



Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR)

Wichtigste Änderungen und kritische Würdigung

ANGELO SCHWIZER



MARC WOLFER

Die Verjährungsbestimmungen im Kauf- und Werkvertragsrecht werden mit Wirkung per 1. Januar 2013 revidiert. Nebst einer Verlängerung der Regelverjährungsfrist von einem auf zwei Jahre und der Festlegung einer Verjährungsfrist von fünf Jahren für Sachen, welche in ein unbewegliches Werk integriert wurden, sieht die Revision mit der Regelung von Art. 210 Abs. 4 OR erstmals eine zwingende Bestimmung im ansonsten grundsätzlich dispositiven Gewährleistungsrecht vor, und zwar für die Regelung der Verjährung gegenüber Konsumenten. Der vorliegende Beitrag stellt die wichtigsten Punkte der Revision kurz dar und würdigt diese kritisch, wobei das Schwergewicht auf die Neuerung von Art. 210 Abs. 4 OR gelegt wird. Insgesamt dürften die mit der Revision angestrebten Ziele nach Einschätzung der Autoren höchstens teilweise erreicht werden.

Les dispositions sur la prescription applicables aux contrats de vente et d'entreprise seront révisées avec effet au 1^{er} janvier 2013. Outre une prolongation du délai de prescription général de un an à deux ans et la fixation d'un délai de prescription de cinq ans pour les choses intégrées dans un ouvrage immobilier, la révision introduit, dans le régime de la prescription à l'encontre des consommateurs, pour la première fois une norme contraignante à l'art. 210 al. 4 CO en matière de garantie, un domaine qui est pour le reste essentiellement de nature dispositive. Le présent article présente brièvement les principaux aspects de la révision et les soumet à une analyse critique en mettant l'accent sur la nouveauté instaurée par l'art. 210 al. 4 CO. Dans l'ensemble, les auteurs estiment que les objectifs poursuivis par la révision ne seront, au mieux, que partiellement atteints.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Übersicht über die wichtigsten Änderungen
- C. Kritische Würdigung
 - I. Neue Fragen in der Rechtsanwendung
 - 1. Neue Auslegungs- und Abgrenzungsfragen
 - 2. Insbesondere Art. 210 Abs. 4 OR
 - a. Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR
 - b. Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 OR zum übrigen Gewährleistungsrecht
 - c. Rechtslage bei einer Unterschreitung der (zwingenden) Mindestfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR
 - d. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung
 - 3. Übergangsrechtliche Fragen
 - II. Zielerreichung
 - 1. Initiative *Leutenegger Oberholzer*
 - 2. Initiative *Bürgi*
- D. Fazit

A. Einleitung

Diesen Frühling hat das Parlament Änderungen im Sachgewährleistungsrecht beschlossen, welche auf die parlamentarischen Initiativen von Nationalrätin *Susanne Leutenegger Oberholzer* (06.490) und Ständerat *Hermann*

Bürgi (07.497) zurückgehen¹. Während die parlamentarische Initiative *Leutenegger Oberholzer* durch die Verlängerung der Verjährungsfrist bei Sachgewährleistungsansprüchen den *Konsumentenschutz* erhöhen wollte, hatte die Initiative *Bürgi* zum Ziel, für eine bessere Koordination der Verjährungsfristen von Art. 210 und Art. 371 OR zu sorgen, um die *Regressmöglichkeit* des Werkunternehmers auf den tatsächlichen Schadensverursacher (d.h. seinen Zulieferer) sicherzustellen. Aufgrund der inhaltlichen Überschneidungen wurden die beiden parlamentarischen Initiativen zusammengelegt und es wurde eine einzige Vorlage ausgearbeitet. Revidiert wurden die Artikel 210 und 371 OR, deren Neufassungen in der Tabelle auf nachfolgender Seite festgehalten sind.

Nachdem die Referendumsfrist inzwischen unbenutzt abgelaufen ist, treten die revidierten Bestimmungen per 1. Januar 2013 in Kraft². Der vorliegende Beitrag gibt zunächst eine Übersicht über die mit der Revision einhergehenden wichtigsten Änderungen (B). Alsdann wird die Revision kritisch gewürdigt (C). Abgerundet wird der Aufsatz mit einem kurzen Fazit (D).

ANGELO SCHWIZER, M.A. HSG, Degersheim.
MARC WOLFER, Dr. iur., St. Gallen.

Das Manuskript wurde am 23. November 2012 geschlossen.

¹ Die beiden Initiativtexte sind im Original unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20060490 (*Leutenegger Oberholzer*) sowie http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20070497 (*Bürgi*) abrufbar.

² Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 27. September 2012 (abrufbar unter <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=46136>).

Art. 210 OR	Art. 371 OR
<p>¹Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel 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.</p> <p>²Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.</p> <p>³Für 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.</p> <p>⁴Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:</p> <ol style="list-style-type: none"> sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt; die Sache für den persönlichen Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. <p>⁵Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.</p> <p>⁶Der 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.</p>	<p>¹Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach der Abnahme des Werkes. Soweit jedoch Mängel eines beweglichen Werkes, das bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werks verursacht haben, beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.</p> <p>²Die Ansprüche des Bestellers eines unbeweglichen Werkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjähren gegen den Unternehmer sowie gegen den Architekten oder den Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme des Werkes.</p> <p>³Im Übrigen kommen die Regeln für die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Käufers sinngemäss zur Anwendung.</p>

B. Übersicht über die wichtigsten Änderungen

Im Einzelnen präsentieren sich die Gesetzesänderungen folgendermassen:

- Mängel an einer Kaufsache verjähren neu grundsätzlich *innert zwei Jahren* nach Ablieferung der Sache an den Käufer, es sei denn, der Verkäufer habe eine Haftung auf längere Zeit übernommen (Art. 210 Abs. 1 OR). Soweit Mängel einer *beweglichen Sache*, die *bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert* wurde, die Mangelhaftigkeit eines Werks verursacht haben, beträgt die Frist ausnahmsweise *fünf Jahre* (Art. 210 Abs. 2 OR).
- Die im bisherigen Art. 210 Abs. 1 OR festgelegte einjährige Verjährungsfrist konnte grundsätzlich sowohl verlängert als auch verkürzt werden³. Die Möglichkeit, die Frist vertraglich zu verlängern, besteht nach der Revision unverändert weiter. Hingegen sind neu ge-

mäss Art. 210 Abs. 4 OR *zwingende Mindestfristen* zu beachten, wenn eine Sache für den *persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers* bestimmt ist und der *Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit* gehandelt hat. In solchen Fällen darf die Verjährungsfrist *bei neuen Sachen nicht weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen nicht weniger als ein Jahr* betragen. Die Bestimmung kommt aufgrund des Verweises in Art. 371 Abs. 3 OR auch bei Werkverträgen zur Anwendung. Nicht durchgesetzt hat sich hingegen ein Vorschlag, den entsprechenden Schutz über den persönlichen Bereich des Käufers bzw. Bestellers hinaus auszudehnen⁴.

- Für Werkmängel sieht neu Art. 371 Abs. 1 OR vor, dass die Gewährleistungsansprüche *mit Ablauf von zwei Jahren nach Abnahme des Werkes* verjähren. Soweit das mangelhafte Werk jedoch *bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert* worden ist und dort Mängel verursacht hat, beträgt die Verjährungsfrist *fünf Jahre*. Hierbei handelt es sich um die Parallelbestimmung zu Art. 210 Abs. 1 und 2 OR.

³ Indessen durfte dem Gläubiger die Rechtsverfolgung durch eine Verkürzung nicht in unbilliger Weise erschwert werden (s. BGE 108 II 194, E. 4b m.w.H.). Zusätzlich waren selbstverständlich Art. 199 OR und die allgemeinen Vertragsschranken zu beachten. Hinsichtlich einer Verlängerung war nach herrschender Auffassung die Höchstfrist von zehn Jahren i.S.v. Art. 127 OR zu respektieren (vgl. BGE 132 III 226, E. 3.3.8 = Pra 2006 Nr. 146; ALFRED KOLLER, Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 2012, § 4 N 234 m.w.H.).

⁴ Zum Verlauf der parlamentarischen Beratungen in diesem Punkt s. AB SR 2011, 1051; AB NR 2012, 40 ff.; AB SR 2012, 67 ff. Kritisch zu dieser einseitigen Beschränkung auf Konsumenten namentlich PETER GAUCH, Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 2011, 145 ff., 153 f.; s. dazu auch noch nachstehend FN 39.

- Die längere Verjährungsfrist von fünf Jahren gilt neu nicht mehr nur für unbewegliche Bauwerke, sondern für *sämtliche unbewegliche Werke* (vgl. Art. 371 Abs. 2 OR).

C. Kritische Würdigung

Die kritische Würdigung der Gesetzesrevision gliedert sich in zwei Teile. Zuerst wird aufgezeigt, mit welchen neuen Fragen sich der Rechtsanwender im Zusammenhang mit den revidierten Bestimmungen konfrontiert sieht (I). In einem zweiten Schritt wird überprüft, ob die Ziele der Initianten mit der Gesetzesrevision tatsächlich erreicht werden (II).

I. Neue Fragen in der Rechtsanwendung

Die revidierten Bestimmungen bringen neue Auslegungs- und Abgrenzungsfragen mit sich (1). Ausserdem führt der neue Absatz 4 von Art. 210 OR, welcher das Gewährleistungsrecht teilweise zwingend ausgestaltet, zu zusätzlichen Schwierigkeiten und Ungewissheiten für den Rechtsanwender (2). Ferner stellen sich übergangsrechtliche Fragen (3).

1. Neue Auslegungs- und Abgrenzungsfragen

Die revidierten Bestimmungen enthalten zum Teil neue, dem Gewährleistungsrecht bisher unbekannte Begriffe. So wurde in Art. 371 Abs. 2 OR der Begriff des unbeweglichen *Bauwerkes* durch den Begriff des unbeweglichen *Werkes* ersetzt. Den Materialien lässt sich kaum etwas zur Frage entnehmen, was mit der Erweiterung bezweckt werden sollte bzw. welche vom bisherigen Art. 371 Abs. 2 OR nicht erfassten Werke von der revidierten Bestimmung erfasst werden sollen⁵. Lehre und Rechtsprechung werden hier die Grenzen neu zu ziehen haben⁶.

Zahlreiche neue Begrifflichkeiten finden sich sodann in Art. 210 Abs. 2 OR, der eine fünfjährige Verjährungs-

frist vorsieht, wenn Mängel durch eine Sache verursacht wurden, die *bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist*. Auch hier bedarf es der Interpretation⁷. *Integriert* dürfte eine Sache namentlich bei einer Verwendung als Werkstoff sein, während es bei reinen Arbeitsmitteln an einer Integration fehlt⁸. *Bestimmungsgemäss* ist die Integration dann, wenn sie dem gewöhnlichen oder vereinbarten Verwendungszweck der integrierten Sache entspricht⁹. Als von der bestimmungsgemäss integrierten Sache *verursacht* kann ein Mangel des unbeweglichen Werks gelten, sofern die betreffende Sache diesen zumindest mitverursacht hat¹⁰. Gleichzeitig heisst dies auch, dass die Verlängerung der Verjährungsfrist in Art. 210 Abs. 2 OR nur für solche Mängel gelten kann, welche zu Mängeln des unbeweglichen Werks geführt haben. Für alle anderen Mängel an der betreffenden Sache bleibt es bei der herkömmlichen Verjährungsregel von Art. 210 Abs. 1 OR (wobei die Regelverjährung nunmehr zwei Jahre anstatt ein Jahr beträgt)¹¹.

Die Terminologie von Art. 210 Abs. 2 OR findet sich – wie bereits gesagt – auch im Werkvertragsrecht. Mutatis mutandis gilt das soeben Ausgeführte somit auch für bewegliche Werke i.S.v. Art. 371 Abs. 1 OR.

Für das Gewährleistungsrecht neue Begriff bringt schliesslich auch Art. 210 Abs. 4 OR mit sich (dazu sogleich 2.a).

2. Insbesondere Art. 210 Abs. 4 OR

Art. 210 Abs. 4 OR wirft mehrere Fragen auf: Erstens ist zu untersuchen, welcher Anwendungsbereich der Bestimmung überhaupt zukommt; zweitens, in welchem Verhältnis sie zum ansonsten vollumfänglich dispositiven Gewährleistungsrecht steht; drittens, welche Konsequenzen eine Unterschreitung der zwingenden Mindestfristen nach sich zieht, und schliesslich viertens, welche Auswirkungen sich für die Praxis der Vertragsgestaltung ergeben.

a. Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR

Die Anwendbarkeit von Art. 210 Abs. 4 OR setzt voraus, dass eine *Sache* einerseits für den *persönlichen und familiären Gebrauch des Käufers* bestimmt ist und dass andererseits der *Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen und gewerblichen Tätigkeit* handelt. Die Terminologie

⁵ Im Bericht der RK-NR, BBl 2011, 2889 ff., 2897, findet sich lediglich der Hinweis, dass das gesetzliche System durch diese Neuerung «einfacher und übersichtlicher» werden sollte. Der neue Begriff wurde anschliessend – entgegen dem Wunsch von Ständerat Stadler (s. AB SR 2011, 1052) – keiner näheren Überprüfung mehr unterzogen.

⁶ Gemäss GAUCH können neu u.a. die Bepflanzung eines Gartens, das Tapezieren einer Wohnung oder der Aushub eines Grabens unter die Bestimmung subsumiert werden (PETER GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, 124 ff., 133 FN 35; für weitere Beispiele s. auch DERSELBE, recht 2011 [FN 4], 150).

⁷ S. dazu ausführlich die beiden Aufsätze von GAUCH (recht 2012 [FN 6], 126 ff. und recht 2011 [FN 4], 146 ff.).

⁸ Vgl. GAUCH, recht 2012 (FN 6), 126 f.

⁹ Vgl. GAUCH, recht 2012 (FN 6), 127 und DERSELBE, recht 2011 (FN 4), 148.

¹⁰ GAUCH, recht 2012 (FN 6), 128 f.

¹¹ Ebenso GAUCH, recht 2012 (FN 6), 128.

des *persönlichen und familiären Gebrauchs* sowie der *beruflichen und gewerblichen Tätigkeit* ist aus Art. 40a OR bekannt: Es geht um Verträge, bei denen sich ein privater Kunde und ein professioneller Anbieter gegenüberstehen und der Käufer als Endverbraucher auftritt, d.h. die Sache für private Zwecke ge- bzw. verbraucht¹². Gemeinhin wird in diesem Zusammenhang von Konsumentenverträgen gesprochen.

Gegenüber Art. 40a OR ist der Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR jedoch weiter gefasst, da gegenüber jener Bestimmung die Einschränkung auf *bewegliche Sachen* entfällt. Zwar scheint Art. 210 Abs. 4 OR auf bewegliche Sachen i.S.v. Abs. 1 der Bestimmung zugeschnitten zu sein. Dennoch kann die Bestimmung für sämtliche Sachen¹³ Geltung beanspruchen, ebenso für sämtliche Werke i.S.v. Art. 371 OR (vgl. Art. 371 Abs. 3 OR). Keine eigenständige Bedeutung dürfte Art. 210 Abs. 4 OR hingegen im Bereich der Kulturgüter (Art. 210 Abs. 3 OR) zukommen¹⁴. Ebenfalls aussen vor bleibt die Bestimmung, wenn der Tatbestand der absichtlichen Täuschung erfüllt ist (vgl. Art. 210 Abs. 6 OR)¹⁵.

Hinsichtlich der zulässigen Mindestverjährungsfrist differenziert Art. 210 Abs. 4 OR zwischen *neuen* und *gebrauchten Sachen*. Im Allgemeinen sollten mit dieser Unterscheidung keine nennenswerten Schwierigkeiten einhergehen. In Einzelfällen (z.B. bei Ausstellungsmodellen, probeweise getragenen Kleidern oder Ladenhütern) kann die Qualifikation indes Fragen aufwerfen.

b. Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 OR zum übrigen Gewährleistungsrecht

Art. 210 Abs. 4 OR beschränkt sich darauf, die Verjährungsfrist im Zusammenhang mit Gewährleistungsregeln für zwingend zu erklären. Davon unberührt bleibt das übrige Gewährleistungsrecht, wie der Gesetzgeber im

Zuge des Revisionsverfahrens ausdrücklich betont hat¹⁶. Auch bei Konsumentenverträgen steht es den Parteien somit beispielsweise weiterhin frei, die Gewährleistung gänzlich auszuschliessen oder kürzere Rügefristen zu vereinbaren¹⁷. Zu beachten bleiben selbstverständlich stets Art. 199 OR¹⁸, die allgemeinen Vertragsschranken (Art. 19/20, 100 OR¹⁹, 27 ZGB), sowie – soweit die Gewährleistung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt wird – Art. 8 UWG²⁰.

¹⁶ S. dazu den Bericht der RK-NR, BBl 2011, 2889 ff., 2896: «Insbesondere die Haftungsausschlussklauseln bleiben in den Schranken des geltenden Rechts möglich». Dieser Punkt blieb während der Parlamentsberatung unbestritten (s. etwa die Ausführungen der NR Stamm, AB NR 2012, 41; Huber, AB NR 2012, 43; Leutenegger Oberholzer, AB NR 2012, 44 f. sowie von SR Bischof, AB SR 2012, 67 [der dies als «unbestritten» bezeichnete, jedoch mit dem Zusatz «merkwürdigerweise»] und von BR Sommaruga, AB SR 2012, 68). Begründet wurde das Festhalten an der Möglichkeit, die Haftung gänzlich auszuschliessen, insbesondere mit dem Hinweis auf den Occasionshandel. Dieses Argument mag sachlich durchaus berechtigt sein (s. etwa BGH NJW 1978, 261 ff., E. 1b, wo ein Gewährleistungsausschluss im Occasionshandel als «Gebot wirtschaftlicher Vernunft» bezeichnet wurde). Die zwingende Ausgestaltung der Verjährungsfristen lässt sich damit jedoch nicht vereinbaren (dazu sogleich im Text). Die schweizerische Lösung weicht in diesem Punkt im Übrigen insbesondere auch vom EU-Recht ab, welches generell zwingende Mindestanforderungen an die Sachgewährleistung vorsieht, soweit Konsumenten betroffen sind (vgl. Art. 7 Ziff. 1 der EG-Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 [Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie]; zur Tragweite der Richtlinie s. etwa KLAUS TIEDTKE/ROLAND BURGMANN, Gewährleistungs- und Haftungsausschluss beim Verkauf gebrauchter Sachen an und zwischen Verbrauchern, NJW 2005, 1153 ff.). Obschon die Einführung von Art. 210 Abs. 4 OR nicht zuletzt auf die erwähnte Richtlinie zurückzuführen ist (s. namentlich die Begründung der parlamentarischen Initiative Leutenegger Oberholzer), ist man der Richtlinie also nicht vollständig gefolgt.

¹⁷ Vgl. GAUCH, recht 2011 (FN 4), 154.

¹⁸ Ein Ausschluss oder auch eine Beschränkung der Haftung ist bei arglistig verschwiegenen Mängeln unzulässig. S. zu Art. 199 OR etwa BSK-HONSELL (FN 15), Art. 199 OR N 1 ff.

¹⁹ Ob Art. 100 OR neben Art. 199 OR zur Anwendung kommen kann, ist umstritten; s. dazu z.B. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 61 N 34; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. A., Bern 2012, 92 f.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, N 24.10 f., je m.w.H.

²⁰ Der revidierte Artikel 8 UWG verbietet es, in allgemeinen Geschäftsbedingungen «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten» vorzusehen. Weggefallen ist insbesondere das Kriterium der «Irreführung», während andererseits eine Einschränkung auf Konsumentenverträge vorgenommen wurde. Die Tragweite dieser Bestimmung ist derzeit noch nicht geklärt, doch dürfte sie – im Rahmen ihres neuen, engeren Anwendungsbereichs – die Gestaltungsmöglichkeit der AGB-Verwender im Vergleich zum früheren

¹² Zu den einzelnen Begriffselementen s. etwa ROGER DORNIER, Zürcher Kommentar, Band V/1b/3: Haustürgeschäfte, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 40 a OR N 31 ff.; AHMET KUT, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 40a–g OR N 31 f.

¹³ Insbesondere also auch für Grundstücke i.S.v. Art. 216 ff. OR (vgl. Art. 221 OR).

¹⁴ Vgl. GAUCH, recht 2011 (FN 4), 153.

¹⁵ Vgl. GAUCH, recht 2012 (FN 6), 125. Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zum bisherigen Art. 210 Abs. 3 OR und muss auch weiterhin gelten, da der bisherige Art. 210 Abs. 3 OR und der neue Art. 210 Abs. 6 OR weitgehend identisch sind. S. zur Rechtslage bei absichtlicher Täuschung etwa BGE 107 II 231; KOLLER, OR BT (FN 3), § 4 N 131; HEINRICH HONSELL in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 210 OR N 3.

Das gewählte gesetzgeberische Konzept widerspricht anerkannten Grundsätzen der Methodenlehre: Wenn nach Art. 199 OR die völlige Wegbedingung der Gewährleistungsansprüche möglich ist, müsste eine Verkürzung der Verjährungsfrist umso mehr möglich sein, da es sich hierbei gegenüber einem vollständigen Ausschluss der Gewährleistungsansprüche um eine weitaus geringere Beeinträchtigung der Rechtsposition des Käufers/Bestellers handelt (*argumentum a maiore ad minus*)²¹. Umgekehrt müsste man erwarten, dass bei verbotener Verkürzung der Gewährleistungsfrist ein gänzlicher Ausschluss umso weniger in Frage kommen kann (*argumentum a minore ad maius*)²². Anders gesagt: Art. 210 Abs. 4 OR steht im logischen Widerspruch zu Art. 199 OR und erweist sich aufgrund dieser Inkonsistenz als systemwidrige Ausnahmebestimmung²³.

c. Rechtslage bei einer Unterschreitung der (zwingenden) Mindestfrist gemäss Art. 210 Abs. 4 OR

Die erwähnte Systemwidrigkeit führt zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Namentlich ist dies der Fall, wenn eine Vereinbarung über eine Verjährungsfrist getroffen wurde, welche die zwingende gesetzliche Mindestfrist von Art. 210 Abs. 4 OR nicht respektiert. Aufgrund der zwingenden Natur von Art. 210 Abs. 4 OR erweisen sich derartige Abreden als nichtig i.S.v. Art. 20 OR²⁴. Es fragt sich jedoch, welche Rechtsfolge diese Teilnichtigkeit zeitigt.

Recht stärker einschränken. S. zu Art. 8 UWG die Nachweise bei PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012, 140 ff. Fn. 3; ferner etwa ERDEM BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «so-disant» négociées?, AJP/PJA 2012, 1393 ff.; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP/PJA 2012, 1188 ff.

²¹ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern/München/Wien 2010, 200 f. m.w.H. Bemerkenswerterweise verwendet KRAMER die aus Art. 199 OR hergeleitete Möglichkeit, eine Gewährleistungsfrist zu verkürzen, gerade als Lehrbuchbeispiel für das *argumentum a maiore ad minus*.

²² KRAMER (FN 21), 200 m.w.H. Zu den beiden erwähnten Grundsätzen s. ferner auch FRANZ BYDLINSKI, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005, 68 f.; INGEBOURG PUPPE, Kleine Schule des Juristischen Denkens, Göttingen 2008, 102 ff.; EGON SCHNEIDER/FRIEDRICH E. SCHNAPP, Logik für Juristen, 6. A., München 2006, 159 ff.

²³ Zum Begriff der systemwidrigen Ausnahme s. KRAMER (FN 21), 207 f.

²⁴ Vgl. KOLLER, OR AT (FN 19), § 13 N 98 ff., 130 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 638 ff., 689 ff., je m.w.H.

Auf den ersten Blick ist eine Ersetzung der von den Parteien vereinbarten, zu kurzen Frist durch die gesetzliche Mindestfrist naheliegend (sog. *geltungserhaltende Reduktion* oder *Reduktion auf das zulässige Mass*)²⁵. Dies mit der Begründung, dass zwingende Mindestfristen implizit eine Anordnung enthalten, kürzer vereinbarte Fristen entsprechend zu verlängern²⁶. Im Übrigen bleibt der Vertrag jedoch gültig. Der Verkäufer bzw. Unternehmer kann nicht geltend machen, er hätte den Vertrag bei Kenntnis der Mindestfrist nicht oder nur mit anderem Inhalt geschlossen²⁷.

Angesichts der erwähnten Systemwidrigkeit von Art. 210 Abs. 4 OR und mit Blick auf die unbestreitbare Zulässigkeit eines vollständigen Gewährleistungsausschlusses ist dieses Ergebnis jedoch kritisch zu hinterfragen. U.E. ist es nicht generell gerechtfertigt, die zu kurz vereinbarte Frist durch die gesetzliche Mindestfrist zu ersetzen. Da die Vereinbarung einer kürzeren Frist den – gesetzlich zulässigen – allgemeinen Willen der Parteien zum Ausdruck bringt, eine Einschränkung gegenüber den (grundsätzlich dispositiven) gesetzlichen Sachgewährleistungsregeln vorzunehmen, kann der hypothetische Parteiwille nicht ausser Betracht bleiben. Vielmehr ist er bei der Füllung der durch die Teilnichtigkeit entstandenen Lücke zu berücksichtigen. Im Einzelfall kann daher argumentiert werden, dass die konkreten Parteien – hätten sie um die Unzulässigkeit einer Verkürzung der Verjährungsfrist gewusst – die gesetzliche Sachgewährleistung vollständig wegbedungen hätten, statt eine Verlängerung auf die gesetzliche Mindestfrist vorzunehmen²⁸.

d. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung

In der Praxis wurde bis anhin vergleichsweise häufig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die gesetzliche Gewährleistungsordnung abzuändern. Beispielsweise wurde das dispositive Gewährleistungsrecht häufig gänzlich

²⁵ So GAUCH, recht 2012 (FN 6), 129; allgemein zur geltungserhaltenden Reduktion KOLLER, OR AT (FN 19), § 13 N 137; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 24), N 706, 709; kritisch dazu SCHWENZER (FN 19), N 32.43 ff., m.w.H.

²⁶ Vgl. KOLLER, OR AT (FN 19), § 13 N 137.

²⁷ Vgl. KOLLER, OR AT (FN 19), § 13 N 137.

²⁸ Die Berufung auf den hypothetischen Parteiwillen ist freilich dann nicht möglich, wenn ein gänzlicher Gewährleistungsausschluss im Einzelfall ebenfalls unzulässig ist, sei dies wegen eines Verstosses gegen Art. 199 OR oder – bei Regelung der Gewährleistung in den AGB – weil eine entsprechende Regelung ausnahmsweise gegen Art. 8 UWG verstiesse. In ersten Fall bleibt jede für den Käufer nachteilige Vereinbarung über die Gewährleistungspflicht unbeachtlich (s. die Nachweise vorne in FN 15), während im zweiten Fall eine Verlängerung auf die gesetzliche Mindestfrist zu erfolgen hat.

wegbedungen und durch eine Garantie²⁹ ersetzt. Oder es wurde – namentlich bei Grundstückskaufverträgen mit Neubaute – die Haftung des Verkäufers so eingeschränkt, dass eine Gewährleistung nur in dem Umfang übernommen wurde, in welchem ein Dritter (bei Grundstückskäufen mit Neubaute: der Unternehmer) ihm gegenüber gewährleistetungspflichtig war³⁰.

Die erwähnten Gestaltungsmöglichkeiten sind je mit eigenen, teilweise strittigen, Fragen verbunden³¹. Zur Klärung dieser Streitfragen hat die Revision nichts beigetragen. Vielmehr schafft sie zusätzliche Probleme und Unklarheiten. So fragt es sich, ob künftig gegenüber Konsumenten noch ohne Weiteres Garantiefrieten von unter zwei Jahren (bzw. bei gebrauchten Gütern: von unter einem Jahr) vereinbart werden können³². Auch dürfte Art. 210 Abs. 4 OR die Möglichkeiten, die eigene Gewährleistung an jene eines Dritten zu knüpfen, einschränken. Greift in einem solchen Fall Art. 210 Abs. 4 OR ein³³ und kommt es dadurch zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist des Verkäufers, sieht sich dieser unter Umständen einer Gewährleistungspflicht ausgesetzt, ohne seinerseits Regress auf den Unternehmer nehmen zu können³⁴.

²⁹ Im Vordergrund stehen dabei sog. Verkäufer- oder Herstellergarantien. Mit diesen verspricht der Garant häufig, nicht nur für die Mangelfreiheit bei Gefahrenübergang einzustehen, sondern auch dafür, dass während der Garantiedauer kein Mangel auftritt (vgl. HONSELL [FN 19], 93; s. dazu z.B. auch HERBERT SCHÖNLE/PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Band V/2a/2: Kauf und Tausch/Schenkung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 197 OR N 103 ff.).

³⁰ Dies kann entweder erreicht werden, indem sich der Verkäufer – der in dieser Konstellation gleichzeitig Besteller ist – von der Gewährleistung freizeichnet, im Gegenzug aber seine Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer an den Käufer abtritt (sog. *Abtretungsvariante*) oder, indem er seine eigene kaufrechtliche Gewährleistungspflicht auf das Mass beschränkt, in welchem der Unternehmer ihm gegenüber einzustehen hat (sog. *Gewährleistungsvariante*). S. dazu etwa ALFRED KOLLER, Vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Kauf einer Neubaute, ZBGR 2009, 197 ff. m.w.H.

³¹ Beispielhaft erwähnt sei die Frage der Rechtsanwendung auf Garantien (Ist das gesetzliche Gewährleistungsrecht auf solche Garantien [direkt oder analog] anwendbar?) oder die Frage der Zulässigkeit einer Abtretung von Gewährleistungsrechten.

³² Befürwortend etwa GAUCH, recht 2011 (FN 4), 154. Da die Verjährungsfrist bei solchen Garantien nicht bereits mit der Ablieferung zu laufen beginnt (vgl. KOLLER, OR BT [FN 3], § 4 N 235 m.w.H.; ferner PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 2485 ff., 2517 ff.), sprechen u.E. in der Tat gute Gründe dafür, die Frage zu bejahen und Art. 210 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung zu bringen.

³³ Dies dürfte immer der Fall sein, wenn die getroffene Abrede als blosser Einschränkung der eigenen Gewährleistungspflicht des Verkäufers betrachtet wird, was namentlich bei der sog. Gewährleistungsvariante der Fall sein kann.

³⁴ Ein solches Auseinanderfallen der Gewährleistungsansprüche zu verhindern, war das erklärte Ziel der parlamentarischen Initiative

3. Übergangsrechtliche Fragen

Die Revision der Art. 210 und 371 OR bringt verschiedene übergangsrechtliche Fragen mit sich. Diese sind – mangels besonderer Regeln – unter Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen zum intertemporalen Privatrecht zu lösen, d.h. mit den entsprechenden Bestimmungen im Schlusstitel zum ZGB³⁵. Dort lässt sich mit Art. 49 SchlT ZGB eine spezifische verjährungsrechtliche Regelung finden. Daneben sind auch die allgemeinen Bestimmungen (Art. 1–4 SchlT ZGB) zu beachten. Die einzelnen übergangsrechtlichen Fragen werden hier nicht näher diskutiert³⁶. Mit Bezug auf Art. 210 Abs. 4 OR sei immerhin angemerkt, dass u.E. auch intertemporalrechtlich eine restriktive Auslegung angezeigt ist, da die Bestimmung eine systemwidrige Ausnahme darstellt³⁷. Vor Inkrafttreten der Revision gültig begründete Verjährungsfristen sollten daher auch nach Inkrafttreten der Revision verbindlich sein³⁸.

II. Zielerreichung

1. Initiative Leutenegger Oberholzer

Das mit der parlamentarischen Initiative *Leutenegger Oberholzer* angestrebte Ziel, den Konsumentenschutz zu stärken, dürfte durch die Revision kaum erreicht wer-

Bürgi. Mit dem Erlass von Art. 210 Abs. 4 OR hat der Gesetzgeber die Erreichung dieses Ziel jedoch anderen Interessen untergeordnet.

³⁵ Vgl. DAVID RÜETSCHI, Übergangsrechtliche Fragen zum revidierten Gewährleistungsrecht, Jusletter vom 4. Juni 2012, N 5.

³⁶ Es sei dazu verwiesen auf den Aufsatz von RÜETSCHI (FN 35), wo einige zentrale Fragen erläutert werden und wo sich auch Beispiele finden.

³⁷ Zum allgemeinen Grundsatz, wonach (systemwidrige) Ausnahmen restriktiv zu interpretieren sind, s. KRAMER (FN 21), 98 f., 207 f. m.w.H.

³⁸ Art. 2 SchlT ZGB steht dem u.E. nicht entgegen. Art. 210 Abs. 4 OR kann nicht Ordre public-Charakter zugesprochen werden, nachdem weitergehende gänzliche Haftungsausschlüsse weiterhin zulässig sind. M.a.W. verkörpert dieser Artikel keine grundlegenden sozialpolitischen und ethischen Anschauungen (vgl. dazu BGE 133 III 105, E. 2.1.3 = Pra 2007 Nr. 115; MARKUS VISCHER in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB II, 4. A., Basel 2011, Art. 2 SchlT ZGB N 4). *Anders* RÜETSCHI (FN 35), N 27, der dafür hält, dass die am 1. Januar 2013 noch laufenden Verjährungsfristen bei einem Verstoß gegen Art. 210 Abs. 4 OR durch die gesetzliche Mindestfrist zu ersetzen sind. Wurde z.B. für einen am 20. November 2012 von einem gewerblichen Anbieter an einen Konsumenten gelieferten Gebrauchtwagen eine sechsmonatige Gewährleistungsfrist vereinbart, läuft diese Frist u.E. am 20. Mai 2013 ab, während nach der Auffassung von RÜETSCHI die Verjährung erst am 20. November 2013 eintritt.

den³⁹. Mit den per 1. Januar 2013 neu eingeführten Mindestverjährungsfristen wird teilweise womöglich sogar das Gegenteil erreicht: Gerade bei kurzlebigen Konsumgütern oder technischen Produkten mit kurzer Lebensdauer (z.B. Mobiltelefone) dürften die in Art. 210 Abs. 4 OR festgehaltenen Mindestfristen zu lang sein. Während bisher in solchen Fällen eine aus Sicht des Anbieters vertretbare Verjährungsfrist vereinbart werden konnte (z.B. Sechsmonatsfrist), steht der Verkäufer/Werkunternehmer nach neuem Recht vor der Wahl, entweder für mindestens zwei Jahre (bzw. für mindestens ein Jahr bei gebrauchten Sachen) für allfällige Sachmängel einzustehen oder eben gar nicht⁴⁰. Es versteht sich von selbst, dass inskünftig auch an sich gewährleistungswillige Anbieter vermehrt dazu neigen werden, sich über den Weg eines gänzlichen Gewährleistungsausschlusses vor den zwingenden Mindestfristen zu schützen.

2. Initiative Bürgi

Um sicherzustellen, dass ein gewährleistungspflichtiger Verkäufer oder Werkunternehmer bei einem mangelhaften Produkt auf die dafür verantwortliche vorgelagerte Stufe zurückgreifen kann, müssen sowohl der *Verjährungsbeginn* als auch die *Verjährungsfrist* koordiniert werden. Ab 1. Januar 2013 besteht nun zwar eine einheitliche Verjährungsfrist. Indem die Verjährung jedoch nach wie vor zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen beginnt (nämlich mit Ablieferung der jeweiligen Sache bzw. Abnahme des jeweiligen Werks), kann es auch in Zukunft zu Fällen kommen, die man mit der Revision ausmerzen wollte. Die

Revision entschärft das Koordinationsproblem aber zumindest teilweise.

D. Fazit

Dem seit Jahrzehnten weitgehend unverändert gebliebenen Gewährleistungsrecht wurden vor der Revision zwar Schwächen attestiert⁴¹; insgesamt hat es sich jedoch über all die Zeit hinweg durchaus bewährt. Mit dem isolierten Herausgreifen von lediglich zwei Einzelfragen ist die Gesetzesrevision u.E. schon vom Ansatz her missglückt⁴². Punktuelle Einzellösungen bergen – was Art. 210 Abs. 4 OR deutlich zeigt – die grosse Gefahr, dass das Sachgewährleistungsrecht über kurz oder lang zu einem inkohärenten Flickwerk mutiert. Vor einer Revision wäre es angebracht, das Sachgewährleistungsrecht als Gesamtordnung zu analysieren und auf allfälligen Handlungsbedarf hin zu untersuchen. Erst basierend darauf lassen sich tragfähige Lösungen finden, welche die Kohärenz nicht gefährden.

Doch auch in der Durchführung scheint die vorliegende Revision nicht besonders gelungen: Der Gesetzgeber hat mit der Revision diverse Fragen und Unklarheiten geschaffen, während der damit einhergehende Nutzen für den Rechtsalltag ungewiss ist. Immerhin werden die meisten der neu geschaffenen Fragen aber von Lehre und Rechtsprechung geklärt werden können⁴³. Nur eingeschränkt gilt dies allerdings bezüglich Art. 210 Abs. 4 OR; die Systemwidrigkeit dieser Bestimmung lässt sich nur mittels Eingriff des Gesetzgebers zielsicher beseitigen. Die beste Remedur wäre die Streichung dieses Absatzes. Ob sich der Gesetzgeber nach dieser Korrektur auf die liberalen Wurzeln des Obligationenrechts besinnen und zu einer weitestgehend dispositiven Gewährleistungsordnung zurückkehren wird oder sich nach dem Vorbild der Europäischen Union für eine – zumindest im Bereich der Konsumentenverträge – überwiegend zwingende Ausgestaltung des Sachgewährleistungsrechts entscheidet, wird dann der weitere politische Prozess erweisen müssen⁴⁴.

³⁹ Eine andere, hier jedoch nicht weiter zu diskutierende Frage ist, inwiefern dieses Ziel überhaupt erstrebenswert ist. In der Lehre wird die Tendenz des Gesetzgebers, sich einseitig auf den Schutz der Konsumenten zu konzentrieren, kritisiert, s. etwa GAUCH, recht 2011 (FN 4), 153 ff.; ferner – in verwandtem Zusammenhang – HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 185 ff.; ISABELLE WILDHABER, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, 537 ff., 541. Die Notwendigkeit eines zusätzlichen Käuferschutzes wird aber auch grundsätzlich in Frage gestellt, s. namentlich HEINRICH HONSELL, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011, 5. ff., 36 ff., 106 ff. HONSELL kritisiert die generelle Anknüpfung an die blossen «Rolle» des Konsumenten unabhängig der tatsächlichen Schwächelage und weist darauf hin, dass ein Ausbau des Käuferschutzes im Gegenzug zu einer Verteuerung der Produkte führe. Als absoluten gesetzgeberischen «Missgriff» bezeichnet er die zwingende Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts für gebrauchte Sachen.

⁴⁰ Hinzu kommen allenfalls noch die verbleibenden Möglichkeiten zur Rechtsgestaltung, etwa durch Gewährung einer Garantie (s. vorne C.I.2.d).

⁴¹ Beispielhaft aufgezählt seien – abgesehen von den Verjährungsfragen – das fehlende Nachbesserungsrecht im Kaufrecht, die zu restriktive Ausgestaltung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit von Art. 201 OR, Rechtsunsicherheiten bei der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen oder die strengen Anspruchsvoraussetzungen beim Viehhandel.

⁴² Kritisch auch GAUCH, recht 2012 (FN 6), 136.

⁴³ Nach Einschätzung von GAUCH, recht 2012 (FN 6), 136 Fn. 49 wird dies allerdings «Jahre brauchen».

⁴⁴ Denkbar wären selbstverständlich auch Mittellösungen wie etwa, dass das Sachgewährleistungsrecht nur für neue, nicht aber für gebrauchte Sachen/Werke, zwingend ausgestaltet wird.