



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Fabian Akeret

# Verjährungsfristverkürzung und Haftungsbeschränkung

# **Verjährungsfristverkürzung und Haftungsbeschränkung**

DISSERTATION  
der Universität St. Gallen,  
Hochschule für Wirtschafts-,  
Rechts- und Sozialwissenschaften,  
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),  
zur Erlangung der Würde eines  
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Fabian Akeret**

von

Hüttwilen (Thurgau)

Genehmigt auf Antrag der Herren

**Prof. Dr. Vito Roberto**

und

**Prof. Dr. Arnold F. Rusch**

Dissertation Nr. 5316

EIZ Publishing, Zürich 2023

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, 23. Mai 2023

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller



Verjährungsfristverkürzung und Haftungsbeschränkung von Fabian Akeret wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Autor:** Fabian Akeret

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](https://eizpublishing.ch))

**Produktion, Satz & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-594-5 (Print – Softcover)

978-3-03805-595-2 (Print – Hardcover)

978-3-03805-596-9 (PDF)

978-3-03805-597-6 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-595>

**Version:** 1.01 – 20230714

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Fabian Akeret eingereicht und von der Programmkommission des rechtswissenschaftlichen Doktorats (DLS) der Universität St. Gallen abgenommen.

Sie wurde betreut von Prof. Dr. Vito Roberto und Prof. Dr. Arnold F. Rusch.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/verjaehrungsfristverkuerzung-und-haftungsbeschraenkung/>.

Die Publikation ist auch auf der Webseite der Universitätsbibliothek St. Gallen abrufbar:

<https://www.unisg.ch/de/universitaet/bibliothek>

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation der Universität St. Gallen (HSG) während meiner Ausbildung zum und Tätigkeit als Rechtsanwalt verfasst. Der Stand der Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung basiert auf dem 1. Januar 2023.

Bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Vito Roberto, bedanke ich mich für die Betreuung meiner Dissertation als Referent und bei Prof. Dr. Arnold F. Rusch bedanke ich mich, das Korreferat meiner Dissertation übernommen zu haben. Ihnen verdanke ich wertvolle Anregungen, die zum Gelingen meiner Dissertation beigetragen haben.

Für die gute Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung dieser Dissertation bedanke ich mich bei RA Dr. Tobias Baumgartner und beim Fachverlag EIZ Publishing des Europa Instituts der Universität Zürich.

Bei Roger G. Sutter bedanke ich mich für das Lektorat dieser Dissertation und die damit verbundene Korrespondenz und bei meinem guten Freund RA M.A. HSG Samuel Streuli bedanke ich mich für die Durchsicht und Besprechung dieser Dissertation.

Ein besonderer Dank gebührt sodann all jenen Menschen aus meinem sozialen Umfeld, die bei jedem Zusammentreffen stets nach dem aktuellen Stand meines Doktoratsstudiums fragten und mich dadurch anspornten, diese Dissertation zu schreiben.

Schliesslich gebührt ein herzlicher Dank meiner Familie, Andreas, Pierrette und Anais Akeret, sowie meiner Verlobten, Vera Studer. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bern, im April 2023

Fabian Akeret



# Inhaltsübersicht

|   |              |
|---|--------------|
| <b><u>Inhaltsübersicht</u></b>                                      | <b>VII</b>   |
| <b><u>Inhaltsverzeichnis</u></b>                                    | <b>IX</b>    |
| <b><u>Literaturverzeichnis</u></b>                                  | <b>XIII</b>  |
| <b><u>Materialienverzeichnis</u></b>                                | <b>XXIII</b> |
| <b><u>Abkürzungsverzeichnis</u></b>                                 | <b>XXV</b>   |
| <b><u>Zusammenfassung</u></b>                                       | <b>XXIX</b>  |
| <b><u>Einleitung</u></b>  | <b>1</b>     |
| <br>  |              |
| <b><u>1. Teil: Grundlagen</u></b>                                   | <b>5</b>     |
| § 1 <u>Ursprung von Art. 199 OR und Art. 210 OR</u>                 | 5            |
| § 2 <u>EU-Kaufrechtsrichtlinie und deren nationale Umsetzung</u>    | 9            |
| § 3 <u>Revision im Konsumentenkaufrecht – Art. 210 OR</u>           | 15           |
| <br>  |              |
| <b><u>2. Teil: Normenkonflikt</u></b>                               | <b>27</b>    |
| § 4 <u>Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR</u>                   | 27           |
| § 5 <u>Stand der Lehre</u>  | 31           |
| § 6 <u>Stellungnahme zu den Lehrmeinungen</u>                       | 37           |
| <br>  |              |
| <b><u>3. Teil: Auslegung</u></b>                                    | <b>47</b>    |
| § 7 <u>Historischer Wertungshorizont und Wille des Gesetzgebers</u> | 47           |
| § 8 <u>Analogismen und Gesetzeskonkurrenzen</u>                     | 61           |
| § 9 <u>Sinn und Zweck der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR</u>       | 74           |
| <br>  |              |
| <b><u>4. Teil: Sonderfragen</u></b>                                 | <b>105</b>   |
| § 10 <u>Garantie und gesetzliche Sachgewährleistung</u>             | 106          |
| § 11 <u>Rechtslage nach Nachbesserung und Ersatzlieferung</u>       | 131          |
| § 12 <u>Verjährungsfrist und Anerkennung der Forderung</u>          | 143          |
| § 13 <u>Verjährungsfrist und Herstellergarantien</u>                | 150          |
| <br>  |              |
| <b><u>Schlussfolgerung</u></b>                                      | <b>157</b>   |



# Inhaltsverzeichnis

|  |                       |
|--|-----------------------|
| <a href="#">Inhaltsübersicht</a>       | <a href="#">VII</a>   |
| <a href="#">Inhaltsverzeichnis</a>     | <a href="#">IX</a>    |
| <a href="#">Literaturverzeichnis</a>   | <a href="#">XIII</a>  |
| <a href="#">Materialienverzeichnis</a> | <a href="#">XXIII</a> |
| <a href="#">Abkürzungsverzeichnis</a>  | <a href="#">XXV</a>   |
| <a href="#">Zusammenfassung</a>        | <a href="#">XXIX</a>  |
| <a href="#">Einleitung</a>             | <a href="#">1</a>     |

## [1. Teil: Grundlagen](#) [5](#)

|     |  |                    |
|-----|--|--------------------|
| § 1 | <a href="#">Ursprung von Art. 199 OR und Art. 210 OR</a>                     | <a href="#">5</a>  |
|     | 1. <a href="#">Entstehung der Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht</a> | <a href="#">5</a>  |
|     | 2. <a href="#">Entstehung der heutigen Art. 199 OR und Art. 210 OR</a>       | <a href="#">6</a>  |
| § 2 | <a href="#">EU-Kaufrechtsrichtlinie und deren nationale Umsetzung</a>        | <a href="#">9</a>  |
|     | 1. <a href="#">Entstehung der EU-Kaufrechtsrichtlinie</a>                    | <a href="#">9</a>  |
|     | 2. <a href="#">Deutsche Schuldrechtsreform – grosse Lösung</a>               | <a href="#">10</a> |
|     | 3. <a href="#">Österreich und Italien – mittlere Lösung</a>                  | <a href="#">12</a> |
|     | 4. <a href="#">Frankreich – kleine Lösung</a>                                | <a href="#">13</a> |
| § 3 | <a href="#">Revision im Konsumentenkaufrecht – Art. 210 OR</a>               | <a href="#">15</a> |
|     | 1. <a href="#">Vorparlamentarische Phase</a>                                 | <a href="#">15</a> |
|     | 2. <a href="#">Parlamentarische Phase</a>                                    | <a href="#">19</a> |
|     | 3. <a href="#">Rechtsunsicherheit im Konsumentenkaufrecht</a>                | <a href="#">22</a> |
|     | 4. <a href="#">Fazit</a>   | <a href="#">24</a> |

## [2. Teil: Normenkonflikt](#) [27](#)

|     |  |                    |
|-----|--|--------------------|
| § 4 | <a href="#">Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR</a>                             | <a href="#">27</a> |
|     | 1. <a href="#">Persönlicher Geltungsbereich</a>                                    | <a href="#">27</a> |
|     | 2. <a href="#">Sachlicher Geltungsbereich</a>                                      | <a href="#">29</a> |
| § 5 | <a href="#">Stand der Lehre</a>  | <a href="#">31</a> |
|     | 1. <a href="#">Mehrheitsmeinung: Vorliegen einer Gesetzeslücke de lege ferenda</a> | <a href="#">32</a> |
|     | 2. <a href="#">Minderheitsmeinung: Vorliegen einer Gesetzeslücke de lege lata</a>  | <a href="#">35</a> |
| § 6 | <a href="#">Stellungnahme zu den Lehrmeinungen</a>                                 | <a href="#">37</a> |
|     | 1. <a href="#">Kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers</a>                  | <a href="#">37</a> |
|     | 2. <a href="#">Keine Argumentation contra legem</a>                                | <a href="#">39</a> |
|     | 3. <a href="#">Kein Analogieschluss aus Art. 129 OR i.V.m. Art. 100 OR</a>         | <a href="#">42</a> |
|     | 4. <a href="#">Fazit</a>   | <a href="#">45</a> |

|  |            |
|--|------------|
| <b>3. Teil: Auslegung</b>  | <b>47</b>  |
| § 7 <u>Historischer Wertungshorizont und Wille des Gesetzgebers</u>            | 47         |
| 1. <u>Materialienlage – Wille des Gesetzgebers</u>                             | 48         |
| a) <u>Widersprüchliche Ansichten des Gesetzgebers</u>                          | 48         |
| b) <u>Was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann</u>                         | 52         |
| c) <u>Erkennbarer Wille des Gesetzgebers</u>                                   | 53         |
| 2. <u>Entwicklung des historischen Wertungshorizonts von Art. 210 OR</u>       | 56         |
| a) <u>Früherer Wertungshorizont</u>  | 57         |
| b) <u>Aktueller Wertungshorizont</u>   | 58         |
| § 8 <u>Analogismen und Gesetzeskonkurrenzen</u>                                | 61         |
| 1. <u>Art. 210 Abs. 4 OR als obsolete Bestimmung</u>                           | 61         |
| 2. <u>Lückenfüllung bei offenen Gesetzeslücken</u>                             | 62         |
| a) <u>In der Lehre umstrittener Grössenschluss</u>                             | 63         |
| b) <u>Zwingende Verjährungsfrist als gesetzliche Zusicherung</u>               | 64         |
| c) <u>Analogie im OR BT: Art. 256 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 4 OR</u>             | 66         |
| 3. <u>Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses</u>                            | 69         |
| a) <u>Art. 210 Abs. 4 OR als lex specialis zu Art. 199 OR</u>                  | 71         |
| b) <u>Art. 210 Abs. 4 OR als lex posterior zu Art. 199 OR</u>                  | 72         |
| § 9 <u>Sinn und Zweck der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR</u>                  | 74         |
| 1. <u>Auslegung von punktuell nachvollzogenem EU-Recht</u>                     | 74         |
| a) <u>Aktueller Stand der Rechtsprechung</u>                                   | 74         |
| b) <u>Aktueller Stand der Lehre</u>  | 77         |
| c) <u>Art. 210 Abs. 4 OR als punktueller autonomer Nachvollzug</u>             | 82         |
| d) <u>1. Ebene: Der Richtliniengehalt der EU-Kaufrechtsrichtlinie</u>          | 86         |
| e) <u>2. Ebene: EU-rechtskonforme Auslegung</u>                                | 88         |
| f) <u>Rechtsfolge: Zwingende Sachgewährleistungsansprüche</u>                  | 90         |
| 2. <u>Abwägung von Käufer- und Verkäuferinteressen</u>                         | 92         |
| a) <u>Verkehrs- und Rechtssicherheit sowie der Konsumentenschutz</u>           | 93         |
| b) <u>Implikationen aus der ratio legis von Art. 201 OR</u>                    | 94         |
| 3. <u>Teleologische Reduktion von Art. 199 OR</u>                              | 98         |
| a) <u>Vorliegen einer offenen Gesetzes- und Ausnahmelücke</u>                  | 99         |
| b) <u>Teleologische Reduktion</u>  | 100        |
| 4. <u>Verfassungskonforme Auslegung</u>  | 101        |
| 5. <u>Fazit</u>  | 103        |
| <b>4. Teil: Sonderfragen</b>   | <b>105</b> |
| § 10 <u>Garantie und gesetzliche Sachgewährleistung</u>                        | 106        |
| 1. <u>Problemstellung</u>  | 106        |
| 2. <u>Verhältnis der Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche</u>            | 107        |
| a) <u>Vorrang der vertraglichen Garantieansprüche</u>                          | 112        |
| b) <u>Erstreckung des Gewährleistungswahlrechts auf Garantieansprüche</u>      | 116        |
| 3. <u>Verhältnis der Garantie- und Verjährungsfrist</u>                        | 124        |
| a) <u>Gleichläufige Garantie- und Verjährungsfrist</u>                         | 126        |
| b) <u>Kürzere Garantie- als Verjährungsfrist</u>                               | 127        |
| c) <u>Längere Garantie- als Verjährungsfrist</u>                               | 127        |
| 4. <u>Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR</u> | 129        |

|      |  |            |
|------|--|------------|
| § 11 | <a href="#">Rechtslage nach Nachbesserung und Ersatzlieferung</a>                        | 131        |
|      | 1. <a href="#">Problemstellung</a>   | 131        |
|      | 2. <a href="#">Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche</a>                            | 131        |
|      | a) <a href="#">Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche nach erneuter Ablieferung</a>  | 131        |
|      | b) <a href="#">Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche bei Verzug des Verkäufers</a>  | 132        |
|      | 3. <a href="#">Garantie- und Verjährungsfrist</a>  | 136        |
|      | a) <a href="#">Verjährungsfrist der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche</a>        | 136        |
|      | b) <a href="#">Garantiefrist der vertraglichen Garantieansprüche</a>                     | 140        |
| § 12 | <a href="#">Verjährungsfrist und Anerkennung der Forderung</a>                           | 143        |
|      | 1. <a href="#">Problemstellung</a>   | 143        |
|      | 2. <a href="#">Geltendmachung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche</a>          | 144        |
|      | 3. <a href="#">Durchsetzung des vertraglichen Garantieanspruchs über Verzugsregelung</a> | 147        |
| § 13 | <a href="#">Verjährungsfrist und Herstellergarantien</a>                                 | 150        |
|      | 1. <a href="#">Problemstellung</a>   | 150        |
|      | 2. <a href="#">Herstellergarantiefrist und gesetzliche Verjährungsmodalitäten</a>        | 151        |
|      | <b><a href="#">Schlussfolgerung</a></b>  | <b>157</b> |
|      | <b><a href="#">Curriculum Vitae</a></b>  | <b>161</b> |



# Literaturverzeichnis

- AMAUDRUZ MICHEL: La garantie des défauts de la chose vendue dans la vente internationale des objet mobiliers corporels (Dissertation Universität Lausanne, 1968).
- AMSTUTZ MARC: Interpretatio multiplex – Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: HONSELL HEINRICH/ZÄCH ROGER/HASENBÖHLER FRANZ/HARRER FRIEDRICH/RHINOW RENÉ (Hrsg.): Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer (Basel, 2004) (zit.: AMSTUTZ, Interpretatio multiplex).
- AMSTUTZ MARC: Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: JOERGES CHRISTIAN/TEUBNER GUNTHER (Hrsg.): Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie (1. Aufl., Baden-Baden, 2003; S. 213 ff.) (zit.: AMSTUTZ, interlegale Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht).
- ATAMER YEŞİM/HERMIDAS SEMIR: Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2020; S. 48 ff.).
- ATAMER YEŞİM/KÜNG JAN: Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2021; S. 1093 ff.).
- BAUDENBACHER CARL: Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, in: Europarecht (EuR) (1992; S. 309 ff.).
- BÄHLER KATJA: Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht (Dissertation Universität St. Gallen, 2005).
- BECKER HERMANN: Berner Kommentar (BK), Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Art. 184–551 OR (Bern, 1934) (zit.: BECKER, BK 1934, Art., Rn.).
- BERGER BERNHARD: Allgemeines Schuldrecht (3. Aufl., Bern, 2018).
- BERTI STEPHEN: Zürcher Kommentar (ZK), Das Erlöschen der Obligation: Art. 127–142 OR (3. Aufl., Zürich, 2002) (zit.: BERTI, ZK, Art., Rn.).
- BIAGGINI GIOVANNI: Methodik in der Rechtsanwendung, in: PETERS ANNE/SCHEFER MARKUS (Hrsg.): Festschrift für René Rhinow (Bern, 2004).
- BIERI LAURENT: L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2007; S. 708 ff.).
- BLAUROCK UWE: Europäisches Privatrecht, in: JuristenZeitung (JZ) (1994; S. 270 ff.).
- BRÄNDLI ROGER: Die Nachbesserung im Werkvertrag, eine Gesamtdarstellung unter der Berücksichtigung der SIA-Norm (Dissertation Universität St. Gallen, 2007).
- BRUNNER ALEXANDER: Was ist Konsumentenrecht?, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) (1995; S. 31 ff. und 45 ff.).

- BRUNNER CHRISTOPH/VISCHER MARKUS: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2015 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter (17. Oktober 2016).
- BUCHER EUGEN: Obligationenrecht Besonderer Teil (3. Aufl., Zürich, 1988) (zit.: BUCHER, BT).
- BUCHER EUGEN: Der benachteiligte Käufer, in: Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) (1971; S. 1 ff. und S. 17 ff.) (zit.: BUCHER, benachteiligter Käufer).
- BUOL MARTINA: Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung (Dissertation Universität Freiburg, 1996).
- BÜHLER ROLAND: Definition des Produktfehlers im Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (1993; S. 1425 ff.).
- BYDLINSKI FRANZ: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (2. Aufl., Wien, 1991).
- CANARIS CLAUS-WILHELM: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methode, in: KOZIOL HELMUT/RUMMEL PETER (Hrsg.): Festschrift für Franz Bydlinski (Wien, 2002) (zit.: CANARIS, richtlinienkonforme Auslegung).
- CAVIN PIERRE: Kauf, Tausch und Schenkung, in: VISCHER FRANK (Hrsg.): Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse (SPR) (Band VII/1, Basel, 1977).
- CHERNAYA VICTORIYA/GALLI DARIO/VISCHER MARKUS: Die «Verwirkungsfälle» bei Gewährleistungsansprüchen, in: Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar (dRSK) (3. Dezember 2021).
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS/KÖLLIKER ISABEL/LIECHTI-MCKEE RACHEL/OESCH MATTHIAS/PAYOSOVA TETYANA/WÜGER DANIEL: Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union (1. Aufl., Bern, 2014).
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK: Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: EPINEY ASTRID/THEUERKAUF SARAH/FLORENCE RIVIÈRE (Hrsg.): Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (Zürich, 2004).
- DAUNER-LIEB BARBARA: Die geplante Schuldrechtsreform – Durchbruch oder Schnellschuss, in: JuristenZeitung (JZ) (2001; S. 8 ff.).
- DEDUAL ALESSIA: Kaufrechtliche Verjährung contra legem? Die revidierte kaufrechtliche Gewährleistungsregel von Art. 210 Abs. 4 OR zur Rechtslage im B2C-Bereich als legal transplant aus dem EU-Kaufrecht, in: FAHRLÄNDER LUKAS/HEIZMANN RETO (Hrsg.): Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung (1. Aufl., Zürich, 2013).
- ERNST WOLFGANG/GSELL BEATE: Kaufrechtsrichtlinie und BGB, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) (2000; S. 1410 ff.).
- FORNAGE ANNE-CHRISTINE: La mise en œuvre des droits du consommateur contractant: Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'union européenne, en droit anglais, français et allemand (1. Aufl., Bern, 2011).

- 
- FRIELE REINHOLD: Tagungsbericht (Zivilrecht) zum 60. Juristentag in Münster, in: JuristenZeitung (JZ) (1995; S. 189 ff.).
- FRÜH SIBYLLE: Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern (Dissertation Universität Zürich, 1982).
- FURRER ROLF: Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht (Dissertation Universität Zürich, 1973).
- GAUCH PETER: Der Werkvertrag (6. Aufl., Zürich, 2019) (zit.: GAUCH, Werkvertrag).
- GAUCH PETER: Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss – Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien, in: RUMO-JUNGO ALEXANDRA/PICHONNAZ PASCAL/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.): Une empreinte sur le Code Civil mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (Bern, 2013) (zit.: GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung).
- GAUCH PETER: Die revidierten Art. 210 und 371 OR, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2012; S. 124 ff.) (zit.: GAUCH, Art. 210 OR revidiert).
- GAUCH PETER: Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2011; S. 145 ff.) (zit.: GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung).
- GAUCH PETER: Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 30. August 2011 (zit.: GAUCH, NZZ).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSANNE: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1 und 2 (11. Aufl., Zürich, 2020).
- GEISER THOMAS: Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: HASENBÖHLER FRANZ/SCHNYDER ANTON (Hrsg.): Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht. Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin (Zürich, 1997) (zit.: GEISER, Betriebsübernahmen).
- GEISER THOMAS: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken (Dissertation Universität Basel, 1983) (zit.: GEISER, Treuepflicht des Arbeitnehmers).
- GELZER PHILIPP: Plädoyer für ein objektiv-historisches Verständnis des Gesetzes, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2005; S. 37 ff.) (zit.: GELZER, objektiv-historisches Verständnis).
- GELZER PHILIPP: Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht (Dissertation Universität Basel, 2002) (zit.: GELZER, Anpassung CH- an EU-Kaufrecht).
- GIGER HANS: Berner Kommentar (BK), Die Miete: Art. 256–259i OR (1. Aufl, Bern, 2015) (zit.: GIGER, BK, Art., Rn.).
- GIGER HANS: Berner Kommentar (BK), Kauf und Tausch, Der Fahrniskauf: Art. 184–215 OR, (2. Aufl., Bern, 1979) (zit.: GIGER, BK, Art., Rn.).

- GINTER PETRA: Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR (Dissertation Universität St. Gallen, 2005).
- GRUBER MICHAEL: Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Österreich, in: SCHERMAIER MARTIN (Hrsg.): Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG (1. Aufl., München, 2003).
- GRUNDMANN STEFAN/BIANCA CESARE MASSIMO (Hrsg.): EU-Kaufrechts-Richtlinie Kommentar (K-EU-KRL), (1. Aufl., Köln, 2002) (zit.: BEARBEITER, K-EU-KRL, Art., Rn.).
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON/DRUEY JEAN NICOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (9. Aufl., Zürich, 2000).
- GULDIMANN BEAT: Der Nachbesserungsanspruch von Käufer und Besteller im Schweizerischen Kaufrecht (Dissertation Universität Basel, 1985).
- HEIM JEAN: La Réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail (Dissertation Universität Lausanne, 1972).
- HEINEMANN ANDREAS: Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: FAHRLÄNDER LUKAS/HEIZMANN RETO (Hrsg.): Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung (1. Aufl., Zürich, 2013).
- HONDIUS EWOUDE: Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) (1997; S. 130 ff.).
- HONSELL HEINRICH: Das römische Recht (9. Aufl., Bern, 2021) (zit.: HONSELL, Römisches Recht).
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.): Kurzkommentar Obligationenrecht (KUKO), Art. 1–1186 OR (1. Aufl., Basel, 2014) (zit.: BEARBEITER, KUKO, Art., Rn.).
- HUBER EUGEN: Recht und Rechtsverwirklichung (2. Aufl., Basel, 1925).
- JAKAB EVA: Diebische Sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel, in: SCHERMAIER MARTIN (Hrsg.): Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG (1. Aufl., München, 2003).
- JELOSCHKE CHRISTOPH: The Transposition of Directive 99/44/EC into Austrian Law, in: European Review of Private Law (ERPL) (2001; S. 163 ff.).
- JOERDEN JAN: Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele (3. Aufl., Heidelberg, 2018).
- KAHNEMAN DANIEL/TVERSKY AMON: Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in: Econometrica (1979; S. 263 ff.).
- KARSAHIN YASIN: Parteiautonomie im Verjährungsrecht (Dissertation Universität Luzern, 2017).

- 
- KASER MAX/KNÜTEL ROLF/LOHSSE SEBASTIAN: Römisches Privatrecht (22. Aufl., München, 2021).
- KATZ HANS-PETER: Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten (Dissertation Universität Zürich, 1973).
- KELLER MAX/SIEHR KURT: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht (3. Aufl., Zürich, 1995).
- KESSLER FRANZ: Der Verjährungsverzicht im schweizerischen Privatrecht (Dissertation Universität Zürich, 2000).
- KILIAS LAURENT/WIGET MATTHIAS (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR (3. Aufl., Zürich, 2016) (zit.: BEARBEITER, CHK, Art., Rn.).
- KOLLER ALFRED: OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, (4. Aufl., Bern, 2017) (zit.: KOLLER, Obligationenrecht AT).
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Werkvertragsrecht (1. Aufl., Zürich, 2015) (zit.: KOLLER, Werkvertragsrecht).
- KOLLER ALFRED: Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2000; S. 243 ff.) (zit.: KOLLER, Verjährungsunterbrechung).
- KOLLER ALFRED: Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag (2. Aufl., Zürich, 1995) (zit.: KOLLER, Nachbesserungsrecht).
- KOLLER ALFRED: Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts (1. Aufl., St. Gallen, 1994) (zit.: KOLLER, Baurecht).
- KRAMER ERNST: Juristische Methodenlehre (6. Aufl., Bern, 2019) (zit.: KRAMER, juristische Methodenlehre).
- KRAMER ERNST: Judizieren contra legem, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2017; S. 180 ff.) (zit.: KRAMER, judizieren contra legem).
- KRAMER ERNST: Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2013; S. 52 ff.) (zit.: KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR).
- KRAMER ERNST: Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, in: Jahresbuch des schweizerischen Konsumentenrechts (JKR) (1998; S. 206 ff.) (zit.: KRAMER, konsumentenrechtliche Defizite).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.): Orell Füssli Kommentar (OFK), Schweizerisches Obligationenrecht (3. Aufl., Zürich, 2016) (zit.: BEARBEITER, OFK, Art., Rn.).

- LANZ RAPHAEL: Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (1996; S. 248 ff.).
- LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM: Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl., Berlin, 1995).
- LEGRAND PIERRE: The Impossibility of «Legal Transplants», in: Maastricht Journal of European Comparative Law (MJ) (1997; S. 111 ff.).
- LÖRTSCHER THOMAS: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht (Dissertation Universität Zürich, 1977).
- LÜSCHER CHRISTOPH: Zum Verhältnis von Sprache und Recht, dargestellt an einer (Re)Konstruktion der wörtlich-grammatikalischen Interpretationsmethode, in: Rechtstheorie (2012; S. 45 ff.).
- MAGNUS ULRICH: Anhang: Umsetzung der Richtlinie, Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union (40. Aufl., Band 1, München, 2009).
- MAISSEN LUIS: Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen (Dissertation Universität Zürich, 1999).
- MAYER-MALY THEO: Rangordnung von Normen innerhalb des Gesetzes, in: STARCK CHRISTIAN (Hrsg.): Rangordnung der Gesetze: 7. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» am 22. und 23. April 1994 (Göttingen, 1995).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR: Berner Kommentar (BK), Einleitung: Art. 1–9 ZGB (1. Aufl., Bern, 1962) (zit.: MEYER-HAYOZ, BK 1962, Art., Rn.).
- MEILI ALFRED: Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts (Dissertation Universität Zürich, 1976).
- MILLER JONATHAN: A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process, in: The American Journal of Comparative Law (ASCL) (2003; S. 839 ff.).
- MÖRTL FABIAN: Die OR-Fassungen seit 1911/1912, Das Schweizerische Obligationenrecht von 1911/1912 und die seitherigen Änderungen, in: KOLLER ALFRED (Hrsg.) (1. Aufl., Bern, 2015).
- MUNZINGER WALTHER, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, im Auftrage des schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements verfasst (1. Aufl., Bern, 1865).
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe: Art. 184–318 OR (3. Aufl., Zürich, 2016) (zit.: BEARBEITER, CHK, Art., Rn.).

- 
- MÜLLER JESSICA/GALLI DARIO/VISCHER MARKUS: Rechtzeitige Mängelrüge, in: Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar (DRSK) (23. April 2019).
- NABHOLZ PETER: Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs (Dissertation Universität Zürich, 1958).
- PIAGET EMMANUEL: L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic!) (2006; S. 727 ff.).
- PICHONNAZ PASCAL: Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie (CO 371 et CO 210), in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) (2013; S. 52 ff.) (zit.: PICHONNAZ, CO 371 et CO 210).
- PICHONNAZ PASCAL: Überlegungen zur «autonomen» Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in der Schweiz, in: SCHERMAIER MARTIN (Hrsg.): Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG (1. Aufl., München, 2003) (zit.: PICHONNAZ, EU-Kaufrechtsrichtlinie in der Schweiz).
- PROBST THOMAS: Die Rechtsprechung des Europäischen Menschenegerichtshofs als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, in: Basler Juristische Mitteilungen (BJM) (2004; S. 225 ff.).
- PUPPE INGBORG: Kleine Schule des juristischen Denkens (4. Aufl., Göttingen, 2019).
- RABE DIETER: Schuldrechtskommission auf dem Prüfstand des Juristentages, in: Anwaltsblatt (1995; S. 90 ff.).
- REETZ PETER/LORENZ TABEA: Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, in: Anwaltsrevue (1/2013; S. 16 ff.).
- REICH NORBERT: Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44 EG in das deutsche Recht, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) (1999; S. 2397 ff.).
- ROBERTO VITO: Bemerkungen zu [BGE 124 III 456](#), in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (1999; S. 342 ff.).
- ROHLFING-DIJOUX STEPHANIE: Umsetzungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Frankreich, in: GRUNDMANN STEFAN/MEDICUS DIETER/ROLLAND WALTER (Hrsg.): Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts (1. Aufl., Köln, 2000).
- RONCORONI GIACOMO: Zwingende und dispositiven Bestimmungen im revidierten Mietrecht, in: Mietpraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht (mp) (1990; S. 76 ff.).
- RUSCH ARNOLD: BGer 4A\_399/2018: Ist eine kaufrechtliche Mängelrüge innert elf Tagen «sofort» erfolgt?, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2019; S. 740 ff.) (zit.: RUSCH, Mängelrüge).
- RUSCH ARNOLD: Scheinkulanz, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2015; S. 1233 ff.) (zit.: RUSCH, Scheinkulanz).

- RUSCH ARNOLD/SCHWIZER ANGELO: Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2016; S. 1299 ff.).
- SCHLUEP THOMAS: Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des schweizerischen Kaufrechts (Dissertation Universität Bern, 1990).
- SCHMID JÖRG (Hrsg.): Zürcher Kommentar (ZK), Die Miete: Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR (5. Aufl., Zürich, 2019) (zit.: BEARBEITER, ZK, Art., Rn.).
- SCHMID JÖRG: Freizeichnungsklauseln, in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER (Hrsg.): Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag (Zürich, 2003) (zit.: SCHMID, Freizeichnungsklauseln).
- SCHMID JÖRG: La conclusion du contrat de vente à distance, in: STAUDER HILDE/STAUDER BERND (Hrsg.): La protection des consommateurs acheteurs à distance (1. Aufl., Zürich, 1999) (zit.: SCHMID, vente à distance).
- SCHMID JÖRG: Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in: TERCIER PIERRE/VOLKEN PAUL/MICHEL NICOLAS (Hrsg.): Aspects du droit européen/Beiträge zum europäischen Recht (1. Aufl., Freiburg, 1993) (zit.: SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag).
- SCHÖNLE HERBERT: Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.): Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (1. Aufl., Zürich, 2001).
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER: Zürcher Kommentar (ZK), Kauf und Schenkung: Art. 192–204 OR (3. Aufl., Zürich, 2005) (zit.: SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, ZK, Art., Rn.).
- SCHRANER MARIUS: Zürcher Kommentar (ZK), Die Erfüllung der Obligation: Art. 68–96 OR (3. Aufl., Zürich, 2000) (zit.: SCHRANER, ZK, Art., Rn.).
- SCHUBIGER ALFRED: Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff.–OR 97 ff. (Dissertation Universität Bern, 1957).
- SCHUHMACHER WOLFGANG/HAYBÄCK GERWIN: Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklauselrichtlinie sowie an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) (1999; S. 361 ff.).
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (8. Aufl., Bern, 2020).
- SCHWIZER ANGELO: Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen (Dissertation Universität St. Gallen, 2016).

- 
- SCHWIZER ANGELO/WOLFER MARC: Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR), in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2012; S. 1759 ff.).
- SEILER HANSJÖRG: Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) (2014; S. 265 ff.) (zit.: SEILER H., S.)
- SEILER PHILIPPE: Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung (Dissertation Universität St. Gallen, 2011) (zit.: SEILER P., S.).
- SPIRO KARL: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Faltafristen, Band I: Die Verjährung der Forderung (1. Aufl., Bern, 1975).
- STEINER PHILIP: Der Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbrauchsgüterkauf und -garantien und das geltende österreichische Recht, in: SCHERMAIER MARTIN (Hrsg.): Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung (1. Aufl., München, 1998).
- STOESSEL GERHARD: Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen (Dissertation Universität Zürich, 1982).
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE: Les contractes spéciaux (5. Aufl., Genf, 2016).
- TEUBNER GUNTHER: Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, in: The Modern Law Review (MLR) (1998; S. 11 ff.).
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.): Commentaire Romand (CR), Code des obligations I, Art. 1–529 CO, (3. Aufl., Basel, 2021) (zit.: BEARBEITER, CR, Art., Rn.).
- TRAN LAURENT: La prescription de l'action en garantie dans le contrat de vente, in: Semaine Judiciaire (SJ) (2013; S. 103 ff.).
- TSCHÜTSCHER KLAUS: Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken (Dissertation Universität St. Gallen, 1996).
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA: Das schweizerische Zivilgesetzbuch (14. Aufl., Zürich, 2015).
- ULMER PETER: Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, in: JuristenZeitung (JZ) (1992; S. 491 ff.).
- VISCHER MARKUS: Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) (2011; S. 1168 ff.).
- VON BÜREN BRUNO: Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil (Art. 184–551) (1. Aufl., Zürich, 1972).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2 (3. Aufl., Zürich, 1974).

- WAGNER GERHARD: Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) (2016; S. 87 ff.).
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.): Basler Kommentar (BSK), Schweizerische Bundesverfassung (1. Aufl., Basel, 2015) (zit.: BEARBEITER, BSK, Art., Rn.).
- WALTER GERHARD: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (2004; S. 91 ff.).
- WATSON ALAN: Legal Transplants and European Private Law, in: Electronic Journal of Comparative Law (EJCL) (Bd. 4.4, 2000; S. 1 ff.) (zit.: WATSON, Legal Transplants).
- WATSON ALAN: Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (2. Aufl., London, 1993) (zit.: WATSON, Comparative Law).
- WEBER ROLF/EMMENEGGER SUSAN: Berner Kommentar (BK), Die Folgen der Nichterfüllung: Art. 97–100 OR, (2. Aufl., Bern, 2020) (zit.: WEBER/EMMENEGGER, BK, Art., Rn.).
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.): Basler Kommentar (BSK), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, (7. Aufl., Basel, 2019) (zit.: BEARBEITER, BSK, Art., Rn.).
- WIEGAND WOLFGANG/BRÜLHART MARCEL: Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft (1. Aufl., Bern, 1999).
- WILDHABER ISABELLE: Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen (Habilitation Universität Zürich, 2011).
- WILDHABER ISABELLE/DEDE SEVDA: Berner Kommentar (BK), Die Verjährung: Art. 127–142 OR (Neuaufgabe, Bern, 2021) (zit.: WILDHABER/DEDE, BK, Art., Rn.).
- WITSCHI HANS: Garantieklauseln und Garantiefristen im Kauf- und Werkvertrag nach schweizerischem Recht (Dissertation Universität Bern, 1950).
- WITZ CLAUDE/SCHNEIDER WINFRIED–THOMAS: Die Umsetzung der europäischen Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Frankreich, in: Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) (2005; S. 921 ff.).
- ZERRES THOMAS: Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts – Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts (Habilitation Universität Rostock, 2007).
- ZIMMERMANN REINHARD: Schuldrechtsmodernisierung, in: JuristenZeitung (JZ) (2001; S. 171 ff.).

# Materialienverzeichnis

- Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (Köln, 1992) (zit.: Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts).
- Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 30. April 2010 zur Parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR» (06.490 n, 2010; S. 1 ff.) (zit.: Kommissionsbericht NR April 2010).
- Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 21. Januar 2011 zur Parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR» (BBl, 2011; S. 2889 ff.) (zit.: Kommissionsbericht NR Januar 2011).
- Bericht des Bundesamts für Justiz vom Dezember 2010 zum Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens der Parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR» (06.490 n, 2010; S. 1 ff.) (zit.: Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010).
- Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993 (BBl, 1993; S. 805 ff.) (zit.: Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens).
- Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985 (BBl, 1985, Band 1; S. 1389 ff.) (zit.: Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts).
- Entwurf Obligationenrecht vom 21. Januar 2011 zu: Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination (zit.: Entwurf Obligationenrecht vom 21. Januar 2011).
- Erläuternder Bericht vom 19. August 2020 zum Vorentwurf betreffend die Revision des Obligationenrechts (Baumängel). (zit.: Erläuternder Bericht zur Revision des Obligationenrechts (Baumängel)).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer (06.490). Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR» vom 20. Dezember 2006 (zit.: Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. NR (Herbstsession 2011, Vierte Sitzung, 14.09.2011, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. SR (Wintersession 2011, Erste Sitzung, 05.12.2011, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011).

- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. NR (Frühjahrssession 2012, Zweite Sitzung, 28.02.2012, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. SR (Frühjahrssession 2012, Vierte Sitzung, 05.03.2012, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. NR (Frühjahrssession 2012, Siebzehnte Sitzung, 16.03.2012, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. NR vom 16. März 2012).
- Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer. Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR. Amtl. Bull. SR (Frühjahrssession 2012, Zwölfte Sitzung, 16.03.2012, 06.490) (zit.: Amtl. Bull. SR vom 16. März 2012).
- Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR» (BBl, 2011; S. 3903 ff.) (zit.: Stellungnahme BR April 2011).

# Abkürzungsverzeichnis

|             |  |
|-------------|--|
| ABGB        | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)   |
| aBGB        | frühere Fassung, Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)   |
| Abs.        | Absatz   |
| ADHGB       | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch  |
| AGB         | Allgemeine Geschäftsbedingungen  |
| AHVG        | Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung                                       |
| AJP         | Aktuelle Juristische Praxis  |
| a.M.        | anderer Meinung  |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin der Bundesversammlung   |
| aOR         | frühere Fassung, Bundesgesetz über das Obligationenrecht   |
| Art.        | Artikel  |
| ASCL        | American Journal of Comparative Law  |
| ATF         | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse   |
| Aufl.       | Auflage  |
| B2C         | Business-to-Consumer   |
| BBl         | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft  |
| Bd.         | Band   |
| BG          | Bundesgesetz   |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)  |
| BGE         | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung Schweizerisches Bundesgericht |
| BGer        | Bundesgericht  |
| BGH         | Bundesgerichtshof (Deutschland)  |
| BJM         | Basler Juristische Mitteilungen  |
| BK          | Berner Kommentar   |
| BR          | Bundesrat  |
| BSK         | Basler Kommentar   |
| bspw.       | beispielsweise   |
| Bst.        | Buchstabe  |
| BT          | Besonderer Teil  |

|         |   |
|---------|---|
| BV      | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft  |
| bzw.    | beziehungsweise   |
| ca.     | circa   |
| CC      | Codice Civile (Italien)   |
| CH      | Confederatio Helvetica (Schweizerische Eidgenossenschaft)   |
| CHF     | Schweizer Franken   |
| CHK     | Handkommentar zum Schweizer Privatrecht   |
| CISG    | UN-Kaufrecht  |
| CO      | Code des obligations  |
| consid. | considérant   |
| CR      | Commentaire Romand  |
| d.h.    | das heisst  |
| dRSK    | digitaler Rechtsprechungs-Kommentar   |
| E.      | Erwägung  |
| EG      | Europäische Gemeinschaft  |
| EGV     | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft  |
| Einl.   | Einleitung  |
| EJCL    | Electronic Journal of Comparative Law   |
| E-OR    | Entwurf, Bundesgesetz über das Obligationenrecht  |
| ERPL    | European Review of Private Law  |
| et al.  | et alii   |
| etc.    | et cetera   |
| EU      | Europäische Union   |
| EuGH    | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften   |
| EU-KRL  | Europäische Kaufrechtsrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) |
| EuZW    | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  |
| EWR     | Europäischer Wirtschaftsraum  |
| f.      | und folgende (Seite/Randnummer)   |
| ff.     | und fortfolgende (Seiten/Randnummern)   |
| Fn.     | Fussnote  |

|          |   |
|----------|---|
| h.L.     | herrschende Lehre   |
| HGB      | Handelsgesetzbuch (Deutschland)                                     |
| HGer     | Handelsgericht  |
| Hrsg.    | Herausgeber   |
| HSG      | Hochschule St. Gallen; seit 1997: Universität St. Gallen            |
| i.V.m.   | in Verbindung mit   |
| JKR      | Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts                      |
| JZ       | JuristenZeitung   |
| K-EU-KRL | Kommentar zur europäischen Kaufrechtsrichtlinie                     |
| KG       | Bundesgesetz über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen |
| KMU      | Kleine und mittlere Unternehmungen                                  |
| KSchG    | Konsumentenschutzgesetz (Österreich)                                |
| KUKO     | Kurzkommentar   |
| LRFP     | Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits             |
| MJ       | Maastricht Journal of European Comparative Law                      |
| MLR      | Modern Law Review   |
| mp       | Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht                           |
| MüKo     | Münchener Kommentar   |
| m.w.H.   | mit weiteren Hinweisen  |
| NJW      | Neue Juristische Wochenschrift                                      |
| NR       | Nationalrat   |
| Nr.      | Nummer  |
| NZZ      | Neue Zürcher Zeitung  |
| o.ä.     | oder ähnlich(e)   |
| OFK      | Orell Füssli Kommentar  |
| OR       | Bundesgesetz über das Obligationenrecht                             |
| PGB      | Privatrechtliches Gesetzbuch (Kanton Zürich)                        |
| PrHG     | Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht                            |
| RIW      | Recht der internationalen Wirtschaft                                |
| RK-N     | Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates                       |
| RK-S     | Kommission für Rechtsfragen des Ständerates                         |

|        |   |
|--------|---|
| Rn.    | Randnummer  |
| RTVG   | Bundesgesetz über Radio und Fernsehen                         |
| S.     | Seite(n)  |
| SAV    | Schweizerischer Anwaltsverband                                |
| SGK    | St. Galler Kommentar  |
| SJ     | Semaine Judicaire   |
| SJZ    | Schweizerische Juristen-Zeitung                               |
| sog.   | sogenannt   |
| SR     | Ständerat   |
| u.a.m. | und andere(s) mehr  |
| UN     | United Nations  |
| UP     | Undroit Principles of International Commercial Contracts      |
| URG    | Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte |
| UWG    | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb                  |
| vgl.   | vergleiche  |
| VO     | Verordnung  |
| Vorb.  | Vorbemerkung  |
| z.B.   | zum Beispiel  |
| ZBJV   | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins                    |
| ZEuP   | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht                      |
| ZGB    | Schweizerisches Zivilgesetzbuch                               |
| Ziff.  | Ziffer  |
| ZIP    | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                              |
| zit.   | zitiert   |
| ZK     | Zürcher Kommentar   |
| ZSR    | Zeitschrift für Schweizerisches Recht                         |

## Zusammenfassung

Zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR besteht ein Wertungswiderspruch. Es wäre nämlich wertungsmässig widersprüchlich, wenn gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht die Verjährung für neue Kaufsachen nicht unter zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen nicht unter ein Jahr verkürzt werden darf, demgegenüber aber die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht über Art. 199 OR wegbedungen werden könnten. Deshalb wird in dieser Dissertation der zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehende Wertungswiderspruch im Rahmen der juristischen Methodenlehre ausgelegt. Es kann vorweggenommen werden, dass aufgrund der Auslegung dieses Wertungswiderspruchs den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht von Gesetzes wegen zwingende Natur zukommt. Dieses Auslegungsergebnis führt zu von der Lehre und Rechtsprechung noch nicht abgehandelten Fragestellungen und eröffnet die Möglichkeit, verschiedene Rechtsfragen im Konsumentenkaufrecht anhand einer neuen Auslegungsoptik zu interpretieren.

There exists a value contradiction between Art. 210 Para. 4 CO and Art. 199 CO. It would be contradictory if, according to Art. 210 Para. 4 CO, the prescription period for warranty obligations of new civil sales goods may no longer be reduced to less than two years and for civil second-hand sales goods to less than one year, but the warranty obligations of the seller may be waived by means of Art. 199 CO. Therefore, the value contradiction between Art. 210 Para. 4 CO and Art. 199 CO is interpreted in this dissertation within the framework of legal methodology. As a result of this interpretation, the warranty obligations in civil sales law are of mandatory nature by law. In consequence of the interpretation of the value contradiction between Art. 210 Para. 4 CO and Art. 199 CO, new legal questions arise in consumer sales law which have not yet been addressed by doctrine and case law, and the opportunity is created to interpret these legal questions based on a new interpretation approach.

Il existe une incompatibilité entre les dispositions de l'art. 210 al. 4 CO et l'art. 199 CO. Il serait en effet contradictoire, du point de vue de leur interprétation, que, selon l'art. 210 al. 4 CO, la prescription dans le cadre de la vente aux consommateurs ne puisse pas être réduite en dessous de deux ans pour les objets neufs et d'un an pour les objets de seconde main, alors même que les garanties de l'acheteur dans le cadre de la vente aux consommateurs peuvent

être globalement supprimées, par le biais de l'art. 199 CO. C'est ainsi que la présente thèse analyse la contradiction existante entre l'art. 210 al. 4 CO et l'art. 199 CO selon les principes d'interprétation juridique. Il est possible de conclure, de manière préalable, que sur la base de l'interprétation de cette contradiction, la garantie des défauts de la chose, dans le cadre de ventes aux consommateurs, revêt un caractère impératif de par la loi. Ce constat conduit à des considérations qui n'ont pas encore été traitées par la doctrine et la jurisprudence et ouvre ainsi la possibilité de procéder à une nouvelle interprétation de différentes questions juridiques en matière de droit de vente aux consommateurs.

# Einleitung

Mit der Revision der kaufrechtlichen Verjährungsbestimmungen in Art. 210 OR, die per Anfang 2013 in Kraft gesetzt wurde, verfolgte der Schweizer Gesetzgeber verschiedene Zielsetzungen. Vorliegend ist die Revision von Art. 210 Abs. 4 OR und damit verbunden die unterbliebene Revision von Art. 199 OR von zentraler Bedeutung, was zu einem Wertungswiderspruch im Konsumentenkaufrecht und zum eigentlichen Anlass der vorliegenden Arbeit führt. Der Schweizer Gesetzgeber wollte nämlich in Anlehnung an das europäische Vorbild, festgehalten in der EU-Kaufrechtsrichtlinie und den Gesetzen der EU-Staaten, den Konsumentenschutz in der Schweiz verbessern und an das EU-Niveau heranführen. Dazu wurde für das Konsumentenkaufrecht in Art. 210 Abs. 4 OR für neue Kaufsachen die Verjährungsfrist von einem auf zwei Jahre verlängert. Für gebrauchte Kaufsachen beträgt die Verjährungsfrist wie gehabt ein Jahr. Um sicherzustellen, dass diese Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht nicht über vertragliche Haftungsbeschränkungen verkürzt werden, bestimmte der Gesetzgeber, dass die Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR von Gesetzes wegen zwingender Natur sind. Demgegenüber verpasste es der Gesetzgeber, in Art. 199 OR festzuhalten, dass eine Vereinbarung über die Aufhebung der Beschränkung der Gewährspflicht im Konsumentenkaufrecht ungültig sei. Folglich geht allein aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR nicht hervor, ob die Sachgewährleistungsansprüche im Verkehr des Konsumentenkaufrechts von Gesetzes wegen dispositiver oder zwingender Natur sind. Aufgrund der mit der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR verfolgten Ziele des Konsumentenschutzes und der Angleichung an den EU-Standard dürften nicht nur die Verjährungsfristen, sondern müssten ebenfalls die Sachgewährleistungsansprüche im Verkehr des Konsumentenkaufrechts zwingender Natur sein. Wäre dies nicht der Fall, könnte die revidierte Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR umgangen werden, indem per vertraglicher Haftungsbeschränkung über Art. 199 OR dem Käufer im Konsumentenkaufrecht ein Teil der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche oder sogar sämtliche Sachgewährleistungsansprüche wegbedungen würden. In diesem Fall gäbe es keine Sachgewährleistungsansprüche und damit keine Forderung mehr, deren zwingende Verjährungsfrist zwei bzw. ein Jahr wäre. Die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR wäre in diesem Fall obsolet bzw. die vom Gesetzgeber vorgesehene gesetzliche Wirkung wäre durch einseitig vom Verkäufer vorgesehene vertragliche Abreden stark einschränkbar.

Die herrschende Lehre vertritt diesbezüglich die Meinung, dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt, das dazu führt, dass zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR ein Wertungswiderspruch vorliegt. Es ist nämlich wertungsmässig widersprüchlich, wenn zwar einerseits gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Verkehr des Konsumentenkaufrechts die Verjährung für neue Kaufsachen nicht mehr unter zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen nicht mehr auf weniger als ein Jahr verkürzt werden darf, demgegenüber aber die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht über Art. 199 OR wegbedungen werden könnten. Angesichts der neuen Bestimmung in Art. 210 Abs. 4 OR müsste gemäss der herrschenden Lehre wertungsmässig korrekterweise gelten, dass wenn schon die Verjährungsfrist im Konsumentenkaufrecht nicht unter zwei Jahre bzw. unter ein Jahr beschränkt werden kann, so müsste als sachlogische Konklusion die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht erst recht unzulässig sein. Zwar vertritt die herrschende Lehre mehrheitlich eben diese Ansicht. Sie ist jedoch der Meinung, dass *de lege lata* eine Auslegung des Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR nicht möglich sei. Dieser Wertungswiderspruch könne gemäss der herrschenden Lehre nur *de lege ferenda* durch einen erneuten Eingriff des Gesetzgebers gelöst werden. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre setzt sich eine Autorin mit der Auslegung des Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR auseinander und vertritt die Ansicht, dass eine Auslegung *de lege lata* möglich und angezeigt sei. Diese Lehrmeinung geht davon aus, dass sich die herrschende Lehre in einem Lückendiskurs festgefahren habe und eine sachdienliche Auslegung des zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehenden Wertungswiderspruchs deshalb verpasse. Folglich müsse gemäss dieser Lehrmeinung der bestehende Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR *de lege lata* ausgelegt werden. Das Bundesgericht hatte zwischenzeitlich noch keine Möglichkeit, in einem Entscheid zum vorliegenden Thema ein wegweisendes Urteil zu fällen.

Mit der vorliegenden Arbeit wird einerseits das Ziel verfolgt, den zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehenden Wertungswiderspruch im Rahmen der juristischen Methodenlehre auszulegen. Andererseits ergeben sich aus dieser Auslegung Sonderfragen, die es zu beantworten gilt. Es kann nämlich an dieser Stelle vorweggenommen werden, dass gemäss der nachfolgend vorgenommenen Auslegung des Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht von Gesetzes wegen zwingende Natur zukommt. Dieses Auslegungsergebnis führt zu von der Schweizer Lehre und Rechtsprechung

noch nicht abgehandelten Fragestellungen für die Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht und eröffnet die Möglichkeit, dass verschiedene Rechtsfragen im Konsumentenkaufrecht anhand einer neuen Auslegungsoptik interpretiert werden können und müssen.

Folglich muss vorliegend die Frage beantwortet werden, inwiefern das Verhältnis zwischen vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen durch das zuvor erwähnte Auslegungsergebnis beeinflusst wird. Diesbezüglich stellt sich einerseits die Frage, ob der Käufer bei der Geltendmachung seiner Ansprüche zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen frei wählen kann oder ob das Gewährleistungswahlrecht des Käufers von Gesetzes wegen und aufgrund der Rechtsprechung eingeschränkt wird oder durch Vereinbarung der Kaufvertragsparteien eingeschränkt werden kann. Zudem ist das Verhältnis zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht zu klären. Andererseits gilt es die vertragliche und gesetzliche Rechtslage nach erfolgter Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu untersuchen. Zum einen gilt es in dieser Hinsicht zu klären, ob dem Käufer nach durchgeführter Nachbesserung oder Ersatzlieferung wiederum sämtliche vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche zur Verfügung stehen. Zum anderen ist die Frage zu beantworten, inwiefern sich die Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung auf die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen auswirkt. Sodann ist zu untersuchen, inwiefern die verkäuferseitige Anerkennung eines Mangels bzw. der damit verbundenen Forderung eine unterbrechende Wirkung auf die vertragliche Garantie- und gesetzliche Verjährungsfrist hat und in welchem Ausmass anhand vertraglicher Abreden die gesetzlichen Bestimmungen zur Fristunterbrechung abänderbar sind. Abschliessend gilt es die Frage zu beantworten, ob die kaufrechtliche Verjährungsbestimmung von Art. 210 OR und insbesondere Art. 210 Abs. 6 OR auf Herstellergarantien und dementsprechend die vertraglichen (Hersteller-)Garantiefristen anwendbar ist.



# 1. Teil: Grundlagen

## § 1 Ursprung von Art. 199 OR und Art. 210 OR

### 1. Entstehung der Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht

Die Bestimmungen des heutigen schweizerischen Sachgewährleistungsrechts stammen konzeptuell aus dem römischen Recht, welches für die ädilischen Rechtsbehelfe<sup>1</sup> eine kürzere, teils unterjährige Verjährungsfrist vorsah.<sup>2</sup> Im römischen Recht wurde nämlich für die Wandelung eine sechsmonatige und für die Minderung eine einjährige Verjährungsfrist vorgesehen.<sup>3</sup> Diese Rechtsbehelfe galten im römischen Recht für den Handel mit Sklaven und Zugtieren. Bei dieser Art von Handel traten Mängel besonders häufig auf, wobei diese Mängel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oft nur schlecht erkennbar waren.<sup>4</sup> Falls sich später herausstellte, dass das Kaufobjekt mangelhaft war, konnte der Käufer die Wandelung oder Minderung geltend machen. Grundsätzlich haftete der Verkäufer dem Käufer für körperliche Mängel des Kaufobjektes, insbesondere für schwere Krankheiten. Die kurzen Verjährungsfristen dieser Sachgewährleistungsansprüche erscheinen sachlogisch, da auf Sklaven und Zugtiere bereits kurze Zeit nach erfolgtem Kauf diverse Faktoren einwirkten, die der Verkäufer nicht mehr beeinflussen konnte. Entsprechend war es zu einem späteren Zeitpunkt kaum noch möglich, zu bestimmen, ob ein Sklave oder ein Zugtier bereits vor dem Kauf einen körperlichen Mangel in Form einer Krankheit hatte oder dieser erst nach dem Kauf auftrat. Aus heutiger Perspektive dienten die damaligen Sachgewährleistungsansprüche bereits dem Konsumentenschutz.<sup>5</sup> Sinn und Zweck der damaligen Bestimmungen war nämlich

---

<sup>1</sup> Die ädilischen Rechtsbehelfe (Wandelung und Minderung) gehen aus dem Edikt der kurlischen Ädilen hervor. Vgl. hierzu KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 38; ZERRES, S. 13. Die Ädilen dienten als Marktpolizei und formulierten Vorschriften, die jeder Verkäufer von Sklaven und Vieh auf öffentlichen Marktplätzen einhalten musste. Vgl. hierzu JAKAB, S. 32 f.

<sup>2</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 5; HONSELL, Römisches Recht, S. 162 ff.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 36 ff.

<sup>3</sup> ZERRES, S. 13 f. Für weitere Ausführungen zur Wandelungs- und Minderungsklage im römischen Recht vgl. HONSELL, Römisches Recht, S. 162 ff. und S. 170 f.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 39 f.

<sup>4</sup> ZERRES, S. 13.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 42.

insbesondere, dem Betrug seitens des Verkäufers vorzubeugen, um dem Käufer die Möglichkeit zu geben, sich gegen einen Verkäufer, der ihn getäuscht hat, zu wehren.

## **2. Entstehung der heutigen Art. 199 OR und Art. 210 OR**

Die kurzen Fristen der ädilischen Rechtsbehelfe wurden fortlaufend in diversen Rechtsordnungen übernommen und galten auch noch im Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts und diversen deutschen Partikularrechten.<sup>6</sup> Die sechsmonatige Verjährungsfrist für die kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüche in § 477 Abs. 1 aBGB galt noch bis Ende 2001 im deutschen Kaufrecht. Durch die Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie in das deutsche Recht wurde die sechsmonatige durch die neue zweijährige Verjährungsfrist gemäss § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB ersetzt. In der Schweiz wurde die Entstehung des aOR wesentlich durch das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (PGB) geprägt. Auch dieses enthielt die kurzen aus dem römischen Recht stammenden Verjährungsfristen. In § 1426 PGB befand sich die Bestimmung, dass die Klagen der Nachwährschaft für tatsächliche Mängel «[...] nach sechs Wochen seit der Entdeckung des Mangels und spätestens nach sechs Monaten seit der vollzogenen Übergabe der Ware» verjähren. Die kurzen Verjährungsfristen des Zürcher PGB wurden bei der Entwicklung des schweizerischen Handelsrechts kritisiert.<sup>7</sup> So wurde die sechswöchige Verjährungsfrist ab Entdeckung des Mangels nicht weiter in Betracht gezogen und die sechsmonatige Verjährungsfrist mit Geltung ab vollzogener Übergabe auf ein Jahr verlängert. Zusätzlich wurde die Bestimmung aufgenommen, dass der Käufer die Mängel auch noch nach Ablauf der Verjährungsfrist einredeweise geltend machen kann, falls er diese während der einjährigen Verjährungsfrist beim Verkäufer gerügt hat.<sup>8</sup> Diese Regelung entspricht dem heutigen Art. 210 Abs. 5 OR.

---

<sup>6</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 5.

<sup>7</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 6; MUNZINGER, Ausführungen zu Art. 254 f. OR.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 6.

Die Bestimmungen zum Umfang der Sachgewährleistung, heute in Art. 197 OR, Art. 199 OR und Art. 200 OR geregelt, waren in der ursprünglichen Fassung des Obligationenrechts von 1883 in den Art. 243–245 aOR festgehalten.<sup>9</sup> Bei der Revision im Jahr 1912 wurde die Bestimmung zur Wegbedingung der Haftung aus Art. 244 aOR materiell unverändert in Art. 199 OR integriert, welcher zwischenzeitlich und bis heute nicht mehr Gegenstand einer Revision war. MUNZINGER leitete die Bestimmung in Art. 244 aOR aus Art. 190 Abs. 1 des Dresdener Entwurfs (Wegbedingung der Sachgewährleistung) ab, wobei die Formulierung in Art. 170 des Dresdener Entwurfs<sup>10</sup> zur Wegbedingung der Rechtsgewährleistung ihren Ursprung fand.<sup>11</sup> Gemäss der Bestimmung von Art. 190 Abs. 1 des Dresdener Entwurfs kann die Sachgewährleistung – wie auch die Rechtsgewährleistung in Art. 170 des Dresdener Entwurfs – vertragsweise wegbedungen werden, vorausgesetzt, dass der Veräusserer die Mängel nicht arglistig verschwiegen hat. Ferner ist laut Art. 190 Abs. 2 des Dresdener Entwurfs ein stillschweigender Erlass insbesondere anzunehmen, «[...] wenn Sachen, so wie sie stehen und liegen, ohne Rücksicht auf Zahl, Mass und Gewicht veräussert worden sind».<sup>12</sup>

Die Bestimmungen zur Verjährung im Kaufrecht, heute in Art. 210 OR geregelt, entstammen ursprünglich aus Art. 257–259 aOR. Diese drei Bestimmungen aus der alten Fassung des Obligationenrechts wurden mit der Revision im Jahr 1912 materiell unverändert in Art. 210 Abs. 1–3 aOR zusammengefasst.<sup>13</sup> Die

---

<sup>9</sup> Art. 243–245 aOR wurden mit einer Ausnahme unverändert in die Bestimmungen Art. 197 OR, Art. 199 OR und Art. 200 OR übernommen. Die einzige Änderung bestand darin, dass in Art. 197 OR eine etwas unglücklich platzierte Ergänzung betreffend Mängel rechtlicher Natur integriert wurde. Die Bestimmung hätte laut Antrag des «Vereins zürcherischer Rechtsanwälte» als Erweiterung des Geltungsbereichs von Art. 235 aOR (Umfang der Gewährleistung des veräusserten Rechts) eigentlich in Art. 192 OR umgesetzt werden sollen. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen von MEILI, Rn. 332. Zur aOR-Fassung von Art. 244 aOR vgl. MEILI, S. XXI. Zur OR-Fassung 1912 von Art. 199 OR vgl. MÖRTL, S. 46.

<sup>10</sup> Die Art. 156, 158 und 170 des Dresdener Entwurfs regelten die Rechtsgewährleistung im Kaufrecht. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen von MEILI, Rn. 218 ff.

<sup>11</sup> Art. 170 des Dresdener Entwurfs: «Die Verpflichtung zur Gewährleistung kann durch Vereinbarung der Vertragsschliessenden erweitert, eingeschränkt oder ganz erlassen werden. Ein Erlass ist anzunehmen, wenn eine Sache als eine der Gefahr der Entwährung ausgesetzte veräussert worden ist. Der Erlass ist jedoch ungültig, wenn der Veräusserer ein ihn zur Gewährleistung verpflichtendes Recht dem Erwerber arglistig verschwiegen hat.» Vgl. hierzu auch die Ausführungen von MEILI, Rn. 330 und Rn. 225.

<sup>12</sup> MEILI, Rn. 326.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu die schematische Darstellung der Art. 257–259 aOR neben Art. 210 OR in MEILI, S. XXV f.

Klagen auf Gewährleistung wurden gemäss Art. 257 aOR mit einer einjährigen Verjährungsfrist begrenzt, unbeachtet dessen, ob der Käufer die Mängel erst später entdecken sollte. Ursprünglich leitete MUNZINGER im Rahmen der Ausarbeitung des «Entwurfs eines Schweizerischen Handelsrechts» die Formulierung der Bestimmung von Art. 257 aOR (später Art. 210 Abs. 1 aOR) aus Art. 349 Abs. 2 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 ab.<sup>14</sup> Ebenfalls beeinflusste das damalige doppelte Verjährungssystem für Gewährleistungsansprüche aus dem Zürcher PGB die erste Fassung von Art. 257–259 aOR. So sah der damalige § 1426 PGB vor, dass die Klagen des Käufers auf Wandelung oder Minderung nach sechs Wochen seit Entdecken des Mangels erlöschen, spätestens jedoch nach sechs Monaten seit Übergabe der Kaufsache.<sup>15</sup> Einerseits hielt MUNZINGER für den Entwurf des Schweizerischen Handelsrechts die erste relative Frist von sechs Wochen seit der Entdeckung des Mangels für überflüssig, weil der Käufer sowieso verpflichtet sei, den Verkäufer bei Entdeckung des Mangels sofort zu benachrichtigen.<sup>16</sup> Andererseits erschien ihm die absolute sechsmonatige Frist<sup>17</sup> seit Übergabe der Kaufsache für viele Fälle des internationalen Verkehrs als zu kurz.<sup>18</sup> Aus diesem Grund wurde für die Bestimmung von Art. 257 aOR anstelle des Systems mit zwei Fristen nur eine Frist mit einer Dauer von einem Jahr seit Übergabe der Kaufsache gewählt. Die Lösung von MUNZINGER aus dem Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechts diente schliesslich als Vorlage für Art. 257 aOR. Diese Lösung resultierte aus einer nach damaligen Wertungen vollzogenen Abwägung zwischen dem Interesse der Schutzbedürftigkeit des Käufers und dem Interesse eines funktionierenden Handelsverkehrs. Zu dieser Zeit überwogen die den Verkäufer schützenden Interessen die den Käufer schützenden Interessen.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Art. 349 Abs. 2 ADHGB: «Die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel verjähren in sechs Monaten nach der Ablieferung an den Käufer.» Vgl. MEILI, Rn. 361 und Rn. 365.

<sup>15</sup> Das PGB gewährte kürzere Fristen als das Pandektenrecht, da dadurch die Rechtssicherheit verbessert werden sollte. Vgl. auch § 1426 PGB und MEILI, Rn. 351.

<sup>16</sup> Vgl. dazu MEILI, Rn. 367.

<sup>17</sup> Bei der Entstehung von § 1426 PGB sprach sich eine Minderheit für eine dreimonatige Verjährungsfrist aus. «Die Rücksicht auf die mögliche Entfernung der Kontrahenten, auf mancherlei Umstände, welche die Untersuchung hindern können, und auf andere Gesetzgebungen gaben für die halbjährige Frist den Ausschlag.» Vgl. MEILI, Rn. 351 und Fn. 22.

<sup>18</sup> MEILI, Rn. 367.

<sup>19</sup> Vgl. dazu MUNZINGER, Rn. 357.

## § 2 EU-Kaufrechtsrichtlinie und deren nationale Umsetzung

### 1. Entstehung der EU-Kaufrechtsrichtlinie

Mit dem Ziel der Harmonisierung der Gewährleistung im Konsumentenkaufrecht unter den europäischen Staaten erteilte der EG-Rat der EG-Kommission den Auftrag zur rechtsvergleichenden Erforschung der Rechtslage in Europa und zur Ausarbeitung eines Richtlinienvorschlags. Die EG-Kommission veröffentlichte 1993 auf den darauf basierenden Erkenntnissen das «Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst», welches fortan als Diskussionsgrundlage diente. Die Chance einer Harmonisierung des Gewährleistungsrechts im Konsumentenkaufrecht stieg zu dieser Zeit zusätzlich an, weil bereits diverse europäische Staaten ihre eigenen Konsumentenschutzgesetze in Kraft gesetzt hatten.<sup>20</sup> Weiter setzte die EG-Kommission eine wissenschaftliche Arbeitsgruppe ein, welche einen Richtlinienvorschlag über «Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst» ausarbeitete, aus dem schliesslich der offizielle «Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und die Garantien» vom 15. Juni 1996 entstand. Hierauf wurde die EU-Kaufrechtsrichtlinie am 25. Mai 1999 verabschiedet; sie trat am 7. Juli 1999 in Kraft und musste in relativ kurzer Frist bis Anfang 2002 in das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Schliesslich ist am 11. Juni 2019 die neue Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs in Kraft getreten, welche die zuvor geltende EU-Kaufrechtsrichtlinie ablöste.<sup>21</sup> Aus den im 3. Teil dargelegten Gründen ist für die vorliegende Abhandlung diese neue EU-Kaufrechtsrichtlinie von untergeordneter Bedeutung.<sup>22</sup>

Primärziel der EU-Kaufrechtsrichtlinie ist die Verbesserung des Binnenmarktes. Die Binnenmarktrelevanz ergibt sich aus der Gefahr, dass unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften im Konsumentenkaufrecht zu Wettbewerbsverzerrungen führen.<sup>23</sup> Ebenfalls soll durch einen einheitlichen Konsumenten-

---

<sup>20</sup> Länder, die bereits zu dieser Zeit eigene Konsumentenkaufregeln in Kraft setzten: Schweden (1973), Finnland (1978), Frankreich (1978), Österreich (1979), Dänemark (1979), Irland (1980), Spanien (1984), Griechenland (1991), Belgien (1991).

<sup>21</sup> Vgl. zur neuen EU-Kaufrechtsrichtlinie die Abhandlung von ATAMER/HERMIDAS, S. 48 ff.

<sup>22</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in § 9, Kap. 1.

<sup>23</sup> Diese Argumentation entspricht insbesondere der amtlichen Begründung zur EU-Kaufrechtsrichtlinie. Vgl. hierzu GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 16 ff.

schutzstandard das Vertrauen der Käufer im Konsumentenkaufrecht im Binnenmarkt gestärkt werden. Ferner wurden neben dem Primärziel weitere Sekundärziele verfolgt. Einerseits sollte die Angleichung des Leistungsstörungenrechts der EU-Mitgliedstaaten erreicht werden. Andererseits sollte durch die Angleichung des EU-Mitgliedstaatsrechts an das UN-Kaufrecht ein Beitrag zu dessen Vereinfachung und dadurch abermals eine Annäherung an die Europäisierung des Privatrechts erreicht werden.<sup>24</sup> Für die Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie wurden den Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Umsetzungsmethodik weitreichende Handlungsspielräume offengelassen. Dementsprechend arbeiteten die nationalen Gesetzgeber die EU-Kaufrechtsrichtlinie auch in verschiedener Art und Weise in die nationalen Gesetzgebungen ein. In der Lehre werden die diversen Umsetzungsvarianten in die Gruppen der grossen, mittleren und kleinen Lösung eingeteilt.<sup>25</sup>

## 2. Deutsche Schuldrechtsreform – grosse Lösung

Ausgelöst durch die deutsche Schuldrechtsreform und die EU-Kaufrechtsrichtlinie, reformierte der deutsche Gesetzgeber das Kaufrecht umfassend. Denn die Gewährleistungsordnung des BGB bestand seit 1900 praktisch unverändert und wurde während Jahren richterrechtlich fortgebildet. Initiiert wurde die Schuldrechtsreform im Jahre 1978 durch das Bundesjustizministerium, indem dieses eine Reihe von Gutachten zur Reform des Verjährungsrechts, des allgemeinen Schuldrechts sowie des Kauf- und Werkvertragsrechts in Auftrag gab. Eckpunkt hierbei waren die vielen Kontroversen um die sechsmonatige Verjährungsfrist in § 477 aBGB für die Gewährleistungsfrist beim Warenkauf.<sup>26</sup> Diese Verjährungsfrist wurde verbreitet als zu kurz empfunden. Die im Jahr 1984 gegründete Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts präsentierte im Jahr 1991 den Abschlussbericht betreffend die zuvor erwähnten Gutachten und schlug weitgehende Änderungen der begutachteten Bereiche vor.<sup>27</sup> So sollte das deutsche Verjährungsrecht von Grund auf neu konzipiert, das Leistungsstörungenrecht auf die Pflichtverletzung ausgerichtet und das Kauf- und Werkvertragsrecht durch einen neu auch im Kaufrecht gel-

---

<sup>24</sup> ULMER, S. 1 ff.; BLAUROCK, S. 270 ff.; ZERRES, S. 51.

<sup>25</sup> WAGNER, S. 89.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu WAGNER, S. 90 f.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu den Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts. Vgl. zum Abschlussbericht und den Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentags betreffend die Schuldrechtsrevision ZIMMERMANN, S. 171 ff. und insbesondere S. 176 f.

tenden Nacherfüllungsanspruch harmonisiert werden.<sup>28</sup> Der Abschlussbericht und dessen Vorschläge wurden von der deutschen Lehre grundsätzlich akzeptiert, jedoch fand in den darauffolgenden Jahren keine Umsetzung dieser Erkenntnisse auf Gesetzesebene statt.<sup>29</sup> Ferner etablierten sich neben dem BGB über die Zeit hinweg Sondergesetze im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz, die durch die Umsetzung von EU-Richtlinien entstanden sind. Als sich der deutsche Gesetzgeber mit der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie konfrontiert sah, stellte sich die Frage, ob diese ebenfalls als Sondergesetz ins nationale Recht übernommen werde oder ob eine umfassende Revision des BGB vorzunehmen sei.

Mit der EU-Kaufrechtsrichtlinie, die bis Anfang 2002 in nationales Recht umgesetzt werden musste, sollten neben den Richtlinienbestimmungen ebenfalls die Erkenntnisse der Schuldrechtskommission in der umfassenden Schuldrechtsrevision miteinbezogen werden.<sup>30</sup> Das Bundesministerium entschied sich für die grosse Lösung<sup>31</sup> und dementsprechend für eine umfassende, über die Vorgaben der EU-Kaufrechtsrichtlinie hinausgehende Neukonzipierung des deutschen Schuldrechts.<sup>32</sup> Infolgedessen wurden die Erkenntnisse und Vorschläge der Schuldrechtskommission ebenfalls in die Revision eingearbeitet. Am 1. Januar 2002 trat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft und führte zu wesentlichen konzeptionellen und inhaltlichen Änderungen im deutschen Leistungsstörungenrecht.

---

<sup>28</sup> ZERRES, S. 81.

<sup>29</sup> FRIELE, S. 189 ff.; RABE, S. 90 ff.; REICH, S. 2379 ff.

<sup>30</sup> ZERRES, S. 82.

<sup>31</sup> EU-Staaten, die sich ebenfalls für die Richtlinienumsetzung im Rahmen einer grossen Lösung entschieden haben: Bulgarien, Estland, Litauen, Slowakische Republik, Tschechische Republik und Ungarn. Ausserhalb der EU entschied sich Kroatien ebenfalls zur Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie im Rahmen einer grossen Lösung. Vgl. hierzu MAGNUS, Rn. 1 ff. und Rn. 33.

<sup>32</sup> Die grosse Lösung wurde teilweise kritisiert. Ein Teil der deutschen Lehre ist der Meinung, dass lediglich die Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie ohne zusätzliche umfassende Revision des Schuldrechts ausgereicht hätte. Vgl. hierzu ERNST/GSELL, S. 1410 ff.; DAUNER-LIEB, S. 8 ff.

### 3. Österreich und Italien – mittlere Lösung

Österreichs Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie kann als stellvertretendes Beispiel für die Umsetzung nach der mittleren Lösung dienen.<sup>33</sup> Das österreichische Gewährleistungsrecht unterscheidet sich vom deutschen und schweizerischen Gewährleistungsrecht dadurch, dass die Bestimmungen zur Gewährleistung nicht den einzelnen Vertragstypen speziell zugeordnet sind, sondern systematisch vor den einzelnen Vertragstypen für entgeltliche Verträge als Ganzes geregelt werden.<sup>34</sup> Seit Inkrafttreten des ABGB im Jahr 1811 blieb die österreichische Gewährleistungsordnung unverändert, was sich mit der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie sodann änderte. Die Rechtsprechung vermochte zwar in der Zwischenzeit diverse Rechtsunsicherheiten zu beheben, die anstehende Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie anerbot jedoch einen guten Revisionsanlass der Gewährleistungsordnung im ABGB.<sup>35</sup> Entgegen dem veralteten ABGB bestand vor der Umsetzung der Richtlinie im österreichischen Recht bereits ein neueres Konsumentenschutzgesetz aus dem Jahr 1979 (KSChG), das die Bestimmungen der EU-Kaufrechtsrichtlinie hätte aufnehmen können.<sup>36</sup> Der österreichische Gesetzgeber entschied sich aber dafür, eine vergleichsweise kurzgreifende Revision des Leistungsstörungenrechts im ABGB vorzunehmen und diese mit einer Ergänzung im KSChG zu kombinieren.<sup>37</sup> Im ABGB wurden der Mangelbegriff, die Rechtsbehelfe des Käufers im Konsumentenkaufrecht, die Schadenersatzbestimmungen, die Verjährungsordnung und weitere Bestimmungen aus der EU-Kaufrechtsrichtlinie umgesetzt, wohingegen im KSChG die Modalitäten zur Nacherfüllung, zu Montagefehlern und zu Garantien aufgenommen wurden. Insbesondere wurde in

---

<sup>33</sup> EU-Staaten, die sich ebenfalls für die Richtlinienumsetzung im Rahmen einer mittleren Lösung entschieden haben: Dänemark, Griechenland, Polen und Slowenien. Im EWR entschied sich Liechtenstein ebenfalls zur Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie im Rahmen einer mittleren Lösung. Vgl. hierzu MAGNUS, Rn. 1 ff. und Rn. 30.

<sup>34</sup> § 859 ff. und § 922 ff. ABGB.

<sup>35</sup> WAGNER, S. 89 f.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu die Übersicht bei GRUBER, S. 161 f.

<sup>37</sup> Die EU-Kaufrechtsrichtlinie wurde formell durch das Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG) vom Mai 2011 umgesetzt. Für weiterführende Literatur zur Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie ins österreichische Gesetz vgl. SCHUHMACHER/HAYBÄCK, S. 361 ff. und insb. S. 378; STEINER, S. 249 ff.; WELSER/JUD, S. 1 ff. und JELOSCHKE, S. 163.

§ 9 KSchG die Bestimmung aufgenommen, dass die Gewährleistungsrechte der Käufer im Konsumentenkaufrecht gemäss § 922 ff. ABGB vor Kenntnis des Mangels nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden können.<sup>38</sup>

Italien setzte die EU-Kaufrechtsrichtlinie vorerst mit Wirkung per 23. Februar 2002 durch den Decreto Legislativo Nr. 24 vom 2. Februar 2002 um. Dadurch wurden die Bestimmungen der Richtlinie praktisch wörtlich identisch in den Art. 1519<sup>bis</sup>-1519<sup>noniens</sup> Codice Civile integriert. Hierbei wurden die Richtlini-enbestimmungen als neuer Untertitel des bürgerlichen Gesetzbuches im Anschluss an die allgemeinen Kaufrechtsvorschriften eingesetzt. Demgegenüber blieben die allgemeinen Kaufrechtsbestimmungen unverändert bestehen und kommen konkurrierend zur Anwendung, was zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führt. Folglich besteht das italienische Kaufrecht aus vier umfassenden Regelungsbereichen.<sup>39</sup> Im Wesentlichen ist das Verhältnis zwischen diesen vier Regelungsbereichen des italienischen Kaufrechts nicht gesetzlich vorgeschrieben. Aufgrund der mangelhaften Umsetzung fand später eine Revision der Art. 1519<sup>bis</sup>-1519<sup>noniens</sup> Codice Civile statt. Mit dem Decreto Legislativo Nr. 206 vom 6. September 2005 wurde ein externes Konsumentenschutzgesetz, der sogenannte Codice del Consumo, erlassen, das die Gewährleistungsordnung des Konsumentenkaufrechts in den Art. 128-135 regelt.

#### 4. Frankreich – kleine Lösung

Die kleine Lösung zur Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie auf nationaler Ebene erfolgt durch die Gesamtübernahme der Richtlinienbestimmungen in einem spezifischen Gesetz.<sup>40</sup> In Frankreich wurde längere Zeit darüber debattiert, ob die Richtlinie in Form der grossen oder kleinen Lösung umgesetzt

---

<sup>38</sup> Für eine übersichtliche Abhandlung zum Revisionsergebnis in Österreich vgl. GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 142 ff.

<sup>39</sup> Die vier Regelungsbereiche bestehen aus dem normalen Kaufrecht (Art. 1470 ff. CC), dem neuen Verbrauchsgüterkaufrecht (Art. 1519<sup>bis</sup>-Art. 1519<sup>noniens</sup> CC), dem Wiener Kaufrecht (Legge 11. 12. 85 Nr. 765) und dem sogenannten «Vendite specialis», die zusammen eine Mehrzahl von besonderen Kaufverträgen regeln.

<sup>40</sup> EU-Staaten, die sich ebenfalls für die Richtlinienumsetzung nach der kleinen Lösung entschieden haben: Belgien, Finnland, Irland, Luxemburg, Malta, Niederlande, Portugal, Rumänien, Schweden, Spanien, Zypern. Im EWR-Raum entschieden sich Island und Norwegen ebenfalls zur Umsetzung der kleinen Lösung. Ausserhalb der EU entschied sich auch die Türkei zur Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie im Rahmen einer kleinen Lösung. Vgl. hierzu MAGNUS, Rn. 1 ff., Rn. 29, Rn. 31 und Rn. 34.

werden sollte.<sup>41</sup> Als der EuGH Frankreich aufgrund der verzögerten Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie rügte und zur Umsetzung anhielt, entschied sich der französische Gesetzgeber für eine Umsetzung im Rahmen der kleinen Lösung.<sup>42</sup> Die kleine Lösung wurde sodann zügig umgesetzt, indem die Richtlinienbestimmungen nahezu wortwörtlich in den «Code de la consommation» integriert wurden.<sup>43</sup> Die Umsetzung in der Form der kleinen Lösung führte dazu, dass das zuvor erwähnte, in den Code de la consommation integrierte Konsumentengewährleistungsrecht nun mit dem Kaufrecht des «Code Civil» konkurriert, welches daneben anwendbar ist.<sup>44</sup> Sowohl für die Käufer im Konsumentekaufrecht wie auch für die Verkäufer resultiert deswegen in Frankreich eine erhöhte Rechtsunsicherheit aufgrund der nun unübersichtlichen Gewährleistungsordnung im Kaufrecht und aufgrund der zahlreichen sich unterscheidenden und miteinander konkurrierenden Sachgewährleistungsansprüche.

---

<sup>41</sup> Zu den ursprünglichen Umsetzungsüberlegungen im Rahmen der grossen Lösung vgl. ROHLFING-DIJOUX, S. 145 ff.

<sup>42</sup> EuGH vom 1. Juli 2004, C-311/03, Kommission/Frankreich.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu die Art. L.211 – 1 ff. Code de la consommation. Vgl. auch die weiteren Ausführungen von WAGNER, S. 89 und WITZ/SCHNEIDER, S. 921 ff.

<sup>44</sup> WAGNER, S. 89.

## § 3 Revision im Konsumentenkaufrecht – Art. 210 OR

### 1. Vorparlamentarische Phase

Am 20. Dezember 2006 wurde die parlamentarische Initiative 06.490 Leutenegger Oberholzer (06.490) mit dem Titel «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten – Änderung von Artikel 210 OR» eingereicht. Insbesondere sollte die frühere einjährige Verjährungsfrist der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 210 Abs. 1 aOR durch eine zweijährige Verjährungsfrist ersetzt werden. Im Wesentlichen war das Ziel dieser parlamentarischen Initiative die Verbesserung des Konsumentenschutzes.<sup>45</sup> Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) ist auf die Initiative am 6. November 2008 eingetreten. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) schloss sich dem Entscheid der RK-N am 19. Februar 2009 an. Einhergehend mit der parlamentarischen Initiative Leutenegger Oberholzer behandelte die RK-N auch die am 20. Dezember 2007 eingereichte parlamentarische Initiative Bürgi (07.497) mit dem Titel «Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht – Artikel 210 OR». Die parlamentarische Initiative Bürgi wurde am 20. Dezember 2007 eingereicht. Die RK-S ist auf die parlamentarische Initiative Bürgi am 26. Juni 2008 eingetreten und die RK-N schloss sich diesem Entscheid am 6. November 2008 an. Nach der parlamentarischen Initiative Bürgi soll die Verjährungsfrist für Sachgewährleistungsansprüche fünf Jahre betragen, wenn die Kaufsache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, Mängel aufweist. Ziel dieser Initiative ist es, das Gewährleistungsrecht im Kaufrecht mit der fünfjährigen Verjährungsfrist von unbeweglichen Werken im Werkvertragsrecht nach Art. 371 Abs. 2 OR zu koordinieren.<sup>46</sup>

Zur Umsetzung der parlamentarischen Initiativen Leutenegger Oberholzer und Bürgi verabschiedete die RK-N am 30. April 2010 Gesetzesentwürfe mit zwei unterschiedlichen Varianten.<sup>47</sup> Gemäss der ersten Variante sollte die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR grundsätzlich von einem auf zwei Jahre und für Kaufsachen, welche in ein unbewegliches Werk integriert werden, auf fünf Jahre verlängert werden. Da Art. 371 Abs. 3 OR für alle anderen Fälle auf Art. 210 OR verweist, würde die revidierte Bestimmung im Werkvertragsrecht ebenfalls Geltung erhalten. Die zweite Variante ging weiter als die Initiative Leuten-

---

<sup>45</sup> Stellungnahme BR April 2011, S. 3904.

<sup>46</sup> Stellungnahme BR April 2011, S. 3904.

<sup>47</sup> Kommissionsbericht NR April 2010, S. 1 ff.

egger Oberholzer und Bürgi. Diese Variante enthielt eine generelle Vereinheitlichung der Verjährungsfristen auf fünf Jahre, unabhängig davon, ob ein Kauf- oder ein Werkvertragsverhältnis vorliegt. Zusätzlich wurde für beide Revisionsvarianten Art. 199 OR mit einer weiteren Bestimmung ergänzt.<sup>48</sup> Demnach sollte die Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht fortan nicht nur für den Fall des arglistigen Verschweigens von Mängeln seitens des Verkäufers gegenüber dem Käufer ungültig sein, sondern auch für die Verkürzung der Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr.<sup>49</sup> Diese Bestimmung beschränkt sich jedoch auf das Konsumentenkaufrecht.<sup>50</sup>

Das Vernehmlassungsverfahren der beiden Revisionsvarianten wurde am 1. Juni 2010 eröffnet und endete am 20. September 2010. Die Verlängerung der Verjährungsfrist wurde von den meisten Vernehmlassungsteilnehmern befürwortet. Die Verbesserung und Angleichung des Konsumentenschutzes an den in sämtlichen EU-Staaten vorherrschenden Schutzstandard wurde ebenfalls von den meisten Vernehmlassungsteilnehmern befürwortet und als grundlegend eingestuft.<sup>51</sup> Der Schweizerische Anwaltsverband kritisierte, dass die vorgeschlagenen Revisionsvarianten zu oberflächlich seien und daher zu neuen Abgrenzungs- und Auslegungsproblemen führen würden.<sup>52</sup> Ebenfalls wird vom Anwaltsverband bezweifelt, ob die Verlängerung der Verjährungsfrist den gewünschten Interessenausgleich zwischen Käufer im Konsumentenkauf-

---

<sup>48</sup> Art. 199 Bst. b E-OR im Entwurf Obligationenrecht vom 21. Januar 2011.

<sup>49</sup> Art. 199 E-OR im Entwurf Obligationenrecht vom 21. Januar 2011.

<sup>50</sup> Die Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR wird in den Ziff. 2 und Ziff. 3 folgendermassen beschränkt: Die Verkürzung der Verjährungsfrist auf unter zwei Jahre bzw. unter ein Jahr bei gebrauchten Sachen ist ungültig, wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

<sup>51</sup> Die Grosszahl der Vernehmlassungsteilnehmer, welche die Revisionsvorlage begrüssen, erachten die Anpassung des Schweizer Rechts an das EU-Recht, das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf und das Recht der Nachbarländer als notwendig. Weiter machen zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmer darauf aufmerksam, dass ein besserer Konsumentenschutz unerlässlich sei. Wieder andere legen das Hauptaugenmerk auf die internationale Harmonisierung des Schweizer Rechts und weisen darauf hin, dass Schweizer Unternehmungen die in der EU geltende zweijährige Frist bereits einhalten würden. Vgl. hierzu den Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 6 f.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Fn. 53.

recht und kaufmännischem Verkäufer bringe.<sup>53</sup> Die im Vernehmlassungsverfahren vorgelegten zwei Varianten fanden beide Anklang bei den Teilnehmern, wobei sich die Befürworter der jeweiligen Variante in etwa die Waage hielten.<sup>54</sup> Die Befürworter von Variante 1 waren der Meinung, dass die Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre ausreiche, um den «angestrebten verstärkten Konsumentenschutz zu erreichen und die Gesetzgebung an die europäische und internationale Regelung anzupassen».<sup>55</sup> Die Befürworter von Variante 2 erläuterten, dass eine Verjährungsfrist von fünf Jahren zu einer einheitlichen und klaren Regelung im Kauf- und Werksvertragsrecht führe und zur Förderung der Rechtssicherheit beitrage.<sup>56</sup>

Auf viel Kritik traf die Formulierung von Art. 199 Bst. b E-OR, weil der Sinn der Bestimmung nicht klar aus deren Wortlaut hervorging.<sup>57</sup> Insbesondere war nicht klar, ob die Gewährleistungsordnung nun zwingender oder doch noch dispositiver Natur ist und ob die Bedingungen in Art. 199 Bst. b Ziff. 2 und 3 E-OR kumulativ erfüllt sein müssen. Hinsichtlich der Revision von Art. 210 E-OR wurde im Vernehmlassungsverfahren insbesondere Abs. 2 betreffend die Koordination der kauf- und werkvertragsrechtlichen Verjährungsfrist im Zusammenhang mit Art. 371 OR diskutiert.<sup>58</sup>

Nach dem Vernehmlassungsverfahren stimmte die RK-N am 21. Januar 2011 dem Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zu.<sup>59</sup> Die RK-N sprach sich sodann ohne weitere Abänderung für die unten dargestellte Variante 1 aus. Sie entschied sich für diese Variante, da damit die Schweizer Gesetzgebung an den europäischen und internationalen Standard angeglichen

---

<sup>53</sup> «Das Problem seien eher die sehr kurzen Prüfungs- und Rügefristen (Art. 201 OR), deren Nichteinhaltung die Verwirkung der Gewährleistungsrechte nach sich ziehe.» Der SAV merkte weiter an, dass die Revision zurückgestellt werden solle und im Zusammenhang mit der Revision der haftpflichtrechtlichen Verjährungsfristen geprüft werden solle. Vgl. hierzu den Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 7.

<sup>54</sup> Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 8 f.

<sup>55</sup> Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 8.

<sup>56</sup> Damit würde die Unterscheidung zwischen beweglichen Sachen, unbeweglichen Werken bzw. Bauwerken hinfällig. Weiter wäre für sämtliche Verkäufer dieselbe Verjährungsfrist gültig. Vgl. hierzu den Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 8 f.

<sup>57</sup> Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 9 f.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Auseinandersetzung der kritischen Bestimmungen im Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 10.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu den Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 1 ff. und den Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2889 ff.

wird.<sup>60</sup> Mit dieser Entscheidung macht die RK-N darauf aufmerksam, dass zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmer ausdrücklich hervorhoben, dass ein verbesserter Konsumentenschutz bzw. ein verbesserter Schutz des Käufers im Konsumentenkaufrecht unentbehrlich sei.<sup>61</sup> Am 11. Februar 2011 unterbreitete die RK-N ihren Bericht dem Bundesrat zur Stellungnahme.<sup>62</sup> Der Bundesrat erklärte sich am 20. April 2011 mit dem Bericht der RK-N und dem Gesetzesentwurf<sup>63</sup> von Variante 1 einverstanden und stellte keine Abänderungsanträge.<sup>64</sup> Auch seitens des Bundesrats steht fest, dass die Revision von Art. 210 E-OR und Art. 199 E-OR im Wesentlichen auf einen besseren Konsumentenschutz abzielt.<sup>65</sup>

*Art. 199 E-OR – 2. Wegbedingung*

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig:

- a. Wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat; oder
- b. wenn:
  1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt, die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.
  - 2.
  - 3.

*Art. 210 E-OR – 9. Verjährung*

<sup>1</sup> Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

<sup>2</sup> Die Frist beträgt fünf Jahre, wenn die Sache bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat.

<sup>3</sup> Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

<sup>4</sup> Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

---

<sup>60</sup> Laut der RK-N entspricht das schweizerische Recht mit der vorliegenden Revision dem für die EU-Mitgliedstaaten geltenden Minimum. Vgl. hierzu den Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2898.

<sup>61</sup> Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2894 f.

<sup>62</sup> Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2889 ff.

<sup>63</sup> Gesetzesentwurf von Art. 199 OR und Art. 210 OR unten.

<sup>64</sup> Stellungnahme BR April 2011, S. 3906.

<sup>65</sup> Stellungnahme BR April 2011, S. 3904.

<sup>5</sup> Der Verkäufer kann die gemäss den Absätzen 1 und 2 sowie die mit Ablauf eines Jahres gemäss Absatz 3 eintretende Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

## 2. Parlamentarische Phase

Am 14. September 2011 beriet der Nationalrat als Erstrat über den vorgelegten Gesetzesentwurf.<sup>66</sup> Das Hauptaugenmerk lag von Beginn an auf den drei Aspekten Herstellung der Kompatibilität mit der EU-Kaufrechtsrichtlinie, zwingende oder dispositive Natur der Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährung sowie Koordinierung der kauf- und werkvertragsrechtlichen Verjährungsbestimmungen.<sup>67</sup> Der Minderheitsantrag Schwander, welcher vorsah, dass die Verjährungsfrist generell bis auf ein Jahr begrenzt werden kann, wurde abgelehnt.<sup>68</sup>

Darauffolgend beriet der Ständerat am 5. Dezember 2011 als Zweitrat über den vorgelegten Gesetzesentwurf.<sup>69</sup> Die RK-S hatte den Gesetzesentwurf gegenüber dem Entwurf in einigen Punkten abgeändert. Einerseits wurde der Entwurf von der Redaktionskommission sprachlich optimiert, andererseits wurde in Anlehnung an den Vorschlag von GAUCH Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR gestrichen.<sup>70</sup> Demnach soll die Verjährungsfrist nicht nur im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sein, sondern nun auch zwischen beruflich oder gewerblich handelnden Personen. Nach dieser Regelung wären von der zwingenden Verjährungsordnung einzig privat handelnde Personen ausgeschlossen gewesen. Der Ständerat nahm den Antrag der RK-S an und stimmte in der Gesamtabstimmung dem Gesetzesentwurf einstimmig zu.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1423 ff.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu das Votum von NIDEGGER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424.

<sup>68</sup> Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1426.

<sup>69</sup> Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1050 ff.

<sup>70</sup> Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1051. Vgl. für den Vorschlag zur Einführung einer zweijährigen Verjährungsfrist zwingender Natur auch für den KMU-Geschäftsverkehr in GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 153 f.

<sup>71</sup> Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1052.

Sodann folgte am 28. Februar 2012 eine Nationalratssitzung zur Differenzvereinbarung.<sup>72</sup> Einerseits beantragte eine Mehrheit, dem Beschluss des Ständerrates zur Löschung von Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR zu folgen. Andererseits beantragte eine Minderheit, die Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR – ohne die Löschung von Ziff. 2 – nach Art. 210 Abs. 3<sup>bis</sup> E-OR zu verschieben (schliesslich Art. 210 Abs. 4 OR).<sup>73</sup> Zentraler Gegenstand der Diskussionen in der zweiten Nationalratssitzung war einerseits die von GAUCH initiierte Debatte über die Schutzbedürftigkeit von Gewerbetreibenden aus dem KMU-Bereich, welche ähnlich einzustufen sei wie die Schutzbedürftigkeit des Käufers im Konsumentenaufrecht.<sup>74</sup> Andererseits wollte die Minderheit erreichen, dass zwar der Verjährungsfrist zwingender Charakter zukommen sollte, die Gewährleistungsordnung jedoch weiterhin ganz aufgehoben werden könnte.<sup>75</sup> Aus dem hierzu erfolgten Antragsvotum und den diesem Votum weiter folgenden Voten geht hervor, dass der Gesetzgeber die Komplexität der Thematik und die rechtlichen Folgen nicht abschliessend verstand und sich der daraus entstehenden Rechtsunsicherheit nicht bewusst war.<sup>76</sup> Die Kommission des Nationalrates für Rechtsfragen sah in ihrer Revisionsvorlage vor, die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR in Art. 199 Bst. b E-OR zu platzieren.<sup>77</sup> In der zweiten Sitzung des Nationalrates wurde jedoch beschlossen, die Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR mit praktisch identischem Wortlaut in Art. 210 Abs. 4 OR zu verschieben und Art. 199 OR nicht weiter anzupassen.<sup>78</sup> Zu dieser Verschiebung hat STAMM erklärt, dass der von der Rechtskommission vorgesehene Art. 199 Bst. b E-OR zu einem Wortlaut führen würde, «der die Wegbedingung der Gewährleistung gänzlich ausschliesst».<sup>79</sup> Durch die Verschiebung sollte erreicht werden, dass trotz der zwingenden Regelung von Art. 210 Abs. 4 OR die Möglichkeit zur Wegbedingung der Gewährleistungsordnung nach Art. 199 OR

---

<sup>72</sup> Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 40 ff.

<sup>73</sup> Der Minderheit gehörten an: Stamm, Egloff, Freysinger, Guhl, Nidegger, Reimann und Schwander. Vgl. hierzu das Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 40 f.

<sup>74</sup> Vgl. hierzu das Votum von SOMMARUGA (Bundesrätin), Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 2 f.; zum Vorschlag vgl. GAUCH, NZZ vom 30. August 2011. Vgl. ferner auch GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 153 f.

<sup>75</sup> Votum von STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 3 f. Vgl. die weiteren Ausführungen zu diesen Voten weiter hinten in § 3, Kap. 4.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum historischen Wertungshorizont und dem Willen des Gesetzgebers in § 3, Kap. 7.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Revision von Art. 210 OR weiter vorne in [§ 3, Kap. 1](#).

<sup>78</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 2](#).

<sup>79</sup> Votum STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 f.

bestehen bleibt.<sup>80</sup> Das geht auch aus dem Kommissionsbericht der RK-N hervor, wobei darin betont wird, dass im Rahmen des Konsumgüterkaufs die Verjährungsfrist vertraglich weder aufgehoben noch beschränkt werden könne.<sup>81</sup> Gemäss der RK-N sollte nicht vertraglich von Vorschriften abgewichen werden, «die im Interesse des Verbraucherschutzes erlassen worden sind», wobei Haftungsbeschränkungs- und Haftungsausschlussklauseln aber weiterhin zulässig seien.<sup>82</sup>

In der Abstimmung stimmten sowohl 86 Nationalratsmitglieder dem Mehrheitsantrag (Löschung von Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR) als auch 86 Nationalratsmitglieder dem Minderheitsantrag (Belassung und Verschiebung von Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR) zu. Mit dem Stichentscheid entschied der Nationalratspräsident zugunsten des Minderheitsantrags und damit zur Verschiebung von Art. 199 Bst. b E-OR nach Art. 210 Abs. 3<sup>bis</sup> E-OR.<sup>83</sup> Die durch den Ständerat initiierte Löschung von Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR wurde dadurch rückgängig gemacht. Die zwingende Wirkung der Verjährungsordnung im Kaufrecht erfolgt dementsprechend nur für Käufer im Konsumentenkaufrecht, nicht aber für Kaufverträge zwischen beruflich oder gewerblich tätigen Personen aus dem KMU-Bereich.

Der Ständerat folgte in seiner Abstimmung vom 5. März 2012 den beiden Beschlüssen des Nationalrates.<sup>84</sup> Auch in dieser Ständeratssitzung war die Frage, ob ein Gewährleistungsausschluss weiterhin uneingeschränkt möglich sei, lediglich ein Randthema.<sup>85</sup> Von zentraler Bedeutung war jedoch die Diskussion, ob der zweijährigen Verjährungsfrist auch im kaufmännischen Verkehr unter beruflich oder gewerblich tätigen Personen zwingende Wirkung zukommen

---

<sup>80</sup> Vgl. hierzu die Voten von STAMM (Nationalrat), S. 41; HUBER (Nationalrätin), S. 42; LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), S. 44 f. im Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 40 ff. sowie die Voten von BISCHOF (Ständerat), S. 67 und SOMMARUGA (Bundsrätin), S. 68 im Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 66 ff.

<sup>81</sup> Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2896.

<sup>82</sup> Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2896.

<sup>83</sup> Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 9 f.; Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 9 f. Vgl. ferner auch die Ausführungen in § 7 zum historischen Wertungshorizont und dem Willen des Gesetzgebers.

<sup>84</sup> Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67 ff.

<sup>85</sup> Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67 f.

solle.<sup>86</sup> Am 16. März 2012 nahmen der National- und der Ständerat den im nächsten Unterkapitel dargestellten Gesetzesentwurf<sup>87</sup> in der Schlussabstimmung an.<sup>88</sup>

### 3. Rechtsunsicherheit im Konsumentenkaufrecht

Zwar verfolgte der Gesetzgeber mit der Revision von Art. 210 OR das Ziel, einerseits die Schweizer Rechtsordnung an die Entwicklungen auf EU-Ebene anzupassen sowie andererseits damit einhergehend den Konsumentenschutz zu erhöhen.<sup>89</sup> Eine partiell autonome Nachvollziehung von EU-Recht – im Rahmen der Revision von Art. 210 OR wurden nur gewisse Bestimmungen der EU-Richtlinie ins Schweizer Recht umgesetzt (sogenannte «Legal Transplants») – führt jedoch des Öfteren zu systematischen und teleologischen Schwierigkeiten in der Schweizer Rechtsordnung.<sup>90</sup> Dies geschieht, weil fremdes Rechtswissen in die Schweizer Rechtsordnung integriert wird und der eigene, vom fremden Recht abweichende Wertungshorizont zu Rechtsunsicherheiten führt.<sup>91</sup>

Diese Problematik zeigt sich speziell auch bei der unten dargestellten Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR im Zusammenhang mit den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht und insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung zur Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 199 OR. Aus dem Wortlaut der beiden Bestimmungen selbst ist nicht zu entnehmen, ob nun die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht zwingender oder dispositiver Natur sind.

---

<sup>86</sup> Über die Ausdehnung der zwingenden Natur der Verjährung auf den Geschäftsverkehr wurde im Ständerat insbesondere debattiert, weil dies eine massgebende Einschränkung der Vertragsfreiheit bedeuten würde und dazu führt, dass die Schweizer Umsetzung weiterreichend wäre als von der EU-Kaufrechtsrichtlinie vorgesehen. Vgl. hierzu das Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67 f.

<sup>87</sup> Zum abgeänderten Gesetzesentwurf vgl. die Ausführungen weiter hinten zum Willen des Gesetzgebers in [§ 7. Kap. 1](#).

<sup>88</sup> Amtl. Bull. NR und SR vom 16. März 2012, S. 1; zum neuen Gesetzestext von Art. 199 OR und Art. 210 OR vgl. die Abhandlung in § 4.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum Sinn und Zweck der Revision von Art. 210 OR weiter hinten in [§ 9](#).

<sup>90</sup> DEDUAL, S. 76 ff.; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 354 f.

<sup>91</sup> Vgl. zum Ganzen KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 348 ff.

Art. 199 OR – 2. Wegbedingung

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat.

Art. 210 OR – 9. Verjährung

<sup>1</sup> Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

<sup>2</sup> Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

<sup>3</sup> Für Kulturgüter im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch 30 Jahre nach dem Vertragsabschluss.

<sup>4</sup> Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:

- a. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;
- b. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und
- c. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

<sup>5</sup> Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

<sup>6</sup> Der Verkäufer kann die Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird. Dies gilt nicht für die 30-jährige Frist gemäss Absatz 3.

#### 4. Fazit

Mit der Revision von Art. 210 OR wollte der Gesetzgeber einerseits die kurz bemessene einjährige Verjährungsfrist im Konsumentkaufrecht mit zwingender Wirkung auf zwei Jahre verlängern und damit den Konsumentenschutz erhöhen. Ziel war es auch, die schweizerische Rechtsordnung im Bereich der Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentkaufrecht an den Standard der EU-Kaufrechtsrichtlinie anzugleichen.<sup>92</sup> Die hierbei entstandene Rechtsunsicherheit zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR lässt sich darauf zurückführen, dass ein der schweizerischen Rechtsordnung fremdes Regelungskonstrukt aus der EU-Kaufrechtsrichtlinie teilweise übernommen wurde und dabei die vorherrschenden gesetzlichen Mechanismen zu wenig beachtet und nicht entsprechend angepasst wurden. Folglich führt die auf diesem Weg in das schweizerische Kaufrecht integrierte fremde Verjährungsregelung im schweizerischen Konsumentkaufrecht zu einem Wertungswiderspruch.<sup>93</sup> Aus den Materialien ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber fälschlicherweise die Haftungsbeschränkung bzw. die Wegbedingung von Sachgewährleistungsansprüchen und die Verjährungsfristverkürzung der Sachgewährleistungsansprüche als zwei einzelne, voneinander zu trennende Rechtselemente für das Konsumentkaufrecht einordnete.<sup>94</sup> Zum Erstaunen einiger Parlamentarier blieb während des gesamten Gesetzgebungsprozesses stets unbestritten, dass die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche neben der zwingenden Mindestverjährungsfrist gültig sein soll.<sup>95</sup> Dies ver-

---

<sup>92</sup> Stellungnahme BR, S. 3905; Kommissionsbericht NR, S. 2895 f.

<sup>93</sup> DEDUAL, S. 76 f.; zur Problematik von sogenannten «Legal Transplants» vgl. LEGRAND, S. 111 ff.; TEUBNER, S. 11 ff.; WATSON, Comparative Law, S. 21 ff.; WATSON, Legal Transplants, S. 1 ff.; MILLER, S. 839 ff.

<sup>94</sup> Vgl. dazu das Votum STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 f.: «[...] bei Artikel 199 [geht es] um die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht [...]. Es geht also einerseits um die Frage, wie lange Gewähr geboten werden muss, wenn man etwas verkauft hat. Andererseits geht es um die Frage – das betrifft Artikel 210 –, wie schnell die Klagen verjähren, wenn man etwas verkauft.» Vgl. hierzu ebenfalls das Votum von SCHWANDER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 43: Er geht ebenfalls von einer «undurchsichtigen Vermischung zwischen Verjährung und Gewährleistung» aus und: «Spätestens beim Verjährungsrecht müssen wir fachlich und politisch entscheiden, ob wir im Verjährungs- und Gewährleistungsrecht generell gleiche oder unterschiedliche Fristen wollen.»

<sup>95</sup> Vgl. hierzu unter mehreren das Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67: «Merkwürdigerweise ist auch unbestritten, dass ein Ausschluss der Gewährleistung weiterhin uneingeschränkt zulässig sein soll.»

anschaulicht die Tatsache, dass der Gesetzgeber während der parlamentarischen Phase die Tragweite der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR nicht richtig abschätzen konnte.<sup>96</sup> Schliesslich besteht mit der neu vorliegenden Konstellation zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR das erhöhte Risiko, dass der Verkäufer Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht wegbedingt: «Wenn ich schon die Verjährungsfrist nicht verkürzen darf, dann zeichne ich mich gleich von den Ansprüchen frei!»<sup>97</sup> Nachfolgend gilt es deshalb zu erörtern, wie mit diesem Wertungswiderspruch umzugehen ist und welches die Rechtsfolgen für die Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht sind. In einem ersten Schritt muss die Frage beantwortet werden, ob der zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehende Wertungswiderspruch überhaupt de lege lata gelöst werden kann oder ob es eines gesetzgeberischen Eingriffs zur Korrektur bedarf.

---

<sup>96</sup> Dies lässt sich anhand des Votums von STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 veranschaulichen: «Das Sachthema ist relativ schwierig; wir haben auch in der Kommission einen Eindruck davon erhalten. Wir hatten den Artikel von Professor Peter Gauch vor uns, und wir haben die Antwort des Bundesamtes für Justiz erhalten. Allein wenn Sie diese beiden Berichte lesen, sehen Sie, wie komplex die Sache ist, sie ist komplexer, als man im ersten Moment denkt, weil es um eine Vermischung der Gewährleistung und der Verjährung geht.» Für weitere ähnliche, diese Tatsache untermauernde Voten vgl. VOGLER (Nationalrat), S. 42; FLACH (Nationalrat), S. 42 f.; Votum Nr. 2 von STAMM (Nationalrat), S. 45; LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), S. 45, Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 40 ff. Bei der Abstimmung im Rahmen dieser Nationalratssitzung wurde die Verschiebung der Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR nach Art. 210 Abs. 4 OR mit 86 zu 86 Stimmen durch den Stichentscheid des Präsidenten bestätigt. Vgl. hierzu Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 45.

<sup>97</sup> KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.



## 2. Teil: Normenkonflikt

### § 4 Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR

Die Verjährungsbestimmung gemäss Art. 210 Abs. 4 OR gilt für alle Ansprüche aus Sachmängeln im Konsumentenkaufrecht und dementsprechend für die Wandelung, Minderung und Ersatzlieferung. Die folgenden Ausführungen veranschaulichen, wie die Bestimmungen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR in persönlicher und sachlicher Hinsicht zur Anwendung kommen, indem gezeigt wird, unter welchen Bedingungen die Verjährung der kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüche nicht unter zwei Jahre und für gebrauchte Gegenstände nicht unter ein Jahr beschränkt werden darf.

#### 1. Persönlicher Geltungsbereich

Aus dem Wortlaut des revidierten Art. 210 Abs. 4 OR geht hervor, dass diese Bestimmung nur im Konsumentenkaufrecht Anwendung findet.<sup>98</sup> In persönlicher Hinsicht wird in Art. 210 Abs. 4 OR deshalb vorausgesetzt, dass eine Sache einerseits «für den persönlichen oder familiären Bereich des Käufers bestimmt»<sup>99</sup> sein muss und der Verkäufer andererseits «im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt».<sup>100</sup> Der Begriff des Konsumentenkaufrechts bzw. des Konsumentenvertrags vermag sich in der Schweiz aufgrund der relativen Neuigkeit erst allmählich zu festigen.<sup>101</sup> Die herrschende

---

<sup>98</sup> Vgl. hierzu die Darstellung von Art. 199 OR und Art. 210 OR weiter vorne in [§ 3, Kap. 3](#).

<sup>99</sup> Im Gesetzgebungsverfahren versuchte ein Teil der Parlamentarier auf Gauchs Ideenanstoss den persönlichen Schutzbereich dieser Bestimmung zu erweitern. So wollte man die zwei- bzw. für gebrauchte Gegenstände die einjährige Verjährungsfrist nicht nur im Konsumentenkaufrecht, sondern auch im Geschäftsverkehr zwischen beruflich oder gewerblich tätigen Personen mit zwingender Natur ausgestalten. Vgl. hierzu die umfangreicheren Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 2](#).

<sup>100</sup> Vgl. hierzu Art. 210 Abs. 4 Bst. b und c OR. Eine ähnliche Terminologie wird bereits in Art. 40a OR verwendet. LARENZ und CANARIS schlagen vor, dass die Literatur zur Terminologie eines Fachbereichs im Privatrecht auch zur Konkretisierung der gleichen Begrifflichkeit in einem verwandten privatrechtlichen Fachbereich herangezogen werden könne, zu dem noch keine hinreichende Literatur zur Verfügung stehe. So wird im Folgenden wenn möglich die Literatur zu Art. 40a OR zur Analyse und Konkretisierung von Art. 210 Abs. 4 OR herangezogen. Vgl. hierzu LARENZ/CANARIS, S. 146.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu DEDUAL, S. 77; KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 3; SCHWIZER/WOLFER, S. 1761 f. m.w.H.

Lehre geht davon aus, dass es sich um einen Konsumentenvertrag handelt, wenn die Vertragsleistungen unmittelbar den privaten Zweck des Konsumenten betreffen.<sup>102</sup> Ein geplanter oder bereits getätigter Weiterverkauf schliesst dementsprechend die Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR aus.<sup>103</sup> Dies gilt auch für Käufer, die den Vertrag während der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit abschliessen.<sup>104</sup> Wie in der EU-Kaufrechtsrichtlinie vorgesehen, umfasst der Begriff des Konsumenten auch in der Schweiz gemäss der herrschenden Lehre lediglich natürliche Personen.<sup>105</sup> Daraus lässt sich schliessen, dass dem Konsumenten die Position des Endverbrauchers<sup>106</sup> zukommen muss, die sich jedoch durch Art. 210 Abs. 4 Bst. b OR etwas weiter fassen lässt als nur eine einzige natürliche Person, da nicht nur der Käufer als Konsument selbst, sondern auch Familienangehörige oder dem Konsumenten nahestehende Personen als Endverbraucher im Rahmen des persönlichen Geltungsbereichs gemäss Art. 210 Abs. 4 Bst. b OR in Frage kommen.<sup>107</sup> Betreffend der persönliche Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 Bst. b OR muss dementsprechend der Käufer nicht direkt der Endverbraucher des Kaufgegenstandes sein, denn die Rolle des Endverbrauchers kann auch einem Familienmitglied des Käufers oder einer dem Käufer nahestehenden Person zukommen. Der Konsument, der im Rahmen des schweizerischen Rechts als Käufer einen Konsumentenkaufvertrag abschliesst, wird nachfolgend regelmässig als der «Konsument» oder der «Käufer im Konsumentenkaufrecht» bezeichnet.

Um vom persönlichen Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR erfasst zu werden, muss der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln.<sup>108</sup> Unter dem Handeln im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit sind planmässige und auf Dauer angelegte Aktivitäten zu verstehen, die auf die Gewinnerzielung oder die Generierung von Einkommen gerichtet sind.<sup>109</sup> Bereits das erstmalige Tätigwerden unter diesen Bedingun-

---

<sup>102</sup> DEDUAL, S. 77; FORNAGE, Rn. 76 ff.

<sup>103</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 3.

<sup>104</sup> DEDUAL, S. 78.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 3. Vgl. ferner TRAN, S. 107.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 3.

<sup>107</sup> Als nahestehende Personen gelten insbesondere Konkubinatspartner oder eingetragene Partner, die nicht mit dem Konsumenten verheiratet sind. Auch unter den Begriff der nahestehenden Person fallen andere Personen, die mit dem Konsumenten in einer nahen und von gewisser Dauer gekennzeichneten persönlichen Beziehung stehen. Vgl. hierzu DEDUAL, S. 78; FORNAGE, Rn. 80 ff.

<sup>108</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1761 f.

<sup>109</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 4.

gen reicht aus, um als Verkäufer unter dem persönlichen Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR zu gelten.<sup>110</sup> Es gilt jedoch, dass das hierbei zustande gekommene Geschäft den Tätigkeitsbereich des Verkäufers berühren muss.<sup>111</sup> Der Kaufvertrag zwischen privaten Vertragsparteien ist dementsprechend vom persönlichen Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR ausgeschlossen. Ferner gilt, dass der Verkäufer sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein kann.<sup>112</sup>

## 2. Sachlicher Geltungsbereich

Zwar bezieht sich Art. 210 Abs. 4 OR ausschliesslich auf persönliche Voraussetzungen, trotzdem muss eine Kaufsache in die Kategorie der Konsumgüter fallen, um vom Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR in sachlicher Hinsicht erfasst zu werden.<sup>113</sup> Aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung von Art. 210 Abs. 4 OR lässt sich ableiten, dass diese Bestimmung insbesondere auf Fahrnissachen zugeschnitten ist. Ob eine Sache für den Konsumentenkauf bzw. für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist, muss indessen anhand der konkreten Umstände, im Zweifelsfall aufgrund des gewöhnlichen Gebrauchs der Sache, ermittelt werden.<sup>114</sup> Gemäss der herrschenden Lehre erfasst der sachliche Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR aber auch unbewegliche Sachen, hauptsächlich Grundstücke nach Art. 216 ff. OR und Werke gemäss Art. 371 OR.<sup>115</sup>

In Bezug auf die zwingend geltende Mindestverjährungsfrist unterscheidet Art. 210 Abs. 4 OR zwischen neuen und gebrauchten Sachen.<sup>116</sup> Gemäss der herrschenden Lehre dürfte die Abgrenzung zwischen neuen und gebrauchten Sachen, «abgesehen von Einzelfragen etwa zu Ausstellungsmodellen oder pro-

---

<sup>110</sup> Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 4.

<sup>111</sup> Nicht massgebend ist hierbei die berufliche Stellung des Verkäufers. Vgl. hierzu KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 4.

<sup>112</sup> DEDUAL, S. 78; KOLLER-TUMLER, BSK, Art. 40a OR, Rn. 4.

<sup>113</sup> DEDUAL, S. 79, Fn. 26.

<sup>114</sup> STAUDER/STAUDER, CR, Art. 40a CO, Rn. 12 ff.

<sup>115</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1762; PICHONNAZ, CO 371 et CO 210, S. 74; TRAN, S. 110; GAUCH, Art. 210 OR revidiert, S. 130.

<sup>116</sup> Die Bestimmung zur unterschiedlichen Mindestverjährungsfrist von zwei bzw. einem Jahr wurde aus Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EU-Kaufrechtsrichtlinie ins schweizerische Recht übernommen. Von einem Teil der Lehre wird diese Unterscheidung als ein Gebot der wirtschaftlichen Vernunft verstanden. Vgl. hierzu anstatt vieler SCHWIZER/WOLFER, S. 1762.

beweise getragenen Kleidern, problemlos sein».<sup>117</sup> Demgegenüber sind Kulturgüter nicht unter dem Geltungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR zu subsumieren, weil die Bestimmung von Art. 210 Abs. 3 OR für die Sachgewährleistungsansprüche der Kulturgüter eine spezielle Verjährungsfrist – relativ ein Jahr und absolut 30 Jahre – vorsieht.<sup>118</sup> Auf die absichtliche Täuschung gemäss Art. 210 Abs. 6 OR kommt die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> DEDUAL, S. 79; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762.

<sup>118</sup> Hier gilt es darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung in Art. 210 Abs. 3 OR vorsieht, dass die Verjährungsfrist erst ab dem Entdecken des Mangels zu laufen beginnt. Vgl. dazu GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 153; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762.

<sup>119</sup> DEDUAL, S. 79; GAUCH, Art. 210 OR revidiert, S. 125; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762.

## § 5 Stand der Lehre

Gemäss der herrschenden Lehre wurde neben Art. 199 OR mit Art. 210 Abs. 4 OR erstmals eine neue zwingende Bestimmung in das ansonsten dispositive Kaufrecht integriert.<sup>120</sup> Ebenfalls wird von der herrschenden Lehre hinterfragt, ob es folgerichtig sei, dass Art. 210 Abs. 4 OR zwar eine zwingende Bestimmung verkörpere, sich jedoch gegebenenfalls über Art. 199 OR vollständig wegbedingen lassen könne.<sup>121</sup> Deshalb erscheint Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR aus methodologischer Sicht nicht nur als fragwürdige, sondern sogar als systemwidrige Bestimmung.<sup>122</sup> Das ist insbesondere der Fall, da es sich bei der Verjährungsfristverkürzung um einen deutlich geringeren Eingriff in die Rechtsstellung des Käufers im Konsumentenkaufrecht handelt als bei der vollständigen Wegbedingung der Gewährleistungsordnung.<sup>123</sup>

Wird in dieser Hinsicht als Prämisse die Annahme vertreten, dass die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 199 OR zulässig sei, müsste als Konklusion bzw. als sachlogische Folgerung gelten, dass ebenfalls die Verjährungsfristverkürzung zulässig sein muss (*argumentum a maiore ad minus*).<sup>124</sup> Wird nun diese sachlogische Folgerung umgedreht, gilt als kleine Prämisse, dass – wie aus Art. 210 Abs. 4 OR hervorgeht – die Verjährungsfristverkürzung unter den gesetzlich vorgegebenen Bedingungen nicht zulässig ist. Als grössere Prämisse bzw. als sachlogische Konklusion müsste daher gelten, dass die vollständige Wegbedingung der Gewährleistung erst recht unzulässig ist (*argumentum a minore ad maius*).<sup>125</sup> Je nachdem, welcher Lehrmeinung gefolgt wird, lässt sich dieser Grössenschluss jedoch nicht ziehen, da die Wegbedingung der Gewährleistungsordnung noch zulässig ist. Die herrschende Lehre anerkennt zwar die methodologische Systemwidrigkeit und kritisiert

<sup>120</sup> Vgl. hierzu SCHWIZER/WOLFER, S. 1759; TRAN, S. 110; DEDUAL, S. 93.

<sup>121</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 179 f.; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; DEDUAL, S. 93; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762 f.; GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 153 f.; PICHONNAZ, CO 371 et CO 210, S. 75 f.; TRAN, S. 111 ff.

<sup>122</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1763.

<sup>123</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1763; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; DEDUAL, S. 84.

<sup>124</sup> Dies lässt sich dadurch begründen, dass die Verjährungsfristverkürzung als Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche qualifiziert. Vgl. hierzu DEDUAL, S. 84; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.

<sup>125</sup> KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; SCHWIZER/WOLFER, S. 1763. Zum Syllogismus selbst vgl. JOERDEN, S. 287 ff. und insbesondere S. 287.

die Revision von Art. 210 Abs. 4 OR.<sup>126</sup> Trotzdem hält der Grossteil der Lehre, wie nachfolgend dargestellt, am gesetzgeberischen Verständnis von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR fest und lässt die Beschränkung der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht zu.

## 1. Mehrheitsmeinung: Vorliegen einer Gesetzeslücke de lege ferenda

Die Mehrheitsmeinung kritisiert zwar die Systemwidrigkeit des revidierten Art. 210 Abs. 4 OR, die sich aus dem Zusammenhang mit Art. 199 OR ergibt, und bezeichnet die Revision generell als misslungen.<sup>127</sup> Jedoch versuchen die Vertreter dieser Lehrmeinung nicht anhand eines Auslegungsdiskurses den vorliegenden Wertungswiderspruch zu lösen. Oft wird auf die Lückenfüllung und damit einhergehend auf den folgenden Grössenschluss (argumentum a fortiori) verwiesen: «Wenn schon die Verkürzung der Verjährungsfrist (bei Aufrechterhaltung der Ansprüche) zulasten von Verbrauchern rechtlich nicht möglich ist, dann, so sollte man meinen, umso weniger die partielle oder gar totale Anspruchsfreizeichnung.»<sup>128</sup> Zu diesem Grössenschluss vertritt die Mehrheitsmeinung die Ansicht, dass aus verschiedenen Gründen eine Auslegung von Art. 210 Abs. 4 i.V.m. Art. 199 OR de lege lata nicht möglich sei.

Diesbezüglich bemerkt GAUCH: «Aus [Art. 210 Abs. 4 OR] analog (und zwar «a minori ad maius») zu schliessen, dass in Konsumentenkaufverträgen auch eine vertragliche Wegbedingung der Mängelhaftung generell ungültig sei, wäre [...]

---

<sup>126</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur herrschenden Lehre in § 5, Kap. 1.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 179 f.; SCHWIZER/WOLFER, S. 1761 ff.; GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 152 ff.; REETZ/LORENZ, S. 18; DEDUAL, S. 76 ff.; HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 2; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 10.

<sup>128</sup> Vor der Revision von Art. 210 OR konnte man betreffend die Wegbedingung der Haftung (Art. 199 OR) und die Verjährungsfristverkürzung (Art. 210 aOR) nämlich problemlos den umgekehrten Grössenschluss (argumentum a maiori ad minus) aufstellen: Wenn die Wegbedingung der Gewährleistungsansprüche möglich ist, dann umso mehr auch die weniger einschneidende Verjährungsfristverkürzung. Und so sollte dementsprechend gemäss der heutigen Rechtslage der folgende Grössenschluss (argumentum a minori ad maius) gelten: Wenn die Verjährungsfristverkürzung im Rahmen von Konsumentenkaufverträgen nicht möglich ist, dann umso weniger die wertmässig gravierende Wegbedingung der Gewährleistungsansprüche. Vgl. hierzu KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 234 f.

verfehlt.»<sup>129</sup> Das wird dadurch begründet, dass die Gesetzgebungsmaterialien belegten, dass der Wille des Gesetzgebers bei der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR eben gerade nicht auf die Kreation von zwingenden Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht hinweise.<sup>130</sup> Soweit der Gesetzgeber nämlich bewusst auf eine Regelung verzichtet oder «im Lichte der geltungsgesetzlichen Gesamtkonzeption des Gesetzes [...] eine Nichtregelung sinnvoll gewollt haben kann»<sup>131</sup>, liegt eine sogenannte «Regelung durch Nichtregelung» vor.<sup>132</sup> Das bedeutet, dass ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt und daher einerseits eine Gesetzeslücke<sup>133</sup> fehlt, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB auszufüllen wäre, und andererseits auch die Voraussetzungen für eine analoge Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt sind.<sup>134</sup> Weiter führt GAUCH als Argument an, bereits im allgemeinen Teil des Obligationenrechts werde zwischen der zulässigen Haftungsbeschränkung in den Schranken von Art. 100 OR bzw. Art. 101 Abs. 3 OR und der unzulässigen Verjährungsfristverkürzung gemäss Art. 129 OR unterschieden.<sup>135</sup>

Laut KRAMER darf durchaus die Auffassung vertreten werden, dass es wertungsmässig konsequenter wäre, wenn im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR nicht nur die Verjährungsfristverkürzung zwingend ausgeschlossen wäre, sondern auch die teilweise oder gänzliche Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche.<sup>136</sup> Jedoch könne diese Auffassung de lege lata nicht vertreten werden, da ansonsten der «Argumentationsmodus eines Dogmatikers [...] zugunsten einer rechtspolitischen Stellungnahme verlassen [würde]».<sup>137</sup>

<sup>129</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7. Gleicher Meinung KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.

<sup>130</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zu diesem Thema weiter vorne in § 3. Vgl. ebenfalls GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>131</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348.

<sup>132</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>133</sup> Eine Gesetzeslücke wird definiert als die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Vgl. hierzu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 344 ff.; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 216 ff.

<sup>134</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>135</sup> Der Anwendungsbereich von Art. 129 OR schliesst eine Verjährungsfristverkürzung völlig aus. Ein Haftungsausschluss nach Art. 100 OR und Art. 101 Abs. 3 OR ist nur in bestimmten Fällen nichtig. Vgl. hierzu GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>136</sup> KRAMER, judizieren contra legem, S. 181.

<sup>137</sup> KRAMER, judizieren contra legem, S. 181.

Sodann erscheint laut KOLLER die Unterscheidung zwischen der Verjährungsfristverkürzung, unter Beachtung der Grenzen von Art. 210 Abs. 4 OR, und der Beschränkung der Sachgewährleistungsansprüche als vertretbar, «weil einer blossen Rechtsverkürzung eher leichtfertig zugestimmt wird als einem gänzlichen Rechtsverzicht».<sup>138</sup> Wie bereits von GAUCH festgehalten, basiert diese Folgerung auch auf dem Gedanken von Art. 129 OR, welcher die Verkürzung der Verjährungsfristen von Art. 127 f. OR ausschliesst, eine Haftungsbeschränkung im Rahmen von Art. 100 OR jedoch zulässt.<sup>139</sup>

Zusammengefasst liegt nach der Auffassung der Mehrheitsmeinung in methodischer Hinsicht eine Gesetzeslücke *de lege ferenda* bzw. eine rechtspolitische Gesetzeslücke vor.<sup>140</sup> Dies führt gemäss der Mehrheitsmeinung dazu, dass eine Interpretation des vorliegenden Wertungswiderspruchs nach den methodischen Auslegungselementen von vornherein wegfällt. Die Mehrheitsmeinung geht deswegen *de lege lata* davon aus, dass die einzige Möglichkeit zur Entschärfung dieser Problematik darin besteht, dass die Gerichte Art. 8 UWG auf Haftungsbeschränkungen im Konsumentenkaufrecht restriktiv anwenden.<sup>141</sup> *De lege ferenda* wird an den Gesetzgeber appelliert, die EU-Kaufrechtsrichtlinie autonom nachzuvollziehen oder zumindest dafür zu sorgen, dass die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sind.<sup>142</sup> Gemäss GAUCH besteht *de lege ferenda* eine weitere Möglichkeit darin, nach dem Modell von Art. 256 Abs. 2 OR und Art. 288 Abs. 2 OR eine Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche in den AGB von Konsumentenkaufverträgen für ungültig zu erklären.<sup>143</sup> Der Mehrheitsmeinung verbleibt als einzige Lösung lediglich der Appell an den Gesetzgeber, möglichst zeitnah die reformbedürftigen Bestimmungen des Konsumentenkaufrechts zu revidieren, um diesen Wertungswiderspruch zu eliminieren.

---

<sup>138</sup> KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 780; SPIRO, S. 862; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rn. 462.

<sup>139</sup> Vgl. hierzu GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>140</sup> Vgl. hierzu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 217 f.

<sup>141</sup> KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 154; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762 f.

<sup>142</sup> KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.

<sup>143</sup> Diese Regelung könnte in Art. 199 OR als Abs. 2 hinter der Bestimmung zur Arglist als Abs. 1 integriert werden. Vgl. hierzu GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 154.

## 2. Minderheitsmeinung: Vorliegen einer Gesetzeslücke de lege lata

Die Ausführungen der zuvor dargestellten Lehrmeinungen und insbesondere der häufige Verweis auf den zuvor erwähnten Grössenschluss weisen laut DEDUAL darauf hin, «dass sich diese Meinungen nicht in einem Auslegungsdiskurs, sondern in einem Lückendiskurs verfangen haben».<sup>144</sup> So geht die Mehrheitsmeinung wie zuvor ausgeführt davon aus, dass es sich um eine Gesetzeslücke de lege ferenda und nicht um eine Gesetzeslücke de lege lata handle.<sup>145</sup> Dies ist gemäss DEDUAL darauf zurückzuführen, dass diese Lehrmeinung der Materialienlage und damit der Auffassung des historischen Gesetzgebers zu viel Gewicht beimesse: Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass zwar die Verjährungsfrist zwingender Natur ist, die Wegbedingung der Gewährleistungsordnung trotzdem noch problemlos möglich sein soll, wäre bei ausschliesslicher Geltung des historischen Auslegungselements eine Auslegung von Art. 210 Abs. 4 i.V.m. Art. 199 OR tatsächlich von vornherein verfehlt, da eben eine Gesetzeslücke de lege ferenda anzunehmen wäre.<sup>146</sup>

DEDUAL vertritt indessen die Meinung, dass sich die privatrechtliche Wertungseinheit de lege lata über die gemeinsame Interpretation von Art. 210 Abs. 4 i.V.m. Art. 199 OR herstellen lasse.<sup>147</sup> Bei der Interpretation von Art. 210 Abs. 4 OR ist gemäss dieser Lehrmeinung insbesondere das systematische Auslegungselement mit der Gesetzeskonkurrenzregelung zur lex specialis heranzuziehen.<sup>148</sup> Neben dem systematischen Auslegungselement greift diese Lehrmeinung auch die Materialienlage und damit das historische Auslegungs-

---

<sup>144</sup> DEDUAL, S. 93.

<sup>145</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Mehrheitsmeinung vorne in [§ 5, Kap. 1](#).

<sup>146</sup> Laut DEDUAL verkannte der Gesetzgeber das Verhältnis der Wegbedingung einer Forderung zum Verbot der Verjährungsfristverkürzung, weil er diese als alia zueinander in Beziehung setzte. Dabei ging unter, dass das eine das andere bedingt und das eine vom anderen nicht trennbar ist. Vgl. hierzu DEDUAL, S. 95.

<sup>147</sup> DEDUAL, S. 93 f.

<sup>148</sup> So soll anhand der systematischen Auslegung die Problematik zugunsten von Art. 210 Abs. 4 OR als lex specialis aufgelöst werden. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen zur Interpretation von Art. 210 Abs. 4 i.V.m. Art. 199 OR nach dem systematischen Auslegungselement in DEDUAL, S. 93 ff. und weiter hinten in [§ 8, Kap. 3](#).

element auf.<sup>149</sup> Daneben werden weitere Auslegungsaspekte aufgegriffen: So sind bei der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR teleologische Erwägungen betreffend den Ausbau des Konsumentenschutzes von hoher Bedeutung.<sup>150</sup> Schliesslich ist gemäss DEDUAL für die Methodik der Rechtsanwendung auch die Verfassung relevant und damit die verfassungskonforme Auslegung von Art. 210 i.V.m. Art. 199 OR.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Diesbezüglich wird zwar generell davon ausgegangen, dass insbesondere bei neueren Gesetzen die Materialien und der darin manifestierte Wille des Gesetzgebers von besonderer Bedeutung sind (relevant sind insbesondere Materialien, aus denen sich klar ergibt, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Bestimmung unbestrittenermassen zumessen wollte). Problematisch ist es jedoch, wenn die Materialien im Falle eines neueren Gesetzes dessen Wortlaut widersprechen. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen in DEDUAL, S. 95 f. und weiter hinten in [§ 7, Kap. 1](#).

<sup>150</sup> DEDUAL, S. 96. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen zur teleologischen Auslegung weiter hinten in [§ 9, Kap. 1](#).

<sup>151</sup> So führt die verfassungskonforme Auslegung unter Berücksichtigung von Art. 97 BV und dessen Konsumentenschutzvorschriften zum Ergebnis der vorrangigen Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen in DEDUAL, S. 96 und zur verfassungskonformen Auslegung weiter hinten in [§ 9, Kap. 4](#).

## § 6 Stellungnahme zu den Lehrmeinungen

Mit der Mehrheitsmeinung wird vorliegend die Ansicht geteilt, dass Art. 210 Abs. 4 OR im Zusammenhang mit Art. 199 OR sich als systemwidrige Norm qualifiziert. Nach der vorliegend vertretenen Meinung konnte von der Mehrheitsmeinung jedoch nicht ausreichend dargelegt werden, dass eine rechtspolitische Gesetzeslücke bzw. eine Gesetzeslücke *de lege ferenda* und nicht eine Gesetzeslücke *de lege lata* betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR besteht. Was die Lückenfrage anbelangt, argumentiert die Mehrheitsmeinung auf Basis der Materialienlage, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprochen habe, die Möglichkeit der Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht für ungültig zu erklären. Wie nachfolgend dargelegt wird, ist der Mehrheitsmeinung nach der vorliegend vertretenen Meinung nicht zu folgen, da es sich beim vorliegenden Wertungswiderspruch in Sachen Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR um eine Gesetzeslücke *de lege lata* handelt.

### 1. Kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers

Laut GAUCH besteht eine «Regelung durch Nichtregelung», wenn der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung verzichtet hat bzw. «im Lichte der geltungsgesetzlichen Gesamtkonzeption des Gesetzes [...] eine Nichtregelung sinnvoll gewollt haben kann».<sup>152</sup> Daraus würde folgen, dass ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers gegeben ist und es an einer Gesetzeslücke fehlt, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB auszufüllen bzw. nach Art. 1 Abs. 1 ZGB durch analoge Gesetzesanwendung zu lösen wäre.<sup>153</sup> Hinsichtlich Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR bestünde deshalb ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.<sup>154</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Meinung besteht der primäre Wille des Gesetzgebers demgegenüber jedoch darin, den Konsumentenschutz zu verbessern und das Konsumentenkaufrecht der Schweiz partiell dem EU-Standard anzugleichen.<sup>155</sup> Während des Gesetzgebungsprozesses wurde zwar wiederholt erwähnt, dass die Wegbedingung der Gewährleistungsansprüche möglich

---

<sup>152</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7; EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348.

<sup>153</sup> Zum qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers vgl. die Ausführungen in EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348.

<sup>154</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>155</sup> Für weitere Ausführungen zum Willen des Gesetzgebers vgl. weiter hinten in [§ 7, Kap. 1](#).

sein solle.<sup>156</sup> Jedoch zeigen die Materialien, insbesondere die Sitzungsprotokolle aus dem National- und Ständerat, dass sich der Gesetzgeber der entsprechenden Rechtsfolgen und des dadurch entstehenden Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR nicht bewusst war.<sup>157</sup> Es ist fraglich, wie aus den Gesetzgebungsmaterialien ein klarer Wille des Gesetzgebers zur Nichtregelung abgeleitet werden soll, wenn durch diese Materialien ebenfalls ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolgen der Revision von Art. 210 OR im Zusammenhang mit Art. 199 OR zum Teil und insbesondere mit Blick auf das vorliegende Thema falsch einschätzte.<sup>158</sup> Insbesondere gilt es zu bezweifeln, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, im Konsumentkaufrecht einen zusätzlichen Anreiz zur Wegbedingung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche für den Verkäufer zu schaffen und den angestrebten Konsumentenschutz zu untergraben. Dies resultiert jedoch aufgrund der Revision von Art. 210 OR, weil der Verkäufer die Verjährung nicht mehr unter die zwingende Grenze verkürzen kann: Der Verkäufer könnte in dieser Hinsicht versucht sein, sich besserzustellen, indem er sich von den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 199 OR freizeichnet.

Daraus ist zu schliessen, dass es in Bezug auf den vorliegenden Wertungswiderspruch nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, eine «Regelung durch Nichtregelung» bzw. ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu schaffen, sondern das zentrale Element primär das Ziel war, den Konsumentenschutz zu verbessern und diesen an den EU-Standard anzupassen.<sup>159</sup> Dem primären Willen des Gesetzgebers einzelne Voten<sup>160</sup> aus dem National- und Ständerat entgegenzustellen, die auf zum Teil nicht korrekten Annahmen basieren, erscheint nach vorliegend vertretener Ansicht nicht sachgemäss und

---

<sup>156</sup> Vgl. hierzu die Voten von NIDEGGER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; STAMM (Nationalrat), S. 41; HUBER (Nationalrätin), S. 43; LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), S. 44; LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), S. 45, Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 ff. Vgl. auch die Voten von BISCHOF (Ständerat), S. 67; SOMMARUGA (Bundesrätin), S. 68, Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 66 ff.

<sup>157</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 3](#); insbesondere die Ausführungen in [§ 3, Kap. 4](#), und in Fn. 94 und Fn. 96 sowie die Ausführungen weiter hinten in [§ 7, Kap. 1](#).

<sup>158</sup> Vgl. hierzu die Verweise in Fn. 157.

<sup>159</sup> Zum primären Ziel des Konsumentenschutzes und der ratio legis von Art. 210 OR vgl. die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>160</sup> Im Rahmen der Gesetzesauslegung kann zwar betreffend die Materialien des Gesetzgebungsprozesses eine Konsultierungspflicht, nicht aber eine strikte Befolgungspflicht angenommen werden. Vgl. hierzu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 162 f. Zu den relevanten Voten vgl. die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 4](#) und in Fn. 94 und Fn. 96.

verhindert, dass der eigentliche Sinn und Zweck der parlamentarischen Initiative «Mehr Schutz den Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR» Geltung erhält.<sup>161</sup> Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zumindest nicht bewusst auf eine Regelung verzichtete<sup>162</sup>, dass daher betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt und dementsprechend eine Gesetzeslücke besteht, die es auszulegen und nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen gilt. Bei der Definition der Lückenart<sup>163</sup> wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass es sich bei Art. 210 Abs. 4 OR um eine offene Gesetzeslücke und bei Art. 199 OR um eine Ausnahmelücke handelt.<sup>164</sup>

## 2. Keine Argumentation contra legem

Gemäss KRAMER kann zu Art. 210 Abs. 4 OR de lege lata, obwohl dies seiner Meinung nach wünschenswert wäre, nicht die Auffassung vertreten werden, dass aufgrund der nun zwingend geltenden Verjährungsfristen im Konsumentkaufrecht auch die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche zwingend ausgeschlossen ist.<sup>165</sup> Denn die Argumentation contra legem bzw. die Argumentation gegen den Sinn und Zweck einer Bestimmung entspricht nicht dem Argumentationsmodus eines Dogmatikers, sondern stellt eine rechtspolitische Stellungnahme dar.<sup>166</sup> Entscheidend ist gemäss KRAMER der wahre Rechtssinn einer Bestimmung, der durch die anerkannten Auslegungsmethoden zu ermitteln ist.<sup>167</sup> Schliesslich ist auch der Richter an die Norm-

---

<sup>161</sup> Der Gesetzgeber hat «das Verhältnis der Wegbedingung einer Forderung zum Verbot der Verkürzung der Verjährung verkannt [...], indem er sie als alia in Beziehung zueinander [setzte], wo doch das eine das andere eigentlich bedingt». Vgl. dazu DEDUAL, S. 95. Gemäss KRAMER können nur Materialien beachtlich sein, aus denen sich klar ergibt, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Bestimmung unbestrittenemassen zumessen wollte. Vgl. dazu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 161 f.

<sup>162</sup> Noch weniger ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber «im Lichte der geltungszeitlichen Gesamtkonzeption des Gesetzes [...] eine Nichtregelung sinnvoll gewollt haben kann». Vgl. hierzu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348.

<sup>163</sup> Zu den einzelnen Lückenarten und deren Füllung vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 216 ff.

<sup>164</sup> Zur offenen Gesetzeslücke (Art. 210 Abs. 4 OR) und deren Behebung anhand des Grössenschlusses vgl. die Ausführungen weiter hinten in [§ 8, Kap. 2, Bst. a](#) und zur Behebung der Ausnahmelücke (Art. 199 OR) mithilfe der teleologischen Reduktion vgl. die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 3](#).

<sup>165</sup> KRAMER, judizieren contra legem, S. 181.

<sup>166</sup> KRAMER, judizieren contra legem, S. 181.

<sup>167</sup> Vgl. hierzu BGE 111 Ia 292 E. 3b.

sinngrenze und damit den Sinn und Zweck gebunden.<sup>168</sup> Diesbezüglich bleibt unklar, aus welchem Grund die Mehrheitsmeinung von einem Verstoß gegen die ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR ausgeht, wenn die Wegbedingung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche nicht mehr möglich ist. Würde der Argumentation von KRAMER gefolgt, wäre anzunehmen, dass die Normsinn- grenze von Art. 210 Abs. 4 OR die praktisch vollständige Untergrabung des primär intendierten Konsumentenschutzniveaus zuliesse.<sup>169</sup> Folglich bedarf es zu dieser Thematik einer klaren Auseinandersetzung, insbesondere um abzuklä- ren, ob mit der vorliegend vertretenen Minderheitsmeinung eine Argumenta- tion contra legem vorgenommen würde.

Bei der Analyse eines Wertungswiderspruchs und so auch bei der Interpre- tation der vorliegenden Rechtsunsicherheit ist stets die ratio legis<sup>170</sup> einer Bestimmung entscheidend, auch wenn der klare Wortsinn dieser Norm ein anderes Ergebnis indiziert.<sup>171</sup> Das Bundesgericht stellt diesbezüglich fest: «Ent- scheidend ist [...] nicht der vordergründig klare Wortlaut, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist.»<sup>172</sup> Wer bei der Auslegung nach dem Wortlaut einer Bestimmung den Sinn und Zweck bzw. die ratio legis dieser Bestimmung missachtet, argumentiert contra legem.<sup>173</sup> Umgekehrt gilt, dass nicht contra legem argumentiert, wer zwar contra oder praeter verba legis argumentiert, dadurch jedoch dem Sinn und Zweck der Bestimmung zum Durchbruch verhilft.<sup>174</sup> Das Bundesgericht beschrieb zwar die ursprünglichen legislatorischen Motive von Art. 210 OR wie folgt: «Die kurze Verjährungsfrist des Art. 210 OR bezweckt, im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit baldmöglichst nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen; und der Handelsverkehr neigt wenig zu Abmachun- gen, die entgegen diesem Zwecke einer Verzögerung der endgültigen Erledi-

---

<sup>168</sup> Vgl. hierzu KRAMER, *judizieren contra legem*, S. 186.

<sup>169</sup> Auch SCHWEIZER/WOLFER gehen davon aus, dass die parlamentarische Initiative Leuten- egger Oberholzer das Ziel anstrebte, den Konsumentenschutz im Konsumentenkaufrecht zu verbessern. Vgl. hierzu SCHWEIZER/WOLFER, S. 1764 f.

<sup>170</sup> Die ratio legis bestimmt sich primär durch den Wortsinn einer Norm, der als wichtigstes Indiz für den Normsinn gilt. Es ist von zentraler Bedeutung, dass durch weitere Interpre- tationsschritte eine gesättigte Interpretation der fraglichen Norm angestrebt wird. Zur Herleitung der ratio legis einer Bestimmung vgl. BGE 121 III 219 E. 1 d aa.

<sup>171</sup> KRAMER, *judizieren contra legem*, S. 182.

<sup>172</sup> BGE 111 Ia 292 E. 3b.

<sup>173</sup> KRAMER, *judizieren contra legem*, S. 182 f. und S. 186.

<sup>174</sup> KRAMER, *judizieren contra legem*, S. 186.

gung Vorschub leisten.»<sup>175</sup> Jedoch sprach sich die Lehre bereits zu dieser Zeit dafür aus, dass dieser durch das Bundesgericht umschriebene Sinn und Zweck von Art. 210 OR lediglich auf den Handelsverkehr zutreffe und im Konsumentenkaufrecht weitgehend fehl am Platz sei, denn Art. 210 OR wird hier vielmehr als «krass unbillig empfunden».<sup>176</sup> Die Bestimmung der heutigen ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR muss insbesondere auf Basis der Gesetzgebungsmaterialien der jüngsten Revision von Art. 210 OR erfolgen. Diesen Materialien und bereits schon dem Titel der parlamentarischen Initiative ist zu entnehmen, dass der primäre Sinn und Zweck dieser Revision in der Verbesserung des Konsumentenschutzes und in der teilweisen Angleichung des Konsumentenkaufrechts der Schweiz an den EU-Standard besteht.<sup>177</sup> Demgegenüber könnte nun aber vorgebracht werden, dass der Gesetzgeber mit der auch heute noch geltenden Möglichkeit zur Wegbedingung der Gewährleistungsansprüche die Beibehaltung des vorherigen Niveaus an Verkehrs- und Rechtssicherheit im Kaufrecht bezwecken wollte. Diese beiden Positionen gilt es nachfolgend gegeneinander abzuwägen.

Der Schweizer Gesetzgeber wollte bei der Revision von Art. 210 OR einen Mittelweg gehen und wollte sowohl einen höheren Konsumentenschutz und die partielle Angleichung des schweizerischen Konsumentenkaufrechts an den EU-Standard als auch die Beibehaltung des früheren verkäuferseitigen Schutzniveaus betreffend die Verkehrs- und Rechtssicherheit. Dies resultiert aber im angesprochenen Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR.<sup>178</sup> Da Art. 210 Abs. 4 OR obsolet wäre, weil durch eine einfache Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche der zwingenden Verjährung keine Geltung mehr zukommen würde, muss gemäss der vorliegend vertretenen Meinung in erster Linie der vom Gesetzgeber primär intendierte Sinn und Zweck des Konsumentenschutzes der neu eingeführten Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR Vorrang erhalten. Auch aus dem Wortsinn dieser Bestimmung geht unmissverständlich hervor, dass Art. 210 Abs. 4 OR den Schutz

---

<sup>175</sup> BGE 133 III 335 E. 2.4.4; BGE 102 II 97 E. 3b; BGE 78 II 367 E. 2; BGE 63 II 401 E. 3c; BGE 58 II 207 E. 2.

<sup>176</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 6; MUNZINGER zu Art. 254 f. aOR.

<sup>177</sup> Vgl. die Ausführungen zur ratio legis von Art. 210 OR weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>178</sup> In der Konstellation von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR wäre kein Wertungswiderspruch entstanden, wenn entweder neben den zwingenden Verjährungsfristen auch den Sachgewährleistungsansprüchen eine zwingende Geltung zugesprochen worden wäre oder die Verjährungsfrist zwar auf zwei Jahre verlängert, jedoch die dispositive Natur beibehalten worden wäre.

des Konsumenten bezweckt.<sup>179</sup> Daraus folgt, dass vorrangig der Konsumentenschutz die ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR verkörpert.<sup>180</sup> Wenn nun die Ansicht vertreten wird, dass aufgrund der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht nicht mehr über Art. 199 OR beschränkbar und damit zwingender Natur seien, geht diese Aussage einher mit der ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR. Daraus resultiert, dass es sich hierbei nicht um eine Argumentation contra legem handelt. Wird der vorliegend vertretenen Meinung gefolgt, verstösst vielmehr die Befürwortung der dispositiven Wirkung der Sachgewährleistungsansprüche gegen die ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR.

### 3. Kein Analogieschluss aus Art. 129 OR i.V.m. Art. 100 OR

Laut KOLLER erscheint die Unterscheidung zwischen der Verjährungsfristverkürzung unter Beachtung der Grenzen von Art. 210 Abs. 4 OR und der Beschränkung der Gewährleistung nach Art. 199 OR als vertretbar, «weil einer blossen Rechtsverkürzung eher leichtfertig zugestimmt wird als einem gänzlichen Rechtsverzicht».<sup>181</sup> Basis dieses Analogieschlusses sind die ähnlich gelagerten Bestimmungen aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Art. 129 OR schliesst nämlich eine Fristverkürzung der Verjährung gemäss Art. 127 OR aus, wobei die Haftungsbeschränkung im Rahmen von Art. 100 OR demgegenüber möglich bleibt.<sup>182</sup> Solche Analogie-, aber auch Umkehrschlüsse sind insbesondere von Bedeutung bei der Auslegung des Privatrechts und lassen sich aus methodischer Sicht aus dem Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV ableiten. Der daraus abgeleitete Gleichheitssatz besagt, dass Gleiches nach seiner Gleichheit gleich (Analogieschluss) und Ungleiches nach seiner Ungleichheit ungleich (Umkehrschluss) zu behandeln sei.<sup>183</sup> Um einen Analogieschluss ziehen zu können, müssen die beiden zu vergleichenden Modelle demselben «Wertmuster» entsprechen.<sup>184</sup> Gemäss der bundesgericht-

---

<sup>179</sup> Indem der persönliche und sachliche Anwendungsbereich klar auf den Konsumentenkauf beschränkt wird und die beiden Verjährungsfristen zwingender Natur sind, zielt der Wortsinne eindeutig auf den Schutz der Konsumenten.

<sup>180</sup> Vgl. dazu die Ausführungen hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>181</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von KOLLER, Werkvertragsrecht, Rn. 780; SPIRO, S. 862; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rn. 462.

<sup>182</sup> Gleicher Meinung GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>183</sup> Vgl. dazu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 231.

<sup>184</sup> LÜSCHER, S. 59 ff.

lichen Rechtsprechung muss dabei der Gleichheitssatz<sup>185</sup> beachtet werden, denn der Gedanke des bestimmten Sachverhalts ist auch auf den unsicheren bzw. nicht geregelten Sachverhalt anwendbar.<sup>186</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Meinung besteht zwischen dem Modell aus dem allgemeinen Teil betreffend Art. 129 OR i.V.m. Art. 100 OR und dem Modell aus dem besonderen Teil betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR nicht dasselbe Wertmuster.<sup>187</sup> Dies ist vor allem dann der Fall, wenn zwischen den beiden Modellen ein Lex-specialis-Verhältnis anzunehmen ist. Durch die Revision von Art. 210 OR und insbesondere mit der Einführung von Art. 210 Abs. 4 OR sorgte der Gesetzgeber nämlich für eine grundlegende Akzentuierung insofern, dass im Schweizer Kaufrecht zwischen dem kaufmännischen und dem Konsumentenkaufrecht zu unterscheiden ist. Ein Teil der Lehre vertrat das so auch schon vor der Revision von Art. 210 OR.<sup>188</sup> Folglich dient die ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR der Rechtssicherheit, dem Verkehrsschutz und ist zudem speziell auf den Konsumentenschutz ausgerichtet.<sup>189</sup> Demgegenüber dient der Normzweck der Bestimmung zur Unabänderbarkeit der Verjährungsfristen in Art. 129 OR lediglich der Rechtssicherheit.<sup>190</sup> Dies spricht dafür, dass zwischen Art. 129 OR und Art. 210 Abs. 4 OR ein Lex-specialis-Verhältnis angenommen werden muss und deshalb ein zu differenzierendes Wertmuster der beiden Modelle gegeben ist. Sodann wird die ratio legis von Art. 100 OR und Art. 199 OR in der Gewährleistung der Privatautonomie gesehen. In der Lehre ist strittig, ob bei der Freizeichnung gemäss Art. 199 OR die weitergehende Vorschrift von Art. 100 Abs. 1 OR ebenfalls zur Anwendung kommt.<sup>191</sup> Das Bun-

---

<sup>185</sup> Vgl. hierzu weiter ausführend KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 226 ff.

<sup>186</sup> BGE 113 III 116 E. 3; vgl. ferner BGE 101 III 32 E. 2b.

<sup>187</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 5, Kap. 1](#) und weiter hinten in [§ 8, Kap. 3](#).

<sup>188</sup> Vgl. hierzu BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 2 ff. und insb. S. 12 f.; GIGER, BK, Vorb. Art. 197 ff. OR, Rn. 27 ff.; ähnlich auch KELLER/SIEHR, S. 106.

<sup>189</sup> Vgl. zur ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>190</sup> DÄPPEN, BSK, Art. 129 OR, Rn. 1.

<sup>191</sup> Gegen ein Lex-specialis-Verhältnis sind GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 6; FURRER, S. 85; KOLLER, Baurecht, S. 10 ff. und S. 79; LÖRTSCHER, S. 144 ff. Für ein Lex-specialis-Verhältnis sind HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 1; TUHR/ESCHER, S. 119, Fn. 34; BUCHER, BT, S. 84. Vgl. zum Ganzen auch ATAMER/KÜNG, S. 1093 ff.

desgerichtet hat die Frage bisher offengelassen.<sup>192</sup> Dass Art. 199 OR eine Lex-specialis-Vorschrift ist, die der allgemeinen Bestimmung von Art. 100 OR vorgeht, lässt sich gemäss vorliegend vertretener Ansicht dadurch untermauern, dass Art. 199 OR die Wegbedingung der Gewährleistung nur für arglistig verschwiegene Gewährsmängel für ungültig erklärt.<sup>193</sup> Daraus folgt im Umkehrschluss, dass grobfahrlässige Unkenntnis nicht schaden kann.<sup>194</sup> Wie bereits zuvor beim Verhältnis zwischen Art. 129 OR und Art. 210 Abs. 4 OR ist folglich auch im Verhältnis zwischen Art. 100 OR und Art. 199 OR für die kaufrechtliche Bestimmung von einem Lex-specialis-Verhältnis auszugehen. Deshalb ist gemäss vorliegend vertretener Meinung nicht von einem übereinstimmenden Wertungsmuster der beiden Modelle auszugehen und dementsprechend ein Analogieschluss zwischen Art. 129 OR i.V.m. Art. 100 OR und Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR nicht möglich.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob ein Analogieschluss lediglich zur Lückenfüllung oder aber bereits bei der Gesetzesauslegung zur Anwendung kommt. Gemäss der von HUBER und GAUCH vertretenen Lehrmeinung kommen die analoge Gesetzesanwendung und die teleologische Reduktion nicht erst bei der gesetzlichen Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB zur Anwendung, sondern auch schon im Rahmen der Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB.<sup>195</sup> Dieser Auffassung gilt es nach der vorliegend vertretenen Meinung zu folgen. Hinsichtlich der Rechtsunsicherheit zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR nimmt GAUCH nun auf der einen Seite an, dass eine Regelung durch Nichtregelung vorliege und es sowohl an einer Gesetzeslücke fehle, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen wäre, als auch die Voraussetzungen für eine analoge Gesetzesanwendung im Sinne der Auslegung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB nicht gegeben sei.<sup>196</sup> Die Gutheissung des oft erwähnten Grössenschlusses, der den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht zwingende Natur zu-

---

<sup>192</sup> Das Bundesgericht erläutert die beiden zuvor umschriebenen Lehrmeinungen und bemerkt, dass es in dieser Konstellation «[...] bisher jeweils nur Art. 199 OR angewandt [hat], freilich ohne Art. 100 Abs. 1 OR ausdrücklich auszuschliessen». Vgl. dazu BGE 107 II 161 E. 7b. Vgl. dazu auch BGE 126 III 59 E. 4a; BGE 91 II 344 E. 2a und BGE 73 II 218 E. 3. Auch offengelassen in BGer 4A\_38/2021 E. 7.3.3 f.

<sup>193</sup> Vgl. hierzu HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 1.

<sup>194</sup> Vgl. hierzu HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 1.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu HUBER, S. 354; GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 6. Für eine ausführliche Abhandlung der aktuellen Rechtslage vgl. EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 377 ff.

<sup>196</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne zur Mehrheitsmeinung in [§ 5, Kap. 1](#); GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

sprechen würde, wäre deswegen verfehlt.<sup>197</sup> Andererseits wird aber von dieser Lehrmeinung der Standpunkt vertreten, dass das Modell der Verjährungsfristverkürzung und Haftungsbeschränkung aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts gemäss Art. 129 OR i.V.m. Art. 100 OR auf das Modell der Verjährungsfristverkürzung und Haftungsbeschränkung im Konsumentkaufrecht gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR übertragbar sei.<sup>198</sup> Eben dies wäre aber ein Analogieschluss, weshalb die Gesetzesauslegung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB bzw. die Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB und somit auch die Möglichkeit des oft erwähnten Grössenschlusses eröffnet wären.

#### 4. Fazit

Aus den vorherigen Ausführungen ist zu schliessen, dass sich die Mehrheitsmeinung in einem Lückendiskurs verfangen hat und die Gesetzesauslegung nicht in Betracht zieht.<sup>199</sup> Die Vertreter der Mehrheitsmeinung beziehen sich bei ihren Ausführungen lediglich auf das historische Auslegungselement, insbesondere auf den Willen des Gesetzgebers und die damit verbundene, von ihnen als nicht durchführbar erachtete Lückenfüllung. Nach der von DEDUAL vorliegend vertretenen Meinung misst die Mehrheitsmeinung dem historischen Element jedoch zu viel Gewicht bei und verpasst die Chance, den zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehenden Wertungswiderspruch auszulösen.<sup>200</sup> In dieser Hinsicht fordert das Bundesgericht vom das Gesetz auslegenden Richter, «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis» zu finden.<sup>201</sup> Deswegen ist es auch abzulehnen, «die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen».<sup>202</sup> Sodann bemerkt das Bundesgericht, dass im Zusammenhang mit dem historischen Auslegungselement Gesetzesmaterialien nur beigezogen werden sollen, sofern «sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben».<sup>203</sup> Gemäss der vorliegend vertretenen Meinung gilt, dass es sich beim Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR nicht um eine Gesetzeslücke *de lege ferenda*, sondern um eine Gesetzeslücke *de lege lata* handelt, die es gemäss Art. 1 Abs. 1 und Abs.

---

<sup>197</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>198</sup> GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>199</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 5, Kap. 1, § 6](#) und DEDUAL, S. 93.

<sup>200</sup> DEDUAL, S. 94 f.

<sup>201</sup> BGE 135 III 112 E. 3.3.2; BGE 121 III 219 E. 1d aa.

<sup>202</sup> BGE 135 III 112 E. 3.3.2 m.w.H.

<sup>203</sup> BGE 134 III 16 E. 3; BGE 132 III 707 E. 2; BGE 131 III 33 E. 2.

2 ZGB nachfolgend anhand der Gesetzesauslegung und der Lückenfüllung zu bereinigen gilt, um die privatrechtliche Wertungseinheit wiederherzustellen. Dabei soll die vom Bundesgericht bei der Gesetzesauslegung geforderte sachlich richtige Lösung mit Blick auf die ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR gefunden werden. Bei dieser Auslegung sollen die verschiedenen Auslegungselemente soweit möglich zur Anwendung kommen, wobei die Gesetzesmaterialien insofern Beachtung finden, als diese die Absicht des Gesetzgebers klar aufzeigen.

### 3. Teil: Auslegung

Da der Wortlaut von Art. 210 Abs. 4 OR und jener von Art. 199 OR eben in vorliegendem Wertungswiderspruch resultieren und kein weiterer Interpretationsspielraum im Rahmen der grammatikalischen Auslegung besteht, wird bei der nachfolgenden Auslegung der Fokus auf die übrigen Auslegungselemente gerichtet. Diesbezüglich stellt das Bundesgericht fest, dass «[...] Abweichungen vom klaren Wortlaut zulässig oder sogar geboten [sind], wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt».<sup>204</sup> Ein triftiger Grund kann sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, dem Sinn und Zweck der Bestimmung oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben.<sup>205</sup> Vom Wortlaut einer Bestimmung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ferner abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.<sup>206</sup>

#### § 7 Historischer Wertungshorizont und Wille des Gesetzgebers

Aus methodischer Sicht wird nachfolgend in einem ersten Schritt der Gesetzgebungsprozess der Revision von Art. 210 OR anhand der subjektiv-historischen Interpretationsmethode ausgelegt, indem die gesetzgeberischen Absichten hinter der Revision von Art. 210 OR untersucht werden. Daraufaufgehend dreht sich der Fokus auf die objektiv-historische Auslegungsmethode, indem die Entwicklung des Wertungshorizonts von Art. 210 OR seit seiner ersten Inkraftsetzung untersucht wird.<sup>207</sup> Da sich zur Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR das objektiv-geltungszeitliche und das teleologische Interpretationselement massgebend überschneiden, erfolgt diese Auslegung im Rahmen der teleologischen Auslegung weiter hinten im [3. Teil in § 9](#).

---

<sup>204</sup> BGE 124 III 266 E. 4.

<sup>205</sup> BGE 123 III 89 E. 3a; BGE 122 V 412 E. 3; BGE 118 Ib 187 E. 5a; BGE 113 Ia 12 E. 3c.

<sup>206</sup> BGE 124 III 266 E. 4; BGE 113 V 74 E. 3b; BGE 109 Ia 19 E. 5d; BGE 103 Ia 225 E. 3c.

<sup>207</sup> Für weitere Ausführungen zum historischen Auslegungselement vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 135 ff.

## 1. Materialienlage – Wille des Gesetzgebers

Die subjektiv-historische Interpretation des Gesetzes fragt prioritär nach dem wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers und bezieht sich hierbei auf Äusserungen und Ansichten der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen. Heutzutage findet die subjektiv-historische Interpretation weniger Vertreter als auch schon.<sup>208</sup> Neben der Lehre betont auch das Bundesgericht, dass es bei der Gesetzesauslegung nicht primär auf den Willen des subjektiven Gesetzgebers ankomme, sondern auf das Gesetz und die damit verbundenen gesetzgeberischen Zweckbestrebungen selbst.<sup>209</sup> Da jedoch, wie im vorherigen Kapitel abgehandelt, die Mehrheitsmeinung betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR den Fokus insbesondere auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers legt, wird dieser nachfolgend trotzdem genauer untersucht.<sup>210</sup>

### a) Widersprüchliche Ansichten des Gesetzgebers

Grundsätzlich können bei der subjektiv-historischen Auslegung nur Materialien beachtlich sein, aus denen sich klar ergibt, welchen Sinn der Gesetzgeber einer Bestimmung unbestrittenermassen zumessen wollte.<sup>211</sup> Auch wenn die Absicht des Gesetzgebers durch die Materialien klar zum Ausdruck kommt, ist der Interpret keinesfalls unbedingt an diese gebunden.<sup>212</sup> In dieser Hinsicht besteht zwar eine Konsultierungspflicht, nicht aber eine unbedingte Befolgungspflicht.<sup>213</sup> Ebenfalls dürfen Voten aus dem Parlament nicht als einziger

---

<sup>208</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 167 f.; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 139 f.

<sup>209</sup> BGE 116 II 411 E. 5b; BGE 100 II 52 E. 2a; BGE 60 II 178 E. 4.

<sup>210</sup> Vgl. die Ausführungen zur Mehrheitsmeinung weiter vorne in [§ 5, Kap. 1](#).

<sup>211</sup> BGE 135 III 112 E. 3.3.2; BGE 134 III 16 E. 3; BGE 132 III 707 E. 2 und BGE 131 III 33 E. 2. Vgl. hierzu ebenfalls KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 161 f.

<sup>212</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 162.

<sup>213</sup> Vgl. hierzu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 162 f.; EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 179.

verbindlicher Hinweis für eine gewisse Auslegung herangezogen werden.<sup>214</sup> Wie nachfolgend gezeigt wird, handelt es sich bei der vorliegenden Materialienlage zur Revision von Art. 210 OR teilweise um undeutliche, die Absicht des Gesetzgebers nicht klar zum Ausdruck bringende Materialien.

Bei der Sichtung der Materialien entsteht der Eindruck, dass sich beim Gesetzgeber in der parlamentarischen Phase einige rechtliche Unsicherheiten ergaben, die nicht ausreichend geklärt werden konnten. Aus den Voten zum Thema der zwingenden Verjährungsfrist und den damit verbundenen Sachgewährleistungsansprüchen ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Thematik und die Rechtsfolgen nicht abschliessend verstand und sich des damit entstehenden Wertungswiderspruchs im Konsumentenkaufrecht nicht bewusst sein konnte.<sup>215</sup> Im grundlegenden Votum, durch welches der Antrag zur Verschiebung von Art. 199 Bst. b E-OR nach Art. 210 Abs. 4 OR begründet wurde, wird davon ausgegangen, dass es einerseits in Art. 199 OR um die Frage gehe, «[...] wie lange Gewähr geboten werden muss, wenn man etwas verkauft hat». Andererseits geht es gemäss demselben Votum um die Frage – das betrifft Art. 210 OR –, «wie schnell die Klagen verjähren, wenn man etwas verkauft».<sup>216</sup> Des Weiteren wird im selben Votum erwähnt, dass das vorliegende Geschäft komplexer sei, «[...] als man im ersten Moment denkt, weil es um eine Vermischung der Gewährleistung und der Verjährung geht».<sup>217</sup> Ziel dieses Votums

---

<sup>214</sup> Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirken, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selbst zum Ausdruck kommen. Vgl. hierzu BGE 112 II 1 E. 4; vgl. dazu auch BGE 135 III 112 E. 3.3.2; BGE 128 I 34 E. 3b; BGE 124 IV 106 E. 3a; BGE 121 III 219 E. 1d aa. Dies geht bereits aus den früheren Entscheidungen des Bundesgerichtes hervor: «Materialien haben den Charakter von blossen Hilfsmitteln.» Vgl. hierzu BGE 34 II 815 E. 1. Vgl. dazu auch BGE 56 II 66 E. 3: «Man kann die Materialien heranziehen, wenn das Gesetz dunkel ist, um auf den möglichen Sinn überhaupt zu stossen, aber eine verbindliche Kraft kommt ihnen nicht zu; sie sind blosser Hilfsmittel.»

<sup>215</sup> Dies lässt sich anhand des Votums von STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 veranschaulichen: «Das Sachthema ist relativ schwierig; wir haben auch in der Kommission einen Eindruck davon erhalten. Wir hatten den Artikel von Professor Peter Gauch vor uns, und wir haben die Antwort des Bundesamtes für Justiz erhalten. Allein wenn Sie diese beiden Berichte lesen, sehen Sie, wie komplex die Sache ist; sie ist komplexer, als man im ersten Moment denkt, weil es um eine Vermischung der Gewährleistung und der Verjährung geht.» Für ähnliche Voten vgl. VOGLER (Nationalrat), S. 42; FLACH (Nationalrat), S. 42 f.; Votum Nr. 2 von STAMM (Nationalrat), S. 45; LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), S. 45, Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 40 ff.

<sup>216</sup> STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 3 f.

<sup>217</sup> STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 3 f.

und des darin enthaltenen Antrags war es, die Gesetzesvorlage so umzugestalten, dass eine Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche nach wie vor möglich sei, die Verjährung aber neu geregelt werde. Von diesem Votum ausgehend, wurde im weiteren Verlauf der Debatte angenommen, dass es sich bei der Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR und der Verjährung «der Klagen auf Gewährleistung wegen Mängeln der Sache» gemäss Art. 210 OR um zwei unterschiedliche und voneinander relativ unabhängige Themenbereiche handle und diese möglichst nicht miteinander vermischt werden dürften. In einem darauffolgenden Votum wurde weiter ausgeführt, dass man im Kaufrecht «[...] fachlich und politisch entscheiden [muss], ob [man] im Verjährungs- und Gewährleistungsrecht generell gleiche oder unterschiedliche Fristen will».<sup>218</sup>

Gegenstand der kaufrechtlichen Verjährung<sup>219</sup> ist allein die Forderung bzw. das subjektive Forderungsrecht<sup>220</sup>, das aus dem Sachgewährleistungsanspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer entsteht.<sup>221</sup> In der Lehre, aber auch im Gesetz wird an vielen Stellen statt von einer Forderung vom Anspruch gesprochen.<sup>222</sup> Laut Bundesgericht gilt, auch wenn von einem Anspruch die Rede ist, dass dabei durchwegs «die Befugnis des Gläubigers [...], vom Schuldner bestimmte Leistung zu verlangen» gemeint ist.<sup>223</sup> Da gemäss der herrschenden Lehre und der vorliegend vertretenen Meinung die kaufrechtlichen Sachgewährleistungsansprüche als Gestaltungsrechte<sup>224</sup> zu qualifizieren sind, können diese selbst nicht verjähren, jedoch aber die daraus geltend gemachte Forderung.<sup>225</sup> Sobald nämlich die Forderung verjährt, wird diese zu einer Naturalob-

---

<sup>218</sup> SCHWANDER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 43.

<sup>219</sup> Verjährung bedeutet «Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf». Vgl. hierzu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3269.

<sup>220</sup> Der Begriff «Forderung» ist der abgekürzte Ausdruck für «subjektives Forderungsrecht». Vgl. hierzu BERTI, ZK, Art. 127 OR, Rn. 7.

<sup>221</sup> Die Verjährungsbestimmungen beziehen sich einzig auf Forderungen, nicht aber auf subjektive Rechte – wie z.B. dingliche Rechte, Immaterialgüter-, Persönlichkeits- oder eben Gestaltungsrechte. Vgl. hierzu KILIAS/WIGET, CHK, Art. 127 OR, Rn. 5; BGE 127 III 1 E. 3a; DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 2.

<sup>222</sup> DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 2.

<sup>223</sup> BGE 87 II 163 E. 3b.

<sup>224</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 205 OR, Rn. 3; BGE 109 II 40 E. 6a; anderer Meinung GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 7 ff.; KELLER/SIEHR, S. 88 jeweils m.w.H.

<sup>225</sup> Ein Privatrechtssubjekt kann anhand eines ihm zustehenden Gestaltungsrechts durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen Privatrechtssubjekts ohne dessen Mitwirkung durch Begründung, Änderung oder Aufhebung einer Rechtslage verändern. Vgl. hierzu BERTI, ZK, Art. 127 OR, Rn. 27.

ligation.<sup>226</sup> Der Schuldner bzw. der Verkäufer kann sich nach Ablauf der Verjährungsfrist auf die eingetretene Verjährung berufen, um eine Forderungsklage abweisen zu lassen (sog. Leistungsverweigerungsrecht).<sup>227</sup> Dementsprechend kann die Verjährungseinrede der Ausübung eines Gestaltungsrechts und im vorliegenden Fall eines Sachgewährleistungsanspruchs entgegengehalten werden.<sup>228</sup> Folgerichtig ist die Verjährung als materiell-rechtliches Institut zu qualifizieren, das der Forderung anhaftet.<sup>229</sup> Diese Forderung haftet ihrerseits an den Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR.<sup>230</sup>

An dieser Stelle sei zur Klarstellung erwähnt, dass aufgrund der einseitigen Geltendmachung eines Sachgewährleistungsanspruchs durch den Käufer eine Forderung gegenüber dem Verkäufer entsteht, die ihrerseits der kaufrechtlichen Verjährung gemäss Art. 210 OR unterliegt. Demgegenüber unterliegen die Sachgewährleistungsansprüche als Gestaltungsrechte in ihrem Bestand der Verwirkung (Art. 201 OR) und nicht der Verjährung. Diese Ausführungen veranschaulichen, dass die Sachgewährleistungsansprüche und die daraus entstehenden Forderungen sowie deren Verjährung eng zusammenhängen. Sie dürfen nicht, wie dies der Gesetzgeber im Rahmen der Revision von Art. 210 OR zum Teil annahm, als voneinander abzugrenzende Rechtsbegriffe betrachtet werden.<sup>231</sup> Die Materialien und insbesondere die Sitzungsprotokolle aus dem National- und Ständerat zeigen, dass sich der Gesetzgeber über die vor und nach der Revision von Art. 210 OR bestehende Rechtslage und den dadurch in Verbindung mit Art. 199 OR entstehenden Wertungswiderspruch nicht im Klaren war.<sup>232</sup> Es erscheint deshalb gemäss vorliegend vertretener Meinung

---

<sup>226</sup> Die Naturalobligation lässt sich gegen den Willen des Schuldners nicht mehr durch Klage erzwingen. Daher führt die Verjährungswirkung zur Entkräftung der Forderung. Der Bestand der Forderung ist von der Entkräftung nicht betroffen, sondern nur deren Durchsetzbarkeit. Vgl. hierzu BGE 99 II 185 E. 2b; DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 22; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3276.

<sup>227</sup> Das Leistungsverweigerungsrecht ist ein materiell-privatrechtliches, nicht prozessuales Recht. Vgl. hierzu BGE 119 III 108 E. 3a; SCHWANDER, OFK, Art. 127 OR, Rn. 6.

<sup>228</sup> DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 3.

<sup>229</sup> BGE 123 III 213 E. 5c und E. 6; DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 22.

<sup>230</sup> BERTI, ZK, Art. 127 OR, Rn. 27.

<sup>231</sup> Der Gesetzgeber hat «das Verhältnis der Wegbedingung einer Forderung zum Verbot der Verkürzung der Verjährung verkannt [...], indem er sie als alia in Beziehung zueinander [setzte], wo doch das eine das andere eigentlich bedingt». Vgl. dazu DEDUAL, S. 95.

<sup>232</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte weiter vorne in [§ 3, Kap. 2 f.](#) Gemäss KRAMER können nur Materialien beachtlich sein, aus denen sich klar ergibt, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Bestimmung unbestrittenermassen zumessen wollte. Vgl. dazu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 161 f.

als nicht sachgemäss, dem primären Willen des Gesetzgebers<sup>233</sup> einzelne Voten<sup>234</sup>, die auf falschen Annahmen basieren, entgegenzuhalten. Deswegen darf der Materialienlage zur Revision von Art. 210 Abs. 4 OR nicht zu viel Gewicht beigemessen werden.

b) *Was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann*

Der Gesetzgeber war sich der Widersprüchlichkeit des neuen Art. 210 OR i.V.m. Art. 199 OR ansatzweise bewusst. Aber auch die Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesrates zur Revision von Art. 210 Abs. 4 OR erscheinen teilweise widersprüchlich. Einerseits wird die Festlegung einer zwingenden Mindestverjährungsfrist im Revisionsvorschlag zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten unterstützt, denn «andernfalls wäre es möglich, diesen Schutz vertraglich systematisch wegzubedingen; er bliebe so toter Buchstabe».<sup>235</sup> Andererseits spricht sich der Bundesrat darauffolgend dafür aus, dass es weiterhin möglich sei, «die Gewährleistung als Ganzes wegzubedingen».<sup>236</sup> Dass zwar die Verjährungsfrist im Konsumentenkaufrecht neu zwingender Natur ist, die mit ihr verbundenen Sachgewährleistungsansprüche jedoch immer noch vollständig ausschliessbar sind, führt im Endeffekt eben dazu, dass der neue Art. 210 Abs. 4 OR Gefahr läuft, toter Buchstabe zu werden.

Diesbezüglich ist gemäss vorliegend vertretener Ansicht zu bezweifeln, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Konsumentenkaufrecht für den Verkäufer einen, wenn auch ungewollten, Anreiz zur Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche zu schaffen und den angestrebten Schutz des Käufers im Konsumentenkaufrecht dadurch zu untergraben. Genau dieses Risiko droht jedoch aufgrund der Revision von Art. 210 OR, weil der Verkäufer die Verjährung nicht mehr unter die gesetzlich verankerte zwingende Grenze verkürzen kann. Der Verkäufer würde sich entsprechend besserstellen, wenn er über Art. 199 OR die Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR wegbedingt und dem Käufer im Konsumentenkaufrecht eine Garantie mit ei-

---

<sup>233</sup> Verbesserung des Konsumentenschutzes und Angleichung des Konsumentenschutznie-  
veaus an den EU-Standard.

<sup>234</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 4](#) und in Fn. 94 und  
Fn. 96.

<sup>235</sup> Gemäss Stellungnahme des Bundesrates ist dem Schweizer Recht die Einschränkung der  
Vertragsfreiheit zugunsten des Konsumentenschutzes vertraut (so z.B. Art. 40b und 406e  
OR). Vgl. hierzu die Stellungnahme BR, S. 3906.

<sup>236</sup> Vgl. hierzu die Stellungnahme BR, S. 3906.

ner kürzeren Garantiefrist gewährt. So führt die neue Systematik von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR zu einem veränderten Anreizmuster, das nach der vorliegend vertretenen Ansicht im Endresultat zu einem tieferen Konsumentenschutzniveau führen kann. Das dadurch potenziell resultierende Ergebnis kann nicht dem tatsächlichen Willen des Gesetzgebers entsprechen.

### c) *Erkennbarer Wille des Gesetzgebers*

Anhand der subjektiv-historischen Interpretation gilt es an dieser Stelle den erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers bestmöglich herzuleiten. Da die Gesetzgebung ein gemeinschaftlich gestalteter Prozess ist, kann ein einzelnes Votum nicht verbindlich sein, sondern es geht darum, das gemeinsame Verständnis der gesetzgeberischen Akteure und damit deren kollektiven Willen zu eruieren.<sup>237</sup> Auch das Bundesgericht fordert eine Gesetzesauslegung nach der sachlich richtigen Entscheidung im normativen Gefüge.<sup>238</sup> Die Auslegung muss diesbezüglich auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis* der auszulegenden Gesetzesbestimmung ausgerichtet sein. Hierzu können die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, sofern sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben.<sup>239</sup> In dieser Hinsicht stellte das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 48ter AHVG fest, dass die Äusserungen der Entstehungsgeschichte zu Satz 2 von Art. 48ter AHVG unklar, ja sogar widersprüchlich seien und daher keine schlüssigen Anhaltspunkte für die Auslegung ergäben.<sup>240</sup> Schliesslich sind die Gesetzesmaterialien zu den Vorarbeiten bzw. zur Entstehungsgeschichte weder verbindlich noch für die Auslegung direkt entscheidend.<sup>241</sup> Vielmehr entfaltet das Gesetz ein eigenständiges und vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft tritt.<sup>242</sup> Da die Ermittlung des kollektiven gesetzgeberischen Willens für die Revision des gesamten Art. 210 OR umfangreich und nur ein Teil davon vorliegend relevant ist, wird nachfolgend lediglich der gesetzgeberische Wille betreffend Art. 210 Abs. 4 OR ermittelt.

Das Ziel und der übergeordnete allgemeine gesetzgeberische Wille der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR bestehen klar in der Verbesserung des Konsumentenschutzes und der Heranführung des schweizerischen Konsumenten-

---

<sup>237</sup> EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 167.

<sup>238</sup> BGE 135 III 112 E. 3.3.2.

<sup>239</sup> BGE 135 III 112 E. 3.3.2.; BGE 134 III 16 E. 3; BGE 132 III 707 E. 2; BGE 131 III 33 E. 2.

<sup>240</sup> BGE 112 II 167 E. 2.a. und E. 2.b.

<sup>241</sup> BGE 112 II 167 E. 2b; BGE 103 Ia 290 E. 2c.

<sup>242</sup> BGE 112 II 167 E. 2b; BGE 103 Ia 290 E. 2c; BGE 67 II 236 E. 2d.

tenkaufrechts an den EU-Standard.<sup>243</sup> Auf diese übergeordneten allgemeinen Ziele folgen die untergeordneten spezifischen Ziele. Im Mittelpunkt steht hier der während des Gesetzgebungsprozesses aufgeworfene Einwand von GAUCH, dass im kaufmännischen Verkehr tätige KMU ähnliche Schutzbedürfnisse aufwiesen wie der Käufer im Konsumentenkaufrecht.<sup>244</sup> Dieser Einwand wurde in der ersten Nationalratssitzung angesprochen und die Kommission stellte in der darauffolgenden Ständeratssitzung den Antrag, Art. 199 Bst. b Ziff. 2 E-OR zu streichen.<sup>245</sup> Die Annahme dieses Antrags im Ständerat hatte zu dieser Zeit zur Folge, dass der Anwendungsbereich der zwingenden Verjährung nicht nur auf das Konsumentenkaufrecht beschränkt worden wäre, sondern auch im kaufmännischen Verkehr Geltung erhalten hätte. Dadurch wäre in der Schweiz ein deutlich höheres Schutzniveau als im EU-Raum erreicht worden.<sup>246</sup> In der zweiten Sitzung des Nationalrates wurde mit dem Minderheitsantrag Stamm beantragt, dass die Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR ausgeschnitten und nach Art. 210 Abs. 3<sup>bis</sup> E-OR (heute Art. 210 Abs. 4 OR) verschoben werde.<sup>247</sup> Der Minderheitsantrag Stamm wurde sodann auch angenommen.<sup>248</sup> Einerseits resultiert aus der Annahme dieses Antrags, dass der Anwendungsbereich der zwingenden Verjährung von Art. 210 Abs. 4 OR wieder auf den Kauf im Konsumentenkaufrecht beschränkt wird. Andererseits wurde mit dem Minderheitsantrag Stamm fälschlicherweise eine Unterscheidung der zwei Fragen bezweckt, «wie lange Gewähr geboten werden muss, wenn man etwas gekauft hat» und «wie schnell die Klagen verjähren, wenn man etwas verkauft».<sup>249</sup> Zudem sollte die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche nach wie vor möglich sein, die Verjährung aber neu geregelt werden, indem die Bestimmung von Art. 199 Bst. b E-OR nach Art. 210 Abs. 3<sup>bis</sup> E-OR (heute Art. 210 Abs. 4 OR) verschoben wird. Anhand der Reduzierung des Anwendungsbereichs von Art. 210 Abs. 4 OR auf das Konsumentenkaufrecht wird eine Gleichstellung des Konsumentenschutzniveaus der Schweiz mit dem Konsumentenschutzniveau der EU-Staaten erreicht. Jedoch führt die Verschiebung von

---

<sup>243</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>244</sup> GAUCH, NZZ vom 30. August 2011.

<sup>245</sup> Abstimmungsresultat SR, Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1051.

<sup>246</sup> In der Schweiz wären deswegen nicht nur Konsumenten, sondern auch der Handelsverkehr unter juristischen Personen vom Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR betroffen gewesen.

<sup>247</sup> Votum STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 f. Vgl. hierzu die Ausführungen vorne in [§ 3, Kap. 2](#).

<sup>248</sup> Abstimmungsresultat NR, Amtl. Bull. SR vom 28. Februar 2012, S. 45 und die weiterführenden Ausführungen hierzu weiter vorne in [§ 3, Kap. 2](#).

<sup>249</sup> Votum STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41 f.

Art. 199 Bst. b E-OR nach Art. 210 Abs. 3<sup>bis</sup> E-OR (heute Art. 210 Abs. 4 OR) dazu, dass eine Rechtsunsicherheit betreffend die Rechtsnatur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht entsteht. Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich auf der Stufe der untergeordneten spezifischen Ziele des Gesetzgebers keine klare Antwort auf die hier gestellte Frage nach dem Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 OR zum Art. 199 OR herauslesen. Gemäss der vorliegend vertretenen Meinung sind folglich die Gesetzesmaterialien auf der Stufe der untergeordneten spezifischen Ziele nicht zur Auslegung beizuziehen.

Betrachtet man jedoch die Stufe der übergeordneten allgemeinen Ziele bzw. des übergeordneten allgemeinen Willens des Gesetzgebers, so zeigt sich dieser in bestechender Klarheit.<sup>250</sup> Der primäre und übergeordnete Wille des Gesetzgebers besteht vorliegend darin, den Konsumentenschutz zu verbessern und das schweizerische Konsumentenkaufrecht partiell an den EU-Standard heranzuführen.<sup>251</sup> Zum einen ist nun davon auszugehen, dass der Gesetzgeber zumindest nicht bewusst auf eine Regelung verzichtet hat<sup>252</sup>, daher betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt und dementsprechend eine Gesetzeslücke besteht, die es nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen gilt.<sup>253</sup> Zum anderen kann der Gesetzgeber, im Sinne der übergeordneten allgemeinen Ziele, nicht gewollt haben, dass das Konsumentenschutzniveau nach der Revision von Art. 210 OR im Endeffekt tiefer liegt, als dies zuvor der Fall war. Deshalb dürfen die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht gemäss der vorliegend vertretenen Meinung nicht mehr über Art. 199 OR wegbedungen werden, weswegen die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht gemäss Art. 205 f. OR während derer Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR zwingender Natur sind.<sup>254</sup>

---

<sup>250</sup> Zum primären Ziel des Konsumentenschutzes und der ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR vgl. die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>251</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 1](#) und weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>252</sup> Noch weniger ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber «im Lichte der geltungszeitlichen Gesamtkonzeption des Gesetzes [...] eine Nichtregelung sinnvoll gewollt haben kann». Vgl. hierzu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 348; GAUCH, Gedanken zur Gesetzgebung, S. 7.

<sup>253</sup> Bei der Definition der Lückenarten wird vorwiegend die Ansicht vertreten, dass es sich bei Art. 210 Abs. 4 OR um eine offene Gesetzeslücke und bei Art. 199 OR um eine Ausnahmelücke handle. Vgl. hierzu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 6, Kap. 1](#).

<sup>254</sup> Für die daraus resultierenden Rechtsfolgen vgl. weiter hinten ab [§ 10 ff.](#)

## 2. Entwicklung des historischen Wertungshorizonts von Art. 210 OR

Bei der Gesetzesauslegung anhand der objektiv-historischen Auslegungsmethode ist die Bedeutung der Bestimmung zur Zeit ihrer Entstehung relevant.<sup>255</sup> Der Wille des Gesetzgebers tritt bei dieser Auslegungsmethode gegenüber der Bedeutung, die das tatsächlich Geschriebene aus Sicht der Entstehungszeit hat, in den Hintergrund.<sup>256</sup> Ähnlich wie bei der subjektiv-historischen Auslegung ist die Materialienlage für die objektiv-historische Methode der wichtigste Bezugspunkt.<sup>257</sup> Wie nachfolgend gezeigt wird, untermauert die Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR nach der objektiv-historischen Methode das noch vage Ergebnis der zuvor vorgenommenen subjektiv-historischen Auslegung, indem gezeigt wird, dass die zur Entstehungszeit ergangene Kommunikation<sup>258</sup> von dem in Wirklichkeit gesetzgeberisch Beabsichtigten<sup>259</sup> abweicht.<sup>260</sup> Heutzutage bekennen sich diverse Autoren zur objektiv-historischen Auslegungsmethode.<sup>261</sup> Im Rahmen der objektiv-historischen Auslegungsmethode wird ein zeitlich bedingter Bedeutungswandel eines Gesetzes berücksichtigt, wenn sich dadurch eine geänderte Normsituation ergibt.<sup>262</sup> Folglich wird nachfolgend Art. 210 OR nicht nur auf der Basis seiner Entstehungsgeschichte im Jahr 1912, sondern auch auf Basis der umfassenden Entwicklung von dessen historischem Wertungshorizont bis in die Gegenwart ausgelegt.

---

<sup>255</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 169; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 140 f.

<sup>256</sup> Dementsprechend steht der Wille des Gesetzes über dem Willen des Gesetzgebers. Dadurch wird nicht nur die Auslegung erleichtert, sondern auch die Rechtssicherheit verbessert. Vgl. hierzu EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 169.

<sup>257</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 140 f.

<sup>258</sup> Hierbei ist die Kommunikation des Gesetzgebers gemeint, welche die zweijährige bzw. einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR als zwingend erklärt, jedoch die Wegbedingung der Gewährleistung immer noch als möglich erachtet. Vgl. dazu insbesondere die Ausführungen in § 3, Kap. 4 und die Voten in Fn. 94 und Fn. 96.

<sup>259</sup> Das gesetzgeberisch wirklich Beabsichtigte waren zur Entstehungszeit primär die Verbesserung des Konsumentenschutzes und die Angleichung des schweizerischen Konsumentenaufsichts an den EU-Standard. Vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>260</sup> Zur Unterscheidung zwischen den beiden Methoden vgl. EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 169; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 139 ff.

<sup>261</sup> GELZER, objektiv-historisches Verständnis, S. 39 ff. und insbesondere S. 47; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 37 ff.; LARENZ/CANARIS, S. 139; BIAGGINI, S. 42 und S. 48; EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 170.

<sup>262</sup> MEIER-HAYOZ, BK 1962, Art. 1 ZGB, Rn. 154 ff.

a) *Früherer Wertungshorizont*

Die Bestimmung von Art. 210 OR stammt konzeptuell aus dem römischen Recht, welches für die ädilischen Rechtsbehelfe<sup>263</sup> eine kurze Verjährungsfrist vorsah.<sup>264</sup> Im römischen Recht wurden für die Wandelungsklage eine sechsmonatige und für die Minderungsklage eine einjährige Verjährungsfrist vorgesehen.<sup>265</sup> Aus heutiger Perspektive diene dieses Edikt mit der Wandlungs- und Minderungsklage einerseits der Rechts- und Verkehrssicherheit und andererseits dem Käufer- bzw. dem Konsumentenschutz.<sup>266</sup> Das Edikt wurde nämlich dazu erlassen, dem Betrug seitens des Verkäufers vorzubeugen und um dem Käufer die Möglichkeit zu geben, sich gegen einen Verkäufer, der ihn getäuscht hat, zu wehren.

Seit Längerem ist im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens die Durchsetzbarkeit materieller Ansprüche zeitlich begrenzt.<sup>267</sup> Weil Sachgewährleistungsansprüche unabhängig vom Verschulden des Verkäufers entstehen, wählte der Gesetzgeber im Gegensatz zur zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR für das Kaufrecht eine wesentlich kürzere Verjährungsfrist. In diesem Sinne wurde Art. 210 OR seit jeher als *lex specialis* zu den allgemeinen Verjährungsvorschriften der Art. 127 ff. OR qualifiziert.<sup>268</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es das legislatorische Motiv von Art. 210 OR mit den kurzen Verjährungsfristen im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit so bald als möglich nach der Ablieferung der Kaufsache eine klare Rechtslage zu schaffen.<sup>269</sup> Daraus leitete das Bundesgericht ab, dass bei Verjährungsabreden im Zweifelsfall zugunsten der geringeren Belastung des Ver-

---

<sup>263</sup> Die ädilischen Rechtsbehelfe (Wandelung und Minderung) gehen aus dem Edikt der kurlischen Ädilen hervor. Vgl. hierzu KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 38; vgl. hierzu ZERRES, S. 13. Die Ädilen dienten als Marktpolizei und formulierten Vorschriften, die jeder Verkäufer von Sklaven und Vieh auf öffentlichen Marktplätzen einhalten musste. Vgl. hierzu JAKAB, S. 32 f.

<sup>264</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 5; HONSELL, Römisches Recht, S. 162 ff.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 36 ff.

<sup>265</sup> ZERRES, S. 13 f.

<sup>266</sup> Vgl. hierzu KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 52, Rn. 42.

<sup>267</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 13 m.w.H.

<sup>268</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 13.

<sup>269</sup> BGE 78 II 367 E. 2.

käufers entschieden werden musste.<sup>270</sup> Von der älteren Lehre<sup>271</sup> wurde bereits damals kritisiert, dass die bundesgerichtliche Argumentation bzw. der damalige Wertungshorizont zu Art. 210 OR lediglich auf den Handelsverkehr abziele und «im bürgerlichen Verkehr weitgehend fehl am Platz» sei.<sup>272</sup> Wie weiter vorne ausgeführt, wurde die frühere Bestimmung von Art. 210 OR und insbesondere die einjährige Verjährungsfrist für das Konsumentenkaufrecht als «krass unbillig empfunden».<sup>273</sup> Entsprechend wurde bereits um die 1950er-Jahre in der Lehre festgestellt, dass in der Praxis längere Garantiefristen als die gesetzlich vorgegebene Verjährungsfrist viel häufiger anzutreffen seien als kürzere Garantiefristen.<sup>274</sup> Dies liess sich einerseits darauf zurückführen, dass Kaufsachen so beschaffen sein können, dass ein versteckter Mangel erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist auftritt und es dementsprechend einer verlängerten Garantiefrist bedarf.<sup>275</sup> Andererseits beabsichtigte der Verkäufer, mit einer längeren Garantiefrist das Vertrauen des Käufers in seine Kaufware zu gewinnen.<sup>276</sup> Gegenüber der öfters anzutreffenden, im Gegensatz zur gesetzlichen Verjährungsfrist verlängerten Garantiefrist wurde die seltener anzutreffende verkürzte Garantiefrist hauptsächlich dann verwendet, wenn die Kaufsache einer schnellen Abnutzung unterlag.<sup>277</sup>

## b) Aktueller Wertungshorizont

In einem jüngeren Urteil änderte das Bundesgericht seine Ansichten, die nun ebenfalls der älteren Lehre<sup>278</sup> zu Art. 210 OR im Zusammenhang mit dem Konsumentenkaufrecht entsprechen. So gibt das Bundesgericht zu bedenken, dass sich die Bedeutung und Funktion des einfachen Kaufvertrags aufgrund der technischen Entwicklung und der allgemeinen Neigung zum Massenvertrag verändert habe.<sup>279</sup> Der Käufer erscheint deswegen «mehr denn je als der

---

<sup>270</sup> BGE 78 II 367 E. 2.

<sup>271</sup> GELZER, Anpassung CH- an EU-Kaufrecht, S. 54 ff.; KRAMER, konsumentenrechtliche Defizite, S. 206 ff. und S. 215; SCHÖNLE, S. 345 ff. und S. 361; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 28. Anderer Meinung HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 2.

<sup>272</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 28.

<sup>273</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 6, Kap. 2](#); GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 28.

<sup>274</sup> WITSCHI, S. 61 ff.

<sup>275</sup> WITSCHI, S. 61.

<sup>276</sup> WITSCHI, S. 61.

<sup>277</sup> WITSCHI, S. 64.

<sup>278</sup> GELZER, Anpassung CH- an EU-Kaufrecht, S. 54 ff.; KRAMER, konsumentenrechtliche Defizite, S. 206 ff. und S. 215; SCHÖNLE, S. 345 ff. und S. 361; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 28.

<sup>279</sup> BGE 114 II 131 E. 1c. Vgl. hierzu auch den Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2892.

schutzwürdigere Teil», wenn er durch den Verkäufer schlecht bedient wurde.<sup>280</sup> Damit einhergehend bemerkt das Bundesgericht ebenfalls, «dass die als Begründung für die kurzen Fristen angeführten Verkehrsbedürfnisse in Wirklichkeit einseitig den Verkäufer begünstigen und die Interessen des Käufers ausser Acht lassen».<sup>281</sup> Ebenfalls wandte das Bundesgericht in jüngster Vergangenheit bei der Beurteilung der Sorgfaltspflicht des Käufers beim Kauf einer Immobilie unterschiedliche Sorgfaltsmassstäbe an; je nachdem, ob es sich um einen Käufer im Konsumentenkaufrecht oder einen im kaufmännischen Verkehr tätigen Käufer handelte.<sup>282</sup> Diese Veränderung des Wertungshorizontes machte sich nicht nur in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung bemerkbar, sondern auch aufgrund der Entwicklungen im europäischen Recht. So sah einerseits das Wiener Kaufrecht seit längerer Zeit eine zweijährige Rügefrist vor und somit einen höheren Schutzstandard.<sup>283</sup> Andererseits wurde der Konsumentenschutz mit der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie in sämtlichen EU-Staaten auf ein standardisiertes Niveau gehoben, das im Konsumentenkaufrecht insbesondere eine zwingende zweijährige Verjährungsfrist inklusive Sachgewährleistungsansprüchen von gesetzlich zwingender Natur vorsieht.<sup>284</sup> Mit der Revision von Art. 210 OR sollte auch in der Schweiz die für das Konsumentenkaufrecht seitens der Lehre, der Rechtsprechung und des Gesetzgebers als zu kurz und unbillig empfundene einjährige Verjährungsfrist für Sachgewährleistungsansprüche verlängert werden und zwingenden Charakter erhalten. In den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren wird das Bedürfnis nach mehr Konsumentenschutz, neben der Erwähnung im Titel der parlamentarischen Initiative<sup>285</sup>, an mehreren Stellen speziell hervorgeho-

---

<sup>280</sup> BGE 114 II 131 E. 1c.

<sup>281</sup> BGE 114 II 131 E. 1c. Zum Ganzen auch MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1.

<sup>282</sup> BGer 4A\_11/2015 E. 1; vgl. auch die Bemerkung zum im Voraus erwähnten Entscheid des Bundesgerichts in BRUNNER/VISCHER, S. 13. Das Bundesgericht sowie die Vorinstanz betonten in diesem Verfahren mehrfach, dass der Käufer weder über das nötige rechtliche noch über das immobiliengeschäftliche Fachwissen verfügt habe. Damit gab es zu erkennen, dass an die Sorgfaltspflicht des Käufers im kaufmännischen Verkehr höhere Anforderungen gestellt werden können. Im kaufmännischen Verkehr könne der Verkäufer eher annehmen, dass der Käufer über entsprechende Mängel aufgrund der geschäftstypisch zu erwartenden Prüfungsobliegenheit selbst gewusst haben müsse.

<sup>283</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1.

<sup>284</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur EU-Kaufrechtsrichtlinie und deren Umsetzung weiter vorne in § 2; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1.

<sup>285</sup> Der Titel der parlamentarischen Initiative lautet «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR».

ben.<sup>286</sup> Auch aus der objektiv-historischen Auslegung von Art. 210 OR ergibt sich das klare Ziel von Art. 210 Abs. 4 OR: die Verbesserung des Konsumentenschutzes in der Schweiz und die partielle Angleichung des Schutzniveaus an den EU-Standard.<sup>287</sup>

Aus der Untersuchung des aktuellen Wertungshorizonts der Verjährungsbestimmung betreffend die Sachgewährleistungsansprüche der Käufer im Konsumentenkaufrecht ergibt sich gemäss der vorliegend vertretenen Meinung eine klare Tendenz zur differenzierten Auslegung des kaufmännischen und Konsumentenkaufrechts. Auch die Untersuchung des historischen Wertungshorizonts von Art. 210 OR zeigt, dass die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht nicht mehr gemäss Art. 199 OR wegbedungen werden dürfen, da diesen Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR von Gesetzes wegen zwingende Natur zukommt.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> Kommissionsbericht NR April 2010, S. 4; Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 6 und S. 8; Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2892; Stellungnahme BR April 2011, S. 3906; Votum von GADIENT (Nationalrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum von WYSS (Nationalrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425; Votum von SOMMARUGA (Bundesrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425 f.; Votum von FLURI (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1427; Votum von STAMM (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 41; Votum von SCHWANDER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 43; Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67.

<sup>287</sup> Kommissionsbericht NR April 2010, S. 7 f., S. 10 und insbesondere S. 11; Bericht Vernehmlassungsverfahren Dezember 2010, S. 6 und S. 8; Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2892, S. 2895 f. und insbesondere S. 2898; Stellungnahme BR April 2011, S. 3905; Votum von LEUTENEGGER OBERHOLZER (Nationalrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1423 f.; Votum von NIDEGGER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum von GADIENT (Nationalrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum von SOMMARUGA (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425; Votum von WYSS (Nationalrätin), Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425; Votum von SOMMARUGA (Bundesrätin), Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1050 f.; Votum von VOGLER (Nationalrat), Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 42; Votum von BISCHOF (Ständerat), Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67.

<sup>288</sup> Für die daraus resultierenden Rechtsfolgen vgl. die weiteren Ausführungen hinten in [§ 10 ff.](#)

## § 8 Analogismen und Gesetzeskonkurrenzen

Gemäss KRAMER sind Analogieschlüsse nicht nur im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung, sondern auch im Rahmen der eigentlichen Auslegung anwendbar. Indem nämlich durch die systematische Auslegung von Gesetzesbestimmungen deren normativer Kontext beachtet wird, kommt dem systematischen Auslegungselement ein analogischer Charakter zu. Dementsprechend können Unklarheiten einer Regelung durch einen Analogieschluss bzw. durch die Bezugnahme auf ähnliche Regelungen in ähnlichen Zusammenhängen behoben werden.<sup>289</sup> In diesem Kapitel wird nun zunächst aufgezeigt, dass die bestehende Gesetzeslücke im Rahmen von Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR anhand von Analogieschlüssen behebbar ist. Sodann wird die zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehende Gesetzeskonkurrenz aus systematischer Sicht untersucht und aufgezeigt, wie diese zu lösen ist.

### 1. Art. 210 Abs. 4 OR als obsoleete Bestimmung

Mit der Verjährung als materiell-rechtlichem Institut kommt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht zu. So kann der Schuldner bei Ablauf einer Verjährungsfrist gegenüber dem Gläubiger die rechtshindernde Verjährungseinrede geltend machen.<sup>290</sup> Geht man davon aus, dass im Konsumentenkaufrecht die Sachgewährleistungsansprüche aus Art. 205 f. OR über Art. 199 OR per Regelung im Kaufvertrag wegbedungen werden könnten, würde die Obsoleszenz der zwingenden Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR drohen. Die Forderungen, welche den Sachgewährleistungsansprüchen der Käufer im Konsumentenkaufrecht anhaften, würden unter dieser Annahme zu Naturalobligationen.<sup>291</sup> Damit der zwingenden Natur von Art. 210 Abs. 4 OR überhaupt Geltung zukommt, bedarf es einer verjähren Forderung bzw. eines verjähren Sachgewährleistungsanspruchs des Käufers im Konsumentenkaufrecht, damit die Verjährungseinrede überhaupt wirksam geltend gemacht wer-

---

<sup>289</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 122 und insbesondere S. 227.

<sup>290</sup> Vgl. hierzu BGE 123 III 213 E. 5c; DEDUAL, S. 93 ff.; BERGER, Rn. 1434; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 83.01 und Rn. 85.01. Vgl. ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3276.

<sup>291</sup> Vgl. BGE 99 II 185 E. 2b; derselben Meinung ist auch DEDUAL, S. 93. In diesem Fall kann die Verjährungseinrede gar nicht aufleben, denn aufgrund der Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche besteht keine verjähren Forderung und die Verjährungsfrist fängt gar nicht erst zu laufen an. Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7, Kap. 1](#).

den kann.<sup>292</sup> Die Begriffe «Forderung» und «Anspruch» werden im Gesetz im Zusammenhang mit der Verjährung oft synonym verwendet.<sup>293</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist mit den Begriffen «Forderung» und «Anspruch» stets die Befugnis des Gläubigers gemeint, vom Schuldner bestimmte Leistungen zu verlangen.<sup>294</sup> Daraus folgt, dass die Verjährungseinrede der Forderung, die durch die Ausübung des kaufrechtlichen Sachgewährleistungsanspruchs entsteht, unmittelbar anhaftet.<sup>295</sup>

Dass die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht nun durch vertraglichen Ausschluss über Art. 199 OR zur Naturalobligation degradiert werden können und Art. 210 Abs. 4 OR obsolet würde, vermag nicht zu überzeugen.<sup>296</sup> Da eine drohende Obsoleszenz von Art. 210 Abs. 4 OR nicht Sinn und Zweck der Gesetzesrevision sein kann und sich gegen die Systematik des Gesetzes richtet, muss Art. 199 OR unter der seit dem 1. Januar 2013 in Kraft gesetzten zwingenden Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR systematisch so ausgelegt werden, dass beiden Bestimmungen nebeneinander Geltung zukommt und keine Norm obsolet wird.<sup>297</sup> «Denn es ist höchst unwahrscheinlich, dass irgendjemand unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlassen will».<sup>298</sup> Entsprechend ist in diesem Zusammenhang auch klar, dass Art. 199 OR im Zusammenhang mit Art. 210 Abs. 4 OR aus systematischer Sicht nicht im vollen Umfang Geltung erhalten kann.

## 2. Lückenfüllung bei offenen Gesetzeslücken

Durch die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR besteht gemäss der vorliegend vertretenen Meinung seit deren Inkrafttreten am 1. Januar 2013 eine offene Gesetzeslücke im Kontext mit Art. 199 OR. Zur Füllung einer offenen Gesetzeslücke können wie nachfolgend ausgeführt die entsprechenden Analogie- und Umkehrschlüsse gezogen werden.

---

<sup>292</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3281; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 83.02. Ebenso DÄPPEN, BSK, Art. 127 OR, Rn. 2.

<sup>293</sup> In der folgenden Auswahl an Gesetzesbestimmungen wird anstelle von «Forderung» der Begriff «Anspruch» verwendet: Art. 60, 67, 133 und eben auch Art. 199 OR (nicht abschliessende Aufzählung). Vgl. hierzu BERTI, ZK, Art. 127 OR, Rn. 16.

<sup>294</sup> BGE 87 II 163 E. 3b.

<sup>295</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7, Kap. 1](#).

<sup>296</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1762.

<sup>297</sup> DEDUAL, S. 93 f.; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 123 f.; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.

<sup>298</sup> BYDLINSKI, S. 444 f.; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 123; BGE 112 II 167 E. 2b.

---

a) *In der Lehre umstrittener Grössenschluss*

Nach dem allgemeinen Verständnis galt vor der Revision von Art. 210 OR, dass die Verjährungsfrist, obwohl dies aus dem Wortlaut von Art. 210 aOR nicht direkt hervorging, mit einer vertraglichen Abmachung verkürzt werden konnte.<sup>299</sup> Dies wurde aus der Gesetzessystematik im Kontext zu Art. 199 OR abgeleitet, da es gemäss dieser Bestimmung dem Verkäufer grundsätzlich freisteht, die dem Käufer von Gesetzes wegen (damals) dispositiv zur Verfügung stehenden Sachgewährleistungsansprüche zu beschränken – z.B. in zeitlicher Hinsicht.<sup>300</sup> Diesbezüglich nahm ein Teil der Lehre an, dass die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist weiteren Schranken unterliege.<sup>301</sup> Dagegen wurde jedoch von einem anderen Teil der Lehre vorgebracht: Wenn es dem Verkäufer gemäss Art. 199 OR erlaubt sei, seine Sachgewährleistungspflicht vollständig wegzubedingen, so dürfe er zweifellos auch die Durchsetzung dieser Sachgewährleistungspflicht anhand einer vertraglichen Bestimmung mit «einer extrem kurzen Verjährungsfrist weitgehend verunmöglichen», sofern dies dem Käufer aufgrund der Offerte o.ä. klargemacht wurde.<sup>302</sup> Mit der Revision von Art. 210 aOR und insbesondere mit der Einführung der zwingenden Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht kann die Verjährungsfrist für den Käufer im Konsumentenkaufrecht gemäss vorliegend vertretener Meinung nicht mehr unter die vorgegebenen Schranken verkürzt werden. Folglich kann auch der von der älteren Lehre aufgestellte und zuvor erwähnte Grössenschluss nicht mehr gezogen werden.

Aus dem soeben angesprochenen Grössenschluss, der seit der Revision von Art. 210 OR so nicht mehr für das Konsumentenkaufrecht Geltung hat, folgt im Umkehrschluss der von der jüngeren Lehre ins Spiel gebrachte Grössenschluss: Wenn man als Prämisse die Annahme vertritt, dass die Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 199 OR zulässig ist, müsste als Konklusion bzw. als sachlogische Folgerung gelten, dass ebenfalls die Verjährungsfristverkürzung zulässig sein muss (*argumentum a maiore ad minus*).<sup>303</sup>

---

<sup>299</sup> Vgl. hierzu anstelle vieler GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 44 f.

<sup>300</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 44.

<sup>301</sup> Ein Teil der älteren Lehre erachtete eine Verjährungsfristverkürzung als unzulässig, wenn dadurch dem Käufer die Durchsetzung seiner Sachgewährleistungsansprüche praktisch verunmöglicht wäre. Vgl. hierzu TUHR/ESCHER, S. 217; FURRER, S. 88. Noch weiter ging NABHOLZ, der lediglich Fristabreden als zulässig erachtet, welche die damals geltende gesetzliche Frist von einem Jahr einhielten. Vgl. hierzu NABHOLZ, S. 147.

<sup>302</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 45.

<sup>303</sup> DEDUAL, S. 84; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52.

Wird nun diese sachlogische Folgerung umgedreht, gilt als kleine Prämisse, dass die Verjährungsfristverkürzung unter den gesetzlich vorgegebenen Bedingungen im Konsumentenaufrecht nicht zulässig ist. Als grössere Prämisse bzw. als sachlogische Konklusion müsste daher gelten, dass die vollständige Wegbedingung der Sachgewährleistung im Konsumentenaufrecht erst recht unzulässig sein muss (argumentum a minore ad maius).<sup>304</sup> Dass dies eben nicht aus dem Wortlaut von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR hervorgeht, liegt auf der Hand: Zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR besteht ein Wertungswiderspruch und folglich handelt es sich um systemwidrige Ausnahmebestimmungen.<sup>305</sup> Der herrschenden Lehre nicht folgend, wird vorliegend jedoch die Meinung vertreten, dass der zuvor erwähnte Grössenschluss anwendbar ist und auch gezogen werden muss, um die Gesetzeslücke de lege lata zu füllen und eine obsolete bzw. eine systemwidrige Ausnahmebestimmung zu verhindern.<sup>306</sup> Dieser Argumentation folgend, muss gelten, dass die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenaufrecht nicht über Art. 199 OR wegbedingbar und deshalb zwingender Natur sind. Ansonsten würde die zwingende Natur der zweijährigen Verjährungsfrist im Konsumentenaufrecht unterlaufen und der Bestimmung würde die Obsoleszenz drohen.

#### b) *Zwingende Verjährungsfrist als gesetzliche Zusicherung*

Wenn betreffend die Eigenschaften der Kaufsache eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR besteht, darf für diese Zusicherung gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht gleichzeitig die Gewährleistung vollständig ausgeschlossen werden.<sup>307</sup> Ein solches Vorgehen wäre widersprüchlich und missbräuchlich. Weil Vereinbarungen über die Beschränkung und Aufhebung der Gewährleistungspflicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen einschränkend auszulegen sind, muss bei zweifelhaften Vertragsbestimmungen und Unklarheit darüber, ob eine Vertragsbestimmung als Freizeichnung oder Zusicherung zu verstehen ist, jeweils zugunsten des Käufers entschieden werden.<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; SCHWIZER/WOLFER, S. 1763; JOERDEN, S. 323 ff. und insbesondere S. 326; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 234 f.

<sup>305</sup> SCHWIZER/WOLFER, S. 1763.

<sup>306</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 6, Kap. 4](#).

<sup>307</sup> BGE 109 II 24 E. 4; BGer 4C.119/2005 E. 2.3; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 199 OR, Rn. 8; HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 3; KELLER/SIEHR, S. 110 und S. 116 f.

<sup>308</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 199 OR, Rn. 8; HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 2.

Die Grundaussage des Sachverhalts zwischen der Zusicherung und Haftungsbeschränkung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 199 OR lässt sich nach der vorliegend vertretenen Meinung analog auf den Normenkonflikt zwischen der Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche und der Haftungsbeschränkung gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR anwenden.<sup>309</sup> Aus systematischem Betrachtungswinkel befindet man sich bei beiden Anwendungsbereichen im inneren System des Kaufrechts auf der Ebene der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR. Bei beiden Sachverhalten ist ebenfalls vom selben Wertmuster auszugehen.<sup>310</sup> Seitens des Sachverhalts gemäss Art. 197 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 199 OR wird im Zweifelsfall zugunsten des Käufers entschieden, weil Vereinbarungen, welche die Beschränkung oder Aufhebung der Gewährleistung zur Folge haben, einschränkend auszulegen sind. Demzufolge ist Art. 197 Abs. 1 OR im Verhältnis zu Art. 199 OR einschränkend, den Käufer schützend auszulegen. Das gleiche Wertmuster gilt gemäss vorliegend vertretener Meinung nun auch für Art. 210 Abs. 4 OR im Verhältnis zu Art. 199 OR. Die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR ist ebenfalls als eine die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten einschränkende und den Käufer schützende Norm zu verstehen.

Wenn nun also die vertragliche Zusicherung über die Eigenschaften der Kaufsache nicht gleichzeitig über Art. 199 OR ausschliessbar ist, so darf umso weniger die «gesetzlich zugesicherte», zwingende Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR Konsumentenkaufrecht über die Haftungsbeschränkung gemäss Art. 199 OR ausschliessbar sein. Ein solches Vorgehen ist umso mehr als widersprüchlich und missbräuchlich zu qualifizieren, da es nicht gegen eine vertragliche Bestimmung, sondern gegen eine Gesetzesbestimmung zwingender Natur verstossen würde. Mit anderen Worten ausgedrückt, muss der Käufer im Konsumentenkaufrecht bei einem Kauf davon ausgehen können – insbesondere, wenn er sich der Bestimmung in Art. 210 Abs. 4 OR bewusst ist<sup>311</sup> –, dass

---

<sup>309</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss bei der analogen Gesetzesanwendung die folgende Voraussetzung erfüllt sein: «Die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen Sachverhalt, der von dieser nicht ausdrücklich erfasst wird, setzt voraus, dass deren Grundgedanke auch für den nicht geregelten Fall zutrifft.» Vgl. hierzu BGE 113 III 116 E. 3.

<sup>310</sup> Für weitere Ausführungen zum Wertmuster vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 229 f.

<sup>311</sup> In der Praxis wird von verschiedener Seite die Meinung vertreten, dass die Verjährungsfrist für Sachgewährleistungsansprüche für das Konsumentenkaufrecht nun seit dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen von Art. 210 OR Anfang 2013 zwingend zwei Jahre betrage. Das wird nicht nur von Käufern Konsumentenkaufrecht so aufgefasst, sondern auch in den Medien und von Konsumentenorganisationen so kommuniziert.

ihm von Gesetzes wegen die Sachgewährleistungsansprüche während einer zwingenden Verjährungsfrist von mindestens einem bzw. zwei Jahren «zugesichert» und diese nicht über eine Haftungsbeschränkung wegbedingbar sind.

Dieser Analogieschluss zeigt, dass die Wegbedingung (Art. 199 OR) der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche (Art. 205 f. OR) im Konsumentenkaufrecht der Systematik des Gesetzes zuwiderläuft. Dementsprechend gilt, dass aufgrund der zwingenden Norm von Art. 210 Abs. 4 OR ebenfalls die Sachgewährleistungsansprüche während der Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sind. Sie sind währenddessen nicht über Art. 199 OR vertraglich wegbedingbar.

c) *Analogie im OR BT: Art. 256 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 4 OR*

Gemäss Art. 256 Abs. 2 OR sind abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters nichtig, wenn sie in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind. Art. 288 Abs. 2 OR enthält dieselbe Regelung, mit dem Unterschied, dass diese Bestimmung für die Pacht und nicht die Miete Anwendung findet. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik schlägt GAUCH eine solche Regelung, wie sie in Art. 256 OR und Art. 288 OR heutzutage besteht, de lege ferenda auch für die Lösung des Wertungswiderspruchs in Art. 210 Abs. 4 i.V.m. Art. 199 OR vor.<sup>312</sup>

Nachfolgend wird betreffend Art. 256 OR i.V.m. Art. 258 geprüft, ob diese Bestimmungen bereits de lege lata per Analogieschluss im Konsumentenkaufrecht Anwendung finden können. Gemäss der vorliegend vertretenen Meinung haben diese Bestimmungen und der zu lösende Wertungswiderspruch von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR ein ähnliches Wertmuster.<sup>313</sup> Aus persönlicher Perspektive betreffen beide Bestimmungen den Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei und damit den Mieter, den Pächter und den Käufer im Konsumentenkaufrecht. Generell bezweckt das Mietrecht an verschiede-

---

<sup>312</sup> Gemäss GAUCH wäre für das Konsumentenkaufrecht eine Regelung, die sich an der Bestimmung von Art. 256 Abs. 2 OR orientiert, zielführend. GAUCH schlägt diesbezüglich folgende Formulierung vor: «Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig [...], wenn sie in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.» Vgl. dazu GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 144 f.

<sup>313</sup> Eingehend zum Analogieschluss und der Auseinandersetzung mit dem positiven Gleichheitssatz und dem darauf aufbauenden Wertmuster von zwei Modellen vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 230 f.

nen Stellen, den als sozial schwächer eingestuften Mieter zu schützen.<sup>314</sup> Im Kaufrecht bezweckt Art. 210 Abs. 4 OR ebenfalls den Schutz der sozial schwächeren Partei. Der Sinn und Zweck von Art. 256 Abs. 2 OR ist auf der einen Seite, «die Gefahr von Massenmietverträgen über Konsumgüter wie Autos, Unterhaltungselektronik, Ferienwohnungen u.a.m., welche einseitig durch den Vermieter vorformuliert sind und damit die Rechte des Mieters einschränken oder wegbedingen können, einzudämmen».<sup>315</sup> Andererseits will der Gesetzgeber den Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen schützen, unabhängig davon, ob der einzelne Mieter diesen Schutz überhaupt braucht.<sup>316</sup> Demgegenüber steht Art. 210 Abs. 4 OR ganz im Lichte des Konsumentenschutzes. Auch im Kaufrecht tendiert der Gesetzgeber in jüngerer Zeit dazu, den Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei auszubauen, um den bereits erfolgten internationalen Entwicklungen nachzukommen.<sup>317</sup>

Aus systematischer Sicht wird der Bestimmung von Art. 256 Abs. 2 OR Grundsatzcharakter und gemäss herrschender Lehre zwingende Natur zugesprochen.<sup>318</sup> Im systematischen Zusammenhang bezieht sich Art. 256 Abs. 2 OR auf den ersten Absatz dieses Artikels, der die Hauptpflicht des Vermieters bestimmt.<sup>319</sup> Da es sich im Mietrecht um eine allgemein gehaltene Bestimmung handelt, bezieht sich Art. 256 Abs. 2 OR nach systematischer Gesetzesauslegung auf sämtliche Bestimmungen, die diese Hauptpflicht konkretisieren, und dementsprechend auf die Bestimmungen in Art. 258 OR bis und mit Art. 259i OR.<sup>320</sup> Nach systematischer Auslegung kommt der Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR nach der vorliegend vertretenen Meinung ebenfalls Grundsatzcharakter im Konsumentenkaufrecht zu. Denn einerseits bezieht sich die Verjährungsregelung im Konsumentenkaufrecht unmittelbar auf die Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR. Andererseits steht Art. 210 Abs. 4 OR in direktem Zusammenhang mit der Aufhebung und Beschränkung der Ge-

---

<sup>314</sup> GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 130.

<sup>315</sup> Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts, S. 1424; GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 123.

<sup>316</sup> GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 123.

<sup>317</sup> Stellungnahme BR April 2011, S. 3904 f. betreffend die Anpassung an internationale Standards und S. 3906 betreffend den Konsumentenschutz.

<sup>318</sup> Vgl. hierzu anstelle vieler HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 256 OR, Rn. 4; GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 128.

<sup>319</sup> GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 128.

<sup>320</sup> RONCORONI, S. 76 f.; HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 256 OR, Rn. 66 ff.; GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 128.

währspflicht des Verkäufers gemäss Art. 199 OR. Bei der Verjährungsfristverkürzung handelt es sich denn auch um eine mittelbare Haftungsbeschränkung.<sup>321</sup>

Materiell handelt es sich demzufolge sowohl im Miet- als auch im Konsumentenkaufrecht um Bestimmungen, welche die Rahmenbedingungen von Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten regeln und denen wie zuvor gezeigt ein Grundsatzcharakter betreffend die mit ihnen zusammenhängenden Sachgewährleistungsansprüche zukommt. Sachlich regelt Art. 256 Abs. 2 Bst. a OR, dass im Zusammenhang mit Konsumgütern und Immobilien nachteilige Vereinbarungen zulasten des Mieters im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zulässig sind.<sup>322</sup> Betreffend Wohn- und Geschäftsräume sind gemäss Art. 256 Abs. 2 Bst. b OR sämtliche zulasten des Mieters fallenden Vereinbarungen – ob in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder als Individualvereinbarung eingebaut – nichtig.<sup>323</sup> Weil neben Art. 256 OR im Mietrecht weitere Bestimmungen die Modifikationsmöglichkeiten regeln, ist der Grundsatz «lex specialis derogat lege generali» zu beachten.<sup>324</sup>

Wie im nachfolgenden Kapitel zur sachlichen Gesetzeskonkurrenz zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR weiter ausgeführt, bestehen analog zum Mietrecht im Kaufrecht mit Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR mehrere Bestimmungen, welche die vertraglichen Modifikationsmöglichkeiten des Gewährleistungsrechts regeln. Diesbezüglich kann aus dem Mietrecht nach der vorliegend vertretenen Meinung per Analogie geschlossen werden, dass im Konsumentenkaufrecht zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR ebenfalls der Grundsatz «lex specialis derogat lege generali» zu beachten ist. In diesem Zusammenhang ergibt sich eine häufige Problemstellung, die dem Bereich der systematischen Interpretation zugeordnet wird, da auf denselben Sachverhalt isoliert betrachtet mehr als ein gesetzlicher Tatbestand anwendbar erscheint.<sup>325</sup> Die beiden Tatbestände von Art. 210 Abs. 4 und Art. 199 OR sind in

---

<sup>321</sup> Zur Verjährungsfristverkürzung als mittelbarer Haftungsbeschränkung vgl. KARSAHIN, Rn. 539; BUOL, Rn. 19, Rn. 110 ff. und Rn. 622 f.; GAUCH, Werkvertrag, Rn. 2551; LÖRTSCHER, S. 67, S. 144 und S. 178 f.; SCHMID, Freizeichnungsklauseln, S. 311; WEBER/EMMENEGGER, BK, Art. 100 OR, Rn. 15.

<sup>322</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Abreden, die den Mieter nachteilig betreffen, erlaubt sind, sofern sie nicht in AGB formuliert sind. Vgl. hierzu WEBER, BSK, Art. 256 OR, Rn. 5; GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 125; Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts, S. 1424.

<sup>323</sup> WEBER, BSK, Art. 256 OR, Rn. 5; GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 126.

<sup>324</sup> GIGER, BK, Art. 256 OR, Rn. 129.

<sup>325</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 125.

diesem Fall charakteristisch mit voneinander abweichenden Rechtsfolgen ausgestattet.<sup>326</sup> Nachfolgend muss geprüft werden, ob bezüglich der potenziell vorliegenden Gesetzeskonkurrenz zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR tatsächlich ein Spezialitätsverhältnis vorliegt und deswegen eine zeitliche sowie sachliche Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist. Sofern dies darzulegen ist, muss die Gesetzeskonkurrenz anhand der Grundsätze «lex specialis derogat legi generali» und «lex posterior derogat legi priori» systematisch ausgelegt bzw. gelöst werden.

### 3. Vorliegen eines Spezialitätsverhältnisses

Beim Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR ist mit Sicht auf das Vorliegen einer zeitlichen und sachlichen Gesetzeskonkurrenz zu prüfen, ob der Tatbestand von Art. 199 OR sämtliche Merkmale von Art. 210 Abs. 4 OR sowie ein zusätzliches Begriffselement aufweist und diese Bestimmungen unterschiedliche Rechtsfolgen für denselben Sachverhalt vorsehen.<sup>327</sup> Der Anwendungsbereich von Art. 199 OR muss demzufolge den Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR völlig abdecken und über diesen hinausgehen, um das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz bejahen zu können.<sup>328</sup>

Art. 199 OR regelt die Aufhebung und Beschränkung der Gewährspflicht des Verkäufers, wobei eine Aufhebung oder Beschränkung ungültig ist, wenn allfällige Gewährsmängel arglistig verschwiegen werden. Demgegenüber handelt es sich bei Art. 210 Abs. 4 OR um das Verbot, die kaufrechtliche Verjährungsfrist im Konsumentenkaufrecht unter zwei Jahre zu verkürzen. Es stellt sich nun die Frage, ob die Verjährungsfristverkürzung, die gemäss Art. 210 Abs. 4 OR nicht möglich ist, als enger gefasster Anwendungsbereich unter den Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung von Art. 199 OR gefasst werden kann, ohne dass ein Überschneidungsverhältnis vorliegt. Gemäss der herrschenden Lehre gilt die Verjährungsfristverkürzung als mittelbare Haftungs-

---

<sup>326</sup> Die Gesetzeskonkurrenz wird auch als Normenkonkurrenz oder Normenkollision bezeichnet. Oft führt die Gesetzeskonkurrenz zur Anspruchskonkurrenz. Vgl. hierzu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 125.

<sup>327</sup> Alle Sachverhalte, die unter die lex specialis/lex posterior subsumiert werden können, müssen gleichzeitig auch der lex generalis/lex priori zuordenbar sein, nicht aber umgekehrt. In der Realität kommt es des Öfteren nicht zu einem Spezialitäts-, sondern lediglich zu einem Überschneidungsverhältnis. Vgl. hierzu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 126.

<sup>328</sup> LARENZ/CANARIS, S. 88; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 126.

beschränkung.<sup>329</sup> In dieser Hinsicht ist nach der vorliegend vertretenen Meinung DEDUAL zu folgen, gemäss der sich Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR im Sinne der Subordination in einem klassenlogischen Verhältnis zueinander verhalten.<sup>330</sup> Daraus folgt, dass jeder Fall, der unter Art. 210 Abs. 4 OR fällt, zugleich auch von Art. 199 OR erfasst wird, jedoch nicht umgekehrt.<sup>331</sup>

Aus dem zuvor Erläuterten resultiert, dass Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR denselben Anwendungsbereich – nämlich die unmittelbare sowie auch die mittelbare Haftungsbeschränkung – mit unterschiedlichen Rechtsfolgen betreffen.<sup>332</sup> Auf den Sachverhalt der Haftungsbeschränkung sind somit die beiden Tatbestände aus Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR anwendbar, welche jedoch mit unterschiedlichen sich zuwiderlaufenden Rechtsfolgen ausgestattet sind. Die Wegbedingung der Haftung gemäss Art. 199 OR und die Errichtung einer Garantiefrist von weniger als zwei Jahren betreffen faktisch denselben Sachverhalt wie die Verjährungsfristverkürzung auf weniger als zwei Jahre. Aus dem alleinigen Blickwinkel von Art. 199 OR wäre eine wie soeben erwähnte Vertragsbestimmung gültig. Demgegenüber ist die Verjährungsfristverkürzung gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im selben Fall unzulässig und die zuvor erwähnte Vertragsbestimmung wäre entsprechend ungültig. Folglich besteht zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR eine Gesetzeskonkurrenz. Die systematische Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR ist sowohl aus zeitlicher wie auch aus sachlicher Hinsicht angezeigt.<sup>333</sup>

---

<sup>329</sup> Gemäss der herrschenden Lehre stellt jegliche Vereinbarung, welche die Haftungslage zugunsten des Schuldners modifiziert, eine Haftungsbeschränkung dar. Vgl. hierzu BUOL, Rn. 21 ff. und Rn. 198 ff.; LÖRTSCHER, S. 6, S. 143 f. und S. 178 f.; SCHMID, Freizeichnungsklauseln, S. 309 ff.; KARSAHIN, Rn. 539 f. Laut DEDUAL handelt es sich «bei der Verkürzung der Verjährung, wie sie nach Art. 210 Abs. 4 OR untersagt ist, nach semantischem Verständnis von Art. 199 OR nicht um eine <Aufhebung>, wohl aber um eine <Beschränkung der Gewährspflicht>.» Vgl. dazu DEDUAL, S. 93; GAUCH, Art. 210 OR revidiert, S. 124 und S. 130. Im Gegensatz zur hier und von DEDUAL vertretenen Meinung wendet GAUCH die Lex-specialis-Regel nicht auf die vorliegende Gesetzeskonkurrenz an, da er von einer Gesetzeslücke de lege ferenda ausgeht. Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 5, Kap. 1](#).

<sup>330</sup> DEDUAL, S. 93. Gemäss PUPPE handelt es sich hierbei nicht um ein Gebot der Logik, sondern um ein Gebot der Gesetzes- und Sprachökonomie. Vgl. hierzu PUPPE, S. 134.

<sup>331</sup> DEDUAL, S. 93.

<sup>332</sup> Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR verhalten sich «im Sinne der Subordination in einem klassenlogischen Verhältnis zueinander, welches die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes erfordert: Jeder Fall, der unter Art. 210 Abs. 4 OR fällt, fällt zugleich unter Art. 199 OR, jedoch nicht umgekehrt.» Vgl. dazu DEDUAL, S. 93.

<sup>333</sup> DEDUAL, S. 93 f.

a) Art. 210 Abs. 4 OR als *lex specialis* zu Art. 199 OR

Zwischen dem zuvor dargelegten Spezialitätsverhältnis der beiden Bestimmungen von Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR besteht eine systematische Gesetzeskonkurrenz, die es nach der vorliegend vertretenen Meinung zugunsten der Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR als *lex specialis* aufzulösen gilt.<sup>334</sup> Zunächst weist die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR für denselben Anwendungsbereich eine grössere Sachnähe als Art. 199 OR auf.<sup>335</sup> Unter dem zuvor hergeleiteten Anwendungsbereich wird vorliegend die unmittelbare und mittelbare Haftungsbeschränkung verstanden. Hierbei hat die vertragliche Anpassung der Verjährungsfrist Einfluss auf den Haftungsumfang und so fällt insbesondere die Verjährungsfristverkürzung unter den Tatbestand der mittelbaren Haftungsbeschränkung. Sodann beschränkt sich der Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR gegenüber dem Anwendungsbereich von Art. 199 OR auf das Konsumentenkaufrecht. Beim Direktvergleich der beiden Bestimmungen stellt Art. 210 Abs. 4 OR die speziellere Regelung gegenüber Art. 199 OR für das Konsumentenkaufrecht dar, weil Art. 210 Abs. 4 OR eine grössere Sachnähe zukommt. Sodann kommt der Wille des Gesetzgebers in Art. 210 Abs. 4 OR deutlicher und konkreter zum Ausdruck. Denn der Gesetzgeber will mit der Einführung von Art. 210 Abs. 4 OR primär den Konsumentenschutz im schweizerischen Konsumentenkaufrecht verbessern und an das europäische Schutzniveau heranführen.<sup>336</sup> Währenddessen der Gesetzgeber mit Art. 199 OR der Privatautonomie im Kaufrecht eine allgemeine Schranke beim arglistigen Verschweigen von Gewährsmängeln setzt, regelt er die mittelbare Haftungsbeschränkung im Konsumentenkaufrecht speziell über die Verjährungsfrist in Art. 210 Abs. 4 OR. Folglich kommt der Wille des Gesetzgebers für den vorliegend interessierenden Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR deutlicher und konkreter zur Geltung. Schliesslich besteht für den vorliegenden Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR das Risiko, dass die *lex specialis* überhaupt nicht zur Anwendung kommt, wenn ihr nicht

<sup>334</sup> Gleicher Meinung DEDUAL, S. 93. Das Bundesgericht stellt in einem ähnlich gelagerten Fall betreffend die Verjährung von Schadenersatzansprüchen fest, dass die Bestimmung von Art. 210 OR «[...] gemäss ihrem Zweck als vorrangige Spezialnorm qualifiziert werden [muss], welche alle aus der mangelhaften Lieferung abgeleiteten vertraglichen Schadenersatzansprüche erfasst». Vgl. hierzu BGE 133 III 335 E. 2.4.4; BGE 58 II 207 E. 2.

<sup>335</sup> Zum Argument der «grösseren Sachnähe» der *lex specialis* im *Lex-generalis-/Lex-specialis*-Verhältnis vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 127 f.; MAYER-MALY, S. 139. Sie gehen davon aus, dass die *lex specialis* aufgrund ihrer grösseren Sachnähe dem Einzelfall eher gerecht wird als die *lex generalis*.

<sup>336</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 1](#) und weiter hinten in [§ 9, Kap. 2](#).

Vorrang zukommt.<sup>337</sup> Der spezielleren Bestimmung muss deshalb ausreichend Geltung zukommen, damit diese nicht obsolet wird.<sup>338</sup> Deswegen geht Art. 210 Abs. 4 OR als *lex specialis* Art. 199 OR als *lex generalis* vor, was dazu führt, dass die Sachgewährleistungsansprüche nach Art. 205. f. OR im Konsumentenkaufrecht nicht mehr über Art. 199 OR wegbedingbar sind. Damit nämlich von einer Verjährungsbestimmung zwingender Natur ausgegangen werden kann, muss als notwendige Bedingung auch das zugrunde liegende Forderungsrecht zwingender Natur sein.

b) *Art. 210 Abs. 4 OR als lex posterior zu Art. 199 OR*

Vorliegend besteht zwischen Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR nicht nur wie soeben ausgeführt eine sachliche Gesetzeskonkurrenz, sondern ebenfalls eine zeitliche Gesetzeskonkurrenz, die es nachfolgend zu lösen gilt. Regelt nämlich ein späteres Gesetz dieselbe Rechtsfrage abweichend von einem früheren Gesetz, ohne dass das frühere Gesetz formell aufgehoben wird, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die ältere durch die jüngere Norm verdrängt wird (*lex posterior derogat legi priori*). Denn «in aller Regel wird der <jüngere Gesetzgeber> die Notwendigkeit der formellen Aufhebung des widersprechenden älteren Rechts einfach übersehen haben».<sup>339</sup> Wie eingangs dieses Kapitels dargelegt, handelt es sich bei den in Konkurrenz zueinander stehenden Bestimmungen um Normen, die denselben Anwendungsbereich bzw. dieselbe Rechtsfrage regeln.<sup>340</sup> Ebenfalls ist anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber der nun bestehenden Gesetzeskonkurrenz zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR nicht bewusst war und deswegen eine formelle Aufhebung bzw. eine formelle Beschränkung von Art. 199 OR im Rahmen des Konsumentenkaufrechts nicht in Betracht zog.<sup>341</sup>

In diesem Zusammenhang interessiert zunächst die noch bis vor Kurzem bestehende zeitliche Gesetzeskonkurrenz zwischen der Verjährung im Schweizer Kaufrecht und der Verwirkung im UN-Kaufrecht. Diesbezüglich sah einerseits Art. 210 Abs. 1 aOR die einjährige Verjährungsfrist im Schweizer Kaufrecht vor. Andererseits besteht gemäss Art. 39 Abs. 2 UN-Kaufrecht eine zweijährige Rüge- bzw. Verwirkungsfrist für die Gewährleistung von Mängeln. Demgegen-

---

<sup>337</sup> Vgl. zum nötigen Vorrang bei widersprüchlichen Normen die Ausführungen von EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 245.

<sup>338</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 123 f.; BYDLINSKI, S. 33.

<sup>339</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 131.

<sup>340</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 8, Kap. 3](#).

<sup>341</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7, Kap. 1](#).

über kennt das UN-Kaufrecht aber keine Bestimmung zur Verjährungsfrist. Vor der Revision von Art. 210 aOR sind also bei Massgeblichkeit des Schweizer Rechts die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers nach einem Jahr verjährt, obwohl die Rüge- bzw. die Verwirkungsfrist derer bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ganze zwei Jahre beträgt. Ein Teil der Lehre löste diese Gesetzeskonkurrenz dahingehend, dass hinsichtlich der Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche bei internationalen Warenkäufen eine Teilderogation von Art. 210 aOR durch die lex posterior des UN-Kaufrechts angenommen wird.<sup>342</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Meinung lässt sich die soeben abgehandelte Derogation von Art. 210 aOR im Zusammenhang mit Art. 39 Abs. 3 UN-Kaufrecht auch auf die Gesetzeskonkurrenz zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR anwenden. Infolgedessen ist im schweizerischen Konsumentkaufrecht eine Teilderogation von Art. 199 OR durch Art. 210 Abs. 4 OR als lex posterior anzunehmen, da die Bestimmung zur Wegbedingung der Sachgewährleistungsansprüche in diesem Verhältnis allgemein gefasst ist und der zwingenden Natur von Art. 210 Abs. 4 OR zuwiderläuft.<sup>343</sup> Für das Konsumentkaufrecht bedeutet dies indessen so viel, dass die Wegbedingung und die Beschränkung der Sachgewährleistungsansprüche über Art. 199 OR keine bindende Wirkung mehr entwickeln. Dadurch kommt der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR die intendierte Wirkung zu.

---

<sup>342</sup> Vgl. zum Ganzen KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 132 f.

<sup>343</sup> Weiter vorne wird erklärt, warum der Gesetzgeber die Notwendigkeit einer Teilderogation von Art. 199 OR aufgrund der Neueinführung von Art. 210 Abs. 4 OR verkannte und nicht umsetzte. Vgl. hierzu die Ausführungen weiter vorne in [§ 3, Kap. 2](#).

## § 9 Sinn und Zweck der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR

### 1. Auslegung von punktuell nachvollzogenem EU-Recht

Das Bundesgericht praktiziert die richtlinienkonforme Auslegung von Schweizer Recht bereits heute in einigen Rechtsgebieten.<sup>344</sup> Im Folgenden wird gezeigt, dass es sich bei der Revision von Art. 210 OR um einen punktuellen autonomen Nachvollzug aus der EU-Kaufrechtsrichtlinie handelt. Es erscheint dementsprechend gemäss vorliegend vertretener Meinung angezeigt, Art. 210 OR neben den traditionellen Auslegungselementen auch richtlinienkonform mithilfe der EU-Kaufrechtsrichtlinie auszulegen. Diesbezüglich vertritt PICHONNAZ die Meinung, dass diverse Bestimmungen in einer grösser angelegten Revision des Kauf- und insbesondere des Sachgewährleistungsrechts revidiert werden sollten. «In der Zwischenzeit sollte sich das Bundesgericht bei der Auslegung des schweizerischen Rechts von der RL für den Verbrauchsgüterkauf inspirieren lassen. Eine solche «richtlinienkonforme Auslegung» praktiziert das höchste Gericht in anderen Rechtsgebieten schon heute.»<sup>345</sup>

#### a) Aktueller Stand der Rechtsprechung

Das Bundesgericht geht davon aus, dass bei der Auslegung von autonom nachvollzogenem EU-Recht die europarechtlichen Vorgaben diesbezüglich miteinzubeziehen sind. Dies wurde so vom Bundesgericht in einer Reihe von Fällen geäussert. In diesem Zusammenhang befasst sich der eine Leitentscheid mit der Auslegung von Art. 333 OR.<sup>346</sup> Ein weiterer Leitentscheid betrifft die Frage, ob die Ausdehnung der Schutzdauer urheberrechtlich geschützter Werke auch für die Werke gelten soll, deren Urheberschutz vor der Revision des Urheberrechtsgesetzes abgelaufen war.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> So z.B. bei Übergang des Arbeitsverhältnisses im Rahmen der Übertragung eines Betriebes gemäss Art. 333 OR. Vgl. hierzu BGE 129 II 335 E. 6; BGE 123 III 466 E. 3. Für weitere Ausführungen hierzu SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag, S. 256 ff.

<sup>345</sup> PICHONNAZ, EU-Kaufrechtsrichtlinie in der Schweiz, S. 301; BGE 129 II 335 E. 6; BGE 123 III 466 E. 3.

<sup>346</sup> BGE 129 III 335 E. 6.

<sup>347</sup> BGE 124 III 266 E. 4.

Die Auslegung von Art. 333 OR<sup>348</sup> unter der Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben geht aus einem obiter dictum aus BGE 129 III 335 hervor und ist für die Auslegung des hier vorliegenden Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR von Bedeutung.<sup>349</sup> In BGE 129 III 335 stellte sich die zentrale Frage, ob Art. 333 OR auch im Konkurs eine Solidarhaftung des neuen Betriebsinhabers bzw. des neuen Arbeitgebers für die Forderungen der Arbeitnehmer des übertragenden Betriebs auslöse. Mit der Revision und Anpassung von Art. 333 OR an die europäische Betriebsübergangsrichtlinie sollte in der Schweiz der Arbeitnehmerschutz erhöht werden. Jedoch handelte sich der Schweizer Gesetzgeber das Paradox ein, dass bei insolvenzbedingten Betriebsübergängen, wenn der Bedarf nach Arbeitnehmerschutz entsprechend als besonders gross einzustufen ist, zum Teil ein verminderter Arbeitnehmerschutz festzustellen war. Da der Käufer des insolventen Betriebs aufgrund der Revision von Art. 333 OR einer Solidarhaftung mit dem Verkäufer für allfällige «Altlasten» unterliegt, besteht vielmehr die Gefahr, dass eine Transaktion aufgrund dieses Risikos gar nicht erst zustande kommt und die Arbeitsplätze von vornherein verloren gehen.<sup>350</sup> Hätte das Bundesgericht dies nicht anhand der richtlinienkonformen Auslegung klargestellt, «[...] müsste man jedem Geschäftsmann raten, ja nie aus einem Konkurs einen Betrieb zu übernehmen, weil er dann für einen wesentlichen Teil der im Konkurs geltend gemachten, privilegierten Forderungen aufzukommen hätte».<sup>351</sup> Der nachfolgend zitierte Ausschnitt<sup>352</sup> aus BGE 129 III 335 veranschaulicht dies:

«Das Recht der Europäischen Union entfaltet zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision 1993 die Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 im Rahmen des sogenannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts bezweckte, ist die EU-Rechtsordnung indessen als Auslegungshilfe beizuziehen.<sup>353</sup> Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer auslän-

<sup>348</sup> Im Rahmen des Swisslex-Pakets wurden arbeitsrechtliche Bestimmungen der Schweiz per 1. Mai 1994 an die Richtlinie 77/187 des EWG-Rates vom 14. Februar 1977 angepasst.

<sup>349</sup> Vgl. neben BGE 129 III 335 E. 6 und BGE 124 III 266 E. 4 auch die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts, die jeweils auf diesen Entscheiden basiert: BGE 130 III 182 E. 5.5.1; BGE 133 III 81 E. 3; BGE 136 III 552 E. 3.3; BGE 137 III 487 E. 4.6; BGE 139 III 217 E. 2.1.3; BGE 144 III 285 E. 2.2.2.

<sup>350</sup> Vgl. hierzu AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 78.

<sup>351</sup> GEISER, *Betriebsübernahmen*, S. 103.

<sup>352</sup> Vgl. hierzu BGE 129 III 335 E. 6. Vgl. hierzu ferner BGE 123 III 466, der ebenfalls zu Art. 333 OR ergangen ist.

<sup>353</sup> Das Bundesgericht verweist an dieser Stelle auf BGE 125 II 293 E. 4e.

dischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt. [...]. Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.»

Diesbezüglich sticht hervor, dass das Bundesgericht in einem ersten Schritt die europarechtskonforme Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht ausdrücklich anerkennt und in einem zweiten Schritt den Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung eingrenzt: Die europarechtskonforme Auslegung von nachvollzogenem Binnenrecht greift lediglich im Zweifel ein und nur unter der Bedingung, dass dies die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie zulässt.<sup>354</sup> Weiter ist auch die Auslegung von Art. 80 URG in BGE 124 III 266 für die Auslegung der von Art. 210 Abs. 4 OR ausgehenden Rechtsunsicherheit von Bedeutung. Im Jahr 1996 wurde die Schutzdauer für urheberrechtlich geschützte Werke von 50 auf 70 Jahre verlängert. Hierbei war unklar, ob auch Werke von der Verlängerung der Schutzdauer betroffen sind, deren Schutz bereits vor dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmung ausgelaufen war.<sup>355</sup> Bei einer Bejahung dieser Frage wäre der urheberrechtliche Schutz solcher Werke wieder neu aufgelebt. Der nachfolgend zitierte Ausschnitt<sup>356</sup> aus BGE 124 III 266 veranschaulicht dies:

«Die Meinungsäusserungen im Parlament zeigen auf, dass die Verlängerung der Schutzdauer von fünfzig auf siebenzig Jahre nicht mit inhaltlichen, auf das Wesen des Urheberrechts als Immaterialgut bezüglichen Überlegungen begründet wurde. Im Vordergrund stand vielmehr die Angleichung einerseits an die Länder, die bereits seit längerer Zeit die siebenjährige Schutzfrist eingeführt hatten (Deutschland und Österreich), und andererseits an die damals noch nicht verwirklichte, sondern von den Europäischen Gemeinschaften erst geplante Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts. In Bezug auf die hier massgebende Frage, ob der Gesetzgeber ein Wiederaufleben des Schutzes gemeinfrei gewordener Werke tendenziell befürwortet hat oder nicht, gibt der Gesichtspunkt der Anpassung an die erwähnten Regelungen einen bestimmten – allerdings nicht zweifelsfreien – Aufschluss. [...]. Wird auf das Auslegungselement des Willens des historischen Gesetzgebers abgestellt, ergibt sich somit als wesentliches Motiv die Angleichung an die nationale deutsche sowie an die geplante Regelung der Europäischen Gemeinschaften, wie sie im Zeitpunkt der Beratungen den Eidgenössischen Räten bekannt sein konnte. Das spricht für eine Auslegung, welche die Rückwirkung für Werke ausschliesst, die nach früherem Recht wegen Ablaufs der Schutzdauer zum Gemeingut geworden waren. [...]. Schliesslich ist dar-

---

<sup>354</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen von KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 347 ff. und insbesondere S. 350; WILDHABER, S. 63.

<sup>355</sup> COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER ET AL., Rn. 249.

<sup>356</sup> BGE 124 III 266 E. 4g bb und E. 4h. Vgl. ferner auch BGE 124 III 266 E. 4f und E. 4g aa.

auf hinzuweisen, dass eine auf den blossen Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 URG – unter Ausklammerung des Randtitels – abgestützte Auslegung in Einzelfällen zu einem Ergebnis führen würde, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.<sup>357</sup> [...] Hier zeigt sich aber ein derart krasses Missverhältnis zwischen den Interessen der Allgemeinheit und jenen der Inhaber der Urheberrechte, dass der Entscheid des Gesetzgebers zweifellos zugunsten der Allgemeinheit ausfallen müsste.»

Es fällt auf, dass das Bundesgericht die Rechtsunsicherheit anhand des historischen Auslegungselements beurteilt und sich dabei auch auf die sich damals andeutende Rechtsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft bezog, welche in der parlamentarischen Diskussion thematisiert wurde.<sup>358</sup> Von Bedeutung für die vorliegende Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR ist insbesondere die Tatsache, dass es sich bei Art. 80 URG nicht direkt um eine autonom nachvollzogene Bestimmung handelt, sondern lediglich der Wille des Gesetzgebers zur Angleichung an europäische Standards – vorgebracht während der parlamentarischen Diskussion – dem Bundesgericht bereits genügte, um eine europarechtskonforme Auslegung durchzuführen. Das Motiv zur Angleichung an europäische Regelungen leitete das Bundesgericht aus diversen Meinungsäusserungen im Parlament ab.

## b) *Aktueller Stand der Lehre*

Das Bundesgericht deutete in BGE 129 III 335 an, dass der Schweizer Richter in gewissen Fällen die Gesetzesauslegung am Gemeinschaftsrecht und dementsprechend auch an den EU-Richtlinien auszurichten habe: «Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.»<sup>359</sup> Das Bundesgericht lässt es bei dieser Feststellung bleiben, konkre-

---

<sup>357</sup> Die Bejahung der Rückwirkung für gemeinfrei gewordene Werke hätte vorliegend z.B. zur Folge, dass die urheberrechtliche Schutzwirkung auch für die Werke wiederaufleben würde, die bereits 1954 und 1955 wegen Ablaufs der zu dieser Zeit geltenden dreissigjährigen Schutzfrist Gemeingut geworden waren. Der Gesetzgeber konnte diese Rechtsfolge kaum gewollt haben.

<sup>358</sup> Vgl. hierzu COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER ET AL., Rn. 249.

<sup>359</sup> BGE 129 III 335 E. 6; AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 84 f. So hat der Richter einen Weg zu finden, (falls durch Auslegung der Schweizer Norm kein europakompatibles Ergebnis erreicht wird, auch «modo legislatori»), der den autonomen Nachvollzug gewährleistet. Vgl. hierzu COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER ET AL., Rn. 250.

tisiert das methodologische Vorgehen zur Auslegung von autonom nachvollzogenen Normen nicht weiter und überlässt damit den weiteren Diskurs der Lehre.

Für die nachfolgenden Stellungnahmen wird davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber beim autonomen Nachvollzug darauf abzielt, zwischen dem EU-Recht und der Schweizer Rechtsordnung einen, dort wo möglich, einheitlichen Handlungsraum zu schaffen, insbesondere durch die Herstellung von Kompatibilität der beiden Rechtsräume.<sup>360</sup> Dies lässt sich dadurch begründen, dass der Gesetzgeber nach der Ablehnung des EWR-Abkommens die Umsetzung des Eurolex-Pakets stoppte, um darauffolgend die bedeutenden Eurolex-Vorlagen wieder aufzugreifen und in Form des Swisslex-Pakets umzusetzen. So war die Herstellung der Europakompatibilität des Schweizer Rechts auch das Hauptziel des Swisslex-Pakets, um damit Liberalisierungen und die Intensivierung des Wettbewerbs im wirtschaftlichen Bereich voranzutreiben.<sup>361</sup> Als Gegengewicht hierzu sollen ebenfalls Eurolex-Vorlagen umgesetzt werden, die den Bereich der horizontalen und flankierenden Politiken der Europäischen Gemeinschaft betreffen: «Sie stellen sicher, dass die Intensivierung des wirtschaftlichen Wettbewerbs sich nicht zuungunsten der Konsumenten, der Arbeitnehmer und der Frauen auswirkt, und sehen deshalb Verbesserungen im Bereich des Konsumenten- und Arbeitnehmerschutzes sowie der Gleichstellung von Frau und Mann vor.»<sup>362</sup> Dem Gesetzgeber von besonderer innenpolitischer Bedeutung ist dementsprechend die Ausgewogenheit der jeweiligen Massnahmen.

In der Lehre wird die Position des Bundesgerichts in BGE 129 III 335 allgemein anerkannt. So geht neben dem Bundesgericht auch die herrschende Lehre davon aus, dass Umsetzungsrecht hinsichtlich dessen Zwecksetzung richtlinienkonform, aufgrund der in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommenden Teleologie der umgesetzten Richtlinie und unter Beachtung der EuGH-Praxis

---

<sup>360</sup> AMSTUTZ geht davon aus, dass die Swisslex-Reform hier als Mittel der «Interlegalisierung» des schweizerischen Privatrechts im europäischen Kontext aufgefasst werde. Vgl. hierzu AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 84 f. Vgl. auch die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, S. 831 ff.

<sup>361</sup> Die schweizerische Rechtsordnung soll in ihren Grundsätzen und Abläufen so positioniert werden, dass dem Schweizer Marktteilnehmer eine möglichst komplikationsfreie Teilnahme am europäischen Handelsplatz gewährleistet wird. Vgl. zum Ganzen weiter ausführend AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 85.

<sup>362</sup> Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, S. 834.

auszulegen sei.<sup>363</sup> Zur eigentlichen Auslegungsmethodik von autonom nachvollzogenem Recht und dem Zusammenhang zur Auslegung von Schweizer Recht spricht sich das Bundesgericht nicht detailliert aus. In der Lehre bestehen verschiedene Ansätze, die genauer zu prüfen sind. Nachfolgend gilt es deshalb die Frage zu beantworten, wie autonom nachvollzogenes Recht nach der schweizerischen Rechtsmethodik auszulegen sei.

BÜHLER geht davon aus, dass autonom nachvollzogene Bestimmungen anhand der autonomen Auslegung zu erfolgen hätten, und nimmt in der Lehre die extremste Position ein.<sup>364</sup> Die autonome Auslegung wird damit der schweizerischen Methodenlehre gegenübergestellt, wobei Ersterer der Vorrang zugesprochen wird.<sup>365</sup> KRAMER geht nicht so weit wie die Lehrmeinung zuvor und führt «die richtlinienkonforme Interpretation [...] auf das binnenstaatliche Gebot teleologischer Interpretation, gleichzeitig aber auch auf das historische Auslegungselement zurück [...]».<sup>366</sup> Betreffend das Verhältnis und die Hierarchie der methodischen Auslegungselemente im Bereich des autonomen Nachvollzugs geht KRAMER davon aus, dass sich die Auslegung von Beginn an und vorrangig am europäischen Ursprung der auszulegenden Bestimmung zu orientieren habe, dies so weit wie möglich, bis zur Grenze des im Rahmen der nationalen Methodengrundsätze Möglichen.<sup>367</sup> Infolgedessen ist die *ratio legis* der auszulegenden schweizerischen Bestimmung anhand der europäischen Richtlinie zu ermitteln. Als Ausgleich hierzu soll ebenfalls der Gesamtzweck der schweizerischen Umsetzungsgesetzgebung, der sich auf die Harmonisierung mit EU-Recht richtet, in die Auslegung miteinbezogen werden.<sup>368</sup> In einem Belang widerspricht KRAMER jedoch dem Bundesgericht: Nämlich ist seiner Meinung nach die europarechtskonforme Auslegung bei autonom nachvollzogenen Bestimmungen nicht nur im Zweifel, sondern durchgängig zu berücksichtigen.<sup>369</sup> Dieser Lehrmeinung gilt es gemäss der vorliegend vertre-

---

<sup>363</sup> Zur richtlinienkonformen Interpretation von autonom nachvollzogenem Recht in der Schweiz vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 347 ff.; AMSTUTZ, interpretatio multiplex, S. 67 ff.; WIEGAND/BRÜLHART, S. 29 ff.; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 363 ff.; PROBST, S. 225 ff.; BIERI, S. 208 ff.; EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art.1 ZGB, Rn. 30 ff.; HEINEMANN, S. 32 ff.

<sup>364</sup> BÜHLER, S. 1431 ff.

<sup>365</sup> Vgl. hierzu die Erläuterung von BÜHLER zum Beispiel des Fehlbegriffs nach Art. 4 PrHG in BÜHLER, S. 1431.

<sup>366</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 349.

<sup>367</sup> Vgl. dazu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 350.

<sup>368</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 350 f.

<sup>369</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 351; gleicher Meinung BIERI, S. 714.

tenen Meinung nicht zu folgen. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend darf die europarechtskonforme Auslegung bei autonom nachvollzogenen Bestimmungen nur im Zweifelsfall Anwendung finden.<sup>370</sup>

WIEGAND und BRÜLHART vertreten die Ansicht, dass «[...] sich der schweizerische Rechtsanwender der prinzipiell gleichartigen Problemstellung gegenüber [sieht], wie dies auf den Rechtsanwender eines Mitgliedstaates zutrifft».<sup>371</sup> Infolgedessen muss die zweistufige Auslegungskonzeption, die von den EU-Staaten bei der Richtlinienauslegung angewandt wird, ebenfalls von der schweizerischen Rechtsprechung übernommen werden.<sup>372</sup> Folglich ist auf der ersten Ebene der Gehalt der Richtlinie zu ermitteln.<sup>373</sup> Die Richtlinie wird anhand der entwickelten EuGH-Auslegungsmethodik interpretiert, um über die Freilegung von Wertungen und Motiven des Richtliniengebers zum Normsinn der Richtlinie zu gelangen.<sup>374</sup> Auf der darauffolgenden zweiten Ebene ist die durch den autonomen Nachvollzug in das Schweizer Recht integrierte Bestimmung im Sinne des auf erster Ebene ermittelten Richtliniengehalts auszulegen.<sup>375</sup> Dieser von WIEGAND und BRÜLHART als Vorzugsregel bezeichnete Konfliktmechanismus nimmt auf methodische Unverträglichkeiten des nationalen Rechts keine Rücksicht, was je nach Problemstellung die nationale Auslegungsmethodik zu modifizieren vermag.<sup>376</sup> Dadurch kann die autonom nachvollzogene Bestimmung anhand schweizerischer Begründungsregeln europarechtskonform konkretisiert werden.<sup>377</sup>

Ähnlich wie WIEGAND und BRÜLHART sieht auch AMSTUTZ ein zweistufiges Vorgehen zur Auslegung autonom nachvollzogener Bestimmungen vor.<sup>378</sup> In einem ersten Schritt ist ebenfalls vorgesehen, die der Schweizer Bestimmung zugrunde liegende Richtlinie auszulegen. Darauffolgend ist in einem zweiten

---

<sup>370</sup> Vgl. dazu BGE 129 III 335 E. 6.

<sup>371</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38.

<sup>372</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38; für weiterführende Erklärungen zur zweistufigen Auslegungskonzeption vgl. AMSTUTZ, interlegale Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, S. 219 ff.

<sup>373</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38; AMSTUTZ, interpretatio multiplex, S. 87.

<sup>374</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38.

<sup>375</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38.

<sup>376</sup> WIEGAND/BRÜLHART, S. 38.

<sup>377</sup> AMSTUTZ bekräftigt, dass dieses Vorgehen zur Auslegung autonom nachvollzogener Bestimmungen dem Gedanken der Interlegalität entspreche, der die Europakonformität als Metanorm begreift, die den Harmonisierungsprozess steuert, aber nicht vorwegnimmt. Vgl. hierzu AMSTUTZ, interpretatio multiplex, S. 87.

<sup>378</sup> AMSTUTZ, interpretatio multiplex, S. 89.

Schritt die autonom nachvollzogene, nun nationale Bestimmung anhand schweizerischer Auslegungsmethodik zu interpretieren.<sup>379</sup> Der anhand des ersten Schrittes festgestellte Sinn und Zweck der Richtlinie gilt indessen bei der Anwendung der schweizerischen Auslegungsmethodik als methodentheoretische Kollisionsnorm bzw. als sogenannte harmonisierende Metanorm. Bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen verweist diese Kollisionsnorm auf das europarechtskonforme Auslegungsergebnis und bringt dieses zur Anwendung bzw. spricht diesem den Vorrang zu. Kann anhand der Auslegung des schweizerischen Rechts kein europakompatibles Ergebnis gefunden werden, so ist der Richter laut AMSTUTZ dazu berechtigt, *modo legislatoris* eine europakompatible Konstruktion zu bilden.<sup>380</sup> So kann auch gegen den Sinn der nachvollzogenen Bestimmung (*contra legem*) eine europaverträgliche Lösung durch den Richter konstruiert werden.<sup>381</sup>

HEINEMANN unterscheidet grundsätzlich zwischen dem vollständig autonomen und partiell autonomen Nachvollzug, womit er bei der europarechtskonformen Rechtsauslegung im Wesentlichen auf die Intensität des Nachvollzugs fokussiert.<sup>382</sup> Denn grundsätzlich sind sämtliche autonom nachvollzogenen Bestimmungen europarechtskonform auszulegen.<sup>383</sup> Bei der europarechtskonformen Auslegung ist hiernach der Grad der Harmonisierung zu bestimmen, denn die Relevanz der europarechtskonformen Auslegung steigt gleichmässig mit dem Willen des Schweizer Gesetzgebers, sich an europäische Regelungen anzulehnen.<sup>384</sup> Deswegen ist gemäss dieser Lehrmeinung anstelle der binären Terminologie «autonomer Nachvollzug» und «allgemeine Inspiration» der Begriff «autonome Anpassung» zu verwenden, weil dadurch eine Auslegung aufgrund unterschiedlicher Intensität möglich ist.<sup>385</sup> Laut HEINEMANN ist zur Er-

---

<sup>379</sup> AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 89.

<sup>380</sup> Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht möglich, wenn der Gesetzgeber für den in Frage stehenden Erlass den politischen Willen äusserte, die Richtlinienziele für den autonomen Nachvollzug bzw. für eine autonom nachvollzogene Norm zu begrenzen. Vgl. hierzu AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 89. In zwei Urteilen hat das Bundesgericht den gesetzgeberischen Willen interpretiert, um festzustellen, ob eine Abweichung vom EU-Recht intendiert war. Vgl. dazu BGE 124 II 372 E. 7b; BGE 124 II 193 E. 4 und E. 5c.

<sup>381</sup> AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 89 f.

<sup>382</sup> Diesbezüglich ist die tatsächliche Beeinflussung des schweizerischen durch das europäische Recht zu ermitteln. Vgl. hierzu HEINEMANN, S. 31 ff.

<sup>383</sup> HEINEMANN, S. 35 ff.

<sup>384</sup> HEINEMANN, S. 34.

<sup>385</sup> HEINEMANN, S. 34. Vgl. weitergehend BAUDENBACHER, S. 316. Er spricht sich dafür aus, dass allgemein auch nicht an EU-Regelungen angepasstes Recht europarechtskonform auszu-legen sei.

mittlung des Intensitätsgrades des autonomen Nachvollzugs anfänglich auf die Angaben der jeweiligen Botschaft und auf die weiteren Gesetzesmaterialien zurückzugreifen. Schliesslich ist jedoch entscheidend, inwiefern tatsächlich eine Anpassung an das EU-Recht stattgefunden hat.<sup>386</sup> Bei der eigentlichen Auslegung der autonom angepassten Bestimmung ist laut dieser Lehrmeinung aber nicht primär auf den Sinn und Zweck des europäischen Rechts, sondern auf das Regelungsziel der Schweizer Bestimmung abzustellen.<sup>387</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Meinung sollte in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung die europarechtskonforme Auslegung nur im Zweifelsfall zur Anwendung kommen.<sup>388</sup> Einerseits wird bei der nachfolgenden europarechtskonformen Auslegung das zweistufige Auslegungsmodell, vertreten von WIEGAND/BRÜLHART und AMSTUTZ, befolgt. Andererseits soll aber auch die Lehrmeinung von HEINEMANN Beachtung finden, indem der Umfang der europarechtskonformen Auslegung anhand des Intensitätsgrades des autonomen Nachvollzuges erfolgt. Um einer stufenweisen europarechtskonformen Auslegung folgen zu können, bedarf es als Voraussetzung zumindest einer punktuell autonom nachvollzogenen Bestimmung.

### c) Art. 210 Abs. 4 OR als punktueller autonomer Nachvollzug

Eine grundlegende Bedeutung kommt vorliegend der Frage zu, ob Art. 210 Abs. 4 OR eine autonom nachvollzogene Bestimmung sei. Ob eine europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts in Frage kommt, bestimmt sich anhand des gesetzgeberischen Willens, EU-Recht autonom nachzuvollziehen, um damit die wirtschaftlichen Nachteile, welche sich systembedingt aus der Nichtmitgliedschaft der Schweiz ergeben, zu minimieren.<sup>389</sup> Aus dem Gesetzgebungsverfahren lässt sich ableiten, dass der Sinn und Zweck der Revision von Art. 210 OR, initiiert durch die parlamentarische Initiative «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Art. 210 OR», einerseits auf die Verbesserung des Konsumentenschutzes und andererseits auf die Angleichung an das Konsumentenschutzniveau der EU-Kaufrechtsricht-

---

<sup>386</sup> Vgl. weiterführend mit mehreren Anwendungsfällen HEINEMANN, S. 34.

<sup>387</sup> HEINEMANN, S. 35; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, S. 368; BIERI, S. 714 ff.

<sup>388</sup> Das Bundesgericht spricht sich für eine europarechtskonforme Auslegung lediglich «im Zweifelsfall» aus. Vgl. hierzu BGE 129 III 335 E. 6.

<sup>389</sup> COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER ET AL., Rn. 252.

linie ausgerichtet ist.<sup>390</sup> Der Wille des Gesetzgebers zielte dementsprechend darauf ab, das schweizerische Konsumentenkaufrecht dem europäischen Konsumentenkaufrecht zumindest teilweise anzugleichen, um damit wirtschaftliche Nachteile zu minimieren bzw. eine Ungleichbehandlung des Käufers im Konsumentenkaufrecht in der Schweiz zu verhindern. Entsprechend muss beantwortet werden, ob der Schweizer Gesetzgeber bei der vorliegenden Revision eine integrale und vorbehaltlose Umsetzungsgesetzgebung, angelehnt an die EU-Kaufrechtsrichtlinie, beabsichtigte oder aber die EU-Kaufrechtsrichtlinie lediglich partiell zum Modell seiner Umsetzungsgesetzgebung nehmen wollte und in Bezug auf einzelne Fragen jedoch eine autonom schweizerische Lösung vorgezogen hat (sogenannte «Umsetzung à la carte»)<sup>391</sup> Wenn tatsächlich feststeht, dass sich der Schweizer Gesetzgeber integral und vorbehaltlos an der europäischen Vorgabe orientieren wollte, so soll die europarechtskonforme Interpretation auch zum Zug kommen, selbst wenn der Schweizer Gesetzgeber die Umsetzung fehlerhaft, «d.h. entgegen seiner eigenen Absicht planwidrig unvollständig (lückenhaft) vollzogen hat».<sup>392</sup> Bei einer bewussten Abweichung vom europäischen Recht ist die rechtsangleichende Auslegung jedoch nicht möglich.<sup>393</sup> «Die Wertungen, auf denen eine EU-Richtlinie basiert, werden automatisch zu Wertungen des autonom nachvollziehenden Gesetzgebers, es sei denn, dieser wähle willentlich eine sich vom Richtliniengehalt unterscheidende Regelung.»<sup>394</sup>

---

<sup>390</sup> Votum LEUTENEGER OBERHOLZER (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1423 f.; Votum NIDEGGER (Nationalrat) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum GADIENT (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum WYSS (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425; Votum SOMMARUGA (Bundesrätin) im Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1051; Votum VOGLER (Nationalrat) im Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 42 f.; Votum BISCHOF (Ständerat) im Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67; Kommissionsbericht NR April 2010, S. 7 und S. 11; Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2895 f. und S. 2898; Stellungnahme BR April 2011, S. 3905 f.

<sup>391</sup> Für eine weiterführende Erklärung zur Unterscheidung vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 351 ff.

<sup>392</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 353.

<sup>393</sup> EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, BK, Art. 1 ZGB, Rn. 303; WALTER, S. 270; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 353 f.; CANARIS, richtlinienkonforme Auslegung, S. 85.

<sup>394</sup> Hierbei gilt es zu bemerken, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die sich durch die tatsächliche Verwirklichung von Interessenabwägungen und Zweckbestimmungen einer Norm auszeichnet, in ihrer rechtspolitischen Ausrichtung der Rechtsprechung des EuGH gleicht. Deshalb erübrigen sich grundsätzlich auch methodische Modifikationen bei der Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht. Vgl. hierzu WIEGAND/BRÜHLHART, S. 35.

Materiell leitete der Schweizer Gesetzgeber die Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR zwar eindeutig aus Art. 1 Abs. 2 Bst. a) und c) EU-KRL (Definition Konsument und Verkäufer), Art. 5 Abs. 1 EU-KRL (zwingende zweijährige Verjährungsfrist) und Art. 7 Abs. 2 Satz 2 EU-KRL (Ausnahme bei gebrauchten Gegenständen: Verjährung kann bis auf ein Jahr beschränkt werden) ab. Von einer integralen und vorbehaltlosen Umsetzungsgesetzgebung kann indessen nicht die Rede sein, da der Schweizer Gesetzgeber einen bemerklichen Teil der EU-Kaufrechtsrichtlinie nicht autonom nachvollzogen hat.<sup>395</sup> Zwar wollte der Gesetzgeber die Verjährungsmodalitäten authentisch nachvollziehen. Hinsichtlich der Frage, ob den Sachgewährleistungsansprüchen zwingende oder dispositiven Wirkung zukommen soll, besteht jedoch eine *de lege lata* zu füllende Gesetzeslücke, da der Gesetzgeber eine in einen Wertungswiderspruch mündende Lösung wählte.<sup>396</sup>

Weil der Schweizer Gesetzgeber die EU-Kaufrechtsrichtlinie nur partiell als Modell seiner Umsetzungsgesetzgebung nehmen wollte, hinsichtlich der Frage der dispositiven bzw. zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche jedoch eine eigene Lösung bevorzugte, scheidet eine strikte europarechtskonforme Auslegung bzw. Lückenfüllung betreffend Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR aus.<sup>397</sup> Es handelt sich in diesem Fall zwar nicht um einen autonomen Nachvollzug im engeren Sinn, wohl aber um einen autonomen Nachvollzug im weiteren Sinn bzw. um einen partiellen autonomen Nachvollzug.<sup>398</sup> Der Schweizer Gesetzgeber liess sich dabei massgeblich vom europäischen Ansatz beeinflussen.<sup>399</sup> Daraus folgt, dass sich die Auslegung – insbesondere bei Lückenhaftigkeit – am europäischen Modell orientieren muss.<sup>400</sup> Mehr noch: Bei grundsätzlich eurokompatiblen schweizerischen Regelungen drängt sich

---

<sup>395</sup> Das Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) wurde bewusst aus einer EU-Richtlinie in ein schweizerisches Gesetz umgesetzt. Hierbei diente die Anpassung auf der terminologischen Ebene lediglich der Angleichung bzw. Anpassung ans Schweizer Recht. Vgl. hierzu COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER ET AL., Rn. 244.

<sup>396</sup> In Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EU-Kaufrechtsrichtlinie statuiert der europäische Gesetzgeber: «Vertragsklauseln oder mit dem Verkäufer vor dessen Unterrichtung über die Vertragswidrigkeit getroffene Vereinbarungen, durch welche die mit dieser Richtlinie gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar ausser Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden, sind für den Verbraucher gemäss dem innerstaatlichen Recht nicht bindend.»

<sup>397</sup> Vgl. dazu KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 353 f.

<sup>398</sup> Gleicher Meinung DEDUAL, S. 96 f.; TRAN, S. 103. Weiter ausführend zur Terminologie des autonomen Nachvollzuges im engeren und weiteren Sinne bzw. zum partiellen autonomen Nachvollzug vgl. KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 353 ff.

<sup>399</sup> DEDUAL, S. 97; TRAN, S. 103.

<sup>400</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 353 f.

die europarechtliche Orientierung bei der Rechtsanwendung geradezu auf.<sup>401</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dienen die Rechtsakte der EU in solchen Fällen als willkommene Auslegungshilfe.<sup>402</sup> KRAMER führt diesbezüglich aus, dass «in Rechtsbereichen, die nur teilweise (etwa nur im Fall des Vorliegens von Konsumentenverträgen) durch «autonomen Nachvollzug» geprägt sind, während ansonsten genuin schweizerisches Recht gilt, [...] eine solche Orientierung geeignet [ist], teleologisch inkonsistente «Rechtsspaltungen» zwischen den harmonisierten (und teleologisch auch tatsächlich verallgemeinerungsfähigen) und den nicht harmonisierten Regelungsbereichen wenigstens etwas abzuschwächen».<sup>403</sup>

Da in der Europäischen Union per 11. Juni 2019 die neue Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs in Kraft getreten ist, welche die EU-Kaufrechtsrichtlinie abgelöst hat, stellt sich vorliegend die Frage, ob nun nachfolgend die ehemals gültige EU-Kaufrechtsrichtlinie vom 25. Mai 1999 oder die neue Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs vom 11. Juni 2019 als Auslegungshilfe heranzuziehen ist.<sup>404</sup> Gemäss KRAMER kann in dieser Hinsicht trotz angestrebter EU-Kompatibilität grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Neuerungen von EU-Richtlinien vom schweizerischen Gesetzgeber sozusagen unbesehen und integral

---

<sup>401</sup> Für die Gesetzgebung im Bereich des geistigen Eigentums vgl. PIAGET, S. 736 f.; für die Gesetzgebung im Bereich des KG vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 m.w.H.; für die Anlehnung der Auslegung an die EU-Fernsehrichtlinie vgl. BGE 133 II 136 E. 5.2.2; vgl. ferner auch HEINEMANN, S. 33 f., der Fälle betreffend den autonomen Nachvollzug anhand einer Skala in eine Reihenfolge bringt, je nach Intensität der Anlehnung an das EU-Recht.

<sup>402</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die EG-Fernsehrichtlinie zwar nicht in der Schweiz anwendbar, «jedoch [kann sie] als Auslegungshilfe zur Bestimmung der Tragweite des Begriffs der «öffentlichen Sittlichkeit» im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991 (bzw. Art. 4 und 5 RTVG 2006) beigezogen werden [...]». Weiter argumentiert das Bundesgericht, dass die EG-Fernsehrichtlinie «unter dem Titel «Schutz Minderjähriger und öffentlicher Ordnung» [vorsieht], dass die Mitgliedstaaten angemessene Massnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass Sendungen von Fernsehveranstaltern, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, keinerlei Programme enthalten, welche geeignet sind, die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft zu beeinträchtigen [...]». Vgl. hierzu BGE 133 II 136 E. 5.2.2. Für die an das EU-Recht angelehnte Rechtsprechung zum Mehrwertsteuerrecht vgl. SEILER H., S. 305 f.

<sup>403</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 355.

<sup>404</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG (EU-Kaufrechtsrichtlinie).

abgesegnet werden.<sup>405</sup> Deshalb sind Revisionen oder Neufassungen von EU-Richtlinien von Schweizer Gerichten erst zu berücksichtigen, wenn der schweizerische Gesetzgeber auch die entsprechende Revision bzw. Neufassung rezipiert. Demgegenüber entschied das Bundesgericht im weiter vorne zitierten BGE 129 III 335, dass Schweizer Gerichte bei der Auslegung von autonom nachvollzogenem EU-Recht die Weiterentwicklung des entsprechenden Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt worden ist, berücksichtigen müssen.<sup>406</sup> Für die Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR wird in Anlehnung an KRAMER und entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 129 III 335 vorliegend die Meinung vertreten, dass die neue Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs vom 11. Juni 2019 nicht automatisch für die vorliegende Auslegung zur Anwendung kommt. Dies auch darum, weil es sich bei Art. 210 Abs. 4 OR lediglich um einen punktuellen Nachvollzug handelt und nicht die ganze EU-Kaufrechtsrichtlinie autonom nachvollzogen wurde. Auch die Gesetzgebungsmaterialien würden keinen Schluss darauf zulassen, dass der schweizerische Gesetzgeber eine automatische Berücksichtigung einer Revision bzw. Neufassung der EU-Kaufrechtsrichtlinie beabsichtigt hätte. Deshalb wird nachfolgend die ursprüngliche EU-Kaufrechtsrichtlinie vom 25. Mai 1999 als Auslegungshilfe beigezogen.

*d) 1. Ebene: Der Richtliniengehalt der EU-Kaufrechtsrichtlinie*

Die Inkraftsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie erfolgte insbesondere mit den folgenden zwei Zielen: Sie soll sowohl dem besseren Funktionieren des Binnenmarktes dienen als auch gleichzeitig ein hohes Konsumentenschutzniveau gewährleisten.<sup>407</sup> Die Notwendigkeit des besseren Funktionierens des Binnenmarktes und eines verbesserten Konsumentenschutzes ging aus Umfrageergebnissen hervor, gemäss denen festgestellt wurde, dass Käufer im Konsumentenkaufrecht aus den folgenden Gründen vom Konsum im Ausland absehen: Unsicherheit über das ausländische Gewährleistungsniveau und -recht, Sprachhindernisse sowie Schwierigkeiten bei der Streiterledigung.<sup>408</sup> Insbesondere für hochwertige Güter, bei denen der Kauf im Ausland wegen der Preisunterschiede im Binnenmarkt attraktiv ist, war vor der Verabschiedung der EU-Kaufrechtsrichtlinie die Unsicherheit bei den Käufern im Konsumentenkaufrecht aufgrund unterschiedlicher Gewährleistungsordnungen un-

---

<sup>405</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 356 f.

<sup>406</sup> BGE 129 III 335 E. 6.

<sup>407</sup> GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 16.

<sup>408</sup> Vgl. hierzu GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 16 m.w.H. auf die einzelnen Studien.

ter den EU-Staaten hoch.<sup>409</sup> Hinsichtlich des Abschlusses eines Kaufvertrags handelt es sich bei der Gewährleistung um einen der zentralen Faktoren des Kaufentscheides, indem die Kaufware selbst und deren Preis die Vertragsschlussphase primär dominieren.<sup>410</sup> HONDIUS bezeichnet die durch die EU-Kaufrechtsrichtlinie angestrebte Vereinheitlichung als wichtigen Baustein eines europäischen Zivilgesetzbuches, der «eine positive Änderung eines der markantesten Probleme beim Kaufvertrag als dem praktisch bedeutsamsten Vertragstyp» bewirke.<sup>411</sup>

Zur Realisierung der Hauptziele «besseres Funktionieren des Binnenmarktes» und «hohes Konsumentenschutzniveau» baut die EU-Kaufrechtsrichtlinie auf den nachfolgend ausgeführten vier Eckpfeilern auf. Der erste Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie ist im Grundsatz der Vertragsmässigkeit der gehandelten Güter gemäss Art. 2 EU-KRL zu finden.<sup>412</sup> Der Grundsatz der Vertragsmässigkeit von verkauften Gütern ist der Ausgangspunkt der darauf aufbauenden Sachgewährleistungsansprüche der Käufer im Konsumentenkaufrecht. Als zweiten Eckpfeiler sieht die EU-Kaufrechtsrichtlinie einen zweistufigen Aufbau des Systems an Sachgewährleistungsansprüchen und Garantiebestimmungen gemäss Art. 3 und Art. 6 EU-KRL vor.<sup>413</sup> Um ein Gleichgewicht zwischen Verkäufer- und Käuferinteressen herstellen zu können, stehen die Gewährleistungsrechte gemäss Art. 5 EU-KRL bei neuen Kaufgegenständen während einer Verjährungsfrist von zwei Jahren, bei gebrauchten Kaufgegenständen während einer Verjährungsfrist von einem Jahr zeitlich begrenzt zur Verfügung. Anhand der zwingenden Natur dieser Verjährungsfristen als dritter Eckpfeiler kommt den Sachgewährleistungsansprüchen eine zeitliche Komponente zu.<sup>414</sup> Um die Tragweite und Entfaltung der EU-Kaufrechtsrichtlinie und insbesondere der Sachgewährleistungsansprüche zu untermauern, ist

---

<sup>409</sup> GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 13.

<sup>410</sup> GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 13.

<sup>411</sup> HONDIUS, S. 140; vgl. ferner GRUNDMANN, K-EU-KRL, Einl., Rn. 15. Im Gegensatz zum Vorschlag einer Dienstleistungshaftungs-Richtlinie fielen die Rückmeldungen zum Vorschlag einer Kaufrechtsrichtlinie mehrheitlich positiv aus.

<sup>412</sup> Um ein Mindestmass an Konsumentenschutz zu garantieren, soll die Vertragsmässigkeit als gemeinsames Element der einzelstaatlichen Rechtstraditionen betrachtet werden. Vgl. hierzu den 7. Erwägungsgrund der Präambel der EU-Kaufrechtsrichtlinie in GRUNDMANN/BIANCA, Kommentar zur EU-Kaufrechtsrichtlinie, Köln, 2002, S. 2 f.; GOMEZ, K-EU-KRL, Einl., Rn. 97 ff.; GRUNDMANN, K-EU-KRL, Art. 2, S. 131 ff.

<sup>413</sup> GOMEZ, K-EU-KRL, Einl., Rn. 105 ff. und Rn. 112 ff.; BIANCA, K-EU-KRL, Art. 3, S. 167 ff.; HONDIUS/MALINVAUD, K-EU-KRL, Art. 6, S. 243 ff.

<sup>414</sup> GOMEZ, K-EU-KRL, Einl., Rn. 110 f.; HONDIUS, K-EU-KRL, Art. 5, S. 234 ff.

gemäss Art. 7 EU-KRL als vierter Eckpfeiler vorgesehen, dass die dem Käufer im Konsumentenkaufrecht eingeräumten Sachgewährleistungsansprüche nicht durch vertragliche Vereinbarungen beschränkbar oder ganz ausschliessbar sind.<sup>415</sup> Die Unabdingbarkeit der Sachgewährleistungsansprüche nach Art. 7 EU-KRL ist gemäss der Lehre «[...] von überragender Wichtigkeit für die Effizienz dieser Richtlinie, denn er sichert die Realisierung ihrer Ziele».<sup>416</sup>

### e) 2. Ebene: EU-rechtskonforme Auslegung

Nach der soeben angestellten Ermittlung des Richtliniengehaltes und des Auslegungsziels<sup>417</sup> der EU-Kaufrechtsrichtlinie gilt es nun Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR vor dem Hintergrund des zuvor ermittelten Richtliniengehaltes auszulegen. Weil der Schweizer Gesetzgeber einen punktuellen autonomen Nachvollzug wählte, sind nach der vorliegend vertretenen Meinung der soeben ermittelte Richtliniengehalt und die Auslegungsziele der EU-Kaufrechtsrichtlinie in die Auslegung des schweizerischen Konsumentenkaufrechts miteinzubeziehen. Wie die vorherigen Ausführungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigen, sind Schweizer Gerichte für ihre rechtsvergleichende Offenheit bekannt.<sup>418</sup> Dies liegt mehrheitlich daran, dass bei der Umsetzung europäischer Normen in das Schweizer Rechtssystem der Grund für Abweichungen von europäischen Rechtsmodellen oft nicht darauf basiert, dass diese nicht überzeugend wären, sondern dass Interessengruppierungen eine Gesetzesrevision aus Partikularinteressen abschwächen oder verhindern.<sup>419</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob die Schweizer Umsetzung mit den beiden Hauptzielen und damit einhergehend mit den vier Eckpfeilern der EU-Kaufrechtsrichtlinie im Einklang steht.

---

<sup>415</sup> GOMEZ, K-EU-KRL, Einl., Rn. 116 ff.; STIJNS/VAN GERVEN, K-EU-KRL, Art. 7, S. 260 ff.

<sup>416</sup> STIJNS/VAN GERVEN, K-EU-KRL, Art. 7, Rn. 1 m.w.H.

<sup>417</sup> Die Auslegung der Richtlinie führt zum eigentlichen Sinn und Zweck bzw. zum Auslegungsziel. Bei der Richtlinienauslegung spricht der EuGH dem teleologischen Auslegungselement zentrale Bedeutung und Vorrang vor den übrigen Auslegungselementen zu. Vgl. hierzu WIEGAND/BRÜLHART, S. 20 ff. und insbesondere S. 24 f. Hat der EuGH zum entsprechenden Fall bereits eine Praxis entwickelt, kann hierauf abgestellt werden. Der eigentliche Normsinn muss unter dieser Voraussetzung nicht mehr ermittelt werden. Vgl. dazu WIEGAND/BRÜLHART, S. 30 f. Besteht zum entsprechenden Fall keine EuGH-Praxis, kann rechtsvergleichend geprüft werden, ob in den Mitgliedstaaten bereits eine einheitliche Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie besteht. Vgl. hierzu WIEGAND/BRÜLHART, S. 31.

<sup>418</sup> Vgl. dazu auch WALTER, S. 91 ff.

<sup>419</sup> HEINEMANN, S. 31; BAUDENBACHER, S. 644.

Durch die Einführung des Verjährungsmodells aus der EU-Kaufrechtsrichtlinie in Art. 210 OR fand eine Umgestaltung und Neugewichtung der Interessenverteilung ihren Eingang im Schweizer Kaufrecht: Teleologisch konzentriert sich das neue Verjährungsmodell nicht mehr nur auf die Interessen der Verkehrs- und Rechtssicherheit, sondern steht auch im Lichte des Konsumentenschutzes und des besseren Anschlusses an den europäischen Binnenmarkt, wie dies der unverkennbare Wille des Gesetzgebers zeigt.<sup>420</sup> Die Hauptziele «hohes Konsumentenschutzniveau» und «besseres Funktionieren des Binnenmarktes» bzw. Angleichung an die EU-Kaufrechtsrichtlinie würden indessen nicht erreicht, wenn den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht keine zwingende Natur zukäme.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn auf der zweiten Auslegungsebene des Richtliniengehalts die vier Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie mit dem Schweizer Kaufrecht verglichen werden.<sup>421</sup> Der Grundsatz der Vertragsmäßigkeit der gehandelten Güter als erster Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie ist im Schweizer Kaufrecht so ähnlich in der Umschreibung des Gegenstands der Gewährleistung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR enthalten und begründet ebenfalls die Basis der darauf aufbauenden Sachgewährleistungsansprüche.<sup>422</sup> Zwar verfügt das Schweizer Kaufrecht über ähnliche Sachgewährleistungsansprüche wie die EU-Kaufrechtsrichtlinie, der Nachbesserungsanspruch ist im Schweizer Kaufrecht jedoch nicht grammatikalisch verankert und auch das Modell des zweistufigen Aufbaus der Sachgewährleistungsansprüche fand bisher keinen eindeutigen Eingang im Wortlaut des Konsumentenkaufrechts. Deswegen ist der zweite Eckpfeiler im schweizerischen Konsumentenkaufrecht zumindest grammatikalisch nicht ausreichend befestigt. Das Modell der

---

<sup>420</sup> Vgl. hierzu das Votum LEUTENEGER OBERHOLZER (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1423 f.; Votum NIDEGGER (Nationalrat) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum GADIENT (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1424; Votum WYSS (Nationalrätin) im Amtl. Bull. NR vom 14. September 2011, S. 1425; Votum SOMMARUGA (Bundesrätin) im Amtl. Bull. SR vom 5. Dezember 2011, S. 1051; Votum VOGLER (Nationalrat) im Amtl. Bull. NR vom 28. Februar 2012, S. 42 f.; Votum BISCHOF (Ständerat) im Amtl. Bull. SR vom 5. März 2012, S. 67; Kommissionsbericht NR April 2010, S. 7 und S. 11; Kommissionsbericht NR Januar 2011, S. 2895 f. und S. 2898; Stellungnahme BR April 2011, S. 3905 f.

<sup>421</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zu den vier Eckpfeilern der EU-Kaufrechtsrichtlinie vorne in [§ 9, Kap. 1](#), Bst. d.

<sup>422</sup> Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist nicht nur die Abweichung von der gewöhnlich vorausgesetzten Beschaffenheit fehlerbegründend, sondern sind es auch alle ungünstigen Abweichungen von der vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit. HONSELL, BSK, Art. 197 OR, Rn. 2; BGer 4A\_619/2013 E. 4.1; KELLER/SIEHR, S. 76; GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 52.

zwingenden Verjährungsfristen der Sachgewährleistungsansprüche als dritter Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie wurde speziell in das schweizerische Konsumentekaufrecht mit Art. 210 Abs. 4 OR übernommen und entspricht dem Wertungsmuster bzw. trägt zur Zielerfüllung massgebend bei. Wie das schweizerische Konsumentekaufrecht dem vierten Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie gerecht wird, gilt es nachfolgend zu bestimmen.

f) *Rechtsfolge: Zwingende Sachgewährleistungsansprüche*

Aus der EU-rechtskonformen Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR ergeben sich zwei Zielkonflikte: Einerseits wird der zweite Eckpfeiler der EU-Kaufrechtsrichtlinie vom schweizerischen Konsumentekaufrecht grammatikalisch nicht hinreichend erfüllt. Andererseits sollten die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentekaufrecht aufgrund der nun zwingenden Natur der Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR nicht mehr über Art. 199 OR vertraglich beschränk- und ausschliessbar sein. Der anhand des ersten Schrittes festgestellte Richtliniengehalt bzw. der Sinn und Zweck der EU-Kaufrechtsrichtlinie gilt indessen bei der Anwendung der schweizerischen Auslegungsmethodik als methodentheoretische Kollisionsnorm bzw. als harmonisierende Metanorm.<sup>423</sup> Bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen verweist diese Kollisionsnorm auf das europarechtskonforme Auslegungsergebnis und bringt dieses zur Anwendung bzw. spricht diesem den Vorrang zu.<sup>424</sup> Da im Verhältnis zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR gemäss vorliegend vertretener Meinung eine Gesetzeslücke *de lege lata* besteht, kommt die zuvor ermittelte und auf das europarechtskonforme Auslegungsergebnis verweisende Kollisionsnorm zur Anwendung. Hierbei verweist die Kollisionsnorm sowohl auf die beiden zu erfüllenden Hauptziele «besseres Funktionieren des Binnenmarktes» und «hohes Konsumentenschutzniveau» als auch auf den zu erfüllenden vierten Eckpfeiler

---

<sup>423</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur aktuellen Lehre und Rechtsprechung der EU-rechtskonformen Auslegung vorne in [§ 9, Kap. 1, Bst. c.](#)

<sup>424</sup> Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht möglich, wenn der Gesetzgeber für den in Frage stehenden Erlass den politischen Willen äusserte, die Richtlinienziele für eine autonom nachvollzogene Norm zu begrenzen. Vgl. hierzu AMSTUTZ, *interpretatio multiplex*, S. 89. Vgl. ferner zwei Urteile des Bundesgerichts, in denen der gesetzgeberische Wille auszufragen war, inwiefern eine Abweichung vom EU-Recht intendiert war: BGE 124 II 372 E. 7b, gemäss dem es dem Bundesrat nicht verwehrt ist, eine im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Lösung abzulehnen, «wenn er dafür sachliche Gründe hat». Vgl. dazu BGE 124 II 193 E. 6a. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass sich der Gesetzgeber an dem Gemeinschaftsrecht zu orientieren hat, wenn für eine Abweichung keine sachlichen Gründe bestehen.

der Hauptziele, der auf Art. 7 EU-KRL basiert. Dieser vierte Eckpfeiler ist von «überragender Wichtigkeit für die Effizienz der Richtlinie», weil er der Gewährleistungsordnung im Konsumentenkaufrecht zwingende Natur zuspricht.<sup>425</sup> Deswegen ist die Gesetzeslücke zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR dahingehend auszulegen, dass die Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR im Konsumentenkaufrecht zwingend und nicht mehr beschränk- und ausschliessbar sind.

Das Bundesgericht stützte sich in ähnlich gelagerten Fällen bei der Auslegung von Gesetzeslücken ebenfalls auf die richtlinienkonforme Auslegung. Weil der Schweizer Gesetzgeber eine Nachvollziehung der EU-Produkthaftungsrichtlinie durch Schweizer Recht adaptierte, schloss das Bundesgericht daraus, dass die in den Erwägungsgründen der Richtlinie näher ausgeführten Zielsetzungen für die Auslegung des schweizerischen Rechts übernommen werden können.<sup>426</sup> Wie weiter vorne näher ausgeführt verfuhr das Bundesgericht ähnlich bei der Beurteilung des durch die Revision und Anpassung von Art. 333 OR an die europäische Betriebsübergangsrichtlinie entstandenen Paradoxons.<sup>427</sup> Hätte das Bundesgericht diese Problematik nicht anhand der richtlinienkonformen Auslegung entschärft, «[...] müsste man jedem Geschäftsmann raten, ja nie aus einem Konkurs einen Betrieb zu übernehmen, weil er dann für einen wesentlichen Teil der im Konkurs geltend gemachten, privilegierten Forderungen aufzukommen hätte».<sup>428</sup> Anhand desselben Argumentationsmusters kann auch die vorliegende Gesetzeslücke zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR ausgelegt werden. Würde das Bundesgericht die vorliegende Rechtsunsicherheit aufgrund dieser Gesetzeslücke nicht anhand der richtlinienkonformen Auslegung auflösen, müsste man jedem Geschäftsmann, der die Absicht verfolgt, die Verjährungsfrist seiner zu verkaufenden Güter zu verkürzen, raten, die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht über Art. 199 OR wegzubedingen und eine Garantie mit kürzerer Frist anzubieten. Dies hätte ein deutlich tieferes Konsumentenschutzniveau zur Folge. Folglich lässt sich auch anhand der Auslegungsmethodik von punktuell nachvollzogenem EU-Recht vorliegend für das Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR feststellen, dass die Sachgewährleis-

---

<sup>425</sup> STIJNS/VAN GERVEN, K-EU-KRL, Art. 7, Rn. 1 m.w.H.

<sup>426</sup> BGE 133 III 81 E. 3.1: «Vu l'analogie évidente entre la directive européenne et la loi suisse, ces considérations sont également valables pour déterminer le but visé par la LRFP.»

<sup>427</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 9, Kap. 1, Bst. a](#) und die Ausführungen bei AMSTUTZ, interpretatio multiplex, S. 78.

<sup>428</sup> GEISER, Betriebsübernahmen, S. 103.

tungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sind und nicht mehr über Art. 199 OR beschränkt oder wegbedungen werden können.

## 2. Abwägung von Käufer- und Verkäuferinteressen

Die kurze Verjährungsfrist im Kaufrecht ist ein Charakteristikum der Sachgewährleistungsansprüche. Bereits im römischen Recht betrug die Verjährungsfrist für Sachgewährleistungsansprüche lediglich sechs Monate. Die ratio legis dieser kurzen Verjährungsfrist lag damals darin, dem Veränderungsrisiko beim Sklaven- und Tierkauf entgegenzuwirken, damit baldige Klarheit über ein abgeschlossenes Kaufgeschäft bestand.<sup>429</sup> Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung umschreibt die gesetzgeberischen Motive, aus denen Art. 210 OR ursprünglich hervorging, in mehreren Urteilen näher. Zusammengefasst stehen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die kurzen Verjährungsfristen des Art. 210 OR im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit, mit dem Ziel, nach der Ablieferung der Kaufsache baldmöglichst eine klare Rechtslage zu schaffen.<sup>430</sup> Hierbei verbindet das Bundesgericht zu dieser Zeit die Interessen der Verkehrs- und Rechtssicherheit mit dem Handelsverkehr und nicht etwa mit dem Konsumentenkaufrecht.<sup>431</sup> Das bestätigt auch GIGER, gemäss dem das höchstinstanzlich hervorgehobene Argument der Verkehrssicherheit bzw. der raschen Abwicklung der Sachgewährleistungsansprüche lediglich den Handelsverkehr betrifft und im «bürgerlichen Verkehr weitgehend fehl am Platz» ist.<sup>432</sup> Nach vorliegend vertretener Ansicht vermögen die Lehre und Rechtsprechung bis zum heutigen Tag nicht überzeugend darzulegen, aus welchen Beweggründen beim Kaufvertrag und im Gegensatz zu anderen Verträgen das Postulat der Verkehrs- und Rechtssicherheit derart zulasten des Käufers im Konsumentenkaufrecht geht und praktisch nur dem Verkäufer zugutekommt.

---

<sup>429</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 2.

<sup>430</sup> BGE 78 II 367 E. 2; vgl. hierzu auch BGE 133 III 335 E. 2.4.4; BGE 102 II 97 E. 3b; BGE 58 II 207 E. 2; BGE 63 II 401 E. 3c f. Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 6, Kap. 2](#).

<sup>431</sup> BGE 78 II 367 E. 2.

<sup>432</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 28.

a) *Verkehrs- und Rechtssicherheit sowie der Konsumentenschutz*

Der Gesetzgeber berücksichtigte mit der Revision von Art. 210 OR und damit mit der Verlängerung der Verjährungsfrist die vom Bundesgericht geäusserten Bedenken, wonach bei der kurzen einjährigen Verjährungsfrist einseitig die Verkäuferinteressen<sup>433</sup> gefördert und die Käuferinteressen dagegen gänzlich unberücksichtigt gelassen würden.<sup>434</sup> Insbesondere begünstigen gemäss jüngerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die als Begründung für die kurzen Verjährungsfristen vorgebrachten Verkehrsbedürfnisse in Wirklichkeit einseitig den Verkäufer und lassen die Käuferinteressen ausser Acht.<sup>435</sup> So gab das Bundesgericht in BGE 114 II 131 zu bedenken, dass sich Bedeutung und Funktion des einfachen Kaufvertrages mit der technischen Entwicklung und der allgemeinen Tendenz zum Massenvertrag gewandelt hätten. Deswegen erscheint «der Käufer mehr denn je als der schutzwürdigere Teil», wenn er vom Verkäufer schlecht bedient worden ist.<sup>436</sup> Durch die Revision von Art. 210 OR und insbesondere durch die zwingende Ausgestaltung der Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht schuf der Gesetzgeber im Konsumentenkaufrecht mit der klaren ratio legis des Konsumentenschutzes und der europaweiten Kompatibilität dieser Bestimmung ein Gegengewicht zu den Interessen der Verkehrs- und Rechtssicherheit. Diese neue Interessenverteilung gilt es bei der teleologischen Auslegung zu beachten.<sup>437</sup>

In einem betreffend die Abwägung der Interessen zweier sich gegenüberstehenden Parteien ähnlich gelagerten Fall entschied das Bundesgericht zugunsten der im Machtverhältnis schlechter positionierten Partei.<sup>438</sup> So decken Sozialversicherungen den Versorgerschaden in den wenigsten Fällen vollständig, indem sie nur das notwendige Mindesteinkommen sicherstellen.<sup>439</sup> Die Versicherten müssen deshalb des Öfteren zusätzliche Bedingungen erfüllen, um in den Genuss der vollen Leistung zu kommen.<sup>440</sup> Diesbezüglich kann

---

<sup>433</sup> Unter die Verkäuferinteressen werden die Wahrung des Rechtsfriedens sowie die Gewährleistung der Rechts- und Verkehrssicherheit gefasst. Vgl. hierzu TSCHÜTSCHER, S. 13 f.; KESSLER, S. 30 ff.

<sup>434</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1; vgl. ferner BGE 114 II 131 E. 1c.

<sup>435</sup> BGE 114 II 131 E. 1c m.w.H.

<sup>436</sup> BGE 114 II 131 E. 1c.

<sup>437</sup> So auch HONSELL, KUKO, Art. 210 OR, Rn. 1.

<sup>438</sup> Vgl. dazu BGE 112 II 167.

<sup>439</sup> BGE 112 II 167 E. 2b.

<sup>440</sup> BGE 112 II 167 E. 2b

es laut Bundesgericht «nicht der Sinn des Gesetzes sein, den Geschädigten durch eine weitreichende Haftungsbeschränkung noch mehr zu benachteiligen; das widerspräche nicht nur dem System, sondern liefe auch den Grundgedanken des Gesetzes stracks zuwider».<sup>441</sup> Auch im Konsumentkaufrecht erscheint der Käufer heute als die schutzbedürftige Vertragspartei, die hinsichtlich der Interessenverteilung im Vergleich zum kaufmännischen Verkäufer schlechter gestellt ist, wobei diese Schlechterstellung im gesamten EU-Raum und sogar darüber hinaus ihresgleichen sucht und nicht findet. Art. 210 Abs. 4 OR soll dem entgegenwirken. Da aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR neben den Interessen Verkehrs- und Rechtssicherheit auch das Interesse des Konsumentenschutzes im Konsumentkaufrecht Eingang findet, muss dieses auch Wirkung entfalten, was nur möglich ist, wenn sich die Sachgewährleistungsansprüche der Käufer im Konsumentkaufrecht aus Art. 205 f. OR nicht über Art. 199 OR beschränken oder wegbedingen lassen. Den Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR kommt deshalb nach vorliegend vertretener Meinung im Konsumentkaufrecht zwingende Natur zu. Im Vergleich zum Konsumentenschutzniveau im EU-Raum hat die Schweiz auch mit Sachgewährleistungsansprüchen zwingender Natur ein deutlich strengeres Gewährleistungssystem, da über einen Grossteil der Sachgewährleistungsfälle bereits aufgrund der vom Bundesgericht restriktiv ausgelegten Prüfungs- und Rügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR entschieden wird.

#### b) *Implikationen aus der ratio legis von Art. 201 OR*

Die in Art. 201 OR verankerte Prüfungs- und Rügeobliegenheit hat weitgehende praktische Auswirkungen. Dies vor allem aus dem Grund, da diese Bestimmung «über das Schicksal von rund drei Vierteln aller Gewährleistungsansprüche [entscheidet], und zwar negativ [...] in dem Sinne, dass der Käufer, obwohl er mangelhafte Ware erhalten hat, Gewährleistungsansprüche nicht geltend machen kann, weil er die Mängel nicht rechtzeitig gerügt hat oder doch nicht mehr in der Lage ist, dies zu beweisen».<sup>442</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 201 OR im Interesse der Verkehrssicherheit aufgestellt, bezweckt die rasche Abwicklung des Kaufvertrages und soll dem Verkäufer als «gewissen Ausgleich zur strengen Gewährspflicht»<sup>443</sup> möglichst bald Gewissheit über die Genehmigung der Kaufsache verschaffen.<sup>444</sup> Insbesondere

---

<sup>441</sup> BGE 112 II 167 E. 2b; STOESSEL, S. 48 f. und GEISER, Treuepflicht des Arbeitnehmers, S. 118 f.

<sup>442</sup> GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 6; BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 2.

<sup>443</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 201 OR, Rn. 1.

<sup>444</sup> BGE 88 II 364 E. 2.

soll das Erfordernis zur raschen Bemängelung das missbräuchliche Ausnützen von Preisschwankungen<sup>445</sup>, das dem Verkäufer zulasten fällt, verhindern.<sup>446</sup> Damit einhergehend soll Art. 201 OR der Beweisklarheit dienen, wobei das spätere Veränderungsrisiko der Beweislage zu minimieren sei.<sup>447</sup>

Die durch die Bestimmung von Art. 201 OR erfolgende Begünstigung des Verkäufers im Interesse der Verkehrssicherheit und der raschen Schaffung von Klarheit wird von der herrschenden Lehre kritisiert und als eine unberechtigte Benachteiligung des Käufers eingestuft.<sup>448</sup> Die strenge Prüfungs- und Rügeobliegenheit überfordert gemäss GIGER den Durchschnittskäufer und insbesondere den Käufer im Konsumentenkaufrecht.<sup>449</sup> So ist die strenge Auslegung von Art. 201 OR im Konsumentenkaufrecht seitens der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Frage zu stellen.<sup>450</sup> Insbesondere die Rügefrist sollte länger bemessen sein.<sup>451</sup> Indessen gilt es festzuhalten, dass die Obliegenheit zur sofortigen Mängelrüge vielmehr auf die Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs abgestimmt ist und viel weniger dem Konsumentenkaufrecht gerecht wird, im Rahmen dessen ein höheres Schutzniveau des Käufers nötig ist.

Jedoch ist in der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Tendenz hin zu längeren Mängelrügefristen für das Konsumentenkaufrecht feststellbar. So nahm das Bundesgericht in einer jüngeren Entscheidung zur Mängelrügefrist im Werkvertragsrecht vorerst Kenntnis von der herrschenden Lehre, welche

---

<sup>445</sup> Das Argument, dass Art. 201 OR verhindern soll, dass der Käufer gegenüber dem Verkäufer Preisschwankungen ausnützt, ist nur bedingt richtig, da der Käufer lediglich zur sofortigen Mängelrüge, nicht aber zum Entscheid über die Wahl des Sachgewährleistungsanspruchs angehalten wird. Sobald der Käufer einen Mangel rügt, hat er zur Wahl des Sachgewährleistungsanspruchs die Verjährungsfristen gemäss Art. 210 OR einzuhalten. Vgl. hierzu GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 15.

<sup>446</sup> BGE 88 II 364 E. 2; GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 12; KELLER/SIEHR, S. 82; BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 1 ff.

<sup>447</sup> BGE 63 II 401 E. 3c; HONSELL, BSK, Art. 201 OR, Rn. 1.

<sup>448</sup> BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 1 ff.; GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 13 ff.; HONSELL, Art. 201 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 201 OR, Rn. 3; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 201 OR, Rn. 31 f.; KELLER/SIEHR, S. 82; FURRER, S. 49 f.

<sup>449</sup> GIGER, BK, Vorb. Art. 197 ff. OR, Rn. 27.

<sup>450</sup> Dies liegt wohl auch daran, dass die Bestimmung auf den kaufmännischen Verkehr zugeschnitten ist, was aus dem Wortlaut von Art. 201 Abs. 1 OR direkt hervorgeht: «[...] sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist [...]». Vgl. hierzu auch GIGER, BK, Vorb. Art. 197 ff. OR, Rn. 27.

<sup>451</sup> HONSELL, KUKO, Art. 201 OR, Rn. 1; BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 1 ff.; BÄHLER, S. 145.

die strenge Rechtsprechung zur Mängelrügefrist kritisiert.<sup>452</sup> In einem späteren Urteil anerkannte das Bundesgericht wiederum unter Verweis auf diese Lehrmeinung eine elf Kalendertage nach tatsächlicher Kenntnis des Mangels erfolgte Anzeige als sofortige Mängelrüge gemäss Art. 201 Abs. 3 OR.<sup>453</sup> Das Bundesgericht begründet diesbezüglich, dass vor allem «die Interessenlage vorliegend gegen eine allzu grosse Strenge» spreche.<sup>454</sup> In seinem derzeit jüngsten Entscheid zur Mängelrüge verweist das Bundesgericht einerseits auf die von der herrschenden Lehre geäusserte Kritik, wonach die Rechtsprechung zur strengen Mängelrügefrist im Konsumentenkaufrecht zu lockern ist.<sup>455</sup> Andererseits macht es auf den Vorentwurf zur Revision des Obligationenrechts im Hinblick auf Baumängel aufmerksam, ausgehend von welcher eine zweimonatige Mängelrügefrist im Zusammenhang mit Werk- und Grundstückkaufverträgen vorgesehen ist.<sup>456</sup> Hiernach äusserte sich das Bundesgericht in diesem Entscheid jedoch nicht weiter zum Einfluss dieser Revision auf die Auslegung von Art. 201 OR.

Aus der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 201 OR ergeben sich nach der vorliegend vertretenen Meinung nun zweierlei Implikationen für die Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR. Einerseits ist bei der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR zu beachten, dass bereits die ältere Lehre bei der Auslegung von Art. 201 OR davon ausging, dass für den Anforderungsmassstab die Käuferschaft nicht als homogene Gruppe betrachtet werden darf, sondern zwischen dem kaufmännischen Verkehr und dem Konsumentenkaufrecht zu unterscheiden ist.<sup>457</sup> Dies bestätigt die neuere Lehre insbesondere mit dem Hinweis auf die Absicht des Gesetzgebers, dass durch die Revision und die Neueinführung der Bestimmung in Art. 210 Abs. 4 OR das Konsumentenschutzinteresse Eingang in das schweizerische Konsumentenkaufrecht gefunden habe und dadurch von einer Trennung zwischen kauf-

---

<sup>452</sup> BGer 4C.130/2006 E. 4.2.2. Vgl. auch BGE 131 III 145 E. 7.2.

<sup>453</sup> BGer 4A\_399/2018 E. 3.2; MÜLLER/GALLI/VISCHER, Rn. 2 ff.; RUSCH, Mängelrüge, S. 740 f.

<sup>454</sup> BGer 4A\_399/2018 E. 3.2; MÜLLER/GALLI/VISCHER, Rn. 10 ff.; RUSCH, Mängelrüge, S. 742.

<sup>455</sup> BGer 4A\_261/2020 E. 7.2.1; CHERNAYA/GALLI/VISCHER, Rn. 14 ff.

<sup>456</sup> BGer 4A\_261/2020 E. 7.2.1.

<sup>457</sup> Zur herrschenden Lehre, die diesen Standpunkt vertritt, vgl. BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 1 ff.; GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 13 ff.; HONSELL, BSK, Art. 201 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 201 OR, Rn. 3; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 201 OR, Rn. 31 f.; KELLER/SIEHR, S. 82; FURRER, S. 49 f.

männischem Verkehr und Konsumentenkaufrecht auszugehen sei.<sup>458</sup> Andererseits ist bei der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR zu berücksichtigen, dass das aktuelle von Art. 201 OR ausgehende Interessensungleichgewicht eines Interessenausgleichs bedarf, der in der zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR besteht. Wenn schon die von der Rechtsprechung streng ausgelegte Mängelrügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR im Konsumentenkaufrecht negativ über 75% aller Sachgewährleistungsansprüche entscheidet, dann dürfen bei einem positiven Entscheid nicht noch die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Haftungsbeschränkungen über Art. 199 OR im Voraus beschränkt worden sein. Dementsprechend muss die strikte Trennung der Käuferschaft in den kaufmännischen Verkehr und den Verkehr im Konsumentenkaufrecht bei Art. 201 OR und Art. 210 Abs. 4 OR konsequent und analog auch bei Art. 199 OR Anwendung finden.<sup>459</sup> Im Vergleich zum aufgrund der EU-Kaufrechtsrichtlinie revidierten Konsumentenkaufrecht der EU-Staaten bleibt das Interessensgleichgewicht zwischen kaufmännischem Verkäufer und Käufer im Konsumentenkaufrecht in der Schweiz trotz der Sachgewährleistungsansprüche mit zwingender Natur im Konsumentenkaufrecht aufgrund der strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheit gewahrt.<sup>460</sup> Im Gegensatz zum EU-Konsumentenkaufrecht wird der Verkäufer im schweizerischen Konsumentenkaufrecht aufgrund der strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten von Art. 201 OR gegenüber dem Käufer im Konsumentenkaufrecht immer noch relativ bessergestellt, als dies im Konsumentenkaufrecht der EU-Staaten der Fall ist.<sup>461</sup> Zur Einhaltung des Interessensgleichgewichts zwischen den Verkäufer- und Käuferinteressen ist es gemäss der vorliegend vertretenen Meinung nötig, dass die Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sind.

---

<sup>458</sup> HONSELL, BSK, Art. 201 OR, Rn. 1; HONSELL, KUKO, Art. 201 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1; KREN KOSTKIEWICZ, OFK, Art. 210 OR, Rn. 1; KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, S. 52; GAUCH, Revisionsentwurf zur Verjährung, S. 144.

<sup>459</sup> Vgl. dazu auch GIGER, BK, Art. 201 OR, Rn. 6; BUCHER, benachteiligter Käufer, S. 2.

<sup>460</sup> Die Rechtskommission des Nationalrates bestätigt dies: «Die Interessen des Verkäufers bleiben durch die strengen Voraussetzungen der Prüfungs- und Rügepflichten nach Artikel 201 OR gewahrt.» Des Weiteren wird ausgeführt: «Die Verlängerung der Frist kommt auch dem Verkäufer zugute, da er so leichter seinen eigenen Lieferanten belangen kann.» Vgl. hierzu den Commissionsbericht NR Januar 2011, S. 2896.

<sup>461</sup> DEDUAL, S. 84 f.

### 3. Teleologische Reduktion von Art. 199 OR

Der Normkonflikt zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR qualifiziert sich im Rahmen der teleologischen Auslegung als eigentliche teleologische Widersprüchlichkeit. In diesem Zusammenhang besteht eine Divergenz von Wertungen, die vergleichbare Sachverhalte betreffen. Vergleichbare Sachverhalte sind bei der vorliegenden teleologischen Widersprüchlichkeit zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR gegeben, da die Verjährungsfristverkürzung als mittelbare Haftungsbeschränkung einzustufen ist<sup>462</sup>, wobei vorliegend kein sachlicher Grund besteht, der eine derartige Wertungsdivergenz legitimieren würde.<sup>463</sup> Aus teleologischer Sicht darf es nicht sein, dass eine Verkürzung der zweijährigen Verjährungsfrist im Konsumentenkaufrecht gemäss Art. 210 Abs. 4 OR ungültig ist und im wertungsmässig deutlich gravierenderen Fall die Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR aufgrund von Art. 199 OR bis zur vollständigen Haftungsbeschränkung wegbedungen werden können. Um den vorliegenden Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR zu lösen, kann «ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt» werden.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> Zur Verjährungsfristverkürzung als mittelbarer Haftungsbeschränkung vgl. KARSAHIN, Rn. 539; BUOL, Rn. 19, Rn. 110 ff. und Rn. 622 f.; GAUCH, Werkvertrag, Rn. 2551; LÖRTSCHER, S. 67, S. 144 und S. 178 f.; SCHMID, Freizeichnungsklauseln, S. 311; WEBER/EMMENEGGER, BK, Art. 100 OR, Rn. 15.

<sup>463</sup> Beim Vorliegen von teleologischen Widersprüchlichkeiten spricht HÖPFNER in synonyme Anwendung von «Wertungs- und Prinzipienwidersprüchen». Vgl. dazu HÖPFNER, S. 34 ff. Nach SEILER sind Wertungswidersprüche in der schweizerischen Rechtsordnung üblich und an der Tagesordnung. Vgl. dazu SEILER P., S. 43.

<sup>464</sup> Das Bundesgericht führt dazu aus, dass die Gesetzesinterpretation nicht strikt historisch zu erfolgen habe, grundsätzlich aber trotzdem auf die Absicht des Gesetzgebers und die von ihm getroffenen Wertentscheidungen auszurichten sei. Dies, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst herleiten lasse, sondern vielmehr aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten sei, welche anhand herkömmlicher Auslegungselemente zu ermitteln seien. Das Bundesgericht bestätigt, dass nach zeitgemässen Methodenverständnis die teleologische Reduktion als zulässiger Akt richterrechtlicher Rechtsschöpfung gilt. Vgl. hierzu BGE 121 III 219 E. 1d aa.

a) *Vorliegen einer offenen Gesetzes- und Ausnahmelücke*

Im Verhältnis zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR besteht bei der Bestimmung von Art. 210 Abs. 4 OR eine offene Gesetzeslücke.<sup>465</sup> Eine solche liegt vor, wenn sich gesetzliche Regelungen kontradiktorisch widersprechen. Zwei einander in dieser Weise widersprechende Rechtsfolgen können in derselben Rechtsordnung nicht gleichzeitig rechtens sein.<sup>466</sup> Der Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR führt zu einer partiellen, gegenseitigen Aufhebung dieser Bestimmungen, was als Kollisionslücke definiert wird.<sup>467</sup> Die offene Gesetzeslücke bei Art. 210 Abs. 4 OR ist wie weiter vorne abgehandelt anhand eines Grössenschlusses zu lösen.<sup>468</sup> Der Schluss vom Kleineren aufs Grössere basiert auf dem Grundsatz, dass eine Rechtsfolge, die für einen wertungsmässig weniger gewichteten, meistens zwingenden Sachverhalt vorgesehen ist (Art. 210 Abs. 4 OR), umso mehr für den wertungsmässig höher gewichteten Fall, der gesetzlich unregelt ist (Art. 199 OR), gelten muss.<sup>469</sup> Dieser Grössenschluss und weitere zuvor einbezogene Auslegungselemente reichen bereits aus, um die offene Gesetzeslücke und damit den Normkonflikt zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR zu beheben.

Darüber hinaus besteht im Verhältnis zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bei letzterer Bestimmung nach der vorliegend vertretenen Meinung eine Ausnahmelücke.<sup>470</sup> Der Begriff «Ausnahmelücke» ist vorliegend irreführend, da eigentlich gar keine Lücke besteht, sondern gerade umgekehrt die Regelung von Art. 199 OR in Anbetracht von Art. 210 Abs. 4 OR zu weit geht. Die Bestimmung der Haftungsbeschränkung und Haftungswegbedingung in Art. 199 OR erfasst mit Art. 210 Abs. 4 OR nämlich einen Sachverhalt, der beurteilt nach dem Sinn und Zweck dieser Norm und gemäss der dem negativen Gleichheitssatz unterliegenden Erwägung, dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist, nicht erfasst werden dürfte.<sup>471</sup> Folglich erweist sich der Wortsinn von Art. 199 OR als zu weit, schießt über das vernünftige Ziel hinaus und ist daher gemäss der vorliegend vertretenen Meinung als zu undifferenziert einzustufen. Mit anderen Worten ausgedrückt, fehlt auf Basis des Sinns und Zwecks von

---

<sup>465</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 210 Abs. 4 OR als offener Gesetzeslücke weiter vorne in [§ 8, Kap. 2](#).

<sup>466</sup> Vgl. zur offenen Gesetzeslücke weiterführend KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 221 f.  
<sup>467</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 222.

<sup>468</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum Grössenschluss weiter vorne in [§ 8, Kap. 2](#).

<sup>469</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 234 f.

<sup>470</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 199 OR als Ausnahmelücke weiter vorne in [§ 6, Kap. 1](#).

<sup>471</sup> Vgl. dazu weiterführend KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 223 ff.

Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR eine gesetzliche Einschränkung des undifferenzierten, aber klaren Wortsinns von Art. 199 OR.<sup>472</sup> Hätte der Gesetzgeber im Rahmen der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR ebenfalls Art. 199 OR konkretisiert und den neuen Umständen angepasst, würde keine Gesetzeslücke vorliegen.

### b) *Teleologische Reduktion*

Obwohl und wie gezeigt der Normkonflikt anhand eines Grössenschlusses und weiterer Auslegungselemente lösbar ist, kann die Ausnahmelücke bei Art. 199 OR nach der vorliegend vertretenen Meinung ebenfalls anhand der teleologischen Reduktion behoben werden.<sup>473</sup> Die Anwendung der teleologischen Reduktion war in der Schweiz längere Zeit umstritten und nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich.<sup>474</sup> Heutzutage hat sich die teleologische Reduktion als richterliche Rechtsschöpfung durchgesetzt, was insbesondere in BGE 121 III 219 vom Bundesgericht so festgestellt wird.<sup>475</sup> Dementsprechend kann, sofern der Wortsinn einer Norm verglichen mit deren Teleologie zu weit gefasst ist, dieser zu weit gefasste Wortsinn anhand der teleologischen Reduktion auf den eigentlichen Anwendungsbereich der Norm reduziert werden, um der ratio legis zu entsprechen.<sup>476</sup> Anders formuliert, kann die Ausnahmelücke «durch Hinzufügung der sinngemäss geforderten Einschränkung» behoben werden.<sup>477</sup> Im jüngeren BGE 131 III 314 erwägt das Bundesgericht, dass eine Abweichung vom klaren Wortlaut nicht nur zulässig, sondern gar geboten sei, «wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Be-

---

<sup>472</sup> Vgl. dazu LARENZ/CANARIS, S. 198; BYDLINSKI, S. 480; KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 223 ff.

<sup>473</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>474</sup> Eine Lücke dürfe de lege lata nur mit grosser Zurückhaltung korrigiert werden, nämlich wenn die Berufung auf den Wortlaut in krass stossenden Fällen als rechtsmissbräuchlich erscheine. Vgl. dazu BGE 120 III 131 E. 3b. «Der Richter darf nur vom Gesetz abweichen, wo sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat [...]» Vgl. hierzu BGE 123 III 445 E. 2b aa. Eine Abweichung vom klaren Wortlaut wird von der öffentlich-rechtlichen Lehre und Rechtsprechung regelmässig zugelassen, «wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt». Vgl. hierzu BGE 131 II 13 E. 7.1; BGE 130 V 49 E. 3.2.1; BGE 87 I 10 E. 3. Vgl. ferner auch BGE 140 III 501 E. 4; BGE 139 III 368 E. 3.2; BGE 136 III 283 E. 2.3.1; BGE 134 III 273 E. 4; BGE 130 III 76 E. 4.

<sup>475</sup> BGE 121 III 219 E. 1d aa m.w.H.

<sup>476</sup> KRAMER, juristische Methodenlehre, S. 250 ff.; BGE 121 III 219 E. 1d aa m.w.H.

<sup>477</sup> LARENZ/CANARIS, S. 212.

stimmung entspricht».<sup>478</sup> Solche triftigen Gründe können sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck und aus dem Zusammenhang mit anderen Normen ergeben.<sup>479</sup> Als weiterer und letzter Grund wird vom Bundesgericht erwähnt, dass eine Abweichung vom Wortlaut möglich sei, wenn nach grammatikalischer Auslegung ein Ergebnis vorliege, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne.<sup>480</sup>

Ein wie zuvor erwähnter triftiger Grund, der zur Abweichung vom Wortlaut und daher zur teleologischen Reduktion von Art. 199 OR berechtigt, ergibt sich primär aus dem Zusammenhang mit Art. 210 Abs. 4 OR und der damit neu eingeführten Teleologie im Konsumentenkaufrecht mit dem Konsumentenschutzinteresse, das mit dem Wortlaut von Art. 199 OR in Konflikt steht.<sup>481</sup> Das Konsumentenschutzinteresse ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der zwingenden Gesetzesbestimmungen im Konsumentenkaufrecht.<sup>482</sup> Eine Abweichung vom Wortlaut von Art. 199 OR ist vorliegend nicht nur zulässig, sondern gar geboten, da ansonsten die Obsoleszenz von Art. 210 Abs. 4 OR droht.<sup>483</sup> Um dies zu verhindern, bedarf Art. 199 OR der nötigen Einschränkung, um zur Umsetzung der ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR zu verhelfen. Deswegen muss für Art. 199 OR die zusätzliche Einschränkung gelten, dass im Konsumentenkaufrecht eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Sachgewährleistungsansprüche der Käufer im Konsumentenkaufrecht ungültig ist.

#### 4. Verfassungskonforme Auslegung

Laut dem Verfassungsauftrag in Art. 97 Abs. 1 BV muss der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumenten treffen. Im deutschen Recht bildet Art. 153 EGV das Gegenstück zum schweizerischen Verfassungsauftrag aus Art. 97 Abs. 1 BV. Hieraus kann abgeleitet werden, dass es in der Schweiz wohl auch einer ähnlichen Regelung zum Konsumentenschutz im Konsumentenkaufrecht bedarf. Dies auch deswegen, weil die rechtspolitischen Grundsätze und Wertungen der Schweiz mit denjenigen der EU und denjenigen Deutschlands überein-

---

<sup>478</sup> BGE 131 III 314 E. 2.2.

<sup>479</sup> BGE 131 III 314 E. 2.2.

<sup>480</sup> BGE 131 III 314 E. 2.2.

<sup>481</sup> Vgl. zur Definition des triftigen Grundes die vorherigen Ausführungen und BGE 131 III 314 E. 2.2.

<sup>482</sup> Hierzu gehören insbesondere Art. 201 OR und Art. 210 Abs. 4 OR.

<sup>483</sup> Vgl. zur drohenden Obsoleszenz von Art. 210 Abs. 4 OR die Ausführungen weiter vorne in [§ 8, Kap. 1](#).

stimmen.<sup>484</sup> Die Angleichung des Konsumentenschutzniveaus im Konsumentenkaufrecht auf europäischer Ebene lässt sich dadurch rechtfertigen, dass Käufer und Verkäufer aus unterschiedlichen Staaten miteinander Kaufverträge abschliessen.<sup>485</sup> Ein angeglichenes Konsumentenschutzniveau auf europäischer Ebene führt zur europaweiten Gleichbehandlung von Käufern und Verkäufern und minimiert das Risiko regionaler Diskriminierungen.

Art. 97 Abs. 1 BV setzt indessen dem Schweizer Gesetzgeber den rechtlichen Rahmen für Massnahmen zum Schutz der Konsumenten. Dem Bund kommt aufgrund dieser Bestimmung die Kompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung zu, Normen zu erlassen, welche die Interessen der Konsumenten unter Berücksichtigung anderer wesentlicher Interessen betreffen.<sup>486</sup> Eingriffe sind insbesondere dort angezeigt, wo strukturelle Ungleichgewichte zwischen gewerblich auftretenden Anbietern und Konsumenten bestehen.<sup>487</sup> Wenn Konsumenten als rational handelnde Individuen zu qualifizieren sind, bedarf es lediglich eines funktionierenden Wettbewerbs. Werden die Konsumenten demgegenüber als «sozial schwache» Wesen betrachtet, bei denen ein Machtgefälle zu grösseren Unternehmungen besteht, bedarf es eines umfangreichen Konsumentenschutzes.<sup>488</sup> Würden ideale Wettbewerbsbedingungen vorherrschen, namentlich z.B. die Annahme des rationalen und nutzenmaximierenden Konsumenten, könnte auf Art. 97 BV und generell auf den Konsumentenschutz verzichtet werden.<sup>489</sup> Da die Annahme eines rational-egoistisch handelnden Menschen lediglich beschränkt geeignet ist, um das Handeln der Konsumenten in der Realität zu veranschaulichen, hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich Konsumenten nur beschränkt rational verhalten und schutzbedürftig sind.<sup>490</sup> Auch das Bundesgericht stuft die Fähigkeiten eines Konsumenten vom entsprechenden Markt abhängig und anhand des durchschnittlichen Verhaltens dieses Konsumenten in diesem Markt ein.<sup>491</sup>

---

<sup>484</sup> PICHONNAZ, EU-Kaufrechtsrichtlinie in der Schweiz, S. 300 f.; SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag, S. 259; SCHMID, *vente à distance*, S. 256 ff.

<sup>485</sup> Vgl. hierzu PICHONNAZ, EU-Kaufrechtsrichtlinie in der Schweiz, S. 301.

<sup>486</sup> HETTICH, SGK, Art. 97 BV, Rn. 4.

<sup>487</sup> Vgl. hierzu statt vieler BRUNNER, S. 45 ff.

<sup>488</sup> UHLMANN, BSK, Art. 97 BV, Rn. 6.

<sup>489</sup> HETTICH, SGK, Art. 97 BV, Rn. 2.

<sup>490</sup> HETTICH, SGK, Art. 97 BV, Rn. 6; KAHNEMAN/TVERSKY, S. 263 ff.

<sup>491</sup> HETTICH, SGK, Art. 97 BV, Rn. 6; BGer 2C\_1008/2012 E. 3.5. Vgl. dazu auch BGer 6B\_775/2009 E. 4; BGE 111 IV 180 E. 4c; BGE 106 IV 302 E. 2d.

Entsprechend hält das Bundesgericht fest, dass bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen sei, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspreche.<sup>492</sup>

DEDUAL unterzieht Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR basierend auf Art. 97 Abs. 1 BV einer verfassungskonformen Auslegung und kommt zum Ergebnis, dass Art. 210 Abs. 4 OR vorrangig anzuwenden sei.<sup>493</sup> Gemäss der vorliegend vertretenen Meinung gilt es dem zu folgen. Indem nämlich Art. 210 Abs. 4 OR Vorrang vor Art. 199 OR erhält, im Konsumentenkaufrecht die Haftungsbeschränkung gemäss Art. 199 OR nicht zulässig ist und den Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR deshalb zwingende Natur zukommt, wird die Konsumentensouveränität aufgrund einer verbesserten Transparenz<sup>494</sup> und klarerer Haftungsregelungen wiederhergestellt, womit auch Art. 97 Abs. 1 BV eingehalten wird.<sup>495</sup>

## 5. Fazit

Zusammengefasst resultiert aus den Auslegungen im 3. Teil, dass aufgrund der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR nicht nur die Verjährungsfristen der Sachgewährleistungsansprüche, sondern auch die Sachgewährleistungsansprüche (Wandelung, Minderung und Ersatzlieferung) gemäss Art. 205 f. OR im Konsumentenkaufrecht von Gesetzes wegen zwingender Natur sind und sich nicht mehr mit einer vertraglichen Vereinbarung gemäss Art. 199 OR einschränken oder ganz wegbedingen lassen. Zudem ist im Rahmen der teleologischen Auslegung von Rechtsfragen im Konsumentenkaufrecht neben dem Verkehrs- und Rechtsschutzinteresse auch das Konsumentenschutzinteresse zu beachten. Es ist demnach von einem neuen teleologischen Wertungsmuster bei der Auslegung des Konsumentenkaufrechts auszugehen, damit ein Interessengleichgewicht zwischen den Käufer- und den Verkäuferinteressen erreicht wird.

---

<sup>492</sup> DEDUAL, S. 96; BGE 137 III 217 E. 2.4.1.

<sup>493</sup> So ist der Begriff «Schutz» in Art. 97 Abs. 1 BV weit auszulegen und verpflichtet er den Gesetzgeber zur Berücksichtigung der Konsumenteninteressen. Vgl. DEDUAL, S. 96.

<sup>494</sup> Der Konsument, der sich auf die zwingende zweijährige Verjährungsfrist verlässt, die so wortwörtlich aus Art. 210 Abs. 4 OR hervorgeht, muss sich sicher sein können, dass seine Sachgewährleistungsansprüche nicht durch Art. 199 OR beschränkt werden.

<sup>495</sup> Indem klargestellt wird, dass Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht die Beschränkungs- und Wegbedingungsmöglichkeiten gemäss Art. 199 OR ausschliesst, wird mit dem eingeschränkten Art. 199 OR eine nunmehr klare Haftungsregelung geschaffen.



## 4. Teil: Sonderfragen

Nachfolgend ist einerseits zu untersuchen, inwiefern das Verhältnis zwischen vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen durch das Auslegungsergebnis des 3. Teils beeinflusst wird. Dies betrifft in der Praxis insbesondere das Szenario, im Rahmen dessen eine mangelhafte Kaufsache geliefert wurde, der Käufer seiner gesetzlichen und gegebenenfalls vertraglichen Prüfungs- und Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen ist und sodann über sein Gewährleistungswahlrecht einen Garantie- oder Sachgewährleistungsanspruch geltend machen kann. Dabei stellt sich zum einen die Frage, ob der Käufer frei zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen wählen kann oder ob das Gewährleistungswahlrecht von Gesetzes wegen, aufgrund der aktuellen Rechtsprechung oder durch vertragliche Abreden eingeschränkt wird. Andererseits ist nachfolgend zu untersuchen, wie sich die vertragliche und gesetzliche Rechtslage nach durchgeführter Nachbesserung oder nach Ersatzlieferung darstellt. Hierbei stellt sich zum einen die Frage, ob dem Käufer nach durchgeführter Nachbesserung oder Ersatzlieferung wiederum sämtliche vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche zur Verfügung stehen oder ob es zu einer Einschränkung der dem Käufer zur Verfügung stehenden vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüche kommt. Zum anderen gilt es die Frage zu beantworten, wie sich die Durchführung der Nachbesserung und die Ersatzlieferung auf den Lauf der vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen auswirkt. Weiter muss betreffend die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen untersucht werden, inwiefern die Anerkennung des Mangels bzw. der Forderung seitens des Verkäufers eine unterbrechende Wirkung auf die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen hat und inwiefern der Verkäufer die Unterbrechung dieser Fristen durch vertragliche Abrede mit dem Käufer anpassen kann. Schliesslich gilt es zu untersuchen, inwiefern die kaufrechtliche Verjährungsbestimmung von Art. 210 OR und insbesondere Art. 210 Abs. 6 OR auf Herstellergarantien und die darin jeweils vereinbarten vertraglichen Garantiefristen Anwendung findet.

## § 10 Garantie und gesetzliche Sachgewährleistung

### 1. Problemstellung

Die gesetzliche Sachgewährleistung kann im Kaufrecht durch eine vertragliche Bestimmung grundsätzlich in drei Bereichen angepasst werden, nämlich in den Bereichen der Voraussetzungen zur Geltendmachung der Sachgewährleistungsansprüche<sup>496</sup>, der Modifikation der Sachgewährleistungsansprüche<sup>497</sup> sowie der Verjährungs- bzw. Garantiefrist der Sachgewährleistungs- bzw. Garantieansprüche<sup>498, 499</sup>. Durch Art. 210 Abs. 4 OR und die Auslegung im 3. Teil erfahren im Konsumentenkaufrecht die Bereiche Modifikation der Sachgewährleistungsansprüche und Modifikation der gesetzlichen Verjährungs- und vertraglichen Garantiefristen entsprechende Einschränkungen.<sup>500</sup> Aufgrund der im Konsumentenkaufrecht zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR wird die vertragliche Gestaltungsfreiheit im Konsumentenkaufrecht entsprechend eingeschränkt.<sup>501</sup> Diese Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit und damit verbunden die zwingende Natur der Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährungsfrist wird in der Vertragsausgestaltung in der Praxis des Konsumentenkaufrechts zum Teil bereits berücksichtigt.<sup>502</sup> Ein Teil der bestehenden vertraglichen Abmachungen widerspricht jedoch der

---

<sup>496</sup> Insbesondere durch vertragliche Anpassung von Art. 197 OR und Art. 201 OR.

<sup>497</sup> Insbesondere durch vertragliche Anpassung von Art. 205 f. OR und Art. 208 OR.

<sup>498</sup> Insbesondere durch vertragliche Anpassung von Art. 210 OR.

<sup>499</sup> WITSCHI, S. 19.

<sup>500</sup> Vgl. dazu Ausführungen zur Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>501</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 9, Kap. 5.](#)

<sup>502</sup> Vgl. dazu als Beispiele die Digitec-Galaxus-Garantie, <<https://www.galaxus.ch/de/wiki/478>> (besucht am 3. November 2022); Apple-Garantie, <<https://www.apple.com/legal/warranty/products/switzerland-universal-warranty-german.html>> (besucht am 3. November 2022).

revidierten Gesetzgebung im Konsumentenkaufrecht.<sup>503</sup> Deswegen und weil neben der meistens in den AGB enthaltenen Garantiebestimmung die gesetzlichen Bestimmungen zur Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR ganz oder zumindest teilweise bestehen bleiben, gilt es – ausgehend vom Auslegungsergebnis des 3. Teils – nachfolgend das Verhältnis der vertraglichen Garantie- und der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche sowie deren Garantie- und Verjährungsfristen zu untersuchen.

## 2. Verhältnis der Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche

Das Wesen der Verkäufergarantie liegt darin, dass der Garant und im Konsumentenkaufrecht entsprechend der Verkäufer sich durch die entsprechende Garantiebestimmung gegenüber dem Käufer dazu verpflichtet, den garantierten Zustand bzw. die garantierten Eigenschaften der Kaufsache herbeizuführen.<sup>504</sup> Bei einer Garantiebestimmung einer Verkäufergarantie handelt es sich um eine Nebenbestimmung des Kaufvertrages, die im Rahmen des Konsumentenkaufes systematisch oft in den AGB, teilweise aber auch im Individualvertrag selbst eingeordnet ist.<sup>505</sup> Die vertragliche Garantie des Verkäufers für die Kaufsache kann verschiedene inhaltliche Bedeutung haben. In dieser Hinsicht unterscheidet die Schweizer Lehre und Rechtsprechung zwischen Eigenschaftszusicherungen sowie selbständigen und unselbständigen Garantien.<sup>506</sup> Verspricht der Verkäufer eine gegenwärtig zum Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr bestehende Eigenschaft der Kaufsache, so handelt es sich bei der Garantiebestimmung um eine Zusicherung gemäss Art. 197

---

<sup>503</sup> Vgl. dazu als Beispiele die AGB-Garantien von Autohändlern bzw. -garagen, von denen die Mehrheit auf die jeweilige Herstellergarantie verweist, die gesetzliche Sachgewährleistung vollumfänglich wegbedingt und selbst eine sechs- bis zwölfmonatige Nachbesserung gewährt. Vgl. dazu auch die Swisscom-Garantie, <[https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen_de.pdf)> (besucht am 3. November 2022) und die Bucherer-Garantie, <<https://www.bucherer.com/ch/de/about-us/service/warranty-and-certificates.html>> (besucht am 4. November 2022), welche beide vorsehen, dass die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche vollumfänglich wegbedungen sind.

<sup>504</sup> Vgl. dazu weiterführend WITSCHI, S. 25. Vgl. zur Herstellergarantie die Ausführungen weiter hinten in § 13.

<sup>505</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 9; FRÜH, S. 86; KATZ, S. 52; BGE 91 II 344 E. 2a.

<sup>506</sup> GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 20; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 103; BGE 122 III 426 E. 4 f.

Abs. 1 OR.<sup>507</sup> Weist die Kaufsache die zugesicherten Eigenschaften nicht auf, kann der Käufer als Rechtsfolge seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR und gegebenenfalls seine vertraglichen Garantieansprüche geltend machen.<sup>508</sup> Folglich gelten im Zusammenhang mit Eigenschaftszusicherungen die Verjährungsfristen von Art. 210 OR.<sup>509</sup> Verspricht der Verkäufer demgegenüber einen zukünftigen Erfolg bzw. sichert er auch nach Übergang von Nutzen und Gefahr gewisse Eigenschaften der Kaufsache zu, die vorwiegend von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig sind, so handelt es sich um eine selbständige Garantie gemäss Art. 111 OR.<sup>510</sup> Tritt der in Aussicht gestellte, garantierte Erfolg nicht ein, kann der Käufer als Rechtsfolge seinen Erfüllungsanspruch und Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR geltend machen, ohne dass Art. 201 OR und Art. 210 OR zur Anwendung kommen.<sup>511</sup> Folglich gelten im Zusammenhang mit der selbständigen Garantie die Verjährungsbestimmungen von Art. 127 ff. OR.<sup>512</sup> Verspricht der Verkäufer Eigenschaften der Kaufsache und bezieht sich seine Haftungserklärung auf Rechtsfolgen, die von der gesetzlichen Sachgewährleistung abweichen, so handelt es sich um eine unselbständige Garantie.<sup>513</sup> Weist die Kaufsache die bestimmten Eigenschaften nicht auf, kann der Käufer als Rechtsfolge seine vertraglichen Garantieansprüche geltend machen, wobei dies in den meisten Fällen ein vertraglicher Nachbesserungsanspruch oder gegebenenfalls ein vertraglicher Ersatzlieferungsanspruch ist.<sup>514</sup> Bei unselbständigen Garantien ist durch Auslegung des Kaufvertrags zu ermitteln, inwiefern die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und welche Verjährungs- oder Garantiefri-  
sten zur Anwendung kommen.<sup>515</sup>

---

<sup>507</sup> GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 20; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 103 ff. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen hinten in [§ 10. Kap. 3](#).

<sup>508</sup> Vgl. dazu SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 106.

<sup>509</sup> GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 20; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 103 ff.

<sup>510</sup> GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 20; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 103 ff. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen hinten in [§ 10. Kap. 3](#).

<sup>511</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 106; BGE 122 III 426 E. 5c.

<sup>512</sup> GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 20; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 103 ff.

<sup>513</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 107.

<sup>514</sup> Vgl. dazu SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 107.

<sup>515</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 107. Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen.

In der Kaufrechtspraxis verpflichtet sich der Verkäufer in der Regel mit einer unselbständigen Garantie zur Realerfüllung durch Nachbesserung und Ersatzlieferung.<sup>516</sup> Dies insbesondere deswegen, da dem Käufer im Rahmen der gesetzlichen Sachgewährleistung gemäss Art. 205 f. OR ein Nachbesserungsanspruch von Gesetzes wegen nicht zur Verfügung steht, wobei ein Teil der Lehre den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch im Kaufrecht bejaht.<sup>517</sup> Folglich bezweckt eine Garantie grundsätzlich eine Besserstellung des Käufers gegenüber der gesetzlichen Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR, wobei dieser Eindruck regelmässig beim juristisch nicht gebildeten Konsumenten entsteht.<sup>518</sup> In der Praxis stehen dem Käufer oft – je nach Ausgestaltung der Garantiebestimmung – gegenüber dem Verkäufer die vertraglichen Garantieansprüche der Nachbesserung und Ersatzlieferung sowie die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche der Wandelung, Minderung und gegebenenfalls Ersatzlieferung zur Verfügung.<sup>519</sup>

Das Verhältnis der vertraglich vereinbarten Garantieansprüche zu den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen wird in den Garantiebestimmungen zum Teil ausdrücklich geregelt, indem die Haftung des Verkäufers entsprechend beschränkt wird, womit oft die gesetzliche Wandelung und Minderung

---

<sup>516</sup> Vgl. dazu WITSCHI, S. 26 f.; BGE 91 II 344 E. 2a. Vgl. dazu unter vielen z.B. die Apple-Garantie, <<https://www.apple.com/legal/warranty/products/switzerland-universal-warranty-german.html>> (besucht am 3. November 2022); Tesla-Garantie, <<https://www.tesla.com/sites/default/files/downloads/tesla-new-vehicle-limited-warranty-de-ch.pdf>> (besucht am 5. November 2022); USM-Haller-Garantie, <<https://www.usm.com/de-de/home/rechtshinweise/agb/agb-onlineshop/>> (besucht am 5. November 2022); IWC-Garantie, <<https://www.iwc.com/de/terms-and-legal/iwc-international-limited-warranty.html>> (besucht am 4. November 2022).

<sup>517</sup> Die herrschende Lehre verneint den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch im Kaufrecht: HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 5; CAVIN, S. 96; KELLER/SIEHR, S. 96; TERCIER/FAVRE, Rn. 824; VON BÜREN, S. 19; BECKER, BK 1934, Art. 206 OR, Rn. 1; HEIM, S. 27; KATZ, S. 79. Ein Teil der Lehre bejaht den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch: BUCHER, BT, S. 97; GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 42; FURRER, S. 74 f.; FRÜH, S. 29; GULDIMANN, S. 67 ff.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42, Rn. 48; BÄHLER, S. 101 f. und S. 108 f.; VISCHER, S. 1171. Das Bundesgericht liess die Beantwortung dieser Rechtsfrage in mehreren Urteilen offen, verneinte den Nachbesserungsanspruch des Käufers aber auch: Offengelassen in BGE 45 II 660, S. 663; BGE 124 III 456 E. 4b bb; BGE 124 III 456 E. 4b bb; verneint in BGE 91 II 344 E. 2a; BGE 95 II 119 E. 6; BGER 4C.307/2000 E. 6; BGER 4A\_446/2015 E. 3.2.

<sup>518</sup> Vgl. dazu FRÜH, S. 86; BGE 91 II 344 E. 2a.

<sup>519</sup> Vgl. dazu FRÜH, S. 87; BGE 91 II 344 E. 2a.

ausgeschlossen werden.<sup>520</sup> In einigen Fällen wird vereinbart, dass das Gewährleistungswahlrecht des Käufers vollständig eingeschränkt wird und im Gegenzug aber dem Verkäufer ein umfassendes Gewährleistungswahlrecht zu steht.<sup>521</sup> In dieser Hinsicht gilt primär, dass die gesetzliche Sachgewährleistung neben der vereinbarten Garantiebestimmung in dem Masse Anwendung findet, als sie nicht in klarer Weise mittelbar oder unmittelbar im rechtlich zulässigen Rahmen angepasst wurde.<sup>522</sup> Folglich bestimmen sich die Voraussetzungen der Sachgewährleistung nach den vereinbarten Regeln, sofern diese eine Änderung der gesetzlichen Sachgewährleistung erkennen lassen.<sup>523</sup> Diesbezüglich ergibt sich der Inhalt und Umfang von Garantiebestimmungen aus dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien, und sofern sich ein solcher nicht feststellen lässt, ist die Bestimmung durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren.<sup>524</sup> Dabei müssen die wesentlichen Umstände des Vertragsabschlusses, das Prinzip von Treu und Glauben

---

<sup>520</sup> FRÜH, S. 87 ff.; vgl. dazu unter vielen z.B. die AGB-Garantien von Autohändlern bzw. -garagen, von denen die Mehrheit auf die jeweilige Herstellergarantie verweist, die gesetzliche Sachgewährleistung vollumfänglich wegbedingt und selbst eine sechs- bis zwölfmonatige Nachbesserung gewährt. Vgl. dazu auch die Swisscom-Garantie, <[https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen_de.pdf)> (besucht am 3. November 2022) und die Bucherer-Garantie, <<https://www.bucherer.com/ch/de/about-us/service/warranty-and-certificates.html>> (besucht am 4. November 2022), welche beide vorsehen, dass die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche vollumfänglich wegbedungen sind. Vgl. zu den Rechtsfolgen einer Wegbedingung der gesetzlich zwingenden Sachgewährleistungsansprüche oder der zwingenden Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht die Ausführungen weiter hinten in § 10, Kap. 4.

<sup>521</sup> Vgl. dazu unter vielen z.B. die Swisscom-Garantie, <[https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen_de.pdf)> (besucht am 3. November 2022); Digitec-Galaxus-Garantie, <<https://www.galaxus.ch/wiki/478>> (besucht am 3. November 2022); Tesla-Garantie, <<https://www.tesla.com/sites/default/files/downloads/tesla-new-vehicle-limited-warranty-de-ch.pdf>> (besucht am 5. November 2022); IWC-Garantie, <<https://www.iwc.com/de/terms-and-legal/iwc-international-limited-warranty.html>> (besucht am 4. November 2022); Bucherer-Garantie, <<https://www.bucherer.com/ch/de/about-us/service/warranty-and-certificates.html>> (besucht am 4. November 2022); Ikea-Garantie, <[https://assets.ikea-schweiz.ch/PDF-links/DE/Services/AGB\\_IKEA\\_CH\\_de.pdf](https://assets.ikea-schweiz.ch/PDF-links/DE/Services/AGB_IKEA_CH_de.pdf)> (besucht am 5. November 2022).

<sup>522</sup> Vgl. dazu FRÜH, S. 87; LÖRTSCHER, S. 90 ff. und S. 108 ff. Vgl. dazu die weiteren Ausführungen zu den Rechtsfolgen bei unrechtmässiger Beschränkung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche weiter hinten in § 10, Kap. 4.

<sup>523</sup> FRÜH, S. 91.

<sup>524</sup> BGE 130 III 686 E. 4.3; BGE 126 III 59 E. 5a; BGE 109 II 24 E. 4; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 9 f.

sowie die auf den Einzelfall bezogene Verkehrssitte berücksichtigt werden.<sup>525</sup> Besteht dennoch Unklarheit über den Inhalt und Umfang der Garantiebestimmung, ist diese nach dem subsidiär anwendbaren Grundsatz «in dubio contra stipulatorem» auszulegen und damit im Allgemeinen gegen den Verkäufer, der im Konsumentenkaufrecht in den meisten Fällen die entsprechende Garantieklausel und darin enthaltene Beschränkungen entwirft.<sup>526</sup> Unklare Garantiebestimmungen und darin enthaltene Beschränkungen der gesetzlichen Gewährleistung sind folglich im Zweifel restriktiv bzw. einschränkend zu interpretieren.<sup>527</sup> Deshalb müssen Anpassungen der gesetzlichen Sachgewährleistungsbestimmungen gemäss Art. 197 ff. OR umso deutlicher aus dem Wortlaut der anpassenden Bestimmung oder des Kaufvertrags bzw. dessen AGB hervorgehen, sofern diese verbindlich sein sollten.<sup>528</sup>

Gemäss der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR im 3. Teil stehen dem Käufer im Konsumentenkaufrecht neben den vertraglich vereinbarten Garantieansprüchen aus Verkäufergarantien ebenfalls die im Konsumentenkaufrecht gesetzlich zwingenden Sachgewährleistungsansprüche zur Verfügung.<sup>529</sup> Da im Falle einer mangelhaften Kaufsache<sup>530</sup> oftmals sowohl die vertraglichen Garantie- wie auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können, sofern die Voraussetzungen der Garantieansprüche nicht abweichend geregelt werden, stellt sich die Frage, ob der Käufer im Konsumentenkaufrecht zwischen diesen Ansprüchen aufgrund des Gewährleistungswahlrechts frei wählen kann<sup>531</sup> oder ob vertragliche Garantie- bzw. gesetzliche Sachgewährleistungsansprüche Vorrang haben<sup>532 533</sup>.

<sup>525</sup> GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 10; FRÜH, S. 90.

<sup>526</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 10.

<sup>527</sup> BGE 118 II 142 E. 1a; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 10; HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 3; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 199 OR, Rn. 2.

<sup>528</sup> GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 9; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 199 OR, Rn. 2; FRÜH, S. 87.

<sup>529</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>530</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen der vertraglichen Garantieansprüche FRÜH, S. 91 ff.; WITSCHI, S. 38 ff. und zu den Voraussetzungen der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche HONSELL, BSK, Art. 197 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 197 OR, Rn. 6 ff.; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 197 OR, Rn. 13 ff.; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 3 ff.

<sup>531</sup> Vgl. zur Erstreckung des gesetzlichen Gewährleistungswahlrechts auf die vertraglichen Garantieansprüche die Ausführungen in § 10, Kap. 2, Bst. b.

<sup>532</sup> Vgl. zum Vorrang der vertraglichen Garantieansprüche die Ausführungen in § 10, Kap. 2, Bst. a.

<sup>533</sup> Vgl. zur Rechtslage vor der Revision von Art. 210 OR die Ausführungen von WITSCHI, S. 49 f.

a) *Vorrang der vertraglichen Garantieansprüche*

Das Bundesgericht setzt sich in BGE 91 II 344 unter anderem mit der Frage eines allfälligen Vorrangs der vertraglichen Garantieansprüche gegenüber den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen auseinander. Im vorliegend vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall kaufte ein Käufer als Konsument von einem Autohändler ein fabrikneues Auto der Marke Rambler.<sup>534</sup> Die AGB des Kaufvertrages enthielten eine Garantiebestimmung mit dem Wortlaut: «Garantie. Die Verkäuferin leistet für neue Fahrzeuge volle Fabrikgarantie laut spezieller Garantiepolice; weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen [...]»<sup>535</sup> Eine entsprechende Garantiepolice wurde dem Käufer nicht ausgehändigt.<sup>536</sup> Nach erfolgter Ablieferung retournierte der Käufer das Auto bereits am nächsten Tag ein erstes Mal an den Verkäufer und rügte verschiedene Mängel, wie namentlich, dass der Motor im Leerlauf nicht rund dreht und generell ruckartig läuft.<sup>537</sup> Weil es dem Verkäufer fortlaufend und mehrmals nicht gelang, die Mängel zu beheben, retournierte der Käufer das Auto während fünf Wochen insgesamt viermal zur Nachbesserung an den Verkäufer, ohne dass die Nachbesserungsversuche des Verkäufers erfolgreich waren.<sup>538</sup> Im Rahmen dieser Nachbesserungsversuche setzte der Käufer dem Verkäufer schriftlich eine letzte kurze Nachfrist zur Mängelbeseitigung und teilte kurz darauf aufgrund wiederum ausbleibenden Erfolgs dem Verkäufer mit, dass er vom Kaufvertrag zurücktrete, und verlangte die Rückerstattung des Kaufpreises.<sup>539</sup> Der Verkäufer lehnte die Rückgängigmachung des Kaufes unter Hinweis auf die Fabrikgarantie ab und bemerkte, dass die Instandstellung des Autos entsprechende Zeit in Anspruch nehme. Schliesslich hielt der Käufer trotz zwischenzeitlicher erfolgreicher Nachbesserung an der Rückgängigmachung des Kaufes fest.<sup>540</sup>

Das Bundesgericht stellt im Rambler-Fall einleitend fest, dass der allgemeine Wortlaut «weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen» nicht eindeutig sei, weshalb die entsprechende Garantiebestimmung mangels Klarheit nicht als Verzicht des Käufers auf die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche auf-

---

<sup>534</sup> Der in BGE 91 II 344 abgehandelte Fall wird vorliegend auch als der «Rambler-Fall» bezeichnet.

<sup>535</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>536</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>537</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>538</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>539</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>540</sup> BGE 91 II 344 A.

zufassen sei.<sup>541</sup> Sodann stellt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der dem Käufer nicht ausgehändigten Garantiepoliche fest, dass auch diese dem Käufer keine Klarheit darüber verschafft hätte, dass mit dem Ausschluss weiterer Ansprüche gemäss Verkäufergarantie die Aufhebung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemeint sei.<sup>542</sup> Zum Verhältnis der vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche stellt das Bundesgericht im Rambler-Fall fest, dass der Käufer eines fabrikneuen Fahrzeugs bei auftretenden Mängeln «[...] aufgrund der ihm aus der Garantieklausel erwachsenden Pflichten zunächst dem Verkäufer Gelegenheit zur Behebung der Störung» geben müsse, bevor er einen gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruch geltend machen könne.<sup>543</sup> Der Verkäufer kann aber nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass ihm für die Nachbesserung die gesamte Garantiefrist zur Verfügung stehen würde.<sup>544</sup> Die Vereinbarung einer Garantiefrist bedeutet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, dass der Verkäufer innerhalb derselben auftretende Mängel an der Kaufsache nachzubessern hat.<sup>545</sup> «Gelingt es ihm nicht, eine Störung innert angemessener Frist nach ihrem Auftreten zu beseitigen, so kann der Käufer die Wandelung verlangen.»<sup>546</sup> Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Rambler-Fall hat der Käufer dem Verkäufer während fünf Wochen mehrmals Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben, ohne dass es dem Verkäufer gelungen ist, die Mängel zu beheben.<sup>547</sup> Für dieses Szenario vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass ein weiteres Zuwarten dem Käufer nach Treu und Glauben nicht zumutbar sei.<sup>548</sup> Obwohl der Mangel nach Entdeckung eines Konstruktionsfehlers umgehend behoben werden konnte, handelt es sich dabei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen Mangel, der aufgrund vorliegender Gegebenheiten im Rambler-Fall die Geltendmachung der Wandelung ermöglicht.<sup>549</sup> Entscheidend ist dabei einzig, dass das Auto «wegen einer [vom Verkäufer] bzw. vom Hersteller zu vertretenden Ursache zu dem vorausgesetzten

<sup>541</sup> BGE 91 II 344 E. 2b.

<sup>542</sup> BGE 91 II 344 E. 2c.

<sup>543</sup> BGE 91 II 344 E. 2e; so auch bestätigt in BGer 4A\_251/2007 E. 5.2; gleicher Meinung WITSCHI, S. 49; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 15; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

<sup>544</sup> BGE 91 II 344 E. 2e.

<sup>545</sup> BGE 91 II 344 E. 2e.

<sup>546</sup> BGE 91 II 344 E. 2e; WITSCHI, S. 49 f.; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 15; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

<sup>547</sup> BGE 91 II 344 A.

<sup>548</sup> BGE 91 II 344 E. 2e.

<sup>549</sup> Vgl. dazu BGE 91 II 344 E. 2e.

Gebrauch untauglich war».<sup>550</sup> Sodann bemerkt das Bundesgericht, dass auch wenn die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche des Käufers und damit auch die Wandelung wegbedungen worden wären, der Käufer den vertraglichen Nachbesserungsanspruch gemäss Art. 97 ff. OR und insbesondere über Art. 102 OR (Inverzugsetzung) und Art. 107 f. OR (Rücktritt mit oder ohne Fristansetzung) hätte durchsetzen können.<sup>551</sup> In dieser Hinsicht stellt das abermalige Retournieren des Autos an den Verkäufer jeweils einzeln für sich eine Mahnung gemäss Art. 102 OR dar.<sup>552</sup> Zudem beträgt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine angemessene Nachfrist zur erneuten Nachbesserung für das vorliegende Szenario maximal 14 Tage.<sup>553</sup>

Der Rambler-Entscheid erging vor dem Inkrafttreten des revidierten Art. 210 OR und nach vorliegender Auffassung folglich zu einer Zeit ohne zwingende Natur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht.<sup>554</sup> Als die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht noch dispositiver Natur waren, konnte der Käufer die gesetzliche Wandelung oder Minderung nur geltend machen, wenn der vertragliche Nachbesserungsanspruch die gesetzliche Sachgewährleistung ergänzen soll, und nur falls der Verkäufer nicht innert angemessener Frist nachbessert.<sup>555</sup> Wurden die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche demgegenüber rechtsgültig ausgeschlossen, konnte der Käufer vor der Revision von Art. 210 OR lediglich die vertraglichen Garantie- und nicht in einem zweiten Schritt auch noch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche geltend machen.<sup>556</sup> Da im Rambler-Fall das Bundesgericht den Ausschluss der Sachgewährleistungsansprüche in der Garantiebestimmung als ungültig erachtet, stehen dem Käufer in diesem Fall sowohl die vertraglichen Garantie- als auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche zur Verfügung, was der heutigen Rechtslage mit zwingenden gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR entspricht und vorliegend für die Auslegung des Verhältnisses zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen deshalb als Auslegungshilfe dienen kann.

---

<sup>550</sup> BGE 91 II 344 E. 2e.

<sup>551</sup> BGE 91 II 344 E. 3a; vgl. dazu auch WITSCHI, S. 50 f.

<sup>552</sup> BGE 91 II 344 E. 3a.

<sup>553</sup> BGE 91 II 344 E. 3a; vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in [§ 11, Kap. 2, Bst. b.](#)

<sup>554</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>555</sup> BGE 91 II 344 E. 2e; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

<sup>556</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

Wird durch klare vertragliche Abrede zwischen Käufer und Verkäufer das von Gesetzes wegen dispositive, dem Käufer zukommende Gewährleistungswahlrecht dem Verkäufer zugesprochen, womit diesem nach erfolgter Mängelrüge die Auswahl des passenden vertraglichen Garantie- oder gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruchs zukommt, findet die zuvor zusammengefasste bundesgerichtliche Rechtsprechung keine Anwendung.<sup>557</sup> Wird demgegenüber das genaue Verhältnis zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen nicht klar in der Garantiebestimmung geregelt<sup>558</sup>, besteht auf Basis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 91 II 344 und der diesen Entscheid vertretenden Lehrmeinung<sup>559</sup> für das Konsumentenkaufrecht im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR<sup>560</sup> Grund zur Annahme, dass bei auftretenden Mängeln an der Kaufsache der Käufer aufgrund der ihm aus der Garantiebestimmung erwachsenden Pflichten dem Verkäufer zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung innert angemessener Frist geben muss, bevor er einen gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruch zwingender Natur geltend machen kann.<sup>561</sup> Wird dieser Auslegung gefolgt, kommt den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR zwar immer noch die aus der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR entstehende zwingende Natur zu<sup>562</sup>, da sie auch in diesem Fall nicht ausschliessbar sind. Jedoch wird das Gewährleistungswahlrecht des Käufers durch die bundesgerichtliche Recht-

<sup>557</sup> Vgl. dazu Garantiebestimmungen, die dem Verkäufer das Gewährleistungswahlrecht zusprechen, so z.B. die Swisscom-Garantie, <[https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/garantiebestimmungen_de.pdf)> (besucht am 3. November 2022); Digitec-Galaxus-Garantie, <<https://www.galaxus.ch/wiki/478>> (besucht am 3. November 2022); Tesla-Garantie, <<https://www.tesla.com/sites/default/files/downloads/tesla-new-vehicle-limited-warranty-de-ch.pdf>> (besucht am 5. November 2022); IWC-Garantie, <<https://www.iwc.com/de/terms-and-legal/iwc-international-limited-warranty.html>> (besucht am 4. November 2022); Ikea-Garantie, <[https://assets.ikea-schweiz.ch/PDF-links/DE/Services/AGB\\_IKEA\\_CH\\_de.pdf](https://assets.ikea-schweiz.ch/PDF-links/DE/Services/AGB_IKEA_CH_de.pdf)> (besucht am 5. November 2022).

<sup>558</sup> So kann z.B. ein Gewährleistungswahlrecht vereinbart werden, nach dem der Käufer frei zwischen den vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen wählen kann. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass ein Gewährleistungsbestimmungsrecht vereinbart wird, wonach der Verkäufer zumindest den für den Einzelfall passenden Garantieanspruch bestimmen kann.

<sup>559</sup> WITSCHI, S. 49 f.; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 15; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

<sup>560</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in § 9, Kap. 5.

<sup>561</sup> Vgl. dazu BGE 91 II 344 E. 3a; WITSCHI, S. 49 f.; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 15; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11.

<sup>562</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in § 9, Kap. 5.

sprechung dahingehend eingeschränkt, dass ohne gegenteilige klare Abrede in der Garantiebestimmung davon auszugehen ist, dass den vertraglichen Garantieansprüchen Vorrang vor den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen zukommt. Diese Auslegung lässt sich auch mit der neuen im Konsumentenkaufrecht bestehenden Interessenlage vereinbaren.<sup>563</sup> Nämlich ist dadurch einerseits der Verkäufer mit seinen Interessen der Verkehrs- und Rechtssicherheit dahingehend geschützt, dass der Käufer nicht direkt die Wandelung, Minderung oder gegebenenfalls die Ersatzlieferung durchsetzen kann, sondern zuerst die vertraglich vereinbarten (real erfüllenden) Garantieansprüche geltend machen muss. Andererseits bleibt aber auch das den Käufer betreffende Konsumentenschutzinteresse gewahrt, indem der Käufer nach erfolgloser Geltendmachung der vertraglichen Garantieansprüche<sup>564</sup> stets die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche zwingender Natur geltend machen kann. Ein nach Treu und Glauben handelnder Käufer dürfte nämlich primär ein Interesse an der Einhaltung und Erfüllung des Kaufvertrags haben. Obwohl diese Auslegung schlüssig erscheint, besteht wegen der neuen zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR beim Verhältnis zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen eine gewisse Rechtsunsicherheit. Möchte der Verkäufer sicherstellen, dass die vertraglichen Garantieansprüche vorrangig vor den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen zwingender Natur zur Anwendung kommen, kann er dies mittels klarer Regelung in der Garantiebestimmung entsprechend vorsehen.<sup>565</sup>

b) *Erstreckung des Gewährleistungswahlrechts auf Garantieansprüche*

Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rambler-Entscheid<sup>566</sup> vertritt FRÜH die Meinung, dass das gesetzliche Gewährleistungswahlrecht, sofern keine klare abweichende Vertragsbestimmung besteht, um die Mög-

---

<sup>563</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 9, Kap. 2, Bst. a.](#)

<sup>564</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in [§ 11, Kap. 2.](#)

<sup>565</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 2.](#)

<sup>566</sup> BGE 91 II 344.

lichkeit der vertraglich vereinbarten Garantieansprüche erweitert wird.<sup>567</sup> Demgegenüber sei es aber möglich, dass das Gewährleistungswahlrecht durch eine klare Vereinbarung eingeschränkt oder angepasst werde.<sup>568</sup> Es sei nicht einzusehen, warum dem Käufer die Pflicht zukomme, dass er zunächst dem Verkäufer eine Gelegenheit zur Behebung des Mangels im Rahmen der vertraglich vereinbarten Nachbesserung geben müsse.<sup>569</sup> Gemäss FRÜH erscheint es nicht konsequent, wenn das Bundesgericht im Rambler-Entscheid einerseits die Beschränkung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche nur gelten lässt, wenn dies in der vertraglich vereinbarten Garantiebestimmung klar zum Ausdruck kommt, andererseits aber das Gewährleistungswahlrecht gemäss Art. 205 f. OR des Käufers auf den vertraglichen Garantieanspruch der Nachbesserung eingeschränkt werden sollte, ohne dass es in besagter Garantiebestimmung für eine solche Auslegung eine klare Grundlage gäbe.<sup>570</sup> Eine Rangfolge zwischen den vertraglich vereinbarten Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen ergibt sich gemäss FRÜH – sofern die Garantiebestimmung keine klare Regelung beinhaltet – nur aus dem Gebot von Treu und Glauben, und zwar für den Fall, in dem der Verkäufer dem Käufer die sofortige Nachbesserung anbietet, welche für den Käufer mit keinen Nachteilen verbunden wäre, der Käufer diese aber nicht annimmt.<sup>571</sup> Sofern aber der Vorrang der vertraglichen Garantieansprüche nicht explizit von Verkäufer und Käufer geregelt wird, erstreckt sich gemäss FRÜH das Gewährleistungswahlrecht des Käufers auch auf die vertraglichen Garantieansprüche.<sup>572</sup>

Wird der Lehrmeinung von FRÜH gefolgt und die zwingende Natur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR<sup>573</sup> berücksichtigt, so kann der Käufer im Konsumentenkaufrecht neben den vertraglichen Garantieansprüchen, und dem-

---

<sup>567</sup> FRÜH, S. 107; wohl auch gleicher Meinung MAISSEN, S. 79, S. 81 und S. 103; anderer Meinung WITSCHI, S. 49; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 15; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 11. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt den vertraglichen Garantieansprüchen Vorrang zu. Das Gewährleistungswahlrecht des Käufers erstreckt sich folglich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf vertragliche Garantieansprüche, erfährt aber entsprechende Einschränkungen, sodass der Käufer zuerst die Garantieansprüche geltend machen muss. Vgl. dazu BGE 91 II 344 E. 2e; BGer 4A\_251/2007 E. 5.2.

<sup>568</sup> FRÜH, S. 107, Fn. 77; MAISSEN, S. 81.

<sup>569</sup> FRÜH, S. 107.

<sup>570</sup> FRÜH, S. 107.

<sup>571</sup> FRÜH, S. 107; vgl. dazu auch GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 43 und Rn. 61.

<sup>572</sup> FRÜH, S. 107.

<sup>573</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

entsprechend insbesondere neben der Nachbesserung, auch stets die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR geltend machen. In dieser Hinsicht ist der Käufer bei der Ausübung seines Gewährleistungswahlrechts gemäss Art. 205 Abs. 1 OR und Art. 206 Abs. 1 OR grundsätzlich frei, ob er den Kauf wandeln, eine Preisminderung oder gegebenenfalls die Ersatzlieferung verlangen will. Das grundsätzlich freie Gewährleistungswahlrecht wird aber von Gesetzes wegen und durch die Rechtsprechung entsprechend eingeschränkt. Deswegen ist nachfolgend zu prüfen, ob diese Einschränkungen auch Auswirkungen auf die Geltendmachung eines vertraglichen Garantieanspruchs haben, sofern das Gewährleistungswahlrecht des Käufers nicht bereits vertraglich geregelt ist.

In dieser Hinsicht steht dem Käufer einerseits gemäss Art. 207 Abs. 3 OR lediglich der Minderungsanspruch zu, wenn die Sache aufgrund des eigenen Verschuldens des Käufers untergegangen oder von ihm weiter veräussert oder umgestaltet worden ist.<sup>574</sup> Andererseits steht es dem Richter gemäss Art. 205 Abs. 2 OR offen, bloss den Minderungsanspruch zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Entsprechend obliegt dem Richter die Abwägung der Käufer- und Verkäuferinteressen, um eine rechtsmissbräuchliche Durchsetzung der Wandelung zu verhindern und in diesem Sinn den Verkäufer zu schützen.<sup>575</sup> Die Wandelung ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn der Käufer den Kaufvertrag genehmigt, indem er ausdrücklich oder konkludent, z.B. durch die Weiternutzung der Kaufsache in Kenntnis des Mangels, auf die Wandelung verzichtet.<sup>576</sup> Um also die Wandelung seitens des Käufers realisieren zu können, darf es sich nicht um geringfügige Mängel handeln und es muss ein besonders schutzwürdiges Interesse des Käufers vorliegen.<sup>577</sup> Wenn die Kaufsache trotz des Mangels für den Käufer brauchbar, der Minderwert gering und es dem Käufer nach Treu und Glauben zumutbar ist, die Kaufsache trotz des Mangels zu behalten, sowie der Nachteil der Wandelung für den Verkäufer unverhältnismässig viel grösser wäre als der bewirkte Vorteil für den Käufer, hat die Minderung Vorrang vor der Wandelung.<sup>578</sup> Spricht also die Interessenauslegung der Käufer- und Verkäuferinteressen gegen eine Vertragsaufhebung über die Wandelung, greift das

---

<sup>574</sup> GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 49; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 205 OR, Rn. 6; KELLER/SIEHR, S. 87; KATZ, S. 73; MAISSEN, S. 80 f.

<sup>575</sup> KELLER/SIEHR, S. 87; FURRER, S. 93 f.

<sup>576</sup> BGE 105 II 91 E. 1.

<sup>577</sup> FURRER, S. 94.

<sup>578</sup> GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 50; HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 7; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 205 OR, Rn. 9; KELLER/SIEHR, S. 87 f.; GULDIMANN, S. 29; MAISSEN, S. 80; KATZ, S. 73.

richterliche Eingriffsrecht gemäss Art. 205 Abs. 2 OR. Diese Interessenkonstellation wäre z.B. gegeben, wenn die Rückabwicklung des Kaufvertrags unverhältnismässig hohe Kosten verursachen würde.<sup>579</sup> Damit einhergehend lehnt das Bundesgericht die Wandelung regelmässig ab, wenn nur ein geringer Minderwert an der Kaufsache besteht.<sup>580</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung bejaht das Bundesgericht die Wandelung, «[...] wenn vom Verkäufer erbrachte Leistung körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern, oder vertraglichen Zusicherungen nicht entspricht (Art. 197 OR)».<sup>581</sup> So ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Wandelung gerechtfertigt, wenn die Kaufsache aufgrund des Mangels unbrauchbar ist oder wenn der Minderwert hoch ausfallen würde.<sup>582</sup> In der älteren Rechtsprechung finden sich diesbezüglich mehrere Entscheide, welche die Wandelung gutheissen.<sup>583</sup>

Weiter wird das Gewährleistungswahlrecht des Käufers bezüglich des Wandlungs- und Minderungsanspruchs durch Art. 205 Abs. 3 OR eingeschränkt. So kann der Käufer nicht mehr die Minderung, sondern lediglich noch die Wandelung geltend machen, wenn der Minderwert die Höhe des Kaufpreises erreicht.<sup>584</sup> Sinn und Zweck dieser Bestimmung liegen darin, dass der Käufer nicht über die Minderung den gesamten Kaufpreis zurückverlangt und die Kaufsache behält.<sup>585</sup> Da jedoch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung bei der Berechnung des Minderwertes die relative Methode<sup>586</sup> anwenden, erlangt Art. 205 Abs. 3 OR nur Bedeutung, wenn die Kaufsache komplett wertlos ist, was in der Praxis selten der Fall ist.<sup>587</sup>

---

<sup>579</sup> Vgl. dazu für weitere Ausführungen und Beispiele aus der Rechtsprechung GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 50; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 205 OR, Rn. 9.

<sup>580</sup> GIGER, Art. 205 OR, Rn. 54 m.w.H. auf die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung; SCHUBIGER, S. 55; vgl. zur neueren Rechtsprechung BGE 4A\_252/2013 E. 4; BGE 4C.311/2003 E. 4.4.

<sup>581</sup> BGE 124 II 456 E. 4d aa. Vgl. dazu auch BGE 34 II 701 E. 4.

<sup>582</sup> BGE 124 II 456 E. 4d aa. Vgl. dazu auch ROBERTO, S. 344.

<sup>583</sup> BGE 20 I 491 E. 4; BGE 24 II 62 E. 8; BGE 94 II 26 E. 4b.

<sup>584</sup> SCHUBIGER, S. 55; GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 58; HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 10.

<sup>585</sup> HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 10.

<sup>586</sup> Die relative Berechnungsmethode des Minderwerts einer Kaufware wird auch als Verhältnisrechnung bezeichnet, anhand welcher der Kaufpreis im Verhältnis Ist-Wert zu Soll-Wert herabgesetzt wird.

<sup>587</sup> GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 58 ff.; HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 10.

Gemäss Art. 206 Abs. 1 OR kommt dem Käufer von vertretbaren Sachen neben dem Wandelungs- und Minderungs- auch ein Ersatzlieferungsanspruch zu.<sup>588</sup> Das dem Käufer in Art. 206 Abs. 1 OR zugesprochene Gewährleistungswahlrecht wird auch im Zusammenhang mit der Ersatzlieferung wie nachfolgend gezeigt von Gesetzes wegen eingeschränkt. Entsprechend besteht die Möglichkeit zur Geltendmachung des Ersatzlieferungsanspruchs so lange, als weitere Kaufware der entsprechenden Gattung noch existiert und die Ersatzlieferung für den Verkäufer möglich ist.<sup>589</sup> Diesbezüglich hat das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung exemplarisch entschieden, dass ein Weinhändler nur dann zur Ersatzlieferung verpflichtet sei, wenn die Weinsorte des nachzuliefernden Weins überhaupt noch existiere, wobei aber eine blossе Erschwerung der Ersatzlieferung nicht mit der Unmöglichkeit eben dieser gleichzustellen sei.<sup>590</sup> In diesem Fall handelte es sich um eine begrenzte Gattungsschuld, also um eine Gattungsware, deren Verfügbarkeit aufgrund bestimmter Gattungsmerkmale begrenzt wird.<sup>591</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat ein Verkäufer, der keine entsprechende Gattungsware mehr an Lager hat, diese anderswo zu beschaffen, auch wenn das Kaufgeschäft dadurch für den Verkäufer in ein Verlustgeschäft mündet.<sup>592</sup> In dieser Hinsicht nimmt neben dem Bundesgericht auch die Lehre die Unmöglichkeit der Leistung der Ersatzlieferung einer Gattungsware nur in krassen Fällen an, wenn die für eine Ersatzlieferung nötigen Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Kaufware mehr stehen.<sup>593</sup> In solchen Fällen wird der Verkäufer aufgrund von Art. 2 ZGB von der Pflicht zur Ersatzlieferung befreit.<sup>594</sup>

Demgegenüber steht dem Verkäufer bei einer mangelhaft gelieferten Kaufware gemäss Art. 206 Abs. 2 OR das Recht offen, sich durch sofortige Lieferung wahrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruch des Käufers zu befreien. Eben dieses dem Verkäufer zustehende Recht ist dem Gewährleistungswahlrecht des Käufers vorgelagert.<sup>595</sup>

---

<sup>588</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 4; HONSELL, BSK, Art. 206 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 206 OR, Rn. 1

<sup>589</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 14; FURRER, S. 77; BGE 91 II 344 E. 1 f.; BGE 27 II 211 E. 5; fraglich BGE 57 II 508 E. 1.

<sup>590</sup> BGE 91 II 344 E. 1 f.

<sup>591</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 14 m.w.H.

<sup>592</sup> BGE 43 II 784 E. 5; GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 14.

<sup>593</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 14.

<sup>594</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 14.

<sup>595</sup> SCHUBIGER, S. 52; KATZ, S. 79; HONSELL, BSK, Art. 206 OR, Rn. 1.

Die erfolgreiche Nachlieferung seitens des Verkäufers führt folglich zum Ausfall des Wahlrechts des Käufers gemäss Art. 206 Abs. 1 OR. Der Wortlaut von Art. 206 Abs. 2 OR bezieht sich auf den Platzkauf und spricht den Distanzkauf nicht an, was auf den technologischen Fatalismus des historischen Gesetzgebers zurückzuführen ist. Zur Gesetzgebungszeit wären die mit der Zulassung eines Nachlieferungsrechts beim Distanzkauf verbundenen Umtriebe dem Käufer nicht zumutbar gewesen.<sup>596</sup> Aufgrund der heutigen raschen, relativ kostengünstigen Transportmöglichkeiten, des über den postalischen Weg erfolgenden Onlinehandels und der bestehenden Kundendienste ist die Beschränkung auf den Platzkauf gemäss Art. 206 Abs. 2 OR nicht mehr zeitgemäss. Die herrschende Lehre geht deshalb von einer offenen bzw. teleologischen Gesetzeslücke aus.<sup>597</sup> Diese Auffassung wurde auch von der Rechtsprechung berücksichtigt.<sup>598</sup> So kann sich gemäss Art. 2 ZGB i.V.m. Art. 206 Abs. 2 OR «auch beim Distanzkauf ein Anspruch des Verkäufers auf eine Ersatzlieferung ergeben, dann nämlich, wenn diese ohne erhebliche Belästigung und Überschreitung der Lieferfrist möglich ist und deren Zurückweisung als Schikane erscheinen würde».<sup>599</sup>

Da im Kaufrecht dem Käufer die Nachbesserung nicht als gesetzlicher Sachgewährleistungsanspruch zusteht und ein solcher oft als vertraglicher Garantieanspruch zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart wird, bestehen im Rahmen des Gewährleistungswahlrechts des Käufers für den vertraglichen Nachbesserungsanspruch keine Einschränkungen von Gesetzes wegen. Ein Teil der Lehre vertritt diesbezüglich die Meinung, dass sich der Verkäufer durch die Vereinbarung der Nachbesserung bereit erkläre, eine absolute Nachbesserungspflicht zu übernehmen, und zwar ungeachtet der Höhe der Nachbesserungskosten.<sup>600</sup> Demnach wäre das Gewährleistungswahlrecht des Käufers für die Geltendmachung der Nachbesserung nur für den Fall einzuschränken, in dem die Geltendmachung der Nachbesserung ein offenbarer Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 ZGB darstellt und folglich gegen das Gebot

---

<sup>596</sup> Zu diesen Umtrieben rechnete der historische Gesetzgeber z.B. Verspätung, Erschwerung der Untersuchung, Risiken betreffend Transport. Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 21; SCHUBIGER, S. 52.

<sup>597</sup> SCHUBIGER, S. 52 f.; GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 21; CAVIN, S. 125; HONSELL, BSK, Art. 206 OR, Rn. 1.

<sup>598</sup> HGer St. Gallen vom 2. November 1945, SJZ 43, 1947, S. 112.

<sup>599</sup> HGer St. Gallen vom 2. November 1945, SJZ 43, 1947, S. 112.

<sup>600</sup> FURRER, S. 75, der sich hierbei am «Schwimmbecken-Fall», BGE 93 II 317 E. 4b und 4c, orientiert, der im vorliegenden Zusammenhang zum Werkvertragsrecht ergangen ist; VISCHER, S. 1173.

zum Handeln nach Treu und Glauben verstösst.<sup>601</sup> Wird dieser Lehrmeinung gefolgt, bliebe dem Verkäufer der Einwand der «übermässigen Kosten» in analoger Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR für das Kaufrecht verwehrt.<sup>602</sup> Ein anderer Teil der Lehre lehnt dies ab und erwidert, dass die Abrede der Nachbesserung als vertraglicher Garantieanspruch stets der Auslegung bedürfe, wobei es nicht sein könne, dass dem Verkäufer eine generelle Verpflichtung zur Nachbesserung unterstellt werde.<sup>603</sup> Diesbezüglich wäre es insbesondere nicht zielführend, den Verkäufer zur Durchführung der Nachbesserung zu zwingen, obwohl diese wirtschaftlich unverhältnismässig wäre.<sup>604</sup> Zur Beurteilung der Unverhältnismässigkeit sei daher Art. 368 Abs. 2 OR analog für das Kaufrecht anzuwenden, indem zur Beurteilung der Übermässigkeit der Nachbesserung die Kosten für den Verkäufer und der Nutzen für den Käufer gegeneinander abgewogen würden.<sup>605</sup>

Im Werkvertragsrecht ist der Nachbesserungsanspruch des Bestellers gemäss Art. 368 Abs. 2 OR dahingehend eingeschränkt, dass der Besteller die Nachbesserung nur verlangen darf, wenn die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrag minder erheblich sind und durch die Nachbesserung dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht werden. Sodann kann der Besteller die Nachbesserung nur verlangen, wenn diese objektiv und nach herrschender Lehre subjektiv möglich ist.<sup>606</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die voraussichtlichen Nachbesserungskosten übermässig, wenn sie zum Nutzen, den die Mängelbeseitigung dem Besteller bringt, in einem Missverhältnis stehen.<sup>607</sup> Bei der Abwägung dieses Kosten-Nutzen-Verhältnisses ist das Verhältnis der Nachbesserungskosten zu den Baukosten bzw. zum Werklohn grundsätzlich nicht massgebend.<sup>608</sup> Dennoch kann davon ausgegangen wer-

---

<sup>601</sup> FURRER, S. 75, der dies aus BGE 93 II 317 E. 4b und 4c ableitet, der zum Werkvertragsrecht erging; VISCHER, S. 1173.

<sup>602</sup> MAISSEN, S. 104.

<sup>603</sup> MAISSEN, S. 105; GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 42.

<sup>604</sup> MAISSEN, S. 105.

<sup>605</sup> MAISSEN, S. 105; GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 42. Vgl. zum Begriff der «übermässigen Kosten» im Sinne von Art. 368 Abs. 2 OR den BGE 111 II 173 E. 5 und die nachfolgenden Ausführungen.

<sup>606</sup> GINTER, S. 27; VISCHER, S. 1771; GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1746.

<sup>607</sup> BGE 111 II 173 E. 5; BGer 4A\_307/2010 E. 2; BGer 4C.258/2001 E. 4.1.3.

<sup>608</sup> Für die Abwägung der Übermässigkeit der Nachbesserungskosten macht es in diesem Zusammenhang keinen Unterschied, wenn die Nachbesserungskosten CHF 300'000.00 betragen, obwohl das Werk lediglich einen Wert von CHF 250'000.00 hat. Vgl. dazu GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1753 und BGE 111 II 173 E. 5; BGer 4C.258/2001 E. 4.1.3.

den, dass im Normalfall die Nachbesserungskosten nicht übermässig sind, wenn sie nicht höher als die Herstellungskosten des mängelfreien Werkes ausfallen oder wenn sie den aufgrund der Werkmängel bestehenden Minderwert nicht überschreiten.<sup>609</sup> Ein allfälliges Missverhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werklohn des Unternehmers ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur in extremen Fällen zu berücksichtigen.<sup>610</sup> Zudem können bei der Abwägung der Nachbesserungskosten mit dem Bestellernutzen nicht nur wirtschaftliche, sondern auch nichtwirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden.<sup>611</sup> Sodann kann die Berufung des Unternehmers auf die Übermässigkeit der Nachbesserungskosten ausgeschlossen sein, wenn er bestimmte Werkeigenschaften ausdrücklich garantiert hat.<sup>612</sup> Abschliessend gilt es zu den Einschränkungen des Gewährleistungswahlrechts des Käufers zu erwähnen, dass die herrschende Lehre zum Nachbesserungsanspruch im Werkvertragsrecht zu dessen Geltendmachung weiter voraussetzt, dass die Nachbesserung objektiv, rechtlich und tatsächlich möglich ist, was jedoch nicht explizit so aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht.<sup>613</sup> Für den Fall, dass die Nachbesserung für den Unternehmer lediglich aus subjektiven Gründen unmöglich ist, ändert dies nichts am Nachbesserungsanspruch des Bestellers, weswegen der Unternehmer verpflichtet ist, die Nachbesserung durch einen Dritten vornehmen zu lassen.<sup>614</sup> Folglich steht die anfängliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung der Entstehung des Nachbesserungsanspruchs rechtshindernd entgegen.<sup>615</sup> Demgegenüber bringt die nachträglich entstehende Unmöglichkeit den bestehenden und noch nicht ausgeübten Nachbesserungsanspruch des Bestellers zum Erlöschen.<sup>616</sup> Ebenfalls unmöglich ist die Nachbesserung, wenn der Besteller in Eigenregie den Mangel durch Selbstvornahme oder von einem beigezogenen Dritten beseitigen lässt.<sup>617</sup> Wird also

---

<sup>609</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1749 ff.

<sup>610</sup> Vgl. dazu bspw. BGer 4C.130/2006 E. 5.1, in dem das Bundesgericht anerkannte, dass die den Werklohn um das Doppelte übersteigenden Nachbesserungskosten unverhältnismässig bzw. übermässig seien.

<sup>611</sup> BGE 111 II 173 E. 5; BGer 4A\_307/2010 E. 2; BGer 4C.258/2001 E. 4.1.3; GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1754 ff.

<sup>612</sup> Vgl. dazu den «Schwimmbekken-Fall», BGE 93 II 317.

<sup>613</sup> BRÄNDLI, Rn. 378 f.

<sup>614</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1746, Fn. 588.

<sup>615</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1746.

<sup>616</sup> Gemäss GAUCH trägt in diesem Fall der Unternehmer die Beweislast für die Unmöglichkeit der Nachbesserung, wenn sich dieser hierauf beruft. GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1746, Fn. 589.

<sup>617</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1747.

der Lehrmeinung gefolgt, die Art. 368 Abs. 2 OR zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Nachbesserung analog auf das Kaufrecht anwendet, was durchaus vertretbar erscheint, darf die Nachbesserung nur verlangt werden, wenn diese objektiv, rechtlich und tatsächlich möglich ist und dem Verkäufer keine übermässigen Kosten verursacht.<sup>618</sup> Ansonsten ist der Verkäufer berechtigt, die vom Käufer verlangte Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache zu verweigern. GIGER stellt diesbezüglich fest, dass die Verhältnismässigkeit der Nachbesserungskosten im Vergleich zum Warenwert zu bemessen und folglich stets auf den Einzelfall bezogen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände abzuwägen sei.<sup>619</sup>

### 3. Verhältnis der Garantie- und Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR legt den Zeitabschnitt fest, während dessen der Käufer seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR geltend machen kann.<sup>620</sup> Gemäss Art. 210 Abs. 4 OR ist für den Konsumentenkauf die Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ungültig, wenn die Verjährungsfrist für neue Kaufsachen auf weniger als zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt wird.<sup>621</sup> Es handelt sich dabei um eine Verjährungsfrist, die mit der Ablieferung der Kaufsache beginnt, und nicht um eine Verwirkungsfrist.<sup>622</sup> Für die Verjährungsfrist der Sachgewährleistungsansprüche gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften gemäss Art. 130 ff. OR.<sup>623</sup> Abweichend von Art. 129 OR kann aber die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR verlängert, im Konsumentenkaufrecht aber nicht unter zwei Jahre bzw. ein Jahr verkürzt werden.<sup>624</sup> Art. 129 OR findet nämlich lediglich auf die Verjährungsfristen gemäss Art. 127 f. OR Anwendung, nicht aber auf die kaufrechtlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 OR.<sup>625</sup> Eine Verkürzung der Verjährungsfrist unter zwei bzw. unter ein Jahr wäre im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR un-

---

<sup>618</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rn. 1767 ff.

<sup>619</sup> GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 42.

<sup>620</sup> MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2.

<sup>621</sup> Vgl. dazu auch MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 10.

<sup>622</sup> BGE 104 II 357 E. 4a; HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 2 f.; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 9; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 1a; KELLER/SIEHR, S. 100 f.; WITSCHI, S. 57.

<sup>623</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3.

<sup>624</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 42.

<sup>625</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 42.

gültig.<sup>626</sup> Weiter kann die Verjährungsfrist der Sachgewährleistungsansprüche gehemmt (Art. 134 OR) oder unterbrochen (Art. 135 ff. OR) werden.<sup>627</sup> Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährungsfrist eines Sachgewährleistungsanspruchs bewirkt die Hemmung bzw. die Unterbrechung der Verjährungsfristen sämtlicher Sachgewährleistungsansprüche.<sup>628</sup> Hierbei erfolgt die Unterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR durch Anerkennung der entsprechenden Forderung seitens des Verkäufers oder gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR durch Geltendmachung seitens des Käufers.<sup>629</sup> Die Anerkennung ist auch konkludent möglich, insbesondere durch einen Nachbesserungsversuch oder durch die Ersatzlieferung.<sup>630</sup>

Durch die zwingende Natur der Verjährungsfrist der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR wird die Dispositionsfreiheit der Kaufvertragsparteien zur Vereinbarung abweichender Verjährungsfristen entsprechend eingeschränkt.<sup>631</sup> Zum Verhältnis der Garantie- und Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht muss deshalb geprüft werden, inwiefern die Vereinbarung einer Garantiefrist die gesetzliche Verjährungsfrist der Sachgewährleistungsansprüche beeinflusst und umgekehrt. Häufig werden nämlich zwischen den Kaufvertragsparteien Garantiefristen vereinbart, deren Bedeutung unklar ist.<sup>632</sup> Bei der Auslegung solcher Garantiefristen ist der Sinn und Zweck der entsprechenden Garantiefrist jeweils für den Einzelfall zu ermitteln.<sup>633</sup> Eine Garantievereinbarung kann im Zusammenhang mit kaufrechtlichen Verjährungsfristen mehrere Bedeutungen haben, wobei insbesondere die nachfolgenden in Frage kommen: (i) Eigenschaftszusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR ohne Modifikation der Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR; (ii) Verkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR; (iii) Verschiebung des Beginns der Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR; (iv) Erstreckung der Rügefrist

---

<sup>626</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 5; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 10; vgl. dazu die weiteren Ausführungen vorne in [§ 4](#).

<sup>627</sup> Für weitere Ausführungen hierzu vgl. HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 4 f.; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 36 ff.; WITSCHI, S. 57.

<sup>628</sup> BGE 96 II 181 E. 3b; KELLER/SIEHR, S. 100 f.

<sup>629</sup> Vgl. dazu die weiteren Ausführungen weiter hinten in [§ 12](#); HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3.

<sup>630</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3.

<sup>631</sup> Vgl. zur zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>632</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 5; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 11; WITSCHI, S. 59.

<sup>633</sup> WITSCHI, S. 59; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 51.

gemäss Art. 201 OR; (v) Abschluss eines eigentlichen selbständigen Garantievertrags gemäss Art. 111 OR, auf den die Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 127 ff. OR anwendbar sind; (vi) Verpflichtung des Verkäufers zur Nachbesserung während der Garantie- bzw. Verjährungsfrist (unselbständige Garantie).<sup>634</sup>

Sofern zwischen dem Verkäufer und Käufer ein vertraglicher Garantieanspruch vereinbart wird und die Garantiebestimmung keine Regelung betreffend eine Garantie- und/oder betreffend die gesetzlichen Verjährungsfristen enthält oder auch wenn die Modalitäten der Garantiefrist nicht oder unklar geregelt sind, so sind im Zweifelsfall die gesetzlichen Verjährungsregelungen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR und die weiteren Bestimmungen zur gesetzlichen Verjährung gemäss Art. 130 ff. OR ebenfalls auf die vertragliche Garantiefrist anwendbar.<sup>635</sup>

#### a) *Gleichläufige Garantie- und Verjährungsfrist*

Vereinbaren die Kaufvertragsparteien eine dem Art. 210 Abs. 4 OR entsprechende gleichläufige ein- bzw. zweijährige Garantiefrist, bedeutet dies in der Regel und ohne anderslautende klare Abmachung eine Zusicherung der Mängelfreiheit der Kaufsache für diese Zeitspanne, nicht aber den späteren Beginn der Verjährungsfrist oder eine Verlängerung von Verjährungs- oder Rügefrist.<sup>636</sup> Die Vereinbarung einer mit der gesetzlichen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR gleichlaufenden vertraglichen Garantiefrist modifiziert folglich die gesetzliche Verjährungsfrist in der Regel nicht und gilt lediglich für die vertraglich vereinbarten Garantieansprüche, in vielen Fällen also für den vertraglichen Nachbesserungsanspruch und sofern vereinbart für den vertraglichen Ersatzlieferungsanspruch.<sup>637</sup>

---

<sup>634</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 53; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 11; BGE 122 III 426 E. 4 und E. 5c.

<sup>635</sup> WITSCHI, S. 65; RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; BGER 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. dazu auch HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 31 f.

<sup>636</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 55; FURRER, S. 91; BGE 78 II 367 E. 2.

<sup>637</sup> Vgl. dazu FURRER, S. 91.

b) *Kürzere Garantie- als Verjährungsfrist*

Vereinbaren die Parteien im Konsumentenkaufvertrag eine Garantiefrist, die kürzer als die gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR ausfällt, kann dies aufgrund der im Konsumentenkaufrecht zwingenden gesetzlichen Verjährungsfristen und Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR nur die Beschränkung der vertraglichen Garantieansprüche auf diejenigen Mängel, die innert der Garantiefrist auftreten, nicht aber eine Verkürzung der Verjährungsfristen von Art. 210 Abs. 4 OR, während derer die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können, bedeuten.<sup>638</sup> Folglich gilt bei einer unter ein- bzw. zweijährigen Garantiefrist im Konsumentenkaufrecht, dass der Käufer die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR während der vollen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR und die vertraglichen Garantieansprüche während der verkürzten Garantiefrist geltend machen kann.<sup>639</sup> Aus einer kurzen Garantiefrist kann aber nicht ohne klare anderslautende Bestimmung geschlossen werden, dass es sich dabei um eine Verlängerung der Rügefrist gemäss Art. 201 OR handeln würde.<sup>640</sup>

c) *Längere Garantie- als Verjährungsfrist*

Vereinbaren die Kaufvertragsparteien eine Garantiefrist, die länger als die gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR ausfällt, bedeutet dies im Zweifelsfall und ohne klare anderslautende Abmachung gemäss einem Teil der Lehre, dass der Käufer die vertraglichen Garantieansprüche während der vertraglich vereinbarten längeren Garantiefrist und die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche während der gesetzlichen ein- bzw. zweijährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht geltend machen kann.<sup>641</sup> Folglich kann der Käufer gemäss dieser Lehrmeinung nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht nur noch während der darüber hinaus andauernden Ga-

---

<sup>638</sup> Vgl. dazu zur Rechtslage vor der Revision von Art. 210 OR GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 56; FURRER, S. 92; WITSCHI, S. 64.

<sup>639</sup> Vgl. zum allfälligen Vorrang der vertraglichen Garantieansprüche die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 2, Bst. a.](#) und zur Rechtslage vor der Revision von Art. 210 OR FURRER, S. 92; WITSCHI, S. 64.

<sup>640</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 56; WITSCHI, S. 64; anderer Meinung HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 5.

<sup>641</sup> Vgl. dazu zur Rechtslage vor der Revision von Art. 210 OR GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 57; anderer Meinung WITSCHI, S. 61; FRÜH, S. 99.

rantiefrist die vertraglichen Garantieansprüche geltend machen, nicht jedoch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche, sobald diese gemäss Art. 210 Abs. 4 OR verjährt sind.<sup>642</sup> Gemäss einer hiervon abweichenden Lehrmeinung vermag diese Argumentation jedoch nicht zu überzeugen.<sup>643</sup> Dem Käufer sei es demnach nicht zumutbar, nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist und Fortlauf der vertraglichen Garantiefrist auf dem vertraglichen Nachbesserungsanspruch zu beharren, wenn dieser aussichtslos sei bzw. die Garantie gar nicht erfüllt werden könne.<sup>644</sup> Folglich erscheint es gemäss dieser Lehrmeinung angezeigt, dass dem Käufer bei der Vereinbarung einer längeren Garantiefrist auch noch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche während einer mit der Garantiefrist gleichlaufenden verlängerten Verjährungsfrist zustehen.<sup>645</sup> Dies wird dadurch begründet, dass auch in dieser Hinsicht der Grundsatz zu beachten sei, dass der Käufer durch die Garantie im Wesentlichen in seinen Rechten bestärkt und nicht beschränkt werden solle.<sup>646</sup>

Diesbezüglich muss aber einerseits die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Durchsetzbarkeit des vertraglichen Nachbesserungsanspruchs berücksichtigt werden.<sup>647</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Käufer seinen vertraglichen Nachbesserungsanspruch über die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR und insbesondere über Art. 102 OR sowie Art. 107 f. OR durchsetzen.<sup>648</sup> Der Käufer kann den Verkäufer entsprechend bei verzögerter, unterbliebener oder misslungener Nachbesserung gemäss Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug setzen, wodurch er auch Schadenersatz wegen Verspätung geltend machen kann.<sup>649</sup> Sodann kann der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur nachträglichen Nachbesserung ansetzen.<sup>650</sup> Verstreicht diese Nachfrist wiederum erfolglos, kann der Käufer gemäss Art. 107 f. OR immer noch auf der Nachbesserung beharren oder auf die nachträgliche Nachbesserung verzichten, Schadenersatz verlangen oder gänzlich vom Kaufvertrag zurücktreten.<sup>651</sup> Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass eine Garantiebestimmung generell die Besserstellung des Käufers gegenüber der gesetzli-

---

<sup>642</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 57; anderer Meinung WITSCHI, S. 61; FRÜH, S. 99.

<sup>643</sup> WITSCHI, S. 61; FRÜH, S. 99.

<sup>644</sup> WITSCHI, S. 61.

<sup>645</sup> WITSCHI, S. 61; FRÜH, S. 99.

<sup>646</sup> WITSCHI, S. 61.

<sup>647</sup> Vgl. dazu BGE 91 II 344.

<sup>648</sup> BGE 91 II 344 E. 3a.

<sup>649</sup> BGE 91 II 344 E. 3a.

<sup>650</sup> BGE 91 II 344 E. 3a.

<sup>651</sup> BGE 91 II 344 E. 3a; vgl. hierzu auch WITSCHI, S. 50 f.

chen Sachgewährleistungsordnung bezweckt, was insbesondere von Konsumenten im Konsumentenkaufrecht so verstanden wird.<sup>652</sup> Die Einschränkung der gesetzlichen Sachgewährleistungsordnung muss folglich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung klar zum Ausdruck kommen, wobei eine die gesetzliche Sachgewährleistungsordnung beschränkende unklar formulierte Vereinbarung im Zweifelsfall einschränkend auszulegen ist.<sup>653</sup> Deshalb muss im Umkehrschluss gelten, dass eine die gesetzliche Sachgewährleistungsordnung ausdehnende unklar formulierte Vereinbarung im Zweifelsfall erweiternd auszulegen ist, zumal auch hier vom Käufer im Konsumentenkaufrecht eine Besserstellung erwartet wird. Entsprechend muss gemäss der vorliegend vertretenen Meinung bei einer unklar formulierten Garantiefrist, die länger als die gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR bemessen ist, im Zweifelsfall gelten, dass dadurch ebenfalls die gesetzliche Verjährungsfrist entsprechend verlängert wird. Folglich kann der Käufer im Konsumentenkaufrecht bei unklar formulierter längerer Garantiefrist sowohl die vertraglichen Garantie- wie auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche während dieser Frist geltend machen. Wird in der Garantiebestimmung hingegen klar zum Ausdruck gebracht, dass lediglich die vertragliche Garantie- und nicht die gesetzliche Verjährungsfrist während längerer Dauer vereinbart wird, kann der Käufer nach abgelaufener Verjährungsfrist lediglich noch die vertraglichen Garantieansprüche geltend machen. Diese kann er aber auch in diesem Fall über Art. 97 ff. OR und insbesondere über Art. 102 OR i.V.m. Art. 107 f. OR durchsetzen.

#### **4. Rechtsfolgen bei Verstoss gegen Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR**

Aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR können die ein- und die zweijährigen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR nicht mehr vertraglich verkürzt werden. Wird im Bereich des Konsumentenkaufrechts durch Vereinbarung im Kaufvertrag oder den dazugehörigen AGB die gesetzliche Verjährungsfrist verkürzt, so ist die Vereinbarung über diese Verkürzung gemäss Art. 210 Abs. 4 OR ungültig.<sup>654</sup> Aufgrund der Auslegung im 3. Teil sind nicht nur die gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR, sondern eben auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR zwingen-

---

<sup>652</sup> BGE 91 II 344 E. 2a; WITSCHI, S. 25, 27 und 48.

<sup>653</sup> BGE 91 II 344 E. 2a.

<sup>654</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 5.

der Natur.<sup>655</sup> Zur Umsetzung der ratio legis von Art. 210 Abs. 4 OR muss für Art. 199 OR deshalb auf dem Weg der teleologischen Reduktion die zusätzliche Einschränkung gelten, dass im Konsumentenkaufrecht eine Vereinbarung über die teilweise oder umfassende Wegbedingung von Sachgewährleistungsansprüchen gemäss Art. 205 f. OR ungültig ist.<sup>656</sup> Als Rechtsfolge sehen Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht für die teilweise oder umfassende Wegbedingung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und für die Verkürzung der Verjährungsfrist unter ein bzw. zwei Jahre die Ungültigkeit vor, wobei damit die Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR gemeint ist.<sup>657</sup> Unabhängig von Art. 20 Abs. 2 OR betrifft die Nichtigkeit nur die gegen Art. 199 OR und Art. 210 Abs. 4 OR verstossende Vertragsabrede und nicht den ganzen Kaufvertrag bzw. die AGB.<sup>658</sup> Bei einem Verstoss gegen Art. 210 Abs. 4 OR oder Art. 199 OR liegt demnach nur eine Teilnichtigkeit des Kaufvertrags vor.<sup>659</sup> Folglich tritt anstelle der ungültigen Vereinbarung die gesetzliche Gewährleistungsregelung gemäss Art. 197 ff. OR.<sup>660</sup>

---

<sup>655</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zur Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR in [§ 7 ff.](#)

<sup>656</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zur teleologischen Reduktion von Art. 199 OR in [§ 9, Kap. 3.](#)

<sup>657</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 51; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 199 OR, Rn. 12; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 16 ff.; KELLER/SIEHR, S. 113; LÖRTSCHER, S. 141 f.; FURRER, S. 84 f.; KATZ, S. 85 ff.

<sup>658</sup> KELLER/SIEHR, S. 113; GIGER, BK, Art. 199 OR, Rn. 51; SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 18; LÖRTSCHER, S. 141 f. Vgl. ferner BGE 96 II 20 E. 1.

<sup>659</sup> Vgl. dazu die weiteren Ausführungen in LÖRTSCHER, S. 142.

<sup>660</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 199 OR, Rn. 20.

## § 11 Rechtslage nach Nachbesserung und Ersatzlieferung

### 1. Problemstellung

Für den Fall, dass der Käufer im Konsumentenkaufrecht beim Verkäufer Mängel der Kaufsache rügt und dieser hierauf eine Nachbesserung durchführt oder mittels Ersatzlieferung eine mängelfreie Kaufsache liefert, stellen sich im Zusammenhang mit der zwingenden Natur der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR mehrere Fragen zur Rechtslage nach der Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung. So muss geprüft werden, ob dem Käufer nach durchgeführter Nachbesserung oder Ersatzlieferung die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche wiederum vollumfänglich zur Verfügung stehen. Zudem gilt es, die Rechtslage im Falle eines Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsverzugs seitens des Verkäufers zu klären. Betreffend die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen gilt es für das Konsumentenkaufrecht sodann zu untersuchen, ob diese Fristen aufgrund der durchgeführten Nachbesserung oder Ersatzlieferung der Unterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. OR und damit einem erneuten Fristenlauf gemäss Art. 137 Abs. 1 OR unterliegen.

### 2. Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche

#### a) *Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche nach erneuter Ablieferung*

Nach durchgeführter Nachbesserung und erneuter Ablieferung oder Ersatzlieferung stehen dem Käufer im Konsumentenkaufrecht wiederum sämtliche gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche in vollem Umfang zur Verfügung.<sup>661</sup> Dies insbesondere auch deswegen, da die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche aufgrund der Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR im Konsumentenkaufrecht zwingender Natur sind und eine Einschränkung derer ungültig wäre.<sup>662</sup> Ebenso stehen dem Käufer nach durch-

---

<sup>661</sup> FURRER, S. 76; WITSCHI, S. 66.

<sup>662</sup> Vgl. zur zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#) und zur Ungültigkeit der vertraglichen Beschränkung derer die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 4.](#)

geführter Nachbesserung und erneuter Ablieferung oder Ersatzlieferung die vertraglichen Garantieansprüche vollständig zur Verfügung, sofern nicht klarerweise in der Garantiebestimmung eine hiervon abweichende Regelung vereinbart ist.<sup>663</sup> Schliesslich sind Garantiebestimmungen in dem Lichte auszuwerten, dass sie eine Besserstellung des Käufers im Konsumentenkaufrecht bewirken sollten.<sup>664</sup> Hier angelangt, stellt sich die Frage, während welcher gesetzlichen Verjährungsfrist die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und während welcher vertraglichen Garantiefrist die vertraglichen Garantieansprüche nach erfolgter Nachbesserung und Ablieferung bzw. nach Ersatzlieferung dem Käufer zur Verfügung stehen, wobei es diese Frage im nächsten Kapitel zu beantworten gilt.<sup>665</sup>

b) *Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche bei Verzug des Verkäufers*

Für den Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsverzug gilt es die folgenden zwei Untergruppen zu unterscheiden: Einerseits kommt der Verkäufer mit der Nachbesserung oder Ersatzlieferung in Verzug, wenn er seine Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungspflicht nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit erfüllt, indem er bei Fristablauf die zu reparierende oder nachzuliefernde Kaufsache nicht rechtzeitig beim Käufer abgeliefert.<sup>666</sup> Andererseits handelt es sich um eine nicht gehörige Nachbesserung oder Ersatzlieferung und damit ebenfalls um einen Fall des Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsverzugs, wenn der Verkäufer die nachgebesserte Kaufsache erneut mangelhaft an den Käufer ausliefert oder die als Ersatz gelieferte Kaufsache erneut mangelhaft ist.<sup>667</sup> Bei Fälligkeit und nicht gehöriger Nachbesserung oder Ersatzlieferung muss der Käufer im Konsumentenkaufrecht wiederum die Mängel sofort beim Verkäufer gemäss Art. 201 OR rügen und kann diesen gemäss Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug setzen, sofern der Verzug nicht bereits automatisch über Art. 102 Abs. 2

---

<sup>663</sup> Vgl. dazu WITSCHI, S. 66.

<sup>664</sup> BGE 91 II 344 E. 2a.

<sup>665</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter hinten in [§ 11, Kap. 3](#).

<sup>666</sup> GULDIMANN, S. 86; FURRER, S. 77.

<sup>667</sup> GULDIMANN, S. 86; FURRER, S. 77.

OR eintritt.<sup>668</sup> Die Fälligkeit tritt mit Ablauf der durch den Käufer im Konsumentenaufrecht anzusetzenden Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsfrist ein.<sup>669</sup>

Für den Fall, dass sich der Verkäufer mit der Nachbesserung oder Ersatzlieferung gemäss Art. 102 OR in Verzug befindet, stehen sich zwei Lehrmeinungen gegenüber. Ein Teil der Lehre geht im Verzugsfall davon aus, dass dem Käufer die Geltendmachung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche offensteht.<sup>670</sup> Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass der Käufer seine vertraglichen Garantieansprüche bei Verzug des Verkäufers über Art. 97 ff. OR, also insbesondere über Art. 107 f. OR, geltend machen müsse.<sup>671</sup> Das Bundesgericht stellte diesbezüglich im Rambler-Entscheid fest, dass der Käufer bei einem durch den Verkäufer verschuldeten Nachbesserungsverzug die Wandelung verlangen und, falls diese rechtsgültig vertraglich wegbedingt wäre, gemäss Art. 97 ff. OR vorgehen könne.<sup>672</sup> Die zuvor erwähnten Lehrmeinungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergingen mehrheitlich zu einer Zeit vor der Revision von Art. 210 OR und entsprechend zu einer Zeit ohne zwingende Natur der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR im Konsumentenaufrecht und bedürfen deshalb der Antizipierung auf die nun vorliegende Rechtslage mit zwingenden gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR.<sup>673</sup> Die soeben erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung erging zu einem vertraglich-gesetzlichen Kontext, welcher der heute bestehenden Rechtslage im Konsumentenaufrecht entspricht, da in besagtem Entscheid die haftungsbeschränkende Garantie-

<sup>668</sup> FURRER, S. 77; vgl. zur Prüfungs- und Rügeobliegenheit im Konsumentenaufrecht die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 2, Bst. a.](#)

<sup>669</sup> WITSCHI, S. 66. Gemäss der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung beträgt die angemessene Frist zur Nachbesserung bei einem mangelhaften Neufahrzeug «auf keinen Fall mehr als 14 Tage». Vgl. dazu BGE 91 II 344 E. 3b.

<sup>670</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 24; HONSELL, BSK, Art. 199 OR, Rn. 4; FURRER, S. 75; AMAUDRUZ, S. 89 f.; SCHLUEP, S. 96 und S. 104 f.; SCHUBIGER, S. 52.

<sup>671</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 108; GULDIMANN, S. 86 ff.; HEIM, S. 70 ff.; WITSCHI, S. 50; MAISSEN, S. 106; FRÜH, S. 112.

<sup>672</sup> BGE 91 II 344 E. 2e. In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass sich der Käufer für die Wandelung entscheiden könne, wenn die Kaufware aufgrund des Mangels unbrauchbar sei oder wenn die Kosten für die Ersatzlieferung oder Nachbesserung relativ hoch ausfielen und sich der Mangel dennoch nicht gänzlich beseitigen lasse. Vgl. dazu BGE 124 II 456 E. 4d aa und ROBERTO, S. 344.

<sup>673</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zur Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR in [§ 7 ff.](#)

bestimmung zu unklar formuliert war und folglich die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR nicht durch die Garantiebestimmung eingeschränkt wurden bzw. deren Einschränkung ungültig war.<sup>674</sup> In diesem Entscheid stellte das Bundesgericht fest, dass bei viermaligem Nachbesserungsverzug des Verkäufers der Käufer sowohl den gesetzlichen Wandelungsanspruch gemäss Art. 205 OR geltend machen<sup>675</sup> als auch den vertraglichen Nachbesserungsanspruch über Art. 97 ff. OR durchsetzen kann, sofern die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gültig wegbedungen worden wären<sup>676</sup>. Da nun seit der Revision von Art. 210 OR die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche nicht mehr wegbedingbar sind, kann ausgehend von der zuvor erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die heutige Rechtslage gelten, dass der Käufer im Konsumentenkaufrecht bei Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsverzug des Verkäufers einerseits seine vertraglichen Garantieansprüche über Art. 97 ff. OR und insbesondere über Art. 102 OR und Art. 107 f. OR durchsetzen kann. Andererseits kann der Käufer im Konsumentenkaufrecht bei Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsverzug des Verkäufers auch seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR geltend machen, die vertraglich nicht mehr wegbedingbar sind. Zwischen der Durchsetzung der vertraglichen Garantieansprüche über Art. 97 ff. OR und der Geltendmachung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR muss in diesem Fall die alternative Konkurrenz gelten.

Hier angelangt, gilt es zu klären, ob der Käufer im Konsumentenkaufrecht dem Verkäufer mehrere Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsversuche über die Durchsetzung von Art. 97 ff. OR zugestehen muss oder ob er bei erstmaligem Verzug des Verkäufers die Wandelung oder Minderung geltend machen oder aber über Art. 107 f. OR vom Vertrag zurücktreten kann. FURRER und GIGER sind diesbezüglich der Ansicht, dass sich der Käufer eine abermalige Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung über die erneute Ansetzung einer angemessenen Nachfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR nicht mehr gefallen lassen muss, falls das Vertrauen in die Nachbesserungs- bzw. Ersatzlieferungsfähigkeit des Verkäufers nicht mehr besteht oder die weitere Verzögerung durch Abwarten der Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist.<sup>677</sup> Dies wird dadurch begründet, dass das Verhalten des Ver-

---

<sup>674</sup> BGE 91 II 344 E. 2a und E. 2b.

<sup>675</sup> BGE 91 II 344 E. 2e.

<sup>676</sup> BGE 91 II 344 E. 3a.

<sup>677</sup> Vgl. hierzu FURRER, S. 76 f.; GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 24.

käufers (zweimal mangelhaft abgelieferte Kaufware) die Annahme rechtfertige, dass sich eine Nachfristansetzung gemäss Art. 107 Abs. 1 OR im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR als unnütz erweisen würde.<sup>678</sup> SCHÖNLE und HIGI weisen diesbezüglich aber darauf hin, dass es sich als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB erweisen könne, wenn der Käufer nach erfolglosem erstem Nachbesserungsversuch sofort seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche ausübe, ohne beim Verkäufer nochmals den Nachbesserungsanspruch über Art. 107 Abs. 1 durch Ansetzung einer angemessenen Nachfrist geltend gemacht zu haben.<sup>679</sup> Deswegen ist gemäss dieser Lehrmeinung davon auszugehen, dass der nach Treu und Glauben handelnde Käufer regelmässig mindestens zweimal die Nachbesserung wegen desselben Mangels geltend machen muss, bevor er die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR geltend machen kann.<sup>680</sup> Diese Lehrmeinungen lassen sich ebenso mit der nunmehr seit der Revision von Art. 210 OR bestehenden Rechtslage mit den zwingenden Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentekaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR vereinbaren. Entsprechend ist es regelmässig angezeigt, dass der Käufer im Konsumentekaufrecht dem Verkäufer nach erfolgloser Nachbesserung oder Ersatzlieferung gemäss Art. 107 Abs. 1 OR ein zweites Mal während einer angemessenen Nachfrist die Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung gibt, bevor er seine gesetzlichen zwingenden Sachgewährleistungsansprüche geltend macht. Besteht jedoch kein Vertrauen mehr in die Nachbesserungs- bzw. Ersatzlieferungsfähigkeit des Verkäufers im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR, kann der Käufer direkt nach dem ersten erfolglosen Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsversuch des Verkäufers einen gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruch geltend machen oder über Art. 108 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten. Ob der Käufer dem Verkäufer ein weiteres Mal die Möglichkeit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung über Art. 107 Abs. 1 OR geben muss, gilt es im Einzelfall spezifisch anhand der bestehenden Umstände abzuwägen.

---

<sup>678</sup> GIGER, BK, Art. 206 OR, Rn. 24. Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 2, Bst. b.](#)

<sup>679</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 362.

<sup>680</sup> SCHÖNLE/HIGI, ZK, Art. 197 OR, Rn. 362. Im Rambler-Entscheid machte der Käufer beim Verkäufer während fünf Wochen insgesamt viermal die Nachbesserung geltend, ohne dass die Nachbesserungsversuche des Verkäufers erfolgreich waren. Vgl. dazu BGE 91 II 344 A.

### 3. Garantie- und Verjährungsfrist

Nachdem zuvor die Auswirkungen der Durchführung der Nachbesserung und erneuten Ablieferung der Kaufsache sowie der Ersatzlieferung auf die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche untersucht worden sind, gilt es nachfolgend die Auswirkungen der Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung auf die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen zu untersuchen. So stellt sich die Frage, ob die vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Verjährungsfristen aufgrund der Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung stillstehen, weiterlaufen oder ein neuer Fristenlauf beginnt. Zudem muss untersucht werden, ob die fristbezogenen Auswirkungen bei einem Garantiefall jeweils für die ganze Kaufsache oder lediglich für den davon betroffenen Teilbereich der Kaufsache gelten.<sup>681</sup>

#### a) *Verjährungsfrist der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche*

Die kaufrechtlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 OR unterliegen den allgemeinen Normen von Art. 130 ff. OR.<sup>682</sup> Auf die kaufrechtliche Verjährungsfristen gemäss Art. 210 OR ist Art. 129 OR betreffend die Unabänderlichkeit der Verjährungsfristen nicht anwendbar.<sup>683</sup> Demgegenüber kommt neben Art. 134 OR betreffend die Hinderung und den Stillstand insbesondere auch Art. 135 OR betreffend die Unterbrechung der Verjährungsfrist zur Anwendung.<sup>684</sup> Die Bestimmung zur Verjährungsunterbrechung gemäss Art. 135 OR ist im Zusammenhang mit sämtlichen im OR enthaltenen gesetzlichen Verjährungsfristen

---

<sup>681</sup> Als Beispiel kann hier die Reparatur von Parksensoren eines Neufahrzeugs herangezogen werden, wobei zu prüfen ist, wie sich diese Reparatur auf die Garantie- und Verjährungsfristen sowie den Umfang der vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche auswirkt.

<sup>682</sup> Vgl. dazu WITSCHI, S. 57; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15; MAISSEN, S. 143; FURRER, S. 88 f.

<sup>683</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 42.

<sup>684</sup> Vgl. dazu WITSCHI, S. 57; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15; RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233; MAISSEN, S. 143; FURRER, S. 88 f.

zwingender Natur.<sup>685</sup> Die Verjährungsfrist wird durch die in Art. 135 OR aufgelisteten Gründe unterbrochen, wobei vorliegend im Konsumentenkaufrecht speziell der Unterbrechungsgrund durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR von Bedeutung ist.<sup>686</sup> Im Konsumentenkaufrecht kommt eine Unterbrechung der Verjährungsfrist insbesondere durch die Geltendmachung gesetzlicher Sachgewährleistungs-, aber auch vertraglicher Garantieansprüche seitens des Käufers und die Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs durch den Verkäufer zustande, wobei die Anerkennung seitens des Verkäufers gemäss herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch konkludent erfolgen kann.<sup>687</sup> Bei der Anerkennung handelt es sich nämlich um eine Meinungsäusserung, anhand welcher der Verkäufer verständlich macht, «von der Existenz seiner Pflicht überzeugt zu sein», und die den Käufer veranlasst, seine Ansprüche vorläufig nicht einzuklagen.<sup>688</sup> Gibt der Verkäufer dem Käufer zu verstehen, dass der Mangel behoben wird oder eine neue Kaufsache nachgeliefert wird, handelt es sich folglich um eine verjährungsunterbrechende Anerkennung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR.<sup>689</sup> Demgegenüber wirkt die Mängelrüge und die Geltendmachung eines vertraglichen Garantie- oder gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruchs durch den Käufer ohne (konkludente) Anerkennung dieses Anspruchs seitens des Verkäufers an sich alleine noch nicht verjährungsunterbrechend gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR.<sup>690</sup> Ferner werden die Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR auch nicht unterbrochen, wenn der Verkäufer zwar die gerügte gegebenenfalls mangelhafte Kaufsache untersucht, hierauf

<sup>685</sup> Die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich bei Art. 135 OR um eine zwingende Bestimmung handelt. Vgl. dazu DÄPPEN, BSK, Art. 135 OR, Rn. 1; WILDHABER/DEDE, BK, Art. 135 OR, Rn. 10; BERTI, ZK, Art. 135 OR, Rn. 180; BGE 99 II 185 E. 2b. Im Zusammenhang mit Art. 135 OR geht KOLLER davon aus, dass es sich bei dieser Bestimmung dahingehend um eine dispositive Bestimmung handelt, als die Vertragsparteien im Sinne von Art. 135 OR weitere Unterbrechungsgründe vereinbaren dürfen. Vgl. dazu KOLLER, Verjährungsunterbrechung, S. 248.

<sup>686</sup> LIPS, S. 74.

<sup>687</sup> Vgl. dazu GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15 f.; HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 5; RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233; LIPS, S. 75; FURRER, S. 89; FRÜH, S. 112; WITSCHI, S. 66; BGE 119 II 368 E. 7b; BGE 134 III 591 E. 5.2.1 f.; BGE 119 II 378 E. 7b; BGE 110 II 181 E. 3. Vgl. dazu ferner auch BGE 110 II 176 E. 3 und zur Unterbrechung der Verjährungsfrist im Werkvertragsrecht BGE 121 III 270 E. 3c.

<sup>688</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 16.

<sup>689</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 16; RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233; FURRER, S. 89; BGE 121 III 270 E. 3c; BGE 116 II 305 E. 3c; BGer 4C.258/2001 E. 4.1.2.

<sup>690</sup> LIPS, S. 75.

aber gegenüber dem Käufer seine Garantie- und/oder Sachgewährleistungspflicht ausdrücklich bestreitet.<sup>691</sup> Umgekehrt ist bei schriftlicher Anerkennung der vom Käufer geltend gemachten Sachgewährleistungsansprüche durch Anerkennung der Forderungshöhe seitens des Verkäufers nicht mehr die kaufrechtliche ein- bzw. zweijährige Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR, sondern die zehnjährige Verjährungsfrist aufgrund von Art. 127 Abs. 2 OR anwendbar.<sup>692</sup>

Gemäss Art. 137 Abs. 1 OR beginnt mit der Unterbrechung der Verjährungsfrist ein neuer Fristenlauf. Im Konsumentenkaufrecht sind hierbei die Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR relevant, die für gebrauchte Kaufsachen ein Jahr und für neue Kaufsachen zwei Jahre betragen.<sup>693</sup> Beginnt also im Konsumentenkaufrecht der Fristenlauf der Verjährung zufolge Unterbruchs gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR von Neuem, beträgt die neue Verjährungsfrist im Konsumentenkaufrecht gemäss Art. 210 Abs. 4 OR wiederum ein bzw. zwei Jahre. Hierbei wirkt jede Unterbrechung durch Anerkennung zugunsten aller gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 f. OR.<sup>694</sup> Das Bundesgericht führt diesbezüglich aus, dass der Käufer durch Geltendmachung eines gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruchs die Absicht kundtue, seine ihm aus dem Kaufvertrag und von Gesetzes wegen aufgrund der mangelhaft gelieferten Kaufsache zustehenden Rechte geltend zu machen.<sup>695</sup> Solange der Käufer einen Mangel gerügt hat und der Kaufvertrag nicht erfüllt ist, muss der Verkäufer damit rechnen, dass der Käufer, nachdem er einen Anspruch geltend gemacht hat, einen weiteren Anspruch geltend machen könnte, sofern der zuerst geltend gemachte Anspruch scheitert.<sup>696</sup> Folglich würde es die Abwicklung der Garantie- und Sachgewährleistungsansprüche in unpraktikabler Weise erschweren, wenn der Käufer gezwungen wäre, für jeden Garantie- oder Sachgewährleistungsanspruch gesondert die Verjäh-

---

<sup>691</sup> LIPS, S. 75.

<sup>692</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 16; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 5; FURRER, S. 86; BGE 113 II 264 E. 2d.

<sup>693</sup> Vgl. dazu RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233.

<sup>694</sup> Vgl. dazu HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 5; MAISSEN, S. 142; FURRER, S. 89; WITSCHI, S. 57 f.; BGE 96 II 181 E. 3b.

<sup>695</sup> BGE 96 II 181 E. 3b.

<sup>696</sup> BGE 96 II 181 E. 3b.

rungsfrist zu unterbrechen.<sup>697</sup> Deshalb beginnt mit der Unterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR für sämtliche gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche ein neuer Fristenlauf gemäss Art. 137 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 4 OR.<sup>698</sup>

Auch wiederholte Unterbrechungen der Verjährungsfrist, erfolgend durch mehrere Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsversuche, lassen im Konsumentkaufrecht die Verjährungsfristen gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR für jeden einzelnen Unterbruch im Sinne von Art. 137 Abs. 1 OR von Neuem beginnen, sofern es denselben Mangel betrifft, da der Verkäufer mit der Durchführung der Nachbesserung die Verjährungsfrist durch Anerkennung unterbricht.<sup>699</sup> RUSCH führt diesbezüglich das Beispiel an, dass infolge der Nachbesserung defekter Parksensoren eines Autos durch den Verkäufer die gesetzliche Verjährungsfrist von Art. 210 OR gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR «für die reparierten Parksensoren» von Neuem beginnt.<sup>700</sup> Die Unterbrechung der Verjährungsfrist bezieht sich entsprechend bei der Durchführung der vertraglichen Nachbesserung nur auf den durch den Käufer gerügten Mangel und deswegen auf vom Verkäufer durchgeführte Nachbesserungsarbeiten und nicht auf die Kaufsache als Ganzes.<sup>701</sup> Der Verkäufer anerkennt hierbei im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR nämlich lediglich den gerügten Mangel und nicht, dass die Kaufsache als Ganzes mangelhaft wäre. Dies führt zum Resultat, dass die gesetzliche Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 4 OR aufgrund durchgeführter Nachbesserung für die Kaufsache als Ganzes nicht unterbrochen wird und ein neuer Fristenlauf beginnen würde, sondern lediglich die gesetzliche Verjährungsfrist der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche in Bezug auf den gerügten und nachgebesserten Mangel gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR unterbrochen wird und hierfür ein neuer Fristenlauf beginnt. Entsprechend ist in solchen Fällen jeweils zu ermitteln, in welchem Umfang der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Kaufsache anerkennt. Folglich bestehen für dieselbe Kaufsache nach durchgeführter Nachbesserung zwei verschiedene Läufe der gesetzlichen Verjährungsfristen: ein Fristenlauf für die Kaufsache als Ganzes exklusive des gerügten und nachgebesserten Mangels seit der erstmaligen Ablieferung gemäss Art. 210 Abs. 1 OR und ein Fristenlauf für die den gerügten Mangel betreffenden durchgeführten Nachbesserungsarbeiten seit der Anerkennung seitens des Verkäufers gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR. Anders sieht es aus, wenn bei einer mangelhaf-

<sup>697</sup> BGE 96 II 181 E. 3b.

<sup>698</sup> Vgl. dazu BGE 96 II 181 E. 3b.

<sup>699</sup> RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233; LIPS, S. 75; WITSCHI, S. 66.

<sup>700</sup> RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233.

<sup>701</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15; LIPS, S. 75; WITSCHI, S. 66.

ten Kaufsache anstelle der Durchführung der Nachbesserung eine Ersatzlieferung erfolgt. Da im Rahmen der Ersatzlieferung eine gänzlich andere Kaufsache als die ursprünglich abgelieferte Kaufsache abgeliefert wird, müssen die Unterbrechung der gesetzlichen Verjährungsfrist und der neue Fristenlauf gemäss Art. 137 Abs. 1 OR für die ersatzgelieferte Kaufsache als Ganzes gelten und nicht nur für den ursprünglich gerügten Mangel, wie dies zuvor umschrieben bei der Durchführung der Nachbesserung zu gelten hat.<sup>702</sup> Folglich beginnt nach der Ersatzlieferung im Konsumentenkaufrecht erneut ein Fristenlauf gemäss Art. 210 Abs. 4 OR und entsprechend eine einjährige Verjährungsfrist bei gebrauchten und eine zweijährige Verjährungsfrist bei neuen Kaufsachen.

### b) *Garantiefrist der vertraglichen Garantieansprüche*

In der Garantiebestimmung wird vertraglich oft eine Garantiefrist zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vereinbart, deren Sinn und Zweck anhand der konkreten Umstände auszulegen ist.<sup>703</sup> Meistens enthalten Bestimmungen zu vertraglichen Garantiefristen aber keine spezifischen Regeln zum Fristenlauf der vertraglichen Garantiefrist.<sup>704</sup> Sofern zwischen Verkäufer und Käufer ein vertraglicher Garantieanspruch vereinbart wird und die Garantiebestimmung keine Regelung betreffend eine Garantiefrist und/oder betreffend die gesetzlichen Verjährungsfristen enthält oder auch wenn die Modalitäten der Garantiefrist nicht oder unklar geregelt sind, so sind gemäss der wohl herrschenden Lehre und eines nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid im Zweifelsfall die gesetzlichen Verjährungsregelungen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR und die weiteren Bestimmungen zur gesetzlichen Verjährung gemäss Art. 130 ff. OR und insbesondere Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR betreffend die Unterbrechung und den dadurch erneuten Fristenlauf ebenfalls auf die Garantiefrist anwendbar.<sup>705</sup> Hiervon abweichend vertritt LIPS die Ansicht, dass die allgemeinen Bestimmungen gemäss Art. 130 ff. OR nicht auf vertragliche Ga-

---

<sup>702</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 32; RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234.

<sup>703</sup> GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 51; vgl. zur Auslegung von Garantiefristen die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 3](#).

<sup>704</sup> LIPS, S. 75.

<sup>705</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; WITSCHI, S. 65; BGer 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. dazu auch HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 31 f.

rantiefrieten anwendbar seien.<sup>706</sup> Jedoch muss gemäss dieser Lehrmeinung aufgrund teleologischer Auslegung gelten, dass die vertragliche Garantiefriest während der Durchführung der Nachbesserung so lange stillsteht, bis die Kaufsache wiederum dem Käufer «in einwandfreiem Zustand zur Verfügung steht».<sup>707</sup> Unabhängig davon, ob die vertragliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung durchgeführt wird, muss gemäss dieser Lehrmeinung die vertragliche Garantiefriest für die Kaufsache als Ganzes stillstehen und nicht nur für den gerügten Mangel, aufgrund dessen die Nachbesserung durchgeführt wird.<sup>708</sup> Sodann vertritt WITSCHI die Ansicht, dass die Garantiefriest im Gegensatz zur Verjährungsfrist grundsätzlich nicht der Hemmung gemäss Art. 134 OR und der Unterbrechung gemäss Art. 135 OR unterliege.<sup>709</sup> Folglich soll aufgrund der Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung die Garantiefriest weder gehemmt noch unterbrochen werden, sondern gewöhnlich weiterlaufen. Für den Fall, dass die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aber erst kurz vor Ablauf der Garantiefriest erfolgt, ist gemäss dieser Lehrmeinung jedoch eine Verlängerung der Garantiefriest anzunehmen.<sup>710</sup> Gemäss dieser Lehrmeinung wäre es nicht vertretbar, wenn der Käufer, der einen Mangel der Kaufsache kurz vor Ablauf der Garantiefriest entdeckt, sofort rügt und vom Verkäufer die vertragliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung zugesprochen erhält, im Nachhinein durch die verkäuferseitige Verschleppung der vertraglichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung über das Ende der Garantiefriest hinaus seine vertraglichen Garantieansprüche verlieren würde.<sup>711</sup> Deshalb müsse der Käufer in diesem Fall die aus den entsprechenden Nachbesserungsarbeiten gegebenenfalls entstehenden Mängel gemäss Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 OR während der gesetzlichen Verjährungsfrist geltend machen können, zumal es sich gemäss dieser Lehrmeinung bei den Nachbesserungsarbeiten auch stets um ein Werk handelt.<sup>712</sup>

Falls die Garantiebestimmung keine weitergehenden klaren Abreden zur Anwendbarkeit von Art. 130 ff. OR auf die vertragliche Garantiefriest enthält oder im Zweifelsfall, sofern eine enthaltene Bestimmung unklar formuliert ist, sind gemäss der vorliegend vertretenen Meinung und im Einklang mit der wohl herrschenden Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 130 ff. OR

---

<sup>706</sup> LIPS, S. 76.

<sup>707</sup> LIPS, S. 76.

<sup>708</sup> LIPS, S. 76.

<sup>709</sup> WITSCHI, S. 66.

<sup>710</sup> Vgl. dazu WITSCHI, S. 66.

<sup>711</sup> WITSCHI, S. 66.

<sup>712</sup> WITSCHI, S. 66.

auf die vertragliche Garantiefrist anwendbar.<sup>713</sup> Dem Verkäufer steht es also offen, für die vertragliche Garantiefrist – nicht jedoch für die gesetzlichen Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht – die Anwendbarkeit von Art. 130 ff. OR ganz oder teilweise vertraglich auszuschliessen und den Fristenlauf der vertraglichen Garantiebestimmung mit spezifischen und klaren Bestimmungen vertraglich zu regeln. Folglich kann vertraglich vereinbart werden, dass die vertragliche Garantiefrist aufgrund einer Anerkennung durch den Verkäufer bei der Durchführung der vertraglichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht verlängert wird, sondern ohne Hemmung oder Unterbrechung weiterläuft und demnach Art. 134 OR und Art. 135 Ziff. 1 OR nicht Anwendung auf die vertragliche Garantiefrist finden.

Hierfür sprechen auch die Auslegung von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR und die zwingende Natur der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht. Sofern nämlich der Verkäufer die vertragliche Bestimmung vorgesehen hätte, dass die vertraglichen Garantiefristen nicht der Unterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR unterliegen und der Käufer den Sachmangel erst kurz vor Ablauf der vertraglichen Garantiefrist entdecken würde, könnte sich der Käufer auf die zwingenden Sachgewährleistungsansprüche berufen. Folglich kann sich der Käufer im Konsumentenkaufrecht bei ungünstiger Ausgestaltung der vertraglichen Garantiefrist stets auch auf seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche berufen. Wenn also der Verkäufer und der Käufer eine vertragliche Garantiefrist verabredet haben, die infolge einer Mängelrüge und Durchführung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung weder gehemmt noch unterbrochen wird, läuft zwar die vertragliche Garantiefrist weiter, wobei diese weder gehemmt noch unterbrochen wird. Demgegenüber werden aber die gesetzlichen Verjährungsfristen der Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 210 Abs. 4 OR aufgrund von Art. 135 Ziff. 1 OR unterbrochen und beginnen gemäss Art. 137 Abs. 1 OR von Neuem. Dem im Konsumentenkaufrecht bei der teleologischen Auslegung zu berücksichtigenden Konsumentenschutzinteresse ist damit Genüge getan.<sup>714</sup>

---

<sup>713</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; WITSCHI, S. 65; BGer 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. dazu auch HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 31 f.

<sup>714</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zum Konsumentenschutzinteresse weiter vorne in [§ 9, Kap. 2](#).

## § 12 Verjährungsfrist und Anerkennung der Forderung

### 1. Problemstellung

Wie im Unterkapitel zuvor abgehandelt, bedarf es zur Fristunterbrechung und folglich zum erneuten Beginn des Fristenlaufs der Anerkennung der Forderung seitens des Verkäufers, wobei gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bereits die Durchführung der Nachbesserung oder die Ersatzlieferung als konkludente Anerkennung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR gilt.<sup>715</sup> Fehlt demgegenüber jedoch die Anerkennung seitens des Verkäufers, beginnt kein erneuter Fristenlauf gemäss Art. 137 Abs. 1 OR und der ursprüngliche Fristenlauf läuft ohne Unterbruch und folglich auch ohne Neubeginn weiter.<sup>716</sup> Um auf das im vorherigen Unterkapitel angeschnittene Beispiel mit den mangelhaften Parksensoren eines Fahrzeugs zurückzukommen, bedeutet das zuvor Ausgeführte, dass grundsätzlich, und ohne anderslautende vertragliche Abmachung zwischen den Kaufvertragsparteien, aufgrund der Durchführung der Nachbesserung der mangelhaften Parksensoren die Forderung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR vom Verkäufer anerkannt wird und dadurch sowohl die vertraglichen Garantie- wie auch die gesetzlichen Verjährungsfristen der entsprechenden Ansprüche unterbrochen werden. Folglich beginnt in diesem Fall für die jeweilige Frist ein neuer Fristenlauf.<sup>717</sup> Bei der Auslegung der Bestimmungen zu vertraglichen Garantiefristen gilt es zu beachten, dass diese einerseits lediglich die vertragliche Anpassung der gesetzlichen Verjährungsfristen zum Zweck haben können, wie z.B. deren Verlängerung.<sup>718</sup> Andererseits können vertragliche Bestimmungen aber auch reine vertragliche Garantiefristen ohne Berührungspunkt zu den gesetzlichen Verjährungsfristen vorsehen, indem diese z.B. für den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch gelten und die Modalitätä-

---

<sup>715</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. a](#) und GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 15 f.; HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 3; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 5; RUSCH, Scheinkulanz, S. 1233; LIPS, S. 75; FURRER, S. 89; FRÜH, S. 112; WITSCHI, S. 66; BGE 119 II 368 E. 7b. Vgl. dazu ferner auch BGE 110 II 176 E. 3 und zur Unterbrechung der Verjährungsfrist im Werkvertragsrecht BGE 121 III 270 E. 3c.

<sup>716</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. a](#).

<sup>717</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b](#).

<sup>718</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zur Auslegung von vertraglichen Garantiefristen und deren Bedeutung für die gesetzlichen Verjährungsfristen in [§ 10, Kap. 3](#) und in [§ 11, Kap. 3](#).

ten der Frist wie z.B. deren Unterbrechung vertraglich geregelt sind.<sup>719</sup> In dieser Hinsicht vereinbaren die Kaufvertragsparteien im Konsumentenkaufrecht zum Teil, dass bei mangelhafter Kaufsache die verkäuferseitige Durchführung der vertraglichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung lediglich aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht des Verkäufers erfolge.<sup>720</sup> Vereinbaren die Kaufvertragsparteien, dass der Verkäufer die vertraglichen Garantieansprüche, also die vertragliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung, lediglich aus Kulanz und damit ohne Anerkennung des Anspruchs anbietet und im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache wahrnimmt, ist es fraglich, ob deshalb weder die vertraglichen Garantie- noch die gesetzlichen Verjährungsfristen unterbrochen werden und damit auch nicht erneut zu laufen beginnen. Diese Problemstellung gilt es nachfolgend zu klären.

## 2. Geltendmachung der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche

Gemäss der wohl herrschenden Lehre sind Art. 210 OR und folglich ebenfalls die allgemeinen Bestimmungen zu den Verjährungsfristen gemäss Art. 130 ff. OR auch auf die vertraglichen Garantiefristen der vertraglichen Garantieansprüche anwendbar.<sup>721</sup> Diesen Ansatz gilt es insofern zu relativieren, als die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 210 OR i.V.m. Art. 130 ff. OR nur auf die vertragliche Garantiefrist Anwendung finden dürfen, sofern die Kaufvertragsparteien keine anderweitige klare Regelung der Garantiefristen abgemacht haben.<sup>722</sup> Zwar lassen sich Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 135 Ziff. 1 OR im Zu-

---

<sup>719</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zur Auslegung von vertraglichen Garantiefristen und deren Bedeutung für die gesetzlichen Verjährungsfristen in [§ 10, Kap. 3](#) und in [§ 11, Kap. 3](#).

<sup>720</sup> Vgl. dazu z.B. die Digitec-Galaxus-Garantie, <<https://www.galaxus.ch/wiki/478>> (besucht am 3. November 2022), die Folgendes bestimmt: «Die Garantiedauer läuft ungeachtet der Erbringung allfälliger Garantieleistungen weiter.» Vgl. dazu auch RUSCH, Scheinkulanz, S. 1235 und Fn. 18.

<sup>721</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; WITSCHI, S. 65; BGer 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. dazu auch HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 31 f. Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b](#).

<sup>722</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zum Verhältnis von vertraglichen Garantie- und gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen in [§ 10, Kap. 2](#).

sammenhang mit den gesetzlichen Verjährungsfristen der gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche nur beschränkt vertraglich abändern, da es sich um gesetzliche Normen mit teilweise zwingender Natur handelt.<sup>723</sup> So ist es betreffend vertraglich vereinbarte Garantiefristen möglich, auch vom im Zusammenhang mit den gesetzlichen Verjährungsfristen teilweise zwingenden Bereich von Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 135 Ziff. 1 OR abzuweichen, da es sich dabei eben gerade um vertragliche und nicht gesetzliche Fristen handelt, die der Dispositionsfreiheit der Kaufvertragsparteien unterliegen müssen.<sup>724</sup> Folglich ist im Grundsatz von einer Anwendbarkeit der gesetzlichen Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 210 OR und Art. 130 ff. OR im Konsumentenkaufrecht sowohl auf die gesetzlichen Verjährungs- als auch auf die vertraglichen Garantiebestimmungen auszugehen.<sup>725</sup> Dies gilt aber nur so weit, als die Kaufvertragsparteien keine anderweitige Regelung betreffend die vertragliche Garantiefrist abgemacht haben.<sup>726</sup> Deshalb steht es den Kaufvertragsparteien frei, untereinander die Bestimmung zu vereinbaren, dass die Durchführung der vertraglichen Nachbesserung keine unterbrechende und damit auch keine verlängernde Wirkung auf die Fristen der vertraglichen Garantieansprüche hat. Würde eine solche Vereinbarung aber auf die gesetzlichen Verjährungsfristen von Art. 210 Abs. 4 OR bezogen, wäre dies eine ungültige und somit

---

<sup>723</sup> Betreffend die zwingende Natur von Art. 210 Abs. 4 OR vgl. die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#) Im Zusammenhang mit Art. 135 OR geht KOLLER davon aus, dass es sich bei dieser Bestimmung dahingehend um eine dispositive Bestimmung handle, als die Vertragsparteien im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR weitere Anerkennungsgründe vereinbaren dürfen, welche die Unterbrechung der Verjährung bewirken. Vgl. dazu KOLLER, Verjährungsunterbrechung, S. 248. Die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass es sich bei Art. 135 OR um eine zwingende Bestimmung handelt, vertreten aber zum Teil wie KOLLER die Ansicht, dass die Auflistung von Art. 135 Art. 1 OR mit weiteren Anerkennungsgründen ergänzt werden kann. Vgl. dazu WILDHABER/DEDE, BK, Art. 135 OR, Rn. 10; BGE 99 II 185 E. 2b. BERTI, ZK, Art. 135 OR, Rn. 180 und DÄPPEN, BSK, Art. 135 OR, Rn. 1 vertreten mit Verweis auf BGE 65 II 233 die Meinung, dass es sich bei Art. 135 OR um eine zwingende Bestimmung mit abschliessender Auflistung der Unterbrechungsgründe handelt.

<sup>724</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b.](#)

<sup>725</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b.](#)

<sup>726</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b.](#)

nichtige Vereinbarung, da sich Art. 135 Ziff. 1 OR im Zusammenhang mit gesetzlichen Verjährungsfristen aufgrund dessen teilweise zwingender Natur nicht wegbedingen lässt.<sup>727</sup>

Da der Verkäufer aufgrund der zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche und der gesetzlichen Verjährungsfristen im Konsumentenkaufrecht aufgrund von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers nicht mehr vertraglich einschränken oder gänzlich wegbedingen kann, sind vertragliche Bestimmungen nichtig, anhand derer der gesetzliche Wandelungs-, Minderungs- oder Ersatzlieferungsanspruch lediglich aus Kulanz dem Käufer angeboten würde, ohne dass der Verkäufer einen solchen bei deren Wahrnehmung anerkennen würde.<sup>728</sup> Um auf das zuvor erwähnte Beispiel mit den defekten Parksensoren eines Fahrzeugs zurückzukommen: Bei mangelhafter Kaufsache und Durchführung der Nachbesserung durch den Verkäufer werden zwar die gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR aufgrund von Art. 135 Ziff. 1 OR unterbrochen und es beginnt ein neuer Fristenlauf gemäss Art. 137 Abs. 1 OR für die gesetzlichen Verjährungsfristen. Im Gegensatz dazu wird bei Vorliegen einer entsprechenden klaren vertraglichen Regelung – aufgrund derer die vertragliche Garantiefrist nicht durch Anerkennung unterbrochen wird – die vertragliche Garantiefrist dadurch weder unterbrochen noch beginnt ein neuer Fristenlauf eben dieser. Wenn also im Parksensoren-Beispiel für die Garantiefrist kein neuer Fristenlauf nach durchgeführter Nachbesserung beginnt und diese entsprechend ausläuft, kann sich der Käufer im Konsumentenkaufrecht immer noch auf seine gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche berufen, womit nach durchgeführter Nachbesserung aufgrund der zwingenden Natur von Art. 210 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR erneut eine Garantiefrist zu laufen beginnt, welche in dieser Fallkonstellation über das Ablaufen der vertraglichen Garantiefrist hinausläuft. Aus teleologischer Sicht ist dem bei der Revision von Art. 210 OR geforderten Konsumenten-

---

<sup>727</sup> Zur teilweise zwingenden Natur von Art. 135 OR vgl. KOLLER, Verjährungsunterbrechung, S. 248; WILDHABER/DEDE, BK, Art. 135 OR, Rn. 10; BGE 99 II 185 E. 2b. BERTI, ZK, Art. 135 OR, Rn. 180 und DÄPPEN, BSK, Art. 135 OR, Rn. 1 vertreten mit Verweis auf BGE 65 II 233 die Meinung, dass es sich bei Art. 135 OR um eine zwingende Bestimmung mit abschliessender Auflistung der Unterbrechungsgründe handelt. Zur Nichtigkeit solcher Vereinbarungen vgl. WILDHABER/DEDE, BK, Art. 129 OR, Rn. 87 f. und die Ausführungen weiter vorne zu Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR in [§ 10, Kap. 4](#).

<sup>728</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zu den Rechtsfolgen bei von Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR abweichenden Vertragsbestimmungen in [§ 10, Kap. 4](#).

tenschutzinteresse gemäss der vorliegend vertretenen Meinung Genüge getan und es kommt ein faires Gleichgewicht zwischen den Verkäufer- und Käuferinteressen zustande.<sup>729</sup>

### 3. Durchsetzung des vertraglichen Garantieanspruchs über Verzugsregelung

Vereinbaren die Kaufvertragsparteien, dass bei der Durchführung der vertraglichen Nachbesserung und Ersatzlieferung der Verkäufer den entsprechenden Anspruch nicht anerkennt und dadurch die vertragliche Garantiefrist nicht unterbrochen und von Neuem zu laufen beginnt, muss gemäss RUSCH der Käufer das Leistungsangebot des Verkäufers zur Durchführung der vertraglichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung ohne Unterbrechung der Garantiefrist nicht zwingend annehmen.<sup>730</sup> Das Kantonsgericht Graubünden erwägt in diesem Zusammenhang zum ähnlich gelagerten Werkvertragsrecht, dass die Leistungsbereitschaft des Unternehmers in einer Weise vorzuliegen habe, «dass die Leistung in jeder Beziehung – qualitativ, quantitativ und hinsichtlich aller Erfüllungsmodalitäten – vertragsgemäss erbracht werden kann. An der Leistungsbereitschaft fehlt es, wenn der Unternehmer kein vorbehaltloses Angebot zur Nachbesserung abgibt, sondern nur aus Kulanz oder ohne Anerkennung einer Rechtspflicht nachbessern will.»<sup>731</sup> Nimmt der Käufer die Durchführung der Nachbesserung seitens des Verkäufers aus Kulanz an, so verzichtet der Käufer auf die Unterbrechung der vertraglichen Garantiefristen.<sup>732</sup> RUSCH geht diesbezüglich davon aus, dass diese Konstellation dem Fall eines Angebots unter der Bedingung der Ausstellung einer Saldoquittung entspreche.<sup>733</sup> Hierbei handle es sich um ein nicht erfüllungstaugliches Angebot, das der Käufer ablehnen könne, ohne dabei in den Gläubigerverzug zu fallen.<sup>734</sup> Sofern es sich um ein nicht erfüllungstaugliches Angebot seitens des Verkäufers handelt und der Käufer dieses ablehnt, kann dieser gemäss RUSCH und in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung den vertraglichen Nachbesserungsanspruch gemäss Art. 97 ff. OR und insbesondere über Art. 102 OR (Inverzugsetzung) und Art. 107 f. OR (Rücktritt mit oder ohne Fris-

---

<sup>729</sup> Vgl. zu den verschiedenen Interessen im Konsumentenkaufrecht aus teleologischer Auslegungsperspektive die Ausführungen weiter vorne in [§ 9, Kap. 2](#).

<sup>730</sup> Vgl. dazu die Ausführungen bei RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234.

<sup>731</sup> KGer GR ZK2 11 52 E. d. aa, Urteil vom 19. Februar 2013.

<sup>732</sup> Vgl. dazu RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234.

<sup>733</sup> RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234.

<sup>734</sup> RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234; BGE 88 II 111 E. 6.

tansetzung) gegenüber dem Verkäufer durchsetzen.<sup>735</sup> Hierbei wird jeweils der kritische Moment die Beurteilung der Erfüllungstauglichkeit des Angebots des Verkäufers sein, zumal es sich dabei um die Durchsetzung vertraglicher Garantieansprüche im Konsumentenkaufrecht handelt, bei deren Ausgestaltung die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind.<sup>736</sup> Da dem Käufer im Konsumentenkaufrecht aufgrund der zuvor im 3. Teil vorgenommenen Auslegung gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche und deren Verjährungsfristen mit zwingender Natur zur Verfügung stehen, ist es fraglich, ob ein Erfüllungsangebot des Verkäufers ohne unterbrechende Wirkung auf die vertragliche Garantiefrist im Konsumentenkaufrecht tatsächlich als nicht erfüllungstauglich zu qualifizieren ist. Zudem ist unklar, ob die zuvor erwähnte Erwägung des Bündner Kantonsgerichts sinn- gemäss auch für das Kaufrecht Anwendung finden kann, weil im Werkvertragsrecht dem Besteller gemäss Art. 368 Abs. 2 OR von Gesetzes wegen der Nachbesserungsanspruch zusteht, demgegenüber aber im Kaufvertragsrecht kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch besteht.<sup>737</sup> Wie im vorherigen Unterkapitel ausgeführt, steht es dem Käufer jedoch stets frei, nach gescheiterter Durchführung der Nachbesserung auf einen gesetzlichen Sachgewährleistungsanspruch auszuweichen und diesen gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen.<sup>738</sup> Mit der gescheiterten Durchführung der Nachbesserung wird auch

---

<sup>735</sup> RUSCH, Scheinkulanz, S. 1234; BGE 91 II 344 E. 3a; vgl. dazu auch WITSCHI, S. 50 f.

<sup>736</sup> Ausnahmen hierzu sind im Konsumentenkaufrecht Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR, deren Bestimmungen zwingender Natur sind. Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 7 ff.](#) und für die Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR vgl. die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 4.](#)

<sup>737</sup> Die herrschende Lehre verneint den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch im Kaufrecht: HONSELL, BSK, Art. 205 OR, Rn. 5; CAVIN, S. 96; KELLER/SIEHR, S. 96; TERCIER/FAVRE, Rn. 824; VON BÜREN, S. 19; BECKER, BK 1934, Art. 206 OR, Rn. 1; HEIM, S. 27; KATZ, S. 79. Ein Teil der Lehre bejaht den gesetzlichen Nachbesserungsanspruch: BUCHER, BT, S. 97; GIGER, BK, Art. 205 OR, Rn. 42; FURRER, S. 74 f.; FRÜH, S. 29; GULDIMANN, S. 67 ff.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 42, Rn. 48; BÄHLER, S. 101 f. und S. 108 f.; VISCHER, S. 1171. Das Bundesgericht liess die Beantwortung dieser Rechtsfrage in mehreren Urteilen offen, verneinte den Nachbesserungsanspruch des Käufers aber auch: Offengelassen in BGE 45 II 660, S. 663; BGE 124 III 456 E. 4b bb; BGE 124 III 456 E. 4b bb; verneint in BGE 91 II 344 E. 2a; BGE 95 II 119 E. 6; BGER 4C.307/2000 E. 6; BGER 4A\_446/2015 E. 3.2.

<sup>738</sup> Vgl. zur Rangfolge der Sachgewährleistungsansprüche die Ausführungen weiter vorne in [§ 10](#) und zur Rechtslage nach der erstmals durchgeführten vertraglichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung die Ausführungen weiter vorne in [§ 11.](#)

automatisch die gesetzliche Verjährungsfrist unterbrochen, da wie zuvor abgehandelt in diesem Fall Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 OR zwingender Natur und nicht über eine vertragliche Abrede ausschliessbar ist.<sup>739</sup>

---

<sup>739</sup> Vgl. dazu die Ausführungen im vorherigen Unterkapitel zur zwingenden Natur von Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR im Zusammenhang mit den gesetzlichen Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR in § 12, Kap. 2. und DÄPPEN, BSK, Art. 135 OR, Rn. 1; WILDHABER/DEDE, BK, Art. 135 OR, Rn. 10; BERTI, ZK, Art. 135 OR, Rn. 180; BGE 99 II 185 E. 2b.

## § 13 Verjährungsfrist und Herstellergarantien

### 1. Problemstellung

In der Praxis besteht neben dem gewöhnlichen kaufrechtlichen Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer oftmals ein vertragliches Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer als Garantiennehmer und dem Hersteller der Kaufsache als Garantiegeber, da die Person des Verkäufers und jene des Herstellers auseinanderfallen.<sup>740</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer besteht im Konsumentenkaufrecht aus den gesetzlichen Sachgewährleistungsbestimmungen gemäss Art. 197 ff. OR und sofern abgemacht aus den vertraglichen Garantiebestimmungen der Verkäufergarantie.<sup>741</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen dem Hersteller und dem Käufer besteht jeweils auf Basis einer vertraglichen Herstellergarantie, wobei dieses Rechtsverhältnis von Gesetzes wegen nicht spezifisch geregelt ist.<sup>742</sup> Im Rahmen eines solchen Dreiparteiverhältnisses kann der Käufer bei mangelhafter Kaufsache den Verkäufer auf Basis gesetzlicher Sachgewährleistungsansprüche und vertraglicher (Verkäufer-)Garantieansprüche, aber auch den Hersteller auf Basis vertraglicher (Hersteller-)Garantieansprüche belangen.<sup>743</sup> In der Herstellergarantie gewährt der Hersteller, ähnlich wie dies bei vertraglichen Verkäufergarantien der Fall ist, dem Käufer oftmals einen vertraglichen Nachbesserungs- und gegebenenfalls einen vertraglichen Ersatzlieferungsanspruch während einer bestimmten vertraglichen Garantiefrist.<sup>744</sup> Wie zuvor abgehandelt, finden Art. 210 OR und die allgemeinen Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 130 ff. OR grundsätzlich auf vertragliche Garantiefristen Anwendung, sofern zwischen dem Verkäufer und dem Käufer keine anderslautende Vereinbarung

---

<sup>740</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1300.

<sup>741</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne zum Verhältnis zwischen der Garantie und der gesetzlichen Sachgewährleistung auf in [§ 10](#), zur Rechtslage nach durchgeführter Nachbesserung und Ersatzlieferung in [§ 11](#) und zur Verjährungsfrist und der Anerkennung der Forderung in [§ 12](#); RUSCH/SCHWIZER, S. 1300.

<sup>742</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1300.

<sup>743</sup> Vgl. dazu RUSCH/SCHWIZER, S. 1300.

<sup>744</sup> Vgl. dazu RUSCH/SCHWIZER, S. 1300.

betreffend die Modalitäten der vertraglichen Garantiefrist besteht.<sup>745</sup> Vorliegend stellt sich nun im Zusammenhang mit Herstellergarantien die Frage, ob Art. 210 OR und die allgemeinen Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 130 ff. OR auch auf vertragliche Garantiefristen von Herstellergarantien Anwendung finden können, sofern der Hersteller und der Käufer nichts anderes betreffend die vertragliche Herstellergarantiefrist vereinbart haben. In dieser Hinsicht gilt es insbesondere zu klären, ob Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 210 Abs. 6 OR auf vertragliche Garantiefristen von Herstellergarantien Anwendung finden können.<sup>746</sup> Gemäss Art. 210 Abs. 6 OR kann der Verkäufer die Verjährung nicht geltend machen, «wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird», wobei in diesem Fall die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR Anwendung findet.<sup>747</sup>

## 2. Herstellergarantiefrist und gesetzliche Verjährungsmodalitäten

Die Herstellergarantien sehen für die gewährten vertraglichen in der Herstellergarantie geregelten Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche meistens eine zwei- und zum Teil aber auch eine fünfjährige Garantiefrist vor, während der die vertraglichen Herstellergarantieansprüche geltend gemacht werden können.<sup>748</sup> Die genauen Modalitäten der vertraglichen Garantiefrist werden bei Herstellergarantien, genauso wie bei Verkäufergarantien, meistens nicht genauer geregelt.<sup>749</sup> Diesbezüglich hat das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid ohne nähere Begründung festgehalten, dass «unselbständige Garantien der kaufvertraglichen Verjährungsfrist von Art. 210 OR un-

---

<sup>745</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; WITSCHI, S. 65; BGer 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. dazu auch HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; MÜLLER-CHEN, CHK, Art. 210 OR, Rn. 2; GIGER, BK, Art. 210 OR, Rn. 31 f. Vgl. dazu auch die Ausführungen weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b.](#)

<sup>746</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei RUSCH/SCHWIZER, S. 1303.

<sup>747</sup> HONSELL, BSK, Art. 210 OR, Rn. 1; BGE 107 II 231 E. 3a.

<sup>748</sup> Vgl. dazu RUSCH/SCHWIZER, S. 1305.

<sup>749</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 10, Kap. 3](#) und in [§ 11, Kap. 3](#).

terstehen».<sup>750</sup> RUSCH und SCHWIZER vertreten basierend auf dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Ansicht, dass Art. 210 Abs. 6 OR i.V.m. Art. 127 OR folglich auch auf die vertragliche Garantiefrist von Herstellergarantien Anwendung finde.<sup>751</sup> Wird die Anwendbarkeit von Art. 210 Abs. 6 OR i.V.m. Art. 127 OR auf die Herstellergarantiefrist bejaht, gilt zum einen bei seitens des Herstellers absichtlich verschwiegenen Mängeln an der Kaufsache die zehnjährige Verjährungsfrist anstelle der vertraglich vorgesehenen Herstellergarantiefrist.<sup>752</sup> Zum anderen wären auch die allgemeinen Bestimmungen zu den Verjährungsfristen gemäss Art. 130 ff. OR auf die vertragliche Herstellergarantiefrist anwendbar.<sup>753</sup> In dieser Hinsicht ist es jedoch fraglich, ob Art. 210 OR und damit auch die allgemeinen Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 127 ff. OR auf die vertragliche Herstellergarantiefrist anwendbar sind. Die zuvor erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung, anhand derer die Anwendbarkeit von Art. 210 OR und insbesondere Art. 210 Abs. 6 OR auf Herstellergarantien begründet wird, erging denn auch nicht zu einem Dreiparteienverhältnis bestehend aus Hersteller, Verkäufer und Käufer im Zusammenhang mit einer Herstellergarantie, sondern zu einem Kaufvertragsverhältnis als Zweiparteienverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, das durch eine Garantievereinbarung bzw. durch eine Verkäufergarantie ergänzt wurde.<sup>754</sup>

Währenddessen die Verkäufergarantie eine vertragliche Nebenabrede des Kaufvertrages ist, auf welche wie zuvor gezeigt im Konsumentenkaufrecht in verschiedener Hinsicht die kaufrechtlichen Gesetzesbestimmungen Anwendung finden, handelt es sich bei der Herstellergarantie um einen Innominatvertrag, der zwischen dem Hersteller und dem Käufer als Garantiennehmer zustande kommt und auf den kein im OR BT geregeltes Vertragsverhältnis Anwendung findet.<sup>755</sup> Dabei geht die wohl herrschende Lehre davon aus, dass es sich bei der Herstellergarantie um eine seitens des Herstellers an den zukünft-

---

<sup>750</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305; BGer 4C.260/2001 E. 3a: «Im Gegensatz zu unselbständigen Garantieerklärungen, welche der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen, verjähren Ansprüche aus selbständigen Garantieverträgen nach der allgemeinen vertraglichen Verjährungsfrist von zehn Jahren [...]» Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 210 OR i.V.m. den allgemeinen Verjährungsbestimmungen auf die vertragliche Garantiefrist einer Verkäufergarantie WITSCHI, S. 65.

<sup>751</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305 f.

<sup>752</sup> RUSCH/SCHWIZER, S. 1305.

<sup>753</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Anwendbarkeit von Art. 130 ff. OR auf die vertraglichen Garantiefristen von Verkäufergarantien weiter vorne in [§ 11, Kap. 3, Bst. b.](#)

<sup>754</sup> Vgl. dazu BGer 4C.260/2001 A ff.

<sup>755</sup> Vgl. dazu FRÜH, S. 40 und S. 46 ff.; HEIM, S. 91; LIPS, S. 11 ff. und S. 45; SCHWIZER, Rn. 91.

tigen Käufer gerichtete Offerte handelt.<sup>756</sup> Da Herstellergarantien heutzutage mehrheitlich online auf den Websites der Hersteller von der Öffentlichkeit und damit auch vom individuellen Käufer abrufbar sind, wird die konkludente Annahme der Offerte des Herstellers seitens des Käufers regelmässig im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags zwischen dem Verkäufer und dem Käufer erfolgen, zumal in den Kaufverträgen oft per Verweis auf die Herstellergarantie eine konkludente Annahme eben dieser Herstellergarantie erfolgt.<sup>757</sup>

Wird nun in einer Herstellergarantie zwar die Dauer der Garantiefrist bestimmt, nicht aber die Modalitäten dieser Garantiefrist, bedarf es der Auslegung und gegebenenfalls der Ergänzung dieses Innominatvertrags. Die Auslegung erfolgt dabei insbesondere nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und der ganzheitlichen Vertragsauslegung, mit dem Ziel, den (mutmasslichen) übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen.<sup>758</sup> Dabei hat die Vertragsauslegung objektiviert und nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen, um als Ziel ein sachgerechtes Ergebnis zu erhalten.<sup>759</sup> Da in der Praxis die Herstellergarantien betreffend die Anwendung von Art. 130 ff. OR und Art. 210 OR oftmals keine Bestimmung enthalten, die in dieser Hinsicht ausgelegt werden könnte, bleibt hinsichtlich der Frage zur Anwendbarkeit von Art. 130 ff. OR und Art. 210 OR auf Herstellergarantiefristen lediglich die Vertragsergänzung offen. Hierbei hat die Ergänzung von Innominatverträgen nach denselben Regeln wie die Ergänzung von Nominatverträgen zu erfolgen.<sup>760</sup> Dabei finden die zwingenden Bestimmungen des OR AT direkt Anwendung auf Innominatverträge und damit auf Herstellergarantien.<sup>761</sup> Die zwingenden Bestimmungen des OR BT sollen lediglich dahingehend auf Innominatverträge und damit vorliegend auf Herstellergarantien Anwendung finden, als diese betreffend die Schutzbedürftigkeit und die weiteren Wertungsgedanken, welche den Gesetzgeber zum Aufstellen der in Frage stehenden zwingenden Bestimmung

<sup>756</sup> FRÜH, S. 49 und S. 75; HEIM, S. 91.

<sup>757</sup> Vgl. dazu die Ausführungen von FRÜH, S. 75 f. und S. 80 ff.; LIPS, S. 11.

<sup>758</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1200 f.; KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 9.13 ff.

<sup>759</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1200 f.; KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 3.151, zum Vertrauensprinzip speziell Rn. 3.174 ff. und zur Vertragsauslegung Rn. 9.13 ff.; BGE 140 III 391 E. 2.3.

<sup>760</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1248; KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 10.01 ff. und Rn. 10.37.

<sup>761</sup> KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 10.07; SCHWIZER, Rn. 101.

veranlassten, dem zu beurteilenden Fall entsprechen.<sup>762</sup> Mangelt es an einer gesetzlichen zwingenden Bestimmung zur Vertragsergänzung, ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen, sofern sich dieser im Einzelfall feststellen lässt.<sup>763</sup> Schliesslich sind auf der nächsten Stufe dispositive Gesetzesbestimmungen entsprechend heranzuziehen.<sup>764</sup>

Vorweg ist klar, dass die Bestimmungen zu den Modalitäten von Verjährungsfristen gemäss Art. 130 ff. OR und insbesondere Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR betreffend die Unterbrechung und den Neubeginn des Fristenlaufs auch auf Herstellergarantien anwendbar sind, wie dies auch für Verkäufergarantien der Fall ist, da es sich dabei um gesetzliche zwingende Bestimmungen aus dem OR AT handelt.<sup>765</sup> Sodann erscheint es bei lückenhaften Herstellergarantien auf den ersten Blick angezeigt, diese durch die kaufrechtlichen Bestimmungen aus dem OR BT gemäss Art. 197 ff. OR zu ergänzen.<sup>766</sup> Dagegen spricht jedoch, dass sich Herstellergarantien von den kaufrechtlichen Bestimmungen und von Verkäufergarantien wesentlich unterscheiden.<sup>767</sup> So entstehen dem Käufer als Garantiennehmer aus Herstellergarantien im Gegensatz zum Kaufvertrag und den Verkäufergarantien keine Verpflichtungen, da es sich bei Herstellergarantien um einseitig verpflichtende Verträge handelt.<sup>768</sup> Zudem handelt es sich um ein Vertragsverhältnis zwischen dem Hersteller als Garantiegeber und dem Käufer als Garantiennehmer, wobei der Hersteller und der Verkäufer nicht dieselben Vertragsparteien sind.<sup>769</sup> Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass die dispositive Bestimmung von Art. 210 Abs. 1 OR auf Herstellergarantien Anwendung finde und damit die Frist einer Herstellergarantie generell zwei Jahre betragen solle, sofern die Garantiebestimmung keine hiervon abweichende Regelung enthalte, was in der Praxis aber oftmals der Fall ist.<sup>770</sup> Dies wird dadurch begründet, dass Art. 127 OR als Bestimmung aus dem OR AT eigentlich auf Herstellergarantien als Innominatver-

---

<sup>762</sup> KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 10.07 und Rn. 10.38; SCHWIZER, Rn. 101.

<sup>763</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1257 ff.; KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 10.04; BGE 127 III 300 E. 6a.

<sup>764</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1249 ff.; KOLLER, Obligationenrecht AT, Rn. 10.08 und Rn. 10.38; SCHWIZER, Rn. 101.

<sup>765</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter vorne in [§ 11. Kap. 3. Bst. b](#) und HEIM, S. 97.

<sup>766</sup> Vgl. dazu SCHWIZER, Rn. 102.

<sup>767</sup> SCHWIZER, Rn. 102; LIPS, S. 45; FRÜH, S. 123 ff.

<sup>768</sup> SCHWIZER, Rn. 102.

<sup>769</sup> Vgl. dazu SCHWIZER, Rn. 102; LIPS, S. 45.

<sup>770</sup> FRÜH, S. 129 f.; LIPS, S. 47. Anderer Meinung HEIM, S. 97, der die zehnjährige Frist gemäss Art. 127 OR für anwendbar hält.

träge direkt Anwendung finden müsse, diesbezüglich aber Art. 210 Abs. 1 OR als *lex specialis* zur Anwendung kommen müsse.<sup>771</sup> Hinsichtlich Art. 210 Abs. 4 OR hat der Gesetzgeber mit der Revision nicht beabsichtigt, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen zwingender Natur gemäss Art. 210 Abs. 4 OR auch auf Herstellergarantien Anwendung finden sollen.<sup>772</sup> Im Ergebnis wäre bei der Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR auf Herstellergarantien nämlich zu schliessen, dass nicht nur die Herstellergarantiefristen zwingender Natur wären, sondern auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche mit zwingender Natur im Rahmen des Konsumentenkaufrechts ebenfalls für Herstellergarantien zwingende Ansprüche wären, was die Vertragsfreiheit stark einschränken würde und vom Gesetzgeber so nicht beabsichtigt war.<sup>773</sup> Das Konsumentenschutzinteresse im Konsumentenkaufrecht kommt nämlich ausreichend zur Geltung, als dem Käufer die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 199 OR während mindestens einem bzw. zwei Jahren zwingend zur Verfügung stehen und der Käufer diese gegenüber dem Verkäufer durchsetzen kann.<sup>774</sup> Damit einhergehend besteht auch kein Grund zur Annahme, dass Art. 210 Abs. 6 OR direkte Anwendung auf Herstellergarantien finden sollte, ausser dies wäre in der Herstellergarantie explizit so vorgesehen.<sup>775</sup> Sowohl für Art. 210 Abs. 4 OR als auch für Art. 210 Abs. 6 OR besteht gegenüber der zuvor umschriebenen Konstellation von Art. 127 OR und Art. 210 Abs. 1 OR keine Bestimmung im OR AT, die grundsätzlich bei Innominatverträgen bzw. auf Herstellergarantien direkt Anwendung finden müsste, für welche aber Art. 210 Abs. 4 OR bzw. Art. 210 Abs. 6 OR als *Lex-specialis*-Bestimmungen Vorrang hätten. Folglich sind bei unklarer Regelung der Modalitäten der Garantiefrist weder Art. 210 Abs. 4 OR noch Art. 210 Abs. 6 OR auf Herstellergarantien anwendbar.

---

<sup>771</sup> FRÜH, S. 129 f.; LIPS, S. 47.

<sup>772</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zum Willen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>773</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zum Willen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Revision von Art. 210 Abs. 4 OR weiter vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>774</sup> Vgl. dazu die Auslegung im 3. Teil vorne in [§ 7 ff.](#)

<sup>775</sup> Gleicher Meinung SCHWIZER, Rn 102.



## Schlussfolgerung

In der vorliegenden Abhandlung wurde die eingangs gestellte Zielsetzung erreicht, indem im 1. und 2. Teil die Grundlagen und die bestehenden Lehrmeinungen zum vorliegenden Thema dargelegt sind. Sodann wurde der im Konsumentenkaufrecht bestehende Wertungswiderspruch zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR im 3. Teil ausgelegt. Schliesslich konnten im 4. Teil die sich aus dem Auslegungsergebnis des 3. Teils ergebenden Sonderfragen beantwortet werden. Im Detail resultieren aus der Auslegung des Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR die folgenden Ergebnisse:

- Zur Behebung des Wertungswiderspruchs zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bedarf es nicht, wie von der herrschenden Lehre vertreten, eines Appells an den Gesetzgeber zur Lückenfüllung de lege ferenda, sondern einer Auslegung und Lückenfüllung de lege lata.
- Der zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehende Wertungswiderspruch im Konsumentenkaufrecht kann mittels der im 3. Teil erfolgenden Auslegung gelöst werden. Im Konsumentenkaufrecht kommt aufgrund dieser Auslegung den Sachgewährleistungsansprüchen von Gesetzes wegen zwingende Wirkung zu. Folglich können die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht nicht über Art. 199 OR eingeschränkt werden.
- Durch die Revision von Art. 210 OR fand ein neues teleologisches Wertungsmuster Eingang im Konsumentenkaufrecht. Neben den vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre seit jeher berücksichtigten verkäuferseitigen Interessen der Verkehrs- und Rechtssicherheit gilt es bei der Auslegung im Konsumentenkaufrecht nun auch das käuferseitige Interesse des Konsumentenschutzes zu berücksichtigen. Dadurch kann bei der Auslegung des Konsumentenkaufrechts ein Interessengleichgewicht zwischen Käufer- und Verkäuferinteressen erreicht werden.

Aus der von Gesetzes wegen geltenden zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche im Konsumentenkaufrecht ergeben sich weitere Rechtsfolgen für die Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht. Dies ermöglicht die Beantwortung von verschiedenen Sonderfragen aus einer neuen Auslegungsoptik. In diesem Zusammenhang sind die folgenden Ergebnisse zu berücksichtigen:

- In sinngemässer Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung des Rambler-Falls auf die Sachgewährleistung im Konsumentenkaufrecht

ist davon auszugehen, dass ohne gegenteilige klare Vereinbarung zwischen den Kaufvertragsparteien den vertraglichen Garantieansprüchen Vorrang vor den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen zukommt. Demgegenüber geht eine abweichende Lehrmeinung davon aus, dass ohne gegenteilige Vereinbarung der Käufer im Rahmen des Gewährleistungswahlrechts frei zwischen den vertraglichen Garantie- und den gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüchen wählen kann. Das Gewährleistungswahlrecht des Käufers wird aber von Gesetzes wegen und durch die Rechtsprechung eingeschränkt.

- Die Vereinbarung einer mit der gesetzlichen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR gleichlaufenden vertraglichen Garantiefrist modifiziert die gesetzliche Verjährungsfrist nicht und gilt lediglich für die vertraglich vereinbarten Garantieansprüche. Bei einer unter ein- bzw. zweijährigen vertraglichen Garantiefrist im Konsumentenkaufrecht kann der Käufer die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche während den Verjährungsfristen gemäss Art. 210 Abs. 4 OR und die vertraglichen Garantieansprüche während der verkürzten Garantiefrist geltend machen. Bei unklar formulierter längerer Garantiefrist kann der Käufer sowohl die vertraglichen Garantie- wie auch die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche während dieser Frist geltend machen. In der Garantiebestimmung kann demgegenüber klar zum Ausdruck gebracht werden, dass lediglich die vertragliche Garantie- und nicht die gesetzliche Verjährungsfrist während längerer Dauer vereinbart wird.
- Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rambler-Entscheid folgend, muss der Käufer im Konsumentenkaufrecht dem Verkäufer nach erfolgloser Nachbesserung oder Ersatzlieferung grundsätzlich gemäss Art. 107 Abs. 1 OR ein zweites Mal während einer angemessenen Nachfrist die Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung geben, bevor er seine gesetzlichen zwingenden Sachgewährleistungsansprüche geltend machen darf oder alternativ nach Art. 107 Abs. 2 f. OR vorgehen kann. Erweist sich die Nachfristansetzung gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR im Voraus als unnütz, kann der Käufer direkt die gesetzlichen Sachgewährleistungsansprüche gemäss Art. 205 ff. OR geltend machen.
- Die gesetzliche Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 4 OR wird aufgrund durchgeführter Nachbesserung für die Kaufsache als Ganzes nicht unterbrochen, sondern lediglich in Bezug auf den gerügten, nachgebesserten Mangel und die vom Verkäufer dadurch anerkannte Forderung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR. Demgegenüber beginnt nach

durchgeführter Ersatzlieferung erneut ein Fristenlauf gemäss Art. 210 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 135 Ziff. 1 OR und Art. 137 Abs. 1 OR für die neu abgelieferte Kaufsache als Ganzes.

- Sofern keine klare Vereinbarung zur Anwendbarkeit von Art. 130 ff. OR auf die vertragliche Garantiefrist einer Verkäufergarantie besteht oder im Zweifelsfall bei unklarer Formulierung sind die gesetzlichen Verjährungsbestimmungen gemäss Art. 130 ff. OR auf die vertragliche Garantiefrist der Verkäufergarantie anwendbar.
- Da der Verkäufer aufgrund der zwingenden Natur der Sachgewährleistungsansprüche und der gesetzlichen Verjährungsfristen im Konsumentkaufrecht die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers nicht mehr vertraglich einschränken oder gänzlich wegbedingen kann, sind vertragliche Vereinbarungen nichtig, anhand derer gesetzliche Sachgewährleistungsansprüche lediglich aus Kulanz dem Käufer angeboten und dadurch keine verjährungsunterbrechende Wirkung gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR bestehen würde.
- Die Bestimmungen zu den Modalitäten von Verjährungsfristen gemäss Art. 130 ff. OR und insbesondere Art. 135 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 137 Abs. 1 OR betreffend die Unterbrechung und den Neubeginn des Fristenlaufs sind sowohl auf Verkäufer- als auch auf Herstellergarantien anwendbar. Demgegenüber sind bei unklarer Regelung der Modalitäten der Herstellergarantiefrist weder Art. 210 Abs. 4 OR noch Art. 210 Abs. 6 OR auf Herstellergarantien anwendbar.



## **Curriculum Vitae**

Fabian Akeret, geboren 1991 in Herzogenbuchsee, Matura am Gymnasium Oberaargau in Langenthal. Militärdienst als Panzergrenadier in der Schweizer Armee. Bachelor- und Masterstudium der Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften sowie Doktorat der Rechtswissenschaften an der Universität St. Gallen (HSG). Auslandsaufenthalte in London (GB) und Gold Coast (AUS). Anwaltspraktikum bei der BianchiSchwald GmbH in Zürich sowie Auditorat am Kreisgericht See-Gaster in Uznach. Anwaltsprüfung im Kanton St. Gallen. Derzeit Rechtsanwalt bei der Walder Wyss AG, insbesondere in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Immobilienrecht und M&A.

Zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR besteht ein Wertungswiderspruch. Es wäre nämlich wertungsmässig widersprüchlich, wenn gemäss Art. 210 Abs. 4 OR im Konsumentenkaufrecht die Verjährung für neue Kaufsachen nicht unter zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen nicht unter ein Jahr verkürzt werden darf, demgegenüber aber die Sachgewährleistungsansprüche des Käufers im Konsumentenkaufrecht über Art. 199 OR wegbedungen werden könnten. Deshalb wird in dieser Dissertation der zwischen Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 199 OR bestehende Wertungswiderspruch im Rahmen der juristischen Methodenlehre ausgelegt. Es kann vorweggenommen werden, dass aufgrund der Auslegung dieses Wertungswiderspruchs den Sachgewährleistungsansprüchen im Konsumentenkaufrecht von Gesetzes wegen zwingende Natur zukommt. Dieses Auslegungsergebnis führt zu von der Lehre und Rechtsprechung noch nicht abgehandelten Fragestellungen und eröffnet die Möglichkeit, verschiedene Rechtsfragen im Konsumentenkaufrecht anhand einer neuen Auslegungsoptik zu interpretieren.