171), Art. 205 OR N 42; sowie THEO GUHL/ALFRED KOLLER, *Das Schweizerische Obligationenrecht, Mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. A., Zürich 2000, § 42 N 48; anders BGE 95 II 119 E. 6; a.M. auch KELLER/SIEHR (FN 167), 96, wonach keine Lücke im Gesetz vorliege.

<sup>199</sup> Eine andere Lehrmeinung will dagegen ein Nachbesserungsanspruch aus Art. 2 ZGB herleiten, vgl. BSK OR I-HONSELL (FN 167), Art. 205 N 5; so etwa BUCHER (FN 167), 97. Eine weitere Lehrmeinung geht von der Erfüllungstheorie aus und gewährt dem Käufer einen Nachbesserungsanspruch, sofern die Mängel objektiv behebbar sind und dem Anspruch Treu und Glauben nicht entgegenstehen, siehe THOMAS ALEXANDER SCHLUEP, *Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizer Kaufrechts*, Diss. Bern, Tolothenaz 1990, 57 ff.

<sup>200</sup> GL.M. GELZER (FN 155), 110; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 448.

<sup>201</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 768.

<sup>202</sup> Kritisch in dieser Hinsicht EGGEN (FN 98), N 13, Fn 20.

werden. Diesfalls würde es naheliegen – wie dies die EU mit der WKRL und der DIDRL getan hat –, Verträge über die ausschliessliche Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen separat, aber gleichzeitig abzuhandeln. Angesichts der grossen Ungewissheit bezüglich der anwendbaren Regeln erscheint eine schnelle Reaktion durch den Gesetzgeber angebracht.<sup>203</sup>

## H. Zwingende Vorschriften für B2C-Verträge

Die Haftung des Verkäufers für Vertragswidrigkeiten greift dann nicht, wenn sie zuvor wegbedungen worden ist. Dies geschieht in der Praxis oft durch Freizeichnungsklauseln in den AGB. Aufgrund der dispositiven Natur der gesetzlichen Vorschriften über die Mängelhaftung ist eine ganze oder teilweise Wegbedingung der Verkäuferhaftung im schweizerischen Recht grundsätzlich möglich.<sup>204</sup> Dadurch ist es in der Praxis zumeist gerade der Verbraucher, welcher aufgrund fehlender Marktmacht kaum Einfluss auf die AGB hat, der in seiner Position durch solche Freizeichnungsklauseln empfindlich geschwächt wird. Diese Situation ist stossend, weshalb *de lege ferenda* die Gewährleistungsansprüche des Käufers für Verbraucherverträge insoweit als zwingendes Recht ausgestaltet werden sollten, als der Verbraucher nicht im Voraus, also nicht vor Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Ware, auf sie verzichten kann.<sup>205</sup>

Dies ist umso dringlicher, als der Gesetzgeber in der Revision von 2012 in Art. 210 Abs. 4 OR eine Vereinbarung über die Verkürzung der 2-jährigen Verjährungsfrist bei B2C-Geschäften allgemein für ungültig erklärt hat, hingegen eine vollständige Aufhebung der Gewährleistungspflicht in diesen zwei Jahren weiterhin erlaubt, solange der Verkäufer dem Käufer die Mängel nicht arglistig verschwiegen hat. Diese Diskrepanz benötigt eine dringende Korrektur. *De lege lata* müsste eine Inhaltskontrolle entsprechender AGB unter dem neuen Art. 8 UWG sicherlich konsequenter als bisher durchgeführt werden.<sup>206</sup>

## IV. Fazit

Vom Grossprojekt eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist lediglich eine relativ bescheidene Aktualisierung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, ergänzt um die Erweiterung ihrer Regeln auf Geschäfte mit digitalem Inhalt, übriggeblieben. Doch dürfte, wie von BACH zu Recht betont wird, in Zeiten von Brexit und weiterer Exit-Überlegungen sowie wachsender Nationalisierungstendenzen wohl nicht mehr zu erwarten gewesen sein.<sup>207</sup> Das visionäre Vorhaben scheiterte nicht zuletzt am Widerstand der EU-Mitgliedstaaten, welche Eingriffe in das nationale Kernzivilrecht regelmässig vehement ablehnen. Diesem Umstand ist auch zuzuschreiben, dass die vermeintliche Vollharmonisierung – wie sie in Art. 4 WKRL angestrebt wird – letztlich eine scheinbare ist.<sup>208</sup> Die an sich geringe Regelungsharmonie wird durch zahlreiche Öffnungsklauseln zusätzlich verwässert.<sup>209</sup> Weder die Gewährleistungsfrist noch die Dauer der Beweislastumkehr sind vollharmonisiert. Weiter bleibt es den nationalen Gesetzgebern überlassen, eine Rügeobliegenheit vorzusehen. Ungeregt bleiben bei der WKRL weiterhin – wie schon bei der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie<sup>210</sup> – die Schadenersatzansprüche.

Als wichtiger inhaltlicher Fortschritt ist hingegen hervorzuheben, dass die Haltbarkeit einer Ware künftig eine objektive Anforderung an deren Vertragsmässigkeit darstellt. Darin kann durchaus ein Zugeständnis an den Ruf nach einer an die zu erwartende Lebensdauer eines Produkts angepassten Gewährleistungsfrist gesehen werden, womit auch das Zivilrecht einen Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten kann. Es wäre sehr zu begrüssen, wenn nun der EU-Gesetzgeber zur Verwirklichung der Ziele betreffend Nachhaltigkeit und Kreislaufwirtschaft weitere Vorschriften über die Mindestlebensdauer von Produkten ausarbeiten und eventuell die Höchstfristen für eine Gewährleistung verlängern würde.<sup>211</sup>

Nachdem die EU ihre Kaufrechtsrichtlinie nach 20 Jahren durch eine neue und erweiterte ersetzt hat, wird eine Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts noch einmal offensichtlicher und es drängt sich

<sup>203</sup> Vgl. dazu ausführlich EGGEN (FN 96), 358 ff.

<sup>204</sup> Vgl. SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (FN 159), N 370, zu den gesetzlichen Schranken siehe N 373 ff.

<sup>205</sup> Siehe GELZER (FN 155), 58 f., 96, 113. So können Konsumenten gem. Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO auch nicht im Voraus oder durch Einlassung auf die Gerichtsstände nach Art. 32 ZPO verzichten. Zur einseitig zwingenden Ausgestaltung der Rechtsbehelfe des Käufers aus der Gewährleistung im deutschen Recht siehe TAMMER/TÖNNER/SCHWARTZE (FN 150), § 14 N 119 ff.

<sup>206</sup> ATAMER/EGGEN (FN 153), 773. Zur Inhaltskontrolle bei Haftungsausschlussklauseln vgl. THOMAS PROBST, Potentiell problematische AGB, in: Ernst A. Kramer et al. (Hrsg.), Schweizer-

sches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 529 ff.

<sup>207</sup> BACH (FN 9), 1711.

<sup>208</sup> ZINNER (FN 11), 241. Kritisch zu den zahlreichen Ausnahmen auch BEATE GSELL, Europäischer Richtlinien-Entwurf für vollharmonisierte Mängelrechte beim Verbraucherkau – Da capo bis zum Happy End?, ZEuP 2018, 501 ff., 503 ff.

<sup>209</sup> BACH (FN 9), 1711.

<sup>210</sup> GRUNDMANN/BIANCA/GRUNDMANN (FN 28), Einl. N 38.

<sup>211</sup> Siehe MICKLITZ (FN 73), 282.

umso mehr eine Anpassung der kaufrechtlichen Normen im OR auf. Dabei geht es nicht um eine Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an das EU-Recht oder die unreflektierte Übernahme von EU-Bestimmungen, sondern darum, sich anhand eines Rechtsvergleichs durch neue Lösungsansätze inspirieren zu lassen, die für uns überzeugenden herauszuarbeiten und unser Recht an die heutige gesellschaftliche und wirtschaftliche Realität anzupassen.