



Bern, 16. Juni 2023

Modernisierungsbedarf des Gewährleistungsrechts beim Kauf

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom 15. März 2018



Zusammenfassung

Am 28. September 2018 wurde das **Postulat 18.3248 Marchand-Balet** «Geplante Obsoleszenz. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten schützen» vom Nationalrat angenommen. Mit dem Postulat wurde der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz, das heisst die absichtliche betrügerische Verkürzung der Lebensdauer von Produkten, zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen. Als mögliche Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten wurden eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistung oder Hinweise zur Reparierbarkeit auf den Produkten erwähnt. Am 19. Juni 2020 hat der Bundesrat seinen **Bericht «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft»** in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen «Die Chancen der Kreislaufwirtschaft nutzen. Prüfung steuerlicher Anreize und weiterer Massnahmen» verabschiedet. Darin wurde unter anderem angekündigt, verschiedene Massnahmen in Bezug auf das Gewährleistungsrecht einer vertieften Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen zu unterziehen, darunter Reparaturoptionen, eine befristete Beweislastumkehr bezüglich Mangelhaftigkeit oder auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

In Umsetzung dieses Auftrags und zur Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet wurde eine **Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zu einer Modernisierung des Gewährleistungsrechts** und ein Vergleich mit den Vorgaben der einschlägigen EU-Richtlinien und den Regeln ausgewählter Staaten durchgeführt, welche auch die Thematik der geplanten Obsoleszenz umfassten. Die RFA hat beim Schweizer Gewährleistungsrecht Modernisierungsbedarf in Bezug auf technische Entwicklungen festgestellt. Auch bei der Rechtsdurchsetzung bestehen Hindernisse. Die Konsumentinnen und Konsumenten, die in diesem Punkt ebenso wie bei der Lebensdauer der verschiedenen angebotenen Produkte ein Informationsdefizit haben, können auf dem Markt keine freien Entscheidungen treffen. Die RFA erkennt daher ein Marktversagen, das staatliches Handeln nahelegt. Dieser Befund wird der Studie zufolge durch die Externalisierung von Umweltkosten, die heute im Kaufpreis nicht berücksichtigt sind, verstärkt. Nur durch diese Externalisierung können billig produzierte Produkte, die häufiger ersetzt werden müssen, zu einem günstigen Preis verkauft werden.

Die wichtigsten Punkte im Gewährleistungsrecht, in denen **Modernisierungsbedarf** festgestellt wurde, betreffen den Begriff des Mangels und die objektiven Elemente, die ihn ausmachen, die fehlende Vermutung, dass ein innert einem Jahr aufgetretener Mangel bereits zum Zeitpunkt des Kaufs vorlag, die kurze Frist für die Mängelrüge, das fehlende Recht auf Nachbesserung (bzw. Reparatur) und den dispositiven Charakter der Gewährleistungsregeln. Auch besteht heute beim Kauf eines Gegenstands mit digitalen Elementen oder beim Erwerb von digitalen Produkten eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die gemäss RFA ein Hindernis für einen effizienten Markt darstellt und indirekt auch zu Mehrkosten für die Unternehmen führt. Eine Klärung der Rechtslage durch Übernahme der im EU/EWR-Recht bestehenden Update- oder Aktualisierungspflicht wird deshalb befürwortet.

Die RFA hat die **Auswirkungen** der Übernahme dieser EU-Regeln in der Schweiz eingehend untersucht. Sie kommt zunächst zu dem Schluss, dass die Position der Konsumentinnen und Konsumenten gestärkt würde, da sie ihre Rechte effektiver durchsetzen könnten. Auf die Wirtschaft hätte eine Angleichung der Schweizer Regeln an das EU-Mindestniveau nur geringe Auswirkungen, da viele Verkäufer sich bereits heute daran orientieren. Betroffen wären diejenigen Verkäuferinnen und Verkäufer, die sich nicht heute schon kulant zeigen.

*Aus Sicht des Bundesrates besteht deshalb heute in verschiedenen spezifischen Punkten **Handlungsbedarf** in Bezug auf eine Angleichung des insofern veralteten Gewährleistungsrechts beim Kauf an das EU-Mindestniveau. Angesichts ihrer Tragweite bedarf eine Reform des Gewährleistungsrechts im Sinne des erkannten Handlungsbedarfs nunmehr einer politischen Grundsatzentscheidung durch das Parlament.*

*In Bezug auf ein **Verbot der sogenannten geplanten Obsoleszenz** erkennt der Bundesrat derzeit dagegen angesichts der bestehenden allgemeinen Regeln keinen spezifischen Gesetzgebungsbedarf. Die allgemeinen Regeln des Straf- und Wettbewerbsrechts bieten grundsätzlich bereits heute Mittel, um gegen eine betrügerische Verkürzung der Produktebensdauer vorzugehen. Die Rechtspraxis und die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.*

1	Ausgangslage	6
1.1	Auftrag	6
1.1.1	Postulat 18.3248 Marchand-Balet	6
1.1.2	Weitere Vorstösse und Arbeiten mit Bezug zum Gewährleistungsrecht.....	7
1.2	Gegenstand des Berichts	7
1.3	Weitere Arbeiten mit Bezug zur Kreislaufwirtschaft	7
2	Übersicht über das geltende Recht	8
2.1	Übersicht über die Regelung des Gewährleistungsrechts im Schweizer Recht ..	8
2.2	Entwicklung des Rechts in der EU.....	9
2.2.1	Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie von 1999	9
2.2.2	Warenkauf- und Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinien von 2019	10
2.2.3	Öko-Design-Richtlinie und ihr autonomer Nachvollzug in der Schweiz	11
3	Gewährleistungsrecht	12
3.1	Überblick über die Ergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)	12
3.2	Sachmangelbegriff	13
3.2.1	Rechtslage in der Schweiz	13
3.2.2	Rechtsvergleich.....	14
3.2.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	15
3.3	Vermutung des Mangels.....	16
3.3.1	Rechtslage in der Schweiz	16
3.3.2	Rechtsvergleich.....	16
3.3.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	17
3.4	Prüfungs- und Rügeobliegenheiten	17
3.4.1	Rechtslage in der Schweiz	17
3.4.2	Rechtsvergleich.....	19
3.4.3	Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit	19
3.5	Gewährleistungsfrist.....	20
3.5.1	Rechtslage in der Schweiz	20
3.5.2	Rechtsvergleich.....	21
3.5.3	Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit	22
3.6	Nachbesserungsrecht (Recht auf Reparatur)	24
3.6.1	Rechtslage in der Schweiz	24
3.6.2	Rechtsvergleich.....	25
3.6.3	Exkurs: «Recht auf Reparatur» und Kreislaufwirtschaft.....	26
3.6.4	Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit	27
3.7	Schadenersatzansprüche.....	28
3.7.1	Rechtslage in der Schweiz	28
3.7.2	Rechtsvergleich.....	29
3.7.3	Fazit	29
3.8	Rückgriffsmöglichkeit (Regress) und direkte Ansprüche gegen den Hersteller ..	29
3.8.1	Rückgriffsrecht in der EU.....	29
3.8.2	Regress im schweizerischen Recht.....	30

3.8.3	Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit	31
3.8.4	Direktes Klagerecht gegen den Hersteller	31
3.9	Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und allfälliger neuer Regeln .	32
4	Digitale Produkte und Produkte mit digitalen Elementen.....	33
4.1	Rechtslage in der Schweiz	33
4.2	Rechtsvergleich.....	35
4.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	35
5	Geplante Obsoleszenz.....	36
5.1	Auftrag	36
5.2	Begriff und Problematik	37
5.2.1	Begriff.....	37
5.2.2	Problematik	37
5.3	Rechtliche Grundlagen.....	39
5.3.1	Rechtslage in der Schweiz	39
5.3.1.1	Gewährleistung, Produkthaftpflicht	39
5.3.1.2	Strafrecht.....	40
5.3.1.3	Unlauterer Wettbewerb.....	42
5.3.1.4	Allgemeine Würdigung des geltenden schweizerischen Rechts.....	43
5.3.2	Rechtslage im Ausland.....	45
5.4	Würdigung.....	48
6	Schlussfolgerungen	49
7	Literaturverzeichnis.....	52

1 Ausgangslage

1.1 Auftrag

1.1.1 Postulat 18.3248 Marchand-Balet

Am 28. September 2018 wurde das *Postulat 18.3248 Marchand-Balet* «Geplante Obsoleszenz. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten schützen» vom Nationalrat angenommen. Der Wortlaut des Postulates lautet:

Geplante Obsoleszenz ist eine Strategie der Industrie, bei der die Konsumentinnen und Konsumenten getäuscht werden, um die Ersatzrate eines Produktes zu steigern. Die rasanten technologischen Fortschritte der letzten Jahre haben die Zahl der Fälle von geplanter Obsoleszenz erhöht.

Daher wird der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen.

Zur Begründung wurde Folgendes angeführt:

Geplante Obsoleszenz wird definiert als Strategie, die darauf abzielt, die Lebensdauer eines Produktes absichtlich zu verkürzen, um dessen Ersatzrate zu steigern, indem die Konsumentinnen und Konsumenten zu einem frühzeitigen Neukauf animiert werden. Diese Praxis wirft grosse moralische wie auch gesellschaftliche Fragen auf. Erstens erzeugt geplante Obsoleszenz Umweltprobleme im Zusammenhang mit der Entsorgung von elektrischen und elektronischen Geräten. Die Überproduktion, die durch geplante Obsoleszenz angeregt wird, verstärkt dieses Problem noch. Zweitens verursacht diese Praxis aus wirtschaftlicher Sicht unlauteren Wettbewerb. Drittens, und das möchte ich besonders hervorheben, betrügt geplante Obsoleszenz die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten, die die Verlierer dieser industriellen Manipulation sind. Daher müssen die rechtlichen Möglichkeiten untersucht werden, mit denen man die Konsumentinnen und Konsumenten schützen kann.

Zwei markante Beispiele haben kürzlich für allgemeines Aufsehen gesorgt. So räumte Apple ein, seine i-Phones absichtlich verlangsamt zu haben, ohne die Kundinnen und Kunden darüber in Kenntnis zu setzen. Später wurde Epson in Frankreich beschuldigt, die Konsumentinnen und Konsumenten über den Füllstand von Druckerpatronen zu täuschen. Diese beiden Fälle sind in die Schlagzeilen geraten, aber die Technologie-Riesen sind noch weiteren Verdächtigungen ausgesetzt.

Um Transparenz zu garantieren und die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten zu schützen, wird der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen. Dieser Bericht soll namentlich:

- 1. einen Vergleich über die gesetzlichen Massnahmen auf internationaler Ebene anstellen;*
- 2. untersuchen, ob die Konsumentinnen und Konsumenten ausreichend gesetzlich geschützt sind;*
- 3. feststellen, ob es notwendig ist, ein spezifisches Gesetz über geplante Obsoleszenz zu schaffen; und*

4. Massnahmen erwägen, mit denen die Konsumentinnen und Konsumenten besser vor solchen Methoden geschützt werden können (Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistung, Hinweise zur Reparierbarkeit auf den Produkten).

1.1.2 Weitere Vorstösse und Arbeiten mit Bezug zum Gewährleistungsrecht

Am 30. September 2021 hat der Nationalrat die *Motion 19.4594 Streiff-Feller* «Kreislaufwirtschaft. Längere Gerätelebensdauer durch längere Garantiefrieten» vom 20. Dezember 2019 angenommen. Die Motion verlangt im Namen der Kreislaufwirtschaft eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für alle Produkte ausser für jene mit einem Verfallsdatum von fünf Jahren. Die Beratung der Motion ist im Ständerat hängig.

Unabhängig von den erwähnten Vorstössen hat der Bundesrat am 19. Juni 2020 seinen Bericht «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft» in Erfüllung des *Postulates 17.3505 Vonlanthen* «Die Chancen der Kreislaufwirtschaft nutzen. Prüfung steuerlicher Anreize und weiterer Massnahmen» verabschiedet.¹ Darin wurde unter anderem angekündigt, verschiedene Massnahmen in Bezug auf das Gewährleistungsrecht einer *vertieften Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen* zu unterziehen, darunter Reparuroptionen, eine befristete Beweislastumkehr bezüglich Mangelhaftigkeit oder auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist. Das Bundesamt für Justiz (BJ), das Bundesamt für Umwelt (BAFU) und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) haben in der Folge eine Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts durchführen lassen. Die Resultate der RFA wurden im Mai 2022 publiziert.²

1.2 Gegenstand des Berichts

Die verschiedenen Aufträge und Fragestellungen können *zusammengeführt* und in einem einzigen Bericht behandelt werden. Eine getrennte Betrachtung dieser Themen und Massnahmen wäre nicht sinnvoll, da sie den gleichen Rechtsbereich betreffen und sich auch hinsichtlich der Zielsetzungen der Nachhaltigkeit und der Kreislaufwirtschaft überschneiden. Dieser umfassende Ansatz wurde bereits bei der Durchführung der Regulierungsfolgenabschätzung gewählt. Diese befasste sich allgemein mit der Modernisierung des Gewährleistungsrechts, orientierte sich an den jüngsten Entwicklungen in der Europäischen Union und deckte auch die Thematik der geplanten Obsoleszenz ab. Der vorliegende Bericht folgt vom Aufbau her diesem Ansatz; er behandelt daher das *Gewährleistungsrecht beim Kauf*. Der Bericht umfasst grundsätzlich den Kaufvertrag und geht nur insoweit darüber hinaus, als den *Besonderheiten von Verträgen über digitale Produkte und Dienstleistungen* Rechnung zu tragen ist (unten Ziff. 4). Die *geplante Obsoleszenz* wird in einem separaten Kapitel (unten Ziff. 5) behandelt, um den im Postulat 18.3248 Marchand-Balet formulierten Auftrag zu erfüllen.

1.3 Weitere Arbeiten mit Bezug zur Kreislaufwirtschaft

Parallel zur Überprüfung des Gewährleistungsrechts im Hinblick auf die Ziele der Nachhaltigkeit und Kreislaufwirtschaft sind auf Bundesebene verschiedene Arbeiten zur Förderung der Kreislaufwirtschaft im Gange. Mit der *parlamentarischen Initiative 20.433* der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) «Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken» ist geplant, verschiedene Neuerungen in das Umweltschutzgesetz (USG)³ einzufügen, die zur Förderung der Kreislaufwirtschaft beitragen sollen.⁴ Unter anderem

¹ Abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > 17.3505 > Bericht in Erfüllung des parlamentarischen Vorstosses.

² Abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022).

³ SR 814.01

⁴ www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 20.433.

soll eine breitere gesetzliche Grundlage für die Verankerung von Ökodesign-Vorschriften im Verordnungsrecht geschaffen werden. Darüber hinaus sollen die Verwertung und Wiederverwendung gestärkt und der Bundesrat ermächtigt werden, Anforderungen in Bezug auf das ressourcenschonende Bauen zu stellen. Schliesslich bezwecken die vorgeschlagenen Bestimmungen die Förderung und Finanzierung von Massnahmen, die zur Ressourcenschonung beitragen. Das Gewährleistungsrecht bleibt von diesen Arbeiten unberührt.

Mit Verabschiedung des *Berichts «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft»* in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen vom 19. Juni 2020 hat der Bundesrat – neben der vertieften RFA zum Gewährleistungsrecht (oben Ziff. 1.1.2 und unten Ziff. 3.1) – verschiedene andere Analysen von Massnahmen, welche aus Umweltsicht als erfolgsversprechend eingestuft wurden, in Auftrag gegeben, unter anderem zu Deklarationspflichten über die ökologischen Eigenschaften (Lebensdauer, Reparierfähigkeit, Recyclingfähigkeit, etc.) von Produkten. Die Resultate dieser Analysen sollen in den Bundesauftrag für ein *Massnahmenpaket zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft (MARK)* einfließen. Ein Vorschlag in Erfüllung des Auftrags soll nach dem Entscheid des Parlaments zum Entwurf zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 20.433 vorgelegt werden – voraussichtlich Ende 2024.

Mit dem *Postulat 21.4224 Brenzikofer «Rechtliche Konsequenzen bei absichtlicher Verkürzung der Lebensdauer von Produkten»*⁵ wurde der Bundesrat schliesslich auch beauftragt, Bericht darüber zu erstatten, wie die Rechtsordnung dahingehend anzupassen ist, dass die vorsätzliche und eventualvorsätzliche Verkürzung der Produktlebensdauer («geplante Obsoleszenz») rechtlich geahndet werden kann. In Ergänzung zum vorliegenden Bericht (unten Ziff. 5) prüft das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) derzeit mögliche Anpassungen und wird darüber im Rahmen der weiteren laufenden Arbeiten zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft Bericht erstatten.

2 Übersicht über das geltende Recht

2.1 Übersicht über die Regelung des Gewährleistungsrechts im Schweizer Recht

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht (Art. 197–210 Obligationenrecht⁶) geht weitgehend noch auf römisches Marktrecht zurück.⁷ Die Gewährleistung ist im Kern eine *Garantiehafung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers*, die oder der *verschuldensunabhängig* dafür einstehen muss, dass die Kaufsache ohne Mängel ist.⁸ Von der Käuferin bzw. vom Käufer wird erwartet, dass sie oder er die Kaufsache umgehend prüft und der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer allfällige Mängel sofort anzeigt (Art. 201 OR). Liegt ein Gewährleistungsfall vor, kann die Käuferin oder der Käufer entweder mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig machen oder mit der Minderungsklage den Ersatz des Minderwertes der Sache fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Beim Kauf einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen (Gattungskauf) kann auch eine Ersatzleistung verlangt werden (Art. 206 Abs. 1 OR). Ein Anspruch auf Nachbesserung bzw. auf Reparatur besteht heute von Gesetzes wegen – im Gegensatz zum Werkvertragsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) – dagegen nicht. Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an die Käuferin oder den Käufer (Art. 210 Abs. 1 OR). Die Regeln des Gewährleistungsrechts sind in grossen Teilen *dispositiver Natur*, das heisst sie können – mit Ausnahme der Gewährleistung für arglistig verschwiegene Mängel (Art. 199 OR) – vollständig wegbedungen oder auch weitgehend

⁵ www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 21.4224.

⁶ OR; SR 220

⁷ BSK OR I-HONSELL, Art. 205 Rz. 5.

⁸ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 1.

abgeändert werden, was in der Praxis häufig gemacht wird.⁹ Sie gelten heute, wenn nichts anderes vereinbart wurde, für alle Arten von Kaufverträgen und kommen sowohl im Handelsbereich (das heisst im B2B-Bereich) als auch gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten zur Anwendung.

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht wurde seit der Einführung des Obligationenrechts so gut wie nicht revidiert. Die *letzte Revision* betraf die Verjährung der Gewährleistungsansprüche; die *Verjährungsfrist* wurde 2010 von einem auf zwei Jahre verlängert und damit der Richtlinie 1999/44/EG¹⁰ zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) angeglichen.¹¹ Wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch der Käuferin oder des Käufers bestimmt ist und die Verkäuferin oder der Verkäufer im Rahmen ihrer oder seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (d.h. in Konsumentenverträgen), darf die Frist nicht verkürzt werden (Art. 210 Abs. 4 OR). Diese *Einschränkung auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* war im parlamentarischen Prozess umstritten.¹² Letztlich wurde, um die Vertragsfreiheit in Unternehmensverträgen aufrecht zu erhalten, die Länge der Frist nur für Konsumentenverträge zwingend erklärt. Auch wurde entschieden, dass eine vollständige Wegbedingung der Gewährleistung – mit Ausnahme von der Gewährleistung für arglistig verschwiegene Mängel (Art. 199 OR) – weiterhin möglich sein solle.¹³

Die Regeln des Schweizer Gewährleistungsrechts gehen damit weitgehend auf längst vergangene Zeiten zurück, in denen beispielsweise der Kauf von Nutztieren oder Tongefässen auf dem Markt im Vordergrund standen. Dies führt, wie erwähnt, dazu, dass im Schweizer Kaufrecht ein *Anspruch auf Nachbesserung bzw. auf Reparatur* heute nicht vorgesehen ist. Naturgemäss bestehen auch keine speziellen Regeln zu *Kaufgegenständen mit digitalen Elementen*, die nur mit regelmässigen Updates ihre Funktionalität über einen längeren Zeitraum erhalten können. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, haben die EU und ihre Mitgliedstaaten ihr Gewährleistungsrecht in jüngerer Zeit dagegen umfassend harmonisiert und modernisiert und sich dabei auch der Förderung der Nachhaltigkeit und der Kreislaufwirtschaft verschrieben. Diese Entwicklungen gelten auch für die Mitgliedsländer des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).¹⁴

2.2 Entwicklung des Rechts in der EU

2.2.1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie von 1999

Die *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG* bezweckte eine *Mindestharmonisierung* der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf bzw. die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Gewährleistungsrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten.¹⁵ Schwierigkeiten der Verbraucherinnen und Verbraucher und Konflikte mit den Verkäuferinnen und Verkäufern wurden damals vor allem bei der Vertragswidrigkeit von Waren identifiziert.¹⁶

⁹ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 4.

¹⁰ 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, S. 12 ff.

¹¹ Die Materialien sind abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 06.490 (Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer, «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR»).

¹² Vgl. die Diskussion in den Räten: AB 2012 N 40 ff.; AB 2012 S 66 ff.

¹³ Vgl. die Diskussion in den Räten, Nachw. oben Fn. 12.

¹⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 40.

¹⁵ Erw. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁶ Erw. 6 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG.

Bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG wies einige *entscheidende Abweichungen zum Schweizer Gewährleistungsrecht* auf, unter anderem ein Wahlrecht der Verbraucherinnen und Verbraucher zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, sofern nicht unmöglich oder unverhältnismässig (Art. 3 Abs. 3), eine gesetzliche Vermutung, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung eines Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, (Art. 5 Abs. 3) und die generelle Unabdingbarkeit der Gewährleistungsrechte (Art. 7), womit das Gewährleistungsrecht bei Verbraucherverträgen als Ganzes zwingend ausgestaltet wurde.¹⁷

2.2.2 Warenkauf- und Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinien von 2019

Per 1. Januar 2022 wurde die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aufgehoben durch die *Richtlinie (EU) 2019/771*¹⁸ vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (*Warenkauf-Richtlinie [EU] 2019/771*). Da bei einer Mindestharmonisierung gewichtige Unterschiede zwischen den Regeln der einzelnen Mitgliedstaaten bestehen bleiben, strebt die Richtlinie eine *vollständige Harmonisierung* der Regeln zur Gewährleistung an.¹⁹ Die neue Richtlinie trägt der zunehmenden Bedeutung von Waren, die digitale Inhalte oder Dienstleistungen enthalten oder mit solchen vernetzt sind, Rechnung und gilt daher auch für *«Waren mit digitalen Elementen»*.²⁰ Für diese Waren wird eine Aktualisierungspflicht vorgesehen.²¹ Im Übrigen wird angesichts der Wichtigkeit der *«Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren [...] für die Förderung nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft»*²² die Haltbarkeit als objektives Kriterium für die Beurteilung der Vertragsmässigkeit von Waren in die Richtlinie aufgenommen.²³ Die Mitgliedsstaaten hatten bis am 1. Juli 2021 Zeit, die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Vorschriften zu erlassen.

Gleichzeitig mit der neuen Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 wurde die *Richtlinie (EU) 2019/770*²⁴ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (*Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie [EU] 2019/770*) eingeführt. Diese enthält Vorschriften über die Vertragsmässigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen und regelt die Rechtsfolgen im Fall ihrer Vertragswidrigkeit oder nicht erfolgten Bereitstellung.

Das EU-Parlament hatte für das dritte Quartal 2022 von der Kommission einen neuen Vorschlag zur *Änderung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* verlangt und die Schaffung eines gesonderten Rechtsakts über das *Recht auf Reparatur* in Erwägung gezogen.²⁵ In der Folge hat die Europäische Kommission am 22. März 2023 einen *Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren* verabschiedet.²⁶

¹⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 10.

¹⁸ Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 28 ff.

¹⁹ Erw. 6 ff. der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²⁰ Vgl. Erw. 5 und 14 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²¹ Art. 7 Abs. 3 und Erw. 30 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²² Erw. 32 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²³ Art. 7 Abs. 1 Bst. d der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²⁴ ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1 ff.

²⁵ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. April 2022 zu dem Recht auf Reparatur (2022/2515(RSP)); <<https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220401IPR26537/recht-auf-reparatur-fur-produkte-die-langlebiger-und-reparierbar-sind>>.

²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, COM(2023) 155 final. S. auch die Medienmitteilung unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1794>.

Die vorgeschlagene Richtlinie gilt für Mängel, die nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten (Art. 1 Abs. 2) und führt in Art. 5 namentlich eine Reparaturpflicht des Herstellers für bestimmte Produktkategorien ein. Artikel 12 des Vorschlags sieht eine Änderung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 vor. Das *Wahlrecht* der Konsumentinnen und Konsumenten zwischen Reparatur und Ersatz einer mangelhaften Ware soll *eingeschränkt* werden (dazu auch unten: Ziff. 3.6.2). Der Ersatz der Ware dürfte nur dann gewählt werden, wenn die Kosten dafür geringer oder gleich hoch sind wie die Kosten für die Reparatur. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist in Verbindung mit der Bevorzugung der Reparatur wurde dagegen nicht vorgeschlagen.²⁷ Der Vorschlag der Kommission scheint eine Verstärkung der Massnahmen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist einer Verlängerung der Frist vorzuziehen.

2.2.3 Öko-Design-Richtlinie und ihr autonomer Nachvollzug in der Schweiz

Die Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (sog. Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG)²⁸ und ihre Durchführungsverordnungen enthalten Vorgaben insbesondere zur Reparierbarkeit von Produkten. Es handelt sich dabei um *öffentlich-rechtliche Produktvorgaben*. Unter dem Titel «Materialeffizienz» finden sich beispielsweise in den Durchführungsverordnungen zu verschiedenen Produktkategorien Vorgaben zum Bereithalten von Ersatzteilen, zur Verfügbarkeit von Software- und Firmware-Aktualisierungen, zu einer langlebigen und reparaturfreundlichen Bauweise oder zur Bereitstellung von Informationen und Anleitungen zu Nutzung, Wartung und Reparatur für Konsumentinnen und Konsumenten oder professionelle Reparaturanbieter.

Die Vorgaben werden wie die Energieeffizienzvorgaben im *autonomen Nachvollzug* für die Schweiz übernommen. So verweisen die Bestimmungen des Anhangs 1 der Energieeffizienzverordnung (EnEV)²⁹ vielfach direkt auf Vorgaben in den Durchführungsverordnungen zur Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG. Zum Beispiel müssen für elektronische Displays während mindestens sieben Jahren nach dem Inverkehrbringen des letzten Exemplars eines bestimmten Produktmodells Ersatzteile (z.B. Fernbedienungen) zur Verfügung gestellt werden. Sicherheitsaktualisierungen zur letzten verfügbaren Firmware müssen noch mindestens acht Jahre kostenlos bereitgestellt werden.³⁰ Weitere Beispiele für die aus der Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG fließenden Pflichten sind das Bereithalten von Lichtquellen, Türgriffen, Türscharnieren und Einlegeböden für Kühlschränke.³¹ Ähnliche Vorschriften gibt es für Waschmaschinen, Geschirrspüler, Schweissgeräte und weitere elektronische Produkte. Die Pflicht trifft diejenigen, die das Produkt in Verkehr bringen, das heisst das Produkt erstmalig auf dem schweizerischen Markt überlassen oder anbieten (Art. 2 Bst. a EnEV). Dies kann der Hersteller oder Importeur und unter Umständen auch der Verkäufer sein. Der Vollzug erfolgt über das Bundesamt für Energie (BFE), dieses überprüft mit Stichproben, ob die Vorschriften der EnEV eingehalten werden und verfolgt auch begründete Hinweise (Art. 14 Abs. 1 EnEV). Ergibt die Kontrolle, dass Vorschriften der EnEV verletzt sind, so verfügt das

²⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, COM(2023) 155 final, S. 6-7.

²⁸ ABl. L 285 vom 31.10.2009, S. 10 ff.

²⁹ SR 730.02

³⁰ EnEV Anhang 1.12. Art. 2 mit Verweis auf Verordnung (EU) 2019/2021 der Kommission vom 1. Oktober 2019 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an elektronische Displays, Anhang II Bst. E Ziff. 1 Bst. a.

³¹ EnEV Anhang 1.1. Art. 2.1. mit Verweis auf Verordnung (EU) 2019/2019 der Kommission vom 1. Oktober 2019 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an Kühlgeräte, Anhang II Ziff. 3 Bst. a Abs. 1 und 2.

BFE die geeigneten Massnahmen. Es kann dabei insbesondere das Inverkehrbringen der Geräte verbieten oder darüber einen Rückruf verfügen (Art. 14 Abs 3 Bst. a und b EnEV).

Diese öffentlich-rechtlichen Produktvorgaben sind dem Gewährleistungsrecht vorgelagert beziehungsweise bestehen unabhängig von allfälligen Ansprüchen aus Gewährleistungsrecht. Produkte, die den Vorgaben der EnEV nicht genügen, dürfen von vornherein nicht auf den Schweizer Markt gelangen, was zum Beispiel Produkte betrifft, bei denen die in den entsprechenden Verordnungen aufgeführten Ersatzteile nicht auswechselbar sind. Weiter sollten Ersatzteile auch noch lange nach der Verjährung möglicher Gewährleistungsansprüche verfügbar sein. Die EnEV sieht vor, dass ihre Vorgaben auf dem verwaltungsrechtlichen Weg kontrolliert und durchgesetzt werden.

3 Gewährleistungsrecht

Im Folgenden sollen *einzelne Kernthemen des Gewährleistungsrechts* dargestellt werden. Gesetzgeberisch wären sowohl eine umfassende Revision des gesamten Gewährleistungsrechts als auch kleinere Anpassungen in einzelnen Punkten denkbar. Es soll deshalb nach Themen getrennt dargestellt werden, wie sich die heutige Regelung im Schweizer Recht darstellt, in welchen Punkten sie sich vom EU-Recht und den Regelungen ausgewählter Staaten unterscheidet und welche Erkenntnisse die RFA zu den möglichen Auswirkungen einer Gesetzesänderung ergeben hat. Die Themenfelder **Digitale Produkte** (Ziff. 4) und **geplante Obsoleszenz** (Ziff. 5) werden im Anschluss an dieses Kapitel gesondert behandelt, da sie sich nicht ausschliesslich dem Gewährleistungsrecht beim Kauf zuordnen lassen.

3.1 Überblick über die Ergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)

In der von der Ecoplan AG durchgeführten RFA³² wurde namentlich eine *Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an die Warenkauf-Richtlinie [EU] 2019/771* geprüft (*Basiszenario*). Daneben wurden einzelne, über den EU-Mindeststandard *hinausgehende* Punkte gesondert geprüft (*Plusszenario*), darunter die von verschiedenen Vorstössen verlangte Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre.

Insgesamt kommt die RFA zu dem Schluss, dass *staatliches Handeln* im Sinne der beiden beschriebenen Szenarien aus mehreren Gründen *notwendig* ist. Erstens hält das geltende Gewährleistungsrecht aus den 1910er Jahren mit den *technischen Entwicklungen* nicht mehr Schritt, was zu Rechtsunsicherheit führt, die die Effizienz des Marktes beeinträchtigt. Zweitens überwiegt das Interesse an einem besseren Konsumentenschutz gegenüber der Einschränkung der Vertragsfreiheit, da der Markt *keine effizienten Lösungen* zulässt: Die Konsumentinnen und Konsumenten sind nicht in der Lage, optimale Entscheidungen zu treffen, da sie *Informationsdefizite* haben, die mit der Lebensdauer der Produkte, der Schwierigkeit, Gewährleistungsrechte durchzusetzen, und den hohen Transaktionskosten für das Wissen, das für eine informierte Entscheidung erforderlich ist, zusammenhängen. Hinzu kommen laut der Studie die *externalisierten Umweltkosten*, die es ermöglichen, Waren, die häufig ersetzt werden müssen, zu billigen Preisen zu verkaufen, ohne dass die Kosten für die Umwelt in diesen Preisen berücksichtigt sind.

Die RFA hat in Bezug auf das *Basis-Szenario* ergeben, dass mit einer Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU-Mindeststandard die *Position von Konsumentinnen und Konsumenten* namentlich im Konfliktfall *gestärkt* würde. Zudem könnten *Rechtslücken im Bereich digitaler Produkte* geschlossen werden. Da ein grosser Teil der Verkäuferinnen und Verkäufer sich bereits heute konsumentenfreundlich zeige, wären die

³² S. Fn. 2.

Auswirkungen auf die Wirtschaft gering. Grobe Beispielrechnungen ergaben Mehrkosten für Unternehmen im Bereich von weniger als 0.1% der Verkaufspreise, wobei nur diejenigen Firmen betroffen wären, welche sich heute nicht schon von sich aus am EU-Standard orientieren. Für die Umwelt dürfte eine Angleichung an den EU-Mindeststandard kaum ins Gewicht fallen.

Im Plusszenario würden sowohl die Kosten wie auch der Nutzen steigen. Eine flexible, bis zu 5-jährige Gewährleistungsfrist würde demnach «*zu nennenswerten, aber moderaten Mehrkosten für Unternehmen*» führen. Dabei wäre zu erwarten, dass ein Teil dieser Mehrkosten «voraussichtlich in Form von höheren Preisen auf Kundinnen und Kunden abgewälzt» würde. Das Autorenteam der RFA kommt zum Schluss, dass trotzdem die meisten Kundinnen und Kunden und auch ein Teil der Unternehmen, speziell KMU, von den Regeln profitieren könnten, da ihre Rechte im Fall von Produktmängeln gegenüber dem Basisszenario nochmals zusätzlich gestärkt würden.³³ Im Plusszenario ergäben sich gemäss der Untersuchung zudem «*geringe positive Effekte auf die Umwelt*, da es sich mit den neuen Regeln weniger lohnt, gewisse sehr kurzlebige Produkte am Markt anzubieten». Insgesamt bringe aber eine Revision des Gewährleistungsrechts allein, selbst mit dem Plusszenario, aus Umweltsicht nur wenig. Das Autorenteam kam zum Schluss, dass man das Ziel der Langlebigkeit mit *gezielter wirkenden Stossrichtungen* besser verfolgen könne (z.B. Deklarationspflichten und/oder Ökodesign-Vorgaben mit Vorschriften zur Haltbarkeit und Reparaturfähigkeit, wie sie teilweise bereits vorgesehen sind).³⁴

3.2 Sachmangelbegriff

3.2.1 Rechtslage in der Schweiz

Die zentrale Voraussetzung dafür, dass die Ansprüche des Gewährleistungsrechts zum Tragen kommen, ist das *Vorliegen eines Sachmangels*. Der Mangel muss *zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs*, das heisst beim Abschluss des Kaufvertrags (Art. 185 Abs. 1 OR) oder bei der Aussonderung von Gattungsware beziehungsweise bei Versendung der Ware (Art. 185 Abs. 2 OR) vorhanden oder zumindest im Keim angelegt gewesen sein.³⁵ Tritt der Sachmangel erst nach Gefahrübergang ein, kommt eine verschuldensunabhängige Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers aus Gewährleistung nicht in Betracht.

Nach dem Gesetzeswortlaut haftet «der Verkäufer [...] dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern» (Art. 197 Abs. 1 OR). Ein Sachmangel ist eine *ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit*.³⁶ Die Kaufsache ist mangelhaft, wenn ihre Beschaffenheit vom Vertrag abweicht, das heisst, wenn ihr eine zugesicherte Eigenschaft oder eine Eigenschaft, die die Käuferin oder der Käufer nach Treu und Glauben erwarten durfte, fehlt.³⁷ Besteht eine ungünstige Abweichung von der *gewöhnlich geschuldeten Beschaffenheit*, haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer nur dann aus Gewährleistung, wenn der Mangel erheblich ist. Abweichungen von *zugesicherten Eigenschaften* gelten auch dann als Mangel, wenn keine Erheblichkeit vorliegt.³⁸

³³ S. Zusammenfassung der Ergebnisse in ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 2 f.

³⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, Ziff. 7.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1.; BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 11.

³⁶ BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 2 ff.

³⁷ BGE 114 II 239 E. 5a/aa; Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1.

³⁸ BGE 87 II 244

Als *Zusicherung* gilt eine Erklärung, dass die Kaufsache bestimmte objektiv feststellbare Eigenschaften aufweist, auf die die Käuferin oder der Käufer nach Treu und Glauben vertrauen darf.³⁹ Die Erklärung muss den Kaufentscheid erkennbar beeinflusst haben,⁴⁰ wobei dieser Zusammenhang vermutet wird. Zusicherungen können auch *stillschweigend* abgegeben werden und sich aus den Umständen ergeben.⁴¹ Blosser *Anpreisungen* beziehungsweise reklamehafte Beschreibungen der Kaufsache gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dagegen nicht als Zusicherung.⁴² Unsicherheit besteht darüber, inwiefern in *Werbung* gemachte Aussagen als Zusicherungen gelten können. Im Einzelfall muss geklärt werden, ob in der Werbung gemachte Aussagen dem Verkäufer zugerechnet werden können und erkennbar zum Kaufentscheid beigetragen haben. Zu beachten ist dabei, dass Werbung zu Produkteigenschaften häufig nicht vom Verkäufer, sondern vom Hersteller des Produkts ausgeht,⁴³ und damit dem Verkäufer wohl meist nicht zugerechnet werden kann. Unabhängig davon können Aussagen, bei denen es sich um eigentliche Reklame handelt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nie als Zusicherung gelten.⁴⁴

3.2.2 Rechtsvergleich

In der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* werden in Artikel 6 und 7 subjektive und objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit von Waren definiert. Dabei beziehen sich die subjektiven Anforderungen im Wesentlichen auf den Inhalt des Kaufvertrags und entsprechen damit im Grossen und Ganzen den Zusicherungen nach Schweizer Recht.⁴⁵ Die objektiven Anforderungen entsprechen in etwa der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch und damit den nach Treu und Glauben vereinbarten Eigenschaften.⁴⁶

Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* konkretisiert die objektiven Anforderungen an Waren und hält fest, dass Waren «hinsichtlich ihrer Menge, Qualität und sonstigen Merkmale – einschliesslich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit – dem entsprechen [müssen], was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher in Anbetracht der Art der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die von dem 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.» Die Definition des Sachmangels in der EU weicht dahingehend vom in der Schweiz geltenden Begriff ab, als dass Äusserungen anderer Personen in der Vertragskette in *Werbung* oder andere öffentliche Erklärungen in der EU von Gesetzes wegen ausdrücklich dem Verkäufer zugerechnet werden. Weist eine Sache nicht die in der Werbung angepriesenen Eigenschaften auf, gilt sie demnach als mangelhaft. In der Schweiz wird dies heute häufig nicht der Fall sein.⁴⁷

Weiter ist nach dieser Bestimmung auch ausdrücklich die *Haltbarkeit* geschuldet, die bei Waren der gleichen Art üblich ist und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Dies soll sich gemäss Erwägung 32 der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* auf die Fähigkeit

³⁹ BGE 109 II 24 E. 4

⁴⁰ BGE 87 II 244

⁴¹ BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 14.

⁴² BGE 88 II 410 E. 3; zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014, E. 4.1., weitere Nachweise bei FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 30.

⁴³ S. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 762.

⁴⁴ S. die Nachweise oben in Fn. 42 und BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 16.

⁴⁵ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 29.

⁴⁶ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 29.

⁴⁷ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 30.

der Waren beziehen, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Bei der Beurteilung sollen alle massgeblichen Umstände berücksichtigt werden, wie beispielsweise der Preis der Ware. Durch Verweis auf Branchenstandards wird jedoch eine gewisse Objektivierung erreicht.⁴⁸ In der Erwägung 32 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 wird weiter ausgeführt, dass *produktspezifische Rechtsvorschriften* der Union (wie sie in der Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG enthalten sind)⁴⁹ als das am besten geeignete Instrument erachtet werden, um für bestimmte Arten oder Gruppen von Produkten Anforderungen an die Haltbarkeit und andere Produkteigenschaften einzuführen. Dem Gewährleistungsrecht kommt nur eine ergänzende Rolle zu. Diese produktspezifischen Rechtsvorschriften gelten auch im Gewährleistungsrecht als Mindeststandard.⁵⁰ Durch vertragliche Vereinbarung kann zwar von den in Artikel 7 Absatz 1 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 festgelegten objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit von Waren abgewichen werden. Solche Abweichungen müssen der Verbraucherin oder dem Verbraucher aber speziell mitgeteilt werden, und sie oder er muss ihnen ausdrücklich und gesondert zustimmen (Art. 7 Abs. 5).

3.2.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Eine Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den EU-Mindeststandard (Basiszenario) hätte gemäss der RFA im Allgemeinen nur geringe Auswirkungen auf die Wirtschaft, würde aber die Position von Konsumentinnen und Konsumenten stärken (oben Ziff. 3.1). Gemäss den Autoren der RFA würde eine Anpassung des Sachmangelbegriffs namentlich dem sogenannten «*Greenwashing*» vorbeugen, indem Aussagen zur Haltbarkeit oder Nachhaltigkeit eines Produkts für Verkäufer verbindlich würden.⁵¹ Mögliche zusätzliche Effekte könnten durch die Einführung einer Deklarationspflicht für Hersteller oder Verkäufer zur Lebensdauer oder Reparierbarkeit eines Produkts erzielt werden.⁵² Abweichungen von deklarierten Eigenschaften wären als Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit zu qualifizieren und würden während der Gewährleistungsfrist damit automatisch zu Ansprüchen der Käuferinnen und Käufer führen. Ein Sachmangel liegt jedoch nur dann vor, wenn das Produkt punkto Funktionalität oder Haltbarkeit von den berechtigten Erwartungen der Käuferin oder des Käufers abweicht. Das ist bei *Wegwerf- und Billigware*, die erwartungsgemäss schnell defekt wird, nicht der Fall.⁵³ Auf das Produktdesign dürfte eine Anpassung des Sachmangelbegriffs in jedem Fall nur einen bedingten Einfluss haben.⁵⁴ Die Produktion von billigen Waren, die erwartungsgemäss schnell defekt werden, würde durch die Erweiterung des Sachmangelbegriffs auf die gewöhnlich geschuldete Haltbarkeit nicht verhindert. Der entscheidende Faktor bliebe das Konsumverhalten der Käuferinnen und Käufer. Durch eine Erweiterung des Sachmangelbegriffs würden Käuferinnen und Käufer jedoch in ihrem Vertrauen auf direkt oder implizit angepriesene Produkteigenschaften geschützt.⁵⁵

Nach Ansicht des Bundesrates erscheint daher eine Anpassung des Sachmangelbegriffs angezeigt, damit dieser die gewöhnlich geschuldete Haltbarkeit und die in der Werbung angepriesenen Eigenschaften eindeutig umfasst.

⁴⁸ Vgl. ATAMER, ZSR 2022 I, 291.

⁴⁹ S. oben Ziff. 2.2.3.

⁵⁰ Vgl. dazu ATAMER, ZSR 2022 I, 291.

⁵¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 15.

⁵² ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 45; zu den laufenden Arbeiten diesbezüglich oben Ziff. 1.3.

⁵³ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 21 f.; ATAMER, ZSR 2022 I, 289 ff.

⁵⁴ S. allgemein zu den erwarteten Auswirkungen auf Produktdesign und Sortimentsänderung nach den zwei Szenarien ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, Tabelle auf S. 30.

⁵⁵ Vgl. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 762.

3.3 Vermutung des Mangels

3.3.1 Rechtslage in der Schweiz

Nach Artikel 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁵⁶ muss nach Schweizer Recht derjenige, der aus einer Tatsache Rechte ableitet, das Vorhandensein dieser Tatsache beweisen, gesetzliche Ausnahmen vorbehalten. Im Gewährleistungsrecht muss der *Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs* bestanden haben, um einen Gewährleistungsanspruch zu begründen (siehe oben Ziff. 3.2.1). Dies ist nach Artikel 185 OR der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Aussonderung einer Gattungsware oder der Übergabe zur Versendung im Falle eines Versendungskaufs. Somit muss die Käuferin bzw. der Käufer einer mangelhaften Sache beweisen, dass der Mangel zu diesem Zeitpunkt vorlag.⁵⁷

Die vom Bundesgericht beurteilten Fälle zeigen, dass diese Voraussetzung für die Käuferin bzw. den Käufer eine *grosse Hürde* darstellen kann, insbesondere bei komplexeren, aber dennoch alltäglichen Gütern wie Autos.⁵⁸ Mängel treten bei dieser Art von Waren in der Regel erst später, beim Gebrauch, auf, und die Käuferin oder der Käufer hat kaum Möglichkeiten zu zeigen, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand. Mit der Nutzung des Gutes und dem Verstreichen einer gewissen Zeit können weitere Ursachen für die Fehlfunktion nicht ausgeschlossen werden, so dass das Vorhandensein des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs kaum beweisbar ist. Dies kann dazu führen, dass Gewährleistungsansprüche nicht durchgesetzt werden können, obwohl das Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs wahrscheinlich ist.⁵⁹

Die *technische Entwicklung* verschärft dieses Problem. Bei elektronischen Produkten ist es schwierig bis unmöglich, diesen Nachweis zu erbringen oder für den Nachweis wird ein unverhältnismässiger Aufwand erforderlich sein. Immer mehr Güter enthalten elektronische Komponenten oder Software. Die systematische Ablehnung von Garantieleistungen, insbesondere wegen angeblichen Selbstverschuldens, scheint in der Praxis verbreitet zu sein und findet sich seit Jahren auf Platz 1 der gesamtschweizerischen *Ärgerliste der Konsumentenverbände*.⁶⁰ Die Motion 19.4598 Masshardt «Kreislaufwirtschaft. Einführung der Beweislastumkehr auch in der Schweiz», welche eine Angleichung an das EU/EWR-Niveau forderte, wurde vom Nationalrat aber mit 90 zu 87 Stimmen abgelehnt.⁶¹

3.3.2 Rechtsvergleich

Anders stellt sich die Rechtslage in der EU und dem EWR dar: Wenn ein Produkt bereits kurze Zeit nach dem Kauf einen Mangel aufweist, wird vermutet, dass das Produkt schon beim Kauf mangelhaft war, Beweis des Gegenteils vorbehalten. Die Käuferinnen und Käufer können damit ihre Sachgewährleistungsansprüche einfacher geltend machen. Es handelt sich um eine *einfache widerlegbare Vermutung, die sich nur auf den Zeitpunkt bezieht, zu dem der Mangel bestand*, und nicht eine generelle Umkehr der Beweislast, obwohl diese Bezeichnung für die im EU-Recht vorgesehene Regel häufig verwendet wird. Die Käuferin bzw. der Käufer bleibt verpflichtet, den eigentlichen Mangel nachzuweisen.

⁵⁶ SR 210

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 5.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 5.

⁵⁹ In diesem Sinne Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.2.

⁶⁰ Vgl. für 2022: <https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2022/12/Aergerliste_2022_Allianz_definitiv.pdf>.

⁶¹ AB 2020 N 1759 ff.

Schon die *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG*⁶² enthielt in Artikel 5 Absatz 3 eine solche gesetzliche Vermutung: Bis zum Beweis des Gegenteils wurde vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung eines Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar. Durch die *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* wurde diese Frist auf ein Jahr erweitert (Art. 11 Abs. 1). Es steht den Mitgliedstaaten frei, eine Frist von bis zu zwei Jahren vorzusehen (Art. 11 Abs. 2). *Frankreich* kennt eine solche zweijährige Frist bereits seit 2014.⁶³

3.3.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Laut den Autoren der RFA hätte eine Angleichung an das EU-Niveau (*Basisszenario*) wenig Auswirkungen auf Unternehmen, da viele Verkäuferinnen und Verkäufer sich bereits heute kulant zeigen.⁶⁴ Entsprechend blieben auch die *Auswirkungen* bei einer isolierten Übernahme der Vermutung des Sachmangels *gering*. Geringe Mehrkosten wären bei Verkäuferinnen und Verkäufern, die sich heute wenig kulant zeigen und Verkäuferinnen und Verkäufern von qualitativ minderwertigen Waren eigentlich langlebiger Produkte (Billiglinien), zu erwarten. Die gesetzliche Vermutung des Sachmangels stellt aber gemäss RFA zusammen mit einer längeren Prüfungs- und Rügefrist einen *entscheidenden Faktor* dar, um Käuferinnen und Käufern die Ausübung ihrer Rechte zu erleichtern.⁶⁵

Bei der im *Pluszenario* angenommenen zweijährigen Vermutung des Sachmangels würden die Kosten sowohl für die Unternehmen als auch die Konsumentinnen und Konsumenten steigen. Das Autorenteam rechnet zudem *mit geringen Sortimentsveränderungen*, da sich der Verkauf gewisser Billiglinien nicht mehr lohnen dürfte.⁶⁶ Für die Konsumentinnen und Konsumenten wäre die Durchsetzung ihrer Rechte nach beiden Szenarien wesentlich vereinfacht, da sie nicht mehr auf die Kulanz von Verkäuferinnen und Verkäufern angewiesen wären.

In Anbetracht der heute schwierigen bis *faktisch unmöglichen Durchsetzung* bestehender Gewährleistungsansprüche in der Schweiz und des Vergleichs mit dem Recht der Europäischen Union sollte die einjährige gesetzliche Vermutung nach Ansicht des Bundesrates im Schweizer Recht übernommen werden.⁶⁷ Die RFA hat gezeigt, dass die negativen Auswirkungen dieser Regel auf die Wirtschaft und die Unternehmen sehr begrenzt oder sogar vernachlässigbar sind und sie die *Durchsetzung der bereits bestehenden Rechte effektiv erleichtern* könnte.

3.4 Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

3.4.1 Rechtslage in der Schweiz

Gemäss Artikel 201 Absatz 1 OR soll die Käuferin bzw. der Käufer die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer Anzeige machen. Wird dies versäumt, so gilt die Kaufsache selbst mit diesen Mängeln als stillschweigend genehmigt (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR). Es handelt sich um eine *Genehmigungsfiktion*, die unwiderlegbar ist und zur *Verwirkung* aller Gewährleistungsansprüche

⁶² S. oben Ziff. 2.2.1.

⁶³ HESELHAUS/ FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 35.

⁶⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 29 und oben Ziff. 3.1.

⁶⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 20 et 35.

⁶⁶ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 32.

⁶⁷ S. auch schon Antrag des Bundesrates vom 26. Februar 2020 zur Mo. 19.4598 Masshardt «Kreislaufwirtschaft. Einführung der Beweislastumkehr auch in der Schweiz», abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > 19.4598.

führt.⁶⁸ Die Verkäuferin bzw. der Verkäufer kann sich auf diese Obliegenheiten jedoch nicht berufen, wenn sie oder er die Käuferin bzw. den Käufer absichtlich getäuscht hat (Art. 203 OR). Diese Bestimmung erfasst sowohl falsche Angaben durch die Verkäuferin oder den Verkäufer als auch den fehlenden Hinweis auf Mängel, die der Verkäuferin oder dem Verkäufer bekannt waren, die sie oder er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätte erwähnen müssen und die auf erkennbare Weise von Bedeutung für die Käuferin oder den Käufer waren.⁶⁹

Die Käuferin oder der Käufer soll die Beschaffenheit der empfangenen Sache *prüfen*, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» und falls sich Mängel ergeben, «sofort» *Anzeige* machen (Art. 201 Abs. 1 OR). Bei *versteckten Mängeln*, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren und sich erst später ergeben, muss die Anzeige «*sofort nach der Entdeckung*» erfolgen (Art. 201 Abs. 3 OR). Entscheidend für den Beginn der Rügefrist ist die Entdeckung des Mangels. Ein Mangel gilt als entdeckt, wenn die Käuferin oder der Käufer zweifelsfrei feststellen kann, dass ein Mangel vorliegt und sie oder er daher eine hinreichend begründete Rüge einreichen kann.⁷⁰ In der Anzeige muss der Mangel genau benannt werden, es muss erklärt werden, warum die Kaufsache nicht die versprochenen oder erwarteten Eigenschaften aufweist, und es muss deutlich gemacht werden, dass die Käuferin oder der Käufer die Sache für nicht vertragsgemäss hält und die Verkäuferin oder den Verkäufer dafür haftbar macht.⁷¹ Nach der Rechtsprechung hat die Anzeige *sofort nach der Entdeckung* zu erfolgen.⁷² Was darunter zu verstehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Mangels.⁷³ Auch wenn das Gesetz eine sofortige Anzeige verlangt, gesteht die Rechtsprechung der Käuferin bzw. dem Käufer eine *kurze Überlegungsfrist* zu, die es erlaubt, einen Entscheid zu treffen und ihn der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer mitzuteilen. So erfüllt eine Mängelrüge, die zwei oder drei Werktagen nach der Entdeckung des Mangels erfolgt, die gesetzlich vorgeschriebene Voraussetzung der Unmittelbarkeit, nicht aber eine Anzeige nach drei Wochen.⁷⁴ Das Bundesgericht tendierte anfänglich dazu, eine siebentägige Frist als festen Wert anzuerkennen, erklärte jedoch später, dass es keinen Anlass für die Annahme einer solchen allgemeinen Beschränkung gebe.⁷⁵ Dennoch wird in mehreren Entscheiden die Frist von drei Wochen als verspätet bezeichnet und in konkreten Fällen wurden Mängelrügen, die nach 14, 18 oder 20 Tagen, einem Monat oder fünf Wochen erfolgten, als verspätet beurteilt.⁷⁶

Die Gründe für diese Regeln sind der *Schutz der Verkäuferin oder des Verkäufers* gegen die Folgen einer Vertragsauflösung, die Bewahrung der Möglichkeit, rechtzeitig gegen die Lieferanten vorzugehen⁷⁷ und schliesslich die allgemeine *Verkehrssicherheit* durch schnelle Klärung der rechtlichen Verhältnisse, was auch Beweisprobleme verringert.⁷⁸

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022, E. 6.1

⁶⁹ BGE 131 III 145 E. 8.1

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts, 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁷² BGE 107 II 172 E. 1a

⁷³ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2009 vom 2. November 2009, E. 1.2

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2 mit zitierten Beispielen.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2 m.w.H.

⁷⁷ BGE 88 II 364 E. 2, BGE 81 II 56 E. 2b

⁷⁸ BGE 88 II 364 E. 2

Wie das Bundesgericht selber feststellt,⁷⁹ *kritisiert die Lehre diese strenge und für die Käuferin oder den Käufer sehr nachteilige Regelung* und schlägt wahlweise eine Lockerung für private Käuferinnen und Käufer⁸⁰ oder eine Beschränkung auf Handelsgeschäfte vor.⁸¹ Das Bundesgericht stellte wie erwähnt auch fest, dass es «keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt».⁸² Diese fehlende Rechtfertigung veranlasst einen Teil der Lehre zu einer grundsätzlicheren Kritik an der Regel der sofortigen Anzeige; diese sei für einen Grossteil der Kaufverträge und im Bereich der Werkverträge unangemessen.⁸³ Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht, dass die angemessene Frist von Artikel 39 Absatz 1 des Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG⁸⁴), welche einen Bestandteil des Schweizer Rechts bildet und nur für Handelsgeschäfte gilt, weniger restriktiv ist. Auch wenn sich diese Frist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls richtet, kann eine Frist von einem Monat in Fällen, in denen nicht besondere Umstände (z. B. verderbliche Waren, starke Preisschwankungen) eine besonders kurze Frist erfordern, als zulässig erachtet werden.⁸⁵

3.4.2 Rechtsvergleich

Diese Kritik am schweizerischen Recht wird durch einen Blick auf ausländische Regelungen bestätigt. So sieht die *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* keine Anzeigepflicht vor. Artikel 12 erlaubt es den Mitgliedstaaten, Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, nach denen die Verbraucherin oder der Verbraucher zur Inanspruchnahme ihrer bzw. seiner Rechte die Verkäuferin oder den Verkäufer innerhalb eines *Zeitraums von mindestens zwei Monaten* ab dem Zeitpunkt, in dem sie oder er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, über diese Vertragswidrigkeit unterrichten muss. Diese Regel war bereits in der *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG* enthalten, so dass die Mindestfrist von zwei Monaten seit über 20 Jahren in allen EU- und EWR-Staaten gilt. Die Richtlinie sieht auch keine Prüfpflicht vor, was namentlich seit dem Inkrafttreten der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 – die eine vollständige Harmonisierung vorsieht und strengere oder weniger strenge nationale Vorschriften verbietet, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist (Art. 4) – so ausgelegt wird, dass die Mitgliedstaaten keine solche Pflicht einführen dürfen.⁸⁶ Anzumerken ist schliesslich, dass im *deutschen Recht*, das mit dem Schweizer Recht einen strengen Ansatz in Bezug auf Prüfung und Anzeige teilt, einzig in Artikel 377 Handelsgesetzbuch (HGB) eine mit Artikel 201 OR vergleichbare Regel enthalten ist und somit nur für Kaufverträge im Handelsbereich gilt.

3.4.3 Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit

Vor diesem Hintergrund sprechen *eindeutige Argumente für eine Anpassung des schweizerischen Rechts* zumindest in Bezug auf Konsumentenverträge. Eine Frist von zwei Monaten, wie sie in der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 vorgesehen ist, stellt eine klare Regel dar, die der Käuferin oder dem Käufer eine Bedenkzeit einräumt, ohne den Schutz der Verkäufers-

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁸⁰ CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 201 OR N 3, 13 und 18; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 705; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 1.

⁸¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 83; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 64; ATAMER/EGGEN, ZBJV 2017, 764; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 1; BK-Giger, Art. 201 OR N 7 und 14-17.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2

⁸³ So z.B. STÖCKLI, BR/DC 2019, 128.

⁸⁴ SR 0.221.221.1

⁸⁵ SKH-BRUNNER/MARTI-SCHREIER, Art. 39 CISG N 13.

⁸⁶ S. für die Richtlinie 1999/44/EG, Entscheidung des EuGH vom 4. Juni 2015, C-497/13, N 60-61; s. auch ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 58 und 64.

rin oder des Verkäufers zu beeinträchtigen. Diese verlängerte Rügefrist wäre namentlich angesichts der strengen Folgen bei Nichteinhaltung gerechtfertigt. Wie von der Lehre angeführt,⁸⁷ sind nichtkaufmännischen Käuferinnen und Käufern in der Regel weder die Notwendigkeit der sofortigen Prüfung und Anzeige noch die Verwirkungsfolgen in Bezug auf die Gewährleistungsansprüche bekannt. Erschwerend kommt hinzu, dass der Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels für die Bemessung der Rügefrist entscheidend ist. Dieser Zeitpunkt kann je nach Fall aber schwierig zu bestimmen sein, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt. So ist im Einzelfall nicht einfach zu bestimmen, welche Mängel bei einer übungsgemässen Untersuchung und somit bereits beim Zeitpunkt der Lieferung entdeckt werden müssten und welche Mängel erst beim Gebrauch sichtbar werden und somit als versteckte Mängel auch später noch geltend gemacht werden können. Auch bei versteckten Mängeln kann der Zeitpunkt der Entdeckung in Fällen, wo der Mangel erst allmählich auftritt und zunächst nur wenige Anzeichen einer Fehlfunktion vorliegen, schwierig zu bestimmen sein. Eine längere, aber dennoch begrenzte Frist beeinträchtigt auch die Interessen der Verkäuferin oder des Verkäufers nicht. Eine Anzeige des Mangels innert zwei Monaten wäre immer noch früh, auch muss innerhalb der zweijährigen Frist ohnehin mit Gewährleistungsfällen gerechnet werden. Beweisschwierigkeiten gehen zudem zu Lasten der Käuferseite, die den Mangel nachweisen muss. Die Käuferin oder der Käufer sollte auch das Risiko von Folgeschäden tragen, was sich aus der Pflicht zur Schadensminderung ableiten lässt und keine sehr kurze Rügefrist erfordert.⁸⁸ Im Übrigen sind mehrere Zielsetzungen, die der aktuellen Regelung in der Schweiz zugrunde liegen, wie der Schutz der Verkäuferin oder des Verkäufers vor Preisschwankungen, eher auf Handelsbeziehungen zugeschnitten als auf Verkäufe an Private.

Schliesslich hat der Gesetzgeber das Problem beim *Grundstückkauf* bereits anerkannt. Das Parlament behandelt gegenwärtig die Vorschläge, die der Bundesrat in seiner Botschaft vom 19. Oktober 2022 zur Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) verabschiedet hat.⁸⁹ Der Bundesrat schlägt beim Grundstückkauf (Art. 219a Abs. 1 E-OR) oder bei der Errichtung eines unbeweglichen Werks (Art. 367 Abs. 1 E-OR) eine Rügefrist von 60 Tagen vor.

Aus all diesen Gründen befürwortet der Bundesrat die Einführung einer Rügefrist von 60 Tagen, zumindest für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

3.5 Gewährleistungsfrist

3.5.1 Rechtslage in der Schweiz

Die allgemeine Gewährleistungsfrist beträgt nach schweizerischem Recht *zwei Jahre* (Art. 210 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt «mit der Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt hat.» Es handelt sich um eine Verjährungsfrist.⁹⁰ Die Käuferin oder der Käufer muss also innerhalb dieser Frist handeln, um ihr oder sein Recht auszuüben, oder eine andere, in Artikel 135 Ziffer 2 OR vorgesehene, die Verjährung unterbrechende Handlung vornehmen. Eine Mängelrüge (Art. 201 Abs. 1 OR), die innerhalb der Frist von zwei Jahren erfolgt, erlaubt die Einhaltung dieser Verjährungsfrist nicht. Für bestimmte Kategorien von beweglichen Waren gelten besondere Gewährleistungsfristen: fünf Jahre für Sachen, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist (Art. 210

⁸⁷ ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 64.

⁸⁸ In diesem Sinn BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, N 268.

⁸⁹ BBI 2022 2743.

⁹⁰ BGE 94 II 26; 104 II 357

Abs. 2 OR); für Kulturgüter verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch dreissig Jahre nach dem Vertragsabschluss (Art. 210 Abs. 3 OR).

Die Verjährungsfrist kann durch Vereinbarung nicht auf weniger als zwei Jahre, oder bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt werden, wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch der Käuferin oder des Käufers bestimmt ist und die Verkäuferin oder der Verkäufer im Rahmen ihrer oder seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (Art. 210 Abs. 4 OR). Die Gewährleistung kann in einem Kaufvertrag jedoch vollständig oder teilweise *ausgeschlossen* werden, es sei denn, die Verkäuferin bzw. der Verkäufer habe der Käuferin bzw. dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen (Art. 199 OR).

3.5.2 Rechtsvergleich

Gemäss Artikel 10 Absatz 1 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer für die Mängel, die zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren bestehen und innerhalb von *zwei Jahren* nach diesem Zeitpunkt offenbar werden. Artikel 10 Absatz 2 enthält *zwei Sonderregeln für Waren mit digitalen Elementen*. So haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer für Mängel an digitalen Inhalten oder Dienstleistungen, die zum Zeitpunkt der Lieferung nicht vorhanden waren aber innerhalb von zwei Jahren auftreten, wenn eine fortlaufende Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistung über einen bestimmten Zeitraum hinweg vorgesehen ist. Wenn die Dauer der fortlaufenden Bereitstellung für mehr als zwei Jahre vorgesehen ist, erstreckt sich die Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers auf diese längere Dauer (s. dazu auch unten Ziff. 4).

Fristen von weniger als zwei Jahren dürfen nicht vereinbart werden (Art. 21 Abs. 1). Für *gebrauchte Waren* ist eine Sonderregel vorgesehen. Hier können die Parteien eine Frist von weniger als zwei Jahren vereinbaren, die jedoch mindestens ein Jahr betragen muss (Art. 10 Abs. 6). Anders als im schweizerischen Recht sind bei Verbraucherverträgen Ausschlüsse oder Einschränkungen der Gewährleistungsrechte nicht möglich (Art. 21). Dagegen können die *Mitgliedstaaten* der EU oder des EWR *längere Gewährleistungsfristen* vorsehen (Art. 10 Abs. 3). Dies ist eine Ausnahme von dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel der vollständigen Harmonisierung. Allerdings haben nur wenige Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. So gilt in *Irland* eine allgemeine Gewährleistungsfrist von sechs Jahren⁹¹ und in *Portugal*⁹² ebenso wie *Spanien* eine Frist von drei Jahren.⁹³ Die Frist von sechs Jahren ist übrigens auch im *Vereinigten Königreich*⁹⁴ vorgesehen. Im Übrigen gibt es ausserhalb der Europäischen Union Lösungen, mit denen die Lebensdauer der Waren berücksichtigt wird. So sieht *Norwegen* eine Frist von fünf Jahren ab Lieferung für Waren vor, die eine «lange Lebensdauer» aufweisen, d. h. bei denen bei gewöhnlicher Verwendung der Ware eine Lebensdauer von mehr als zwei Jahren zu erwarten ist.⁹⁵ Eine ähnliche Regel besteht in *Island*, wo für Waren mit einer Lebensdauer von mehr als zwei Jahren eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren gilt.⁹⁶ Diese Dauer bestimmt sich nach den Erwartungen der Verbraucherinnen

⁹¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 52.

⁹² HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 94.

⁹³ Art. 120, Abs. 1 des Real Decreto-ley 7/2021 de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

⁹⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 54.

⁹⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 41.

⁹⁶ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 48.

und Verbraucher oder den Plänen der Herstellerinnen und Hersteller.⁹⁷ Es wurde eine Kommission eingesetzt, die angerufen werden kann, um die Lebensdauer eines Gutes zu bestimmen. Schliesslich kennt das Recht von *Québec* eine Haltbarkeitsgarantie, die besagt, dass eine Kaufsache für einen angemessenen Zeitraum, der sich nach dem Preis, den Vertragsbedingungen und den Nutzungsbedingungen richtet, für eine normale Nutzung geeignet sein muss.⁹⁸

Die in der EU-Richtlinie vorgesehenen Fristen sind keine Verjährungsfristen.⁹⁹ So kann eine Käuferin oder ein Käufer auch nach Ablauf dieser Fristen klagen, wenn der Mangel innerhalb von zwei Jahren nach der Lieferung oder gegebenenfalls innerhalb der für digitale Inhalte oder Dienstleistungen vorgesehenen längeren Frist aufgetreten ist. Artikel 10 Absatz 4 und 5 verlangen, dass die im nationalen Recht vorgesehenen Verjährungsfristen die Inanspruchnahme der in der Richtlinie vorgesehenen Rechte bei Mängeln, die unter die Gewährleistungsfristen fallen, nicht verhindern dürfen. Schliesslich können Mitgliedstaaten eine Mängelrüge zwar einführen, doch muss diese Frist ab dem Zeitpunkt der Feststellung des Mangels durch den Verbraucher mindestens zwei Monate betragen (Art. 12).

Die im schweizerischen Recht vorgesehene Verjährungsfrist entspricht den in der Europäischen Union vorgesehenen Mindestregeln. Weil fast alle Mitgliedstaaten von der Möglichkeit, längere Fristen vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht haben, *entspricht die in der Schweiz vorgesehene Frist* somit derjenigen der Nachbarstaaten. Dennoch gibt es zwei Unterschiede: Erstens kennt das schweizerische Recht keine Sonderregeln für *Waren mit digitalen Elementen*, und zweitens kann *die Frist von zwei Jahren ausgeschlossen werden*, wenn der Vertrag einen vollständigen Ausschluss der Gewährleistung vorsieht. Einige Staaten wie Island, Irland, Vereinigtes Königreich oder Norwegen kennen längere Fristen. Diese Fristen hängen in Island und Norwegen von der Lebensdauer der Waren ab.

3.5.3 Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit

Im in der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) analysierten *Basisszenario* wird die zweijährige Gewährleistungsfrist beibehalten, aber die Vorschriften über die Mängelgewährleistung werden für Verträge zwischen Unternehmerinnen bzw. Unternehmern und Konsumentinnen bzw. Konsumenten zwingend. Im Vergleich zum geltenden schweizerischen Recht bedeutet dies, dass eine Klausel, mit der die Gewährleistung vollständig ausgeschlossen wird und somit die Gewährleistungsfrist trotz zwingendem Charakter wirkungslos ist, nicht mehr möglich wäre. Das zweite Szenario, das *Plusszenario*, sieht je nach Lebensdauer eines Produkts eine variable *Gewährleistungsfrist von zwei bis fünf Jahren* vor. Die Vorschriften über die Gewährleistung würden für alle Arten von Verträgen zwingend, auch für Verträge zwischen Unternehmerinnen und Unternehmern.

In der RFA wurden mit Bezug auf die Gewährleistungsfrist verschiedene Auswirkungen diskutiert. Eine Anpassung des schweizerischen Rechts an die Regelungen der EU-Richtlinie hätte nur geringe Auswirkungen, weil die *Frist von zwei Jahren* in der Schweiz bereits *sehr verbreitet* ist und die Verkäufer sich im Falle einer Rüge kulant zeigen.¹⁰⁰ Die *Rechtsstellung* der Konsumentinnen und Konsumenten würde durch den zwingenden Charakter der Gewährleistungsfrist dennoch gestärkt. Eine Zunahme der Rügen hinge allerdings von anderen Faktoren

⁹⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 49.

⁹⁸ Art. 38 Loi sur la protection des consommateurs

⁹⁹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 12.

¹⁰⁰ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 35.

ab, nämlich von der Regel über die Vermutung des Mangels (oben Ziff. 3.3) und der Rügefrist (oben Ziff. 3.4), von den Rechtskenntnissen, den Hindernissen bei der Durchsetzung oder auch von der psychologischen Obsoleszenz, die zum Kauf eines neuen Modells verleitet. Auch wären nicht alle Produkte gleichermassen betroffen, denn nur bei Produkten von schlechter Qualität besteht die Gefahr, dass sie innerhalb von zwei Jahren einen Mangel aufweisen.

Die Auswirkungen einer *Verlängerung der Frist über zwei Jahre hinaus* (was die zentrale Massnahme des in der RFA analysierten Plusszenarios darstellte) wären *für die Umwelt gering* und führten zu *leicht höheren Kosten*.¹⁰¹ Änderungen des Produktesortiments sind nicht zu erwarten, weil eine Änderung des schweizerischen Rechts unabhängig von der Europäischen Union keine Auswirkungen auf die Hersteller hätte.¹⁰² Eine längere Gewährleistungsfrist, wie sie im Plusszenario vorgesehen ist, würde die Verkäuferinnen und Verkäufer in der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarstaaten zusätzlich belasten und könnte zu einem Preisanstieg führen. Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland würden auch aus diesem Grund vergrössert, was einen *geringfügigen Anstieg des Einkaufstourismus* bewirken könnte.¹⁰³ Trotz der Preiserhöhungen dürfte sich gemäss den Autoren der RFA das Plusszenario für die meisten Konsumentinnen und Konsumenten positiv auswirken. Sie müssten insbesondere für Mängel bei länger haltbaren Produkten weniger oft selbst aufkommen und erhielten damit ein Schutzniveau, welches bisher oftmals nur durch den Kauf einer Garantieverlängerung und mit den damit verbundenen Zusatzkosten erreichbar war.¹⁰⁴

Die RFA bestätigt damit die *Bedenken des Bundesrates* gegenüber einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre.¹⁰⁵ Die von einer solchen Massnahme erhofften Vorteile werden zunächst nicht bestätigt. Die positiven Auswirkungen auf die Umwelt blieben sehr begrenzt, und eine auf die Schweiz beschränkte Änderung würde keine Auswirkung auf die Produktion haben, die sich nicht auf länger haltbare Waren ausrichten würde. Diese Massnahme ist auch nicht an die Vielfalt der Waren angepasst, die eine sehr unterschiedliche Lebensdauer haben können. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass eine einheitliche Dauer von fünf oder sechs Jahren für alle Waren in der EU und im EWR selten vorgesehen ist. Eine *Gewährleistungsdauer, die sich nach der Lebensdauer der Waren richtet*, scheint etwas weiter verbreitet zu sein und eher der Realität zu entsprechen. Eine solche Möglichkeit wird von den Autoren der RFA favorisiert.¹⁰⁶ Diese Lösung macht das Gewährleistungssystem jedoch wesentlich *komplexer*, weil sie bedingt, dass die Lebensdauer jeder Kaufsache bestimmt wird. Die Einrichtung einer spezialisierten Schlichtungskommission und Schlichtungsbehörde, wie sie in der rechtsvergleichenden Studie und der RFA¹⁰⁷ empfohlen wird, wäre *kostspielig* und angesichts ihrer sehr begrenzten Funktion *unverhältnismässig*. Schliesslich würde eine fünfjährige Frist, auch wenn sie sich gemäss RFA für die meisten Konsumentinnen und Konsumenten positiv auswirken würde, wahrscheinlich zu höheren Preisen führen und die *Verkäufer in der Schweiz* im Vergleich zu ihren Konkurrenten in den Nachbarstaaten und den meisten europäischen Ländern *benachteiligen*. Eine andere Situation ergäbe sich,

¹⁰¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 40.

¹⁰² ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 36-37.

¹⁰³ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 37.

¹⁰⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA Beilageband C, 34.

¹⁰⁵ Antworten auf die Motionen 19.4594 Streiff-Feller und 20.4025 Humi.

¹⁰⁶ S. ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 12: Plusszenario, zwingende Gewährleistungsfrist von 2 bis 5 Jahren, je nach der erwarteten Lebensdauer des Produkts.

¹⁰⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 94 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 38.

wenn die EU im Rahmen der Massnahmen zur Stärkung des Rechts auf Reparatur eine längere Gewährleistungsfrist einführen würde.¹⁰⁸ Der jüngste Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission sieht jedoch keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Zusammenhang mit der Reparatur vor und konzentriert sich auf den Rechtsakt über die Reparierbarkeit von Waren über diese Frist hinaus (s. oben Ziff. 2.2.2). Selbst wenn eine solche Verlängerung eingeführt würde, wäre eine Gesamtbetrachtung der verschiedenen getroffenen Massnahmen vorzunehmen, damit das Recht auf Reparatur wirksam wird. Denn es muss immer sichergestellt werden, dass die Stärkung des Mängelgewährleistungsrechts auch der effektivste Weg im Vergleich zu anderen Massnahmen ist (Vorgaben zur Herstellung von Produkten, Verfügbarkeit von Ersatzteilen, Reparierbarkeitsangaben).

Auch wenn der Bundesrat daher keinen Handlungsbedarf in Bezug auf die Länge der Gewährleistungsfrist erkennt, ist er dennoch der Ansicht, dass eine *Angleichung an den europäischen Mindeststandard* in Bezug auf den zwingenden Charakter der Gewährleistungsregeln wünschbar wäre. Heute ist bei Konsumentenverträgen nur die Länge der Gewährleistungsfrist zwingend. Ein vollständiger oder teilweiser Ausschluss der Gewährleistung, wie er derzeit im Schweizer Recht möglich ist, schränkt die Bedeutung dieses zwingenden Charakters aber stark ein oder entzieht ihm sogar seinen Sinn. Daher würden zwingende Vorschriften, die auf Konsumentenverträge beschränkt sind, eine kohärentere und klarere Situation schaffen. Wie die RFA gezeigt hat, hätte eine zwingende Zweijahresfrist ohne Gewährleistungsausschluss nur einen vernachlässigbaren Einfluss auf die Kosten der Unternehmen und die Preise,¹⁰⁹ da der Handel in der Schweiz bereits weitgehend freiwillig eine Zweijahresfrist anbietet. Schliesslich wäre, wie in Ziffer 4 festgehalten, eine Übernahme der europäischen Regeln für digitale Waren und Dienstleistungen von Vorteil, da sie die Rechtssicherheit erhöhen würde.

Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass die Länge der Gewährleistungsfrist wie nach geltendem Recht bei zwei Jahren belassen werden kann, die Gewährleistungsregeln als solche aber nicht mehr ausgeschlossen werden können und damit zwingend sein sollen.

3.6 Nachbesserungsrecht (Recht auf Reparatur)

3.6.1 Rechtslage in der Schweiz

Bei Mängeln der Kaufsache gibt Artikel 205 Absatz 1 OR der Käuferin bzw. dem Käufer die *Wahl* zwischen *Wandelung* und *Preisminderung*. Das schweizerische Recht erlaubt es der Käuferin oder dem Käufer jedoch nicht, die Nachbesserung der mangelhaften Sache zu verlangen, wie es im Gegensatz dazu Artikel 368 Absatz 2 OR für den Werkvertrag vorsieht. Die Käuferin oder der Käufer kann auch den Ersatz fehlerhafter Sachen derselben Gattung fordern (Art. 206 Abs. 1 OR). Ausser bei Versendungskäufen ist der Ersatz fehlerhafter Gattungsware sogar ein Recht des Verkäufers, wenn er die Ersatzlieferung sofort vornimmt und dem Käufer den erlittenen Schaden ersetzt (Art. 206 Abs. 2 OR).

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Käuferin oder der Käufer *keinen Anspruch auf Nachbesserung* hat.¹¹⁰ Auch wenn einige Autorinnen und Autoren die Auffassung vertreten, dass ein Anspruch auf Nachbesserung durch eine analoge Anwendung von Artikel 368 Absatz 2 OR wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben oder des Rechts auf vertragsgemässe Erfüllung gewährt werden sollte,¹¹¹ folgt die überwiegende Lehre der Position des

¹⁰⁸ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 37.

¹⁰⁹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 29-32.

¹¹⁰ BGE 95 II 119 E. 6

¹¹¹ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 205 OR N 29 und BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5 m.w.H.

Bundesgerichts.¹¹² Das Bundesgericht räumt jedoch ein, dass die Kosten der Nachbesserung als Minderung geltend gemacht werden können.¹¹³

Der Unterschied zwischen den Regeln des Kaufvertrags und des *Werkvertrags* wirft Fragen nach der *Kohärenz* zwischen diesen beiden Vertragstypen auf, die für die Praxis von grosser Bedeutung sind. Das führt aber auch zu Problemen bei *Innominatverträgen*, die ihren Schwerpunkt im Kaufvertrags- oder im Werkvertragsrecht haben können. Je nachdem, ob die Qualifikation zur Anwendung der Regeln des einen oder des anderen Vertragstyps führt, ist ein gesetzliches Nachbesserungsrecht gegeben oder nicht. Im Falle eines Vertrags über die Lieferung von Standardsoftware hat das Bundesgericht entschieden, dass dieser unter den Kaufvertrag fällt und daher im Falle eines Mangels ein Recht auf Wandelung oder Minderung besteht.¹¹⁴ Das Bundesgericht hat die Frage, ob in diesem Fall ein gesetzliches Nachbesserungsrecht wie beim Werkvertrag besteht, aber offengelassen. Das zeigt, dass unterschiedliche Regeln für diese beiden Vertragstypen die Schwierigkeiten und die Unsicherheit, die sich aus der Qualifikation ergeben, verschärfen. Dieses Problem betrifft besonders Verträge über digitale Produkte oder Dienstleistungen, die weiter unten unter Ziffer 4 behandelt werden.

In der Praxis ist die Nachbesserung in vielen Fällen für beide Parteien nützlich und vorteilhaft, insbesondere bei Waren im Hochpreissegment und mit langer Lebensdauer (Interesse des Käufers an der weiteren Nutzung der Ware und für den Verkäufer geringere Kosten für die Reparatur als für ein neues Objekt).¹¹⁵ Es erstaunt daher nicht, dass die Nachbesserung häufig zusätzlich oder anstelle von gesetzlichen Massnahmen vertraglich vereinbart wird, entweder in Verbindung mit oder ohne Anspruch auf Ersatzleistung. Die Reparatur ist auch in Artikel 46 Absatz 3 CISG vorgesehen, das Bestandteil des schweizerischen Rechts ist und den internationalen Warenkauf im Handelsbereich regelt.

3.6.2 Rechtsvergleich

Ein Recht auf Nachbesserung ist auch *in ausländischen Rechtsordnungen üblich und stark verbreitet*, beispielsweise in Artikel 3 Absatz 2 und 3 der *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG*, was bedeutet, dass alle EU- und EWR-Staaten *seit 2002* ein solches Recht kennen. Die Ausgangslage hat sich mit der neuen Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 nicht grundlegend geändert: in Artikel 13 wurde die bisherige Regelung übernommen.

Das Recht auf Nachbesserung in Artikel 13 Absatz 2 Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ist alternativ zum Recht auf Ersatzlieferung vorgesehen, aber vorrangig vor dem Recht auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags (Art. 13 Abs. 4). Die Verbraucherinnen und Verbraucher können zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen (Art. 13 Abs. 2), wobei beide Rechtsbehelfe auf die Herstellung des vertragsgemässen Zustands der Waren abzielen (Art. 13 Abs. 1). Es werden jedoch Abgrenzungen vorgenommen, zunächst zwischen den beiden Rechtsbehelfen: Wenn die Nachbesserung unmöglich ist oder im Vergleich zur Ersatzlieferung unverhältnismässig hohe Kosten verursacht, kann die Verbraucherin oder der Verbraucher diese nicht verlangen. Die Unverhältnismässigkeit wird unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt, insbesondere des Wertverlusts der Ware, der Bedeutung der Vertragswidrigkeit oder der Möglichkeit, die alternative Abhilfe ohne grössere Unannehmlichkeiten durchzuführen (Art. 13 Abs. 2 Bst. a–c). So kann eine sehr teure Reparatur von der Verkäuferin oder dem Verkäufer abgelehnt werden, wenn die Ersatzlieferung von der Verbraucherin oder dem Verbraucher ohne Unannehmlichkeiten akzeptiert werden kann.

¹¹² BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5 m.w.H.

¹¹³ BGE 111 II 162 E. 3c

¹¹⁴ BGE 124 III 456 E. 4b, bb

¹¹⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 23-24.

Zweitens erlaubt die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer, die Herstellung der Vertragskonformität (Nachbesserung oder Ersatzlieferung) zu verweigern, auch hier, wenn sie unmöglich oder mit unverhältnismässigen Kosten verbunden wäre (Art. 13 Abs. 3).

3.6.3 Exkurs: «Recht auf Reparatur» und Kreislaufwirtschaft

Das Recht auf Nachbesserung hat mit den Bemühungen um einen Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft eine neue Dimension erhalten. Die Reparatur von Produkten in der Nutzungsphase trägt dazu bei, ihre Lebensdauer zu verlängern. Der Bundesrat hat *die Bedeutung der Reparatur* erkannt und in seinem Bericht zum Postulat 17.3505 Vonlanthen die Deklaration über die Reparierbarkeit der Produkte und die Schaffung eines Rechts auf Reparatur im Gewährleistungsrecht als Massnahme bezeichnet, die es weiter zu vertiefen gilt.¹¹⁶

Das Recht auf Reparatur spielt auch *in den Bemühungen der Europäischen Union um eine Kreislaufwirtschaft eine wichtige Rolle*; sie gehört zu den Aktionsschwerpunkten des Europäischen *Green Deals*, und die Europäische Kommission äusserte in ihrem Arbeitsprogramm für 2022 die Absicht: «das Recht der Verbraucher [zu] stärken, Produkte zu fairen Preisen reparieren zu lassen. Dadurch kann die Nutzungsdauer von Waren verlängert werden, was die Ziele der Kreislaufwirtschaft unterstützt.»¹¹⁷ Die Arbeiten werden auf Ebene des Europäischen Parlaments und der Kommission fortgesetzt. Im Anschluss an eine Entschliessung des Europäischen Parlaments zum Recht auf Reparatur vom 7. April 2022 verabschiedete die Europäische Kommission am 22. März 2023 einen Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren (s. Ziff. 2.2.2).

Es gilt jedoch zwischen dem Recht auf Nachbesserung wegen Mängeln der Kaufsache und dem «Recht auf Reparatur» als Teil der aktuellen EU-Politik zur Kreislaufwirtschaft zu unterscheiden. Die Kommission und das Europäische Parlament fassen unter diesem Begriff eine *Reihe von Massnahmen* zusammen, welche die Reparatur von Waren ermöglichen oder fördern sollen. Dabei kann es sich sowohl um das spezifische Recht auf Nachbesserung als Rechtsbehelf bei Mängeln der Kaufsache handeln als auch um Regeln, die eine physische Reparatur ermöglichen oder sie zugänglicher machen sollen. Solche Regeln wiederum können sich auf die Entwicklung leicht reparierbarer Produkte, auf die Verfügbarkeit von Ersatzteilen oder auf finanzielle Anreize oder Hilfen für die Reparatur beziehen, wie z. B. die Kennzeichnung der Reparierfähigkeit oder Steueranreize. So ist bemerkenswert, dass der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Kommission vom 22. März 2023 für Mängel gilt, die nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten (vgl. Art. 1 Abs. 2). Der von der Kommission gewählte Ansatz beinhaltet somit Anreize für die Reparatur fehlerhafter Produkte sowohl vor als auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist.¹¹⁸ Ebenso erwägt das Europäische Parlament in seiner Entschliessung Massnahmen zum Ökodesign, zum Zugang zu Ersatzteilen oder zu den für die Reparatur erforderlichen Informationen oder Bedienungsanleitungen, sowie zur Angabe über die Reparierbarkeit und Haltbarkeit von Produkten, bevor es sich mit dem Recht auf Nachbesserung im Falle der Gewährleistung bei mangelhafter Ware befasst.¹¹⁹

¹¹⁶ S. namentlich Bundesrat, Bericht in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen, 4 und 12-13.

¹¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Arbeitsprogramm der Kommission für 2022 – Europa gemeinsam stärker machen, COM(2021) 645 final, 19.10.2021, 4.

¹¹⁸ S. insbesondere den Bericht über die von der Europäischen Kommission Anfang 2022 durchgeführten öffentlichen Konsultation: European Commission - Directorate-general Justice and Consumers, Sustainable Consumption of Goods - Promoting repair and reuse - Factual Summary Report - Open public Consultation, Ref. Ares(2022)4631828 - 24/06/2022, Ziff. 3.2.

¹¹⁹ S. Ziff. 1, 4 ff. und 11 ff. Entschliessung vom 7. April 2022, im Vergleich zu Ziff. 20 ff.

Diese Unterscheidung macht deutlich, dass das Ziel der Förderung von Reparaturen zur Verwirklichung einer Kreislaufwirtschaft nur durch ein gut aufeinander abgestimmtes Bündel an verschiedenen Massnahmen erreicht werden kann, die sowohl das Angebot (die Produktion) als auch die Nachfrage betreffen. Dies hat der Bundesrat in der Vergangenheit bereits festgehalten.¹²⁰ Die laufenden Bemühungen auf EU-Ebene bestätigen diese Feststellung. Die Resultate der RFA gehen ebenfalls in diese Richtung, wenn *Ökodesign* oder die *Kennzeichnung der Nutzungsdauer* als alternative Massnahmen zugunsten der Umwelt genannt werden.¹²¹ Die RFA spricht auch von einer Pflicht auf Reparatur bei Mängeln mit der Idee, die Reparatur von Waren zu fördern und so ihre Lebensdauer zu verlängern.¹²² Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Reparatur rechtlich die *vorrangige Massnahme* sein, welche die Käuferin oder der Käufer verlangen kann, solange sie möglich oder verhältnismässig ist. Die RFA zeigt jedoch die *Grenzen einer solchen Massnahme* auf: Die Vertragsparteien können sich trotz der Regel auf eine Ersatzlieferung einigen und die Käuferin oder der Käufer müsste sich darauf verlassen können, dass eine qualitativ hochwertige Reparatur innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt wird, ansonsten sie oder er sich für eine andere Massnahme entscheiden können sollte. Hinsichtlich der Umweltverträglichkeit¹²³ von Nachbesserung und Ersatzlieferung zeigen neuere Studien,¹²⁴ dass unter Berücksichtigung des Lebenszyklus von Produkten die Nachbesserung umweltverträglicher ist als die Ersatzlieferung. Nur bei alten Produkten mit hohem Energieverbrauch, wie z. B. Kühlschränken, die älter als 15 Jahre sind, kann der Austausch aus ökologischer Sicht vorzuziehen sein.

3.6.4 Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit

Der Bundesrat befürwortet angesichts der Rechtslage in der Schweiz und im Ausland, insbesondere in der Europäischen Union, die Einführung eines *Rechts auf Nachbesserung* bei Mängeln an der Kaufsache. Diese Massnahme existiert im schweizerischen Recht bereits beim Werkvertrag und im internationalen Warenkauf. Weiter haben sämtliche Mitgliedstaaten der EU und des EWR dieses Recht spätestens vor zwanzig Jahren mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG in ihr Recht aufgenommen, ohne dass dies besondere Probleme bereitet hätte. Die Nachbesserung ist zudem *heute in der Praxis bereits weit verbreitet*, weil sie häufig auf *freiwilliger Basis* angeboten wird. Schliesslich kann ein Recht auf Reparatur gemäss RFA einen *positiven Effekt auf die Reparatur fehlerhafter Produkte* haben, auch unter Beachtung der verschiedenen aufgezeigten Einschränkungen – namentlich der Beschränkung auf teure und langlebige Produkte und der Einschränkung, dass die Reparatur verhältnismässig sein muss.¹²⁵ So haben die Interviews, die im Rahmen der RFA geführt wurden, ergeben, dass Käuferinnen und Käufer von billigen Kleingeräten diese in der Praxis oft nicht reparieren lassen wollen und den Ersatz durch ein neues Gerät vorziehen.¹²⁶ Das Basisszenario, zu dem das Recht auf Nachbesserung gehört, hätte laut RFA zudem nur *minimale Auswirkungen auf die Unternehmen und die Wirtschaft*.¹²⁷ In der Schweiz ist die Nachbesserung häufig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen.¹²⁸ Die

¹²⁰ Bundesrat, Bericht in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen, 18.

¹²¹ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 46-48.

¹²² ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 47.

¹²³ S. ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 47.

¹²⁴ Böni, H., & Hischer, R., 2018: Weiter- und Wiederverwendung von elektrischen und elektronischen Geräten. Ökologische und ökonomische Analyse; OST – Ostschweizer Fachhochschule, Institut WERZ, 2022: ReUse Weiter- und Wiederverwendung von Elektro- und Elektronikgeräten in der Schweiz.

¹²⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 24 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 34.

¹²⁶ CARBOTECH, RFA Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse, 45.

¹²⁷ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 31 und 34.

¹²⁸ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 12.

Folgen einer Anpassung an das aktuelle EU- und EWR-Niveau würden daher in erster Linie die Verkäuferinnen und Verkäufer betreffen, die dieses Recht nicht freiwillig gewähren.

Die im EU-Recht vorgesehene *Hierarchie der Rechtsbehelfe* könnte als Grundlage für eine schweizerische Lösung dienen, da sie die notwendigen Kautelen vorsieht, um die Interessen der Vertragsparteien zu wahren. Der Reparatur den Vorrang zu geben, dürfte aber mit gewissen Problemen verbunden sein. Es besteht namentlich ein *Zielkonflikt* zwischen dem *Konsumenten- und dem Umweltschutz*. Ein optimaler Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten würde bedeuten, ihnen das Recht zuzugestehen, selber zu wählen, während eine nachhaltige und ökologisch verantwortungsvolle Wirtschaft gebieten würde, grundsätzlich der Reparatur den Vorrang zu geben. Dieser Konflikt zeigt sich in der Praxis, da Konsumentinnen oder Konsumenten wie erwähnt kleine Geräte, die billig sind oder eine kurze Lebensdauer haben, in der Regel nicht reparieren lassen wollen. Trotz dieser Probleme wird ein Vorrang der Reparatur unter bestimmten Voraussetzungen, wie ihn die EU-Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag vom 22. März 2023 anstrebt, in Betracht zu ziehen sein (s. Ziff. 2.2.2). So ändert Artikel 12 des Vorschlags die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 dahingehend, dass die Wahl der Ersatzlieferung nur dann möglich ist, wenn die Kosten dafür gleich hoch oder niedriger sind als die Kosten für die Reparatur.

Daher und mit den oben erwähnten zu diskutierenden Punkten und Einschränkungen befürwortet der Bundesrat die Einführung eines Rechts auf Nachbesserung bei der Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache.

3.7 Schadenersatzansprüche

3.7.1 Rechtslage in der Schweiz

Eine mangelhafte Kaufsache kann bei Käuferinnen und Käufern neben dem zu viel bezahlten Kaufpreis *weitere Schäden* verursachen. Beispielsweise kann gekauftes Zubehör nutzlos sein, ein defekter Akku einen Brand verursachen, eine defekte Bewässerungsanlage eine Ernte verdorren lassen, ein krankes Tier weitere Tiere anstecken oder Tierarztkosten verursachen. Im Schweizer Gewährleistungsrechts ist ein Anspruch auf Ersatz der Schäden, die durch die Lieferung der mangelhaften Sache verursacht werden, nur bei gleichzeitiger Wandelung (Rückgängigmachen) des Kaufs vorgesehen (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR). Diese Verknüpfung wird von der Lehre kritisiert, die fast einhellig eine *Neuordnung der Schadenersatzansprüche im Gewährleistungsrecht* fordert.¹²⁹

Neben der *Verknüpfung von Wandelung und Schadenersatzanspruch* ist namentlich auch die *Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden* umstritten. Während der Verkäufer für unmittelbare Schäden ohne Verschulden haftet (Art. 208 Abs. 2 OR), ist für eine Haftung für mittelbare Schäden das Verschulden des Verkäufers erforderlich. In einem *vielkritisierten*¹³⁰ *Entscheid*, welcher *Papageien* betraf, hat das Bundesgericht für die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Länge der Kausalkette abgestellt.¹³¹ So haftete ein Verkäufer von zwei Papageien, welche mit einem erst im Nachhinein feststellbaren Virus infiziert waren und trotz Einhalten einer Quarantäne den gesamten Bestand des Käufers ansteckten, für den Schaden in Höhe von über 2 Mio. CHF aus Artikel 208 Absatz 2 OR, ohne dass ihn ein Verschulden traf. Vor diesem Entscheid war die Lehre zur

¹²⁹ S. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, 13 ff.; ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 731 ff., BSK OR I-HONSELL, Art. 205 Rz. 5 und Art. 208 Rz. 5 ff.

¹³⁰ S. nur HONSELL, recht 2007, 154 ff.; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, 141 ff.; STOPPELHAAR, recht 2019, 180 ff.; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, 399 ff.

¹³¹ BGE 133 III 257

Zuordnung von Mangelfolgeschäden geteilt.¹³² Seither sprechen sich viele für die Einordnung von Schäden dieser Art unter Artikel 208 Absatz 3 OR aus, womit die Verkäuferin oder der Verkäufer nur dann haften würde, wenn sie oder ihn ein Verschulden trifft.¹³³ Unter unmittelbarem Schaden im Sinne von Artikel 208 Absatz 2 wären demnach direkt mit der Kaufsache verbundene und *mit dem Synallagma zusammenhängende Schäden* zu verstehen, beispielsweise die Arztkosten zur Heilung eines gekauften kranken Tiers. Durch die Kaufsache verursachte Schäden an weiteren Rechtsgütern des Käufers, sogenannte *Mangelfolgeschäden*, wären nur bei Verschulden der Verkäuferin bzw. des Verkäufers zu ersetzen.

3.7.2 Rechtsvergleich

Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 macht zum Aspekt des Mangelfolgeschadens *keine Vorgaben*. In Erwägung 61 wird festgehalten, dass Verbraucherinnen und Verbraucher einen Anspruch auf Ersatz für Schäden, die als Folge einer Vertragswidrigkeit entstanden sind, haben müssen, dies aber bereits in allen Mitgliedstaaten gewährleistet sei. Dieser Punkt war entsprechend auch *nicht Gegenstand der durchgeführten RFA*.

3.7.3 Fazit

Eine Revision des Gewährleistungsrechts sollte nach Ansicht des Bundesrates angesichts der vielfältigen Kritik an der Ausgestaltung der Schadenersatzansprüche im Gesetz und der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gelegenheit genommen werden, diese Punkte *gesetzgeberisch zu klären*. Der Aspekt des Mangelfolgeschadens war Gegenstand der *parlamentarischen Initiative 20.491 Vogt* «Keine unbegrenzte Kausalhaftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden», welcher von den Räten nicht Folge gegeben wurde.¹³⁴ Als Argument wurde namentlich ein Zögern, Gesetzgebungsarbeiten aufgrund eines Einzelfalles an die Hand zu nehmen, angeführt.¹³⁵ Zudem waren einige Parlamentarierinnen und Parlamentarier der Ansicht, dass die verschuldensunabhängige Haftung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers für Mangelfolgeschäden gerechtfertigt sei.¹³⁶ Die aktuelle *Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden* anhand der Länge der Kausalkette wird von der Lehre jedoch fast einhellig kritisiert und wäre auf jeden Fall zu überdenken. Auch müssten die Schadenersatzansprüche im Gewährleistungsrecht so neu geordnet werden, dass mit dem Sachmangel unmittelbar zusammenhängende Schäden *auch ohne Vertragsauflösung* verschuldensunabhängig geltend gemacht werden können.

3.8 Rückgriffsmöglichkeit (Regress) und direkte Ansprüche gegen den Hersteller

3.8.1 Rückgriffsrecht in der EU

Artikel 18 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 und Artikel 20 der Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770 regeln das *Rückgriffsrecht*. So sind die Verkäuferinnen und Verkäufer bzw. die Unternehmerinnen und Unternehmer, die gegenüber einer Verbraucherin oder einem Verbraucher für eine Vertragswidrigkeit haften, berechtigt, gegen die vorhergehenden Glieder der Vertragskette Rückgriff zu nehmen, wenn der Mangel auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, die einer dieser Personen zuzurechnen ist. Nach dem Wortlaut der Richtlinie ist dieser Anspruch der Letztverkäuferin bzw. des Letztverkäufers jedoch nicht zwingend und kann vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. In

¹³² S. die Übersicht bei BSK OR I-HONSELL, Art. 208 Rz. 5 ff.

¹³³ HONSELL, recht 2007, 154 ff.; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, 158; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, 409 ff., je m.w.N.; a.A. ZELLWEGGER-GUTKNECHT, ZBJV 2007, 784.; mit rechtspolitischen Überlegungen de lege ferenda ATAMER, ZSR 2011 I, 449 ff.

¹³⁴ Nationalrat vom 27. Februar 2023, AB 2023 N 28 ff.

¹³⁵ AB 2023 N 29

¹³⁶ AB 2023 N 29

Erwägung 63 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 heisst es dazu, dass die Richtlinie «den Grundsatz der Vertragsfreiheit zwischen dem Verkäufer und den anderen Parteien innerhalb der Vertragskette unberührt lassen sollte.» Nach der gleichen Erwägung sollten «die Einzelheiten der Ausübung dieses Rechts, insbesondere gegen wen und auf welche Weise Rückgriffsansprüche geltend zu machen sind und ob diese zwingend vorgeschrieben sind», von den Mitgliedstaaten festgelegt werden.

Eine solche Regel ist aus der Perspektive des EU-Gesetzgebers verständlich. Das Vertragsrecht ist auf EU-Ebene nicht geregelt und die fraglichen Richtlinien beziehen sich nur auf *Verträge zwischen einer Unternehmerin bzw. einem Unternehmer und einer Verbraucherin bzw. einem Verbraucher*. Die Richtlinien gelten daher *nicht für Vertragsbeziehungen, die in der Vertragskette weiter oben angesiedelt sind*. Diese Rückgriffsmöglichkeit stellt somit sicher, dass die Verkäuferinnen und Verkäufer oder Unternehmerinnen und Unternehmer, die einen Vertrag mit der Endverbraucherin oder dem Endverbraucher abschliessen, auf die Person zurückgreifen können, die für den betreffenden Mangel verantwortlich ist. Mit dieser Regel kann die Haftung für den Mangel auf die Person übertragen werden, welche die mangelhafte Ware ursprünglich verkauft hat. Sie ermöglicht somit, dass nicht die gesamte Verantwortung auf die Endverkäuferin bzw. den Endverkäufer abgewälzt wird und bringt ihre oder seine Position wieder ins Gleichgewicht. Die Regelung auf Richtlinienebene bleibt jedoch *minimalistisch* und überlässt es den Mitgliedstaaten, sowohl die Modalitäten als auch den obligatorischen Charakter dieses Rechtsbehelfs festzulegen.

3.8.2 Regress im schweizerischen Recht

Was auf Ebene EU-Richtlinie geregelt werden muss, muss nicht zwingend auch im innerstaatlichen Recht der Schweiz speziell geregelt werden. Tatsächlich lässt sich die Rückgriffsmöglichkeit der Letztverkäuferin bzw. des Letztverkäufers bereits aus den *allgemeinen Regeln des Vertragsrechts* ableiten. Das Obligationenrecht gilt sowohl für Beziehungen zwischen Unternehmerinnen bzw. Unternehmern und Konsumentinnen bzw. Konsumenten als auch für Handelsverträge (s. unten Ziff. 3.9). Jede Lieferantin oder jeder Lieferant und jede Wiederverkäuferin oder jeder Wiederverkäufer in der Vertragskette kann daher ihre oder seine Gewährleistungsrechte gegen die Vertragspartner, die sich in der Kette vor ihr oder ihm befinden, geltend machen. Die Verkäuferin oder der Verkäufer, der gegenüber der Konsumentin bzw. dem Konsumenten haftet, kann somit gegen seine Lieferantinnen und Lieferanten und diese gegen ihre Vertragspartner vorgehen, bis hin zur ursprünglich verantwortlichen Person und gegebenenfalls bis zur Herstellerin oder zum Hersteller. Diese Schritte setzen allerdings voraus, dass der Mangel zum Zeitpunkt der fraglichen Lieferung bereits bestanden hat (s. oben Ziff. 3.2.1).

Es gibt jedoch zwei Probleme, die sich im schweizerischen Recht ergeben können. Erstens könnte die Verkäuferin bzw. der Verkäufer gegenüber einer Konsumentin bzw. einem Konsumenten zur Gewährleistung verpflichtet sein, weil die Gewährleistungsrechte der Endkonsumentin bzw. des Endkonsumenten zwingend sind, während die Gewährleistungsrechte der Verkäuferin bzw. des Verkäufers im Vertrag mit den Lieferantinnen und Lieferanten oder Herstellerinnen und Herstellern ausgeschlossen (oder eingeschränkt) wurden. In diesem Punkt entscheidet sich die EU-Richtlinie für die *Vertragsfreiheit bei den Beziehungen zwischen Kaufleuten oder Unternehmen*, verbietet den Mitgliedstaaten aber nicht, in diesen Fällen zwingende Vorschriften festzulegen. Sodann beginnt die Gewährleistungsfrist mit der Lieferung zu laufen. Folglich sind die aufeinanderfolgenden Startpunkte der verschiedenen Gewährleistungsfristen in der Vertragskette verschoben. Es ist daher möglich, dass die Letztverkäuferin bzw. der Letztverkäufer innerhalb der Zweijahresfrist gegenüber der Konsumentin bzw. dem Konsumenten zur Gewährleistung verpflichtet ist, die Gewährleistungsfrist, die sie

oder er gegenüber den Lieferantinnen und Lieferanten hat, in diesem Zeitpunkt aber abgelaufen ist, so dass sie oder er sich diesen gegenüber nicht mehr auf ihre oder seine Rechte berufen kann.

3.8.3 Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit

Auch wenn die Einführung eines Regressrechts als solches im schweizerischen Recht somit nicht erforderlich ist, erscheint es angezeigt, die beiden im vorhergehenden Kapitel dargestellten Probleme zu lösen. Die von den Mitgliedstaaten vorgenommene Umsetzung der EU-Regel über den Rückgriffsanspruch bestätigt dies. Artikel L 217-31 des *französischen Konsumentengesetzes (code de la consommation)* verweist auf die allgemein geltenden Regeln, indem er vorsieht, dass die Verkäuferin oder der Verkäufer «gemäss den Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs» Rückgriff nehmen kann. Wie im schweizerischen Recht ermöglichen es die allgemeinen Regeln im französischen Recht sowie in den nationalen Gesetzen der anderen Mitgliedstaaten der Verkäuferin oder dem Verkäufer, ihre oder seine Gewährleistungsrechte bei den vorhergehenden Gliedern der Vertragskette geltend zu machen. Das *deutsche Recht* sieht dazu einige Sonderregeln vor. Es räumt der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen der durch die Nachbesserung oder Ersatzlieferung entstandenen Kosten ein (§ 445a Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) und sieht insbesondere vor, dass dieser Anspruch ebenso wie die Aufwendungsersatzansprüche der Verkäuferin bzw. des Verkäufers gegen ihre oder seine Lieferantinnen und Lieferanten in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache verjähren, frühestens aber zwei Monate nach dem Zeitpunkt, in dem die Verkäuferin oder der Verkäufer die Ansprüche der Käuferin oder des Käufers erfüllt hat (§ 445b Abs. 1 und 2 BGB). Auch *Österreich* sieht eine besondere Frist für Rückgriffsansprüche vor, wobei die Verkäuferin oder der Verkäufer drei Monate Zeit hat, diese geltend zu machen, sobald sie oder er ihre oder seine eigene Gewährleistungspflicht erfüllt hat (§ 933b Abs. 1 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]). Das österreichische Recht sieht jedoch eine Maximalfrist von fünf Jahren vor.

Es zeigt sich somit, dass eine *Klagefrist für die Verkäuferin oder den Verkäufer und jede Lieferantin bzw. jeden Lieferanten in der Vertragskette* ab dem Zeitpunkt, in dem sie ihre Gewährleistungspflichten erfüllt haben, eine Möglichkeit darstellt, die für das schweizerische Recht *in Betracht zu ziehen* ist. Eine Maximalfrist, wie sie das österreichische Recht vorsieht, ist ebenfalls denkbar, um mögliche Regressansprüche zeitlich zu begrenzen. Solche Lösungen würden mit den Schlussfolgerungen der rechtsvergleichenden Studie und der RFA übereinstimmen, wonach der Regressanspruch geregelt werden sollte.¹³⁷

3.8.4 Direktes Klagerecht gegen den Hersteller

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass ein *direktes Klagerecht gegen die Herstellerinnen und Hersteller* einen wirksamen Anreiz zur Herstellung langlebiger Güter darstellt.¹³⁸ Dieser Ansatz berücksichtigt den grösseren Einfluss der Herstellerinnen und Hersteller oder der Marke im Vergleich zur Verkäuferin oder zum Verkäufer auf die Entscheidungen der Konsumentin oder des Konsumenten. Sollte eine solche direkte Klage in Betracht gezogen werden, wird die Übernahme der in Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (PrHG)¹³⁹ vorgesehene Definition des Herstellers vorgeschlagen, die die Importeure und gegebenenfalls auch die Lieferantinnen und Lieferanten miteinschliesst.¹⁴⁰ Dieser Vorschlag wurde in der rechtsvergleichenden Studie und in der RFA am Beispiel

¹³⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 95 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹³⁸ ATAMER, ZSR 2022 I, 300.

¹³⁹ SR 221.112.944

¹⁴⁰ ATAMER, ZSR 2022 I, 301.

der *action directe*, eines vergleichbaren Instruments im französischen Recht, analysiert und evaluiert. In der rechtsvergleichenden Studie wurden die *Grenzen eines solchen Instruments* aufgezeigt.¹⁴¹ Die *action directe* des *französischen Rechts*, die der Bezeichnung entsprechend ein direktes Klagerecht gegen die Herstellerinnen und Hersteller oder alle anderen Weiterverkäuferinnen und Weiterverkäufer in der Vertragskette vorsieht, wird als vertraglicher Anspruch angesehen. Die Konsumentin oder der Konsument kann nur die Rechte geltend machen, die die Letztverkäuferin oder der Letztverkäufer gegen ihre oder seine Lieferantinnen und Lieferanten hat, und kann sich daher die Einreden und Einwände entgegenhalten lassen, die diese gegen die Verkäuferin oder den Verkäufer hätten. Aus diesem Grund kann die Konsumentin oder der Konsument auch keine Rechte geltend machen, die speziell im Konsumentenrecht vorgesehen sind. Die Europäische Union hatte in Erwägung gezogen, diese Klage in das EU-Verbraucherrecht aufzunehmen, verzichtete aber darauf. Diese im französische Recht vorgesehene Klage setzt auch die Anwendung des französischen Rechts voraus, was aber nicht immer gewährleistet ist, wenn sich die Lieferantinnen und Lieferanten oder Herstellerinnen und Hersteller im Ausland befinden. In solchen grenzüberschreitenden Situationen würde dies auch bedeuten, dass die Konsumentin oder der Konsument, denen eine solche Klage zustehen würde, gegen im Ausland ansässige Akteure vorgehen müsste, gegebenenfalls vor ausländischen Gerichten. Die Rechtsvergleichsstudie und die RFA empfehlen daher, dieses spezifische Instrument des französischen Rechts, im Gegensatz zum in den EU-Richtlinien vorgesehenen Rückgriffsrecht, nicht zu übernehmen.¹⁴²

Nach Ansicht des Bundesrates sind daher zwar Sonderregeln für den Regressanspruch der Verkäuferin oder des Verkäufers in Betracht zu ziehen, die Idee einer direkten Klage gegen den Hersteller sollte jedoch *nicht weiter verfolgt werden*.

3.9 Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und allfälliger neuer Regeln

Die Regeln des Schweizer Gewährleistungsrechts (Art. 197 ff. OR, s. oben Ziff. 2) gelten für alle Arten von Kaufverträgen und kommen sowohl für den *Handel* als auch *gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten* zur Anwendung. Sie sind in grossen Teilen *dispositiver Natur* und werden in der Praxis deshalb häufig abgeändert.¹⁴³ Dagegen stellen die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 und die Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770 Verbrauchervertragsrecht dar und sind als solches zwingend ausgestaltet.¹⁴⁴ In keinem der im Rechtsvergleich untersuchten Länder wurden diese Regeln auch auf Handelsverträge im Geschäftsverkehr ausgedehnt.¹⁴⁵

Wie oben (Ziff. 2) erwähnt, wurde bei der Anpassung der Gewährleistungsfrist an die EU-Mindestvorgaben die *Einschränkung auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* für die isolierte Frage des zwingenden Charakters auch im Schweizer Kaufrecht übernommen.¹⁴⁶ Die Schweiz kennt aber im Übrigen kein Sonderkaufrecht für Konsumentinnen und Konsumenten. In der gesamten Rechtsordnung gibt es nur in Einzelbereichen entsprechende Sonderregeln (z.B. Art. 40a ff. OR zum Widerruf bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen; Art. 8 Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG]¹⁴⁷ zur Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen oder die Sonderbestimmungen,

¹⁴¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 32-33.

¹⁴² HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 95-96 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁴³ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 4.

¹⁴⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 7 ff.

¹⁴⁵ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 14.

¹⁴⁶ Zur Diskussion in den Räten: AB 2012 N 40 ff.; AB 2012 S 66 ff.

¹⁴⁷ SR 241

des PrHG, des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen¹⁴⁸ und des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit¹⁴⁹).

Die Autoren der *RFA* empfehlen, bei einer Revision die allgemeine Natur des Gewährleistungsrechts beizubehalten und dieses nicht als Konsumentensonderrecht umzugestalten.¹⁵⁰ Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) seien als Käufer oft in einer vergleichbar schwachen Position wie Konsumentinnen und Konsumenten. Zur Wahrung der Effizienz des Rechtsverkehrs sollten die Regeln in Handelsverträgen jedoch dispositiv sein und damit wegbedungen werden können.¹⁵¹ Nur im Plus-Szenario wurden zwingende Regeln für alle Arten von Verträgen in Betracht gezogen.

Eine *Neuordnung* des Schweizer Gewährleistungsrechts beim Kauf in den dargelegten Punkten und namentlich auch in Bezug auf die heute nicht berücksichtigten technischen Entwicklungen (s. unten Ziff. 4) drängt sich *für alle Arten von Verträgen* auf. Damit diese ihre Wirkung entfalten können, müssen sie zumindest im Verhältnis zu Konsumentinnen und Konsumenten zwingend ausgestaltet werden. Im von der *Vertragsfreiheit* beherrschten *Geschäftsbereich* wären zwingende Regeln jedoch nur schwer vorstellbar. Auch könnten sie in *internationalen Verhältnissen*, in denen *Rechtswahlfreiheit* herrscht, nicht durchgesetzt werden. Die Rechtswahl ist sowohl in der EU als auch im schweizerischen Internationalen Privatrecht nur in Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt.¹⁵² Nach Ansicht des Bundesrates spricht deshalb viel dafür, die Ansprüche des Gewährleistungsrechts allgemein neu zu ordnen, die Regeln jedoch – wie heute bereits die Länge der Gewährleistungsfrist (Art. 210 Abs. 4 OR; s. oben Ziff. 3.2.1) – weiterhin nur *für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten zwingend* auszugestalten.

4 Digitale Produkte und Produkte mit digitalen Elementen

4.1 Rechtslage in der Schweiz

Die fortschreitende *Digitalisierung* der Gesellschaft und des Alltags wirkt sich wesentlich auf die Art der «Kaufgegenstände» aus. Viele elektronische Geräte weisen heute digitale Komponenten auf und sind mit ihrer Umwelt beziehungsweise anderen Geräten *vernetzt* (Stichwort *Smart Geräte* und *Internet of Things, IoT*). Beispiele gibt es viele: Die Uhr zeigt eingehende Anrufe an und misst die Bewegungen und Herzfrequenz der Nutzerinnen und Nutzer, die Gartenbewässerungsanlage misst die Bodenfeuchtigkeit und stellt die Wassermenge entsprechend ein, der Backofen ruft ein Rezept ab und programmiert sich entsprechend. Auch werden Bücher, Spiele und Musikstücke heute vielfach in rein digitaler Form, als App, E-Book oder MP3-File erworben. Mit der Art der «Kaufgegenstände» ändern sich auch die Erwartungen und Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Durch einen Kaufvertrag verpflichtet sich «der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen» (Art. 184 Abs. 1 OR). Dieser Einmalaustausch von Ware gegen Geld wird der Interessenlage bei digitalen Produkten oder Produkten mit digitalen Komponenten nicht gerecht. Der Vertrag wird deshalb teilweise ergänzt mit oder ersetzt durch separat, möglicherweise laufend, zu erbringende Dienstleistungen der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder eines Dritten.¹⁵³ Rechtlich liegt damit in den meisten Fällen gar kein oder zumindest *kein reiner Kaufvertrag* (mehr)

¹⁴⁸ SR 944.3

¹⁴⁹ SR 221.214.1

¹⁵⁰ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁵¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁵² Art. 116 und 120 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291; Art. 3 und 6 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6.

¹⁵³ Vgl. EGGEN, in: Jusletter 2. Dezember 2019, Rz. 1 ff.

vor. Folgende Konstellationen und Vertragsqualifikationen wurden von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet:

- Die rechtliche Qualifikation eines Vertrags über den «Kauf» eines aus Hard- und Software bestehenden *EDV-Systems* ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Die entgeltliche Überlassung von *Standardsoftware* kann lizenzvertraglichen, kauf- oder miet- bzw. pachtrechtlichen Charakter haben.¹⁵⁴ Wo das Verhältnis zwischen den Parteien einem einmaligen Austauschverhältnis näher kommt als einem Dauerschuldverhältnis, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Anwendung der kaufrechtlichen Normen auszugehen.¹⁵⁵
- Gemäss dieser Rechtsprechung dürfte das Kaufrecht auch bei *digitalen Inhalten*, die *definitiv* auf die Erwerberinnen und Erwerber übertragen und von diesen in ihrer *eigenen IT-Umgebung* genutzt werden, zur Anwendung kommen.¹⁵⁶
- Beim Erwerb von digitalen Inhalten wie Büchern (E-Books), Musikstücken, Videos oder Spielen hängt die vertragliche Qualifikation von der Ausgestaltung im Einzelfall ab. Bei bloss *temporärer Übertragung von Inhalten auf die IT-Umgebung* der Kundinnen und Kunden geht die Lehre regelmässig von Lizenzverträgen aus,¹⁵⁷ welche ihren Schwerpunkt im Mietrecht haben¹⁵⁸. Können die Vertragsinhalte nur über die Plattformen von Anbieterinnen und Anbietern abgerufen werden, ist die Zuordnung umstritten. Während ein Teil der Lehre hier ebenfalls einen Lizenzvertrag annimmt, wird von anderer Seite für eine Anwendung des Auftrags- und Werkvertragsrechts plädiert, da eine fortlaufende Dienstleistung und keine Gebrauchsüberlassung versprochen werde.¹⁵⁹
- Bei sogenannten *Software-as-a-Service-Verträgen (SaaS-Verträgen)* wie sie bei Cloud-Diensten vorkommen, erhalten Nutzerinnen und Nutzer regelmässig Zugang zur IT-Umgebung der Anbieterinnen und Anbieter, welcher neben dem Zugang die Speicherung oder Sicherung von Daten versprechen.¹⁶⁰ Auch hier plädiert die Lehre für eine sinngemässe Anwendung des Auftrags- und Werkvertragsrechts, teilweise auch des Mietrechts.¹⁶¹

Auch in Vertragskonstellationen, die dem Kaufrecht zuzuordnen sind, bleiben hinsichtlich der Anwendung der Gewährleistungsregeln Unsicherheiten. Damit ein Gewährleistungsanspruch geltend gemacht werden kann, muss der *Mangel* bereits bei Gefahrübergang bestanden haben (vgl. Ziff. 3.2.1). Wird die Gerätevernetzung oder die einwandfreie Funktion der Software nach Gefahrübergang durch äussere Faktoren negativ beeinflusst, kann in der Regel wohl kein Mangel angenommen werden.¹⁶² In der Lehre wird teilweise dafür plädiert, beim Kauf von vernetzten Geräten eine (konkludente) *Vernetzungsvereinbarung* anzunehmen, welche sinngemäss dem Werkvertragsrecht zu unterstellen ist und den andauernden Erfolg der Vernetzung so lange verspricht, wie die Konsumentinnen und Konsumenten die Funktionalität des Geräts erwarten dürfen.¹⁶³ In der Praxis wurde diese Frage jedoch bislang nicht geklärt,

¹⁵⁴ BGE 124 III 456 E. 4.b/bb mit Verweis auf HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, 314 ff.; s. auch oben Ziff. 3.6.1.

¹⁵⁵ BGE 124 III 456 E. 4.b/bb.

¹⁵⁶ EGGEN, SZW 2021, 479.

¹⁵⁷ EGGEN, SZW 2021, 480 m.w.N.

¹⁵⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 7318 ff.

¹⁵⁹ EGGEN, SZW 2021, 480 f. mit einer Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen.

¹⁶⁰ EGGEN, AJP 2021, 577 ff.

¹⁶¹ EGGEN, SZW 2019, 361 f.

¹⁶² EGGEN, SZW 2019, 366, zustimmend ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 57.

¹⁶³ EGGEN, SZW 2019, 367 ff.

weshalb von einer erheblichen *Rechtsunsicherheit* auszugehen ist.¹⁶⁴ Erhebliche Rechtsunsicherheit besteht wie oben erwähnt auch beim Erwerb von rein digitalen Inhalten wie zum Beispiel E-Books, wo bereits die vertragsrechtliche Qualifikation umstritten ist.¹⁶⁵

4.2 Rechtsvergleich

Mit der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* wurde eine *Update- oder Aktualisierungspflicht* für Geräte mit digitalen Komponenten eingeführt. Verkäuferinnen und Verkäufer von vernetzten Geräten sind verpflichtet, für einen erwartbaren Zeitraum kostenlose Softwareupdates zur Verfügung zu stellen, damit die Funktionsfähigkeit der Ware erhalten bleibt. Unterschieden werden zwei Konstellationen:

- Im Kaufvertrag ist die *einmalige Bereitstellung* des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung vorgesehen: Die Verkäuferin bzw. der Verkäufer muss während des Zeitraums, den die Verbraucherinnen und 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 können, für Information über und Erhalt von Aktualisierungen sorgen (Art. 7 Abs. 3 Bst. a Warenkauf-RL [EU] 2019/771).
- Im Kaufvertrag ist die *fortlaufende Bereitstellung* des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vorgesehen: die Updatepflicht besteht über den ganzen vertraglich vereinbarten Zeitraum (Art. 7 Abs. 3 Bst. b i.V.m. Art. 10 Abs. 2 oder 5 Warenkauf-RL [EU] 2019/771).

Analoge Regeln bestehen in der *Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770* für den Erhalt der Vertragsmässigkeit von rein digitalen Waren und Dienstleistungen (Art. 8 Abs. 2). Die Richtlinie regelt die Gewährleistung für alle Verträge, auf deren Grundlage solche Vertragsinhalte und Dienste bereitgestellt oder übermittelt werden, ohne die Vertragsverhältnisse rechtlich zu qualifizieren.¹⁶⁶

In *Deutschland* wurden die neuen Regeln für digitale Inhalte und Dienstleistungen nicht im Kaufrecht, sondern im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingefügt und gelten für alle zwei- oder mehrseitigen Verträge, unabhängig vom Vertragstyp. Ihr Anwendungsbereich wurde jedoch auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten beschränkt.¹⁶⁷ In *anderen Ländern* findet sich die Umsetzung in speziellen Verbraucherschutzgesetzen¹⁶⁸ oder Spezialgesetzen für digitale Produkte¹⁶⁹.

4.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Die Regeln des Kaufrechts aus dem letzten Jahrhundert werden der Interessenlage beim Kauf eines Gegenstands mit digitalen Elementen oder beim Erwerb von digitalen Produkten heute nicht (mehr) gerecht. Über die *vertragliche Qualifikation* von Verträgen über den Erwerb oder die Bereitstellung digitaler Inhalte besteht keine Einigkeit in der Lehre und damit *keine Gewissheit* über die damit einhergehenden *Rechte und Pflichten*. Es wird deshalb für

¹⁶⁴ EGGEN, SZW 2019, 371; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 65 f. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, 7.

¹⁶⁵ EGGEN, SZW 2021, 480 f.

¹⁶⁶ Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770, Erw. 18 f.

¹⁶⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 20, 23 ff.

¹⁶⁸ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 26, 35 f., 53 f.

¹⁶⁹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 43.

eine schnelle gesetzgeberische Lösung, zum Beispiel die Einführung vertragstypenunabhängiger Mindeststandards analog zur Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770, plädiert.¹⁷⁰

Erhebliche *Rechtsunsicherheit* besteht auch über die Rechte und Pflichten bei Verträgen über vernetzte Geräte. In der RFA wurde festgestellt, dass die heutige Rechtsunsicherheit ein *Hindernis für einen effizienten Markt* darstelle und indirekt auch zu Mehrkosten für die Unternehmen führe.¹⁷¹ Das Autorenteam der RFA befürwortet deshalb eine Klärung der Rechtslage durch Unterstellung von Verträgen zum Erwerb von Produkten mit digitalen Elementen unter das Kaufrecht und die Regeln zur kaufrechtlichen Gewährleistung analog zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.¹⁷² Eine Klärung der Rechtslage für vernetzte Geräte, welche auch das *Potential von neuen Technologien fördern* könnte, wird auch von der Lehre gefordert.¹⁷³ In der EU wurde die Rechtslage geklärt, indem beim Erwerb von vernetzten Waren von einer Verantwortlichkeit der Verkäuferin bzw. des Verkäufers auch für die digitalen Elemente, welche für das Funktionieren der Ware erforderlich sind, ausgegangen wird.¹⁷⁴ Die Verkäuferseite ist die Vertragspartnerin der Käuferschaft und somit für diese eine gute Anlaufstelle. Gemäss der RFA werden die Verkäuferinnen und Verkäufer in der EU voraussichtlich ihre Pflicht weitgehend an die Herstellerinnen und Hersteller der Geräte weitergeben können.¹⁷⁵ Es könne erwartet werden, dass der Einfachheit halber auch Schweizer Verkäuferinnen und Verkäufer und ihre Kundinnen und Kunden die gleichen Rechte erhalten. Es wird damit *nicht mit negativen Auswirkungen auf die Wirtschaft gerechnet*.

Nach Ansicht des Bundesrates ist daher in Bezug auf digitale Produkte und Produkte mit digitalen Komponenten eine Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU/EWR-Mindeststandard wünschenswert. Damit könnten die bestehende *Rechtsunsicherheit beseitigt* und das insofern veraltete Schweizer Recht der *heutigen wirtschaftlichen Realität* angepasst werden.

5 Geplante Obsoleszenz

5.1 Auftrag

Mit dem Postulat 18.3248 Marchand-Balet wurde der Bundesrat damit beauftragt, «einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen». Aus der Begründung des Postulates geht hervor, dass es darum geht, festzustellen, ob die Konsumentinnen und Konsumenten ausreichend gesetzlich geschützt sind, oder ob spezifische Regeln über geplante Obsoleszenz notwendig sind und ob weitere Massnahmen zu erwägen sind, beispielsweise in Bezug auf die Gewährleistungsfrist oder auf Hinweise zur Reparierbarkeit. Weil somit unter anderem die Prüfung von Massnahmen im Gewährleistungsrecht verlangt wurde, wurde die Beantwortung des Postulates in die Prüfung der Modernisierung des Gewährleistungsrechts einbezogen. Die von der Bundesverwaltung in Auftrag gegebene RFA und die rechtsvergleichende Studie haben sich speziell mit der Frage der geplanten Obsoleszenz befasst, um die Forderungen des Postulates zu erfüllen. Auch das vom Parlament überwiesene Postulat

¹⁷⁰ EGGEN, SZW 2021,484; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 65 f.

¹⁷¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 23.

¹⁷² ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 19.

¹⁷³ EGGEN, SZW 2019, 371.

¹⁷⁴ Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771, Erw. 15.

¹⁷⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 29 ff.

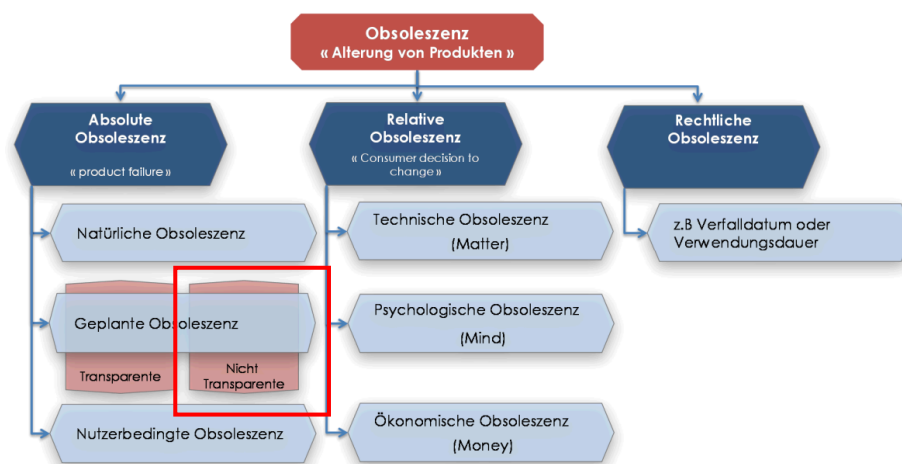
21.4224 Brenzikofer «Rechtliche Konsequenzen bei absichtlicher Verkürzung der Lebensdauer von Produkten» (s. dazu vorne Ziff. 1.3) behandelt die Problematik der geplanten Obsoleszenz.

5.2 Begriff und Problematik

5.2.1 Begriff

Die Diskussion über die Obsoleszenz von Produkten ist sehr aktuell, aber nicht neu. Der Bundesrat hat sich mit dem *Begriff der Obsoleszenz* bereits in seinem Bericht vom 28. November 2014 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» in Erfüllung des Postulates 12.3777 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» der Grünen Fraktion detailliert auseinandergesetzt (insbesondere Ziff. 4 dieses Berichts).

Der Bericht unterscheidet verschiedene Formen der Obsoleszenz, die in der folgenden Abbildung dargestellt sind. Es ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass die geplante Obsoleszenz nur einen *sehr besonderen Aspekt* des viel umfassenderen Problems der Obsoleszenz betrifft. Die Problematik, auf die das Postulat speziell abzielt, ist rot umrahmt.



Figur 1: Unterscheidung von absoluter, relativer und rechtlicher Obsoleszenz¹⁷⁶

Eine grundlegende Unterscheidung ist zwischen absoluter und relativer Obsoleszenz vorzunehmen. Von absoluter Obsoleszenz wird gesprochen, wenn ein Produkt das Ende der technischen Lebensdauer erreicht hat, während sich die relative Obsoleszenz aus einer Entscheidung der Konsumentin oder des Konsumenten ergibt, einen Gegenstand nicht mehr zu gebrauchen oder ihn zu ersetzen, obwohl er aus technischer Sicht länger halten könnte.¹⁷⁷ Schliesslich ist die rechtliche Obsoleszenz an gesetzliche Vorschriften gebunden.

5.2.2 Problematik

Die geplante Obsoleszenz, wie sie im Postulat 18.3248 Marchand-Balet beschrieben wird, ist eine Form der absoluten Obsoleszenz, weil sie am Ende der technischen Lebensdauer des Produkts eintritt. Sie ist jedoch «geplant» und somit *von der Herstellerin bzw. vom Hersteller gewollt*. Das Problem ergibt sich jedoch nicht aus der blossen Tatsache, dass sie das Ergebnis einer Entscheidung der Herstellerin bzw. des Herstellers ist. Jedes Produkt ist so konzipiert,

¹⁷⁶ Quelle: Bericht vom 28. November 2014 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» in Erfüllung des Postulates 12.3777 der Grünen Fraktion «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten», 6.

¹⁷⁷ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6.

dass es eine bestimmte Qualität aufweist und je nach vorhersehbarem Gebrauch eine bestimmte Zeit lang hält, so dass ein solcher Entscheid unumgänglich ist.

Die Problematik der geplanten Obsoleszenz hängt mit den Beweggründen der Herstellerin bzw. des Herstellers zusammen. Diese können *objektive Gründe haben, die Nutzungsdauer bestimmter Waren oder Komponenten zu begrenzen*. Zum Beispiel ist für einen Rückwärtsgang eines Personenwagens eine Lebensdauer von wenigen Kilometern vorgesehen, weil dieselbe Lebensdauer wie bei anderen Gängen keinen Sinn machen würde; die durchschnittliche voraussehbare Nutzungsdauer von Bohrmaschinen für den Privatgebrauch beträgt rund 11 Minuten, im Gegensatz zu einer Bohrmaschine für eine professionelle Nutzung.¹⁷⁸ Es ist legitim, die Qualität der Waren an ihre vorhersehbare Nutzung anzupassen, weil sie sonst viel teurer wären und die Erwartungen der Käuferschaft nicht erfüllen würden. Die Herstellerinnen und Hersteller können Produkte von geringerer Qualität, Wegwerfprodukte oder Produkte mit kurzer Lebensdauer entwickeln und dies transparent ankündigen (transparente geplante Obsoleszenz)¹⁷⁹. Die Käuferin oder der Käufer weiss dann, woran sie oder er ist, und trifft eine bewusste Wahl, die ihren oder seinen Bedürfnissen und ihrem oder seinem Budget entspricht.

Das im Postulat 18.3248 Marchand-Balet beschriebene Problem tritt nur dann auf, wenn die geplante Obsoleszenz *versteckt* ist. Die tatsächliche Lebensdauer wird somit im Vergleich zu einer möglicherweise versprochenen, von der Konsumentin oder vom Konsumenten vernünftigerweise erwarteten oder auch objektiv bestimmbar Referenzdauer verkürzt. Somit gibt es im Verhalten der Herstellerin bzw. des Herstellers einen Willen zur Verkürzung der Lebensdauer, der versteckt bleibt und somit ein *Element der Täuschung* der Konsumentin oder des Konsumenten beinhaltet. Das Postulat 18.3248 Marchand-Balet bezieht sich auf einen Begriff, der dieser Definition entspricht. Geplante Obsoleszenz wird dort beschrieben als «Strategie der Industrie, bei der die Konsumentinnen und Konsumenten getäuscht werden» oder «eine Strategie, die darauf abzielt, die Lebensdauer eines Produkts absichtlich zu verkürzen». Das andere Element der Definition ist die Verkürzung der Lebensdauer als Teil einer *Marketingstrategie*, sie soll die Konsumentin oder den Konsumenten zu einem frühzeitigen Neukauf animieren, um die Ersatzrate des Produkts zu steigern.

Angesichts dieser Definition und der allgemeinen Problematik einer optimalen Nutzungsdauer von Konsumgütern muss eine *doppelte Abgrenzung* vorgenommen werden. Zunächst ist die hier thematisierte geplante Obsoleszenz von *bewussten, transparent gemachten Entscheiden der Herstellerinnen und Hersteller* zu unterscheiden, für das Produkt oder einige seiner Bestandteile aus objektiven Gründen eine begrenzte Lebensdauer vorzusehen oder sich bewusst für die Produktion einer Billiglinie zu entscheiden. Sodann betrifft die hier gemeinte Obsoleszenz einen ganz speziellen Sachverhalt, der *bei weitem nicht die gesamte Problematik der Obsoleszenz umfasst*. Man denke insbesondere an die relative Obsoleszenz, die vom Entscheid der Konsumentin oder des Konsumenten abhängt. Dieser Entscheid kann technisch motiviert sein (technische Obsoleszenz), weil die Konsumentin oder der Konsument ein neueres, leistungsfähigeres Modell kaufen möchte, oder rein subjektiv (psychologische Obsoleszenz), wenn die Konsumentin oder der Konsument beispielweise der Meinung ist, ihr oder sein Produkt sei aus der Mode gekommen.¹⁸⁰ Diese Arten der Obsoleszenz, die für die Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Waren ebenso wichtig sind, werden vorliegend nicht behandelt und erfordern andere Massnahmen. Es kann jedoch sein, dass diese anderen Massnahmen Strategien der geplanten Obsoleszenz einschränken: So könnten die

¹⁷⁸ Bundesrat, Bericht 12.3777, 7.

¹⁷⁹ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6-7.

¹⁸⁰ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6-7. S. auch zu den verschiedenen Typen von Obsoleszenz, HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 86-87.

Konzeption von langlebigen Waren oder Hinweise auf die Haltbarkeit die Entstehung solcher Strategien verhindern.¹⁸¹

5.3 Rechtliche Grundlagen

Die absichtliche Verkürzung der Lebensdauer eines Produkts kann durch *verschiedene Normen* erfasst werden. Wenn das Produkt nicht der vertraglich zugesicherten Qualität entspricht, fällt es unter die Gewährleistung oder vertragliche Haftung, und wenn es nicht das erforderliche Mass an Sicherheit bietet, unter die Produktheftpflicht. Sodann könnte das Verhalten der Herstellerin bzw. des Herstellers eine unlautere Handlung darstellen oder unter das Strafrecht fallen (Betrug) und folglich eine deliktische Haftung auslösen, wenn es sich herausstellt, dass eine widerrechtliche Handlung vorliegt.¹⁸²

5.3.1 Rechtslage in der Schweiz

5.3.1.1 Gewährleistung, Produktheftpflicht

Wenn die Strategie der geplanten Obsoleszenz der Herstellerin bzw. des Herstellers dazu führt, dass die Ware Mängel im Sinne von Artikel 197 OR aufweist, ist die Verkäuferin oder der Verkäufer unter den Voraussetzungen von Artikel 197 ff. OR zur Gewährleistung verpflichtet. Dazu muss eine zugesicherte Eigenschaft oder eine Eigenschaft, die die Käuferin oder der Käufer in guten Treuen erwarten durfte, im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Art. 185 OR) fehlen, sei es bei Vertragsabschluss, bei der Ausscheidung der Gattungssache oder bei der Versendung, falls diese vereinbart wurde. Die erwartete Beschaffenheit muss zudem, wenn sie nicht zugesichert wurde, nach Artikel 197 Absatz 1 OR den vorgesehenen Wert oder Nutzen erheblich mindern (s. Ziff. 3.2.1). Zu beachten ist, dass die *arglistige Täuschung durch die Verkäuferin oder den Verkäufer*, sei es, dass sie oder er falsche Angaben über die Kaufsache macht oder Tatsachen verschweigt, die nach Treu und Glauben offengelegt werden müssten,¹⁸³ mehrere Auswirkungen auf die Gewährleistung hat, insbesondere kann sich die Verkäuferin oder der Verkäufer nicht mehr auf eine verspätete Mängelanzeige (Art. 203 OR), die zweijährige Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 6 OR) oder auf Klauseln berufen, welche die Gewährleistung ausschliessen oder einschränken (Art. 199 OR). Die Beweislast für die Arglist liegt bei der Käuferin bzw. beim Käufer.¹⁸⁴

Im Übrigen können die Herstellerinnen und Hersteller oder Importeure auch gestützt auf die Regeln des *PrHG* haftbar gemacht werden. Ein Produkt ist nach diesen Regeln jedoch nur fehlerhaft, wenn es «nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist». (Art. 3 Abs. 1 PrHG). Auch beschränkt sich die Haftung in diesen Fällen auf den Schaden, der durch den Tod einer Person oder eine Körperverletzung verursacht wird, oder auf Sachschäden an Sachen, die hauptsächlich für den privaten Gebrauch bestimmt sind (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b PrHG). Der Schaden am fehlerhaften Produkt selbst ist nicht gedeckt (Art. 1 Abs. 2 PrHG).

Wenn die Strategie der Obsoleszenz *vor dem Verkauf des Produkts* eingesetzt wird, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Verkäuferin bzw. der Verkäufer *aus Vertrag* oder die Herstellerin bzw. der Hersteller *aus Delikt haften*.¹⁸⁵ Die unzutreffende Information auf einem Druck-

¹⁸¹ S. dazu den Entwurf und den Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates in Erfüllung der Pa.IV. 20.433 Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken, insbesondere Art. 30a und 35i vom 2. November 2022; vgl. auch oben Ziff. 1.3.

¹⁸² S. dazu für eine Übersicht, HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 87.

¹⁸³ BGE 131 II 145 E. 8.1

¹⁸⁴ a.a.O.

¹⁸⁵ In diesem Sinn für die Haftung des Verkäufers, ATAMER, ZSR 2022 I 285, 309.

gerät, dass die Tintenpatronen leer sind, mit dem alleinigen Ziel, dass die Patronen häufiger gewechselt werden, kann einen Mangel darstellen, wenn der Drucker zum Zeitpunkt des Verkaufs so programmiert war und dieser Sachverhalt bewiesen werden kann. Die Verkäuferin oder der Verkäufer haftet für den Mangel auch dann, wenn sie oder er ihn nicht kannte. Im Gegensatz dazu setzen eine arglistige Täuschung und deren Folgen für die Gewährleistung voraus, dass die Verkäuferin oder der Verkäufer von der Strategie der geplanten Obsoleszenz seitens der Herstellerin oder des Herstellers Kenntnis hat. Sowohl die Tatsache der geplanten Obsoleszenz als auch die Kenntnis der Verkäuferin oder des Verkäufers sind von der Käuferseite zu beweisen und stellen daher ein grosses Hindernis für die Durchsetzung dieser Ansprüche dar.¹⁸⁶

Erfolgen die Handlungen zur geplanten Obsoleszenz erst *nach dem Verkauf*, insbesondere durch Softwareänderungen, mit denen die Funktion des Produkts beeinträchtigt wird, löst dies dagegen *keine Gewährleistungsansprüche* aus. In einem solchen Fall ist es die Handlung der Herstellerin bzw. des Herstellers und nicht der Verkäuferin oder des Verkäufers, die zur Obsoleszenz führt, weshalb *eine Haftung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers aus Vertrag nicht in Betracht* kommt.¹⁸⁷ Die Handlung erfolgt zudem in jedem Fall erst nach dem Gefahrenübergang. Eine Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers könnte nur dann in Betracht kommen, wenn das gute Funktionieren der Kaufsache über eine bestimmte Zeit hinweg Gegenstand einer *besonderen vertraglichen Verpflichtung der Verkäuferin oder des Verkäufers* war. Eine solche besondere vertragliche Verpflichtung ist umso entscheidender, als das schweizerische Recht, im Gegensatz zur neuen Regelung in der Digitale-Inhalte-und-Dienstleistungen-Richtlinie (EU) 2019/771 (s. oben Ziff. 4.2), keine gesetzliche Aktualisierungspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers kennt.

Je nach Einzelfall können also eine Gewährleistung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder eine Haftung der Herstellerin bzw. des Herstellers in Betracht kommen. Diese Ansprüche *hängen aber nicht unmittelbar* mit dem von der Herstellerin oder vom Hersteller getroffenen Entscheid, eine Strategie der geplanten Obsoleszenz zu verfolgen, zusammen. Diese Strategien selbst können daher viel besser, unabhängig von einem bestimmten Kaufgeschäft, durch die Regeln des Strafrechts oder noch spezifischer durch die Regeln über den unlauteren Wettbewerb erfasst werden.

5.3.1.2 Strafrecht

a) Betrug

Das Element der Täuschung, das die geplante Obsoleszenz kennzeichnet, kann unter den Tatbestand des *Betrugs* fallen (Art. 146 Strafgesetzbuch [StGB]¹⁸⁸). Nach dieser Bestimmung macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt.

Nicht jede Täuschung im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr genügt jedoch zur Erfüllung des Betrugstatbestandes. Vielmehr verlangt das Gesetz einschränkend, dass die *Täuschung arglistig sein muss*. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *definiert sich Arglist wie folgt*: Arglist ist gegeben, wenn die Täterin bzw. der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer

¹⁸⁶ S. RUSCH, recht 2012, 178 f. und oben, Ziff. 2.3.

¹⁸⁷ ATAMER, ZSR 2022 I 285, 309.

¹⁸⁸ Strafgesetzbuch; SR 311.0

Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn die Täterin bzw. der Täter die Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass diese die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werden.¹⁸⁹ In einer weiteren Konstellation täuscht die Herstellerin bzw. der Hersteller durch *aktives Verhalten* über eine Tatsache. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die falschen Angaben *arglistig* getätigt worden sind, indem sie beispielsweise nicht oder nur mit besonderer Mühe von den Konsumentinnen und Konsumenten überprüft werden können. Sofern dies bejaht werden kann, weil beispielsweise nur aufgrund von Expertenwissen eine solche Überprüfung möglich ist, liegt eine arglistige Täuschung vor.

Bezeichnend für eine betrügerische geplante Obsoleszenz ist der Umstand, dass die Herstellerin bzw. der Hersteller eine solche verschweigt. In einer solchen Konstellation stellt sich zunächst die Frage, ob dem Angebot des Herstellers im sozialen Verkehr ein bestimmter Erklärungswert hinsichtlich Qualität oder Haltbarkeit der Sache zukommt. Die Täuschung im Sinne von Artikel 146 StGB kann nämlich *auch durch konkludentes Handeln* erfolgen, indem die Täterin bzw. der Täter die Unwahrheit nicht ausdrücklich zum Ausdruck bringt, sondern durch ihr bzw. sein Verhalten miterklärt.¹⁹⁰ Wer beispielsweise für Waren den üblichen Preis fordert, bringt damit zum Ausdruck, dass sie von durchschnittlicher Qualität sind. Ob und inwieweit das Verhalten eine bestimmte Erklärung zum Ausdruck bringt, entscheidet die soziale Konvention. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht es allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine Käuferin bzw. ein Käufer in Kenntnis der Sachlage keine minderwertige Ware zum Preis einer vollwertigen kauft. In der Literatur werden in diesem Zusammenhang Entscheide des Bundesgerichts zitiert, die sich mit Täuschungen über den Reinheitsgrad von Drogen befasst haben. Konkret wurde von der Täterschaft überdurchschnittlich gestrecktes Heroin zum Preis von durchschnittlich gestrecktem Heroin verkauft. Die Käuferinnen und Käufer wurden also stillschweigend über Tatsachen getäuscht.¹⁹¹ Solche Fälle von konkludentem Verhalten sind selten, da in Literatur und Rechtsprechung am Erfordernis eines Erklärungswertes streng festgehalten wird.

Fehlt das Erfordernis eines Erklärungswertes, kommt allenfalls ein Betrug *durch Unterlassen* in Betracht. Unterlassungsdelikte erfordern eine *Garantenstellung*, die durch eine Verpflichtung zum Handeln gekennzeichnet ist (Art. 11 Abs. 2 StGB). Eine Garantenstellung kann somit aus Gesetz und Vertrag abgeleitet werden. Allerdings vermag nicht jede gesetzliche oder vertragliche Handlungspflicht eine Garantenstellung zu begründen. Ein Betrug durch Unterlassen setzt eine gesteigerte Verantwortlichkeit bzw. eine inhaltlich besonders qualifizierte Rechtspflicht zum Tätigwerden voraus. Arglistiges Unterlassen ist deshalb höchstens vorstellbar, wo eine besondere Vertrauensstellung besteht und der Getäuschte deshalb darauf vertrauen darf, von der Täterin bzw. vom Täter über einen allfälligen Irrtum aufgeklärt zu werden.¹⁹² Eine solche Garantenstellung kommt der Herstellerin bzw. dem Hersteller oder der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer in der Regel nicht zu, so dass ein Betrug durch Unterlassen zu verneinen ist.

Damit aber der Betrugstatbestand erfüllt ist, müssen *noch weitere Voraussetzungen* erfüllt sein, so insbesondere ein Vermögensschaden. Bei der geplanten Obsoleszenz stehen Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis. In solchen Fällen liegt ein Vermögensschaden vor, wenn das Vermögen des Täuschungsopfers nach Vornahme der irrtumsbedingten Vermögensverfügung in seinem Gesamtwert – durch Verringerung der Aktiven oder

¹⁸⁹ BGE 142 IV 153 E. 2.2.2; 135 IV 76 E. 5.1.

¹⁹⁰ BGE 147 IV 73 E. 3.1.

¹⁹¹ Vgl. zum Ganzen: STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, § 15 N 14 m.w.H.; BGE 111 IV 55 E. 2b; 117 IV 139 E. 1.

¹⁹² BGE 140 IV 11 E. 2.3.2 und 2.4.2 m.w.H.

Vermehrung der Passiven – tatsächlich verringert ist.¹⁹³ Bei gegenseitigem Leistungsaustausch ist dies der Fall, wenn die eigene Leistung der Betroffenen durch die erworbene Gegenleistung nicht ausgeglichen wird. Bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt ein Schaden vor, wenn die Gegenleistung den individuellen Bedürfnissen der Getäuschten nicht entspricht und für ihre Zwecke unbrauchbar ist.¹⁹⁴ Ob also ein Vermögensschaden vorliegt, ist anhand der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es schwierig sein dürfte, Herstellerinnen und Hersteller im Zusammenhang mit geplanter Obsoleszenz wegen Betrugs zu belangen. Ausgenommen dürften einzig Fälle sein, in denen Herstellerinnen bzw. Hersteller und Verkäuferinnen bzw. Verkäufer wahrheitswidrig besondere Eigenschaften ausdrücklich zusichern bzw. vortäuschen.

b) Sachbeschädigung

Neben Betrug kann auch eine Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) vorliegen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung macht sich auf Antrag strafbar, wer eine Sache, an der ein fremdes Eigentums-, Gebrauchs- oder Nutznießungsrecht besteht, beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht. Lehre¹⁹⁵ und Rechtsprechung¹⁹⁶ legen diese Bestimmung weit aus, so dass letztlich jede Zustandsveränderung als Sachbeschädigung aufgefasst wird, sofern sie die Berechtigten in schützenswerten Interessen beeinträchtigt und nicht ohne nennenswerten Aufwand wieder rückgängig gemacht werden kann. Ebenfalls brauchen die Berechtigten keinen Vermögensschaden zu erleiden. Denkbar sind auch Fälle von *mittelbarer Täterschaft*, in denen die Herstellerin oder der Hersteller beispielsweise durch falsche Angaben die Berechtigten dazu veranlasst, einen funktionstüchtigen Gegenstand zu entsorgen (zerstören) bzw. zu ersetzen. Subjektiv erfordert die Sachbeschädigung Vorsatz. Dazu gehört auch das Wissen und Wollen, dass die Einwirkung auf die Sache diese beschädigt oder zerstört. Eventualvorsatz genügt.

5.3.1.3 Unlauterer Wettbewerb

Sind nicht alle Tatbestandselemente des Betrugstatbestandes erfüllt, weil im konkreten Einzelfall nur eine einfache Lüge oder kein Vermögensschaden vorliegt, können *einzelne Straftatbestände des UWG* zur Anwendung gelangen, insbesondere wenn es um die Täuschung von Kundinnen und Kunden geht (z.B. Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Art. 3 Abs. 1 Bst. i UWG). In diesem Sinn übernehmen die UWG-Tatbestände die Funktion von *Auffangtatbeständen* im Vergleich zum Betrug. Denkbar ist aber auch, dass gleichzeitig der Betrugstatbestand und ein UWG-Tatbestand erfüllt sein können. In einem solchen Fall ist noch ungeklärt, ob zwischen den verschiedenen Tatbeständen echte oder unechte Konkurrenz herrscht.¹⁹⁷ Bisher wurden jedenfalls Klagen gegen die geplante Obsoleszenz von den Gerichten gestützt auf das UWG behandelt.

Der Verein «Noops» (No Obsolescence Programmée Suisse) hat am 19. März 2018 in Genf einen *Strafantrag* gegen die Firma Apple eingereicht, weil sie die Obsoleszenz ihrer Telefongeräte geplant habe, indem sie den Nutzerinnen und Nutzern ab März 2017 das Update einer

¹⁹³ BGE 147 IV 73 E. 6

¹⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_316/2009 vom 21. Juli 2009, E. 3.2; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, § 15 N 49 ff.; DONATSCH, Strafrecht III, 241 ff.

¹⁹⁵ Vgl. zum Ganzen Philippe Weissenberger in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 144 N 20 ff., 73 m.w.H.; Donatsch, Strafrecht III, S. 183.

¹⁹⁶ BGE 115 IV 36 E. 2

¹⁹⁷ Vgl. zum Ganzen BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 47 f.

Betriebssoftware zur Verfügung gestellt habe, das die Verringerung der Leistung der Gerätebatterien zur Folge hatte.¹⁹⁸ Die Staatsanwaltschaft erliess eine Nichtanhandnahmeverfügung. Der Verein zog diese Verfügung bis vor Bundesgericht weiter.

Der Verein machte eine *Verletzung des UWG* geltend. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG handelt unlauter, wer unrichtige oder irreführende Angaben über seine Waren macht. Ebenso unlauter handelt, wer die Beschaffenheit, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren verschleiert und dadurch den Kunden täuscht (Art. 3 Abs. 1 Bst. i UWG). Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 5 oder 6 begeht, wird nach Artikel 23 Absatz 1 UWG auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Wer nach Artikel 9 und 10 UWG zur Zivilklage berechtigt ist, kann Strafantrag stellen (Art. 23 Abs. 2 UWG). Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen, sind zur Zivilklage (Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG) und damit auch zum Strafantrag berechtigt.

Das *Genfer Rekursgericht* verneinte eine nationale oder regionale Bedeutung des Vereins Noops, der gerade erst aufgrund des beanstandeten Sachverhalts gegründet worden war.¹⁹⁹ Das Gericht prüfte dennoch, ob die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft in der Sache begründet war. Es *verneinte eine Verletzung von Artikel 3 UWG, weil der Konzern keine unrichtigen oder irreführenden Angaben* über die Leistung seiner Telefonbatterien zum Zeitpunkt der Lancierung der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Software gemacht habe. Bei der Präsentation der Merkmale des vorgeschlagenen Updates habe er keine besondere Ausführungsgeschwindigkeit angepriesen oder versprochen, und nicht zuletzt sei er nicht verpflichtet gewesen, spontan über die verminderten Leistungen, die sich aus dem im Frühling 2017 vorgeschlagenen Software-Update ergeben haben sollen, zu informieren.²⁰⁰ Das Gericht ergänzte, dass das Update für die Konsumentin oder den Konsumenten nicht verpflichtend gewesen sei, dass eine Herstellerin oder ein Hersteller gegenüber seinen Konkurrenten nicht unaufgefordert auf Unzulänglichkeiten seiner Produkte hinweisen müsse und dass die Geräte auch bei verkürzter Dauer der Akkuladung weiter funktionierten.²⁰¹ Das *Bundesgericht* seinerseits erklärte die Beschwerde gegen den kantonalen Entscheid für *unzulässig*, weil der Verein als Beschwerdeführer weder einen gültigen Beschwerdegrund gemäss Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe a und b des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht²⁰² habe, noch eine Nichtanhandnahmeverfügung anfechten könne, die nicht das kantonale Gericht gefällt habe.²⁰³

5.3.1.4 Allgemeine Würdigung des geltenden schweizerischen Rechts

Das Verhalten von Herstellerinnen und Herstellern, das unter den Begriff der geplanten Obsoleszenz fällt, *wird somit vom geltenden Recht*, insbesondere nach den Regeln des UWG, *erfasst*. Dieses Gesetz bietet nicht nur Privatpersonen, sondern auch Verbänden (Art. 10 Abs. 2 UWG), insbesondere Konsumentenschutzorganisationen von regionaler oder gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG), die Möglichkeit, Beschwerde oder Klage zu erheben. In bestimmten Fällen kann, vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), auch der Bund klagen, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses für nötig erachtet und wenn Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind (vgl. Art. 10 Abs. 3

¹⁹⁸ Cour de Justice du canton de Genève (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, Sachverhalt, Bst. B.

¹⁹⁹ Cour de Justice du canton de Genève, (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, E. 2.1-2.2.

²⁰⁰ Cour de Justice du canton de Genève (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, E. 3.3.

²⁰¹ a.a.O.

²⁰² SR 173.110

²⁰³ Urteil des Bundesgerichts 6B_437/2019 vom 4. August 2019, E. 1.3

UWG und die Verordnung vom 12. Oktober 2011 über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb²⁰⁴).

Die im geltenden Recht vorgesehenen Möglichkeiten *wurden bisher nicht vollständig ausgeschöpft*. Insbesondere hat die Schlussfolgerung, zu der das kantonale Gericht im oben dargelegten Fall gelangt, aus mehreren Gründen weder den Charakter eines Leiturteils noch begründet es eine etablierte Rechtsprechung.

Zunächst bleibt der Entscheid ein *Einzelfall*, weil es keine anderen kantonalen Entscheide und auch keinen Entscheid des Bundesgerichts gibt, die diese Auslegung bestätigen. Die vorgenommene Auslegung erweist sich auch als *besonders restriktiv*,²⁰⁵ insbesondere weil sie sich auf ausdrückliche Angaben der Herstellerin beschränkt und jede spontane Meldepflicht ausschliesst, was nicht der Position der kantonalen Rechtsprechung und eines Teils der Lehre entspricht.²⁰⁶

Die Angaben, auf die sich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG bezieht, können tatsächlich jede beliebige Form annehmen, und die Information an die Kundin oder den Kunden kann *sich aus Unterlassungen ergeben*, aus denen das durchschnittliche Publikum vernünftigerweise Schlüsse zieht²⁰⁷ (d. h. insbesondere, wenn die Empfängerinnen und Empfänger erwarten durften, über einen solchen Umstand informiert zu werden²⁰⁸). Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG kann somit eine Informationspflicht auferlegen, die das Schweigen als unlauter erscheinen lässt.²⁰⁹ Die Rechtsprechung nimmt eine solche Verpflichtung beispielsweise auch dann an, wenn die *Verschleierung einer aktiven Täuschung durch konkludentes Handeln gleichkommt*, insbesondere wenn die Empfängerin oder der Empfänger bei unvollständigen Informationen ein falsches Gesamtbild erhält. Mit anderen Worten trifft die täuschende Person, immer wenn sie durch ihr eigenes aktives Verhalten (z. B. unvollständige Angaben) bei der Empfängerin oder dem Empfänger eine Vorstellung erzeugt, die nicht den Tatsachen entspricht, nach den Regeln des guten Glaubens im Geschäftsverkehr eine Informationspflicht. Diese Pflicht kann also zumindest dann bestehen, wenn die täuschende Person der Bildung oder der Gefahr der Bildung einer falschen Vorstellung bei der sich irrenden Person (die sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen) nicht entgegentritt.²¹⁰

Bezüglich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe i UWG – der die Verschleierung namentlich der tatsächlichen Beschaffenheit einer Ware, eines Werkes oder einer Leistung verbietet – kann sich die so erzeugte Täuschung auch auf die Verwendungsmöglichkeiten und den Nutzen (definiert als die Gesamtheit der positiven Eigenschaften) der Leistung beziehen. In diesen Fällen setzt die Unlauterkeit des beabsichtigten Verhaltens voraus, dass die vernünftigen Erwartungen einer Durchschnittskundin oder eines Durchschnittskunden in Bezug auf den Nutzen der Leistung enttäuscht werden.²¹¹ Wer die Leistung anbietet, hätte also auch in diesem

²⁰⁴ SR 241.3

²⁰⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 91.

²⁰⁶ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, E. 13.2, c; OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 zu Art. 3, Bst. i, UWG m.H.; auch, SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 lit. B UWG.

²⁰⁷ CR LCD-KUONEN, N 26 zu Art. 3, Abs. 1, Bst. b m.H.

²⁰⁸ BSK UWG-BERGER, N 16 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b.

²⁰⁹ CR LCD-KUONEN, N 26 zu Art. 3, Abs. 1 Bst. b m.H.

²¹⁰ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, E. 13.1.3.8 und im gleichen Sinn SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG.

²¹¹ CR LCD-KUONEN, N 12 und 15 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

Fall eine Informationspflicht, deren Umfang sich nach den Erwartungen des Durchschnittspublikums, d. h. des allgemeinen Geschäftsverständnisses, richtet.²¹² In diesem Zusammenhang reicht die abstrakte Gefahr eines Irrtums.²¹³ Beispiele hierfür sind Fälle, in denen wichtige Informationen über die angebotene Leistung überhaupt nicht oder nicht in einer Weise gegeben werden, dass sie in ihrer Bedeutung oder ihrem Ausmass den Tatsachen entsprechend wahrgenommen werden können.²¹⁴

Die Argumentation des Genfer Rekursgerichts mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb lässt zudem ausser Acht, dass das UWG auch auf den *Konsumentenschutz abzielt* (s. Art. 2 UWG) und scheint Unzulänglichkeiten, die von Anfang an Bestandteil des Produkts sind, mit einer Verschlechterung der Leistung des Geräts nach dem Zeitpunkt des Kaufs gleichzusetzen.

Bei Mobiltelefonen liegt ausserdem nicht auf der Hand, dass eine geringere Leistung oder eine kürzere Dauer der Akkuladung im Vergleich zu den Gesamtleistungen des Geräts als für die Nutzerin bzw. den Nutzer unerheblich angesehen werden können. Die Durchschnittskonsumentin oder der Durchschnittskonsument erwartet nicht, dass ein Update der Betriebssoftware, welches das Gerät eigentlich verbessern sollte, im Gegenzug auch die Leistung des Akkus herabsetzt. Das Bild, das sich die Konsumentin oder der Konsument von einem solchen Update macht, könnte daher durch die erhaltenen unvollständigen Angaben verzerrt werden, und es ist nicht auszuschliessen, dass die Urheberin bzw. der Urheber verpflichtet wäre, diese Informationen ausdrücklich zu liefern. Zudem kann eine verkürzte Leistungsdauer des Akkus (und damit auch des Telefons selber) die Leistungsfähigkeit des Geräts und damit den Nutzen, den die Durchschnittskonsumentin oder der Durchschnittskonsument vernünftigerweise erwarten kann, beeinträchtigen.

5.3.2 Rechtslage im Ausland

Der in den *meisten Staaten* vorherrschende Ansatz zur rechtlichen Sanktionierung von Verhaltensweisen, die auf geplante Obsoleszenz zurückzuführen sind, beruht auf den *allgemeinen Regeln*.²¹⁵ Er ist daher mit der aktuellen Rechtslage in der Schweiz vergleichbar. Wenn eine Erfassung durch strafrechtliche Regeln in Betracht kommt, sind speziell auch die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb betroffen. Weitere rechtliche Grundlagen zur Erfassung der geplanten Obsoleszenz sind die Haftung aus unerlaubter Handlung, die Haftung aus Vertrag oder die Produkthaftung.

In mehreren Ländern wurde eine *Reihe von Klagen und Anzeigen* gestützt auf die allgemeinen Regeln eingereicht. Die *italienische* Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde verurteilte im Jahre 2018 Apple und Samsung, weil sie die Leistungen ihrer älteren Telefongeräte im Zuge von Updates gedrosselt hatten, ohne die Konsumentinnen und Konsumenten darüber zu informieren und ohne Alternativen zur Aufrechterhaltung der ursprünglichen Leistungen anzubieten.²¹⁶ Die Bussen dafür beliefen sich auf fünf Millionen Euro; Apple musste zudem weitere fünf Millionen Euro für eine andere unlautere Handlung bezahlen. Apples Berufung

²¹² OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. I UWG; CR LCD-KUONEN, N 22 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

²¹³ CR LCD-KUONEN, N 22 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

²¹⁴ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, c. 13.2, c; OFK/UWG-HEINZMANN N 11 zu Art. 3, Bst. i UWG m.H.; auch SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b.

²¹⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 87-88.

²¹⁶ Autorità della Concorrenza e del Mercato, 25 September 2018, PS 11009 ET 110329, s. auch Medienmitteilung vom 24. Oktober 2018, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/10/PS11009-PS11039>. S. auch HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 90.

gegen die Verfügung beim Verwaltungsgericht von Lazio wurde 2020 abgewiesen.²¹⁷ In *Italien*, aber auch in *Belgien*, *Spanien* und *Portugal* wurden zivilrechtliche *Sammelklagen* eingereicht, damit Apple die betroffenen Konsumenten entschädige.²¹⁸ Die geforderte Entschädigung beträgt 60 Euro pro betroffene Konsumentin oder betroffenen Konsumenten. Die Klagen sind noch hängig.

Frankreich seinerseits hat einen Sonderweg eingeschlagen und ein *spezielles Verbot der geplanten Obsoleszenz* in das Konsumentengesetz aufgenommen, das mit strafrechtlichen Sanktionen verbunden ist. Artikel L 213-4-1, der am 19. August 2015 in Kraft getreten ist, lautet wie folgt (Abs. 1): Geplante Obsoleszenz ist zu verstehen als die Gesamtheit der Techniken, mit denen ein Inverkehrbringer die Lebensdauer eines Produkts bewusst zu verkürzen beabsichtigt, um dessen Ersatzrate zu erhöhen. Die Absätze 2 und 3 sahen Strafen von bis zu zwei Jahren Haft und 300 000 Euro Geldstrafe vor, wobei die Geldstrafe auf 5 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes erhöht werden konnte. Diese anfängliche Version wurde revidiert, das Verbot in Absatz 1 wurde in Artikel L 441-2 und die Sanktionen in Artikel L 454-6 des Konsumentengesetzes übernommen. Die neue Version ist seit dem 17. November 2021 in Kraft. Der *derzeit geltende Text* lautet wie folgt: Verboten ist die Praxis der geplanten Obsoleszenz, die durch den Einsatz von Techniken, einschliesslich Softwaretechniken, definiert ist, mit denen die für das Inverkehrbringen eines Produkts verantwortliche Person dessen Lebensdauer absichtlich zu verkürzen beabsichtigt. Die wichtigste Änderung ist *die Streichung der Bedingung der Absicht, die Ersatzrate zu erhöhen*. Diese Bedingung war nach Ansicht des französischen Gesetzgebers äusserst schwierig zu beweisen, was die Bestimmung wirkungslos machte.²¹⁹ Die andere Änderung bestand darin, dass der Einsatz von Softwaretechniken ausdrücklich einbezogen wird. Bei der Umsetzung besteht sodann eine französische Besonderheit darin, dass die zuständige Verwaltungsbehörde, die *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)*, die Möglichkeit hat, die Strafverfolgungsbehörden anzurufen, und diese ihrerseits die DGCCRF mit einer Anzeige zwecks Durchführung einer Untersuchung anrufen kann.²²⁰

In Frankreich wurden seit 2015 *mehrere Klagen* wegen geplanter Obsoleszenz eingereicht:²²¹

- gegen X. und namentlich Epson bezüglich der frühzeitigen Anzeige, die Tintenpatronen seien leer oder das Absorberkissen des Druckers sei voll;
- gegen Apple bezüglich der Verringerung der Leistung von älteren iPhone-Modellen;
- gegen Nintendo bezüglich des Verdachts, Joysticks so konzipiert zu haben, dass sie kurz nach dem Kauf unbrauchbar werden.

²¹⁷ Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, Sentenza 29 maggio 2020, n. 5736, s. <https://www.consumatori.it/news/obsolescenza-tar-conferma-multa-apple/>.

²¹⁸ <https://www.euroconsumers.org/activities/apple-class-action-lawsuits>.

²¹⁹ S. Sénat N°242, Rapport fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable sur la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, von MM. Guillaume Chevrollier und Jean-Michel Houllégatte, 16. Dezember 2020, 13-14 und 29 ff. Diese Lösung, die schliesslich in den definitiven Text übernommen wurde, ist der von der Regierung in ihrem Gesetzesentwurf vorgesehenen Umkehr der Beweislast vorgezogen worden.

²²⁰ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 90.

²²¹ S. HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 89-90.

Über die erste der genannten Klagen liegt noch kein Urteil vor²²²; die zweite führte zu einem Vergleich mit Apple, die eine Busse von 25 Millionen Euro wegen irreführenden Geschäftspraktiken durch Unterlassung bezahlt haben;²²³ und die dritte ist immer noch hängig.²²⁴

Im Übrigen wurde am 7. Dezember 2022 eine *neue Klage* gegen Apple wegen Serialisierung oder Paarung von Teilen eingereicht, bei der die Seriennummern von Komponenten und peripheren Geräten eines Produkts an die Seriennummer des iPhones gekoppelt werden, insbesondere über Mikrochips.²²⁵ Apple wird verdächtigt, mit dieser Praxis in einer Reihe von dokumentierten Fällen die *Reparatur durch unabhängige Reparaturwerkstätten* verhindert zu haben. Die Software des Geräts, oder manchmal auch ein Update, verhindern, dass das Gerät mit den von diesen Reparaturwerkstätten verwendeten Ersatzteilen funktioniert, selbst wenn diese Teile mit den Originalteilen identisch sind.

Bemerkenswert ist, dass die DGCCRF während des *Gesetzgebungsverfahrens* zur Revision der Norm, welche die geplante Obsoleszenz verbietet, die Berichterstatter der Senatskommission darauf hinwies, dass *kein einziger Fall gestützt auf Artikel L 441-2*, der speziell die geplante Obsoleszenz regelt, geführt werden konnte.²²⁶ Die rechtliche Grundlage, auf der in möglichen Fällen von geplanter Obsoleszenz Klage eingereicht wurde, war das allgemeine Verbot irreführender Geschäftspraktiken. Dies galt insbesondere für den ersten Fall, der gegen Apple geführt wurde. Der zweite im Jahr 2022 eingereichte Fall gegen dieses Unternehmen stützt sich ebenfalls nicht auf den neuen Artikel L 441-2, sondern auch auf das allgemeine Verbot irreführender Geschäftspraktiken und auf neue spezifische Normen, mit denen die Behinderung von Reparaturen und Wiederaufbereitungen unter Strafe gestellt werden.²²⁷

Auf EU-Ebene schliesslich hat die *Europäische Union* am 30. März 2022 einen *Vorschlag für eine Richtlinie* veröffentlicht, mit der neue Verpflichtungen in Bezug auf Nachhaltigkeit, Reparierbarkeit, Greenwashing und geplante Obsoleszenz eingeführt werden sollen.²²⁸ In Bezug auf letztere sieht der Entwurf der Richtlinie vor, die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zu ändern,²²⁹ um *die geplante Obsoleszenz in die Liste der unter allen Umständen unlauter geltenden Geschäftspraktiken aufzunehmen*.²³⁰ Diese Liste ist in Anhang I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken enthalten und ist in Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie aufgeführt. Die neuen Ziffern 23d bis 23j, die dem Vorschlag zufolge in die Liste aufgenommen werden sollen, verbieten namentlich Verhaltensweisen wie beispielsweise

²²² <https://www.halteobsolescence.org/la-plainte-contre-epson-deposee-par-hop-va-t-elle-devenir-obsolete/>, abgerufen am 6.1.2023.

²²³ Mitteilung der DGCCRF, 7.2.2020, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse>, abgerufen am 6.1.2023.

²²⁴ <https://www.quechoisir.org/nos-combats-switch-nintendo-l-ufc-que-choisir-denonce-l-obsolescence-programmee-des-manettes-joy-cons-n72823/>, abgerufen am 6.1.2023.

²²⁵ <https://www.halteobsolescence.org/nouvelle-plainte-de-hop-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-et-entraves-a-la-reparation/>, abgerufen am 9.1.2022.

²²⁶ Bericht vom 16. Dezember 2020, Sénat Nr. 242, 30. Die DGCCRF wies die Berichterstatter der Kommission darauf hin, dass mangels fehlender ausreichender Elemente zur Charakterisierung des Vergehens der geplanten Obsoleszenz keiner der Fälle, die von der DGCCRF untersucht wurden, auf dieser Rechtsgrundlage abgeschlossen werden konnte, weshalb sie in irreführende Geschäftspraktiken umqualifiziert werden mussten.

²²⁷ <https://www.halteobsolescence.org/nouvelle-plainte-de-hop-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-et-entraves-a-la-reparation/>, abgerufen am 9.1.2022.

²²⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, vom 30.3.2022, COM (2022) 143 final.

²²⁹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) JO, L 149/22 vom 11.6.2005, S. 22 ff.

²³⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, COM (2022) 143 final.

«Unterlassung der Information des Verbrauchers, dass sich eine Software-Aktualisierung negativ auf die Verwendung von Waren mit digitalen Elementen oder bestimmte Merkmale dieser Waren auswirkt, selbst wenn die Software-Aktualisierung die Funktionsweise anderer Merkmale verbessert», «Unterlassung der Information des Verbrauchers, dass ein Merkmal einer Ware vorliegt, das eingeführt wurde, um ihre Haltbarkeit zu beschränken» oder «Veranlassen des Verbrauchers, Betriebsstoffe einer Ware früher zu ersetzen, als dies aus technischen Gründen notwendig ist».

Der Vorschlag wurde im *Europäischen Rat diskutiert* und eine Fassung wurde am 11. Mai 2023 in erster Lesung im Europäischen Parlament angenommen. Die Diskussionen im Rat zeigen, dass die Vorschläge zur geplanten Obsoleszenz *kritisch betrachtet* werden, insbesondere weil die Obsoleszenz von der Herstellerin bzw. dem Hersteller verursacht wird, während die Einhaltung der in der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken festgelegten Verpflichtungen jede Unternehmerin bzw. jeden Unternehmer betrifft, deren bzw. dessen Handlungen unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucherinnen und Verbraucher zusammenhängen (Art. 2 Bst. d der Richtlinie). Daher sollte «in sektorspezifischen Rechtsvorschriften» ein Verbot für den Hersteller festgelegt werden, «Merkmale einzuführen, die die Haltbarkeit von Produkten beschränken», sowie die «Pflicht des Gewerbetreibenden» beibehalten werden, «die Verbraucher über solche Merkmale zu informieren, wobei jedoch diese Pflicht nur dann gelten würde, wenn der Gewerbetreibende vom Hersteller entsprechend informiert wurde.»²³¹ Diese Kritik *verdeutlicht mehrere wichtige Elemente*. Zunächst sollte nur diejenige Beschränkung der Haltbarkeit verboten werden, die eine unangemessene Beschränkung der Lebensdauer, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann, darstellt. Es ist jedoch nicht einfach, genau zu definieren, was eine unangemessene Beschränkung ist. Sodann widerspricht die Informationspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers über die Merkmale, die ihre Haltbarkeit einer Ware beschränken und die beibehalten werden soll, dem Verbot für die Herstellerinnen und Hersteller, solche Merkmale einzuführen. Wenn es dem Hersteller verboten ist, solche Merkmale einzuführen, ist die Informationspflicht dazu nicht nur sinnlos, sondern sogar widersprüchlich. Schliesslich muss die Unternehmerin bzw. der Unternehmer in Fällen, in denen sie oder er diese Information zu Recht bereitstellen sollte, die Information von der Herstellerin bzw. dem Hersteller erhalten haben. Die Diskussionen, die im Europäischen Rat stattgefunden haben, führten angesichts dieser kritischen Überlegungen zum Schluss, dass eine *vertieftere Prüfung* der verschiedenen möglichen Optionen erforderlich ist, bevor die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Massnahme verabschiedet werden kann.

5.4 Würdigung

Die Praxis in der Schweiz und im Ausland sowie die speziellen Vorschriften, die in Frankreich eingeführt wurden oder in der Europäischen Union in Vorbereitung sind, zeigen nach Ansicht des Bundesrates, dass sich eine spezifische Gesetzgebung für das Phänomen der geplanten Obsoleszenz *aktuell nicht aufdrängt*.

Zunächst wurde festgestellt, dass die mit dem Schweizer Recht vergleichbaren *allgemeinen Regeln in mehreren Ländern ein wirksames Vorgehen ermöglicht haben*, so auch in Frankreich, wo sich die bisherigen Klagen weder im Zivilrecht noch im Strafrecht auf die spezifische Bestimmung zur geplanten Obsoleszenz stützten. Sodann löst eine Spezialregelung zur geplanten Obsoleszenz die praktischen Probleme nicht, die hauptsächlich *mit der Beweisführung zu tun haben*. Der Gesetzgebungsprozess in Frankreich zeigt, dass die verabschiedete Bestimmung bisher nicht die erhofften Auswirkungen hatte. Die Diskussionen in der Europäischen Union machen auch deutlich, dass *die Gesetzgebung über dieses spezifische*

²³¹ Rat der Europäischen Union, Bericht über den Stand der Arbeiten, Interinstitutionelles Dossier 22/0092(COD), 22.11.2022, 4.

Problem mit mehreren Schwierigkeiten verbunden ist. Die Europäische Kommission hat dieses Thema zu Recht in die umfassendere Problematik der Nachhaltigkeit und Reparierbarkeit von Produkten integriert. Die Diskussion im Rat zeigt auch, dass zwischen legitimen Beschränkungen der Haltbarkeit, die Teil der Definition der Lebensdauer eines Produkts sind, ohne dass eine Strategie zur Verkürzung der Lebensdauer dahintersteckt, und unzulässigen Beschränkungen eine klare Abgrenzung vorzunehmen ist. In dieser Hinsicht zeigen die oben beschriebene Praxis und die Gesetzgebungsprozesse, dass das Element der Information und Verschleierung für die Charakterisierung des verbotenen Verhaltens ausschlaggebend ist. Dieses Element kann mit den *bestehenden Rechtsgrundlagen* erfasst werden. Die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.

Schliesslich gibt es keinen Hinweis darauf, dass in der Schweiz angesichts der aktuellen allgemeinen Regeln ein spezifischer Gesetzgebungsbedarf besteht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ähnliche Entwicklungen wie im Ausland möglich sind. Insbesondere wurden bisher nach Ansicht des Bundesrates *die Anwendungs- und Sanktionsmöglichkeiten des UWG in dieser Frage noch nicht ausgeschöpft*, namentlich was die Informationspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder der Herstellerin bzw. des Herstellers der Ware und den Schutz der vernünftigen Erwartungen der Käuferinnen bzw. Käufer und Konsumentinnen bzw. Konsumenten hinsichtlich der Nutzung und Verwendbarkeit des Produkts betrifft. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die angedachten Änderungen im Gewährleistungsrecht im Zusammenhang mit der Haltbarkeit als Teilgehalt des Mangelbegriffs, Informationspflichten zur Lebensdauer von Produkten oder Ökodesign-Vorschriften *indirekt* auf die spezifische Problematik der geplanten Obsoleszenz *auswirken* werden. Sie ermöglichen es, dem Begriff der Lebensdauer einen normativen Gehalt zu geben, ausdrückliche Informationspflichten mit gegebenenfalls spezifischen Sanktionen vorzusehen oder Normen für die materielle Gestaltung von Produkten aufzustellen. Der Bundesrat *sieht* daher im Bereich der geplanten Obsoleszenz derzeit *keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf*. Die Entwicklung der Rechtspraxis ist aber unter diesem Gesichtspunkt zu beobachten.

6 Schlussfolgerungen

Das Schweizer Gewährleistungsrecht beim Kauf stammt aus den 1910er Jahren und zeigt sich heute als in verschiedener Hinsicht *veraltet*. Die Regeln, die auf den einmaligen (physischen) Austausch von Ware gegen Geld ausgerichtet sind, vermögen heutzutage namentlich im Hinblick auf die *technischen Entwicklungen* der Produkte oftmals nicht mehr zu befriedigen. Mit einer Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU/EWR-Mindeststandard könnten somit die bestehende *Rechtsunsicherheit* bei digitalen Produkten oder Produkten mit digitalen Komponenten beseitigt und das Schweizer Recht der heutigen *wirtschaftlichen Realität* angepasst werden. Damit würde namentlich auch die *Position von Konsumentinnen und Konsumenten* gestärkt, welche heute auf die Kulanz der Verkäuferinnen und Verkäufer angewiesen sind. Gemäss der durchgeführten RFA wären die *Auswirkungen* einer solchen Anpassung auf die Wirtschaft dagegen gering. Betroffen wären nur diejenigen Unternehmen, welche sich nicht schon heute am EU-Markt und den auf diesem geltenden Regeln orientieren und/oder sich kulant zeigen.

Die Auswirkungen auf die Umwelt blieben gemäss der RFA bei einer Angleichung an das EU/EWR-Mindestniveau zwar ebenfalls gering. Dies ist angesichts der Kleinheit des Schweizer Markts, der nur indirekten Wirkung des Gewährleistungsrechts auf die Herstellung von Produkten und der Tatsache, dass ein Gewährleistungsfall nur dann vorliegen kann, wenn vom Produkt grundsätzlich eine lange Haltbarkeit erwartet werden kann, leicht nachvollziehbar. Solche punktuellen Änderungen der Gewährleistungsregeln könnten aber nach Ansicht des Bundesrates dennoch bewirken, dass Käuferinnen und Käufer, die Wert auf den Kauf

langlebiger Produkte legen, in ihren berechtigten Erwartungen an das Produkt besser geschützt werden. Ausgehend von diesen Überlegungen besteht daher aus Sicht des Bundesrates heute *Handlungsbedarf* in Bezug auf eine Angleichung des Gewährleistungsrechts im Kauf an das EU-Mindestniveau in den dargestellten spezifischen Punkten. Dabei geht es insbesondere um:

- den Begriff des Mangels und die objektiven Elemente, die ihn ausmachen (vgl. Ziff. 3.2);
- die fehlende Vermutung, dass ein innert einem Jahr aufgetretener Mangel bereits zum Zeitpunkt des Kaufs vorlag (vgl. Ziff. 3.3);
- die kurze Frist für die Mängelrüge (vgl. Ziff. 3.4);
- das fehlende Recht auf Nachbesserung (bzw. Reparatur) (vgl. Ziff. 3.6);
- die fehlende Update- oder Aktualisierungspflicht für digitale Produkte und Produkte mit digitalen Komponenten (vgl. Ziff. 4);
- den dispositiven Charakter der Gewährleistungsregeln bei Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten (vgl. Ziff. 3.9).

Die Schlussfolgerungen dieses Berichts ergänzen die laufende parlamentarische Diskussion zur Ressourcenschonung und zur Kreislaufwirtschaft. Angesichts ihrer Tragweite bedarf eine Reform des Gewährleistungsrechts im Sinne des erkannten Handlungsbedarfs nunmehr einer politischen Grundsatzentscheidung durch das Parlament.

Demgegenüber spricht sich der Bundesrat nach wie vor *gegen einen Schweizer Alleingang* und eine Verschärfung der Regeln der Gewährleistung aus, die über die Vorgaben der aktuellen EU-Richtlinien hinausgeht. Hinsichtlich des in der RFA geprüften Plusszenarios, in dem namentlich eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis auf fünf Jahre geprüft wurde, haben sich die vom Bundesrat bereits in der Vergangenheit geäußerten Bedenken durch die RFA weitgehend bestätigt. Einer geringen Verbesserung für die Umwelt stünden Preiserhöhungen für eine beschränkte Zahl von Produkten und eine Erhöhung des Einkaufstourismus für diese Produkte gegenüber. Die befürchteten negativen Auswirkungen dürften sich jedoch dann nicht realisieren, wenn das Schutzniveau in der Schweiz gleich wie in unseren EU-Nachbarstaaten wäre. Die Entwicklungen in der EU sind deshalb weiterhin zu beobachten. Im Auge zu behalten sind auch alle geplanten und ergriffenen Massnahmen zur Nachhaltigkeit bei der Herstellung und Nutzung von Produkten, wie zum Beispiel Deklarationspflichten zur Produktlebensdauer oder zur umweltgerechten Gestaltung oder die Erleichterung und Aufwertung der Reparatur von Konsumgütern.

Keinen spezifischen Gesetzgebungsbedarf erkennt der Bundesrat demgegenüber angesichts der bestehenden allgemeinen Regeln aktuell in Bezug auf ein *Verbot der sogenannten geplanten Obsoleszenz*. Die allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts und teilweise auch des Gewährleistungs- und des Strafrechts bieten grundsätzlich bereits heute rechtliche Möglichkeiten, um gegen eine betrügerische Verkürzung der Produktlebensdauer vorzugehen. In der Praxis dürfte der erforderliche Nachweis des betrügerischen oder täuschenden Verhaltens zwar im Einzelfall nicht leichtfallen. Diese Beweisschwierigkeiten sind jedoch gesetzgeberisch nur schwer zu lösen und würden auch bei der Einführung einer Sonderregel fortbestehen. Die Rechtspraxis und die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.

Einen Beitrag zur Bekämpfung der geplanten Obsoleszenz könnten indirekt die vorgeschlagenen Änderungen im Gewährleistungsrecht, welche die Durchsetzung berechtigter Ansprüche erleichtern würden, leisten. Zusätzliche Massnahmen, die auf die Herstellung und den Vertrieb von nachhaltigen Produkten zielen, könnten dem Phänomen präventiv entgegenwirken. Deklarationspflichten zur Lebensdauer könnten zudem das Vorgehen gegen die geplante Obsoleszenz auf Grundlage der bestehenden Regeln erleichtern. Solche Massnahmen werden im Rahmen der weiteren laufenden Arbeiten zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft geprüft, über die der Bundesrat voraussichtlich 2024 Bericht erstatten wird.

7 Literaturverzeichnis

- ATAMER YEŞİM M., Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011 I, 449 ff. (zit. ATAMER, ZSR 2011 I)
- ATAMER YEŞİM M., Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, ZSR 2022 I, 285 ff. (zit. ATAMER, ZSR 2022 I)
- ATAMER YEŞİM M./EGGEN MIRJAM, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZJBV 2017, 731, 762 (zit. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017)
- ATAMER YEŞİM M./HERMIDAS SEMIR, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, AJP 2020, 6448 ff. (zit. ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020)
- BERGER MATHIS, Art. 3, in Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BERGER)
- BIEGER, ALAIN, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, Fribourg 2009 (zit. BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht)
- BRUNNER CHRISTOPH/MARTI-SCHREIER LEONORA, Art. 39, in: Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht - CISG - Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. SHK-BRUNNER/MARTI-SCHREIER)
- CARBOTECH, Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. CARBOTECH, RFA Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH, Strafrecht III)
- ECOPLAN, Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA)
- ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese des Rechtsvergleichs und der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts vom 2. Mai 2022, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese)
- EGGEN MIRJAM, Digitale Inhalte und Dienstleistungen, SZW 2021, 470 ff. (zit. EGGEN, SZW 2021)
- EGGEN MIRJAM, Digitales Vertragsrecht, in: Jusletter 2. Dezember 2019 (zit. EGGEN, in: Jusletter 2. Dezember 2019)
- EGGEN MIRJAM, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, SZW 2019, 358 ff. (zit. EGGEN, SZW 2019)
- EGGEN MIRJAM, Vertragsfreiheit in der Wolke, AJP 2021, 577 ff. (zit. EGGEN, AJP 2021)
- FELLMANN WALTER, Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 sowie Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der Richtlinie (EU)

2019/770 – Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht, Zusatzbericht zum Schweizer Recht im Rahmen der RFA zum Gewährleistungsrecht (Ergänzung zum Beilageband A: Rechtsvergleich), abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (zit. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht)

GIGER HANS, Art. 184-215 OR, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV Das Obligationenrecht, Bern 1979 (zit. BK-GIGER)

HEIZMANN RETO, Art. 3, in: Oesch, Matthias/Weber, Rolf H./Zäch, Roger (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK/UWG-HEIZMANN)

HESELHAUS SEBASTIAN/FELLMANN WALTER, Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband A im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Mai 2022, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. HESELHAUS/ FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich)

HONSELL HEINRICH, Art. 197–210 OR, in: Widmer Lüchinger, Corinne/Oser David (Hrsg.) Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-HONSELL)

HONSELL HEINRICH, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff., recht 2007, 154 ff. (zit. HONSELL, recht 2007)

HONSELL HEINRICH, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, in: Schwander, Ivo/Brem, Ernst/Kramer, Ernst. A./Druey, Jean-Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Mario M. Pedrazzini zum 65. Geburtstag, Bern 1990, 314 ff. (zit. HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung)

HUWILER BRUNO, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, in: Honsell Heinrich/Huwiler Bruno/Schulin Hermann (Hrsg.), Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, 141 ff. (zit. HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR)

JUNG PETER, Art. 3, in: Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-JUNG)

KILLIAS MARTIN/GILLIÉRON GWLADYS, Art. 23, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON)

KUONEN NICOLAS, Art. 3, in: de Martenet, Vincent/Pichonnaz, Pascal (Hrsg.), Commentaire Romand Loi contre la concurrence déloyale, Basel 2017 (zit. CR LCD-KUONEN)

MÜLLER-CHEN MARKUS, Art. 201, in: Amstutz Marc/Breitschmid Peter/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Huguenin Claire/Jungo Alexandra/Müller-Chen Markus/Roberto Vito/Schnyder Anton K./Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-MÜLLER-CHEN)

PICHONNAZ PASCAL, L'obligation de réparer issue du contrat, in: Gauch Peter (Hrsg.), L'homme et son droit, Mélanges an l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire, Zürich 2011, 399 ff. (zit. PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat)

RUSCH ARNOLD F., Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176 ff. (zit. RUSCH, recht 2012)

STÖCKLI HUBERT, Etwas mehr «souplesse» bei der Mangelrüge, BR/DC 2019, 127 ff. (zit. STÖCKLI, BR/DC 2019)

STOPPELHAAR RICARDA, Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandlung, recht 2019, 180 ff. (zit. STOPPELHAAR, recht 2019)

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I)

TERCIER, PIERRE/BIERI, LAURENT/CARRON, BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016 (zit. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux)

VENTURI SILVIO/ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, Art. 205 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN)

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Gewährleistung, Mangelfolgeschäden und Verjährung – Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungenrecht, ZBJV 2007, 763 ff. (zit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, ZBJV 2007, 763 ff.)