

Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen

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

vorgelegt von

Angelo Schwizer

von

Nesslau-Krummenau (St. Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Markus Müller-Chen

und

Prof. Dr. Vito Roberto

Dissertation Nr. 4496

Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2016

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

St. Gallen, den 21. Oktober 2015

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Meinen Eltern

Vorwort

Zum Gelingen der vorliegenden Arbeit haben zahlreiche Personen in verschiedener Weise beigetragen. Es ist mir ein Anliegen, all diesen zu danken.

Ein besonderer Dank gebührt meinem Referenten, Prof. Dr. iur. Markus Müller-Chen, Rechtsanwalt, und meinem Korreferenten, Prof. Dr. iur. LL.M. Vito Roberto, Rechtsanwalt. Sie waren stets gesprächsbereit, gaben wertvolle Hinweise und haben mich während der Ausarbeitung in jeder Beziehung unterstützt.

Ein grosser Dank geht weiter an meinen Vater, lic. iur. HSG Paul Schwizer, Rechtsanwalt, sowie an Dr. iur. Marc Wolfer, Rechtsanwalt, M.A. HSG Sebastian Reichle, Rechtsanwalt, und M.A. HSG Jana Rüdlinger, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und das Korrekturlesen.

Der grösste Dank gebührt schliesslich meinen Eltern Paul und Annemarie sowie meinen Schwestern Marina und Chiara. Sie haben mich während meiner Studienzeit stets unterstützt. Meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Gossau, im Februar 2016

Dr. iur. Angelo Schwizer, Rechtsanwalt und Notar

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	I
Inhaltsverzeichnis	XI
Kurzzusammenfassung	XVI
Résumé succinct	XVII
Brief Summary.....	XVIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
1. Teil: Einleitung.....	1
§ 1 Ausgangspunkt	1
§ 2 Typisierung und Begrifflichkeit	3
§ 3 Gegenstand, Ziel und Aufbau der Arbeit.....	8
2. Teil: Grundlagen.....	11
§ 4 Überblick.....	11
§ 5 Zustandekommen einer Herstellergarantie	16
§ 6 Herstellergarantieanspruch.....	40
§ 7 Exkurs: Schnittstelle zum Kartellrecht.....	82
3. Teil: Verhältnis zwischen einer Herstellergarantie und der Sachgewähr des Verkäufers nach Art. 197 ff. OR (Gewährleistungsordnung).....	87
§ 8 Überblick.....	87
§ 9 Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung	89
§ 10 Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer	114
4. Teil: Ausgewählte prozessuale Fragen	129
§ 11 Überblick.....	129
§ 12 Recht des Käufers zur gemeinsamen Klage gegen Hersteller und Verkäufer	132
§ 13 Regressproblematik.....	144

5. Teil: Schlussbetrachtung	151
§ 14 Zusammenfassung.....	151
§ 15 Ergebnisse	158

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Inhaltsübersicht.....	I
Inhaltsverzeichnis	XI
Kurzzusammenfassung	XVI
Résumé succinct	XVII
Brief Summary.....	XVIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII

1. Teil: Einleitung

§ 1 Ausgangspunkt	1
§ 2 Typisierung und Begrifflichkeit.....	3
I. Verkäufer- und Herstellergarantie	3
II. Eigenschaftszusicherungen, unselbständige und selbständige Garantien	5
1. Eigenschaftszusicherungen.....	5
2. Unselbständige und selbständige Garantien	6
§ 3 Gegenstand, Ziel und Aufbau der Arbeit.....	8

2. Teil: Grundlagen

§ 4 Überblick.....	11
§ 5 Zustandekommen einer Herstellergarantie	16
I. Wesen und Rechtsnatur einer Herstellergarantieerklärung.....	16
II. Herstellergarantien aus Auslobung	17
1. Öffentliches Belohnungsversprechen	17
2. Bedingung der Leistungsvornahme	21
3. Bedingungseintritt, kein rechtzeitiger Rücktritt	21
4. Eigeninteresse des Auslobenden	22
III. Herstellergarantien aus Vertrag	23
1. Antrag und Annahme	23
a) Antrag.....	23
b) Annahme	24
2. Einigung in den wesentlichen Punkten.....	26
3. Gültigkeitserfordernisse	26

4.	Stellvertretung und Botenschaft	27
IV.	Zusammenfassende Bemerkung mit Hinweis auf die Rechtslage in der EU am Beispiel von Deutschland und England.....	28
V.	Einzelfragen.....	31
1.	Mehrfacherklärungen	31
2.	Eigentümerwechsel	33
3.	Herstellergarantien und Internetauktionenhäuser.....	35
a)	Phänomen Internetauktionenhaus	35
b)	Typische Funktionsweise und Angebotsformate.....	36
c)	Garantieerklärungen beim Angebotsformat Auktion	37
d)	Garantieerklärungen beim Angebotsformat Online-Handel.....	39
§ 6	Herstellergarantieanspruch	40
I.	Methode zur Bestimmung eines Herstellergarantieanspruchs.....	40
1.	Einfluss der Rechtsnatur einer Herstellergarantie auf die Methode.....	40
2.	Zur Methode im Einzelnen.....	42
a)	Auslegung	42
b)	Ergänzung	43
3.	AGB-Kontrolle.....	46
a)	Qualifikation von Herstellergarantien als AGB	46
b)	Problematik und Überprüfung von AGB.....	46
c)	Tatbestand und Rechtsfolgen von Art. 8 UWG	49
II.	Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Herstellergarantieanspruchs.....	51
1.	Mangel.....	52
2.	Mängelanzeige (Rüge)	54
3.	Kein Selbst- oder Drittverschulden, keine höhere Gewalt.....	57
4.	Vornahme von periodischen Wartungsarbeiten, Verbot zum Einbau fremder Ersatzteile und zur Vornahme von Eingriffen in das Produkt durch nicht autorisierte Stellen.....	59
5.	Vorweisung der Garantiekarte	61
III.	Inhalt eines Herstellergarantieanspruchs	65
1.	Anspruch im Zusammenhang mit einem Mangel	66
2.	Anspruch im Zusammenhang mit Mangelfolgeschäden (insbesondere Nutzungsausfall)	69
3.	Haftungsfreizeichnungsklauseln	73
IV.	Garantiedauer und Verjährung	75

1.	Überblick	75
2.	Garantiedauer	76
3.	Verjährung	78
V.	Einzelfrage: Wahlrecht zugunsten des Garanten betreffend die Anerkennung eines Mangels	80
§ 7	Exkurs: Schnittstelle zum Kartellrecht	82
I.	Potential von Herstellergarantien zur Marktabschottung	82
II.	Auswirkung einer indirekten Marktabschottung auf Herstellergarantien	84
3. Teil: Verhältnis zwischen einer Herstellergarantie und der Sachgewähr des Verkäufers nach Art. 197 ff. OR (Gewährleistungsordnung)		87
§ 8	Überblick	87
§ 9	Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung	89
I.	Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung im Allgemeinen	89
1.	Überblick	89
2.	Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung	90
3.	Gewährleistungsausschluss im Rahmen einer Individualvereinbarung	92
4.	Gewährleistungsausschluss im Rahmen von AGB	94
a)	Geltungskontrolle	94
b)	Inhaltskontrolle	95
II.	Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung im Zusammenhang mit einer Herstellergarantie	96
1.	Erster Sachverhalt: Ausdrückliche Regelung im Rahmen einer Individualvereinbarung oder von AGB	97
a)	Konsensfrage, Geltungskontrolle	97
b)	Inhaltskontrolle (insbesondere Frage der Drittkompensation)	98
c)	Anforderungen an eine Herstellergarantie zur Kompensation eines Gewährleistungsausschlusses im Rahmen von AGB	102
d)	Schicksal eines Gewährleistungsausschlusses bei Leistungsstörungen des Herstellers	108
e)	Eventualstandpunkt	110
2.	Zweiter Sachverhalt: Schweigen aller Beteiligten	110
III.	Ausblick	113

§ 10 Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer	114
I. Qualifikation der Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer als Solidarschuldnerschaft	114
1. Mehrere selbständige Ansprüche des Gläubigers gegenüber mehreren Schuldnern zur Befriedigung desselben Leistungsinteresses	114
2. Entstehung durch Vertrag oder Gesetz	115
II. Solidarschuldnerschaft zwischen Hersteller und Verkäufer	117
1. Überblick	117
2. Aussenverhältnis	118
a) Wahlrecht des Käufers	118
b) Schicksal der beiden Ansprüche des Käufers gegenüber Hersteller und Verkäufer	118
3. Innenverhältnis	122
a) Interne Haftungsquote des Herstellers und Verkäufers	122
b) Regressrecht	123
c) Leistung trotz Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts	126
4. Einzelfrage: Mangelfolgeschäden	127
4. Teil: Ausgewählte prozessuale Fragen	129
§ 11 Überblick	129
§ 12 Recht des Käufers zur gemeinsamen Klage gegen Hersteller und Verkäufer	132
I. Keine Verpflichtung des Käufers zur gemeinsamen Klage (keine notwendige Streitgenossenschaft)	132
II. Recht des Käufers zur gemeinsamen Klage (einfache Streitgenossenschaft), Voraussetzungen	132
1. Sachzusammenhang	133
2. Gleiche Verfahrensart	134
3. Gleiche Zuständigkeit	135
a) Sachliche Zuständigkeit	135
b) Örtliche Zuständigkeit	137
4. Subjektive Klagehäufung von Amtes wegen	137
III. Wirkungen einer gemeinsamen Klage, Vorteile und Nachteile für den Käufer	138
1. Wirkungen einer gemeinsamen Klage	138

2.	Vorteile und Nachteile einer gemeinsamen Klage für den Käufer.....	140
a)	Senkung des Prozesskostenrisikos	140
b)	Vollstreckungstitel gegen beide Solidarschuldner	142
c)	Kräftevereinigung auf Seiten der Beklagten	142
§ 13	Regressproblematik.....	144
I.	Erster Sachverhalt: Getrennte Klage(n) des Käufers	144
1.	Unterstützung des beklagten durch den nichtbeklagten Solidarschuldner aus Eigeninitiative (Nebenintervention).....	144
a)	Prozessunterstützung aus Eigeninitiative und Eigeninteresse	144
b)	Stellung der intervenierenden Person	145
c)	Wirkung der Intervention.....	146
2.	Einbezug des beklagten durch den nichtbeklagten Solidarschuldner (einfache Streitverkündung)	146
a)	Aufforderung zur Prozessunterstützung.....	146
b)	Stellung der streitberufenen Person	147
c)	Wirkung der Streitverkündung.....	147
3.	Klage des beklagten gegen den nichtbeklagten Solidarschuldner (Streitverkündungsklage)	147
II.	Zweiter Sachverhalt: Gemeinsame Klage des Käufers gegen den Hersteller und den Verkäufer.....	148
5. Teil:	Schlussbetrachtung	151
§ 14	Zusammenfassung	151
§ 15	Ergebnisse	158

Kurzzusammenfassung

Garantieerklärungen sind ein im Rechtsalltag weit verbreitetes Phänomen. Insbesondere anlässlich von Kaufgeschäften werden regelmässig Garantien abgegeben. Herstellergarantien werden von einer am Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer unbeteiligten Drittperson (Hersteller, Importeur, Grosshändler usw.) zugunsten des Käufers auf freiwilliger Basis versprochen. In Konsumentenverhältnissen sind Herstellergarantien inhaltlich grundsätzlich als Haltbarkeitsgarantien ausgestaltet. Damit gewährt der Hersteller dem Käufer die Mängelfreiheit des erworbenen Produkts während einer bestimmten Periode.

Die vorliegende Arbeit widmet sich insbesondere dem Zustandekommen von Herstellergarantien, den daraus erwachsenen Ansprüchen sowie dem praktisch bedeutsamen Verhältnis zwischen Herstellergarantie und Sachgewähr des Verkäufers (Art. 197 ff. OR). Zudem werden ausgewählte prozessuale Fragen behandelt, welche sich in diesem Kontext stellen.

Résumé succinct

Des garanties sont régulièrement données, en particulier dans le cadre de ventes. La garantie du fabricant est promise sur une base volontaire en faveur de l'acheteur, par un tiers (fabriquant, importateur, grossiste, etc.) qui n'est pas partie au contrat de vente entre l'acheteur et le vendeur. Dans les rapports avec les consommateurs, les garanties des fabricants sont conçues en principe comme des garanties de durabilité. Le fabricant garantit ainsi à l'acheteur l'absence de défaut du produit acheté pendant une période déterminée.

La présente thèse est consacrée en particulier à la mise en place des garanties des fabricants, aux prétentions qui en découlent ainsi qu'au rapport, significatif dans la pratique, entre la garantie du fabricant et la garantie du vendeur en raison du défaut de la chose (art. 197 ss CO). L'auteur examine également certaines questions de procédure qui se posent dans ce contexte.

Brief Summary

Warranties are normally issued, in particular, in connection with sales. Manufacturer's warranties are given by a third party (manufacturer, importer, wholesaler, etc.) not involved in the sales agreement between the seller and the buyer for the benefit of the latter and on a voluntary basis. In consumer relationships, the content of the manufacturer's warranty is generally structured as a warranty of durability, meaning that the manufacturer warrants that the purchased product will remain free of defects for a certain period of time.

The present work focuses, in particular, on the formation of manufacturer's warranties, the types of claims that result from them, as well as the relationship between a manufacturer's warranty and a seller's warranty for defects (Art. 197 ff. Swiss Code of Obligations [SCO]), a relationship that is of practical significance. Selected procedural issues that arise in this context are also addressed.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
AG	Aargau (Kanton)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BE	Bern (Kanton)
BEG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (SR 957.1)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1986
BGE	(publizierte) Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	(im Internet publizierte) Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Baurecht
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz <i>oder</i> Europäische Gemeinschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende Seite, Randnote, Anmerkung etc.

ff.	folgende Seiten, Randnoten, Anmerkungen etc.
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GKT	Gerichtskostenverordnung (Kanton St. Gallen)
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (Kanton Zürich)
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Deutschland)
HGer	Handelsgericht
HonO	Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (Kanton St. Gallen)
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Hochschule St. Gallen (heute: Universität St. Gallen)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)
KGer	Kantonsgericht
lit.	litera, Buchstabe
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts

PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	Seite
s.	siehe
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SG	Kanton St. Gallen
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
sog.	so genannt(e)(er)(es)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
vgl.	vergleiche
VRP	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Kanton St. Gallen)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
WEKO	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZH	Zürich (Kanton)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZWF	Zeitschrift für wirtschaftlichen Fabrikbetrieb

Literaturverzeichnis

- AKIKOL DIANA, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Diss. Luzern, Zürich 2008
- ANDROULAKIS KONSTANTINOS, Die Herstellergarantie, Diss. Tübingen, München 1998
- BADER PETER, Probleme der Garantiekarte, NJW 1976, S. 209 ff.
- Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. A., München 2012 (wird zitiert: Bamberger/Roth/BEARBEITER)
- BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), 5. A., Basel 2014 *oder* Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Honsell/Wiegand/Vogt (Hrsg.), 5. A., Basel 2011 *oder* Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Ifanger (Hrsg.), 2. A., Basel 2013 *oder* Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basel 2013 *oder* Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basel 2010 (wird zitiert: BSK/BEARBEITER)
- BAUDENBACHER CARL, Wirtschafts- schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Habil. Zürich 1983
- BAUER CHRISTOPH, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010
- BLÄTTLER MARTIN, Versteigerungen über das Internet: Rechtsprobleme aus Sicht der Schweiz, Diss. Zürich 2004
- Benjamin's Sale of Goods, Bridge (Hrsg.), 9. A., London 2014 (wird zitiert: Benjamin's/BEARBEITER)
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern, verschiedene Bände, Auflagen und Jahrgänge (wird zitiert: BK/BEARBEITER)
- BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2009
- BOETIUS JAN, Der Garantievertrag, Diss. München 1966
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2. A., Basel 2014

- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commentée, Basel 2011
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988 (wird zitiert: BUCHER, OR BT)
- BUCHER EUGEN, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, S. 1 ff. (wird zitiert: BUCHER, Der benachteiligte Käufer)
- BÜHLER THEODOR, Die Produktsicherheit als Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2012
- BÜHLMANN LUKAS, Kfz-Vertrieb und Ersatzteile im Schweizer Kartell- und Vertriebsrecht, Jänich/Schrader (Hrsg.), Autorecht 2014, Baden-Baden 2014, S. 35 ff.
- BÜHLMANN LUKAS/SCHIRMBACHER MARTIN, Dürfen Firmen Händlern ricardo.ch verbieten?, NZZ Online, abgerufen am 20.01.2015 unter <http://www.nzz.ch/aktuell/digital/duerfen-firmen-den-vertrieb-ueber-plattformen-wie-amazon-und-ricardo-verbieten-1.17298802>
- VON BÜHREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. A., Bern 2008
- BRUNNER ALEXANDER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 1 ff.
- BYDLINSKI PETER, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Habil. Wien 1986
- CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, S. 494 ff.
- CHRISTOFFEL ROMAN, Die Garantie im Rahmen kaufrechtlicher Sachgewährleistung, Diss. Köln, Frankfurt am Main 1984
- Commentaire Romand, Code des obligations I, Thévenoz/Werro (Hrsg.), 2. A., Basel 2012 *oder* Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. A., Basel 2013 (wird zitiert: CR/BEARBEITER)
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002 (wird zitiert: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/BEARBEITER)
- DIEDERICHSEN UWE, Die Haftung des Warenherstellers, Habil. München 1967
- DOMBROWSKI UWE/WINNEFELD MARCEL, Trends und Lösungsansatz „Ganzheitliche Produktionssysteme“ im After Sales Service, ZWF 2012, S. 355 ff.

- Druey Jean Nicolas, Gesellschafts- und Handelsrecht: Systematische Darstellung mit
Einschluss des Rechts für börsenkotierte Gesellschaften und des Wertpapier-
rechts, 11. A. der Teile III und IV des Werkes von THEO GUHL, Das Schweizer-
ische Obligationenrecht, bearbeitet von EVA DRUEY JUST/JEAN NICOLAS
DRUEY/LUKAS GLANZMANN, Zürich 2015 (wird zitiert: Druey/BEARBEITER)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002
- ECKERT HANS-WERNER/MAIFELD JAN/MATTHIESSEN MICHAEL, Handbuch des Kauf-
rechts, 2. A., München 2014
- EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, Ein
rechtsvergleichender Überblick, RIW 2012, S. 262 ff.
- EISENHUT MARTIN, Die kaufrechtliche Garantie, Diss. Mainz,
Frankfurt am Main 2005
- FÄSSLER BENEDIKT, Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht,
Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010
- FELLMANN WALTER, Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR –
„Vollstreckungstheorie“ oder „Erfüllungstheorie“, recht 1993, S. 109 ff.
- FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II,
Das Rechtsgeschäft, 3. A., Berlin 1979
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Kontrolle in der Schweiz? HAVE 2011, S. 324 ff.
- FREI OLIVER, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet,
Diss. Zürich 2001
- FRÜH SYBILLE, Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von
Konsumgütern, Diss. Zürich 1982
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht –Allgemeiner Teil,
2. A., Zürich 2012
- GADE MARCEL, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und
europäischen Privatrecht, Diss. Mainz, Berlin 2014
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011
- Gauch Peter/Aeppli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, 8. A.,
Zürich 2012 (wird zitiert: Gauch/Aeppli/Stöckli/BEARBEITER)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches
Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I., 10. A., Zürich 2014.

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II., 10. A., Zürich 2014
- GAUTSCHI ALAIN, Solidarschuld und Ausgleich, Diss. Freiburg, Zürich/St. Gallen 2009
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014
- GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2013, S. 323 ff.
- Guhl Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A. bearbeitet von ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000 (wird zitiert: Guhl/BEARBEITER)
- GURSKY KARL-HEINZ, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. A., Heidelberg 2005
- GÜNGERICH ANDREAS, Die Streitverkündungsklage in Bausachen, BR 2014, S. 117 ff.
- Grundmann/Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar, Köln 2002 (wird zitiert: Grundmann/Bianca/BEARBEITER)
- GRÜTZNER THOMAS/SCHMIDL MICHAEL, Verjährungsbeginn bei Garantieansprüchen, NJW 2007, S. 3610 ff.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), Furrer/Schnyder (Hrsg.), 2. A., Zürich 2012 *oder* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Müller-Chen/Huguenin/Girsberger (Hrsg.), 2. A. Zürich 2012 (wird zitiert: CHK/BEARBEITER)
- HANKE JESSICA, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mängelhaftung, Diss. Düsseldorf, Baden-Baden 2008
- HECK PHILIPP, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929
- HEINI ANTON, Direkte Gewährleistungshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Endabnehmer?, Forstmoser/Giger/Heini/Schlupe (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 175 ff.
- HOCHSTRASSER MICHAEL, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich 2006
- HOFFMANN EGON, Auslobung und Preisausschreiben nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1947

- HONRATH ACHIM, Gewährleistung und Rückgriff beim Kauf neuer industriell hergestellter Massengüter in der Lieferkette, Diss. Bonn, Hamburg 2008
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. A., Bern 2010 (wird zitiert: HONSELL, OR BT)
- HONSELL HEINRICH, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts, recht 2007, S. 154 ff. (wird zitiert: HONSELL, Papageienfall)
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2013
- HOWELLS GERAINT/TWIGG-FLESNER CHRISTIAN, Much ado about nothing?, Schermaier (Hrsg.), Verbraucherkauf in Europa, München 2003
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014
- Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Zürich 2013 (wird zitiert: Huguenin/Hilty/BEARBEITER)
- Jauernig Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. A., München 2014 (wird zitiert: Jauernig/BEARBEITER)
- JÄGGI PETER/DRUEY JEAN NICOLAS/VON GREYERZ CHRISTOPH, Wertpapierrecht (unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check), Basel 1985
- KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A., Basel 1988 (wird zitiert: KELLER/SCHÖBI, Bd. I)
- KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. A., Basel 1985 (wird zitiert: KELLER/SCHÖBI, Bd. IV)
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995
- KIESER UELI/LANDOLT HARDY, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012
- KLETT BARBARA, Der Nutzungsausfall als Schadensposition, HAVE 2012, S. 377 ff.
- KLETT BARBARA/BIELMANN YVES, Die Streitverkündungsklage – Segen oder Fluch?, HAVE 2013, S. 310 ff.
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, S. 80 ff.

- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009 (wird zitiert: KOLLER A., OR AT)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012 (wird zitiert: KOLLER A., OR BT)
- KOLLER ALFRED, Der Papageien-Fall – Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257, Koller (Hrsg.), Leistungsstörungen – Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, St. Gallen 2008, S. 1 ff. (wird zitiert: KOLLER A., Papageienfall)
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19 ff.
- KOZIOL HELMUT, Der Garantievertrag, Wien 1981
- KÖRNER ALEXANDRA, Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität, Diss. Luzern, Zürich 2011
- Kurzkommentar OR, Honsell (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 *oder* Kurzkommentar ZPO, Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 (wird zitiert: KUKO/BEARBEITER)
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern 2010 (wird zitiert: KRAMER, Methodenlehre)
- KRAMER ERNST A., Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, recht 2013, S. 52 (wird zitiert: KRAMER, Korrespondenz)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Der Haftpflichtprozess gegen mehrere Schuldner – erörtert am Beispiel des Prozesses gegen mehrere Solidarschuldner, HAVE 2011, S. 123 ff.
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/SIEGENTHALER THOMAS, Der Rückgriff unter Baubeteiligten – eine Praxisänderung? Bundesgerichtsurteil 4C.368/2005/4C.370/2005 vom 26.9.2006 (= BGE 133 III 6), BR/DC 2007, S. 53 ff.
- KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000
- KRAUSKOPF PATRICK/RIESEN OLIVIER, Selektive Vertriebsverträge, Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 83 ff.
- LAAKMANN KAI, Value-Added Services als Profilierungsinstrument im Wettbewerb: Analyse, Generierung und Bewertung, Diss. Münster, Frankfurt am Main 1995
- LEU URS, Die Pflicht zur Ersatzteillieferung beim Kauf von hochwertigen Konsumgütern – ein Problem der nachvertraglichen Pflichten, Diss. Bern 1990

- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010
- LIPS MICHAEL, Die kaufrechtliche Garantie unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zum Bezug von Original-Ersatzteilen und der Wiederverwertung von Ersatzteilen, Diss. Zürich 2002
- LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977
- LÜSCHER CHRISTIAN/VOGEL BENITA, Das Rennen um Ricardo, Tagesanzeiger Online, abgerufen am 20.01.2015 unter <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Das-Rennen-um-Ricardo/story/30558808>
- MALSCH CHRISTINA, Die Herstellergarantie im Schuld-, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Diss. Mannheim 2005
- MANTZOUFAS GEORGIOS A., Dreipersönliche Schuldverhältnisse, Wien 1974
- MEIER-HAYOZ ARTUHR/VON DER CRONE HANS CASPAR, Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, verschiedene Bände, Auflagen und Jahrgänge (wird zitiert: MK/BEARBEITER)
- OFTINGER KARL/STARK EMIL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A., Zürich 1995
- Orell Füssli Kommentar ZGB, Kren-Kostkiewicz/Schwander/Wolf, 2. A., Zürich 2011 *oder* Orell Füssli Kommentar OR, Kren-Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Hrsg.), 2. A., Zürich 2009 (wird zitiert: OFK/BEARBEITER)
- Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. A., München 2014 (wird zitiert: Palandt/BEARBEITER)
- PERRIG ROMAN, Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel, Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 169 ff. (wird zitiert: PERRIG, Einbeziehung von AGB)
- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel 2011 (wird zitiert: PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel)
- REIDINGER ALEXANDER, Rechtsprobleme der Garantieabrede, Diss. Wien 1987

- REINHOLD ACHIM, Garantie und Garantiepolitik – Die theoretischen Grundlagen garantiepoltischer Entscheidungen industrieller Anbieter, Diss. Mainz 1983
- REINKING KURT/EGGERT CHRISTOPH, Der Autokauf, 11. A., Köln 2012
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008
- RISSE ARNO, Garantieversprechen anlässlich eines Kaufvertrags, Diss. Münster, Hamburg 2009
- ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, Bern 2013 (wird zitiert: ROBERTO, Haftpflichtrecht)
- ROBERTO VITO, Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel 1997 (wird zitiert: ROBERTO, Schadensrecht)
- ROBERTO VITO/RICKENBACH JENNIFER, Was ist eine Schutznorm?, ZSR 2012, S. 185 ff.
- ROBERTO VITO/STEHLE BERNHARD, Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, recht 2014, S. 235 ff.
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, S. 49 ff.
- ROTH GÜNTER H., Zur Zukunft des Wertpapierrechts, BJM 2011, S. 169 ff.
- SCHIECKE KNUT, Die Garantieleistung in produktions- und absatzwirtschaftlicher Betrachtung, Diss. Nürnberg 1967
- SCHMID JÖRG, AGB und die Rolle des dispositiven Rechts, Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 205 ff. (wird zitiert: SCHMID, AGB)
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1 ff. (wird zitiert: SCHMID, UWG)
- SCHMID JÖRG, Vertragsrecht und Realerfüllung, Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 589 ff. (wird zitiert: SCHMID, Vertragsrecht)
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010
- SCHMIDT MAURIN, Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht – Ein Haftungsmodell basierend auf der Solidarität, der Anspruchskonkurrenz und der Kausalität, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012

- SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 39 ff.
- Schulze Reiner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. A., Baden-Baden 2014 (wird zitiert: Schulze/BEARBEITER)
- SCHWARTZE ANDREAS, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Habil. Hamburg 1997, Tübingen 2000
- SCHWENZER INGEBOG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012
- Schweizerisches Privatrecht, Basel, verschiedene Bände, Auflagen und Jahrgänge (wird zitiert: SPR/BEARBEITER)
- SCHWIZER ANGELO/WOLFER MARC, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR) – Wichtigste Änderungen und kritische Würdigung, AJP 2012, S. 1759 ff.
- SFAT RAUL/MONTANUS SVEN, Zukunftsperspektiven im After-Sales-Geschäft, ZWF 2005, S. 517 ff.
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975 (wird zitiert: SPIRO, Bd. I)
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. II: Andere Befristungen und Rechte, Bern 1975 (wird zitiert: SPIRO, Bd. II)
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. A. des von OSCAR VOGEL begründeten Werkes, Bern 2010
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2012
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich 2013 (wird zitiert: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/BEARBEITER)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013
- STAIBLE DOMINIC, Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Basel, Zürich 2010

- STEIMLE VOLKER/DORNRIEDEN GUIDO, Der Kfz-Hersteller als privilegierter Garantiegeber?, NJW 2009, S. 1039 ff.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, verschiedene Bände, Auflagen und Jahrgänge (wird zitiert: Staudinger/BEARBEITER)
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, S. 184 ff. (wird zitiert: STÖCKLI, UWG)
- STÖCKLI HUBERT, Schaden und Schadenersatz beim Bauen, Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 7 ff. (wird zitiert: STÖCKLI, Schaden)
- STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, S. 73 ff.
- TANNÖ PATRICK, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, Diss. St. Gallen 1993
- TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL, Les contrats spéciaux, 4. A., Genf 2009 (wird zitiert: TERCIER/FAVRE/BEARBEITER)
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5. A., Genf 2012
- THOMMEN JEAN-PAUL, Betriebswirtschaftslehre, 8. A., Zürich 2012
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009
- WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015
- WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. A., Zürich 2010 (wird zitiert: WEBER R.H., E-Commerce)
- WEBER ROLF H., Dreipersonen-Verhältnisse im Schuldrecht, Vogt/Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, S. 169 ff. (wird zitiert: WEBER R.H., Dreipersonen-Verhältnisse)
- WEISS ANDREAS W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, Diss. Luzern, Zürich 2011
- WELLENS THORSTEN, Kommerzielle Garantien, Diss. Bonn 2010

- Borges (Hrsg.), Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2. A., Bonn 2014 (wird zitiert: Borges/BEARBEITER)
- WITSCHI HANS, Garantieklauseln und Garantiefrieten im Kauf- und Werkvertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1950
- WOLF MANFRED/NEUNER JÖRG, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. A. des von KARL LARENZ begründeten Werkes, München 2012
- WOLFER MARC, Reuerecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, Diss. St. Gallen, St. Gallen/Zürich 2012
- VIETH MATTHIAS, Geld-zurück-Garantien: Eine empirische Wirkungsanalyse aus Konsumentensicht, Diss. Münster, Wiesbaden 2008
- VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964 ff. (wird zitiert: VISCHER, UWG)
- VISCHER MARKUS, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistung, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, S. 325 ff. (wird zitiert: VISCHER, Garantien)
- ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die juristische Praxis, Habil. Zürich 1989
- ZERRES THOMAS, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts, Habil. Rostock 2006, München 2007
- ZIRKLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Diss. Bern 2003
- Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zürich, verschiedene Bände, Auflagen und Jahrgänge (wird zitiert: ZK/BEARBEITER)

Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Ende Mai 2015.

1. Teil: Einleitung

§ 1 Ausgangspunkt

Heute geben Verkäufer, Hersteller oder andere Dritte (z.B. Importeure oder Grosshändler) Käufern, insbesondere beim Kauf von Konsumgütern (wie bei Autos, Elektro-, Küchen- und Haushaltgeräten, Uhren oder Sportartikeln), regelmässig Garantien ab¹. Diese Garantierklärungen erfolgen in unterschiedlichen Formen: Das wohl wichtigste Beispiel dürfte die Garantiekarte sein; als weitere Beispiele lassen sich Garantieerklärungen in der Werbung, auf Kassenbelegen, in Bestätigungsschreiben, auf Lieferscheinen, in Auftragsbestätigungen sowie entsprechende Klauseln im Kaufvertrag anführen. 1

Auch inhaltlich sind solche Garantien sehr unterschiedlich ausgestaltet. Z.B. werden in einem Fall spezielle Produkteigenschaften zugesichert und in einem anderen Fall Garantieleistungen bei Vorliegen eines Sachmangels versprochen, oder es besteht für das eine Produkt eine „Vollgarantie“ für zwei Jahre, während für das andere die Garantie auf ein halbes Jahr und bestimmte Sachmängel beschränkt ist. Zugesichert sein kann ferner ein mit dem jeweiligen Kaufgegenstand erzielbarer Umsatz oder eine bestimmte Rendite. Teilweise sind ausserdem Kombinationen anzutreffen. 2

Die Ursachen für diese grosse inhaltliche Vielfalt dürften im Umstand liegen, dass nebst juristischen Überlegungen eine Vielzahl weiterer Faktoren (z.B. Marktumfeld, Kundenbedürfnisse, Produktspezifika) in die Entscheidung des Garanten über die Produktgestaltung hineinspielen. Zudem sind diese Beeinflussungsfaktoren immer wieder Veränderungen unterworfen und es können neue Faktoren hinzutreten und/oder bisherige wegfallen. 3

Mit der Erklärung von Herstellergarantien werden unterschiedliche Ziele verfolgt: Primär erhoffen sich die Garanten, ihre Produkte auf diesem Weg attraktiver gestalten zu können. Dem meist rechtsunkundigen Käufer wird der Eindruck vermittelt, dass er dank der gewährten Garantie besser gestellt wird². Für verschiedene Produkte gelten solche Garantien als probates Mittel zur Absatzförderung und Erhaltung der Absatzbeziehung für künftige 4

¹ Für eine umfassende Übersicht über die verschiedenen Garantiearten, mit welchen Unternehmen ihre Produkte gestalten, vgl. VIETH, S. 24 ff.

² Vgl. z.B. WITSCHI, S. 25 ff.; FRÜH, S. 1; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 1; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 2.

Folgegeschäfte^{3/4}. Gemäss Angaben verschiedener Hersteller wird die Gewährung von Garantien auch als Instrument zur Informationsgewinnung eingesetzt: Indem sich Käufer bei Sachmängeln direkt an sie wenden können, sei es möglich, wertvolle Informationen wie z.B. über mögliche Qualitäts- oder Fabrikationsmängel zu gewinnen. Diese Informationen können alsdann für künftige Adjustierungen genutzt werden. Zudem würde mit dem Instrument der Garantie dem Problem entgegengewirkt, dass Verkäufer, die nicht zugleich Produkthersteller sind, häufig aus rein faktischen Gründen (etwa wegen fehlenden Produktkenntnissen oder technischen Einrichtungen) nicht in der Lage sind, die Funktionstüchtigkeit eines defekten Produkts selbst wiederherzustellen. Ein Umstand, der sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer unbefriedigend sei. Dadurch, dass der Hersteller diese Aufgabe wahrnehme, komme es zu einer Besserstellung aller Beteiligten. Dank einer speditiven Abwicklung eines Garantiefalls werde einerseits der Käufer zufrieden gestellt und andererseits der Verkäufer entlastet. Mithin werde damit beim Verkäufer gleichzeitig ein Anreiz geschaffen, den Absatz der indirekt vertriebenen Produkte auch inskünftig zu fördern⁵.

³ Vgl. z.B. SCHICKE, S. 43 ff.; REINHOLD, S. 1, 13 ff.; LAAKMANN, S. 2 ff., 22; teilweise kritisch hinsichtlich der Wirksamkeit REINHOLD, S. 182 ff.

⁴ Auf Anfrage hin teilte die Garantieabteilung eines Automobilherstellers in einer Stellungnahme ferner mit, dass in der Abgabe von Herstellergarantien vermehrt auch ein Sprungbrett für lukrative Sekundärleistungen gesehen werde. Indem Kunden für ausgewählte Teile gratis Garantien abgegeben werden, können gleichzeitig zusätzliche kostenpflichtige Servicepakete offeriert werden (sog. Anschlussgarantien). Auch wird mitunter versucht, Garantieleistungen an kostenpflichtige Leistungen zu knüpfen (vgl. hierzu hinten N 132 ff.). Neuere betriebswirtschaftliche Publikationen zum Thema zeigen, dass Sekundärleistungen von vielen Anbietern als Geschäftsfeld mit erheblichem Wachstums- und Gewinnpotential gesehen werden (vgl. z.B. DOMBROWSKI/WINNEFELD, S. 355 f.; SFAT/MONTANUS, S. 517; VIETH, S. 13 ff.).

⁵ Vgl. ferner auch BGH, Urteil vom 06.11.2011, VIII ZR 293/10, N 9; BGH, Urteil vom 12.12.2007, VIII ZR 187/06, N 17.

§ 2 Typisierung und Begrifflichkeit

Im deutschen Schrifttum hatte sich im Zusammenhang mit den angesprochenen Garantien seit längerem eine Typisierung und Begrifflichkeit herausgebildet⁶, welche von der schweizerische Lehre⁷ und Rechtsprechung⁸ grundsätzlich unbesehen übernommen wurde. Diese knüpft im Wesentlichen an zwei Hauptunterscheidungsmerkmalen an: Zum einen an die Person des Garanten, zum anderen an den Umstand, ob die Garantie Sachmängel betrifft oder sich auf einen Erfolg bezieht, der über die Sachmängelfreiheit hinausgeht. Das zweite Differenzierungsmerkmal bezieht sich folglich auf den Garantieinhalt.

I. Verkäufer- und Herstellergarantie

Eine Verkäufergarantie wird – wie es der Name sagt – vom Verkäufer gewährt. Demgegenüber kann eine Herstellergarantie gemäss überwiegender Auffassung entweder vom Hersteller oder einem Importeur, Grosshändler usw. ausgehen. Im Kontext von Herstellergarantien gilt jedes Glied der indirekten Distributionskette als Hersteller, welches nicht am Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer beteiligt ist⁹. Der Herstellerbegriff wird also weit aufgefasst, was im Übrigen in Einklang mit der EU-

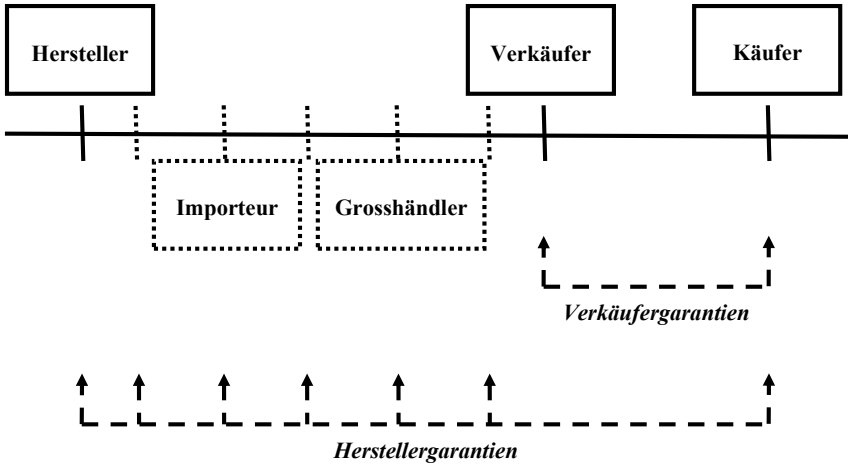
⁶ Vgl. z.B. Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 12 ff.; MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 1 ff.; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 2 ff.; HONRATH, S. 81 ff.; EISENHUT, S. 20 ff. Hinsichtlich dieser Einteilung gibt es jedoch vermehrt auch kritische Stimmen (vgl. z.B. RISSE, S. 33 ff.; zum Meinungsstand ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1418 ff.).

⁷ Vgl. z.B. BK/GIGER, Art. 197 OR N 20; BSK/HONSELL, Art. 197 OR N 17; ZK/HIGI/SCHÖNLE, Art. 197 OR N 103 ff.

⁸ Vgl. z.B. BGE 122 III 426 E. 4 und 5c; BGer 4C.260/2001 E. 3a = Pra 2002 Nr. 71; BGer 4A_220/2013 E. 4.3, 4.4.

⁹ Vgl. MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 2; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 10; FRÜH, S. 37; LIPS, S. 5. Einzelne Autoren legen den Herstellerbegriff offenbar wortgetreu aus und sehen die Garantienstellung bei der Herstellergarantie an den Hersteller gebunden (vgl. z.B. ANDROULAKIS, S. 2 ff.; MALSCH, S. 36; REIDINGER, S. 54; BOETIUS, S. 8). KOLLER A., OR BT, § 4 N 247, postuliert stattdessen, den Begriff Produktgarantie zu verwenden. M.E. stiftet dieser Begriff jedoch mehr Verwirrung als Klärung, weil damit die beabsichtigte Abgrenzung zwischen der Garantie des Verkäufers und derjenigen des (kauf-)vertragsfremden Dritten (Hersteller, Importeur usw.) verwischt wird.

Kaufrechtsrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG)¹⁰ und dem Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)¹¹ steht.

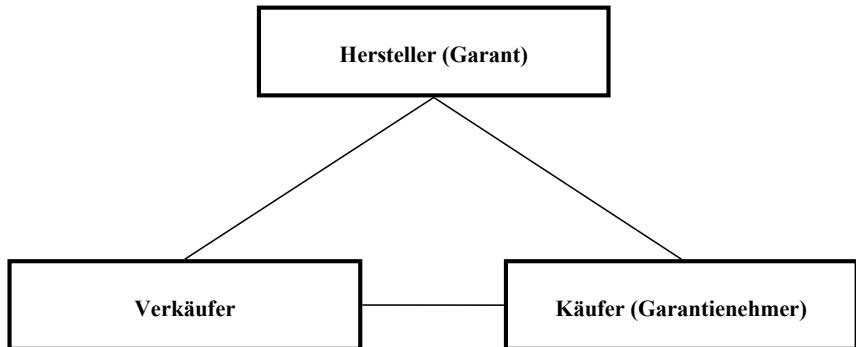


- 7 Bei der Verkäufersgarantie liegt dementsprechend ein Zweipersonenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer vor. Hingegen resultiert bei der Herstellergarantie aufgrund des Umstands, dass ein garantierender Dritter zum Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer hinzutritt bzw. Garant und Verkäufer nicht identisch sind (bzw. keine Personalunion besteht), ein Dreipersonenverhältnis zwischen Verkäufer, Käufer und Hersteller¹². Dieses ist für die Herstellergarantie charakteristisch.

¹⁰ Art. 1 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 1999/44/EG; Grundmann/Bianca/SERRANO, Art. 2 EU-Kaufrechtslinie N 62.

¹¹ Gemäss Art. 2 Abs. 1 PrHG gilt zunächst einmal der tatsächliche Hersteller als Hersteller, wobei unerheblich ist, ob er Hersteller des Endprodukts, eines Grundstoffes oder eines Teilprodukts ist (lit. a). Weiter gilt auch der sog. Quasihersteller als Hersteller, d.h. derjenige, welcher seinen Namen, sein Warenzeichen oder dergleichen auf dem Produkt anbringt (lit. b). Dasselbe trifft auf den Importeur zu, welcher das Produkt in die Schweiz einführt (lit. c). Vgl. hierzu z.B. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 09.23.

¹² Vgl. zum Begriff des Dreipersonenverhältnisses im Schuldrecht BK/WEBER R.H., Vorbemerkungen zu Art. 110-113 OR N 2 ff.; WEBER R.H., Dreipersonen-Verhältnisse, S. 169 ff. und MANTZOUFAS, S. 1 ff. Mit Dreipersonenverhältnissen hat sich die Lehre bis heute generell nur spärlich auseinandergesetzt. WEBER R.H., Dreipersonen-Verhältnisse, S. 172, spricht deshalb auch von einer Forschungslücke auf diesem Gebiet.



II. Eigenschaftszusicherungen, unselbständige und selbständige Garantien

1. Eigenschaftszusicherungen

Mit einer abgegebenen Garantie kann zunächst eine bloße Eigenschaftszusicherung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR gemeint sein. In diesem Fall stellt die Garantie eine Parteiabrede über die Solleigenschaft des Kaufgegenstands dar¹³. Darunter „können nur Eigenschaften fallen, die im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr oder einem früheren Zeitpunkt vorhanden sein müssen, nur ausnahmsweise auch solche, die erst für einen späteren Zeitpunkt versprochen werden“¹⁴. Gewährleistungsrechtlich ist Letzteres nur möglich, wenn der Verkäufer haupt- oder nebenvertraglich verpflichtet und objektiv auch in der Lage ist, die Kaufsache noch in den zugesicherten Zustand zu überführen (z.B. im Fall von Montage- und Fertigungspflichten)¹⁵.

8

¹³ Ob unter einer zugesicherten Eigenschaft eine – wie hier angenommen – vereinbarte Eigenschaft zu verstehen ist, ist nicht unumstritten (Frage der Qualifikation von Zusicherungen als Willens- oder bloße Wissenserklärung [„Vorstellungsäusserung“]; vgl. zum Meinungsstand BSK/HONSELL, Art. 197 OR N 14; CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 16; offen gelassen in BGer 4A_173/2014 E. 5.2).

¹⁴ BGE 122 III 426 E. 5c.

¹⁵ BGE 122 III 426 E. 5c.

- 9 In Deutschland wird für Garantien im Sinne von Eigenschaftszusicherungen häufig der Begriff der Beschaffenheitsgarantie verwendet¹⁶. Angesichts der engen inhaltlichen Verwandtschaft¹⁷ betrachten einzelne Autoren diesen Garantietypen auch als Unterart der unselbständigen Garantien¹⁸.

2. Unselbständige und selbständige Garantien

- 10 Bei selbständigen oder unselbständigen Garantien verspricht der Garant im Gegensatz zur vorgenannten Eigenschaftszusicherung die Erhaltung des bestehenden und/oder den Eintritt eines verändernden Zustands des Produkts ausserhalb seiner Einflussmöglichkeiten¹⁹. M.a.W. wird für etwas garantiert, was nicht bereits und/oder nicht nur bei Übergang von Nutzen und Gefahr vorhanden sein muss²⁰. Betrifft diese Garantie das Produkt selbst (z.B. wenn eine bestimmte Sachbeschaffenheit für eine bestimmte Dauer oder gar vollumfängliche Mängelfreiheit des Produkts für eine bestimmte Zeit zugesichert wird), liegt eine unselbständige Garantie vor. Anstatt unselbständiger Garantie wird regelmässig auch der Begriff Haltbarkeitsgarantie verwendet²¹. Verspricht demgegenüber der Garant einen Erfolg (wie einen bestimmten Umsatz und/oder eine bestimmte Rendite), welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Produkts hinausgeht, weil er wesentlich von anderen künftigen externen Faktoren (wie z.B. der Konjunkturentwicklung oder Wechselkursschwankungen) abhängt, wird dies als selbständige Garantie bezeichnet²².
- 11 Während demnach bei unselbständigen Garantien der mängelfreie Zustand des Produkts auf Zeit garantiert wird, werden bei selbständigen Garantien

¹⁶ Vgl. z.B. MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 8; Staudinger/MAUTSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 14; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 7; HUGUENIN, N 2603.

¹⁷ Vgl. hierzu sogleich N 10 ff.

¹⁸ Vgl. die Hinweise bei Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 N 12, wohl auch MK/WESTERMANN, § 443 N 1.

¹⁹ BGE 122 III 426 E. 4, 5c; BK/GIGER, Art. 197 OR N 20; BSK/HONSELL, Art. 197 OR N 17; ZK/HIGI/SCHÖNLE, Art. 197 OR N 103 ff.; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 12.

²⁰ Dagegen müssen Eigenschaftenzusicherungen i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR nach dem soeben Ausgeführten grundsätzlich im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr oder in einem früheren Zeitpunkt vorhanden sein.

²¹ Vgl. z.B. BGE 122 III 426 E. 4; BGer 4C.260/2001 E. 3a = Pra 2002 Nr. 71; GAUCH, N 1386; AKIKOL, N 208; MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 9; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 N 14.

²² BGer 4C.260/2001 E. 3 (mit zahlreichen Hinweisen) = Pra 2002 Nr. 71; BGE 122 III 426 E. 4, 5c; CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 18.

künftige – positive oder negative – Umstände zum eigenen Haftungsgegenstand erhoben²³.

Insgesamt werden in der Praxis Eigenschaftszusicherungen typischerweise von Verkäufern gewährt, unselbständige wie selbständige Garantien werden sowohl von Verkäufern als auch von Herstellern erklärt. Im Vordergrund stehen die Haltbarkeitsgarantien des Herstellers, gerade in Konsumentenverhältnissen²⁴.

²³ Vgl. BGE 122 III 426 E. 5c.

²⁴ Dem Schweizer Recht ist ein einheitlicher Konsumentenbegriff fremd (BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 80). Sachgerecht zu sein scheint, unter den Konsumentenbegriff sämtliche Leistungen des persönlichen oder familiären Gebrauchs zu subsumieren (vgl. ROBERTO/WALKER M., S. 56 f. [mit zahlreichen Hinweisen]).

§ 3 Gegenstand, Ziel und Aufbau der Arbeit

- 13 Mit den vorstehend dargelegten Garantien gehen verschiedene, vor allem schuldrechtliche Fragen einher. Als besonders facettenreich und von der schweizerischen Lehre bislang eher stiefmütterlich behandelt erweisen sich dabei die unselbständigen Garantien bzw. Haltbarkeitsgarantien des Herstellers. Gleichzeitig steht diese Garantieart in Konsumentenverhältnissen praktisch derart im Vordergrund, dass in diesem Kontext unter einer Herstellergarantie grundsätzlich eine unselbständige Garantie bzw. eine Haltbarkeitsgarantie des Herstellers zu verstehen ist²⁵. Die schweizerische Gesetzgebung hat sich dieser Thematik bislang nicht im Speziellen angenommen²⁶. Im Unterschied zu gesetzlich besonders geregelten Sachgebieten muss daher in Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen geprüft werden, ob diese unter Rückgriff auf die allgemeinen Regeln beantwortet werden können bzw. ob diese „genügen“, oder ob modo legislatoris zu schliessende Lücken vorliegen (Art. 1 Abs. 2 ZGB)²⁷.
- 14 Die vorliegende Dissertation unterzieht die Herstellergarantien im Rahmen von Konsumentenverhältnissen einer näheren Analyse. Es wird versucht, Antworten auf die wichtigsten, sich dem Rechtsanwender stellenden Fragen dieses Themenbereichs zu finden²⁸. Vorweg (2. Teil) betrifft dies das Zustandekommen einer solchen Garantie²⁹ und den daraus resultierenden Herstellergarantieanspruch³⁰. Im Weiteren (3. Teil) gilt es das in der Praxis immer wieder Fragen aufwerfende Verhältnis zwischen Herstellergarantie und der Sachgewähr des Verkäufers zu beleuchten. Dabei interessiert insbesondere, inwieweit der Umstand, dass der Hersteller dem Käufer anlässlich eines Produktkaufs eine Herstellergarantie erklärt, die Sachgewähr des

²⁵ Ist nachfolgend von Herstellergarantie die Rede, ist daher damit immer eine Haltbarkeitsgarantie bzw. unselbständige Garantie gemeint.

²⁶ Zum Thema Garantien im Umfeld von Kaufverträgen bestehen in der Schweiz mit den Dissertationen von FRÜH (1982) und LIPS (2002) grundsätzlich bloss zwei Abhandlungen.

²⁷ Die hiesige Rechtsordnung unterscheidet sich damit z.B. von Deutschland und England, wo im Zuge der Umsetzung der EU-Kaufrechtsrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG) eine entsprechende (Teil-)Legiferierung stattgefunden hat (vgl. hierzu hinten N 66 ff.).

²⁸ Im Gegensatz zur Schweiz besteht in Deutschland zu dieser Thematik ein reichhaltiger Literaturapparat. Soweit sich Argumente aus diesen Quellen für die Rechtslage in der Schweiz als ebenso zutreffend erweisen, werden diese eingearbeitet. Die Arbeit versteht sich jedoch nicht als rechtsvergleichend. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, Antworten mit Bezug auf das schweizerische Recht zu suchen.

²⁹ Vgl. hierzu hinten N 33 ff.

³⁰ Vgl. hierzu hinten N 114 ff.

Verkäufers zu modifizieren vermag³¹. Kommt man zum Ergebnis, dass dem Käufer für ein defektes Produkt sowohl der Hersteller als auch der Verkäufer haften, erhebt sich die Anschlussfrage, wie sich die Rechtslage in diesem Fall gestaltet³². Bei Streitigkeiten über Herstellergarantien stellen sich zudem auch unter prozessrechtlichen Gesichtspunkten spezielle Fragen; auf diese wird im zweitletzten Teil der Arbeit (4. Teil) eingegangen. Damit angesprochen ist vor allem die Konstellation, in welcher Hersteller und Verkäufer dem Käufer für einen Sachmangel verpflichtet sind³³. Abgerundet wird die Arbeit mit einer Zusammenfassung und einer schlagwortartigen Zusammentragung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse (5. Teil).

Auf die Behandlung von weiteren Garantiearten muss aus Platzgründen 15
verzichtet werden. Z.B. dürfte eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Verkäufergarantien, welche im Alltag verbreitet anzutreffen sind und eine Vielzahl an bislang kaum beantworteten bzw. strittigen Fragen aufwerfen (z.B. in Bezug auf das anwendbare Recht und das Verhältnis zur Sachgewähr³⁴), eine eigene Dissertation rechtfertigen. Allerdings sollten sich verschiedene Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit auch auf andere Garantiearten übertragen lassen, insbesondere was das Zustandekommen des Garantieverhältnisses zwischen Garant und Garantienehmer angeht.

³¹ Vgl. hierzu hinten N 188 ff.

³² Vgl. hierzu hinten N 259 ff.

³³ Vgl. hierzu hinten N 289 ff.

³⁴ Ein Teil der Lehre (z.B. LIPS, S. 43 ff.) vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass auf unselbständige Garantien die gesetzliche Gewährleistungsordnung direkt anwendbar sei. Die Gegenmeinung (z.B. VISCHER, Garantien, S. 329 f.; wohl auch ZK/HIGI/SCHÖNLE, Art. 197 OR N 107) lehnt eine direkte Anwendung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung mit dem überzeugenden Argument ab, dass es jeweils auf die konkrete Ausgestaltung der Garantie im Einzelfall ankomme. Unklar ist die Haltung des Bundesgerichts in dieser Frage: Während sich BGE 122 III 426 hinsichtlich der auf unselbständige Garantien anwendbaren Rechtsnormen ausschweigt, erweckt das höchste Gericht in BGer 4C.260/2001 E. 3a = Pra 2002 Nr. 71 den Eindruck, dass das Gewährleistungsrecht auf unselbständige Garantien direkt anwendbar sei, indem es ausführt, dass unselbständige Garantieerklärungen „der kaufvertraglichen einjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR unterstehen“. In BGer 4A_312/2012 E. 4 wird hingegen ausgeführt, Garantieversprechen seien im jeweiligen Einzelfall auszulegen.

2. Teil: Grundlagen

§ 4 Überblick

Garantieerklärungen des Herstellers ergehen im Alltag in unterschiedlichen 16
Formen. Weit verbreitet sind Garantiekarten, welche der Hersteller im
Rahmen der indirekten Distribution dem Produkt beilegt oder über den
Verkäufer abgegeben werden. Deren Ausgestaltung ist mannigfaltig: Ga-
rantiekarten können von kleinen und drucktechnisch besonders aufwändig
gestalteten („verschnörkelten“) Broschüren (z.B. bei luxuriösen Uhren) bis
hin zu ausführlichen, dicken Serviceheften (z.B. bei Autos) reichen. Dane-
ben sind Herstellergarantieerklärungen z.B. in der Werbung, auf Kassenbe-
legen, in Bestätigungsschreiben, auf Lieferscheinen, in Auftragsbestätigun-
gen oder entsprechenden Vermerken im Kaufvertrag anzutreffen³⁵. Wie die
Erscheinungsform der Erklärung an sich, ist auch deren textlicher Umfang
höchst unterschiedlich.

Abhängig von der Erklärungsform empfängt der Käufer eine Herstellerga- 17
rantieerklärung in ganz verschiedenen Stadien des Produkterwerbs: Teil-
weise werden solche Erklärungen dem (potentiellen) Käufer bereits anläss-
lich des ersten Kontakts mit dem garantiebegünstigten Produkt abgegeben.
So wird in Prospekten, Zeitungsinseraten, Internetanzeigen, TV-Spots usw.
regelmässig darauf aufmerksam gemacht, dass für das angepriesene Pro-
dukt eine Herstellergarantie bestehe. Demgegenüber kann die Garantieer-
klärung dem Käufer auch erst unmittelbar im Zusammenhang mit dem Ab-
schluss des Kaufvertrags oder im Anschluss daran (z.B. im Falle der
Garantiekarte) kundgegeben werden.

Dazu einige ausgewählte Beispiele aus der Praxis:

- Der Lederwarenhersteller A bietet in seiner Garantiekarte innerhalb 18
zweier Jahre nach Kauf gratis Instandstellung, „insofern der Fehler
nicht durch unsachgemässe Behandlung entstanden ist“.
- Beim Autohersteller B bestehen gemäss Anhang zum Kaufvertrag 19
zwei Arten von Garantien: eine schweizerische (nationale) und eine
internationale Garantie, wobei die schweizerische weitergehende
Leistungen beinhaltet und dieser gemäss Herstellerangaben grund-
sätzlich Vorrang zukommt. Nachstehend werden deshalb nur die

³⁵ Vgl. hierzu bereits vorne N 1.

wesentlichen Auszüge aus den schweizerischen Garantiebestimmungen abgedruckt:

- 20 Nach dem Autohersteller B sind von der Garantie für „volle drei Jahre oder 150'000 km alle durch sachgemässen Betrieb [...] verursachten Kosten für Verschleissreparaturen und benötigten [...] Ersatzteile abgedeckt“, vorbehalten Verbrauchsmaterial wie Reifen und Flüssigkeiten. Weiter steht in den Garantiebestimmungen Folgendes: „Ausgeschlossen von den B Swiss Premium Leistungen sind [...] Instandstellung von Unfall, Vandalismus, Dritt- oder Fremdeinwirkung, [...], Instandsetzung von Folgeschäden durch unsachgemässen oder überbeanspruchten Gebrauch des Fahrzeugs [...] sowie Schäden und Ereignisse, die auf Nichtbeachten der Betriebsvorschriften zurückzuführen sind“.
- 21 Zusätzlich gewährt der Autohersteller B dem Käufer weitere Garantieleistungen, mitunter eine „Durchrostungsgarantie“. Diese bestehe (insbesondere) unter der Voraussetzung, dass „Mängel unverzüglich nach ihrer Feststellung [...] angezeigt werden und unverzüglich Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben wird [...]“.
- 22 „Diese schweizerische Garantie gilt für alle Neufahrzeuge, welche von der Schweizer Niederlassung von B fakturiert wurden. Sie ist fahrzeugbezogen und bis zur Erreichung der Laufzeit oder Laufleistung auf den oder die Folgekäufer übertragbar. Die Leistungen können ausschliesslich bei autorisierten B Vertretungen in der Schweiz [...] geltend gemacht werden und beginnen mit der Ersteinlösung.“
- 23 – Der Skishersteller C gewährt auf der Rückseite der Kaufquittung „1 Jahr ab Kaufdatum volle Garantie. Ausgeschlossen sind: Verlust der Ski, normale Abnutzung, vorsätzliche und grobfahrlässige Beschädigung. Haftpflicht ausgeschlossen“. Zwei Jahre ab Kaufdatum garantiert C für „Fabrikationsfehler“.
- 24 – Gemäss Produkthandbuch repariert oder ersetzt Computerhersteller D während der Garantielaufzeit von zwei Jahren ab Kaufdatum das defekte Gerät kostenfrei. Die Entscheidung hierüber behält sich D aber vor. Von der Garantie nicht erfasst sind Schäden, die durch Unfall, unsachgemässe Nutzung, Nachlässigkeit, unsachgemässe Wartung oder ähnliche Ursachen entstanden sind. D ist nicht haftbar für den Nutzungsausfall des Produkts sowie Folgekosten oder -schäden.

- Der Fitnessgerätehersteller E gibt auf dem Lieferschein für sämtliche Mängel, die das Gehäuse seiner Geräte betreffen (d.h. auf alle nicht elektronischen Komponenten), eine „lebenslängliche Garantie“.
- Elektro-Haushaltsgerätehersteller F gewährt dem Besteller auf der Auftragsbestätigung auf allen von ihm gelieferten Produkten, die in der Schweiz gekauft wurden und in Betrieb sind, eine zweijährige Gewährleistung, gerechnet ab Rechnungsdatum an den Endverbraucher, längstens jedoch für 3 Jahre ab Lieferung an den Besteller. Die Gewährleistung beinhaltet Material, Arbeit und Fahrspesen.
„Die Gewährleistung ist ausgeschlossen bzw. wird vorzeitig abgebrochen, wenn die Schäden auf folgende Ursachen zurückzuführen sind: Verschleissteile, nicht fachgerechte Installationen, Nichtbeachtung der Bedienungsanleitung oder Betriebsvorschriften, höhere Gewalt, unsachgemässer Gebrauch, Eingriffe von nicht autorisierten Stellen und Verwendung von Nicht-Original-Ersatzteilen“.

Bei diesen Garantieerklärungen handelt es sich nicht etwa um aus Marketingüberlegungen angefügte Hinweise³⁶ des Herstellers auf ohnehin bestehende gesetzliche Ansprüche des Käufers. Im Gegenteil: Das Gesetz hält keine Grundlage bereit, wonach der Käufer einen Sachmangel gegenüber dem nicht am Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer beteiligten Hersteller geltend machen könnte. Denn die Sachgewährleistungsregeln nach Art. 197 ff. OR beziehen sich nur auf den Verkäufer und auch über das Deliktrecht lassen sich grundsätzlich keine Sachmängel durchsetzen³⁷. Eine

³⁶ Vgl. hierzu vorne N 4.

³⁷ Vgl. hierzu hinten N 205. Vor diesem Hintergrund wurde in Deutschland vor allem in den sechziger und siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts intensiv diskutiert, wie eine Haftung des Warenherstellers für Sachmängel bei im indirekten Absatz vertriebenen Produkten konstruiert werden kann (vgl. z.B. CANARIS, S. 494 ff.). U.a. wurde versucht, den Warenverkauf als Rechtstypus zu qualifizieren. Dies mit der Begründung, dass im (indirekten) Warenabsatz alle Verträge nur als Glieder des übergreifenden Vertriebszwecks Bedeutung hätten. Es handle sich um „sinnentleerte“ Kaufverträge, da ihr Sinngehalt primär im Absatzweg liege. Der Warenverkauf sei ein in sich geschlossenes mehrseitiges Vertragsgefüge. Damit sollte der Weg für eine vertragliche Verbindung zwischen Verkäufer und Hersteller geebnet werden (vgl. DIEDERICHSEN, S. 330 ff.). Vereinzelt wurde auch in der schweizerischen Lehre über eine Haftung des Warenherstellers für Sachmängel nachgedacht: LEU hat den Vorschlag von DIEDERICHSEN aufgegriffen, ihn aber aufgrund dogmatischer Bedenken abgelehnt (S. 137 ff.). HEINI vertritt demgegenüber die Auffassung, dass es sich bei Art. 197 ff. OR nicht um eine auf Vertrag, sondern um eine auf Gesetz beruhende, wenn auch an einen Kaufvertrag anknüpfende Vertrauenshaftung handle. Deshalb könne der Käufer den Hersteller auch ohne Vorliegen eines Kaufvertrags in die

diesbezügliche Verpflichtung des Herstellers kann sich demnach nur aus Rechtsgeschäft, d.h. aus Auslobung (Art. 8 OR) oder Vertrag (Art. 1 ff. OR), ergeben³⁸.

- 29 Aufgrund dessen fragt sich in einem ersten Schritt, ob diese Tatbestände mit den vom Hersteller abgegebenen Garantieerklärungen erfüllt werden und mithin daraus eine Sachmängelhaftung des Herstellers im Verhältnis zum Käufer resultiert (§ 5)³⁹. Bejahendenfalls ist in einem weiteren Schritt die Rechtsfolge des verwirklichten Herstellergarantie- bzw. Auslobungs- oder Vertragstatbestands, den Herstellergarantieanspruch des Käufers, zu beleuchten (§ 6)⁴⁰.
- 30 Der unter § 6 vorzunehmenden Untersuchung des Herstellergarantieanspruchs ist an dieser Stelle vorzuschicken, dass dieser nicht allgemeingültig bestimmt werden kann, da *die* Haltbarkeits- bzw. Herstellergarantie nicht existiert. Eine Herstellergarantie stellt vielmehr ein Rechtsgebilde dar, welches im Einzelfall verschieden ausgestaltet sein kann. Insoweit haben Herstellergarantien stets individuellen Charakter; etwa können sie sich in Bezug auf abgedeckte Mängel, Voraussetzungen der Geltendmachung oder Dauer unterscheiden. Gemeinsam ist jedoch sämtlichen Haltbarkeitsgarantien, dass der Garant dem Garantiennehmer damit verspricht, für Sachmängel der gekauften Sache während einer definierten Periode einzustehen⁴¹.
- 31 Mit dieser Ausgangslage wird wie folgt umgegangen: Zunächst wird in allgemeiner Weise das Vorgehen erläutert, wie der Richter streitige Punkten des Garantieverhältnisses zwischen Hersteller und Käufer zu bestimmen hat. Dabei ist u.a. auch zu klären, inwiefern diese Methode von der Rechtsnatur des Garantieanspruchs (Auslobung oder Vertrag) beeinflusst wird und ob Herstellergarantien von der AGB-Kontrolle betroffen sind (§ 6 I)⁴². Im Anschluss daran werden die vorstehend zitierten Praxisbeispiele unter Anwendung der dargelegten Theorie untersucht (§ 6 II)⁴³. Ziel ist, mit dieser Vorgehensweise typische, sich im Rechtsalltag mit Haltbarkeitsgarantiean-

Pflicht nehmen (S. 181 ff.). Soweit ersichtlich fand diese Auffassung bislang aber nirgends Zustimmung.

³⁸ Weitere Entstehungsgründe sind im vorliegenden Kontext von vornherein nicht in Betracht zu ziehen. Für eine Übersicht über die verschiedenen Entstehungsgründe von Obligationen vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 271 ff.

³⁹ Vgl. hierzu hinten N 33 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu hinten N 114 ff.

⁴¹ Vgl. hierzu vorne N 10 ff.

⁴² Vgl. hierzu hinten N 91 ff. Auf die AGB-Kontrolle wird auch im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Herstellergarantie und Gewährleistungsordnung zurückzukommen sein N 206 ff., 214).

⁴³ Vgl. hierzu hinten N 114 ff.

sprüchen des Käufers stellende Fragen (namentlich betreffend Geltendmachung, Inhalt, Dauer und Verjährung des Garantieanspruchs) herauszuarbeiten und soweit als möglich zu beantworten. Naturgemäss kann diese Darstellung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, da sich wegen des individuellen Charakters von Haltbarkeitsgarantien im jeweiligen Fall immer wieder spezifische Fragen ergeben können.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass für den Hersteller auch die Möglichkeit bestünde, z.B. im Rahmen eines Vertriebsvertrags dem Verkäufer (oder einem diesen vorgelagerten Glied der Distributionskette) eine Garantie zugunsten des Käufers zu erklären. Denn die Vertragsfreiheit erlaubt den Parteien, zu vereinbaren, dass die Leistung des Schuldners nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten erfolgen soll (sog. Vertrag zugunsten Dritter, Art. 112 OR)⁴⁴. Mit Ausnahme des aus Deutschland bekannten „Isolarglasfalles“, bei dem der BGH – gemäss zahlreichen Autoren allerdings zu Unrecht⁴⁵ – Ende der siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts von einem solchen Konstrukt ausging⁴⁶, sind jedoch – soweit überblickbar – aus dem Rechtsalltag keine weiteren derartigen Fälle bekannt. Deshalb wird die über einen Vertrag zugunsten Dritter begründete Herstellergarantie nicht weiter vertieft.

⁴⁴ KRAUSKOPF P., N 12; SCHWENZER, N 86.01 f.; vgl. hierzu auch hinten N 197.

⁴⁵ In der Lehre fand dieser Entscheid nur im Ergebnis Zustimmung. Die Mehrzahl der Autoren nahm den Standpunkt ein, dass die ausführliche Garantieumschreibung im Prospekt als Angebot an den Besteller auf Abschluss eines Garantievertrags zu werten sei. Diese habe der Besteller angenommen, indem er Ansprüche erhoben habe (CHRISTOFFEL, S. 169 ff.; EISENHUT, S. 101 ff.; MALSCH, S. 49 ff.; a.M. ANDROULAKIS, S. 117 ff.)

⁴⁶ Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Besteller beauftragte einen Glaser, für sein Haus Glasarbeiten durchzuführen. Dazu setzte der Glaser von einem Zwischenhändler bezogene Isolarglasscheiben ein. Der Zwischenhändler seinerseits hat die Glasscheiben unmittelbar beim Hersteller gekauft. Jahre später stellte sich heraus, dass sich zwischen den Scheiben Kondenswasser bildete. Erst nach Eintritt der Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Glaser erfuhr der Besteller, dass der Hersteller in Prospekten mit einer Garantie geworben hatte. Der Hersteller versicherte darin, dass – gerechnet vom Tage der ersten Lieferung an – für fünf Jahre die Durchsichtigkeit des Isolierglases durch Staubeinlagerungen etc. nicht beeinträchtigt sein werde. Daraufhin klagte der Besteller gegen den Hersteller aus Garantie auf Ersatzlieferung und Ersatz der Materialkosten. Während die Vorinstanzen die Klage abwiesen, hiess sie der BGH gut. Begründet wurde die Anerkennung der Klage damit, dass der Besteller seinen Garantieanspruch aus einem ihn begünstigenden Vertrag zwischen Hersteller und Zwischenhändler ableiten könne (BGH, Urteil vom 28.06.1979, VII ZR 248/78 = NJW 1979, S. 2036 f.).

§ 5 Zustandekommen einer Herstellergarantie

I. Wesen und Rechtsnatur einer Herstellergarantieerklärung

- 33 In der Lehre werden Garantieerklärungen generell als Antrag auf einen Vertrag aufgefasst⁴⁷, wobei die Rechtsverbindlichkeit einzelner Garantiezusagen in der Werbung⁴⁸ bzw. deren vermeintliche Willenserklärungseigenschaft in Frage gestellt wird⁴⁹. Die Möglichkeit, Garantieerklärungen möglicherweise als Auslobungserklärung zu qualifizieren, wird – von wenigen Ausnahmen abgesehen⁵⁰ – grundsätzlich nicht in Betracht gezogen.
- 34 Bei der Auslobung nach Art. 8 Abs. 1 OR handelt es sich um die Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Leistung durch öffentliche Bekanntmachung^{51/52}. Im Schrifttum ist die Rechtsnatur dieses Artikels bzw. des öffentlichen Belohnungsversprechens umstritten⁵³: Die Minderheitsmeinung geht davon aus, dass die Auslobung eine bedingte Offerte an unbestimmte Personen ist, die mit der Erbringung der gewünschten Leistung konkludent angenommen werden könne (Realakzept; Vertragstheorie)⁵⁴. Herrschender Ansicht nach handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Dementsprechend wird der Auslobende leistungspflichtig, wenn die geforderte Leistung erbracht wird, d.h. die Bedingung eintritt. Damit wird die bedingte Belohnungspflicht zur unbedingten (Pollizitations- oder Versprechenstheorie)⁵⁵.

⁴⁷ Vgl. z.B. FRÜH, S. 46 ff.; ANDROULAKIS, S. 28 f.; BOETIUS, S. 95; CHRISTOFFEL, S. 164; MALSCH, S. 45; REIDINGER, S. 54 f.; KOZIOL, S. 35 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu vorne N 1, 16.

⁴⁹ Vgl. z.B. ANDROULAKIS, S. 29 ff.; EISENHUT, S. 119 ff.; FRÜH, S. 78; LEU, S. 126 ff.; MALSCH, S. 56 f.

⁵⁰ KOLLER A., OR BT, § 4 N 248; ANDROULAKIS, S. 104 ff.

⁵¹ Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 OR lautet wie folgt: „Wer durch Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, hat diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten“.

⁵² KOLLER A., OR AT, § 26 N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1040; SCHWENZER, N 28.52.

⁵³ Vgl. hierzu ausführlich GUGGENHEIM, S. 15 ff.

⁵⁴ ZK/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 8 OR N 15 ff., 25; ZK/JÄGGI, Art. 8 OR N 37; MERZ, N 267.

⁵⁵ BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 12 ff.; BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 5 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1045 ff.; KELLER/SCHÖBI, Bd. I, S. 10; KOLLER A., OR AT, § 26 N 8, 15 ff.

Gemäss der herrschenden Meinung zu Art. 8 OR würde mit der Qualifikation der Garantieerklärung als Auslobungserklärung diese für sich alleine genügen, damit der Käufer gegenüber dem Hersteller einen Garantieanspruch erwirbt. Mit dem abgegebenen Garantieversprechen wird eine bedingte Leistungspflicht des Herstellers begründet, die Belohnung „seiner Auskündung gemäss zu entrichten“ (Art. 8 Abs. 1 OR). Unbedingt wird diese Verpflichtung mit der entsprechenden Leistungserbringung durch den Käufer, d.h. mit dem Produktkauf⁵⁶. Im Gegensatz dazu bedarf es bei einer Qualifikation der Garantieerklärung als Antrag zusätzlich eines Akzepts des Käufers, damit eine Garantieverpflichtung des Herstellers entsteht⁵⁷. Vor diesem Hintergrund wird zunächst die Frage, ob mit Garantieerklärungen der Auslobungstatbestand erfüllt wird, geprüft.

II. Herstellergarantien aus Auslobung

Die Auslobung setzt neben dem bereits angesprochenen öffentlichen Belohnungsversprechen⁵⁸ und der Leistungserbringung durch den präsumtiven Anspruchsberechtigten⁵⁹ ausserdem voraus, dass seitens des Auslobenden kein rechtzeitiger Rücktritt⁶⁰ vorliegt. Überdies wird in der Lehre als weitere Tatbestandsvoraussetzung das Vorliegen eines Eigeninteresses seitens des Auslobenden⁶¹ postuliert.

1. Öffentliches Belohnungsversprechen

Öffentlich ist die Auskündung seitens des Auslobenden dann, wenn sie sich nicht bloss an einzelne bestimmte Personen, sondern an einen unbestimmten Personenkreis richtet, wobei dieser irgendwie begrenzt sein darf (z.B. Studenten der HSG). Belohnungsversprechen, die an Adressaten gerichtet sind, welche von vornherein konkret bestimmt sind, fallen somit nicht unter den Tatbestand von Art. 8 OR. Beim Belohnungsversprechen handelt es sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, welche an keine besondere Form gebunden ist⁶². Als Belohnung kommen beliebige Leistun-

⁵⁶ Vgl. hierzu sogleich N 36 ff.

⁵⁷ Vgl. hierzu hinten N 51 ff.

⁵⁸ Vgl. hierzu sogleich N 37 ff.

⁵⁹ Vgl. hierzu hinten N 44 f.

⁶⁰ Vgl. hierzu hinten N 46 f.

⁶¹ Vgl. hierzu hinten N 48 ff.

⁶² BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 11 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1042; HOFFMANN, S. 33 ff.

gen bzw. Verhaltensweisen⁶³ in Frage, sofern sie nicht rechts- oder sittenwidrig sind. Erfasst sind mithin sämtliche denkbaren Leistungen, die Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können. Im Vordergrund stehen vor allem Sach-, Geld- oder Dienstleistungen⁶⁴.

- 38 Vorliegend führt das Merkmal des „Öffentlichkeitscharakters“ bereits zu einer Zweiteilung: Die eine Kategorie umfasst diejenigen Herstellergarantierklärungen, mit welchen sich der Garant an sämtliche potentiellen Käufer wendet. Paradebeispiel hierfür sind in der Werbung kundengegebene Garantierklärungen. Die andere Kategorie betrifft solche Garantierklärungen, welche der Hersteller erst unmittelbar im Zusammenhang mit dem Produkterwerb abgibt bzw. abgeben lässt und demzufolge an bestimmte Käufer gerichtet sind. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die Garantiekarte, die dem gekauften Produkt beiliegt oder vom Verkäufer als Hilfsperson des Herstellers dem Käufer überreicht wird⁶⁵. Bei der zweiten Gruppe fällt somit der Auslobungstatbestand mangels „Öffentlichkeitscharakter“ der Garantierklärung von vornherein ausser Betracht (Erklärung an den bestimmten Käufer).
- 39 Mit Bezug auf die erste Kategorie bleibt sodann zu prüfen, ob sich der Hersteller mit Garantiekundgaben in der Werbung (z.B. im Rahmen eines TV-Spots oder Zeitungsinserats) überhaupt binden möchte⁶⁶. Denn unabhängig davon, ob die Herstellergarantierklärung als öffentliches Belohnungsversprechen oder Antrag aufgefasst wird, muss daraus ein hinreichender „Garantiewille“ des Herstellers hervorgehen. Konkret muss die Erklärung des Herstellers dahin aufgefasst werden können, dass er dem Käufer im Falle von Sachmängeln ein (befristetes) Recht einräumen möchte⁶⁷.

⁶³ KUKO/WIEGAND/HURNI, Art. 8 OR N 3. WIEGAND/HURNI weisen darauf hin, dass der in diesem Zusammenhang regelmässig verwendete Begriff Leistung zu eng und zudem mit der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen verbunden sei.

⁶⁴ HOFFMANN, S. 52 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1044; KOLLER A., OR AT, § 26 N 7.

⁶⁵ Bei Garantierklärungen in Gestalt von öffentlichen Belohnungsversprechen wendet sich der Garant meist selbst bzw. direkt an die potentiellen Käufer. Selbstverständlich kann er sich dafür auch einer Hilfsperson bedienen. Art. 32 ff. OR wären in diesem Fall analog anzuwenden, da die Auslobung ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt und diese Bestimmungen auf den Vertragsabschluss (zweiseitiges Rechtsgeschäft) zugeschnitten sind.

⁶⁶ Vgl. dazu im Allgemeinen z.B. BK/KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR N 62.

⁶⁷ Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 14.04.2001, I ZR 133/09, N 24 ff.; Palandt/WEIDENKAFF, § 443 BGB N 19; ausführlich HANKE, S. 150 ff.

Ähnlich wie bei der Einordnungsproblematik von Eigenschaftszusicherungen des Verkäufers⁶⁸ stellt sich auch hier die Frage, ob anstatt einer Garantiezusage eine bloße Anpreisung⁶⁹ oder eine *Invitatio ad offerendum*⁷⁰ vorliegt⁷¹. Dies ist durch Auslegung zu entscheiden. Dabei ist, sofern kein klarer Wille bestimmt werden kann, das Vertrauensprinzip und damit der objektive Empfängerhorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers maßgebend⁷².

Folgende Indizien können bei der Qualifikation im Einzelfall Hilfe bieten: Typischerweise sind Aussagen, mit denen nur die Kauflust geweckt werden soll, aber offenkundig nicht wörtlich zu nehmen sind, als bloße Anpreisungen zu werten⁷³. Dasselbe muss für allgemein gehaltene, reklamehafte Aussagen in Zeitungsinseraten gelten („Alles in hervorragender Bauqualität gebaut“⁷⁴)⁷⁵. Jedoch können aus meiner Sicht – entgegen der überwiegenden Meinung⁷⁶ – bereits knappe, allerdings klar formulierte Erklärungen des Herstellers wie „zwölf Monate Herstellergarantie“ beim Käufer den schützenswerten Eindruck erwecken, der Hersteller gewähre ihm im Falle eines Produktkaufs eine Herstellergarantie. Mithin lassen sich aus einer solchen Erklärung grundsätzlich auch die wesentlichen Punkte des Garantieverhältnisses bestimmen⁷⁷. Dementsprechend muss erst recht von einem klaren Garantiewillen des Herstellers ausgegangen werden können, wenn in der Werbeaussage Garantieinhalt und Garantiebedingungen bereits im Einzelnen umschrieben werden⁷⁸.

Demgegenüber scheidet m.E. eine Qualifikation von Werbeaussagen des Herstellers als *Invitatio ad offerendum* aus folgender Überlegung aus: Um

⁶⁸ Vgl. hierzu vorne N 10 ff.; zur Abgrenzungsfrage CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 14 ff.; HUGUENIN, N 2602 ff.

⁶⁹ Vgl. zum Begriff der Anpreisung z.B. HUGUENIN, N 2601 f.

⁷⁰ Vgl. zum Begriff der *Invitatio ad offerendum* z.B. HUGUENIN, N 211 ff.

⁷¹ Vgl. z.B. EISENHUT, S. 119 ff.; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 34 (mit zahlreichen Hinweisen).

⁷² Vgl. zur Auslegung von Willenserklärungen z.B. HUGUENIN, N 189 ff.; SCHWENZER, N 27.33 ff.; ferner hinten N 98 f.

⁷³ Vgl. AKIKOL, N 269; HUGUENIN, N 2604.

⁷⁴ BGer 4C.267/2004 E. 2.2.

⁷⁵ CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 197 OR N 16; HUGUENIN, N 2604; AKIKOL, N 270.

⁷⁶ ANDROULAKIS, S. 29 ff.; EISENHUT, S. 119 ff.; FRÜH, S. 78; LEU, S. 126 ff.; MALSCH, S. 56 f. Es wird vertreten, dass der Garant hiermit lediglich unverbindlich kundgebe, dass bei Abschluss eines Kaufvertrags ein bindender Garantievertrag seinerseits folgen werde.

⁷⁷ Vgl. hierzu hinten N 59 f., 115 ff., 167 ff.

⁷⁸ Diese Auffassung wird auch von den in FN 75 zitierten Autoren vertreten, welche im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung die Bindungswirkung bei Kurzerklärungen wie „zwölf Monate Haltbarkeitsgarantie“ verneinen.

einen Verkäufer davor zu schützen, sich mit Zeitungsinseraten, Flyern usw. für ein Produkt der Gefahr auszusetzen, einer unbeschränkten, nicht kontrollierbaren Anzahl an Vertragspartnern gegenüber zu stehen, was sein Leistungsvermögen überschreiten würde⁷⁹, hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 OR die gesetzliche Vermutung⁸⁰ aufgestellt, dass derartige Auskündungen an sich nicht als Antrag gelten⁸¹. Bei der ausgelobten Herstellergarantieerklärung stellt sich diese Gefahr insoweit von vornherein nicht, als der Hersteller nur gegenüber denjenigen Personen leistungspflichtig werden kann, die ein von ihm angebotenes Produkt – indirekt, d.h. über den Verkäufer – erworben haben⁸². Hier kann der Hersteller somit selbst kontrollieren, welcher Anzahl an Garantienhemern er gegenübersteht. Im Übrigen wäre es bei Massengeschäften wie im Konsumgüterbereich auch völlig abwegig, davon auszugehen, ein Hersteller lade jeden Käufer dazu ein, ihm eine Offerte betreffend seiner Garantieverpflichtung zu unterbreiten.

- 43 Insgesamt gelten somit diejenigen Herstellergarantieerklärungen als öffentliches Belohnungsversprechen, welche sich an einen unbestimmten Käuferkreis richten. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass aus dem Garantieverprechen ein entsprechender Rechtbindungswille des Herstellers ergeht. Andernfalls liegt eine bloße Anpreisung vor. In einem solchen Fall kann die Werbekundgabe gegebenenfalls bei der Bestimmung des Garantieinhalts Bedeutung erlangen, indem sie als sog. Umstand im Rahmen der Auslegung Berücksichtigung findet⁸³.

⁷⁹ Vgl. OFK/KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 7 OR N 4.

⁸⁰ Vgl. zum Begriff der gesetzlichen Vermutung hinten N 98.

⁸¹ Diese Bestimmung ist insofern weit auszulegen, als darunter nicht nur die im Wortlaut ausdrücklich genannte „Versendung von Tarifen, Preislisten und dergleichen“ fällt, sondern diese insbesondere auch auf Zeitungsinserate Anwendung findet, in denen Waren oder Dienstleistungen angepriesen werden (vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 374; KOLLER A., OR AT, § 7 N 21).

⁸² Vgl. hierzu sogleich N 44 f. Auch bei vertraglichen Herstellergarantien ist offensichtlich, dass der Hersteller nur mit demjenigen, der sein Produkt effektiv kauft, einen Herstellergarantievertrag abschließt.

⁸³ Vgl. hierzu hinten N 98 f.. Freilich kann dies grundsätzlich nur für die vom Hersteller selbst veranlasste Werbung gelten (MK/WESTERMANN, N 13; Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 20). In Ausnahmefällen, etwa wenn der Hersteller erwiesenermaßen von unzutreffenden Garantieerklärungen Kenntnis hat und solche duldet, kann sich dies gegebenenfalls anders verhalten (Problematik der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht nach Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR; vgl. Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 20; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1448; a.M. HANKE, S. 189). Damit wären überdies Haftungsfragen im internen Verhältnis zwischen Hersteller und Verkäufer verbunden.

2. Bedingung der Leistungsvornahme

Das Belohnungsversprechen muss an eine Leistung geknüpft sein. Diese kann beliebig geartet sein, solange sie eine „menschliche Anstrengung“ (Tun oder Unterlassen) erfordert und nicht rechts- oder sittenwidrig ist⁸⁴. Der Auslobende kann innerhalb des rechtlich Zulässigen bestimmen, wie die Leistung auszusehen hat. Auch kann der Auslobende eine Frist setzen, innert welcher er die Leistung erbracht haben will⁸⁵. Vom Anwendungsbe-
reich des Art. 8 OR nicht erfasst werden im Übrigen Belohnungsversprechen ohne die Bedingung einer Leistungsvornahme; diese sind als bedingtes Schenkungsversprechen zu verstehen und bedürfen deshalb gemäss Art. 243 OR der Schriftform⁸⁶. 44

Herstellergarantien sind an die Bedingung der Leistungsvornahme geknüpft. Der Käufer erwirbt die Garantie nur, falls er das garantiebegünstigte Produkt erwirbt. Dies ergibt sich entweder aus der Garantieerklärung selbst, wo dies ausdrücklich festgehalten ist, oder – was den Regelfall bilden dürfte – aus den Umständen bzw. der Natur der Herstellergarantie. Es ist offensichtlich, dass der Hersteller nur gegenüber dem tatsächlichen Käufer eine Garantieverpflichtung eingehen möchte⁸⁷. Ebenso kann der Käufer seinerseits nur ein Interesse an der Garantie haben, wenn er das entsprechende Produkt auch tatsächlich kauft. Ohne den Erwerb des garantiebegünstigten Produkts kann die Garantie auch keinen Nutzen stiften. 45

3. Bedingungseintritt, kein rechtzeitiger Rücktritt

Die Leistung muss vom präsumtiven Anspruchsberechtigten der Auskündigung entsprechend entrichtet werden^{88/89}. Die Bedingung ist dabei selbst dann erfüllt, wenn die geforderte Leistung nicht im Zusammenhang mit der Auslobung oder sogar in deren Unkenntnis erbracht wird⁹⁰. Ferner darf der 46

⁸⁴ BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 14 f.; HOFFMANN, S. 52; KOLLER A., OR AT, § 26 N 5 f.; BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 58.

⁸⁵ Setzt der Auslobende keine ausdrückliche Frist, so ist mittels Auslegung zu ermitteln, wann das Belohnungsversprechen wegen mangelnden Interesses des Auslobenden an der Leistung untergeht (BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 17; CHK/KUT/SCHNYDER A.K., Art. 8 OR N 7).

⁸⁶ BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 14 f.; CHK/KUT/SCHNYDER A.K., Art. 8 OR N 6 f.

⁸⁷ Vgl. hierzu auch vorne N 4.

⁸⁸ Blosser Teilleistungen oder unvollständige Leistungen lösen dagegen die Versprechensbedingung nicht aus (BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 23).

⁸⁹ BSK/BUCHER, Art. 8 OR N 18; KOLLER A., OR AT, § 26 N 10; BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 23.

⁹⁰ BGE 39 II 597; BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 28; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1047.

Auslobende nicht rechtzeitig von der Auslobung zurückgetreten sein, denn vor Erbringung der Leistung ist die Auslobung widerruflich (Art. 8 Abs. 1 OR). Je nach den gegebenen Umständen kann ein solcher Widerruf jedoch gemäss Art. 8 Abs. 2 OR schadensersatzpflichtig machen^{91/92}.

- 47 Der Käufer erbringt mit dem Produktkauf die vom Garanten geforderte Leistung. Den Garantieanspruch erwirbt er – wie ausgeführt – selbst dann, wenn er vom Garantieversprechen keine Kenntnis gehabt hat⁹³. Ausserdem ist in aller Regeln davon auszugehen, dass der Garant nicht von der einmal abgegebenen Herstellergarantieerklärung zurücktritt; dies alleine schon wegen des mit einem solchen Rücktritt verbundenen Risikos eines Imageverlusts.

4. Eigeninteresse des Auslobenden

- 48 BUCHER bringt in seiner Kommentierung zu Art. 8 OR im Basler Kommentar überdies vor, der Auslobende müsse ein Eigeninteresse an der durch die Verpflichtungserklärung geschaffenen Rechtslage haben⁹⁴. SCHMIDLIN vertritt im Berner Kommentar im Grundsatz dieselbe Auffassung, relativiert aber insoweit, als das Eigeninteresse nicht unmittelbar sein müsse, sondern auch Leistungen im Interesse Dritter Gegenstand der Auslobung sein können⁹⁵.
- 49 M.E. liefert das Gesetz keine Anhaltspunkte für eine solche zusätzliche, selbständige Anspruchsvoraussetzung. Obwohl es sich bei der Auslobung um ein einseitiges Rechtsgeschäft und nicht um einen Vertrag handelt, so sind die Regeln des OR AT (welche auf Verträge zugeschnitten sind bzw. ausdrücklich immer von Verträgen handeln) auf alle Rechtsgeschäfte analog anwendbar⁹⁶. Dazu gehört in diesem Zusammenhang auch die Vertragsfreiheit, welche besagt, dass jede Person in ihrer Entscheidung frei ist, ob, mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schliesst⁹⁷. Von daher muss der Vertragsschliessende auch in Bezug auf die mit einem Vertragsabschluss verfolgten Interessen frei sein. Ein vernünftiger Grund, weshalb dies bei der Auslobung anders sein sollte, ist nicht ersichtlich und wird von

⁹¹ KUKO/WIEGAND/HURNI, Art. 8 OR N 5, 7, sehen darin einen gesetzlichen Fall der Vertrauenshaftung.

⁹² Vgl. hierzu im Einzelnen KOLLER A., OR AT, § 26 N 12 ff., 19 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1048.

⁹³ Vgl. hierzu soeben N 46.

⁹⁴ BSK/BUCHER, Art. 8 N 20.

⁹⁵ BK/SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 55.

⁹⁶ KUKO/WIEGAND/HURNI, Einleitung zu Art. 1-40g OR N 10.

⁹⁷ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. SCHWENZER, N 25.01 ff.

BUCHER und SCHMIDLIN auch nicht genannt. Deshalb kann nicht erheblich sein, in wessen Interesse die Leistung des Auslobenden steht. Sie kann entweder in seinem eigenen oder im Interesse Dritter sein. Indes wäre vorliegend aber auch diese Anspruchsvoraussetzung erfüllt, da der Garant mit der Herstellergarantie – wie aufgezeigt – eigene Interessen verfolgt (namentlich dasjenige der Absatzförderung, des Informationsgewinns und der Erhaltung der Absatzbeziehung)⁹⁸.

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass der Auslobungstatbestand vorwiegend mit in der Werbung kundgegebenen Garantiezusagen erfüllt wird. Demgegenüber ist bei denjenigen Erklärungen, welche an den konkreten Käufer gerichtet sind, der Auslobungstatbestand mangels „Öffentlichkeitscharakter“ des Garantieversprechens nicht gegeben. Im weiteren Gang dieser Arbeit wird nunmehr untersucht, unter welchen Voraussetzungen Garantieerklärungen ohne Öffentlichkeitscharakter unter den Vertragstatbestand fallen.

III. Herstellergarantien aus Vertrag

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR setzt der Abschluss eines Vertrags den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (Antrag und Annahme) voraus⁹⁹. Die Übereinstimmung muss sich jedoch nicht auf alle nur denkbaren Punkte beziehen. Vorausgesetzt, aber auch genügend, ist die Einigung in den sog. wesentlichen Punkten¹⁰⁰. Ob der zustande gekommene Vertrag auch gültig ist, hängt von der Beachtung der jeweiligen Gültigkeitserfordernisse ab¹⁰¹. Die Begründung eines Schuldvertrags kann unter Mitwirkung von Hilfspersonen erfolgen¹⁰².

1. Antrag und Annahme

a) Antrag

Die von der herrschenden Lehre postulierte Auffassung, wonach Herstellergarantieerklärungen als Antrag des Garanten auf Abschluss eines Ver-

⁹⁸ Vgl. hierzu vorne N 4.

⁹⁹ Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 286; SCHWENZER, N 28.01; hierzu sogleich N 52 ff.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. KOLLER A., OR AT, Einleitung zu § 6 und 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 330 ff.; hierzu hinten N 59 f.

¹⁰¹ Vgl. z.B. HUGUENIN, N 336; hierzu hinten N 61 f.

¹⁰² Vgl. z.B. KOLLER A., OR AT, § 15 N 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1306 ff.; vgl. hierzu hinten N 63 f.

trags zu verstehen sind¹⁰³, ist m.E. in Bezug auf Garantieerklärungen, deren Adressat ein bestimmter Käufer ist, zutreffend. Zu denken ist dabei primär an die Garantiekarte, sekundär aber auch an in der Praxis immer wieder anzutreffende Garantieerklärungen auf Kassenbelegen, Lieferscheinen, Auftragsbestätigungen oder in Bestätigungsschreiben und Kaufverträgen¹⁰⁴. Denn vorbehaltlich einer explizit darauf vermerkten ablehnenden Erklärung kann und darf der Käufer davon ausgehen, dass sich der Garant mit einer solchen Garantieerklärung zur Erbringung der Garantieleistung verpflichten will. In Abweichung etwa zu Garantieerklärungen in Werbebotschaften ist hier der Kaufvertragsabschluss mit dem Lieferanten bereits erfolgt oder er steht unmittelbar bevor; im zweiten Fall gilt der Antrag selbstverständlich nur unter der Bedingung, dass es tatsächlich zum Vertragsabschluss kommt¹⁰⁵.

- 53 Hinsichtlich des im Einzelfall gegebenenfalls fraglichen Rechtsbindungswillens des Garanten kann auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Belohnungsversprechen verwiesen werden¹⁰⁶.

b) Annahme

- 54 Bezüglich der Annahme der vorgenannten Anträge ist zu unterscheiden zwischen jenen, für welche der Hersteller explizit eine Annahme verlangt und denjenigen, zu denen er sich nicht äussert:
- 55 Der Hersteller ist als Antragsteller „Herr seines Antrags“ und kann daher grundsätzlich beliebige Anforderungen an die Annahmeerklärung stellen, etwa punkto Annahmefrist, Erklärungsmittel oder Erklärungsort. Ob es sich bei der jeweiligen Anforderung um ein Gültigkeitserfordernis oder eine blossе Ordnungsvorschrift handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln¹⁰⁷. Wird in Fällen wie den vorliegenden z.B. eine Rücksendung der ausgefüllten Garantiekarte innert sieben Tagen oder eine elektronische Registrierung innerhalb eines Monats ab Ablieferung des Produkts verlangt, ist darin aus meiner Sicht grundsätzlich ein Gültigkeitserfordernis zu erblicken, da der Garant mit dieser Anforderung kundgibt, dass er Gewissheit über den Bestand oder Nichtbestand des Herstellergarantieertrags haben will¹⁰⁸. Des-

¹⁰³ Vgl. hierzu vorne N 33.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu vorne N 1, 16 f.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu vorne N 45.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu vorne N 39 ff.

¹⁰⁷ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 7 N 54.

¹⁰⁸ Daran interessiert kann der Hersteller z.B. deshalb sein, um in der Jahresrechnung entsprechende Rückstellungen ausweisen zu können (vgl. Art. 959 Abs. 5 OR).

halb muss für das Zustandekommen des Herstellergarantievertrags die Annahme in der vom Garanten vorgeschriebenen Art und Weise erfolgen¹⁰⁹.

Schreibt der Hersteller jedoch keine bestimmte Annahme vor und reagiert der Garantiennehmer nach Erhalt der Garantiekarte nicht, lässt sich das Zustandekommen des Herstellergarantievertrags mit Art. 6 OR (stillschweigende Annahme) begründen¹¹⁰. Für ein stillschweigendes Zustandekommen eines Herstellergarantievertrags im Sinne dieser Bestimmung spricht, dass der Herstellergarantievertrag den Käufer im Verhältnis zum Hersteller in Bezug auf Sachmängel besser stellt¹¹¹. Zudem bringt die Herstellergarantie für den Käufer keine Verpflichtungen mit sich.

Gäbe es Art. 6 OR nicht, liesse sich das Zustandekommen eines Herstellergarantievertrags auch wie folgt begründen: In Bezug auf die zeitliche Geltung der Offerte gelangen Art. 4 OR (Antrag unter Anwesenden) und Art. 5 OR (Antrag unter Abwesenden) zur Anwendung¹¹². Nach Art. 5 Abs. 1 OR ist der Antragsteller bei einem Antrag unter Abwesenden – wovon vorliegend generell auszugehen ist – bis zu dem Zeitpunkt gebunden, als er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf¹¹³. Ginge man davon aus, dass die Bindungsdauer des Antrags der Garantiedauer¹¹⁴ entspricht, könnte die (mögliche) Geltendmachung von Garantieansprüchen innerhalb der Garantiedauer als konkludente Annahme¹¹⁵ aufgefasst werden¹¹⁶.

¹⁰⁹ Vgl. auch ANDROULAKIS, S. 31.

¹¹⁰ Grundsätzlich gilt jedoch, dass durch Schweigen auf einen Antrag der Vertrag nicht zustande kommt, selbst wenn der Antragsempfänger einen Annahmewillen hat. Schweigen wird nur ausnahmsweise – z.B. mit dem im vorliegenden Kontext interessierenden Art. 6 OR – als Annahme behandelt (vgl. z.B. TERCIER/PICHONNAZ, N 625a; KOLLER A., OR AT, § 7 N 97 ff. Der Entwurf OR 2020 kodifiziert diesen Grundsatz in Art. 9 Abs. 1.

¹¹¹ So bereits FRÜH, S. 82 f.; ANDROULAKIS, S. 31 (mit § 151 BGB besteht in Deutschland eine sehr ähnliche Bestimmung). Nach LEU, S. 123, kommt die „Herstellergarantie-Vereinbarung“ zwischen diesen beiden Parteien zustande, weil das (übliche) Stillschweigen des Käufers in solchen Fällen als Annahme gelten müsse.

¹¹² Vgl. z.B. SCHWENZER, N 28.16; HUGUENIN, N 234 ff.; KOLLER A., OR AT, § 7 N 32, 37.

¹¹³ Die Annahmefrist bemisst sich also nach dem Erwartungshorizont des Antragstellers, was nichts anderes heisst, als dass sich der Richter im Streitfall in die Position des Antragstellers zu versetzen und zu fragen hat, in welchem Zeitpunkt das Eintreffen der Annahmeerklärung erwartet werden durfte (KOLLER A., OR AT, § 7 N 40).

¹¹⁴ Vgl. hierzu hinten N 170 ff.

¹¹⁵ Nach Art. 1 Abs. 2 OR kann eine Willenserklärung entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Ausdrücklich ist jede Willenserklärung, die entweder durch geschriebene oder gesprochene Worte oder durch ein Zeichen kundgegeben wird. Als stillschweigende Willensäußerung gilt demgegenüber jenes Verhalten, welches den

- 58 Dieses Auslegungsergebnis erscheint dadurch gerechtfertigt, dass der Hersteller einerseits mit der Kontaktaufnahme des Käufers erst im Garantiefall¹¹⁷ und andererseits während der ganzen versprochenen Garantiedauer¹¹⁸ rechnen muss¹¹⁹.

2. Einigung in den wesentlichen Punkten

- 59 Angesichts der Tatsache, dass Herstellergarantieverträge zumeist durch Schweigen seitens des Garantienehmers zustande kommen, muss für die Beantwortung der Konsensfrage vorwiegend auf die Herstellergarantiekklärung abgestellt werden. Diese können einen unterschiedlich hohen Detaillierungsgrad aufweisen¹²⁰.
- 60 M.E. stellen bei den hier interessierenden Haltbarkeitsgarantien der Mangelbegriff und die Garantiedauer die objektiv wesentlichen Punkte dar. Diese machen die „Idee des Geschäfts“ bzw. den „Geschäftskern“ aus, da damit festgelegt wird, wofür und für wie lange der Käufer einen Garantieanspruch hat¹²¹. Es kann nicht sein, dass der Richter die vom Hersteller freiwillig eingegangene Leistungspflicht in diesen Kernpunkten definiert. Wie bereits angesprochen wurde und im Einzelnen noch aufgezeigt wird, kommt es in der Praxis in diesem Zusammenhang kaum zu Problemen¹²².

3. Gültigkeitserfordernisse

- 61 Bei Herstellergarantien bestehen von Gesetzes wegen keine zu beachtenden besonderen Gültigkeitsanforderungen. Mitunter kann der Herstellergarantievertrag formfrei abgeschlossen werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). Selbst-

inneren Abschlusswillen nicht ausdrücklich, sondern durch die jeweiligen Umstände zum Ausdruck bringt (sog. konkludentes Verhalten [vgl. z.B. BSK/BUCHER, Art. 1 OR N 15 ff.; OFK/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 1 OR N 17]).

¹¹⁶ Hingegen kann in der alleinigen Benutzung des Produkts durch den Garantienehmer keine konkludente Annahme gesehen werden, da sie nur Ausdruck der Ausübung des erworbenen Eigentumsrechts am Produkt ist (so bereits FRÜH, S. 82).

¹¹⁷ Vgl. hierzu hinten N 115 ff.

¹¹⁸ Vgl. hierzu hinten N 167 ff.

¹¹⁹ Vgl. ANDROULAKIS, S. 32 f.; BADER, S. 211; MALSCH, S. 47 f.; REIDINGER, S. 57; a.M. FRÜH, S. 81 f.

¹²⁰ Vgl. hierzu vorne N 18 ff.

¹²¹ Selbstverständlich können die Parteien im Einzelfall das Zustandekommen des Herstellergarantievertrags von weiteren Punkten (subjektiv wesentliche Punkte) abhängig machen (Prinzip der Privatautonomie; vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 341 ff.; HUGUENIN, N 260).

¹²² Vgl. hierzu hinten N 116 ff., 170 ff.

verständlich kann der Garant jedoch Gültigkeitsanforderungen stipulieren¹²³.

Im Übrigen untersteht der Herstellergarantievertrag wie jeder andere Vertrag den allgemeinen Gültigkeitserfordernissen: So darf der Herstellergarantievertrag z.B. keinen widerrechtlichen, unmöglichen oder unsittlichen Inhalt aufweisen¹²⁴. Ebenso darf er nicht an einem Willensmangel leiden, ansonsten er einseitig unverbindlich ist¹²⁵.

4. Stellvertretung und Botenschaft

Während sich der Hersteller bei Garantieverklärungen in Gestalt von öffentlichen Belohnungsversprechen meist selbst bzw. direkt an den potentiellen Käufer wendet, erfolgt der Abschluss des Herstellergarantievertrags verbreitet unter Mitwirkung des Verkäufers als Hilfsperson¹²⁶. Zu denken ist an den Fall, bei welchem die Garantiekarte dem Produkt nicht beigelegt ist, sondern vom Verkäufer abgegeben wird und/oder er diese ausfüllen muss (z.B. das Kaufdatum eintragen sowie die Karte unterschreiben und abstempeln). Es fragt sich, ob der Verkäufer als Bote oder Stellvertreter des Herstellers anzusehen ist: Während der Stellvertreter eine Erklärung mit Wirkung für den Vertretenen abgibt (aktive Vertretung) oder entgegennimmt (passive Vertretung), ist der Bote nur dazu da, eine Erklärung zu übermitteln, entweder für den Erklärenden (Erklärungsbote) oder für den Erklärungsempfänger (Empfangsbote)¹²⁷. Der Bote schliesst daher im Gegensatz zum Stellvertreter keinen Vertrag ab.

Gemäss – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung kommt dem Verkäufer im Zusammenhang mit Herstellergarantien lediglich Botenstellung zu¹²⁸. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, da der Verkäufer in aller Regel keine Entscheidungsbefugnisse zustehen und sich seine Funktion auf die Übermittlerrolle beschränkt. Stehen dem Verkäufer im

¹²³ Vgl. hierzu vorne N 55.

¹²⁴ Vgl. zum hierzu hinten N 91 ff., 101.

¹²⁵ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. KOLLER A., OR AT, § 11 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 488 ff.

¹²⁶ Selbstverständlich kann sich der Hersteller auch für die Kundgabe der ausgelobten Garantieverklärung des Verkäufers als Hilfsperson bedienen. Art. 32 ff. OR wären in diesem Fall analog anzuwenden, da die Auslobung ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt und diese Bestimmungen auf den Vertragsabschluss (zweiseitiges Rechtsgeschäft) zugeschnitten sind.

¹²⁷ SCHWENZER, N 40.06; BK/ZÄCH/KÜNZLER, Vorbemerkungen zu Art. 32-40 OR N 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1316.

¹²⁸ FRÜH, S. 76 ff.; BADER, S. 211; BOETIUS, S. 95 f.; LIPS, S. 12 f.; MALSCH, S. 45 f.

konkreten Einzelfall allerdings Entscheidungsbefugnisse zu, indem er z.B. entscheiden kann, wie lange die Garantiedauer ist und welche Garantieleistungen gewährt werden, ist er als Stellvertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR zu qualifizieren¹²⁹.

IV. Zusammenfassende Bemerkung mit Hinweis auf die Rechtslage in der EU am Beispiel von Deutschland und England

- 65 Nach dem Gesagten verkörpert eine an einen bestimmten Käufer gerichtete Garantieerklärung im Regelfall einen Antrag auf Abschluss eines Herstellergarantievertrags, dessen Annahme durch den Käufer entweder ausdrücklich oder gestützt auf die Fiktion von Art. 6 OR erfolgen kann. In teilweiser Abweichung von der herrschenden Lehre wurde dargelegt, dass sämtliche in der Praxis auftretenden Garantieerklärungen mit dem Auslobungs-¹³⁰ oder dem Vertragstatbestand¹³¹ erfasst werden können. Garantieerklärungen des Herstellers erweisen sich grundsätzlich als anspruchsbegründend. Dabei stellt die Auslobung (Art. 8 OR) den Spezialtatbestand dar, weil er sich als einseitiges Rechtsgeschäft – sofern der Käufer das entsprechende Produkt kauft – mit der Garantieerklärung alleine verwirklicht, während beim Vertragstatbestand eine zweite Willenserklärung erforderlich ist.
- 66 Im Unterschied zur Schweiz bestehen für solche Garantieerklärungen z.B. in England oder Deutschland aufgrund der EU-Kaufrechtsrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG) eigene Gesetzesbestimmungen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG muss derjenige, der die Garantie im Rahmen eines Konsumentenverhältnisses anbietet, zu den in der Garantieerklärung und einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gebunden sein¹³². Gegenstand dieser Richtlinienbestimmung ist die Regelung der Bindungswirkung der Garantieerklärung bzw. des Garantietatbestands als solches, nicht jedoch des Garantieinhalts. Dieser bestimmt sich im Einzelfall nach der

¹²⁹ Vgl. REIDINGER, S. 55.

¹³⁰ Vgl. hierzu vorne N 36 ff.

¹³¹ Vgl. hierzu vorne N 51 ff.

¹³² Der Garantiebegriff der Richtlinie umfasst gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e „jede von einem Verkäufer oder Hersteller gegenüber dem Verbraucher ohne Aufpreis eingegangene Verpflichtung, den Kaufpreis zu erstatten, das Verbrauchsgut zu ersetzen oder nachzubessern oder in sonstiger Weise Abhilfe zu schaffen, wenn das Verbrauchsgut nicht den in der Garantieerklärung oder in der einschlägigen Werbung genannten Eigenschaften entspricht“. Davon abzugrenzen ist die „Haftung des Verkäufers“ (gesetzliche Garantie des Verkäufers [Mängelrechte]) nach Art. 3 und 5 der Richtlinie (Grundmann/Bianca/MALINVAUD, Art. 6 EU-Kaufrechtslinie N 1 f.).

jeweiligen Vereinbarung unter den Parteien¹³³. Art. 6 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG stipulieren bloss bestimmte Pflichtangaben, die in der Garantieerklärung aus Transparenzgründen enthalten sein müssen sowie die Pflicht des Garanten, die Garantieerklärung dem Verbraucher auf Wunsch schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zugänglich zu machen. Art. 6 Abs. 4 ermächtigt ferner die Mitgliedstaaten, Vorschriften zur Sprachwahl in der Garantieerklärung aufzustellen. Eine Missachtung dieser Formalien lässt die Wirksamkeit der Garantie jedoch unberührt (vgl. Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 1999/44/EG)¹³⁴.

In England wurde Art. 6 der Richtlinie 1999/44/EG in der Regulation 15 Sale and Supply of Goods to Consumer Regulations 2002 (SSGCR) umgesetzt¹³⁵. Mit deren Schaffung konnten vormalige Probleme und Unsicherheiten in Bezug auf die Rechtsverbindlichkeit von unentgeltlichen Garantien¹³⁶ beseitigt werden¹³⁷. Vor Einführung dieser Bestimmung war nach englischem Recht ein Garantieverprechen nur bei Vorhandensein aller Voraussetzungen eines Vertragsabschlusses bindend; mithin bedurfte es des Angebots und der Annahme, der „consideration“ bezüglich der Garantieverpflichtung sowie der Absicht, sich rechtlich mit der Garantieerklärung zu binden. Heikel war dabei bei Herstellergarantien stets die Frage nach dem Vorliegen der „consideration“. Die „consideration“ verlangt für ein wirksames Leistungsversprechen grundsätzlich die Erbringung einer irgendwie gearteten Gegenleistung („Preis für das Versprechen“)¹³⁸. In der

¹³³ ZERRES, S. 400; Grundmann/Bianca/SERRANO, Art. 1 EU-Kaufrechtslinie N 22; Grundmann/Bianca/MALINVAUD, Art. 6 EU-Kaufrechtslinie N 32.

¹³⁴ Grundmann/Bianca/MALINVAUD, Art. 6 EU-Kaufrechtslinie N 41.

¹³⁵ HOWELLS/TWIGG-FLESNER, S. 320. Regulation 15 (1) SSGCR lautet wie folgt: „Where goods are sold or otherwise supplied to a consumer which are offered with a consumer guarantee, the consumer guarantee takes effect at the time the goods are delivered as a contractual obligation owed by the guarantor under the conditions set out in the guarantee statement and the associated advertising“.

¹³⁶ Hierbei handelt es sich häufig um sog. „traditional guarantees“, mit welcher der Hersteller für Material- und Verarbeitungsfehler garantiert und im Garantiefall Nacherfüllung bzw. Nachbesserung verspricht. Ferner sind auch sog. „satisfaction guarantees“ bzw. „money-back-guarantees“ anzutreffen, die dem Käufer das Recht einräumen, das Produkt bei Nichtgefallen innert – in der Regel – 28 Tagen gegen Rückerstattung des vollen Kaufpreises zurückzugeben. Daneben bieten auch in England verschiedene Hersteller Anschlussgarantien, sog. „extended warranties“, an (vgl. ZERRES, S. 394 f. m.w.H.; hierzu auch vorne FN 4).

¹³⁷ HOWELLS/TWIGG-FLESNER, S. 319.

¹³⁸ ZERRES, S. 396. Dabei muss die Gegenleistung nicht verhältnismässig sein, sondern der Versprechende muss vielmehr nur irgendeinen Vorteil erlangen respektive der Versprechensempfänger muss einen Nachteil bzw. Verlust erleiden. Vgl. zum (Kauf-)Vertragsschluss nach englischem Recht im Einzelnen z.B. Benjamin's/

Praxis wurde diesem Problem unterschiedlich entgegnet: Häufig verlangte der Hersteller vom Käufer als Gegenleistung eine Handlung wie die Rücksendung der ausgefüllten Garantiekarte („registration card“). Solche Handlungen wurden gemeinhin als gültige „consideration“ anerkannt, indem der für den Hersteller mit der ausgefüllten Garantiekarte einhergehende Informationsgewinn (Angaben zum Käufer) als dessen Vorteil bzw. das Ausfüllen und Rücksenden der Garantiekarte als Nachteil des Käufers gewertet wurde¹³⁹. Problematischer gestaltete sich die Situation dort, wo die Garantiekarte dem verpackten Produkt beilag, dementsprechend der Käufer keine Kenntnis davon hatte und keine entsprechende Handlung vornehmen musste. In diesem Fall blieb die Garantieerklärung ohne Bindungswirkung¹⁴⁰.

- 68 Mit der Regulation 15 (1) SSGCR wurde die Notwendigkeit der „consideration“ für die Rechtsverbindlichkeit einer Garantieerklärung abgeschafft. Diese Bestimmung betrachtet eine Herstellergarantie mit der Ablieferung der Ware als „vertragliche Verpflichtung“ des Garantiegebers („consumer guarantee takes effect at the time of goods are delivered as a contractual obligation owed by the guarantor“). Damit entfällt das heikle Erfordernis einer „consideration“¹⁴¹.
- 69 In Deutschland fehlte es vor der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 1999/44/EG ebenfalls an einer speziellen Legiferierung der Herstellergarantie. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie wurde mit § 443 BGB eine allgemeine Vorschrift geschaffen, welche die Bindungswirkung des Garanten an seine Garantieerklärung festhält¹⁴². Anders als in England kommt

RAWLINGS, N 2-001 ff. Beim Kaufvertrag liegt die „consideration“ im zu bezahlenden Kaufpreis (Benjamin’s/RAWLINGS, N 2-044 [mit zahlreichen Hinweisen]).

¹³⁹ HOWELLS/TWIGG-FLESNER, S. 319; ZERRES, S. 396 f. Soweit keine Rücksendungspflicht bestand, wurde hinsichtlich der „consideration“ vertreten, dass der Hersteller durch den Kauf ebenfalls profitiere oder der Käufer durch die Kaufpreiszahlung einen Nachteil erleide.

¹⁴⁰ HOWELLS/TWIGG-FLESNER, S. 319; ZERRES, S. 397. Ungeachtet dessen erbrachten Hersteller ihre Garantieleistungen häufig auf freiwilliger Basis, womit das Problem eher akademischer, denn praktischer Natur war.

¹⁴¹ ZERRES, S. 409 f. (mit zahlreichen Hinweisen).

¹⁴² § 443 Abs. 1 BGB lautet wie folgt: „Geht der Verkäufer, der Hersteller oder ein sonstiger Dritter in einer Erklärung oder einschlägigen Werbung, die vor oder bei Abschluss des Kaufvertrags verfügbar war, zusätzlich zu der gesetzlichen Mängelhaftung insbesondere die Verpflichtung ein, den Kaufpreis zu erstatten, die Sache auszutauschen, nachzubessern oder in ihrem Zusammenhang Dienstleistungen zu erbringen, falls die Sache nicht diejenige Beschaffenheit aufweist oder andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen nicht erfüllt, die in der Erklärung oder einschlägigen Werbung beschrieben sind (Garantie), stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie gegenüber demjenigen zu, der die Garantie gegeben hat (Garantiegeber)“.

dem Bindungsgebot von Art. 6 der Richtlinie 1999/44/EG in Deutschland jedoch eine wesentlich geringere Bedeutung zu, da einseitige Leistungsversprechen bzw. Verträge mit einseitiger Leistungspflicht bereits bis anhin rechtsverbindlich werden konnten. Ging aus den Garantieerklärungen des Garanten ein entsprechender Bindungswille hervor, wurde damit ein Garantieanspruch zugunsten des Käufers begründet. Daran änderte § 443 BGB nichts¹⁴³. Umstritten ist lediglich die Rechtsnatur dieser Bestimmung: Während für einen Teil der Lehre die Garantie bereits durch eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung zustande kommt¹⁴⁴, vertritt ein anderer Teil, dass es dafür nach wie vor der Annahme durch den Käufer bedarf¹⁴⁵.

Im Rahmen der deutschen Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 1999/44/EG wurde zudem darauf hingewiesen, dass die Garantie unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche bestehe (vgl. § 443 Abs. 1 BGB). Damit wurde klargestellt, dass die Übernahme einer Garantie am Bestehen der gesetzlichen Gewährleistungsrechte nichts ändert. Eigenständige Bedeutung kommt diesem Hinweis allerdings nicht zu, zumal das EU-Recht den Mitgliedstaaten vorgibt, in Konsumentenverhältnissen die Sachgewähr des Verkäufers als überwiegend zwingend auszugestalten (vgl. Art. 7 der Richtlinie 1999/44/EG). 70

V. Einzelfragen

1. Mehrfacherklärungen

Ein Käufer empfängt anlässlich des Kaufs eines Produkts teilweise gleich 71 mehrfach Herstellergarantieerklärungen. Z.B. unternehmen Fahrzeughersteller oder -importeure bei der Lancierung eines neuen Fahrzeugs häufig eine breit angelegte Werbeoffensive mit Fernsehspots, Zeitungsinseraten usw. Um die Vorzüge ihres neuen Produkts herauszustreichen, machen sie darin meist auch auf die Herstellergarantie aufmerksam. Kauft der Kunde anschliessend beim Garagisten bzw. Verkäufer das in der Werbung präsentierte Modell, enthält der Kaufvertrag regelmässig ebenfalls eine Klausel betreffend Herstellergarantie. Zudem ist dem Auto bei der Auslieferung ein Garantie- und Serviceheft beigelegt, in welchem Inhalt und Modalitäten des Garantieanspruchs mehr oder weniger detailliert beschrieben sind.

¹⁴³ Vgl. z.B. Staudinger/MATSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 1; Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 1.

¹⁴⁴ GURSKY, S. 37; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/BÜDENBENDER, § 8 N 45. Nach dieser Auffassung weist § 443 BGB somit eine enge Verwandtschaft mit Art. 8 OR auf.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. HANKE, S. 73 f.; MALSCH, S. 43 ff.; EISENHUT, S. 103 f.

- 72 Isoliert betrachtet kann der Garantietatbestand mit den aufeinander folgenden Garantieerklärungen je selbständig erfüllt sein. Konkret gilt es in solchen Konstellation vorab die Willenserklärungseigenschaft der einzelnen Garantieerklärungen, besonders bei Garantiekundgaben in der Werbung¹⁴⁶, sowie die Zurechnungsfrage, d.h. ob die Garantien von unterschiedlichen oder stets von demselben Garanten abgegeben werden, zu klären. Erwachsen im ersten Fall aus den Garantieerklärungen verschiedene Garantieverhältnisse, dann besteht im Aussenverhältnis zwischen dem Käufer und den unterschiedlichen Garantien Anspruchskonkurrenz, im Innenverhältnis unter den verschiedenen Garantien Solidarität¹⁴⁷.
- 73 Im zweiten Fall, bei dem die verschiedenen Garantieerklärungen vom gleichen Garanten (in casu dem Hersteller) stammen, gestaltet sich die Sache solange unproblematisch, als diese inhaltlich deckungsgleich sind: Entweder ist die zeitlich nachfolgende Herstellergarantie lediglich als deklaratorische Bestätigung der zuvor entstandenen anzusehen oder es darf angenommen werden, dass die Herstellergarantien nebeneinander treten und mithin Anspruchskonkurrenz zwischen den einzelnen Garantieansprüchen besteht¹⁴⁸. Komplizierter ist hingegen die Rechtslage, wenn die nachfolgende Herstellergarantie den Garantiennehmer im Vergleich zur vorhergehenden besser oder schlechter stellt.
- 74 Sollte eine spätere Herstellergarantie für den Garantiennehmer im Vergleich zur früher begründeten vorteilhafter sein, so kann sich dieser meiner Meinung nach auf das erweiterte Pflichtenprogramm des Garantens berufen. Begründen lässt sich dies auf verschiedene Weise: Erstens, dass mit der nachfolgenden Herstellergarantie ein weiteres Auslobungs- oder Vertragsverhältnis begründet wird und die daraus fliessenden Ansprüche des Garantiennehmers neben die ursprünglichen treten. Es besteht somit alternative Anspruchskonkurrenz¹⁴⁹. Zweitens, dass die neue, für den Garantiennehmer vorteilhaftere Herstellergarantieerklärung ein Angebot zur Schuldände-

¹⁴⁶ Ist einer Garantiekundgabe die Eigenschaft als Willenserklärung dagegen abzusprechen, bedeutet dies nicht automatisch deren vollständige rechtliche Bedeutungslosigkeit. Sofern im konkreten Fall mit einer weiteren Garantieerklärung der Herstellergarantietatbestand erfüllt wird, kann sie unter Umständen – wie gesagt – in die Auslegung einbezogen werden (vgl. hierzu vorne N 43).

¹⁴⁷ Vgl. hierzu hinten N 215 ff. Die Ausführungen zum Verhältnis Herstellergarantie und Sachgewähr gelten mutatis mutandis.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2933 ff.; HUGUENIN, N 4143 ff.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2933 ff.; HUGUENIN, N 4143 ff.

nung¹⁵⁰ darstellt, welches der Garantiennehmer analog wie eine Garantieerklärung annimmt (Art. 6 OR)¹⁵¹. Als Drittes ist denkbar, dass es zu einer Novation i.S.v. Art. 116 OR¹⁵² kommt.

Umgekehrt, bei einer Herstellergarantieerklärung, welche aus Sicht des Garantiennehmers im Vergleich zur früheren nachteilig ist (z.B. wenn im Serviceheft nur von einem Jahr Garantie die Rede ist, obwohl zuvor in der Werbung rechtsverbindlich zwei Jahre Garantie versprochen wurde), muss sich m.E. der Garantiennehmer eine Leistungsreduktion durch eine spätere Garantieerklärung grundsätzlich nicht entgegenhalten lassen. Zu einer Leistungsreduktion kann es nur kommen, wenn der Tatbestand der Schuldänderung, der (Teil-)Aufhebung durch Übereinkunft (Art. 115 OR)¹⁵³ oder der Novation (Art. 116 OR) vorliegt. Hierzu bedarf es allerdings stets der Zustimmung durch den Garantiennehmer, wobei im Unterschied zu den „ursprünglichen“ bzw. den „besser stellenden“ Herstellergarantien selbstverständlich nicht leichthin eine Zustimmung angenommen werden kann¹⁵⁴.

2. Eigentümerwechsel

Einige Herstellergarantien enthalten die Bestimmung, dass der Wechsel des Produkteigentümers die Herstellergarantie unberührt lasse bzw. die Garantieleistung produktbezogen und bis zum Ablauf der Garantiedauer auf den Neuerwerber übertragbar sei. Der Durchschnittskäufer dürfte diese Regelung nicht mehr als selbstverständlich erachten. Indes fragt sich, wie sich die „automatische“ Übertragung rechtlich herleiten lässt¹⁵⁵. M.E. ist Folgendes denkbar:

¹⁵⁰ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. KOLLER A., OR AT, § 64 N 7; BGE 60 II 332; BGE 84 II 654.

¹⁵¹ Vgl. hierzu vorne N 56.

¹⁵² Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. HUGUENIN, N 737 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3140 ff.

¹⁵³ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. KOLLER A., OR AT, § 63 N 1 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3111 ff.

¹⁵⁴ In Deutschland wird diese Frage im Zusammenhang mit divergierenden Inhalten zwischen „ordentlichen“ Garantieerklärungen und der Garantiewerbung – welche notabene selber eine Garantieerklärung darstellen kann – diskutiert. Diesbezüglich wird die Auffassung vertreten, dass die für den Käufer vorteilhaftere Garantie generellen Vorrang genieße (vgl. z.B. HANKE, S. 167 ff., 178, 268; MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 14). Einzelne Autoren gehen sogar noch weiter: Für den theoretisch denkbaren Fall, dass Bedingungen der Werbung teils günstiger und teils ungünstiger sind, sei eine Kombination aus den günstigen Einzelbedingungen massgeblich (sog. „Rosintheorie“; vgl. z.B. Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 18; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1449).

¹⁵⁵ Soweit ersichtlich besteht hierzu weder Literatur noch Judikatur.

- 77 Bei einer ausgelobten Herstellergarantie kann die Auslobung in einem weiteren Sinne verstanden werden, indem sie sich an den jeweiligen Eigentümer des garantiebegünstigten Produkts richtet. Dementsprechend geht die Herstellergarantie mit der Weitveräusserung automatisch auf den Folgeerwerber über. Insoweit ist somit die Garantie nicht nur an die Bedingung „Produkterwerb“, sondern auch an die (Resolutiv-)Bedingung „Halten des Produkts“ geknüpft. Der Produkteigentümer verliert seine Stellung als Garantiennehmer mit Aufgabe seiner Eigentümerstellung.
- 78 Im Unterschied zu den ausgelobten kann bei den vertraglichen Herstellergarantien argumentiert werden, dass die entsprechenden vertraglichen Pflichten beim Verkauf des Produkts auf den Neuerwerber übergehen und damit der Neuerwerber in die Parteistellung des Käufers/Wiederverkäufers eintritt. Die dazu von den Beteiligten (Garant, Käufer/Wiederverkäufer, Neuerwerber) erforderlichen Zustimmungen dürften im Regelfall vorliegen¹⁵⁶: Sofern der Kaufvertrag zwischen Käufer/Wiederverkäufer und Neuerwerber nicht ohnehin eine Übernahmeklausel enthält, darf m.E. den Parteien die Zustimmung zum Übergang der Garantie in der Regel vermutungsmässig unterstellt werden. Dafür spricht die Vermutung, dass die Parteien – hätten sie diesen Punkt in Betracht gezogen – eine solche Übernahmevereinbarung getroffen hätten, da die Herstellergarantie für den Käufer im Gegensatz zum Neuerwerber mit der Eigentumsübertragung nutzlos wird¹⁵⁷. Seitens des Garanten dürfte grundsätzlich ebenfalls eine Zustimmung vorliegen, entweder ausdrücklich (z.B. mittels entsprechender Bestimmung in der Herstellergarantie) oder konkludent (z.B. indem er dem Neuerwerber bei Vorliegen eines Produktmangels Garantie gewährt)¹⁵⁸. Alternativ lässt sich die Zustimmung auch aus ergänzender Vertragsauslegung ableiten: Die Tatsache, dass der Garant im Regelfall seinen „ursprünglichen“ Vertragspartner (Garantienehmer, Käufer) nicht bewusst auswählt, lässt darauf schliessen, dass es ihm gleichgültig ist, wer ihm als Garantiennehmer gegenübersteht bzw. wem er gegebenenfalls eine Garantieleistung zu erbringen hat. Aus seiner Perspektive ist die Garantieleistung gewissermassen dem Produkt und damit dem „aktuellen“ Eigentümer geschuldet¹⁵⁹. Die Herstellergarantie „klebt“ am jeweiligen Produkt.
- 79 Mit der Vertragsübertragung bleiben die Parteistellung und der Vertragsinhalt grundsätzlich unverändert. Die Parteistellung wird so übertragen, wie sie im Zeitpunkt der Übertragung besteht, d.h. mit den dannzumal beste-

¹⁵⁶ Vgl. zum Ganzen BAUER, N 200 ff.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu hinten N 101.

¹⁵⁸ Vgl. hierzu hinten N 98 f.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu hinten N 101.

henden Rechten, Pflichten, Obliegenheiten und Einreden¹⁶⁰. Besteht z.B. eine Herstellergarantie für fünf Jahre und wird das Produkt nach vier Jahren weiterveräußert, steht demnach dem Neuerwerber noch eine „Restgarantie“ von einem Jahr zu.

Verneint man die vorstehend dargelegte „automatische“ Übertragung, dann 80
müssen die Garantieansprüche im Falle eines Weiterverkaufs gemäss den allgemeinen Regeln, d.h. u.a. mit schriftlicher Zessionserklärung, zediert werden^{161/162}. Dabei ist davon auszugehen, dass die Herstellergarantie grundsätzlich einen „Zessionszwang“ zulasten des Garantienehmers enthält, d.h. die Herstellergarantie den Garantiennehmer verpflichtet, seine Herstellergarantieansprüche dem Neuerwerber abzutreten. Die Annahme eines solchen Zessionszwangs lässt sich nach meinem Dafürhalten auf folgende Überlegung stützen: Die Garantie gilt aus Sicht des Garantien dem Produkt des aktuellen Eigentümers¹⁶³. Der ursprüngliche Eigentümer kann seinerseits nach der Veräußerung des Produkts den Garantieanspruch nicht mehr geltend machen. Mithin handelt es sich für ihn in diesem Fall um ein „nacktes“ Recht, an dem er kein rechtlich geschütztes Interesse mehr hat¹⁶⁴.

3. Herstellergarantien und Internetauktionshäuser

a) Phänomen Internetauktionshaus

Bisher war stets vom Produkthandel im „herkömmlichen Sinne“ die Rede. 81
Tatsache ist jedoch, dass daneben in der heutigen Zeit Gebraucht- und vermehrt auch Neuware des täglichen Lebens verbreitet über Plattformen von Internetauktionshäusern verkauft werden¹⁶⁵. Während solche Plattformen ursprünglich vornehmlich auf Privatpersonen für den Gebrauchtwarenhan-

¹⁶⁰ Vgl. BAUER, N 204.

¹⁶¹ Diese Auffassung vertreten FRÜH, S. 143 und LIPS, S. 17 f. Danach muss bei einer Weiterveräußerung des Produkts die Herstellergarantie abgetreten werden, damit sie übergeht.

¹⁶² Nach hier vertretener Meinung hat die Garantiekarte keinen Wertpapiercharakter (vgl. hierzu hinten N 138 ff.). Bei gegenteiliger Auffassung würde sich die Übertragung nach den besonderen Regeln des Wertpapierrechts richten (vgl. Art. 967 OR).

¹⁶³ Dies ähnelt gewissermassen mit „umgekehrtem Vorzeichen“ dem Institut der Realobligation, wobei hier der Eigentümer nicht „Begünstigter“, sondern Verpflichteter ist.

¹⁶⁴ Vgl. in verwandtem Zusammenhang BYDLINSKI, S. 37 ff.; KOLLER A., OR AT, § 84 N 231; WOLFER, N 365 f.

¹⁶⁵ Weltweit angeführt von eBay (www.ebay.com; www.ebay.ch) bestehen heute zahlreiche Internetauktionshäuser. In der Schweiz gilt derzeit Ricardo (www.ricardo.ch) als Marktführer (LÜSCHER/VOGEL).

del konzipiert gewesen waren (Consumer-to-Consumer-Marktplatz mit flohmarktähnlichem Charakter), wurden diese im Laufe der Zeit zu Plattformen erweitert, auf denen mittlerweile auch kommerzielle Händler Neuware anbieten (Business-to-Consumer-Marktplatz)¹⁶⁶. Dabei ist das Internetauktionenhaus selbst nie Verkäufer, sondern es stellt lediglich die Plattform für die Anbahnung und den Abschluss von Kaufverträgen zur Verfügung¹⁶⁷.

- 82 Beim Durchstöbern der unzähligen Inserate für Elektronik-, Haushaltsgeräte, Sportartikel usw. auf z.B. eBay oder Ricardo lässt sich feststellen, dass darin verschiedentlich von Herstellergarantien die Rede ist. Bei Ricardo enthält z.B. die Inseratsvorlage selbst ein separates, mit „Zahlung, Lieferung & Garantie“ betiteltes Feld bereit, in welchem der Verkäufer entsprechende Hinweise auf die Herstellergarantie eines Produkts anbringen kann¹⁶⁸.
- 83 Damit stellt sich die Frage nach der rechtlichen Bedeutung dieser Garantiehinweise. Wie sich zeigen wird, hängt die Beantwortung dieser Frage maßgeblich vom Angebotsformat und vom Umstand ab, ob der Consumer-to-Consumer bzw. Business-to-Consumer-Bereich betroffen ist. Vor der rechtlichen Analyse¹⁶⁹ soll zunächst im Folgenden ein Überblick gegeben werden, wie der Handel auf solchen Plattformen funktioniert.

b) Typische Funktionsweise und Angebotsformate

- 84 Klassischerweise funktionieren eBay, Ricardo usw. wie folgt: Nach vorgängiger Kontoeröffnung bzw. Abschluss eines Nutzungsvertrags mit dem Auktionenhaus platziert der Veräußerer (Einlieferer) auf dessen Internetseite ein Inserat mit einer Objektbeschreibung, einem festgesetzten Mindestpreis und der Definition des Startzeitpunkts sowie der Laufzeit seiner Ware (sog. Einstellung des Artikels)¹⁷⁰. Ab Eintritt des Startzeitpunkts bis zum Auktionsabschluss können die Interessenten, welche sich zuvor ebenfalls beim Auktionenhaus registrieren und dessen Nutzungsbedingungen akzeptieren mussten, bieten. Wer bis Auktionsabschluss das höchste Angebot gemacht hat, erhält automatisch den Zuschlag. Sodann erfolgt die Abwicklung des Kaufgeschäfts. Dazu gibt das Auktionenhaus dem Einlieferer und Bieter gegenseitig

¹⁶⁶ WEBER R.H., E-Commerce, S. 406; Borges/WERNER, S. 1 ff. Gegen diese Entwicklung versuchen sich namhafte Hersteller wie Adidas zu wehren, was allerdings aus kartellrechtlicher fragwürdig ist (vgl. BÜHLMANN/SCHIRMBACHER).

¹⁶⁷ FREI, N 496; WEBER R.H., E-Commerce, S. 418 ff.

¹⁶⁸ Vgl. www.ricardo.ch.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu hinten N 86 ff.

¹⁷⁰ Vgl. <http://pages.ebay.ch/help/sell/sell-getstarted.html> (abgerufen am 21.01.2015).

die genauen Kontaktdaten per E-Mail an, damit sie den Vollzug des Geschäfts bilateral vereinbaren können¹⁷¹. Anstatt einen klassischen Bieterwettbewerb zu veranstalten, besteht für den Veräusserer regelmässig alternativ die Option, die Ware während einer bestimmten Angebotsdauer zu einem Fixpreis anzubieten. In diesem Fall erhält der Interessent den Zuschlag, welcher als erster zur Bezahlung dieses Preises bereit ist¹⁷². Typischerweise finden solche Auktionen in Consumer-to-Consumer-Bereich statt.

Im Business-to-Consumer-Bereich kommen dagegen – soweit ersichtlich – 85 keine eigentlichen Auktionen vor, zumal hier (Neu-)Ware grundsätzlich permanent und ohne Verfalltag angeboten wird¹⁷³. Vielmehr handelt es sich um einen „normalen“ Online-Handel. Die Besonderheit besteht darin, dass der Handel nicht auf dem eigenen Internetauftritt des Verkäufers stattfindet, sondern dieser sich dazu der Verkaufsplattform eines Internetauktionshauses bedient¹⁷⁴.

c) Garantieerklärungen beim Angebotsformat Auktion

Die Online-Auktion hat keine besondere Legiferierung erfahren. Überwiegender Meinung nach stellen diese – unabhängig ihrer Ausgestaltung als Verkauf zum Höchstpreis oder Verkauf zum Fixpreis – eine öffentliche Versteigerung i.S.v. Art. 229 Abs. 2 OR dar¹⁷⁵. Bei den weitgehend dispositiven Bestimmungen zur freiwilligen öffentlichen Versteigerung¹⁷⁶ handelt es sich nicht um materielles Kaufrecht, sondern um ein besonderes Vertragsabschlussverfahrensrecht¹⁷⁷: Auf die öffentliche Auskündigung des Veräusserers hin (invitatio ad offerendum) können Interessenten (Ersteigerer) bieten, was eine verbindliche Offerte darstellt. Durch die Erklärung des Zuschlags durch den Veräusserer gelangt der Vertrag zur Perfektion; der

¹⁷¹ Vgl. z.B. <http://pages.ebay.ch/help/sell/formats.html> (abgerufen am 21.01.2015); zum Ganzen z.B. STAIBLE, S. 94 ff.; WEBER R.H., E-Commerce, S. 413 f.; BLÄTTLER, S. 146 ff.; Borges/BIALASS, S. 13 ff.

¹⁷² Vgl. z.B. <http://pages.ebay.ch/help/sell/formats.html> (abgerufen am 21.01.2015).

¹⁷³ Vgl. z.B. <http://pages.ebay.ch/help/sell/formats.html> (abgerufen am 21.01.2015). Ebay erlaubt dieses Angebotsformat ausdrücklich nur für gewerbsmässige Verkäufer (<http://pages.ebay.ch/help/sell/formats.html> [abgerufen am 21.01.2015]).

¹⁷⁴ Während bei eBay sämtliche Angebotsformate in einer Webseite integriert sind, betreibt Ricardo hierfür eine separate Internetseite (vgl. www.ricardoshops.ch).

¹⁷⁵ Vgl. z.B. WEBER R.H., E-Commerce, S. 417; HONSELL, OR BT, S. 187 ff.; HUGUENIN, N 2358 ff.; SCHMID/STÖCKLI, N 696; a.M. KUKO/ERNST, Art. 229-236 OR N 12.

¹⁷⁶ Vgl. z.B. ZK/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 229 OR N 2; BK/GIGER, Art. 229 N 82; KUKO/ERNST, Art. 229-236 OR N 2; WEBER R.H., E-Commerce, S. 418.

¹⁷⁷ Vgl. z.B. BSK/RUOSS/GOLA, Vorbemerkungen zu Art. 229-236 OR N 2.

Zuschlag stellt also die Annahmeerklärung dar¹⁷⁸. Insoweit speziell bei dieser Form der Vertragsentstehung ist, dass der Antrag – abgesehen vom Preis – inhaltlich nicht gestaltbar ist, weil die öffentlich kundgegebenen Versteigerungsbedingungen den Inhalt des Kaufvertrags vorgeben¹⁷⁹.

- 87 Nun ist es aber so, dass in der Praxis die elektronischen Auktionshäuser in ihren AGB, welche Veräusserer und Bieter im Rahmen ihrer Kontoeröffnung bzw. Registrierung übernehmen müssen, ausdrücklich festhalten, dass ein platziertes Inserat nicht bloss eine Einladung zur Antragstellung, sondern vielmehr ein verbindliches Angebot darstelle¹⁸⁰. Es erhält derjenige automatisch den Zuschlag, welcher bis zum Ende der Laufzeit der Ersteigerung am meisten geboten hat. Jedes Angebot eines Bieters stellt also eine Annahmeerklärung dar¹⁸¹.
- 88 Soweit erkennbar ist es in Bezug auf die hier sich stellende Frage betreffend die rechtliche Bedeutung des Garantiehinweises des Privatverkäufers anlässlich von Online-Auktionen einerlei, ob die Einstellung des Produkts als blosser Einladung zur Offertstellung oder bereits als verbindlichen Antrag zu betrachten ist. Denn dieser wird so oder so Vertragsbestandteil: Im ersten Fall bildet der Garantiehinweis Teil der Steigerungsbedingungen, welche mithin zum Vertragsgegenstand werden¹⁸². Ebenso wird ein solches

¹⁷⁸ Vgl. zum Ganzen z.B. BSK/RUOSS/GOLA, Vorbemerkungen zu Art. 229-236 OR N 22 ff.; BGE 115 II 331 E. 4a.

¹⁷⁹ KUKO/ERNST, Art. 229-236 OR N 4. Soweit die öffentlich kundgegebenen Versteigerungsbedingungen die in Art. 229 bis 236 OR erwähnten Punkte betreffen, sind sie im Sinne einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung (vgl. hierzu hinten N 98) für alle Steigerungsteilnehmer verbindlich. Insoweit muss sich jeder Bieter die Kenntnis der Versteigerungsbedingungen und seine Zustimmung entgegen halten lassen (z.B. auch einen auf diese Weise kundgegebenen Gewährleistungsausschluss; vgl. BSK/RUOSS/GOLA, Art. 235 OR N 1; ZK/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 234 OR N 5).

¹⁸⁰ Vgl. z.B. die AGB für die Nutzung der deutschsprachigen eBay-Dienste, § 6 Ziff. 2 (<http://pages.ebay.ch/help/policies/user-agreement.html?rt=nc#formate> [abgerufen am 21.01.2015]) sowie die AGB von ricardo.ch, Ziff. 1.4.1 (ab 1. Juli 2014 gültige Fassung; abgerufen gleichentags unter http://www.ricardo.ch/ueber-uns/portals/ch-ueber-uns/docs/downloads-pdf-de/agb_de.pdf).

¹⁸¹ KUKO/ERNST, Art. 229-236 OR N 13, verneint daher aufgrund solcher gemeinhin als gültig angesehenen AGB-Bestimmungen die Unterstellung von Online-Auktionen unter die Art. 229 ff. OR (gl.M. wohl auch WEBER R.H., E-Commerce, S. 424). Gegen eine solche Unterstellung sprechen dürfte zudem auch der mangelnde Öffentlichkeitscharakter aufgrund der Registrierungspflicht und der jederzeitigen Möglichkeit des Auktionshauses, Auktionsteilnehmer auszuschliessen (KUKO/ERNST, Art. 229-236 OR N 12; diesbezüglich a.M. WEBER R.H., E-Commerce, S. 416 f.; ebenso BLÄTTLER, S. 153).

¹⁸² Vgl. hierzu vorne N 86.

Garantieversprechen Teil des Vertragsinhalts, wenn die Einstellung des Produkts als verbindlichen Antrag gewertet wird¹⁸³.

M.E. führt die Auslegung solcher Garantiehinweise nach Treu und Glauben¹⁸⁴ generell zum Ergebnis, dass es sich hierbei im Normalfall um eine Übernahmeklausel handelt. Mit der Zuschlagserteilung erklärt der Einlieferer gleichzeitig sein Einverständnis zum Übergang der dannzumal noch bestehenden Herstellergarantie auf den Neuerwerber. Für dieses Auslegungsergebnis spricht namentlich auch der Umstand, dass die Herstellergarantie mit der Veräusserung für den bisherigen Eigentümer nutzlos wird¹⁸⁵.

d) Garantieerklärungen beim Angebotsformat Online-Handel

Angebote ohne irgendwelche Elemente einer Auktion von gewerbsmässigen Verkäufern auf dem virtuellen Marktplatz sind im Regelfall als verbindliche Verkaufsofferten zu verstehen, zumal diese typischerweise eine Preisangabe enthalten (vgl. Art. 7 Abs. 3 OR)¹⁸⁶. Enthält eine solche Offerte im Rahmen der Produktbeschreibung eine Herstellergarantieerklärung, verhält es sich m.E. gleich wie in den vorne behandelten Fällen: Der Verkäufer gibt als Bote des Herstellers dem Käufer die Garantieerklärung ab¹⁸⁷.

¹⁸³ Vgl. hierzu vorne N 51 ff.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu hinten N 98 f.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu vorne N 76 ff.

¹⁸⁶ Vgl. z.B. www.ricardoshops.ch.

¹⁸⁷ Vgl. hierzu vorne N 63 f. Sofern der Verkäufer nicht zur Abgabe einer Herstellergarantieerklärung ermächtigt ist, stellt sich die Zurechnungsfrage (vgl. hierzu vorne FN 82).

§ 6 Herstellergarantieanspruch

I. Methode zur Bestimmung eines Herstellergarantieanspruchs

1. Einfluss der Rechtsnatur einer Herstellergarantie auf die Methode

- 91 Zur Frage der Inhaltsbestimmung von Verträgen besteht eine umfangreiche Literatur und Praxis. Dagegen hat eine Auseinandersetzung mit der inhaltlichen Konkretisierung von Auslobungsverhältnissen bislang – soweit ersichtlich – kaum stattgefunden.
- 92 Wird die Auslobung nach Art. 8 OR mit der Mehrheit der Lehre als einseitiges Rechtsgeschäft aufgefasst, so stellt das öffentliche Belohnungsversprechen eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung dar (sog. Pollizitations- bzw. Versprechenstheorie)¹⁸⁸. Dabei bestehen zwei konträre Auffassungen, wie solche Willenserklärungen auszulegen sind: Während die herrschende Lehre die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ausschliesslich dem Willensprinzip unterstellt¹⁸⁹, spricht sich die Minderheitsmeinung für eine Auslegung in Richtung Vertrauensprinzip aus¹⁹⁰.
- 93 Aus meiner Sicht hat die Minderheitsmeinung die überzeugenderen Argumente für sich: Massgebend für den Entscheid, nach welchem Prinzip auszulegen ist, sollte nicht ein abstraktes begriffliches Abstellen auf „empfangs- bzw. nicht empfangsbedürftig“ sein, sondern vielmehr der jeweilige weitere sachliche Kontext, in welchem eine Willenserklärung erfolgt. Dem steht selbstverständlich nicht entgegen, dass im Bereich von einseitigen Willenserklärungen Typisierungen erfolgen, auf welche das eine oder andere Auslegungsprinzip für anwendbar erklärt wird. Diesbezüglich ist z.B. unstrittig, dass bei letztwilligen Verfügungen das Willensprinzip zur Anwendung kommt (vgl. Art. 469 Abs. 3 ZGB)¹⁹¹.
- 94 Umgekehrt sprechen die Umstände bei der Auslegung von Auslobungserklärungen, im Speziellen bei der Auslegung von Herstellergarantieerklä-

¹⁸⁸ Vgl. hierzu vorne N 34.

¹⁸⁹ BK/KRAMER, Art. 18 OR N 67, 92; KRAMER, Methodenlehre, S. 129; ZK/JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 18 (wobei neu wohl nicht mehr so absolut, vgl. ZK/JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 71; FLUME, S. 304).

¹⁹⁰ WOLF/NEUNER, § 35 N 3; KOLLER A., OR AT, § 3 N 29; vgl. auch BGer 4A_544/2012 E. 4.2 (obiter dictum).

¹⁹¹ Vgl. z.B. DRUEY, § 12 N 4 ff.; SPR/WOLF, Bd. IV/1, S. 397 ff.

rungen, klar für eine Anwendung des Vertrauensprinzips. Das als öffentliche Belohnungsversprechen qualifizierte Garantieversprechen ruft beim Empfänger sehr ähnliche bzw. dieselben Wirkungen und Erwartungen hervor. Durch die Auslobung wird der Käufer zur Vornahme der Leistung bzw. zum Kauf angespornt¹⁹². Der leistende Käufer darf und muss aus Gründen der Rechtssicherheit und der Missbrauchsvorbeugung auf den objektiven Erklärungswert der Auslobung abstellen können¹⁹³, da er entsprechende Anstrengungen unternimmt, damit die Bedingung eintritt und er den Belohnungsanspruch überhaupt erwirbt. Zum einen muss er sich auf den – nach objektiver Auslegung – geforderten Inhalt der Leistung einstellen können. Zum andern ist er in seinem Vertrauen auf den Inhalt der durch die Leistungserbringung erworbenen Belohnung zu schützen, wie sie gemäss objektiver Interpretation in Aussicht gestellt wird. In diesem Kontext alleine auf den Willen bzw. die Interessen des Auslobenden abzustellen, wäre nicht sachgerecht.

Zuzugeben ist immerhin, dass die Erwartungsargumente dann nicht spielen, 95 wenn der präsumtive Anspruchsberechtigte die geforderte Leistung nicht im Zusammenhang mit dem Belohnungsversprechen oder in Unkenntnis davon erbracht hat¹⁹⁴. Beim Anwendungsfall der Herstellergarantien dürfte eine solche Konstellation jedoch kaum auftreten, da der Garant die Garantieerklärung meist zu Werbezwecken einsetzt (Marketinginstrument) und der Garantenehmer davon Kenntnis nimmt¹⁹⁵. Deshalb ist der Garant im Regelfall auf seinem Versprechen, wie es ein potentieller Käufer verstehen durfte und musste, zu behaften. Hinzu kommt, dass sich dieselbe Situation auch ergibt, wenn die Garantieerklärung eine Offerte darstellt (z.B. eine dem Produkt beigelegte und vom Käufer nicht näher beachtete Garantiekarte). Häufig wird hier der Vertragsabschluss unter Anwendung von Art. 6 OR fingiert. Auch unter diesem Gesichtspunkt drängt sich eine Gleichbehandlung von vertraglichen und ausgelobten Garantieerklärungen auf.

Gemäss hier vertretener Auffassung hat daher die Inhaltsbestimmung von 96 ausgelobten und vertraglichen Herstellergarantien weitestgehend identisch zu erfolgen. Somit beziehen sich die nachstehenden Ausführungen zur Konkretisierung des Vertragsinhalts stets auch auf die Auslobung. Insgesamt zeigt auch dieser Aspekt, dass sich der dargelegte Theorienstreit über

¹⁹² WOLF/NEUNER, § 35 N 32.

¹⁹³ Anders gesagt: Die Verständnismöglichkeit des angesprochenen Verkehrskreises ist massgeblich (WOLF/NEUNER, § 35 N 32 m.w.H.).

¹⁹⁴ Vgl. hierzu vorne N 46 f.

¹⁹⁵ Vgl. hierzu vorne N 4.

die Rechtsnatur der Auslobung (einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft) letzten Endes praktisch nicht auswirkt¹⁹⁶.

2. Zur Methode im Einzelnen

- 97 Der Inhalt eines zustande gekommenen Vertrags¹⁹⁷ ist in einem ersten Schritt durch Auslegung zu ermitteln, wobei in der Praxis die objektivierte („normative“) Auslegung im Vordergrund steht. Denn vielfach lässt sich der übereinstimmende wirkliche Vertragswille (subjektive Auslegung) nicht mehr feststellen, weshalb sich das Gericht damit begnügen muss, den mutmasslichen Willen zu ermitteln. Ergibt die Auslegung, dass die Parteien den streitigen Vertragspunkt gar nicht geregelt haben, bedarf es der Ergänzung¹⁹⁸.

a) Auslegung

- 98 Die richterliche Vertragsauslegung erfolgt unter Anwendung von Auslegungsmitteln und Auslegungsregeln. Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte, sekundär kommen die sog. „Umstände“ (wie die Begleitumstände des Vertragsabschlusses, der Vertragszweck, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss, die Interessenslage der Parteien bei Vertragsabschluss oder die Verkehrsauffassung und Verkehrsübung) zum Tragen¹⁹⁹. Bei den Auslegungsregeln ist zu unterscheiden zwischen den gesetzlichen Vermutungen²⁰⁰, den all-

¹⁹⁶ Vgl. hierzu vorne N 34.

¹⁹⁷ Der Auslegungsstreit bezieht sich nur auf den Inhalt, nicht auf das Zustandekommen des Vertrags. In diesem Streit geht jede Partei davon aus, dass der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen ist. Der Streitgegenstand ist auf den Vertragsinhalt beschränkt (vgl. zur Abgrenzung zwischen Auslegungs- und Konsensstreit z.B. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 8 ff.; HUGUENIN, N 273 ff.).

¹⁹⁸ Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200 ff.; HUGUENIN, N 278 ff.; SCHWENZER, N 33.01 ff.

¹⁹⁹ Vgl. z.B. HUGUENIN, N 287 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 26 ff.; SCHWENZER, N 33.04 f.; BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 18 ff.; ZK/JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 370 ff.

²⁰⁰ Hierbei handelt es sich um Beweislastverteilungsregeln. Es existieren gesetzliche Tatsachen- und Rechtsvermutungen. Bei den gesetzlichen Tatsachenvermutungen vermutet der Gesetzgeber aufgrund von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen, dass bestimmte Tatsachen gegeben sind. Daher entbindet er die Partei, die sich darauf beruft, vom Beweise dieser Tatsachen (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 ZGB; Art. 16 Abs. 1 OR, Art. 176 Abs. 3 OR). Allerdings besteht für die Gegenpartei die Möglichkeit, durch Beweis des Gegenteils die Vermutung umzustossen. Bei den gesetzlichen Rechtsvermutungen muss der Ansprecher nur die sog. Vermutungsbasis beweisen. Daraus wird auf das im Gesetz vorgesehene Recht oder Rechtsverhältnis geschlossen (z.B.

gemeinen Auslegungsregeln sowie den parteiautonom vereinbarten Auslegungsregeln²⁰¹.

Im Kontext von Herstellergarantien von näherem Interesse sind die allgemeinen, in Lehre und Rechtsprechung herausgebildeten Auslegungsregeln. Dazu zählen insbesondere die Grundsätze der „Auslegung nach Treu und Glauben“ und der „ganzheitlichen Auslegung“²⁰². Unter den ersten und wichtigsten Auslegungsgrundsatz fällt namentlich die Regel der objektivierte Vertragsauslegung, die auf ein sachgerechtes Ergebnis abzielt und dann anzuwenden ist, wenn sich der wirkliche Wille nicht mehr feststellen lässt. Zudem ist hier das Vertrauensprinzip zu verorten, welches vor allem dann von Bedeutung ist, wenn sich der Auslegungstreit praktisch auf die Auslegung einer einzelnen Vertragserklärung reduziert²⁰³. Mit „ganzheitlicher Auslegung“ ist gemeint, dass einzelne Vertragsbestimmungen unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen, d.h. aus ihrem konkreten Sinngefüge zu beurteilen sind²⁰⁴. Leitbild für die Ermittlung dieses „Sinngefüges“ bildet der Vertragszweck, also das, was die Parteien mit dem Vertrag erreichen wollten²⁰⁵.

b) Ergänzung

Kann das Gericht die aufgeworfene Rechtsfrage auf dem Weg der Auslegung nicht klären, muss die vorhandene Regelungslücke durch richterliche Ergänzung geschlossen werden²⁰⁶. In den Bezug auf die hier interessieren-

Art. 255 Abs. 1 ZGB; Art. 17 OR; Art. 543 Abs. OR). Daraufhin hat die Gegenpartei Gelegenheit, den Beweis des Gegenteils zu führen (vgl. zum Ganzen z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.17 ff.; SUTTER-SOMM, N 865 ff.). Von den gesetzlichen Vermutungen (Tatsachen- und Rechtsvermutungen) abzugrenzen sind die natürlichen Vermutungen, welche Schlussfolgerungen aus bewiesenen Tatsachen auf nicht bewiesene Tatsachen darstellen, welche der Richter aufgrund der Lebenserfahrung von Indizien zieht (Frage der Beweismwürdigung). Gleich wie bei den gesetzlichen Vermutungen kann auch eine natürliche Vermutung durch Gegenbeweis umgestossen werden (vgl. zum Ganzen z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.20, 9.140 ff., 9.152 ff.; SUTTER-SOMM, N 778, 871 ff.).

²⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1222 ff.; BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 32 ff.; ZK/JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 443 ff.

²⁰² Für eine Übersicht über die verschiedenen Auslegungsregeln vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1222 ff.; BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 34 ff.

²⁰³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1224 ff.; HUGUENIN, N 292.

²⁰⁴ BGE 128 III 265 E. 3a (mit zahlreichen Hinweisen); BGer 4C.343/2002 E. 2.4; BGer 4P.235/2004 E. 4.3.

²⁰⁵ FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 34; BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 24, 38 f.

²⁰⁶ Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1248; SCHWENZER, N 34.01. Die dogmatischen Grenzen zwischen Vertragsauslegung und Vertragsergänzung sind in der Praxis fließend (vgl. z.B. HUGUENIN, N 319; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 40).

den Innominatverträge²⁰⁷ wurden verschiedene Theorien entwickelt. Zu erwähnen sind die Absorptionstheorie, die Kombinationstheorie, die Theorie der analogen Rechtsanwendung und die Kreationstheorie²⁰⁸. Mittlerweile scheint sich allerdings die Auffassung durchgesetzt zu haben, wonach die Vertragsergänzung nach derselben Methode wie bei Nominatverträgen zu erfolgen hat²⁰⁹. Jedoch bestehen auch bei dieser Methode betreffend Vorgehen im Einzelnen unterschiedliche Vorstellungen²¹⁰.

- 101 Bei der richterlichen Ergänzung von Innominatverträgen gilt es als Erstes das zwingende Recht zu beachten. Während das einschlägige zwingende Recht des OR AT direkte Anwendung findet, sind die zwingenden Bestimmungen des OR BT nach m.E. zutreffender Auffassung analog anzuwenden, sofern die Schutzbedürftigkeitslage und die gegebenenfalls weiteren Wertungsgedanken, welche den Gesetzgeber zum Aufstellen der in Frage stehenden Regel veranlassten, dem zu beurteilenden Fall entsprechen²¹¹. Weist der Vertrag individuelle Züge auf, ist er nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Dabei hat sich der Richter zu fragen, „was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten“²¹². Auf nächster Stufe ist das einschlägige dispositive Recht heranzuziehen²¹³.

²⁰⁷ Beim Herstellergarantievertrag handelt es sich um einen solchen, gesetzlich nicht geregelten Vertrag (vgl. hierzu vorne N 13).

²⁰⁸ Vgl. hierzu z.B. BSK/AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 OR ff. N 13 ff.; SPR/SCHLUEP, Bd. VII/2, S. 800 ff.

²⁰⁹ Vgl. z.B. SPR/SCHLUEP, Bd. VII/2, S. 795 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1248; BSK/AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 31 ff.; BK/KRAMER, Art. 18 OR N 255 ff.; KOLLER A., OR AT, § 10 N 39; ZK/JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 627 ff.

²¹⁰ Vgl. BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 66.

²¹¹ SCHMID/STÖCKLI, N 2475; vgl. auch KOLLER A., OR AT, § 10 N 40. Insoweit liegt gar keine Vertragslücke vor, wenn die Parteien eine Frage nicht geregelt haben, welche zwingendes Recht betrifft (SCHWENZER, N 34.03; ZK/JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 488).

²¹² BGE 133 III 421 E. 4.1; BGE 127 III 300 E. 6a; BGer 4A_380/2011 E. 5.1.3; BGER 4C_373/2006 E. 4.4. Dabei sind das Bundesgericht und ein Teil der Lehre der Ansicht, dass sich die Ergänzung „am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrags zu orientieren“ hat. Abweichender Auffassung nach darf den Parteien die Redlichkeit nicht unterstellt werden (KOLLER A., OR AT, § 10 N 23; FÄSSLER, N 152).

²¹³ Zur Frage, ob an zweiter Stelle in der Kaskade das einschlägige dispositive Recht oder der hypothetische Parteiwille massgebend ist, bestehen nicht weniger als drei Auffassungen. Gemäss der ersten Meinung kommt der hypothetische Parteiwille nur zum Zug, falls kein einschlägiges dispositives Recht besteht (vgl. z.B. BGE 133 III 421 E. 4.1; BGE 127 III 300 E. 6a; SCHMID/STÖCKLI, N 2477 f.). Nach der zweiten Meinung ist Art. 2 Abs. 2 OR teilweise analog anzuwenden, d.h. der hypothetische Parteiwille geht dem dispositiven Recht vor, so bei verstecktem Dissens über Neben-

Gleichermassen wie die zwingenden kommen auch die dispositiven Bestimmungen des allgemeinen Teils unmittelbar, diejenigen des besonderen Teils analog zur Anwendung²¹⁴. Das Gewohnheitsrecht kann aufgrund seiner Bedeutungslosigkeit vernachlässigt bleiben²¹⁵. Führen die vorherigen Schritte zu keinem Ergebnis, hat der Richter modo legislatoris eine generell-abstrakte Sachnorm zu schaffen, mit der er die im konkreten Fall bestehende Lücke schliesst²¹⁶.

Im Falle von strittigen lückenhaften Haltbarkeitsgarantien erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, diese Lücken unter Rückgriff auf die kaufvertraglichen Sachgewährleistungsregeln (Art. 197 ff. OR) zu schliessen. 102
Gegen eine solche pauschale analoge Anwendung dieser Bestimmungen sprechen – wie im Einzelnen noch gezeigt wird²¹⁷ – grundlegende, zwischen diesen beiden Instituten bestehende Wesensunterschiede. Dazu zählt etwa der Umstand, dass dem Garantiennehmer aus dem Herstellergarantieverhältnis im Gegensatz zum Käufer aus dem Kaufvertrag (Bezahlung des Kaufpreises, Art. 184 Abs. 1 OR) keine Verpflichtungen erwachsen; die Herstellergarantie ist nur einseitig – für den Garanten – verpflichtend. Ausserdem verspricht der Garant nicht nur für im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestehende Mängel einzustehen²¹⁸, sondern generell für Mängel, die während der Garantiedauer auftreten²¹⁹. Insoweit kommt dem Garantieverhältnis Dauerschuldcharakter zu²²⁰. Ferner ist der Hersteller ein vom Verkäufer verschiedener Schuldner.

punkte des Vertrags sowie bei einem von der Offerte in Nebenpunkten abweichenden Akzept; ansonsten hat aber grundsätzlich das dispositive Recht Vorrang vor einer individuellen Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen (BK/KRAMER, Art. 2 OR N 18 f., 26 f.). Schliesslich räumt die dritte Meinung – welcher hier gefolgt wird – unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 OR dem hypothetischen Parteiwillen generellen Vorrang vor dem dispositiven Recht ein, vorausgesetzt, dass sich der zu ergänzende Vertrag durch individuelle Züge auszeichnet (SPR/SCHLUEP, Bd. VII/2, S. 782 ff.; BSK/AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 42 ff.; ZELLER, § 23 N 27 ff.).

²¹⁴ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 10 N 42.

²¹⁵ Vgl. z.B. TUOR/SCHNYDER B./SCHMID/RUMO-JUNGO, § 5 N 22; ZK/DÜRR, Art. 1 ZGB N 466.

²¹⁶ Vgl. z.B. KOLLER A., OR AT, § 10 N 10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1261.

²¹⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen hinten N 232.

²¹⁸ Damit der Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche aus Art. 197 ff. OR geltend machen kann, muss – mitunter – der Sachmangel vor/bei Gefahrenübergang (Art. 185 OR) bestanden haben (vgl. z.B. SCHMID/STÖCKLI, N 338 f.; HUGUENIN, N 2596, 2614 f.).

²¹⁹ Vgl. hierzu vorne N 10 ff.

²²⁰ Vgl. ANDROULAKIS, S. 40 ff.; BOETIUS, S. 15 ff.

3. AGB-Kontrolle

a) Qualifikation von Herstellergarantien als AGB

- 103 Unter den Rechtsbegriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ fallen nicht nur kleingedruckte Anhänge von Verträgen, sondern solche liegen immer dann vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind: Die Vertragsbedingungen müssen für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen (Mehrfachverwendungsabsicht), von einer Partei vorformuliert und der anderen Partei einseitig gestellt worden sein²²¹.
- 104 Nach meinem Dafürhalten erfüllen Herstellergarantieerklärungen im Regelfall diese Merkmale: Erstens sind sie auf eine Vielzahl von Verträgen ausgerichtet, zumal diese typischerweise im Konsumgütergeschäft vorkommen und es sich hierbei um ein Massengeschäft handelt²²². Zweitens sind Herstellergarantien offensichtlich vorformuliert (z.B. wird dem Käufer eine vordruckte Garantiekarte ausgehändigt²²³). Schliesslich gelten sie auch als einseitig gestellt, indem der Hersteller dem Käufer die Garantie erklärt und dieser kaum in der Lage sein wird, substantielle inhaltliche Änderungen auszuhandeln²²⁴.

b) Problematik und Überprüfung von AGB

- 105 Der Verwender – wie hier der Hersteller – kann mit AGB unterschiedliche Ziele verfolgen. Neben dem Grund der Geschäftsrationalisierung bzw. effizienten Geschäftsabwicklung steht häufig auch die Absicht dahinter, die eigene Rechtsstellung durch Risikoverlagerungs- bzw. Risikoabwärtungsklauseln (Freizeichnungsklauseln, Wegbedingung von dispositivem Gesetzesrecht usw.) zu stärken²²⁵. Daraus resultiert oftmals eine asymmetrische Zuweisung von Chancen und Risiken zulasten der schwächeren Partei. Die-

²²¹ FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 58, 63 ff.; CR/MORIN, Art. 1 OR N 165; BGer 4C.282/2003 E. 3.1; STÖCKLI/AESCHIMANN, S. 84 ff. M.a.W. ist die äussere Erscheinung bzw. Betitelung mit „AGB“ durch den Verwender nicht entscheidend (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1117a; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 2); vgl. auch § 305 Abs. 1 BGB; Staudinger/SCHLOSSER, § 443 BGB N 17 ff.

²²² Vgl. hierzu vorne N 1.

²²³ Vgl. hierzu vorne N 1, 16.

²²⁴ Hierfür spricht auch der Umstand, dass der Verkäufer regelmässig als Bote und nicht als Stellvertreter zu betrachten ist. Im Unterschied zum Stellvertreter gibt der Stellvertreter keine eigene Willenserklärung ab, sondern er übermittelt lediglich eine fremde Willenserklärung (vgl. hierzu vorne N 63 f.).

²²⁵ Vgl. z.B. GADE, S. 27 ff.; SCHNYDER A.K., S. 40 ff.; HUGUENIN, N 606 ff. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1120, sprechen in diesem Zusammenhang auch vom „Bevorzugungs- und Diktatzweck“.

ses Problem akzentuiert sich zusätzlich, wenn ganze Wirtschaftszweige weitgehend dieselben AGB verwenden und somit Ausweichmöglichkeiten für die marktschwache Partei faktisch ausgeschlossen sind („take it or leave it“²²⁶)²²⁷.

Mit Ausnahme von Art. 8 UWG hat sich der schweizerische Gesetzgeber 106 der AGB-Problematik nicht besonders angenommen. Lehre und Rechtsprechung haben jedoch auf Grundlage des allgemeinen Vertragsrechts ein Prüfprogramm entwickelt²²⁸, um dieser Problematik bestmöglich zu begegnen. Im Wesentlichen umfasst dieses Prüfprogramm folgende Elemente²²⁹: Da AGB kein objektives Recht darstellen, ist zuerst im Rahmen der Geltungskontrolle zu fragen, ob AGB von den Parteien überhaupt übernommen wurden bzw. vom Konsens der Parteien erfasst sind. Dabei gilt insbesondere, dass individuelle Abreden bei gleichzeitiger Übernahme von AGB diesen vorgehen²³⁰. Sodann sind AGB nach den allgemeinen Regeln auszulegen²³¹. Falls sich eine AGB-Bestimmung nach Anwendung dieser Regeln als unklar erweisen sollte, greift die Unklarheitsregel, wonach unklare Klauseln zulasten des Verwenders auszulegen sind („in dubio contra stipulatorem“)²³². Schliesslich unterliegen AGB der Inhaltskontrolle: Einerseits sind die allgemeinen Vertragsinhaltsstranken zu beachten²³³. Andererseits gilt die Ungewöhnlichkeitsregel, welche formell zwar bei der Geltungskontrolle einzuordnen ist, materiell jedoch einer verdeckten Inhaltskontrolle gleichkommt²³⁴. Diese besagt, dass global übernommene

²²⁶ BK/KRAMER, Art. 19/20 OR N 30; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 86.

²²⁷ Vgl. z.B. SCHWENZER, N 44.03; HUGUENIN, N 607 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1121 ff.

²²⁸ Für einen historischen Abriss zur Entwicklung des schweizerischen AGB-Rechts vgl. BRUNNER, S. 13 ff.

²²⁹ Vgl. zur allgemeinen AGB-Kontrolle mit den verschiedenen Kontrollebenen z.B. ROBERTO/WALKER M., S. 50 ff. (mit einer umfassenden Literaturübersicht); KLETT K./HURNI, S. 80 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 69 ff.; SPR/BRUNNER, S. 135 ff.; SCHWENZER, N 45.01 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1123 ff.; HUGUENIN, N 613 ff.; SCHNYDER A.K., S. 47 ff.

²³⁰ Vgl. zum Ganzen z.B. HUGUENIN, N 627 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 72 ff.; ferner hinten N 207 ff.

²³¹ Vgl. hierzu vorne N 98 f.

²³² Vgl. zum Ganzen z.B. HUGUENIN, N 613 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 83 ff.

²³³ Vgl. zum Ganzen z.B. HUGUENIN, N 631 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1146 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 86 ff. Der Entwurf OR 2020 sieht in Art. 32 eine Kodifizierung der Unklarheitsregel vor.

²³⁴ Vgl. ROBERTO/WALKER M., S. 53. Das Kriterium der Ungewöhnlichkeit erscheint als weitgehend manipulierbar bzw. ist in der Rechtsprechung weitgehend zu einer verdeckten Inhaltskontrolle mutiert. Diese dogmatisch unsaubere Vorgehensweise stiess

AGB-Klauseln, mit deren Inhalt die zustimmende Partei nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, keine Geltung erlangen. Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls und dem Verständnishorizont des Kunden²³⁵. Neben dieser subjektiven Komponente setzt die Ungewöhnlichkeitsregel die objektive Ungewöhnlichkeit voraus: Objektiv ungewöhnlich sind Klauseln, die einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen. Davon ist dann die Rede, wenn der Inhalt einer Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Mass aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fällt²³⁶.

- 107 Zusätzlich postulierte die Lehre wiederholt – mit verschiedenen dogmatischen Herleitungen – die offene AGB-Inhaltskontrolle²³⁷, welche das Bundesgericht stets ablehnte²³⁸. Mit dem kürzlich revidierten Art. 8 UWG wird diese Streitfrage jedoch zumindest bei Konsumentenverhältnissen hinfällig²³⁹, da eine entsprechende Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen wurde²⁴⁰. Danach handelt insbesondere unlauter, „wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen“ (Art. 8 UWG).

in der Lehre auf Kritik (BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 59 [mit zahlreichen Hinweisen]).

²³⁵ Im Entscheid BGer 4A_475/2013 E. 5.2.3 (= BGE 140 III 404, wobei diese Erwägung weggelassen wurde), in welchem das Bundesgericht über die Zulässigkeit einer automatischen Verlängerungsklausel in den AGB eines Fitnessstudios zu entscheiden hatte, wurde die Ungewöhnlichkeit im Rahmen einer Interessabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung beurteilt (vgl. ROBERTO/STEHLE, S. 239). Im Übrigen sei erwähnt, dass dieser Entscheid schwerpunktmässig den zeitlichen Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG betraf (E. 4).

²³⁶ Vgl. KLETT K./HURNI, S. 82 f.; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 53 f. Für den Kunden günstige Klauseln muss sich der Verwender allerdings entgegenhalten lassen (KOLLER A., OR AT, § 23 N 48).

²³⁷ Vgl. z.B. BSK/BUCHER, Art. 1 OR N 64 f.; BK/KRAMER, Art. 19/20 OR N 247 ff.; SCHWENZER, N 46.02; vgl. für eine Übersicht WALKER N., S. 81 ff.

²³⁸ Vgl. z.B. BGE 135 III 1; KLETT K./HURNI, S. 80, mit der Begründung, dass dem BGer die Kompetenz dafür fehlt habe.

²³⁹ Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist auf Konsumentenverhältnisse beschränkt (vgl. hierzu Einzelnen z.B. KOLLER T., S. 25 ff.) Diese verschiedentlich kritisierte Beschränkung (vgl. z.B. FURRER, S. 327; STÖCKLI, UWG, S. 185) wurde erst anlässlich der zurückliegenden Revision des Art. 8 UWG eingefügt.

²⁴⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 8 UWG), BBL 2009, S. 6151 ff., 6178.

Allerdings ist die Tragweite dieses neuen Kontrollinstruments zum heutigen Zeitpunkt unklar. Ursächlich ist der interpretationsbedürftige Wortlaut von Art. 8 UWG²⁴¹. Fragwürdig sind namentlich die Handhabung und das Zusammenspiel der einzelnen Tatbestandselemente sowie die Bedeutung des Elements „in Treu und Glauben verletzender Weise“²⁴². Diesbezüglich fand zwar im Schrifttum bereits eine eingehende und kontroverse Auseinandersetzung statt. Solange jedoch keine klärenden Präjudizien²⁴³ ergangen sind, verbleiben weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheiten²⁴⁴. Nachfolgend wird versucht, die Tatbestandsmerkmale von Art. 8 UWG zumindest im Sinne eines Überblicks zu skizzieren und die Rechtsfolgen von gegen Art. 8 UWG verstossenden AGB aufzuzeigen.

c) Tatbestand und Rechtsfolgen von Art. 8 UWG

Art. 8 UWG setzt ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten voraus²⁴⁵, d.h. ein Ungleichgewicht zulasten des Kunden²⁴⁶. Die Beurteilung dieser Frage stellt einen Wertungsentscheid dar, wobei nicht bloss die formellen, sondern auch die materiellen Ungleichverteilungen in Betracht zu ziehen sind²⁴⁷. Welcher Referenzmassstab für die Beur-

²⁴¹ Vgl. z.B. BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 98; KOLLER T., S. 27.

²⁴² ROBERTO/WALKER M., S. 55.

²⁴³ Mit dem bereits vorne in FN 235 zitierten BGE 140 III 404 erging zwar ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG. Doch neben den Ausführungen zum intertemporalen Recht sowie der Prüfung von Prolongationsklauseln auf ihre Ungewöhnlichkeit hin, beschränkte sich das Bundesgericht bei der Kernfrage, welche AGB-Klauseln nun Art. 8 UWG-widrig sind, bloss auf ein nicht näher begründetes obiter dictum. Danach verbiete Art. 8 UWG z.B. Prolongations- oder Freizeichnungsklauseln nicht generell (E. 4.5).

²⁴⁴ BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 98; ROBERTO/WALKER M., S. 55; KOLLER T., S. 27 ff.

²⁴⁵ Vgl. zum Wortlaut der Bestimmung soeben N 107.

²⁴⁶ Sehr ähnlich formuliert der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung die Ungewöhnlichkeit einer Klausel: „Eine AGB Klausel (ist) unangemessen, mit der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen.“ (BGH, Urteil vom 12.12.2007, VII ZR 187/06, N 14 [mit Hinweisen auf frühere Entscheide]).

²⁴⁷ Formelle Ungleichverteilungen von Rechten und Pflichten sind z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen oder Rücktrittsrechte für die Parteien. Von materiellen Ungleichverteilungen ist die Rede, wenn Rechte und Pflichten zwar formal gleich verteilt sind, diese sich faktisch aber für die Parteien unterschiedlich auswirken. Auch stellt sich die Frage nach einem materiellen Missverhältnis, falls der Verwender dem Kunden als Kompensation für eine ungünstige Klausel ein Recht einräumt, welches dem Kunden kaum Vorteile bringt bzw. von diesem faktisch nicht oder nicht ohne Nachteil genutzt werden kann (KOLLER T., S. 28; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 118 f.).

teilung massgebend ist, schreibt das Gesetz nicht vor. In Frage kommt jedoch nur das dispositive Recht und, wo dieses fehlt, hat der Richter lückenfüllend tätig zu werden (Art. 1 Abs. 2 ZGB)^{248/249}. Strittig in diesem Zusammenhang ist, inwieweit für den Kunden nachteilige Klauseln mit besser stellenden Klauseln oder mit einem tieferen Preis kompensiert werden können²⁵⁰.

- 110 Ein Missverhältnis muss zudem erheblich sein; Geringfügigkeit ist nicht ausreichend²⁵¹. Es werden unterschiedliche Standpunkte eingenommen, wann eine Erheblichkeit vorliegt²⁵². Zustimmung dürfte die Auffassung verdienen, wonach darauf abzustellen ist, wie zentral die fraglichen Rechte und Pflichten der Parteien im Kontext des Vertrags sind: Je bedeutsamer ein konkretes Recht des AGB-Verwenders bzw. eine konkrete Pflicht des Kunden ist, umso niedriger liegt die Grenze zum Missverhältnis²⁵³.
- 111 Ausserdem braucht das erhebliche Missverhältnis nach dem Gesetzeswortlaut ungerechtfertigt zu sein. Herrschender Meinung nach kommt diesem Merkmal allerdings keine eigenständige Bedeutung zu, zumal die Wertung, welche im Begriff „ungerechtfertigt“ zum Ausdruck kommt, bereits im Begriff des Missverhältnisses enthalten ist: Ein gerechtfertigtes Missverhältnis ist undenkbar²⁵⁴.
- 112 Den Passus „in Treu und Glauben verletzender Weise“ betrachten die meisten Autoren nicht als zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern als Beurteilungsmassstab, ob ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten besteht und ob dieses Missverhältnis erheblich ist²⁵⁵. Dabei darf Treu und Glauben nicht bloss mit Rechtsmissbrauch gleichge-

²⁴⁸ Freilich kommt das dispositive Recht bei Nominatverträgen direkt, bei Innominatverträgen analog zur Anwendung (vgl. hierzu vorne N 101). Gemäss VISCHER, UWG, S. 973, wird somit im AGB-Umfeld dispositives Recht zu weitgehend zwingendem Recht.

²⁴⁹ KOLLER T., S. 28 (mit zahlreichen Hinweisen); SCHMID, AGB, S. 205 ff.; hierzu auch vorne N 101.

²⁵⁰ Vgl. hierzu im Einzelnen BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 120 ff.; ROBERTO/WALKER M., S. 58 ff.; KOLLER T., S. 28 f.

²⁵¹ KOLLER T., S. 29; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 129.

²⁵² Vgl. zum Meinungsstand KOLLER T., S. 29 f.; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 130 f.

²⁵³ BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 131; KOLLER T., S. 30; ROBERTO/WALKER M., S. 57.

²⁵⁴ BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 132 (mit zahlreichen Hinweisen); KOLLER T., S. 30 f.; ROBERTO/WALKER M., S. 57; SCHNYDER A.K., S. 72 f. Anders gesagt: „Gerechtfertigt“ und „Missverhältnis“ schliessen sich gegenseitig logisch aus.

²⁵⁵ BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 98; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1154; vgl. zum Meinungsstand auch KOLLER T., S. 31.

setzt werden, ansonsten ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen bzw. ein völliges Fehlen eines schutzwürdigen Interesses erforderlich wäre²⁵⁶. Vielmehr genügt bereits, dass der AGB-Verwender seine Gestaltungsmacht insoweit missbraucht, als er aus Sicht einer loyalen und korrekten Person erheblich vom Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs abweicht, d.h. in seinen AGB ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten herbeiführt²⁵⁷.

Gemäss überwiegender Lehre sind gegen Art. 8 UWG verstossende AGB-Klauseln zivilrechtlich nichtig (Art. 2 UWG und Art. 20 OR)²⁵⁸. Die Nichtigkeit der betreffenden Klauseln ist von Amtes wegen zu beachten²⁵⁹. Grundsätzlich bezieht sich die Nichtigkeit nur auf die unlautere Klausel (Teilnichtigkeit des Vertrags)²⁶⁰. Entgegen der früher herrschenden Meinung scheint sich heute die Auffassung durchgesetzt zu haben, dass die nichtige Klausel ersatzlos entfällt und es nicht zu einer sog. geltungserhaltenden Reduktion²⁶¹ kommt. Stattdessen ist die Vertragslücke anhand der dargelegten allgemeinen Prinzipien²⁶² zu füllen²⁶³.

II. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Herstellergarantieanspruchs

Bei Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen ist die Geltendmachung der Garantieverpflichtung an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, allen voran an das Vorliegen eines Mangels²⁶⁴. Daneben muss der jeweilige Mangel teilweise angezeigt werden²⁶⁵ und dieser darf nicht auf

²⁵⁶ Damit wäre die Bestimmung de facto totus Buchstabe.

²⁵⁷ ROBERTO/WALKER M., S. 58; BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 113; KOLLER T., S. 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1154a. Teilweise wird vertreten, es bestehe eine natürliche Vermutung für einen Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn ein erhebliches Missverhältnis vorliege (KOLLER T., S. 31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1154d).

²⁵⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155 (mit zahlreichen Hinweisen); HUGUENIN, N 636.

²⁵⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155a; ROBERTO/WALKER M., S. 61 (mit Verweis auf Art. 57 ZPO [Rechtsanwendung von Amtes wegen] und BGE 129 III 209 E. 2.2).

²⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155b; SCHWENZER, N 46.09; KOLLER T., S. 34.

²⁶¹ Vgl. hierzu z.B. KOLLER A., OR AT, § 13 N 137; zur Kritik im Allgemeinen vgl. z.B. SCHWENZER, N 32.43 ff.

²⁶² Vgl. hierzu vorne N 101.

²⁶³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1155b; ROBERTO/WALKER M., S. 61 f.; KOLLER T., S. 34 f.

²⁶⁴ Vgl. hierzu sogleich N 115 ff.

²⁶⁵ Vgl. hierzu hinten N 122 ff.

Selbst- oder Drittverschulden bzw. höherer Gewalt beruhen²⁶⁶. Darüber hinaus werden vom Garanten zum Teil zusätzliche Voraussetzungen wie die Vornahme von periodischen Serviceleistungen²⁶⁷ oder die Vorweisung der Garantiekarte²⁶⁸ stipuliert, deren Bedeutung für den Käufer allerdings fraglich ist.

1. Mangel

- 115 Was als Mangel gilt und mithin einen Garantiefall darstellt, umschreiben Garanten in ihren Garantieerklärungen in unterschiedlicher Ausführlichkeit. Verbreitet ist davon überhaupt nur implizit die Rede: Z.B. gewährt Garant A Garantie, „insofern der Mangel nicht durch unsachgemäße Behandlung entstanden ist“²⁶⁹. Bei Garant B sind „alle durch sachgemässen Betrieb [...] verursachten Kosten [...] gedeckt, wobei klassisches Verbrauchsmaterial wie Reifen oder Flüssigkeiten ausgenommen sind“²⁷⁰. Sehr ähnlich sind auch die Garantieerklärungen der Garanten D und F formuliert²⁷¹.
- 116 Skihersteller C gewährt im ersten Garantiejahr „volle Garantie“. Hingegen ist die Garantie im zweiten Jahr auf „Fabrikationsfehler“ beschränkt²⁷². Die Garantieerklärung von Garant E erstreckt sich wiederum nur auf Mängel, welche das Gehäuse seiner Geräte betreffen²⁷³.
- 117 Eine objektive Auslegung des Wortlauts der Garantien der Garanten A, B, D und F führt m.E. zum Schluss, diese als eigentliche „Vollgarantien“ aufzufassen, indem die Gebrauchstauglichkeit der Produkte bzw. das Vorhandensein ihrer positiven Eigenschaft (Sollbeschaffenheit) während der Garantiedauer zugesichert wird²⁷⁴. Ein Mangel liegt vor, wenn die tatsächliche Produktbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit abweicht²⁷⁵. Vorbehaltlich besonderer Zusicherungen seitens des Herstellers muss diese bei den hier zur Diskussion stehenden Produkten in einer handelsüblichen, middle-

²⁶⁶ Vgl. hierzu hinten N 128 ff.

²⁶⁷ Vgl. hierzu hinten N 131 ff.

²⁶⁸ Vgl. hierzu hinten N 138 ff.

²⁶⁹ Vgl. hierzu vorne N 18.

²⁷⁰ Vgl. hierzu vorne N 20.

²⁷¹ Vgl. hierzu vorne N 24, 26.

²⁷² Vgl. hierzu vorne N 23.

²⁷³ Vgl. hierzu vorne N 25.

²⁷⁴ Vgl. FRÜH, S. 94, 123 f.; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 13; HANKE, S. 144, 268; WELLENS, S. 118; Staudinger/MATUSCHKE-BECKMANN, § 443 BGB N 24.

²⁷⁵ Palandt/WEIDENKAFF, § 443 BGB N 9, spricht auch vom „Entfallen der Haltbarkeit“.

ren Qualität gesehen werden, da haltbarkeitsgarantiebegünstigte Produkte üblicherweise Gattungsware darstellen (Art. 71 Abs. 2 OR)²⁷⁶.

Demgegenüber ist die Garantie bei Garant E ausdrücklich auf am Gerätegehäuse auftretende Mängel beschränkt; es bestehen hier keine Anhaltspunkte, den Mangelbegriff über den klaren Wortlaut hinaus auszudehnen. Garant E will nur für Mängel am Gerätegehäuse eintreten²⁷⁷. 118

Die Interessenlage des Herstellers wie auch der Sinn und Zweck der Haltbarkeitsgarantie schliessen m.E. eine zusätzliche Haftung für normale Abnutzung aus. Denn Abnutzung stellt keinen Mangel dar, sondern ist eine Nebenerscheinung bzw. Folge der Produktnutzung²⁷⁸. Insofern sind die Erklärungen der Garanten B und F, wonach Verbrauchsmaterial wie Reifen und Flüssigkeiten bzw. Verschleisssteile von der Garantie nicht erfasst sind, bloss deklaratorischer Natur. 119

Beim Garanten C wird die Vollgarantie zeitlich auf ein Jahr begrenzt. Im zweiten Jahr garantiert Garant C nur noch für Fabrikationsmängel. Darunter werden gemeinhin Mängel verstanden, die an einem Produkt entstehen, weil die bei der Fabrikation zu beachtenden Regeln missachtet wurden²⁷⁹. Im Ergebnis fällt somit die Haltbarkeitsgarantie ab dem zweiten Jahr weg. Mithin ist hier die Situation vergleichbar mit derjenigen bei Art. 197 ff. OR, wo nur für vor/bei Gefahrenübergang bestehende Mängel gehaftet wird²⁸⁰. Bei Fabrikationsmängeln liegt der Zeitpunkt des „Gefahrenübergangs“ im (abgeschlossenen) Fabrikationsvorgang. 120

Insgesamt dürften Auslegungsschwierigkeiten bei der Bestimmung des Mangelbegriffs selten sein. Häufig geht bereits aus dem Wortlaut von Garantieerklärungen klar hervor, was von der Garantie gedeckt und was aus- 121

²⁷⁶ Vgl. FRÜH, S. 91, 123 f. m.w.H. Hinsichtlich möglicher Eigenschaftszusicherungen bzw. Beschaffenheitszusagen des Verkäufers (vgl. hierzu vorne N 8 f.) führen Palandt/WEIDENKAFF, § 443 N 17, Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 23 und MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 15, präzisierend an, dass bei Herstellergarantien im Zweifel nur für Sachmängel, die auf dem Produktionsvorgang der gekauften Sache beruhen, gehaftet werde. Der Sachmangelbegriff von § 434 BGB, welcher besondere Eigenschafts- bzw. Beschaffenheitszusagen des Verkäufers miteinschliesst, könne bei Herstellergarantien nicht massgebend sein.

²⁷⁷ Vgl. zum Wortlaut als primäres Auslegungsmittel und zur objektivierten Auslegung vorne N 98 f.

²⁷⁸ BGer 4C.428/1999 E. 2c: „Blosse Abnutzungserscheinungen sind von der Garantie nicht gedeckt, sofern sie die Tauglichkeit des Objekts zum vorausgesetzten Gebrauch nicht mindern. Solange das (in casu fragliche) Dach dicht ist, erfüllt es seine Funktion, auch wenn Abnutzungserscheinungen auftreten.“

²⁷⁹ FRÜH, S. 92; MK/WAGNER, § 823 BGB N 658 f. (mit zahlreichen Hinweisen).

²⁸⁰ Vgl. hierzu vorne FN 218.

genommen ist. Dieses Ergebnis erstaunt nicht weiter, wird sich doch ein Garant im Sinne des Risikomanagements seine Garantiebereitschaft bzw. seinen Garantieuumfang im Voraus sehr genau überlegen und dementsprechend deutlich zum Ausdruck bringen^{281/282}. Selbst dort, wo der Garant das Leistungsprogramm offen lässt und sich selbst mit der Erklärung begnügt, „Garantie zu leisten“ (z.B. für ein Jahr), kann ein solcher Wortlaut zusammen mit den Umständen (namentlich den Usanzen) objektiviert betrachtet dahin verstanden werden, dass es sich dabei um eine „Vollgarantie“ handelt und der Garant für die Gebrauchstauglichkeit des entsprechenden Produkts während der besagten Dauer einsteht²⁸³.

2. Mängelanzeige (Rüge)

- 122 Meist äussern sich Garantien bei Haltbarkeitsgarantien nicht dazu, ob und gegebenenfalls wann und wie ihnen der Garantiennehmer einen Mangel anzeigen muss. Bei unseren Beispielen hält lediglich der Autohersteller B in Bezug auf seine „Durchrostungsgarantie“ fest, diese bestehe (insbesondere) unter der Voraussetzung, dass „Mängel unverzüglich nach ihrer Feststellung“ angezeigt werden²⁸⁴.
- 123 Die Wendung „unverzüglich nach ihrer Feststellung“ ist auslegungsbedürftig. Entscheidet man in Anlehnung zum Sachgewährleistungsrecht, wonach Mängel sofort nach Entdeckung zu rügen sind (Art. 201 OR)²⁸⁵, hiesse dies

²⁸¹ In der Praxis sind Herstellergarantien, welche ausschliesslich Mängel mit einer bestimmten Ursache abdecken, von untergeordneter Bedeutung; vielmehr stehen „Vollgarantien“ im Vordergrund. Gelegentlich sind Erstere dennoch anzutreffen: Z.B. steht in der Garantiekarte eines Sportbrillenherstellers geschrieben, dass Garantie „für Material- und/oder Fabrikationsfehler“ gewährt werde. Ähnliches findet sich im Serviceheft eines Autoherstellers: „Der Kunde hat Anrecht auf kostenlose Behebung (Arbeit und Teile) aller von ihm am Fahrzeug festgestellten und vom Hersteller anerkannten Material- oder Montagefehler sowie auf eventuelle Reparaturen von Schäden, die durch Fehler an anderen Teilen des Fahrzeugs entstanden sind“.

²⁸² ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1450, empfehlen der Praxis ausdrücklich, den Inhalt einer Garantie in der entsprechenden Erklärung möglichst genau zu fixieren, da Auslegungsergebnisse „naturgemäss mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden“ seien (vgl. zu den unterschiedlichen Erkenntnisquellen und Interpretationsgrundsätze der Auslegung vorne N 98 f.).

²⁸³ EISENHUT, S. 109; vgl. auch FRÜH, S. 124.

²⁸⁴ Vgl. hierzu vorne N 21.

²⁸⁵ Nach Art. 201 OR hat der Käufer die Beschaffenheit der abgelieferten Kaufsache zu prüfen, „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang“ tunlich ist. Kommen dabei Mängel zum Vorschein, ist davon dem Käufer „sofort Anzeige“ zu machen (sog. offene Mängel). Später entdeckte Mängel sind sofort zu rügen, nachdem der Käufer sichere Kenntnis davon hat (sog. verdeckte Mängel; vgl. zum Ganzen z.B. BK/GIGER, Art. 201 OR N 4 ff.; BSK/HONSELL, Art. 201 OR N 5 ff.).

nach der – trotz ungebrochener Kritik²⁸⁶ – konstanten Praxis, dass der Käufer dem Hersteller den Mangel grundsätzlich innert sieben Tagen nach Feststellung sachgerecht substantiiert²⁸⁷ anzuzeigen hat²⁸⁸. Im Unterlassungsfall würde ihm der Garantieanspruch abgeschnitten²⁸⁹. Anders als in Deutschland gilt Art. 201 OR nicht nur im Bereich des Handelskaufs (vgl. § 377 HGB)²⁹⁰, sondern auch in Konsumentenverhältnissen²⁹¹.

Ob eine generelle restriktive Auslegung bzw. eine Ergänzung derjenigen 124
Garantieerklärungen, bei denen eine Pflicht zur Mängelanzeige nicht ausdrücklich verankert ist, durch analoge Anwendung von Art. 201 OR sachgerecht ist²⁹², erscheint fraglich. Im Schrifttum sind hierzu zwei diametral entgegengesetzte Auffassungen anzutreffen: Nach der einen Meinung können Mängel bei unselbständigen Garantien während der Garantiedauer jederzeit gerügt werden²⁹³, nach der anderen gilt Art. 201 OR analog²⁹⁴.

Der ersten Meinung, wonach Mängel während der Garantiedauer jederzeit 125
dem Garanten angezeigt werden können, ist insoweit zuzustimmen, als zwischen Sachgewähr und Haltbarkeitsgarantie wesentliche Unterschiede bestehen: Der Hersteller steht freiwillig für mögliche Fehler während einer bestimmten Dauer ein²⁹⁵; es geht nicht um die prompte Abwicklung eines

²⁸⁶ BUCHER, Der benachteiligte Käufer, S. 1 ff. hat bereits im Jahre 1971 die „unbillige Härte“ dieses Artikels gerügt.

²⁸⁷ Der Käufer hat den oder die Mängel genau zu bezeichnen und zum Ausdruck zu bringen, dass er den Kaufgegenstand nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Verkäufer dafür haftbar machen will (vgl. zum Ganzen BIEGER, N 144 ff.).

²⁸⁸ Aufgrund der Umstände (wie z.B. bei verderblichen Produkten oder schadensträchtigen Mängeln) kann diese Frist in beide Richtungen – nach unten wie oben – variieren (vgl. z.B. BGER 4C.82/2004 E. 2.3; zum Ganzen z.B. BIEGER, N 189 ff.; BSK/HONSELL, Art. 201 OR N 5 ff.).

²⁸⁹ Art. 201 OR steht insbesondere im Interesse der Verkehrssicherheit, indem eine rasche Klarstellung der Verhältnisse erreicht, Beweisschwierigkeiten ausgeräumt und der Verkäufer vor missbräuchlichem Verhalten des Käufers geschützt werden soll bzw. kann (vgl. BIEGER, N 22 ff.; ferner KUKO/HONSELL, Art. 201 OR N 1). Mit Letzterem ist vor allem das missbräuchliche Zuwarten mit der Ausübung des Wahlrechts des Käufers zwischen Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung gemeint, um mögliche Konjunkturschwankungen zulasten des Verkäufers auszunutzen (BGE 88 II 365 E. 2; vgl. hierzu auch hinten N 151 ff.).

²⁹⁰ Vgl. hierzu z.B. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 947 ff.

²⁹¹ Vgl. zum Ganzen z.B. BIEGER, N 189 ff, 239 ff.; BSK/HONSELL, Art. 201 OR N 5 ff.

²⁹² Vgl. hierzu vorne N 101.

²⁹³ FRÜH, S. 126 ff.; vgl. auch BUCHER, OR BT, S. 87.

²⁹⁴ LIPS, S. 46 f.; vgl. auch TANNÖ, S. 128. In Deutschland, wo – wie erwähnt – die Rückgeobliegenheit nur im Handelskauf gilt, ist die Lehre der Ansicht, dass § 377 HGB bei unselbständigen Garantien im Rahmen des Handelskaufs analog anzuwenden sei (vgl. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1494).

²⁹⁵ Vgl. hierzu vorne N 28.

Kaufvertrags, bei der möglichst bald feststehen soll, ob der Käufer die Sache beanstandet²⁹⁶. Vielmehr ist die unselbständige Garantie gewissermassen „Folgeerscheinung“ des Kaufvertrags zwischen Verkäufer und Käufer. Weil die unselbständige Garantie im Unterschied zur Sachgewähr nicht ausschliesslich Mängel vor/bei Gefahrenübergang, sondern während einer definierten Periode auftretende Mängel abdeckt, muss der Garant während der Garantiedauer naturgemäss jederzeit mit Garantiefällen rechnen. Ausserdem ist bei der Herstellergarantie die Gefahr für den Garanten, missbräuchlichem Verhalten des Garantienehmers ausgesetzt zu sein, weitaus geringer, da Letzterem grundsätzlich kein Wahlrecht zwischen verschiedenen Gewährleistungsrechten zusteht²⁹⁷.

- 126 Die Gegenauffassung kann sich auf das Interesse des Garanten an einer möglichst unverzüglichen Kenntnis über eine mögliche Mangelhaftigkeit der Sache berufen. Dies vor allem dann, wenn sich bei weiterem Zuwarten der Mangel verschlimmert und sich dadurch die Kosten der Fehlerbeseitigung vergrössern. In solchen Fällen sind keinerlei schützenswerte Interessen des Garantienehmers ersichtlich, mit einer Rüge zuzuwarten²⁹⁸. Hinzu kommt, dass hinsichtlich des Garantieinhalts grundsätzlich volle Vertragsfreiheit besteht, da es für den Hersteller keine Pflicht zur Gewährung einer Garantie gibt²⁹⁹. Dementsprechend soll der Garant in der Garantieerklärung die Anspruchsbedingungen grundsätzlich frei festlegen können³⁰⁰.
- 127 Nach meinem Dafürhalten bedarf es daher für eine sachgerechte Lösung der Differenzierung: Vorweg sprechen die angesprochenen Wesensunterschiede, insbesondere die Tatsache, dass sich die Haltbarkeitsgarantie auf Mängel während einer definierten Periode erstreckt, gegen eine Prüfungspflicht des Garantienehmers gemäss Art. 201 OR. Eine Pflicht zur Mängelanzeige i.S.v. Art. 201 OR rechtfertigt sich hingegen bei Mängeln, die der Käufer ohne weiteres bemerkt bzw. bemerken könnte und bei denen die Beseitigungskosten dank raschem Intervenieren durch den Hersteller tief gehalten werden können – oder umgekehrt – sich durch Zuwarten vergrössern³⁰¹. Es ist nicht einsehbar, weshalb dem Garantienehmer in derartigen Fällen das Recht einzuräumen wäre, jederzeit rügen und damit den Garan-

²⁹⁶ Vgl. hierzu vorne FN 289.

²⁹⁷ Vgl. FRÜH, S. 126 ff.; hierzu hinten N 149 ff.

²⁹⁸ Vgl. LIPS, S. 45 f.

²⁹⁹ Vgl. hierzu vorne N 28.

³⁰⁰ Vgl. MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 11; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1443.

³⁰¹ Zeigt der Garantienehmer den Mangel anstatt dem Hersteller irrtümlicherweise dem Verkäufer an, so ist aus meiner Sicht damit nichtsdestotrotz rechtsgenügend gerügt, falls der Garantienehmer den Lieferanten als Hilfsperson des Garanten ansehen durfte (Art. 33 Abs. 2, Art. 34 Abs. 2 OR analog).

ten – zumindest potentiell – schädigen zu können (Gedanke der Schadensminderungspflicht)³⁰². Im Übrigen müsste ein solches bewusstes Zuwarten auch als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 ZGB eingestuft werden³⁰³.

3. Kein Selbst- oder Drittverschulden, keine höhere Gewalt

Verschiedene „Beispielgaranten“ schliessen ihre Garantieleistungen im Falle von Selbst- und Drittverschulden aus. So Autohersteller B, der insbesondere Unfall, Vandalismus, Dritt- oder Fremdeinwirkung sowie unsachgemässen Gebrauch von der Garantie ausnimmt³⁰⁴. Skihersteller C wiederum schliesst die Garantie bei „vorsätzlicher und grobfahrlässiger“ Beschädigung aus³⁰⁵. Elektro-Haushaltsgerätehersteller F verneint die Garantie ausserdem bei nicht fachgerechter Installation und Nichtbeachtung der Bedienungsanleitung bzw. der Betriebsvorschriften³⁰⁶. Demgegenüber üben sich die Garanten A, D und E diesbezüglich in Schweigen.

Nach hier vertretener Auffassung sind Mängel, welche auf ein Selbst- oder Drittverschulden bzw. höhere Gewalt zurückzuführen sind, von der Haltbarkeitsgarantie ausgenommen, sofern diese nicht zweifelsfrei etwas Gegenteiliges bestimmt. Bei den Herstellern B und C ergibt sich der Ausschluss entsprechender Mängel bereits aus dem klaren Wortlaut ihrer Garantieerklärungen. Im Weiteren sprechen grundsätzlich auch die Umstände, vor allem die Interessenslage des jeweiligen Herstellers, dafür³⁰⁷: Im Rahmen einer objektiven Betrachtungsweise kann vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden, dass ein Garant für etwas einzustehen bereit ist, das ausserhalb seines Einflussbereichs liegt. Das Garantieverprechen kann sich insbesondere nicht auf Schäden erstrecken, die auf eine unsachgemässe Behandlung durch den Käufer oder einen Dritten zurückzu-

³⁰² Selbstverständlich können im Einzelfall auch weitere Umstände für eine strenge Handhabung der Rügepflicht sprechen. Dabei vermag jedoch das mit einer kurzen Rügefrist gegebene grosse „Verwirkungspotential“ von Garantieansprüchen mitnichten eine strenge Handhabung der Rügepflicht rechtfertigen. Nach einer Einschätzung von BUCHER, Der benachteiligte Käufer, S. 2, welche zwar einige Jahre zurückliegt, allerdings nach wie vor Geltung beanspruchen dürfte, entscheidet Art. 201 OR „über das Schicksal von rund drei Viertel aller Gewährleistungsansprüche (...) und zwar negativ“.

³⁰³ Vgl. BSK/HONSELL, Art. 2 ZGB N 49. Sollte der Richter in einem solchen Fall die Haftung des Garanten wider Erwarten trotzdem bejahen, so müsste m.E. wenigstens im Rahmen der Schadensbemessung die Leistungspflicht des Garantens angemessen reduziert werden (Art. 43 f. i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR).

³⁰⁴ Vgl. hierzu vorne N 20.

³⁰⁵ Vgl. hierzu vorne N 23.

³⁰⁶ Vgl. hierzu vorne N 27.

³⁰⁷ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

führen sind³⁰⁸. Die vom Hersteller freiwillig eingegangene Verpflichtung bleibt im Zweifelsfall auf Produktdefekte beschränkt, deren Ursachen im Produkt selbst liegen (z.B. ein Materialfehler, eine unsorgfältige Verarbeitung oder ein Konstruktionsfehler). Alle den Garantiefall hervorrufenden Umstände, die nicht dem Hersteller zuzurechnen sind, schliessen entsprechend den Garantiefall aus. Regelmässig dürfte die diesbezügliche Trennlinie im Zeitpunkt des abgeschlossenen Produktionsvorgangs liegen³⁰⁹.

- 130 Schliesslich ist hinsichtlich der praktisch bedeutsamen Frage der Beweislastverteilung festzustellen, dass diese – soweit ersichtlich – in Garantieerklärungen ungeregelt bleibt. Eine Lückenfüllung durch Analogieschluss zum Sachgewährleistungsrecht³¹⁰ erweist sich bei der Haltbarkeitsgarantie als unpassend, weil hier die Mängelfreiheit auf Zeit zugesichert und nicht nur für im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestehende Mängel gehaftet wird³¹¹. Sachgerecht scheint im Lichte von Art. 8 ZGB vielmehr, dem Käufer den Nachweis dafür aufzuerlegen, dass der Mangel während der massgebenden Garantiedauer eingetreten ist. Umgekehrt hat der Hersteller den Nachweis zu erbringen, wenn er die Garantieleistung unter Berufung auf Selbst-/Drittverschulden oder höhere Gewalt negieren möchte³¹². Dabei kann als Entlastungsbeweis die technisch einwandfreie Herstellung nicht genügen; dafür kommt nur eine falsche Behandlung oder ein äusserer, auf die Sache einwirkender Faktor in Betracht³¹³.

³⁰⁸ Fraglich ist allerdings, ob ein schadensverursachender Zwischenhändler oder Verkäufer, welcher z.B. durch unsachgemässe Lagerung oder Lieferung die Kaufsache beschädigt, als Dritter in diesem Sinne zu verstehen ist. RISSE, S. 354 f. bejaht dies und argumentiert u.a. mit der geringen Einflussmöglichkeit des Herstellers auf den Verkäufer im Rahmen der indirekten Distribution.

³⁰⁹ Vgl. Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 23 f.; MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 15, 17 ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1451 ff.; Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 33.

³¹⁰ Vgl. hierzu vorne N 101 f.

³¹¹ Im Sachgewährleistungsrecht gilt, dass der Käufer die Beweislast eines Mangels im massgeblichen Zeitpunkt des Gefahrenübergangs trägt. Bei vorbehaltloser Annahme wird die Mängelfreiheit vermutet. Verweigert dagegen der Käufer die Annahme der Sache wegen Vertragswidrigkeit oder bringt er deswegen zumindest einen Vorbehalt an, verhält es sich umgekehrt (vgl. z.B. BK/GIGER, Art. 197 OR N 92 ff.; BSK/HONSELL, Art. 197 OR N 12).

³¹² Vgl. Palandt/WEIDENKAFF, § 443 BGB N 25; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 16; BAUMBERGER/ROTH/FAUST, § 443 BGB N 32.

³¹³ In Deutschland besteht mit § 443 Abs. 2 BGB eine entsprechende Vermutung, wobei Lehre und Rechtsprechung diesbezüglich seit jeher, also bereits vor Inkraftsetzung der Schuldrechtsreform, diese Auffassung vertreten haben (Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 26, 33 [mit zahlreichen Hinweisen]).

4. **Vornahme von periodischen Wartungsarbeiten, Verbot zum Einbau fremder Ersatzteile und zur Vornahme von Eingriffen in das Produkt durch nicht autorisierte Stellen**

Insbesondere in der Automobilindustrie wird herstellereits teilweise der Versuch unternommen, die Garantieleistung von der Vornahme von periodischen Servicearbeiten bei autorisierten Servicepartnern (Vertragswerkstätten) abhängig zu machen. Ein an sich von der jeweiligen Garantie abgedeckter Mangel soll nur zu einer Leistungspflicht führen, falls das vom Hersteller vorgegebene Serviceintervall eingehalten wurde³¹⁴. In dieselbe Richtung zielen auch Garantiebestimmungen, wonach Garantieleistungen ausgeschlossen sind, falls fremde Ersatzteile in das Produkt eingebaut oder von nicht autorisierten Stellen Eingriffe in das Produkt vorgenommen werden³¹⁵. 131

Vorab von Interesse ist die Garantiebedingung des eingehaltenen Serviceintervalls. Legt man solche Klauseln nach den allgemeinen Regeln aus³¹⁶, so berechtigt meiner Auffassung nach die Verletzung der vorgenannten Obliegenheit durch den Käufer den Hersteller zur Verweigerung seiner Garantieleistung. Solche in der Regel klare – und deshalb kaum interpretationsbedürftige – Klauseln erscheinen durch legitime Interessen des Herstellers gerechtfertigt: Die Einhaltung des vorgegebenen Serviceintervalls ermöglicht dem Hersteller, Mängel frühzeitig zu erkennen, um so die Instandstellungskosten möglichst tief halten zu können. Ferner bedeutet die Einhaltung des Serviceintervalls – sofern die Serviceleistung entgeltlich erfolgt – für den Hersteller eine gewisse „Gegenleistung“ für seine freiwillige Garantiezusage³¹⁷. Daher lässt sich im Rahmen der Auslegung auch keine „Kausalität“ hineininterpretieren, wonach die Garantieleistung nur versagt werden kann, falls der Garantiefall auf eine ungenügende Wartung zurückzuführen ist³¹⁸. 132

Die Gültigkeit einer solchen Garantiebedingung kann auch nicht verneint werden, indem sie als ungewöhnlich taxiert wird. Denn eine derartige Be- 133

³¹⁴ Vgl. z.B. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1444; ferner die Sachverhalte von BGH, Urteil vom 12.12.2007, VIII ZR 187/06, N 1 ff. sowie BGH, Urteil vom 14.10.2009, VIII ZR 354/08, N 1 ff.

³¹⁵ Vgl. hierzu z.B. vorne N 27; ferner die Sachverhalte von BGH, Urteil vom 12.12.2007, VIII ZR 187/06, N 1 ff. sowie BGH, Urteil vom 14.10.2009, VIII ZR 354/08, N 1 ff.

³¹⁶ Vgl. hierzu vorne N 98 f.

³¹⁷ Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 06.07.2011, VIII ZR 293/10, N 23.

³¹⁸ Vgl. MK/WESTERMANN, N 17; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1444.

dingung darf durchaus als verkehrstypisch angesehen werden und der Charakter der Garantie wird damit nicht wesentlich beeinträchtigt³¹⁹.

- 134 Fraglich ist hingegen, ob in sämtlichen Konstellationen die Vereinbarkeit mit Art. 8 UWG gegeben ist oder ob diese Garantiebedingung unter Umständen durch die offene Inhaltskontrolle fällt³²⁰. In Deutschland hat der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang wie folgt entschieden: Danach ist eine „Pflicht“ zur Durchführung der Wartungsdienste in einer formulärmässig gewährten Garantie grundsätzlich wirksam, sofern die Garantie anlässlich des Produktkaufs unentgeltlich gewährt wird. Von einer unangemessenen Benachteiligung des Garantienehmers könne nicht ausgegangen werden. Es werde mit der Klausel in zulässiger Weise eine Bindung des Kunden an bestimmte Werkstätten bezweckt. Die langfristige Garantie soll dem Kunden nur „um den Preis“ der regelmässigen Durchführung der Wartungsdienste in den Vertragswerkstätten zustehen, sodass – bei wirtschaftlicher Betrachtung – von einer „Gegenleistung“ gesprochen werden könne, die für die Garantie gefordert werde³²¹.
- 135 Dagegen beurteilte der Gerichtshof eine solche Garantiebedingung für den Fall, dass der Käufer die Herstellergarantie – in Abweichung vom vorgenannten Regelfall – zusätzlich vergüten musste, als unwirksam³²². Hier dürfe die Garantieleistung von der Durchführung von regelmässigen Wartungsarbeiten in Vertragswerkstätten nicht ohne Rücksicht darauf abhängig gemacht werden, dass der Garantiefall auf eine unterlassene Wartung zurückzuführen ist. Ansonsten liege eine unangemessene Benachteiligung des Kunden vor, was gemäss § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit einer derartigen Klausel zur Folge habe. Anders als bei der „kostenlosen“ Garantie“ bilde aus Kundensicht das vom Garantienehmer zu entrichtende Entgelt die Gegenleistung für die Garantieleistung³²³.
- 136 Nach meinem Dafürhalten lässt sich diese Rechtsprechung auf Art. 8 UWG übertragen: Für den Fall, dass der Käufer die Garantieleistung vom Hersteller ohne direkte Gegenleistung erhält, ist von vornherein kein tatbestands-

³¹⁹ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 106.

³²⁰ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 107 ff.

³²¹ BGH, Urteil vom 12.12.2007, VIII ZR 187/06, N 10 ff.; hierzu kritisch STEIMLE/DORNRIEDEN, S. 1039 ff.

³²² Dies ist häufig bei sog. Anschlussgarantien der Fall, bei denen der Käufer entgeltlich zusätzlich Garantieleistungen erwerben kann (vgl. hierzu vorne FN 4).

³²³ BGH, Urteil vom 06.07.2011, VIII ZR 293/10, N 8 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.10.2009, VIII ZR 354/08, N 10 ff., wo in Bezug auf eine Verkäuferschutzgarantie ebenso entschieden wurde.

mässig vorausgesetztes Missverhältnis³²⁴ erkennbar, da hier die Garantie nur einseitig verpflichtend ist. Gegenteilig sind jedoch diejenigen Fälle zu beurteilen, in denen der Hersteller eine direkte Gegenleistung für die Garantieleistung erwirbt, also ein synallagmatischer Vertrag besteht: Mit der Garantiebedingung „Wahrung der vorgeschriebenen Wartungsarbeit“ wird der vom Käufer gesondert vergütete Garantieanspruch modifiziert. Das Missverhältnis i.S.v. Art. 8 UWG ist darin zu erblicken, dass der Hersteller diese Garantiezusage mit einer Nebenbestimmung potentiell grundlos auslösen kann; die berechnete Erwartung des Kunden in den Bestand der erkaufte Garantieleistung muss jedenfalls dann Vorrang geniessen, wenn der Garantiefall von der Nichtbeachtung des stipulierten Wartungsintervalls nicht beeinflusst wurde³²⁵. Anders gesagt: Die Obliegenheit zur Durchführung von Wartungsarbeiten darf nicht Selbstzweck sein.

Analog sind m.E. die eingangs angesprochenen „Herstellerverbote“ betreffend Einbau fremder Ersatzteile sowie Eingriffen in das Produkt durch nicht autorisierte Stellen zu beurteilen. Der klare Wortlaut und die gleichermassen erkennbaren berechtigten Interessen des Herstellers wie die Risikominderung für Garantiefälle, die bessere Kalkulierbarkeit der eingegangenen Garantiepflichtung oder die „indirekte Gegenleistung“ sprechen wiederum für eine grundsätzlich uneingeschränkte Geltung dieser Anspruchsbedingungen. Nur bei entgeltlich erworbenen Garantien rechtfertigt sich im Lichte von Art. 8 UWG der Vorbehalt, wonach der Hersteller sich seiner Leistungspflicht dann nicht entziehen kann, wenn keine Kausalität zwischen dem eingetretenen Mangel und der missachteten Garantievorschrift zur Wartung besteht. 137

5. Vorweisung der Garantiekarte

Herstellergarantien, welche über eine Garantiekarte und dergleichen begründet werden, enthalten vielfach die Bestimmung, die Garantieleistung sei von der Vorweisung der Garantiekarte abhängig. Um die Tragweite dieser Garantiebedingung zu beurteilen, muss die Garantiekarte auf ihre Rechtsnatur hin untersucht werden. Im schweizerischen und deutschen 138

³²⁴ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 109 ff.

³²⁵ Gemäss Lehre wäre diese Garantiebedingung somit nichtig (vgl. hierzu vorne N 113). Sachgerecht dürfte sein, die insofern entstandene Lücke mit einer Garantiebedingung zu schliessen, welche dem Kausalzusammenhang zwischen „unterlassener Wartung“ und „Garantiefall“ Rechnung trägt (Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen, vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 101). Im Ergebnis entspricht hier die Lückenfüllung nach den allgemeinen Prinzipien somit der geltungserhaltenden Reduktion.

Schrifttum wird verschiedentlich die Frage aufgeworfen, ob Garantiekarten möglicherweise Wertpapiere seien³²⁶. Während in Deutschland darüber kontrovers debattiert wurde, sprach die schweizerische Lehre der Garantiekarte die Wertpapiereigenschaft von Anfang an ab³²⁷. Diese Auffassung ist aus meiner Sicht aus folgenden Gründen zutreffend:

- 139 Urkunden sind Träger für Zeichen, „d.h. die Fixierung von Informationen für einen späteren Abruf“³²⁸. Aus welchem Stoff der Träger besteht, ist unter diesem Gesichtspunkt irrelevant. Möglich sind z.B. Papier, Plastik oder ein elektronisch kodierbarer Magnetstreifen³²⁹. Inhalt einer Urkunde kann insbesondere auch ein Recht sein. Insofern wird das Recht als etwas „Abstraktes“ durch die Urkunde „verkörpert“. Allerdings sind Urkunde und Urkundeninhalt nicht dasselbe. Z.B. kann ein und dasselbe Recht mehrfach verurkundet sein, ohne damit vervielfacht zu werden. Auch kann ein Recht losgelöst von der Urkunde bestehen und geltend gemacht werden³³⁰.
- 140 Die Verurkundung von Rechten kann drei Funktionen haben: Zunächst dient jede Urkunde dem Beweis des verurkundeten Rechts (Beweisfunktion). Welches Mass an Beweiskraft der Urkunde tatsächlich zukommt, kann verschieden sein und ist abhängig von den Umständen ihrer Entstehung, den Fälschungsmöglichkeiten³³¹ usw. Insgesamt reicht sie nicht immer allein für den Beweis aus. Im Weiteren kann die Urkunde der Entstehung des betreffenden Rechts dienen, nämlich dort, wo das Gesetz oder die Parteien dafür die Erfüllung einer bestimmten Form, wie die Schriftlichkeit nach Art. 13 OR, verlangen (Formfunktion). Endlich drittens kann der Urkunde eine besondere Funktion im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Rechts zuerkannt werden. Insofern verschafft die Urkunde wie ein Schlüssel den Zugang zum Recht (Schlüsselfunktion)³³².
- 141 Während die Beweisfunktion in grösserem oder geringerem Mass jeder Urkunde zukommt, wird die Form- und Schlüsselfunktion nur besonderen Urkunden zuerkannt. Entweder kann die Zuerkennung (sog. Urkundenklausel) durch das Gesetz selbst generell für bestimmte Kategorien (sog. geborene

³²⁶ Vgl. z.B. FRÜH, S. 137 ff.; LIPS, S. 26 ff.; ANDROULAKIS, S. 101; BOETIUS, S. 98 ff.; DIEDERICHSEN, S. 40.

³²⁷ FRÜH, S. 137 ff.; LIPS, S. 26 ff.

³²⁸ Druey/DRUEY, § 27 N 1.

³²⁹ Druey/DRUEY, § 27 N 1; vgl. auch JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 12 ff.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 1 N 4 ff.

³³⁰ Druey/DRUEY, § 27 N 3.

³³¹ Öffentliche Urkunden erbringen etwa für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB).

³³² Druey/DRUEY, § 27 N 8.

Urkundeneigenschaften) oder durch privates Rechtsgeschäft (sog. gekorene Urkundeneigenschaften) erfolgen³³³. Dafür massgebend sind auch weitgehend die Verkehrsübung und der aus der Ausgabe ersichtliche Sinn^{334/335}.

Abhängig vom Typ der Urkundenklausel kann der Urkunde bei der Geltendmachung des Rechts eine unterschiedliche Funktion zukommen: Bei einem Präsentationspapier muss der Schuldner dem materiell Berechtigten nur gegen Vorlegung der Urkunde leisten. Jedoch wird das Recht durch die Urkunde lediglich festgehalten, nicht aber begründet. Es ist in seiner Existenz von der Urkunde unabhängig. Bedeutung des Präsentationserfordernisses ist nur, dass der Schuldner nicht in Verzug gebracht werden kann, solange die Urkunde nicht vorgelegt wird und der Nachweis des Rechts nicht anderweitig erfolgt ist³³⁶. Die Funktion des Legitimationspapiers ist, dass der Schuldner an denjenigen, der die Urkunde vorweist, befreiend leisten kann. Der Schuldner wird somit entgegen dem allgemeinen obligationenrechtlichen Prinzip auch im Falle der Erfüllung an einen Nichtberechtigten befreit – vorausgesetzt, er war gutgläubig^{337/338}. Völlig anders ist die Situation, wenn die Urkunde die Funktion eines Wertpapiers hat. Die Wertpapiereigenschaft bezweckt – im Gegensatz zum Präsentations- und Legitimationspapier – nicht den Schutz des Schuldners, sondern den Schutz des Inhabers. Es realisiert sich darin die Grundidee des ganzen Wertpapierrechts, indem das Wertpapier für den Verkehr bestimmt ist. Das Wertpapierrecht dient damit dem Schutz des Erwerbers der Urkunde³³⁹.

Nach Art. 965 OR ist jede Urkunde ein Wertpapier, mit welcher ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann. Diese Definition erweckt den Ein-

³³³ Eine rechtsgeschäftliche Urkundenklausel stammt in aller Regel vom Aussteller der Urkunde. Der Aussteller und mithin jeder Inhaber der Urkunde hat grundsätzlich das Recht, diese in Bezug auf Inhalt wie auch Urkundenfunktion zu verändern. Damit kann er aber selbstverständlich die Position schon Beteiligter nicht tangieren (Guhl/DRUEY, § 84 N 11).

³³⁴ Zu denken ist z.B. an das Kinobillet: Wer an der Kasse einen Eintritt für die Vorführung erwirbt, kann aus der Abgabe des Tickets ersehen, dass ihm in den Saal nur Einlass gegen dessen Vorweisung gewährt werden soll (vgl. Guhl/DRUEY, § 84 N 10).

³³⁵ Druey/DRUEY, § 27 N 4 ff.

³³⁶ Druey/DRUEY, § 27 N 10 ff.; vgl. auch JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 45 ff.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 2 N 23 f., 55 ff.

³³⁷ Diesfalls liegt es am Berechtigten, mit demjenigen, der unberechtigt die Leistung beansprucht hat, den Ausgleich wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu suchen (Druey/DRUEY, § 27 N 13).

³³⁸ Druey/DRUEY, § 27 N 13 ff.; vgl. auch JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 47 ff.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 2 N 25 ff., 75 ff.

³³⁹ Druey/DRUEY, § 27 N 15 f.

druck, sie umschreibe das Präsentationspapier. Indessen ist die Intention und damit der Gehalt der Norm völlig anders: „Die Zusage, weil sie dem Inhaber gilt, besteht in der Sicherheit für ihn, dass kein Dritter ohne Papier das Recht geltend machen kann“³⁴⁰. Urkunden mit ausschliesslich dieser Verkehrsschutzfunktion werden als einfaches Wertpapier bezeichnet³⁴¹.

- 144 Für qualifizierte Wertpapiere („Wertpapier öffentlichen Glaubens“) ergibt sich eine wesentliche Steigerung der Wertpapiereigenschaft. Hier wird das Vertrauen des Erwerbers auch hinsichtlich des Inhalts des Papiers und der Berechtigung des Veräusserers am Papier geschützt, sofern er dieses Vertrauen aus der Urkunde selbst schöpfen konnte (Prinzip der sog. Skripturrechtlichkeit) und auch sonst hinsichtlich möglicher Mängel seines Rechts gutgläubig war³⁴².
- 145 Aus diesen vorangegangenen allgemeinen Ausführungen ergeben sich für uns folgende Erkenntnisse: Die Garantiekarte ist eine Urkunde, deren wesentlicher Inhalt das Recht des Garantienehmers auf Garantieleistung ist. Sie hat unbestreitbar Beweisfunktion, nicht aber eine Formfunktion. Abgesehen davon kann ihr aus meiner Sicht auch eine beschränkte Funktion bei der Geltendmachung der Garantieleistung (Schlüsselfunktion) zugesprochen werden: Der Garant kann anhand der Garantiekarte bzw. der darin enthaltenen Angaben überprüfen, ob er für das entsprechende Produkt überhaupt leistungspflichtig ist³⁴³. Damit lässt sich ein Garantiefall rasch abwickeln, was mithin der Kundenzufriedenheit dient. Daher ist die Garantiekarte grundsätzlich als Präsentationspapier anzusehen; zumindest dort, wo festgehalten ist, dass die Garantieleistung der Vorweisung der Garantiekarte bedürfe.
- 146 Gegen die Qualifizierung der Garantiekarte als Legitimationspapier spricht, dass es dem Garanten nicht darum geht, „dank“ dem Vorweisen der Garantiekarte befreiend leisten zu können, sondern die „Garantieberechtigung des Produkts“ festzustellen. Die Wertpapiereigenschaft der Garantiekarte ist deshalb zu verneinen, weil darin nicht die Idee der Verbriefung liegt, auch wenn sie übertragen werden kann. Demzufolge geht mit einem möglichen Verlust der Garantiekarte der Garantieanspruch nicht unter. Stattdessen steht dem Garantienehmer die Möglichkeit offen, seinen Anspruchsberechtigung auf anderem Weg nachzuweisen.

³⁴⁰ Guhl/DRUEY, § 84 N 20.

³⁴¹ Druey/DRUEY, § 27 N 17 ff.

³⁴² Druey/DRUEY, § 27 N 21.

³⁴³ Muss z.B. der Verkäufer auf der Garantiekarte das Kaufdatum eintragen (vgl. hierzu vorne N 63), kann der Hersteller anhand der Garantiekarte überprüfen, ob die Garantiedauer im Garantiefall nicht bereits abgelaufen ist.

Insgesamt dürfte die Bedeutung der Garantiekarte in Bezug auf die Beweisfunktion in der Abnahme begriffen sein. Diverse Produkte sind heute beim Garanten elektronisch registriert. Ein Autohersteller kann z.B. anhand der Seriennummer innert kürzester Zeit aus seiner Datenbank die ganze Historie (z.B. Erstzulassung, bisherige Garantieleistungen, Serviceintervall) eines Fahrzeugs abrufen. Bei solchen Produkten kann der Garant gleich selbst feststellen, ob ein geltend gemachter Mangel von der Herstellergarantie abgedeckt ist. Es bedarf nicht mehr der Garantiekarte, um die „glatte“ Abwicklung eines Garantiefalls sicherzustellen³⁴⁴. 147

III. Inhalt eines Herstellergarantieanspruchs

Sind neben dem Garantietatbestand (Auslobung oder Vertrag) sämtliche dargelegten Voraussetzungen für die Geltendmachung des Garantieanspruchs erfüllt, fragt sich, welche Rechte der Garantienhmer gegenüber dem Garantiegeber im Garantiefall hat. Blickt man auf unsere Beispiele, so zeigt sich, dass Hersteller dies nur beschränkt festhalten: Garant A bietet dem Käufer „Instandstellung“³⁴⁵; Autohersteller B übernimmt die „Kosten für Verschleissreparaturen und benötigte [...] Ersatzteile“³⁴⁶; Garantiegeber D repariert oder ersetzt den defekten Computer³⁴⁷; die Garantie des Elektro-Haushaltsgeräteherstellers F beinhaltet Material, Arbeit und Fahrspesen³⁴⁸. Skihersteller C und Fitnessgerätehersteller E äussern sich erst gar nicht dazu³⁴⁹. Bezüglich des Ausgleichs möglicher Mangelfolgeschäden, d.h. durch das mangelhafte Produkt bei andern Rechtsgütern des Käufers hervorgerufener Schäden (wie Nutzungsausfallkosten)³⁵⁰, schweigen die meisten Ga-

³⁴⁴ In verwandtem Zusammenhang ist anzumerken, dass das eingangs erwähnte wertpapierrechtliche Konzept mit der Verbriefung von Rechten gerade bei jenen Rechten, deren Verbriefung angesichts der angestrebten Verkehrstauglichkeit im Vordergrund steht, d.h. den an einer Börse gehandelten Titeln (Effekten), am deutlichsten überholt worden ist. Das Wertpapierrecht hat den Handwechsel des Papiers im Auge. Hingegen lassen es die heute massenweise Ausgabe gleichartiger Effekten und deren häufige Transaktion rationeller erscheinen, wenn das Papier so wenig wie möglich bewegt wird. An die Stelle der Übertragung des Papiers hat das elektronische Zeitalter die stark zentralisierte und automatische Buchung gesetzt (sog. „Entmaterialisierung“ des Wertpapiers). Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass es nicht auch zu Pannen kommen kann. Diesem Thema hat sich das am 1. Oktober 2009 in Kraft getretene BEG angenommen (vgl. dazu z.B. Druey/DRUEY, N 164 f.; ROTH, S. 169 ff.).

³⁴⁵ Vgl. hierzu vorne N 18.

³⁴⁶ Vgl. hierzu vorne N 20.

³⁴⁷ Vgl. hierzu vorne N 24.

³⁴⁸ Vgl. hierzu vorne N 26.

³⁴⁹ Vgl. hierzu vorne N 23, 25.

³⁵⁰ Vgl. z.B. SCHMID/StÖCKLI, N 405; BSK/HONSELL, Art. 208 OR N 8.

ranten vollständig. Ausnahme davon bildet Computerhersteller D („D ist nicht haftbar für Nutzungsausfall des Produkts oder Folgekosten oder -schäden“) sowie insoweit Skihersteller C, dessen Garantieerklärung am Ende mit der Wendung „Haftpflicht ausgeschlossen“ einen allgemeinen Haftungsausschluss enthält³⁵¹. Nachstehend werden die Ansprüche im Zusammenhang mit dem Mangel als solchen³⁵² und Mangelfolgeschäden³⁵³ sowie die Bedeutung von Haftungsfreizeichnungsklauseln³⁵⁴ der Reihe nach einzeln behandelt.

1. Anspruch im Zusammenhang mit einem Mangel

- 149 Der Wortlaut des Leistungsversprechens von Garant A („Instandstellung“) zielt meiner Interpretation nach auf Nachbesserung, ebenso diejenigen der Garantien B und F (Übernahme der „Kosten für Verschleissreparaturen und benötigte [...] Ersatzteile“ bzw. „Übernahme von Material, Arbeit und Fahrspesen“). Auch die Garantieerklärung von Garant D spricht für einen Nachbesserungsanspruch, wobei dieser anstatt nachbessern alternativ auch eine Ersatzlieferung vornehmen kann. Anhaltspunkte für ein abweichendes bzw. ein alternatives Auslegungsergebnis sind nicht erkennbar³⁵⁵. Im Gegensatz dazu kann den Garantieerklärungen von C und E zu dieser Thematik nichts entnommen werden. Sie sind in diesem Punkt ergänzungsbedürftig³⁵⁶.
- 150 Im Allgemeinen dürften Hersteller dazu geneigt sein, Nachbesserung oder Nacherfüllung versprechen zu wollen³⁵⁷. Mit Bezug auf die Garantien C und E lässt sich m.E. allerdings ein entsprechender hypothetischer Parteiwille nicht eindeutig ableiten. Demzufolge ist zu untersuchen, ob die Lücke allenfalls durch analoge Anwendung von dispositivem Recht geschlossen werden kann³⁵⁸. Dafür bieten sich potentiell die Mängelrechte des Käufers/Bestellers nach Art. 205 ff. bzw. Art. 368 OR an (sog. „Bündel von Rechten“³⁵⁹), in erster Linie die Mängelrechte des Käufers beim Gattungskauf nach Art. 205 ff. OR, zumal die mit einer Haltbarkeitsgarantie begünstigten

³⁵¹ Vgl. hierzu vorne N 23.

³⁵² Vgl. hierzu sogleich N 149 ff.

³⁵³ Vgl. hierzu hinten N 157 ff.

³⁵⁴ Vgl. hierzu hinten N 163 ff.

³⁵⁵ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

³⁵⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 100 f.

³⁵⁷ Vgl. HANKE, S. 146 f.; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 14.

³⁵⁸ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 101.

³⁵⁹ SCHMID/STÖCKLI, N 381.

Produkte typischerweise Gattungsware darstellen³⁶⁰ und vom Käufer – wenn auch nur indirekt – käuflich erworben werden³⁶¹.

Sind die Grundvoraussetzungen (Vorliegen eines Mangels [Art. 197 OR], 151 Nichtkenntnis des Mangels bei Vertragsabschluss [Art. 200 OR], rechtzeitige Prüfung und Rüge [Art. 201 OR]) sowie die jeweiligen Spezialvoraussetzungen (z.B. Vorliegen eines Minderwerts für die Minderung) gegeben³⁶², kann der Käufer beim Gattungskauf zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen. Dabei besteht für den Verkäufer allerdings die Möglichkeit, sich der Wandelung und Minderung durch eine sofortige Ersatzlieferung zu entziehen (Art. 206 Abs. 2 OR)³⁶³.

Im Gegensatz zu den werkvertraglichen ist den kaufvertraglichen Gewähr- 152 leistungsregeln des OR ein Nachbesserungsrecht fremd. Ein Teil der Lehre bejaht allerdings den Nachbesserungsanspruch des Käufers gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR analog³⁶⁴. Zur Konstruktion des Nachbesserungsrechts des Verkäufers wird bisweilen Art. 2 ZGB benutzt³⁶⁵. In der Praxis wird – in Abänderung der weitgehend dispositiven Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR – vielfach ein exklusives Nachbesserungsrecht des Käufers vereinbart³⁶⁶.

Bei näherer Betrachtung sprechen nach meinem Dafürhalten triftige Gründe 153 gegen eine analoge Anwendung der Art. 205 bis 208 OR auf den Garantieanspruch: Wesensmerkmal von Haltbarkeitsgarantien ist das Versprechen des Garanten gegenüber dem Garantiennehmer, während einer bestimmten Periode für die Produktbeschaffenheit zu garantieren³⁶⁷. Für den Fall, dass ein Mangel auftritt, gilt es daher den garantierten Zustand wiederherzustellen. Somit steht vor allem die den Art. 205 bis 208 OR unbekannte Nach-

³⁶⁰ Vgl. hierzu bereits vorne N 117.

³⁶¹ Anzumerken ist, dass sich die Mängelrechte des Käufers beim Spezies- und Gattungskauf weitgehend entsprechen. Ebenso sind die Mängelrechte des Bestellers und diejenigen des Käufers weitgehend deckungsgleich (vgl. KOLLER A., OR BT, § 4 N 122; Guhl/KOLLER A., § 47 N 45).

³⁶² Vgl. zum Ganzen z.B. HONSELL, OR BT, S. 79 ff.; SCHMID/STÖCKLI, N 322 ff.; HUGUENIN, N 2596 ff.

³⁶³ Vgl. zum Ganzen z.B. HONSELL, OR BT, S. 101 ff.; SCHMID/STÖCKLI, N 381 ff.; HUGUENIN, N 2651 ff.

³⁶⁴ Guhl/KOLLER A., § 42 N 48; BK/GIGER, Art. 205 OR N 42; vgl. auch HUGUENIN, N 2689.

³⁶⁵ BUCHER, OR BT, S. 97; BK/GIGER, Art. 205 OR N 43; vgl. auch HUGUENIN, N 2690. Gemäss GIGER verstiesse es gegen Treu und Glauben, falls der Käufer eine für ihn mit keinerlei Nachteilen verbundene Ausbesserung der gelieferten Sache verweigern würde.

³⁶⁶ Vgl. hierzu hinten N 195.

³⁶⁷ Vgl. dazu vorne N 10 ff.

besserung sowie die Nacherfüllung im Zentrum³⁶⁸. Demgegenüber fällt eine Wandelung oder Minderung von vornherein ausser Betracht, da es bei der Haltbarkeitsgarantie weder um die Auflösung eines Kaufvertrags samt Rückabwicklung (Wandelung), noch um die Herabsetzung der Kaufpreisforderung (Minderung) geht³⁶⁹. Abgesehen davon kann es niemals dem Willen des Garanten entsprechen, sich aufgrund der freiwillig eingegangenen Verpflichtung der diesbezüglichen Disposition des Garantienehmers (Stichwort: Wahlrecht zwischen verschiedenen Mängelrechten) auszusetzen. Vielmehr möchte der Garant diese Entscheidungskompetenz bei sich behalten³⁷⁰.

- 154 Neben den soeben auf Analogiefähigkeit geprüften Art. 205 bis 208 OR sind keine weiteren Bestimmungen ersichtlich, welche für eine analoge Anwendung auf den Garantieanspruch geeignet erscheinen. Insbesondere lassen sich gegen eine analoge Anwendung von Art. 368 OR (Mängelrechte des Bestellers) im Wesentlichen dieselben Argumente anführen, welche gegen eine analoge Anwendung von Art. 205 bis 208 OR sprechen.
- 155 Mangels analog anwendbaren dispositiven Gesetzesbestimmungen bedarf es der Ergänzung modo legislatoris i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB³⁷¹. Dabei erweist es sich aus meiner Sicht als sachgerecht, wenn der Garantieanspruch im Regelfall als Recht des Garantienehmers auf Nachbesserung verstanden wird³⁷². Zugleich muss es dem Garantiegeber möglich sein, diese Schuld alternativ durch Ersatzlieferung zu tilgen. In Anlehnung an die Terminolo-

³⁶⁸ Vgl. HANKE, S. 147; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 14.

³⁶⁹ Vgl. MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 11; Jauernig/BERGER, § 443 BGB N 11; Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 22. Der Hersteller ist nicht Partei des Kaufvertrags, weshalb er dem Käufer auch keine Rechte einräumen kann, welche unmittelbar Auswirkung auf das (fremde) Kaufvertragsverhältnis haben; hierbei würde es sich um einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter handeln (HANKE, S. 16 f.; vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. BGE 124 II E. 2b; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22 N 49). Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN bringt jedoch vor, dass gleichwohl ein wirtschaftliches Äquivalent zum Rücktritt bzw. zur Nachbesserung erreicht werden könne, indem dem Käufer seitens des Dritten ein Zahlungsanspruch in der Höhe des Kaufpreises (Zug-um-Zug gegen Herausgabe der Kaufsache) bzw. in der Höhe des Minderungsbetrags eingeräumt werde (§ 443 BGB N 22).

³⁷⁰ Vgl. FRÜH, S. 132; HANKE, S. 148.

³⁷¹ Vgl. hierzu vorne N 100 f.

³⁷² Nach dem Grundsatz, dass ein Schuldner nicht persönlich zu erfüllen braucht, ausser wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt, muss es dem Hersteller unbenommen sein, zur Nachbesserung einen Erfüllungsgehilfen beizuziehen (z.B. eine Vertrags- oder Reparaturwerkstätte). Wenn – wie hier – die sachliche Komponente der Verpflichtung überwiegt, liegt regelmässig keine persönliche Leistungspflicht vor (BK/WEBER R.H., Art. 68 OR N 4 ff., 35 ff.).

gie des BGB steht dem Hersteller somit ein Nacherfüllungsrecht zu³⁷³. Dabei gehen – soweit nichts anderes festgehalten ist – die Begleitkosten (z.B. Weg-/Transportkosten) zulasten des Herstellers³⁷⁴.

Mit dieser Lückenfüllung wird einerseits der Garantiennehmer in seinem durch die Haltbarkeitserklärung erweckten Vertrauen geschützt (Fortbestand des garantierten Zustands bzw. dessen Wiederherstellung im Garantiefall). Andererseits behält der Garant die notwendige Flexibilität bei der Erfüllung seiner freiwillig eingegangenen Verpflichtung, z.B. für den Fall, bei dem eine Ersatzlieferung günstiger als eine Reparatur ist oder Ersatzteile aufgrund eines kurzen Produktlebenszyklus nicht mehr vorhanden sind. Insgesamt gebieten die Eigenheiten der Herstellergarantie, dem Garant (und nicht dem Garantiennehmer) diesen Handlungsspielraum zuzugestehen³⁷⁵.

2. Anspruch im Zusammenhang mit Mangelfolgeschäden (insbesondere Nutzungsausfall)

Mit einem mangelhaften Produkt können Mangelfolgeschäden verbunden sein. Dabei sind beliebige mängelbedingte Beeinträchtigungen des käuferischen Integritätsinteresses denkbar. Blickt man auf die eingangs angeführten Beispiele³⁷⁶, so sind neben Körper- und Sachschäden vor allem Nutzungsausfälle in Betracht zu ziehen; z.B. wenn für die Ersatzlieferung entsprechend Zeit beansprucht wird oder der Käufer sein Auto zur Vor-

³⁷³ Die Rechte auf Nachbesserung und Nachlieferung (bzw. Ersatzleistung, Ersatzlieferung) werden in Deutschland mit dem Begriff Nacherfüllung zusammengefasst: Nach § 437 Nr. 1 BGB hat der Käufer bei einem Sachmangel primär einen Anspruch auf Nacherfüllung. Konkret hat er gemäss § 439 BGB einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels (Nachbesserung) oder auf Lieferung einer anderen mangelfreien Sache (Nachlieferung). Soweit sich der Verkäufer ein exklusives Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung ausbedingt, erscheint die Verwendung des Begriffs Nacherfüllungsrecht auch für die hiesige Rechtsordnung als treffend, zumal eine Nachbesserung oder eine Nachlieferung den ursprünglichen Erfüllungsanspruch des Käufers (Lieferung einer mängelfreien Kaufsache) fortsetzt.

³⁷⁴ BUCHER, OR BT, S. 88; GAUCH, N 1718, 1733 ff.

³⁷⁵ GL.M. WELLENS, S. 124 f.; Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 34; a.M. RISSE, S. 358 ff., welcher dem Käufer das Wahlrecht zwischen den Mängelrechten analog dem Gewährleistungsrecht einräumen möchte. Im Wesentlichen argumentiert RISSE damit, dass der Käufer auch bei der Herstellergarantie eine an die Gewährleistungshaftung des Verkäufers angelehnte Vereinbarung getroffen hätte. Diese Auffassung überzeugt – wie dargelegt – bereits deshalb nicht, weil die Eigenheiten der Herstellergarantie, namentlich der Umstand, dass die Garantie herstellereits freiwillig eingegangen wurde, unberücksichtigt bleiben (vgl. hierzu auch vorne N 102).

³⁷⁶ Vgl. hierzu vorne N 18 ff.

nahme der notwendigen Reparaturarbeiten für einige Tage in die Garage bringen und deshalb zu Fuss gehen, den öffentlichen Verkehr benutzen oder ein Ersatzauto mieten muss.

- 158 Nach dem klaren Wortlaut der Garantieerklärung von Computerhersteller D sind Mangelfolgeschäden vom Deckungsumfang der Herstellergarantie ausgeschlossen³⁷⁷. Aus den übrigen Garantieerklärungen lässt sich – sieht man vom nachstehend separat behandelten allgemeinen Haftungsausschluss des Skiherstellers C einmal ab³⁷⁸ – dazu nichts entnehmen. Im Allgemeinen dürfte m.E. der hypothetische Parteiwille des Herstellers dahingehend eindeutig sein, dass er nur bereit ist, sich im Rahmen seiner Garantieerklärung rechtsgeschäftlich für die Haltbarkeit des Produkts während einer gewissen Zeit freiwillig zu verpflichten. Ihm hingegen den mutmasslichen Willen zu unterstellen, er wolle als Vollkaskoversicherer für beliebige andere – un mittelbar oder mittelbar – mit dem Garantiefall zusammenhängende Schäden „gratis“ eintreten, ist schlicht nicht vorstellbar³⁷⁹. Insofern ist diesbezüglich von einem „qualifizierten Schweigen“ des Herstellers auszugehen, wonach dieser bewusst auf eine Regelung verzichtet und daher eine Lückenfüllung verboten ist. Dementsprechend ist auch eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR auf Herstellergarantien ausgeschlossen³⁸⁰.
- 159 Freilich steht dem Käufer der Weg offen, den Hersteller für durch das mangelhafte Produkt erlittene Sachschäden über das Deliktsrecht (Art. 41 ff. OR; PrHG³⁸¹) in Anspruch zu nehmen. Dafür sind in Bezug auf Schadenspositionen, welche mit der Verletzung von persönlichen Rechtsgütern und des Eigentums einhergehen, keine besonderen Hürden ersichtlich. Deutlich schwieriger gestaltet sich die Situation bei einem erlittenen Nutzungsausfall, da hier eine reine Vermögensbeeinträchtigung zur Diskussion steht. Eine Haftung nach PrHG fällt – da von diesem Gesetz lediglich Personen- und Sachschäden erfasst werden (Art. 1 Abs. 1 PrHG) – von vornherein ausser Betracht. Bei der Geltendmachung von reinen Vermögensschäden nach Art. 41 ff. OR stellt sich die Schutznormproblematik³⁸².

³⁷⁷ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

³⁷⁸ Vgl. hierzu vorne N 23.

³⁷⁹ So auch Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 35; REINKING/EGGERT, N 4186.

³⁸⁰ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 101. Besonders angezeigt scheint dieser Hinweis gerade auch im Lichte der in BGE 133 III 257 (Papageienfall) vorgenommenen Neuinterpretation von Art. 208 Abs. 2 OR. In der Literatur wurde dieser Entscheidung stark kritisiert (vgl. z.B. HONSELL, Papageienfall, S. 154 ff.; KOLLER A., Papageienfall, S. 1 ff.).

³⁸¹ Der Anwendungsbereich des PrHG beschränkt sich auf Konsumentenverhältnisse (vgl. Art. 1 lit. b PrHG).

³⁸² Vgl. hierzu z.B. SCHWENZER, N 50.19 ff.; ROBERTO/RICKENBACH, S. 185 ff.

Und selbst wenn sich im Einzelfall die Widerrechtlichkeit konstruieren lässt, sieht sich der vermeintlich Geschädigte mit der Grundsatzfrage konfrontiert, wann ein Nutzungsausfall überhaupt einen ersatzfähigen Schaden darstellt³⁸³.

Allgemein gilt es zwischen Nutzungsausfällen mit und ohne Vermögensfolge zu unterscheiden. Im ersten Fall (z.B. Mietkosten für ein Ersatzauto während der Reparaturdauer bzw. bis zum Eintreffen des Neuwagens nach einem Totalschaden) ist auch vom konkreten, im zweiten Fall (blosser Wegfall von Gebrauchsvorteilen) vom abstrakten Nutzungsausfall die Rede³⁸⁴. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts sind nur durch den Nutzungsausfall konkret entstandene Kosten ersatzpflichtig, nicht aber abstrakte Nutzungsausfälle³⁸⁵. 160

In der Literatur ist der Nutzungsausfall während der Reparaturdauer Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen. In Anbetracht der offensichtlichen praktischen Relevanz sowie der sich dahinter verbergenden generellen Diskussion um den normativen Schaden, im Besonderen dem Frustrations- und Kommerzialisierungsschaden³⁸⁶, erstaunt dies nicht. Dabei lässt sich der Meinungsstand im Wesentlichen in zwei Lager einteilen: Die eine Meinung anerkennt den konkreten wie abstrakten Nutzungsausfall als rechtliche Schadensposition³⁸⁷. Demnach können die während der Reparaturdauer entgangene Fahrzeugnutzung kapitalisiert sowie die weiterlaufenden Fix- 161

³⁸³ Vgl. zur „klassischen“ Differenzhypothese im Allgemeinen z.B. BK/BREHM, Art. 41 OR N 70 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2848 ff.

³⁸⁴ Vgl. z.B. STÖCKLI, Schaden, S. 30.

³⁸⁵ Vgl. z.B. BGE 126 III 388 E. 11c; BGer 4A_282/2009 E. 3 = njus 2009, S. 34 f.; BGE 132 III 379 E. 3.3.2. Das vom Bundesgericht in BGE 126 III 388 ferner ins Feld geführte Argument betreffend die praktischen Schwierigkeiten bei der Schadensbeifferung erscheint hingegen fragwürdig, zumal sich die Rechtsprechung immer wieder mit „Beifferungsproblemen“ konfrontiert sieht und diese anhand von praxisgemässen Pauschalen gelöst werden können. Gerade im Unterhaltsrecht nach Art. 125 ff. und Art. 276 ff. ZGB wird üblicherweise auf Pauschalbeträge abgestellt.

³⁸⁶ Vgl. hierzu z.B. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 24.01 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, N 9 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2851a ff.

³⁸⁷ Z.B. KLETT B., S. 377 ff. Offenbar nehmen westschweizer Gerichte diese Haltung teilweise ebenfalls ein (vgl. die Hinweise bei BK/BREHM, Art. 41 OR N 83). In Deutschland gilt neben dem konkreten auch der abstrakte Nutzungsausfall für verschiedene Fallgruppen – so auch die vorliegend interessierenden fiktiven Mietkosten – als Schaden im Rechtssinne (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 28.11.2007, VII ZR 16/07, N 8 [mit zahlreichen Hinweisen]; REINKING/EGGERT, N 3734 ff.). Wenig erstaunlich ist, dass diese Praxis zum Nährboden für eine Ausuferung von Schadenersatzansprüchen geworden ist, welcher der BGH mit der Einschränkung auf „Sachen, die zur eigenwirtschaftlichen Lebensführung unabkömmlich sind“ entgegen treten musste (vgl. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 24.00 ff. [mit zahlreichen Hinweisen]).

kosten (wie Strassenverkehrssteuern, Mietkosten für den Abstellplatz bzw. die Garage, Haftpflichtversicherungsprämie) dem Schädiger pro rata temporis auferlegt werden. Zweiter Auffassung nach ist nur der konkrete Nutzungsausfall ersatzberechtigt³⁸⁸, wobei hier die einen Autoren den Zins für ein gemietetes Ersatzauto als generell ersatzpflichtig betrachten³⁸⁹ und die anderen die Ersatzpflicht auf Fälle beschränken möchten, in welchen das Ersatzfahrzeug beruflich bzw. gewerblich genutzt wird oder für die Lebensführung unerlässlich ist³⁹⁰.

- 162 Insgesamt bleibt es der rechtspolitischen Wertung anheimgestellt, welchen Standpunkt man diesbezüglich einnimmt³⁹¹. Im Gegensatz etwa zum bundesgerichtlich als Kommerzialisierungsschaden anerkannten Haushaltschaden lässt sich m.E. für die Bejahung der Ersatzfähigkeit des abstrakten Nutzungsausfalls keine tragfähige Begründung finden. Wenig überzeugend ist insbesondere der Verweis auf die Schadensregulierungspraxis einzelner Branchen³⁹², zumal namentlich im Motofahrzeugbereich regelmässig Haftpflichtversicherungen involviert sind (vgl. Art. 63 ff. SVG) und bei diesen – was notorisch bekannt ist – verbreitet ein grosser Vergleichswille herrscht. Naturgemäss werden auf Vergleichsbasis häufig Abgeltungen geleistet, welche im Prozess nicht durchsetzbar wären. Zustimmung verdient daher diejenige Auffassung, wonach nur konkrete Nutzungsausfälle ausgleichspflichtig sind. Inwiefern solche Entschädigungen ausschliesslich auf den Ausfall von zu Berufs- bzw. Gewerbezwecke benötigten Fahrzeugen beschränkt sein sollen, leuchtet allerdings nicht ein. Vielmehr sollten potentiell alle durch den Nutzungsausfall hervorgerufenen tatsächlichen Aufwendungen ausgleichspflichtig sein, wobei im Rahmen der Schadenersatzbemessung (namentlich bei einer Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit, Art. 44 Abs. 1 OR) selbstverständlich eine Reduktion des festgelegten Schadens angezeigt sein kann³⁹³.

³⁸⁸ Vgl. z.B. BK/BREHM, Art. 41 OR N 83 (mit einer umfassenden Übersicht zum Meinungsstand); ROBERTO, Schadensrecht, S. 207 ff. Für abstrakte Nutzungsausfälle bleibt – rein theoretisch – die Genugtuung nach Art. 49 OR. Diese setzt allerdings eine Persönlichkeitsverletzung voraus. Der dafür erforderliche Verletzungsgrad liegt hoch und die Genugtuungssummen sind bescheiden (vgl. STÖCKLI, Schaden, S. 30 f.).

³⁸⁹ Vgl. z.B. BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 41 OR N 4; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 8 N 54.

³⁹⁰ Z.B. OFTINGER/STARK, § 6 N 371 ff.

³⁹¹ Vgl. STÖCKLI, Schaden, S. 31.

³⁹² Vgl. z.B. KLETT B., S. 381 ff.

³⁹³ Vgl. SCHWENZER, N 18.10; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 8 N 54. Als Beispiel nennen diese Autoren anstatt eines Ersatzes der Mietwagenkosten nur den Ersatz der tieferen Kosten für den öffentlichen Verkehr, wenn dessen Benutzung zumutbar sei.

3. Haftungsfreizeichnungsklauseln

Wie dargelegt, sind in der Praxis vereinzelt Garantieerklärungen anzutreffen, denen am Ende eine allgemeine Haftungsfreizeichnungsklausel angefügt ist³⁹⁴. Zunächst ist fraglich, ob vorliegend der für einen Haftungsauschluss bzw. eine Haftungsbegrenzung notwendige Konsens zwischen Hersteller und Käufer gegeben ist³⁹⁵. Denn definitionsgemäss erzeugt eine Auslobungserklärung für sich alleine die Rechtswirkung und seitens des Garantienehmers erfolgt keine Willenskundgabe. Insofern kann bei als öffentliches Belohnungsversprechen qualifizierten Herstellergarantieerklärungen der Vertragstatbestand nicht erfüllt sein³⁹⁶. Bei Herstellergarantieerklärungen, welche als Antrag angesehen werden, darf hingegen im Regelfall von einer vertraglichen Übereinkunft ausgegangen werden³⁹⁷.

Allerdings bestehen Gültigkeitshindernisse, welche die Rechtswirkung des vereinbarten Haftungsauschlusses im Einzelfall zu unterbinden vermögen. Der aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit fliessenden Möglichkeit des Schuldners, seine vertragliche wie ausservertragliche Haftung zu modifizieren bzw. auszuschliessen, sind Grenzen gesetzt: Erstens kann die sich auf Personen- und Sachschäden erstreckende Produkthaftung des Herstellers gegenüber dem Geschädigten im Voraus weder ausgeschlossen noch begrenzt werden (Art. 8 PrHG)³⁹⁸. Zweitens setzt Art. 100 OR der Freizeichnung von der vertraglichen Haftung Schranken: In Abs. 1 wird der Ausschluss der Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit für nichtig erklärt; in Abs. 2 wird diese Rechtsfolge auf bestimmte Fälle der leichten Fahrlässigkeit ausgedehnt³⁹⁹. Schliesslich ist drittens wohl über-

Das KGer SG erachtete – in einem allerdings schon einige Zeit zurückliegenden Entscheid – eine Verlängerung des täglichen Arbeitswegs um drei Stunden als unzumutbar (Urteil vom 9.12.1968 = SJZ 1968, S. 205).

³⁹⁴ Vgl. hierzu N 23 f.

³⁹⁵ Eine Haftungswegbedingung setzt auf jeden Fall eine vertragliche Vereinbarung voraus (vgl. z.B. BGE 111 II 471 E. 11; SCHWENZER, N 24.01 f.; HOCHSTRASSER, N 36 ff.).

³⁹⁶ Vgl. hierzu vorne N 34, 36 ff.

³⁹⁷ Vgl. hierzu vorne N 51 ff.

³⁹⁸ Nachträglich, d.h. nach der Schädigung, können die Parteien Vereinbarungen treffen, selbst wenn die Ersatzforderung auf das PrHG abgestützt ist (vgl. z.B. REY, N 1229) oder auf einer absichtlichen oder grobfahrlässigen Vertragsverletzung fusst (Art. 115 OR; vgl. z.B. VON TUHR/ESCHER, S. 120).

³⁹⁹ Dieser Bestimmung findet entgegen ihrer systematischen Stellung auf jede beliebige vertragliche Haftungsgrundlage Anwendung (KOLLER A., OR AT, § 60 N 25).

wiegender Auffassung nach eine Haftungsfreizeichnung in Bezug auf Körperschäden unzulässig^{400/401}.

- 165 Damit ist im vorliegenden Kontext die Möglichkeit des Herstellers, seine Haftung wegzubedingen, praktisch kaum mehr gegeben. Selbst bei einer Zustimmung des Käufers kann sich der Hersteller einer Haftung für typische, mit einem mangelhaften Produkt verbundene Schadenspositionen durch vorgängige Abmachung nicht entziehen. Geht man mit der Mehrheit der Lehre, so besteht etwa für Skihersteller C keine Möglichkeit, sich vorsorglich für Heilbehandlungskosten freizuzeichnen, welche anfallen, wenn der Käufer aufgrund eines fehlerhaft gefertigten Skis eine schwere Knieverletzung erleidet. Gleiches gilt für andere Hersteller, z.B. wenn ein falsch konstruiertes oder fehlerhaft fabriziertes Bremssystem bei einem Motofahrzeug unfallverursachend ist und mithin u.a. für den vorübergehenden Erwerbsausfall des Fahrzeuglenkers verantwortlich ist. Ferner kann sich ein Haushaltsgerätehersteller von der Verantwortlichkeit eines Sachschadens infolge eines Produktfehlers nicht befreien⁴⁰².

⁴⁰⁰ Huguenin/Hilty/MÜLLER-CHEN, Art. 122 OR 2020 N 11; vgl. zum Meinungsstand ZIRKLICK, S. 169 ff. (mit zahlreichen Hinweisen); teilweise abweichend z.B. KOLLER A, OR AT, § 60 N 17 ff., welcher nicht jede Haftungsbeschränkung bezüglich Körperschäden als sittenwidrig erachtet. In Deutschland sind solche Haftungsauschlüsse im Rahmen von AGB unzulässig (vgl. § 309 Nr. 7 BGB; GADE, S. 298; Staudinger/COESTER-WALTJEN, § 309 Nr. 7 BGB N 8 f.).

⁴⁰¹ Gemäss Art. 122 OR 2020 sind im Voraus getroffene Vereinbarungen über die Beschränkung oder den Ausschluss von Rechten des Gläubigers ungültig, wenn die von den Parteien vereinbarte Verteilung von Rechten und Pflichten dadurch wesentlich verändert wird. Ob z.B. eine Freizeichnungsklausel zu einer solchen Veränderung führt, beurteile sich unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses sowie aller Umstände des Einzelfalls. Es sei eine umfassende Abwägung sämtlicher Interessen der Parteien vorzunehmen, in die auch das Kräfteverhältnis, die Geschäftserfahrung und Rechtskundigkeit der Parteien berücksichtigt werden könne. Der Entwurf OR 2020 lässt allerdings wie das geltende Recht offen, ob die Haftung für die Verletzung der körperlichen Integrität ausgeschlossen bzw. beschränkt werden darf (Huguenin/Hilty/MÜLLER-CHEN, Art. 122 OR 2020 N 8 ff.).

⁴⁰² Anzuführen gilt, dass dem Betroffenen in solchen Fällen für die Schadensliquidation neben dem Haftpflichtrecht ferner die Schadenausgleichssysteme Sozialversicherungsrecht (mit seinen Subsystemen) und/oder Privatversicherungsrecht zur Verfügung stehen. Der Hersteller wird damit von seiner Ausgleichspflicht jedoch nicht befreit, zumal – im konkreten Fall – der vorleistungspflichtige Unfallversicherer aufgrund von Art. 72 Abs. 1 ATSG im Umfang seiner erbrachten Leistungen auf diesen regressieren kann (Legalsubrogation). Analoges gilt im Fall, wo es z.B. wegen einer mangelhaften Maschine zu Produktionsausfällen kommt, für welche der Käufer versichert ist: Auch hier besteht für die Schadensversicherung nach Massgabe von Art. 72 Abs. 1 VVG die Möglichkeit zum Regress.

In unseren Beispielen bleibt – soweit ersichtlich – ein möglicher Nutzungsausfall als von einem Haftungsausschluss betroffene Schadensposition übrig⁴⁰³. Ob in einem solchen Fall der Käufer unter Berufung auf die AGB-Kontrollinstrumente (Ungewöhnlichkeitsregel, Art. 8 UWG) Nutzungsausfälle trotzdem geltend machen kann, ist nach meinem Dafürhalten zu bezweifeln. Ein betroffener Käufer kann höchstens versuchen darzutun, er habe vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, dass mit der Annahme einer Garantieofferte gleichzeitig ein Verzicht auf den Ausgleich möglicher Nutzungsausfälle verbunden sei. Eine Anwendung von Art. 8 UWG bleibt im Regelfall aufgrund der einseitigen Leistungsverpflichtung des Herstellers per se ausgeschlossen⁴⁰⁴. Auch bei entgeltlichen Anschlussgarantien⁴⁰⁵ ist schwer vorstellbar, dass der Richter aufgrund der haftungsrechtlichen Wegbedingung einer Schadensposition von untergeordneter Bedeutung ein „in Treu und Glauben verletzendes erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechte und Pflichten“ annimmt⁴⁰⁶.

IV. Garantiedauer und Verjährung

1. Überblick

Während verschiedene Gründe, wie die Erfüllung, Verwirkung oder Verrechnung, eine Forderung zum Erlöschen bringen⁴⁰⁷, wird diese durch Verjährung lediglich entkräftet⁴⁰⁸. Bei der Herstellergarantie liegt z.B. in der Mängelanzeige ein potentieller Untergangsgrund⁴⁰⁹. Hauptursache für den Untergang des Herstellergarantieanspruchs ist jedoch der Ablauf der Garantiedauer: Der Hersteller ist aus seiner gewährten Garantie nur für innerhalb der Garantiedauer eintretende Mängel verpflichtet. Naturgemäss können nach Ablauf der Garantiedauer zwar weiterhin Sachmängel auftreten, jedoch sind diese dann von der Garantie nicht mehr gedeckt. Der Garantie-

⁴⁰³ Dies selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass sie rechtlich gesehen einen Schaden darstellen (vgl. hierzu vorne N 157 ff.).

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu vorne N 102, 134 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu vorne FN 4.

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 109 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu z.B. KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 164 ff.; SCHWENZER, N 73.01 ff.

⁴⁰⁸ VON TUHR/ESCHER, S. 230 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. hierzu vorne N 122 ff. Rechtsgrundlagen von Verwirkungsfristen finden sich in erster Linie im Gesetz. Daneben können Forderungen auch durch Parteivereinbarung zeitlich begrenzt sein (vgl. KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 166). SPIRO, Bd. II, S. 1147 ff., bezeichnet die vertragliche Verwirkungsform auch mit Fatalbefristung.

dauer kommt somit zentrale Bedeutung zu, weshalb sie auch zu den objektiv wesentlichen Punkten zu zählen ist⁴¹⁰.

- 168 Im Unterschied zur Garantiedauer legt die Verjährung nicht den Zeitrahmen fest, innerhalb dessen das Auftreten eines Mangels die Rechte des Käufers aus der Garantie auslöst, sondern diese bezieht sich auf die Zeitspanne, in der diese Rechte geltend gemacht werden können⁴¹¹. Im Folgenden gilt es die Garantiedauer als Grund für den Untergang und die Verjährung als Grund für die Entkräftung der Garantieforderung näher zu beleuchten.

2. Garantiedauer

- 169 Zur Garantiedauer äussern sich in unseren Beispielen sämtliche Garantien: Garant A begrenzt seine Garantie auf zwei Jahre nach Kauf⁴¹², Garant B auf „volle drei Jahre oder 150'000 km“, beginnend mit der Ersteinlösung⁴¹³. Die Garantien von Skihersteller C und Computerhersteller D betragen ein bzw. zwei Jahre ab Kaufdatum⁴¹⁴. Elektro-Haushaltsgerätehersteller F gewährt eine zweijährige Garantie, gerechnet ab Rechnungsdatum an den Endverbraucher, längstens jedoch für drei Jahre ab Lieferung an den Besteller⁴¹⁵. Demgegenüber erscheint die Garantie des Fitnessgeräteherstellers E auf den ersten Blick als unbegrenzt, indem in der Garantieerklärung von einer „lebenslänglichen Garantie“ die Rede ist⁴¹⁶.
- 170 Mit Ausnahme von Garant E lässt sich bei allen Garantien die Garantiedauer anhand der in den verschiedenen Herstellergarantieerklärungen festgelegten Parametern (Zeitdauer [z.B. „volle drei Jahre“] oder Nutzungsgrösse [z.B. „150'000 km“]) ohne weiteres bestimmen. Der Wortlaut ist jeweils eindeutig⁴¹⁷. Bei Garant E ist dagegen unklar, wie seine „lebenslängliche Garan-

⁴¹⁰ Vgl. hierzu vorne N 102.

⁴¹¹ ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1441; Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 10. Gemäss soeben erwähnter Terminologie von SPIRO (FN 409) stellt die Garantiedauer somit eine Fatalefrist dar.

⁴¹² Vgl. hierzu vorne N 18.

⁴¹³ Vgl. hierzu vorne N 20.

⁴¹⁴ Vgl. hierzu vorne N 23 f.

⁴¹⁵ Vgl. hierzu vorne N 26.

⁴¹⁶ Vgl. hierzu vorne N 25.

⁴¹⁷ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f. Für den theoretisch denkbaren Fall, dass die Garantiedauer zwar umschrieben, der exakte Fristbeginn aber offen gelassen wurde, werden verschiedene „Startzeitpunkte“ in Betracht gezogen. Z.B. plädieren RISSE, S. 335, Palandt/WEIDENKAFF, § 443 BGB N 17 und Staudinger/MATUSCHE-BECKMANN, § 443 BGB N 30, für einen Fristenlauf ab Gefahrenübergang, wobei RISSE näher spezifiziert und bei der Herstellergarantie den Zeitpunkt des Gefahren-

tie“ zu verstehen ist. Dazu ist zunächst in allgemeiner Hinsicht zu bemerken, dass zeitlich übermässige Bindungen unzulässig sind (Art. 19/20 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB). M.E. stellt sich hier dieses Problem jedoch nicht, da „lebenslänglich“ objektiv betrachtet nicht mit „ewig“ gleichgesetzt werden kann: Wie in der Einleitung zur vorliegenden Abhandlung ausgeführt, stellt die Herstellergarantie mitunter ein Instrument des Garanten zur Erhaltung der Absatzbeziehung für künftige Folgegeschäfte dar⁴¹⁸. Insofern versteht es sich von selbst, dass Garanten die Haltbarkeit ihrer Produkte nicht für immer zusichern wollen. Vielmehr sind sie daran interessiert, dem Käufer in Zukunft wieder ein neues Produkt verkaufen zu können. Daher beinhaltet der Ausdruck „lebenslänglich“ im Zusammenhang mit Haltbarkeitsgarantien eine implizite auf die ordentliche Lebens- bzw. Nutzungsdauer des garantiebegünstigten Produkts limitierte Garantiedauer. Als mögliche Orientierungshilfen können hier etwa die ordentliche buchhalterische Abschreibungsdauer, der Produktlebenszyklus oder branchenübliche Garantiestandards herangezogen werden⁴¹⁹.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob ein Garantiefall Einfluss auf die Garantiedauer hat. Typischerweise widmen sich Herstellergarantien diesem Aspekt nicht. Nur selten wird ein Anspruch auf Verlängerung bzw. Neubeginn der Garantiedauer ausdrücklich gewährt oder verneint. Die Antwort darauf ergibt sich nach meinem Dafürhalten aus der Natur der Haltbarkeitsgarantie bzw. des Garantieanspruchs⁴²⁰: Die mit der Haltbarkeitsgarantie gewährte Produktbeschaffenheitszusicherung ist auf die Garantiedauer beschränkt. Tritt während der Garantiedauer ein Mangel auf, so löst dieser grundsätzlich eine Leistungsverpflichtung des Garanten aus, andernfalls besteht keine. Die Garantiedauer steckt einzig den zeitlichen Rahmen ab, innerhalb dessen eine konkrete Verpflichtung zulasten des Garanten entstehen kann⁴²¹. Daraus folgt, dass – vorbehaltlich einer besonderen Garantieklausel – ein Garantiefall keinen Einfluss auf die Garantiedauer hat. 171

übergangs im Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer für massgebend hält. Gemäss Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 24, soll der Zeitpunkt der Ablieferung der Kaufsache massgebend sein. M.E. verdient die letzte Auffassung den Vorzug, zumal damit ein gleichmässiger Fristenlauf bei der Herstellergarantie (in Bezug auf Garantiedauer und Verjährung [vgl. hierzu hinten N 172 ff.]) und der Sachgewähr (in Bezug auf die Verjährung, Art. 210 OR) sichergestellt ist.

⁴¹⁸ Vgl. hierzu vorne N 4.

⁴¹⁹ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

⁴²⁰ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 10 ff., 102; zur Auslegung im Allgemeinen N 98 f.

⁴²¹ Vgl. hierzu vorne N 102.

3. Verjährung

- 172 Im Unterschied zur Garantiedauer wird die Verjährungsfrage bei Herstellergarantien grösstenteils offen gelassen, so auch bei den im Rahmen dieser Arbeit behandelten Beispielen⁴²². Es gilt daher diese Lücke zu füllen⁴²³.
- 173 Vornehmlich betreffend Verjährungsbeginn sind verschiedene Varianten denkbar, z.B. dass die Verjährung mit Ablieferung der Kaufsache durch den Verkäufer⁴²⁴, mit Entstehung⁴²⁵ bzw. Entdeckung⁴²⁶ des Mangels oder erst mit Ablauf der Garantiedauer zu laufen beginnt⁴²⁷. Gewiss können im Einzelfall besondere Abreden getroffen worden sein, wonach der Verjährungsbeginn z.B. auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels hinausgeschoben ist. Letztlich dürften sich für alle verschiedenen Möglichkeiten – mehr oder weniger plausible – Begründungen finden lassen.
- 174 Wohl wird der Hersteller im Regelfall nicht gewillt sein, den Verjährungsbeginn hinauszuschieben und damit den Zeitrahmen für eine etwaige Beanspruchung durch Käufer auszuweiten. Der hypothetische Parteiwille spricht für einen möglichst frühen Verjährungsbeginn, also ab Ablieferung der Sache. Mithin drängt sich eine analoge Anwendung der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsbestimmungen auf⁴²⁸. Danach verjähren in Konsumentenverhältnissen die Mängelrechte bei Neuwaren frühestens mit Ablauf von zwei bzw. fünf Jahren und bei Gebrauchsgütern frühestens mit Ablauf von einem Jahr seit Ablieferung der Sache (Art. 210 Abs. 1, 2 und 4 OR). Ausserdem sprechen praktische Bedenken gegen einen späteren Verjährungsbeginn, namentlich latente Beweisschwierigkeiten. Zu denken ist z.B. an den Fall, bei dem ein Käufer ein Jahr nach Ablauf der zweijährigen Garantiedauer aufgrund eines Mangels, der innerhalb der zweijährigen Garantiedauer eingetreten sein soll, Garantieleistung verlangt. Hier wird der Käufer schwerlich den Nachweis erbringen können, dass der Mangel bereits innerhalb der zweijährigen Garantiedauer entstanden bzw. zum Vorschein getreten ist und er sodann ein Jahr mit der Geltendmachung zugewartet hat.

⁴²² Vgl. hierzu vorne N 18 ff.

⁴²³ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 100 f.

⁴²⁴ Vgl. z.B. GAUCH, N 2492; LIPS, S. 47 f.; FRÜH, S. 129.

⁴²⁵ Vgl. z.B. Bamberger/Roth/FAUST, § 443 BGB N 31, 36.

⁴²⁶ Vgl. z.B. Palandt/WEIDENKAFF, § 443 BGB N 15; Schulze/SAENGER, § 443 BGB N 4, wobei SAENGER offenbar davon ausgeht, dass die Entstehung und Entdeckung eines Mangels zusammenfallen.

⁴²⁷ Für eine Übersicht vgl. GRÜTZNER/SCHMIDL, S. 3613 f. (mit Bezug auf das deutsche Recht).

⁴²⁸ Gl.M. mit Bezug auf das deutsche Recht (§ 438 BGB) MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 22; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1459.

Soweit die Garantie länger als die zwei- bzw. fünfjährige Regelverjährungsfrist gemäss Art. 210 OR dauert, ist mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, dass eine solche Herstellergarantie – als stillschweigend mitverständener Inhalt – auch eine Abrede über die entsprechende Verlängerung der Verjährungsfrist enthält⁴²⁹. Ansonsten würde eine über die Verjährungsfristen von Art. 210 OR hinausgehende Garantiedauer keinen Sinn ergeben. 175

Ferner stellt sich die Frage, inwiefern Art. 127 OR (i.V.m. Art 129 OR; Höchstverjährung von zehn Jahren) und Art. 210 Abs. 4 OR (Mindestverjährung in Konsumentenverhältnissen) den zeitlichen Gestaltungsspielraum des Herstellers betreffend Garantiedauer einzuschränken vermag. M.E. zutreffender Auffassung nach können Haltbarkeitsgarantien unter Vorbehalt von Art. 27 ZGB auf mehr als zehn Jahre gewährt werden. Die Verjährungsfrist muss bis zum Ablauf einer mehr als zehnjährigen Garantiedauer gestattet sein⁴³⁰. Dafür spricht der Dauerschuldcharakter des Garantieverhältnisses, zumal sich die Frage nach dem Vorliegen eines Mangels unter Einbezug der Dauer beurteilt⁴³¹. Art. 127 OR begrenzt Schuldverhältnisse nicht; Schuldverhältnisse unterliegen als solche nicht der Verjährung⁴³². Vielmehr verjähren nur die daraus erwachsenen Ansprüche, d.h. in unserem Fall ein möglicher Herstellergarantieanspruch⁴³³. 176

Demgegenüber vermögen die in Art. 210 Abs. 4 OR festgehaltenen Mindestverjährungsfristen den Gestaltungsspielraum des Herstellers hinsichtlich der Garantiedauer zu beschränken: Aufgrund dieser zwingenden Bestimmung müssen bei einer Herstellergarantie Sachmängel, die vor/bei Gefahrenübergang bestanden haben, innerhalb von zwei bzw. fünf Jahren geltend gemacht werden können⁴³⁴. Soweit ersichtlich existieren heutzutage in der Praxis im Konsumgüterbereich jedoch keine Herstellergarantien mehr, die weniger als zwei bzw. fünf Jahre dauern. 177

⁴²⁹ Vgl. GAUCH, N 2492.

⁴³⁰ Vgl. GAUCH, N 2492a. Dieselbe Auffassung vertritt auch der BGH mit Bezug auf die im deutschen Schuldrecht geltende 30-jährige Höchstverjährung nach § 202 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 26.06.2008, I ZR 221/05, N 13 ff. [mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre]).

⁴³¹ Vgl. hierzu vorne N 115 ff.

⁴³² BUCHER, OR AT, S. 453; KUKO/DÄPPEN, Art. 127 OR N 2.

⁴³³ BGH, Urteil vom 26.06.2008, I ZR 221/05, N 16.

⁴³⁴ Vgl. hierzu soeben N 174.

V. Einzelfrage: Wahlrecht zugunsten des Garanten betreffend die Anerkennung eines Mangels

- 178 Vereinzelt Garanten versuchen sich jeweils am Ende ihrer Herstellergarantieerklärung das Recht einzuräumen, im Garantiefall selber darüber entscheiden zu können, ob sie einen Mangel anerkennen oder nicht. Obwohl im Grundsatz volle Vertragsfreiheit besteht, zumal eine Pflicht des Herstellers zur Einräumung einer Garantie nicht besteht⁴³⁵, ist meiner Ansicht nach insbesondere aus nachfolgenden Gründen (ganzheitliche Auslegung, AGB-Inhaltskontrolle und Rechtsmissbrauchsverbot) zugunsten der Einstandspflicht im Garantiefall und gegen ein solches Wahlrecht des Herstellers zu entscheiden:
- 179 Mit einer solchen Herstellergarantieerklärung verspricht der Garant auf der einen Seite für mögliche Sachmängel bzw. den mängelfreien Zustand während einer bestimmten Periode einzustehen; auf der anderen Seite bedingt er sich im Garantiefall gleichzeitig die Wahlfreiheit aus, seinem Garantieversprechen keine Folge leisten zu müssen. Solchen Herstellergarantieerklärungen ist also ein Wertungswiderspruch inhärent, der sich durch Auslegung offensichtlich nicht beseitigen lässt⁴³⁶. M.E. verdrängt die Garantieverpflichtung diese Wahlrechtsklausel bzw. sie ist deshalb als unwirksam zu betrachten, weil damit der Vertragszweck, d.h. die Zusicherung der Mängelfreiheit auf eine bestimmte Zeit⁴³⁷, vereitelt wird⁴³⁸. Hinzu kommt, dass der Garant das Garantieversprechen quasi als „Köder“ benutzt, um den Käufer zum Kaufentscheid zu verleiten⁴³⁹. Gleichzeitig hält er sich das „Hintertürchen“ offen, im Garantiefall nicht definitiv verpflichtet zu sein bzw. sich seiner Garantiehaftung nach Belieben entledigen zu können⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Vgl. MK/WESTERMANN, § 443 BGB N 11; ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 1443; hierzu auch bereits vorne N 28.

⁴³⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

⁴³⁷ Vgl. hierzu vorne N 10 ff.

⁴³⁸ BSK/WIEGAND, Art. 18 OR N 38. Sofern die Auslegung zu einem Widerspruch zwischen einzelnen Vertragsbestimmungen führt, ergibt sich daraus nicht notwendig die Unwirksamkeit der Klausel oder des Vertrags. Eine Unwirksamkeit der sich widersprechenden Klauseln kommt jedoch dann in Betracht, wenn die Widersprüche nicht durch harmonisierende Auslegung beseitigt werden können (ZK/JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 433; ZK/JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 475).

⁴³⁹ Vgl. hierzu vorne N 4.

⁴⁴⁰ Hinzuweisen ist auf eine sehr ähnliche Konstellation, mit welcher sich das Bundesgericht in der Vergangenheit mehrmals zu befassen hatte, nämlich dem Verhältnis zwischen Eigenschaftszusicherungen nach Art. 197 Abs. 1 OR (vgl. hierzu vorne N 8 f.) und Freizeichnungsklauseln (vgl. hierzu hinten N 202): Es entschied, dass ein Verkäufer, der dem Käufer eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache zusichere, sich

Weiter dürfte eine solche Klausel auch in Konflikt zur Ungewöhnlichkeitsregel⁴⁴¹ stehen: Mit einer Herstellergarantieerklärung wird beim durchschnittlichen Käufer die Erwartung erweckt, sich im Garantiefall für die Mangelbeseitigung an den Hersteller halten zu können. Könnte dieser im Garantiefall die Garantieleistung unter Berufung auf ein solches „verdecktes Rücktrittsrecht“ verweigern, womit der Käufer nicht rechnen muss, würden damit dessen berechtigten Erwartungen enttäuscht. Auch stellt eine solche Offenhaltungsklausel ein der Herstellergarantie völlig geschäftsfremdes Element dar: Herstellergarantien zeichnen sich – wie gesagt – dadurch aus, dass sie den begünstigten Käufer im Garantiefall absichern. Eine „Offenhaltungsklausel“ steht diesem Wesensmerkmal diametral entgegen. Kaum jemals zum Tragen kommen dürfte hingegen Art. 8 UWG: Mit Ausnahme des Sonderfalls der entgeltlichen Anschlussgarantien sind Herstellergarantien einseitig verpflichtend⁴⁴². Daher ist ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zuungunsten des Käufers grundsätzlich ausgeschlossen⁴⁴³.

Sofern der Garant im konkreten Fall die Garantieleistung für einen an sich von der Garantie gedeckten Mangel gestützt auf eine derartige „Offenhaltungsklausel“ abzulehnen versucht, kann der Garantiennehmer schliesslich nach meinem Dafürhalten auch vorbringen, dieses Verhalten sei widersprüchlich bzw. treuwidrig i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB und deshalb unbeachtlich. Es sei sein berechtigtes, vom Hersteller durch die Garantiekundgabe erwecktes Vertrauen in die Herstellergarantie und nicht dessen „verdecktes Rücktrittsrecht“ schützenswert⁴⁴⁴. Daher müsse dem Hersteller die Berufung auf das stipulierte Widerrufsrecht verweigert werden.

bezüglich dieser Eigenschaft grundsätzlich nicht gleichzeitig freizeichnen könne (Art. 199 OR); Zusicherung schliesse Freizeichnung aus (BGer 4A_353/2014 E. 1.3.1; BGE 109 II 24 E. 4 in Präzisierung von BGE 73 II 218; hierzu kritisch KELLER/SIEHR, S. 110; vgl. ferner § 444 BGB). Nach Auffassung des Bundesgerichts kann man nicht gleichzeitig eine Garantie übernehmen und die daraus entstehenden Rechtsfolgen mit einem Gewährleistungsausschluss aufheben. Gewährt der Hersteller eine Garantie unter gleichzeitiger Einräumung eines Wahlrechts, so kommt dem Wahlrecht im Ergebnis Charakter einer Freizeichnungsklausel zu.

⁴⁴¹ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 106.

⁴⁴² Vgl. hierzu vorne FN 4, N 102. ferner N 134 ff.

⁴⁴³ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 109 ff.

⁴⁴⁴ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. BSK/HONSELL, Art. 2 ZGB N 43 ff.; ZK/DÜRR, Art. 2 ZGB N 380 ff.; OFK/SCHWANDER I., Art. 2 ZGB N 4.

§ 7 Exkurs: Schnittstelle zum Kartellrecht

I. Potential von Herstellergarantien zur Marktabschottung

- 182 Unter Umständen können sich Herstellergarantien auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten als problematisch erweisen, da sich dahinter ein Potential zur Marktabschottung bzw. zur indirekten Gebietszusicherung (sog. Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG)⁴⁴⁵ verbirgt. In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind z.B. Garantiebedingungen zur Verwendung von Original-Ersatzteilen⁴⁴⁶ oder der Verweigerung des Herstellers zur Erbringung von Garantieleistungen bei Parallelimporten. Wird nämlich dem Käufer angedroht, bei Nichtbeachtung der Garantiebedingung „Verwendung von Original-Ersatzteilen“ seine Garantierechte zu verlieren, so dürfte ihn dies davon abhalten, selbst gleichwertige, aber bedeutend kostengünstigere Nichtoriginalersatzteile einbauen zu lassen⁴⁴⁷. Gleichermassen wird der Anreiz zum Kauf von billigeren Parallelimporten eingedämmt, wenn der Käufer befürchten muss, dass ihm die an sich versprochene Garantieleistung verweigert wird⁴⁴⁸.
- 183 Vor dem Hintergrund, dass diese Thematik vornehmlich im Autogewerbe zum Tragen kommt, hat die WEKO im Jahre 2002 für den Kraftfahrzeugbereich unter Bezugnahme auf die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002⁴⁴⁹ eine entsprechende Bekanntmachung⁴⁵⁰ erlassen⁴⁵¹, welche trotz der teils geäusserten Kritik⁴⁵² weiterhin Gültigkeit besitzt⁴⁵³. Darin werden verschiedene

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. BSK/KRAUSKOPF P./SCHALLER, Art. 5 KG N 543 ff.; CR/AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N 585 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. hierzu vorne N 132 ff.

⁴⁴⁷ Als weiteres, ähnliches Beispiel lässt sich die immer wieder anzutreffende Garantieverpflichtung zur Vornahme von Servicearbeiten in vom Hersteller vorgeschriebenen Vertragswerkstätten anführen (vgl. hierzu vorne N 131 ff.).

⁴⁴⁸ KRAUSKOPF P./RIESEN, S. 94 ff.

⁴⁴⁹ Diese Verordnung trat am 31. März 2002 ausser Kraft. Mit (EU) Nr. 461/2010 wurde sodann im Mai 2010 eine neue Verordnung erlassen.

⁴⁵⁰ Bekanntmachungen werden von der WEKO herausgegeben und sollen der Transparenz sowie der Vorhersehbarkeit ihrer Praxis dienen. Den Bekanntmachungen kommt jedoch nicht der Gehalt von objektivem Recht zu, sondern es handelt sich um blosser Absichtserklärungen seitens der herausgebenden Behörde (vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1448 ff.).

⁴⁵¹ Diese Bekanntmachung ist zusammen mit den entsprechenden Erläuterung unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/> abrufbar (zuletzt abgerufen am 23.01.2015).

⁴⁵² Vgl. BÜHLMANN, S. 48 ff.

solcher verdeckten Gebietschutzmechanismen, etwa die generelle „Original-Ersatzteilpflicht“ sowie die Garantieverweigerung bei Parallelimporten, als Wettbewerbsbeschränkung eingestuft (vgl. z.B. Ziff. 5 lit. c bzw. Art. 15 und 16 der angepassten Fassung)]⁴⁵⁴.

Im Zusammenhang mit den angesprochenen Parallelimporten sei ferner auf den Fall Nikon hingewiesen, bei welchem der Hersteller das Instrument der Herstellergarantie besonders trickreich zur Marktabschottung benutzt haben soll: Die anzeigende Händlerin behauptete bei der WEKO, dass Nikon eine erweiterte Garantie für Kunden von Nikon Schweiz namens „Nikon Swiss Garantie“ eingeführt habe, welche für parallel importierte Produkte keine Gültigkeit habe. Der Kunde könne diese Garantie nur dann in Anspruch nehmen, wenn er sich nach dem Kauf online bei Nikon registriere und dabei die Seriennummer des gekauften Geräts angebe. Anhand der Seriennummer sei es für Nikon möglich, die Identität des Händlers festzustellen, über welchen das Produkt bezogen wurde, und Parallelhändler entsprechend zu disziplinieren⁴⁵⁵. Die WEKO teilte diese Auffassung im Grundsatz und führte aus, dass eine solche Garantie ein wirksames Instrument zur Identifikation der Produktherkunft darstellen könne, was wiederum die Möglichkeit eröffne, Massnahmen gegen entsprechende ausländische Bezugsquellen zu ergreifen⁴⁵⁶. Allerdings konnte nicht erstellt werden, dass in casu tatsächlich eine indirekte Gebietsabschottung i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG vorlag⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Nachdem die WEKO diese Bekanntmachung mit Entscheiden vom 16. Juli 2012 und am 15. Dezember 2014 jeweils auf Zusehen hin verlängerte, wurde diese mit Entscheid vom 29. Juni 2015 schliesslich teilrevidiert (vgl. Medienmitteilung vom 15. Juli 2015; abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=58117> [zuletzt abgerufen am 20.07.2015]). In Bezug auf die hier angesprochenen Punkte kam es – soweit ersichtlich – jedoch zu keinen nennenswerten Änderungen. Die neue Fassung der Bekanntmachung soll Anfang 2016 Inkrafttreten.

⁴⁵⁴ Erläuterung WEKO, S. 2; BÜHLMANN, S. 50 ff. (mit einer Gesamtübersicht über die Bekanntmachung).

⁴⁵⁵ Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 in Sachen Untersuchung 22-0396 gemäss Art. 27 KG betreffend Nikon wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, S. 4.

⁴⁵⁶ Verfügung Nikon (FN 455), S. 64.

⁴⁵⁷ Verfügung Nikon (FN 455), S. 66; vgl. hierzu im Allgemeinen BSK/KRAUSKOPF P./SCHALLER, Art. 5 KG N 543 ff.; CR/AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N 585 ff.

II. Auswirkung einer indirekten Marktabschottung auf Herstellergarantien

- 185 Verweigert z.B. der Hersteller die Garantieleistung unter Bezugnahme auf eine Garantiebedingung, welche im Zusammenhang mit einer kartellrechtswidrigen Gebietsabrede steht, so fragt sich für den Käufer, ob diese infolgedessen nichtig sei (Art. 20 OR). Während im Allgemeinen ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm nicht automatisch Nichtigkeit impliziert⁴⁵⁸, gelten unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG gemeinhin als nichtig⁴⁵⁹. Für den Käufer steht allerdings meist nicht eine unzulässige Wettbewerbsabrede als solche zwischen dem Hersteller und den mit ihm verbundenen Marktteilnehmern zur Diskussion. Vielmehr treffen ihn die damit verbundenen Folgen. Die Herstellergarantie stellt m.a.W. ein sog. Folgerechtsgeschäft dar⁴⁶⁰.
- 186 Was die zivilrechtliche Gültigkeit von Folgerechtsgeschäften betrifft, gehen die Meinungen auseinander: Teilweise wird vertreten, dass diese i.d.R. gültig sind, da Dritte nicht mit der Nichtigkeitsfolge belastet werden sollen. Nur in denjenigen Fällen sei Nichtigkeit angebracht, in denen die Folgeverträge selber kartellrechtswidrig seien oder eine inzwischen aufgehobene horizontale Abrede noch während längerer Zeit fortgeführt würde⁴⁶¹. Anderer Meinung nach gelten Folgeverträge als generell rechtswidrig und im Umfang der Rechtswidrigkeit als (teil-)nichtig, sofern mit ihnen eine unzulässige Wettbewerbsabrede umgesetzt wird⁴⁶².
- 187 Vorliegend gelangt man – soweit ersichtlich – unabhängig der vorstehend dargelegten Auffassungen zu demselben Ergebnis: Mit Garantiebedingungen des Herstellers wie derjenigen zur Verwendung von Original-Ersatzteilen wird die Rechtsstellung des Käufers offensichtlich beschränkt. Betrachtet man diese als nichtig, weil sie unmittelbar der Umsetzung einer unzulässigen Wettbewerbsabrede dient, so führt dies nicht zu einer Belas-

⁴⁵⁸ Vgl. BGE 134 III 52 E. 1.1 (in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 684; BK/KRAMER, Art. 19-20 OR N 321 ff. Voraussetzung der Nichtigkeit ist, „dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt“ (BGE 134 III 52 E. 1.1).

⁴⁵⁹ Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1465 ff.; BSK/KRAUSKOPF P./SCHALLER, Art. 5 KG N 648 ff.; BGE 134 III 438 E. 2.

⁴⁶⁰ Vgl. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1469; BSK/JACOBS/GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG N 51.

⁴⁶¹ Vgl. z.B. VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1470 f.

⁴⁶² Vgl. z.B. BSK/JACOBS/GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG N 54 (mit einer Übersicht zum Meinungsstand).

tung, sondern einer Entlastung des Käufers. Für den Fall, dass der Hersteller die Garantieleistung unter Berufung auf die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Garantiebedingung verweigert, kann ihm der Käufer deren Nichtigkeit entgegenhalten⁴⁶³. Die praktische Bedeutung dieses Einwands dürfte im konkreten Prozessfall jedoch gering sein, da der Käufer den Nachweis einer solchen unzulässigen Wettbewerbsrede wohl nur schwerlich erbringen kann (Art. 8 ZGB)⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Vgl. zur Frage der Geltendmachung der Nichtigkeit im Einzelnen z.B. BSK/JACOBS/GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG N 58 ff.

⁴⁶³ BGE 134 III 52 E. 1.1.

⁴⁶⁴ Vgl. LIPS, S. 124. In verfahrensmässiger Hinsicht sei übrigens darauf hingewiesen, dass dem Konsumenten bloss der ordentliche Prozessweg offen steht. Das besondere Kartellzivilverfahren nach Art. 12 ff. KG bleibt ihm hingegen mangels Aktivlegitimation verwehrt: Definitionsgemäss kann ein Konsument nicht bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 12 Abs. 1 KG behindert werden (vgl. JACOBS, S. 214; BSK/JACOBS/GIGER, Art. 12 KG N 23; a.M. z.B. LIPS, S. 123; vgl. auch die Erläuterung der WEKO zur KFZ-Bekanntmachung [FN 451], S. 2).

3. Teil: Verhältnis zwischen einer Herstellergarantie und der Sachgewähr des Verkäufers nach Art. 197 ff. OR (Gewährleistungsordnung)

§ 8 Überblick

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der Hersteller dem Käufer im Umfang der von ihm im Zusammenhang mit einem Produktkauf kundgetanen Garantieerklärung grundsätzlich haftet. Bisweilen ausser Betracht gelassen wurde die Tatsache, dass bei Vorliegen eines Sachmangels auch der Verkäufer dem Käufer aus Kaufvertrag verpflichtet sein kann (Art. 197 ff. OR)⁴⁶⁵. 188

Auf dieses praktisch bedeutsame Verhältnis zwischen Herstellergarantie und Sachgewähr des Verkäufers gilt es nun näher einzugehen. Dabei stellt sich vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Sachgewähr des Verkäufers bei Vorliegen eines Herstellergarantietatbestands wegbedungen werden kann. Bejahendenfalls ist im Weiteren zu prüfen, ob eine entsprechende Vereinbarung als endgültig zu betrachten ist oder die Mängelrechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer möglicherweise wieder aufleben, wenn es im Rahmen der Garantieabwicklung durch den Hersteller zu Störungen (z.B. Fehlschlagen der Garantieleistung) kommt. 189

Gelangt man zum Ergebnis, dass eine Herstellergarantie die Mängelrechte entweder von vornherein unberührt lässt oder diese nachträglich aufgrund von Störungen in der Garantieabwicklung wieder aufleben, dann steht der Käufer einer aus Hersteller und Verkäufer bestehenden Schuldnermehrheit gegenüber. Aus Käufersicht fragt sich dabei vor allem, in welchem Verhältnis seine Ansprüche zueinander stehen. Gleichzeitig ist mit Bezug auf den Hersteller und den Verkäufer zu untersuchen, wie sie einander intern verpflichtet sind. 190

Im Alltag sind in diesem Zusammenhang die beiden folgenden Sachverhalte typisch: Teilweise wird versucht, die Sachgewähr des Verkäufers aus- 191

⁴⁶⁵ Vgl. z.B. KELLER/SIEHR, S. 109; LÖRTSCHER, S. 9; SCHWENZER, N 34.06; im Einzelnen sogleich N 193 ff.

drücklich auszuschliessen, z.B. durch einen entsprechenden Passus in den AGB des Verkäufers. In den anderen Fällen schweigen sich sowohl Verkäufer als auch Hersteller diesbezüglich vollumfänglich aus.

- 192 Im anschliessenden § 9 werden zunächst diejenigen Fragen behandelt, welche die Wegbedingung der Sachgewähr des Verkäufers betreffen⁴⁶⁶. § 10 widmet sich alsdann dem Fall, bei dem der Käufer eines defekten Produkts, unbesehen der Herstellergarantie, auch auf den Verkäufer greifen kann (Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Vgl. hierzu sogleich N 193 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu hinten N 259 ff.

§ 9 Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung

I. Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung im Allgemeinen

1. Überblick

Wie vorne bereits dargelegt, kann der Käufer – wie hier – im Rahmen eines 193
Gattungskaufs bei gegebenen allgemeinen Voraussetzungen (mangelhafte
Kaufsache [Art. 197 Abs. 1 OR], fehlende Kenntnis des Käufers vom Man-
gel bei Vertragsabschluss [Art. 200 OR], rechtzeitige Prüfung und Rüge
[Art. 201 und 203 OR]) und entsprechenden Spezialvoraussetzungen zwis-
chen Wandelung, Minderung und Ersatzlieferung wählen⁴⁶⁸.

Bei der Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR handelt es sich um 194
weitgehend dispositives Recht. Sie kann innerhalb der allgemeinen Inhalts-
schränken für Verträge (Art. 19/20 OR) sowie unter Vorbehalt besonderer
Normen, welche die Privatautonomie beschränken (Art. 100, Art. 199,
Art. 210 Abs. 4 OR sowie Art. 8 UWG), abgeändert werden. Auch ist wei-
terhin – mit gewissen Einschränkungen – eine vollständige Wegbedingung
der gesetzlichen Gewährleistungsordnung möglich⁴⁶⁹.

Nicht unüblich ist in der Praxis, dass sich z.B. Verkäufer von Elektronikgerä- 195
ten, Sportartikeln usw. ein exklusives Nachbesserungsrecht oder ein ex-
klusives Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung (Nacher-
füllungsrecht)⁴⁷⁰ vorbehalten⁴⁷¹. Zudem werden verkäuferseits zum Teil
Bestimmungen für den Fall von Störungen in der Abwicklung eines Ge-
währleistungsfalls vorgesehen, wonach z.B. ein Fehlschlagen der Reparatur
die gesetzlichen Mängelrechte nicht wieder aufleben lässt (Art. 102 ff. OR;

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu vorne N 151.

⁴⁶⁹ Vgl. KOLLER A., OR BT, § 4 N 231; hierzu im Einzelnen sogleich N 196 ff.

⁴⁷⁰ Vgl. zum Begriff Nacherfüllungsrecht vorne N 155.

⁴⁷¹ Exemplarisch dazu die aktuellen AGB der Unternehmen Dipl. Ing. Fust AG und Swisscom (Schweiz) AG: In den AGB von Fust heisst es unter Ziff. 10 u.a., dass Fust das Recht zustehe, eine Nachbesserung oder Ersatzleistung vorzunehmen und der Kunde keinen Anspruch auf Wandelung und Minderung habe (http://www.fust.ch/de/agb_content---1--1023.html [abgerufen am 18.06.2015]). Ähnlich die Garantiebestimmungen der Swisscom, wonach sie sich gemäss Ziff. 2 das Recht einräumt, ihre Garantieleistung dadurch zu erbringen, „dass sie das Gerät durch ein gleichwertiges ersetzt bzw. austauscht oder den Mangel behebt“. (<https://www.swisscom.ch/de/privatkunden.html> [abgerufen am 18.06.2015]).

Wahl zwischen Wandelung, Minderung, Ersatzleistung)⁴⁷², sondern der Verkäufer weitere Nachbesserungsversuche unternehmen kann⁴⁷³.

2. Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung

- 196 Eine Abänderung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung kann vom Verkäufer nicht einseitig diktiert werden, sondern bedarf der vertraglichen Vereinbarung. Eine bestimmte Form ist hierfür jedoch nicht vorgesehen; sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen⁴⁷⁴. Die Annahme einer stillschweigenden Wegbedingung ist z.B. in Fällen eines besonders niedrigen Kaufpreises bei einem Occasionsfahrzeug oder bei einem Ramschkauf denkbar⁴⁷⁵.
- 197 Im vorliegenden Kontext der Herstellergarantien und dem daraus resultierenden Dreipersonenverhältnis zwischen Hersteller, Verkäufer und Käufer⁴⁷⁶ fragt sich zudem, ob die Vereinbarung über die Abänderung bzw. die Wegbedingung der Sachgewähr des Verkäufers zwingend zwischen Verkäufer und Käufer getroffen werden muss, oder ob alternativ eine entsprechende Abrede auch zwischen Hersteller und Käufer im Rahmen der Herstellergarantie möglich ist. Allgemein gilt, dass durch Schuldverträge nur die Vertragsparteien verpflichtet werden und die Ansprüche nur auf Leistung an die eigene Person gehen (sog. Relativität der Schuldverhältnisse)⁴⁷⁷. Allerdings erlaubt die Vertragsfreiheit den Parteien zu vereinbaren, dass die Leistung des Schuldners nicht an den Vertragspartner, sondern an

⁴⁷² Vgl. z.B. BSK/HONSELL, Art. 199 OR N 1; KOLLER A., OR BT, § 4 N 213 ff.; vgl. in Bezug auf den Werkvertrag GAUCH, N 2506 f., N 1782 ff. (mit zahlreichen Hinweisen); BGE 136 III 273 E. 2.4 = Pra 2010 Nr. 129.

⁴⁷³ In den soeben zitierten Garantiebestimmungen der Swisscom (FN 471) heisst es in Bezug auf den Fall, dass der Mangel nicht behoben werden könne, die Swisscom erbringe ihre Garantieleistung erneut. Soweit der Mangel trotz wiederholter Versuche weder durch Reparatur noch durch Ersatzlieferung behoben werden könne, stehe dem Kunden ein exklusives Rücktrittsrecht zu.

⁴⁷⁴ Für die Begründung einer Wegbedingung von Art. 197 ff. OR über den hypothetischen Parteiwillen besteht grundsätzlich kein Raum, selbst wenn man diesem grundsätzlichen Vorrang vor dem dispositiven Recht einräumt (vgl. hierzu vorne N 101). Soweit ersichtlich wird in der Lehre unisono vertreten, dass der Richter das Pflichtenspektrum der Parteien nicht abweichend vom dispositiven Recht regeln soll, ohne dass dafür ganz klare Anhaltspunkte vorhanden sind. Ansonsten würde die Schranke der richterlichen Vertragsergänzung überschritten werden (BK/KRAMER, Art. 18 OR N 251 f.; SCHWENZER, N 34.06; HOCHSTRASSER, N 262 ff.).

⁴⁷⁵ CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 199 OR N 1; BSK/HONSELL, Art. 199 OR N 1; BGE 95 II 119 E. 4.

⁴⁷⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 7.

⁴⁷⁷ Dieser Grundsatz ist im OR nicht ausdrücklich festgehalten, jedoch allgemein anerkannt (vgl. z.B. BGE 117 II 318; BÄRTSCHI, S. 68 ff.).

einen Dritten erfolgen soll. In diesem Fall liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten gemäss Art. 112 OR vor⁴⁷⁸. Hierbei handelt es sich nicht um einen eigenen Vertragstypus. Vielmehr kann – unter Beachtung der allgemeinen Schranken von Art. 19/20 OR – jeder beliebige Schuldvertrag bzw. Leistungsinhalt zugunsten eines Dritten ausgestaltet sein^{479/480}. Alles, was der Gegenpartei versprochen werden kann und der Natur der Sache nach nicht an sie selbst erfüllt werden muss, ist dem Versprechen auf Leistung an den Dritten zugänglich. Gemäss Lehre und Rechtsprechung gestattet Art. 112 OR insbesondere auch die Vereinbarung einer Freizeichnung zugunsten Dritter⁴⁸¹.

Demnach besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Hersteller mit dem Käufer einen Gewährleistungsausschluss zugunsten des Verkäufers vereinbart. Unzulässig wäre hingegen, wenn Verkäufer und Hersteller miteinander eine Abmachung treffen würden, wonach die Mängelrechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer ausgeschlossen wären (sog. Vertrag zulasten Dritter). Gleichermassen unzulässig wäre auch eine Abmachung zwischen Hersteller und Käufer, welche dessen Mängelrechte gegenüber dem Verkäufer im Vergleich zum Gesetz erweitert (wiederum Vertrag zulasten Dritter)⁴⁸².

In der Lehre wurde vereinzelt vorgebracht, in der Praxis bestünden Herstellergarantien mit Klauseln, wonach mit der Herstellergarantie die Sachgewähr des Verkäufers ausgeschlossen sei⁴⁸³. Im Rahmen der Recherchen für diese Arbeit konnte jedoch kein solches Beispiel gefunden werden. Deshalb

⁴⁷⁸ Vgl. hierzu bereits vorne N 32. Abhängig davon, ob der Dritte selbständig forderungsberechtigt oder bloss empfangsermächtigt ist, liegt entweder ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter vor. Dies bestimmt sich anhand der Willensmeinung der Vertragsparteien oder der Übung (Art. 112 Abs. 2 OR). Steht die Willensmeinung fest, so geht diese einer möglichen Übung immer vor, wobei der Rechtsverkehr – soweit ersichtlich – keine solchen Übungen kennt (KOLLER A., OR AT, § 73 N 4; KRAUSKOPF P., N 35 ff.).

⁴⁷⁹ Neben der vertraglichen gibt es auch Fälle der gesetzlichen Drittbegünstigung (vorne im Versicherungswesen [z.B. Art. 65 SVG oder Art. 87 VVG]). Ferner ist bei der Lebensversicherung der Versicherungsnehmer von Gesetzes wegen (vgl. Art. 76 ff. VVG) befugt, durch einseitige Willenserklärung einen Begünstigten zu bezeichnen (vgl. hierzu im Einzelnen KOLLER A., OR AT, § 73 N 2 ff. m.w.H.).

⁴⁸⁰ KRAUSKOPF P., Vertrag zugunsten Dritter, N 12; KOLLER A., OR AT, § 73 N 1, 21 ff.; SCHWENZER, N 86.01 f.

⁴⁸¹ BGE 83 II 277 E. 2; BGE 100 II 144 1c; HOCHSTRASSER, N 217 ff.; BSK/GONZENBACH/ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 OR N 3; BK/WEBER, R.H., Art. 112 OR N 22; KRAUSKOPF P., N 1706 ff.

⁴⁸² Vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3875; HOCHSTRASSER, N 488 ff.; ferner vorne FN 369.

⁴⁸³ Vgl. FRÜH, S. 119 f.; LIPS, S. 53.

wird auf diese Möglichkeit der Freizeichnung von Art. 197 ff. OR nachfolgend nur am Rande eingegangen, zumal diese Form der Freizeichnung theoretisch zwar möglich, praktisch jedoch bedeutungslos ist.

3. Gewährleistungsausschluss im Rahmen einer Individualvereinbarung

- 200 Wie eingangs erwähnt, kann die Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR grundsätzlich vollumfänglich ausgeschlossen werden. Allerdings gilt es folgende Punkte zu beachten⁴⁸⁴:
- 201 Erstens ist eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der gesetzlichen Gewährleistung per se ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR).
- 202 Zweitens kann sich ein Verkäufer, der dem Käufer eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache zusichert⁴⁸⁵, bezüglich dieser Eigenschaft gemäss bundesgerichtlicher Praxis grundsätzlich nicht gleichzeitig freizeichnen. Zusicherung schliesst Freizeichnung aus. Im Einzelfall ist daher durch Auslegung zu eruieren, ob die Eigenschaftsangabe als Zusicherung gilt oder unter die Freizeichnungsklausel fällt⁴⁸⁶. Bezieht sich die Wegbedingung jedoch ausdrücklich auch auf die Zusicherung, d.h. macht sie diese bewusst illusorisch, so kann sich der Verkäufer ausnahmsweise trotzdem auf die Wegbedingung berufen⁴⁸⁷.
- 203 Drittens sind Freizeichnungsklauseln gemäss Lehre und Rechtsprechung einschränkend auszulegen⁴⁸⁸ und greifen z.B. dann nicht, wenn ein Mangel völlig ausserhalb dessen liegt, womit der Käufer vernünftigerweise aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls rechnen musste⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Vgl. zum Gewährleistungsausschluss in AGB sogleich N 206 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. hierzu vorne N 8 f.

⁴⁸⁶ BGE 109 II 24, E. 4 in Präzisierung von BGE 73 II 218; kritisch KELLER/SIEHR, S. 110.

⁴⁸⁷ FURRER, S. 84; BGE 73 II 218, E. 3; KOLLER, OR AT, § 60 N 9.

⁴⁸⁸ BGer 4C.295/2004 E. 4.3.1; BGE 126 III 59 E. 5a; BGE 109 II 24 E. 4; LÖRTSCHER, S. 90 ff. Hintergrund dieser Auffassung ist, dass Haftungsfreizeichnungsabreden im Widerspruch zur Vertragstreue des Schuldners und zum rechtlich verbindlichen Charakter des Vertrags stehen (KELLER/SIEHR, S. 110). Abweichend WIEGAND, S. 330 ff., welcher die generell restriktive Auslegung in Frage stellt.

⁴⁸⁹ BGE 130 III 686 E. 4.3.1 (in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung). Allerdings ist das Bundesgericht hinsichtlich der Annahme, dass ein Mangel völlig ausserhalb dessen liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen war, insgesamt zurückhaltend (vgl. Gauch/Aeppli/Stöckli/ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 199 OR N 2 [mit zahlreichen Hinweisen]).

Viertens werden von einer Freizeichnungsklausel in der Regel auch die in einem Sachmangelfall alternativ anrufbaren Anspruchsgrundlagen erfasst⁴⁹⁰. Denn grundsätzlich kann sich ein von einem Sachmangel betroffener Käufer nach höchstrichterlicher Praxis anstatt auf Art. 197 ff. OR auch auf Art. 97 ff. OR berufen, sofern den Verkäufer hinsichtlich des Mangels ein Verschulden⁴⁹¹ trifft und die spezifischen gewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen (rechtzeitige Rüge nach Art. 201 OR usw.)⁴⁹² erfüllt sind⁴⁹³. Dasselbe gilt gemäss Bundesgericht für den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR⁴⁹⁴. Die herrschende Lehre ist jedoch anderer Meinung und möchte die Ansprüche des Käufers wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands exklusiv dem Gewährleistungsrecht unterstellen⁴⁹⁵.

Im Fall der alleinigen Lieferung einer mangelhaften Kaufsache von vornherein nicht konkurrierend anwendbar sind dagegen Art. 41 ff. OR, da nach herrschender Lehre blossе Vertragsverletzungen für das Vorliegen einer widerrechtlichen, unerlaubten Handlung nicht genügen⁴⁹⁶. Für eine Deliktshaftung muss der Verkäufer ein absolut geschütztes Rechtsgut oder eine Schutznorm verletzt haben⁴⁹⁷. Das Produkthaftungsgesetz schliesst im Übrigen die Haftung für reine Sachmängel ausdrücklich aus (vgl. Art. 1 Abs. 2 PrHG).

⁴⁹⁰ BGE 107 II 166 E. 8; BGE 126 III 59 E. 2 und 3 = Pra 2000 Nr. 117; CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 199 OR N 9 ff.; BSK/HONSELL, Art. 199 OR N 6; vgl. hierzu ferner CHK/FURRER/WEY, Art. 100 OR N 12; SCHWENZER, N 24.01.

⁴⁹¹ Dieses liegt in der Kenntnis bzw. in der fahrlässigen Unkenntnis des Mangels im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (OFK/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197 OR N 17; BSK/HONSELL, Art. 197 OR N 6).

⁴⁹² Vgl. hierzu vorne N 151.

⁴⁹³ BGE 133 III 335.

⁴⁹⁴ Grundlegend BGE 82 II 411 E. 6; ferner BGE 114 II 131 E. 1; anders beim Viehkauf, wo das Bundesgericht annimmt, dass ein Verpassen der Rügefrist von Art. 202 OR der Irrtumsanfechtung entgegenstehe (BGE 70 II 48; BGE 111 II 67 E. 3).

⁴⁹⁵ Vgl. z.B. KOLLER A., OR BT, § 4 N 225 ff.; KUKO/HONSELL, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 OR N 6.

⁴⁹⁶ Vgl. BK/BREHM, Art. 41 OR N 38 ff.; ZK/SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 OR N 208.

⁴⁹⁷ Bejaht z.B. in BGE 64 II 254. In diesem Fall erachtete das Bundesgericht die mangelhafte Reparatur eines Steiggurts als Verstoß gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung, da dadurch Leib und Leben des Benützers aufs Spiel gesetzt worden seien (E. II.1).

4. Gewährleistungsausschluss im Rahmen von AGB

206 Erfolgt ein Gewährleistungsausschluss in AGB, gilt es zu den vorerwähnten die folgenden weiteren Aspekte zu beachten:

a) Geltungskontrolle

207 Auf der Ebene der Geltungskontrolle ist zu prüfen, ob solche AGB überhaupt Vertragsbestandteil bilden⁴⁹⁸. Gemäss allgemeiner Vertragslehre können AGB ausdrücklich wie stillschweigend in den parteilichen Konsens einbezogen werden (Art. 1 Abs. 2 OR), wobei die Möglichkeit des konkludenten Einbezugs in Konsumentenverträgen strittig ist⁴⁹⁹. M.E. zutreffender Auffassung nach ist diese Möglichkeit jedoch zu befürworten, zumal keine Gründe für ein Abweichen von der allgemeinen Vertragslehre ersichtlich sind, soweit die konkreten Umstände des Einzelfalls für einen stillschweigenden Einbezug sprechen⁵⁰⁰.

208 Für die Gültigkeit der in der Praxis vorherrschenden Globalübernahme von AGB genügt im Übrigen die Möglichkeit des Kunden zu deren zumutbaren vorgängigen Kenntnisnahme; nicht erforderlich ist hingegen eine tatsächliche Kenntnisnahme. Konkret muss im Hauptvertrag auf die AGB hingewiesen werden und die AGB müssen bei Vertragsabschluss effektiv verfügbar gewesen sein. Nur in diesem Fall darf der Verwender nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, die Gegenpartei habe mit ihrer Zustimmung zum Vertragsabschluss auch den vorformulierten Bestimmungen zugestimmt⁵⁰¹.

209 Das Erfordernis der Möglichkeit der zumutbaren vorgängigen Kenntnisnahme ist z.B. erfüllt, wenn der AGB-Text dem Konsumenten vollständig physisch ausgehändigt wird. Ebenso kann – was früher verbreitet der Fall gewesen ist – ein entsprechender Anschlag im Geschäftslokal genügen⁵⁰². Von grosser Relevanz sind heutzutage elektronisch gespeicherte AGB: Hier ist fraglich, ob mit der blossen Verfügbarkeit der AGB auf der Website des Verwenders ein gültiger Einbezug vorliegt. In Bezug auf den Vertragsabschluss im Internet hat sich diese Problematik in den vergangenen Jahren insoweit wesentlich entschärft, als der Kunde heute üblicherweise vor dem

⁴⁹⁸ Vgl. zur AGB-Kontrolle im Allgemeinen vorne N 103 ff.

⁴⁹⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen z.B. WALKER N., S. 31 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. z.B. WALKER N., S. 34 f.; CHK/KUT, Art. 1 OR N 56.

⁵⁰¹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1134 (mit zahlreichen Hinweisen); PERRIG, Einbeziehung von AGB, S. 182 ff.; hierzu im Einzelnen PERRIG, AGB-Zugänglichkeitsregel, S. 40 ff.

⁵⁰² WALKER N., S. 39 f.; CHK/KUT, Art. 1 OR N 52.

Vertragsschluss auf dem Bildschirm deutlich auf die Existenz der AGB hingewiesen wird, er diese ohne weiteres herunterladen, speichern, ausdrucken oder sich per E-Mail zusenden kann, die AGB in der Regel verständlicher und lesbarer geworden sind und der Vertragsabschluss insgesamt nochmals explizit bestätigt werden muss. In solchen Fällen ist im Regelfall von einem gültigen Einbezug der AGB auszugehen⁵⁰³.

In neuen Publikationen wird ferner die Meinung vertreten, dass dem Kriterium der Möglichkeit der zumutbaren vorgängigen Kenntnisnahme auch dann entsprochen werde, wenn der Vertragsabschluss ausserhalb des Internets erfolge (z.B. im Geschäft) und der Verwender dabei auf seine im Internet publizierten AGB verweise⁵⁰⁴. Diese Auffassung scheint im Zeitalter von Smartphones, Tablets und den vermehrt mit draht- und kostenlosen Internetzugang ausgestatteten Verkaufslokalen berechtigt zu sein, sofern sich die AGB problemlos herunterladen, speichern und ausdrucken lassen sowie in lesbarer und verständlicher Sprache abgefasst sind⁵⁰⁵.

b) Inhaltskontrolle

Im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle ist zunächst davon auszugehen, dass der Käufer bei einem AGB-Gewährleistungsausschluss einen Verstoss gegen die Ungewöhnlichkeitsregel tendenziell schwerlich wird monieren können, da Gewährleistungsausschlüsse in der Praxis durchaus üblich sind und die Rechtsprechung sogar die implizite Wegbedingung anerkennt⁵⁰⁶.

Hingegen heikler zu beantworten ist die Frage nach der Vereinbarkeit eines Gewährleistungsausschlusses mit Art. 8 UWG: In der Lehre wird bezüglich solcher Ausschlussklauseln ein Verstoss gegen Art. 8 UWG – unter Berufung auf ein Votum von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN anlässlich der Revision von Art. 8 UWG im Nationalrat – zumindest in Betracht gezogen⁵⁰⁷. Das Bundesgericht musste sich mit dieser Frage bislang noch nicht vertieft befassen. Es liess allerdings durchblicken, dass unter dem Ge-

⁵⁰³ Vgl. zur Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr im Einzelnen z.B. PERRIG, Einbeziehung von AGB, S. 196 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. z.B. EHLE/BRUNSCHWEILER, S. 265; a.M. z.B. PERRIG, Einbeziehung von AGB, S. 188.

⁵⁰⁵ Laut einer Studie von comparis.ch besaßen im Jahre 2013 bereits 69% der Schweizer ein Smartphone und 39% ein Tablet. Bei den 15 bis 29-Jährigen liegt der Anteil mit einem Smartphone gar bei 90%. Inskünftig soll sich der Anteil an Personen mit einem Smartphone bei 75% einpendeln (vgl. <https://www.comparis.ch/comparis/press/medienmitteilungen/artikel/2014/telecom/smartphone-tablet-2014/smartphone-tablet.aspx> [zuletzt abgerufen am 22.07.2015]).

⁵⁰⁶ Vgl. hierzu vorne N 196.

⁵⁰⁷ Vgl. SCHMID, UWG, S. 12 f.

sichtspunkt von Art. 8 UWG nicht von einer generellen Unzulässigkeit solcher Klauseln ausgegangen werden könne⁵⁰⁸.

- 213 Nimmt man das dispositive Recht, in concreto die Gewährleistungsordnung, als Referenzgrösse für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals des Missverhältnisses von Art. 8 UWG⁵⁰⁹, liegt dieses m.E. bei einer vollständigen Freizeichnung prinzipiell vor: Betrachtet man insbesondere das Vertragsgefüge als Ganzes, so erfolgt der Interessenausgleich zwischen den Parteien durch die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer Besitz und Eigentum an der mängelfreien Kaufsache zu verschaffen und der gegenüberstehenden Pflicht des Käufers zur Bezahlung des geschuldeten Kaufpreises (Art. 184 Abs. 1 OR)⁵¹⁰. Mit einer Freizeichnung wird dieses Gefüge substantiell gestört⁵¹¹.
- 214 Auf die Frage, ob und inwieweit ein solchermassen bestehendes Missverhältnis über eine Herstellergarantie kompensiert werden kann⁵¹², wird hinten gesondert eingegangen⁵¹³.

II. Möglichkeit zur Modifikation der Gewährleistungsordnung im Zusammenhang mit einer Herstellergarantie

- 215 Nun werden die eingangs dieses dritten Teils der Arbeit erwähnten Sachverhalte⁵¹⁴ im Lichte der vorangestellten allgemeinen Einführung in die Möglichkeit parteiautonomer Vereinbarungen betreffend die Gewährleistungsordnung rechtlich gewürdigt:

⁵⁰⁸ BGE 140 III 404 E 4.5; vgl. hierzu bereits vorne FN 235, 243.

⁵⁰⁹ Vgl. hierzu vorne N 109 f.

⁵¹⁰ Vgl. LIPS, S. 36; zur Funktion des Gewährleistungsrechts als Ausgleich von Äquivalenzstörungen ausführlich SCHWARTZE, S. 31 ff., 72 ff.; ferner auch vorne FN 488.

⁵¹¹ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 110, 112. In der deutschen Rechtsordnung, welcher im Bereich der AGB-Kontrolle unbestreitbar Pionierrolle zukam, sind AGB-Gewährleistungsausschlüsse ungültig (§ 309 Nr. 8b BGB). Heute kommt dieser AGB-Bestimmung im Konsumgüterkauf jedoch keine eigenständige Bedeutung mehr zu, da die kaufvertragliche Gewährleistungsordnung seit der Schuldrechtsreform zwingend ist (vgl. hierzu vorne N 70 und hinten N 256; MK/WURMNEST, § 309 N 12).

⁵¹² Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 109.

⁵¹³ Vgl. hierzu hinten N 219 ff.

⁵¹⁴ Vgl. hierzu vorne N 191.

1. Erster Sachverhalt: Ausdrückliche Regelung im Rahmen einer Individualvereinbarung oder von AGB

a) Konsensfrage, Geltungskontrolle

Verkäufer versuchen auf verschiedenen Wegen, Haftungsausschlüsse durchzusetzen. Im Massengeschäft kommt es allerdings nur sehr selten vor, dass z.B. beim Verkauf eines Sportartikels, einer Uhr oder eines Autos anlässlich des Verkaufsgesprächs seitens des Verkäufers der Gewährleistungsausschluss ausdrücklich kommuniziert oder im Rahmen eines individuellen Kaufvertrags vereinbart wird⁵¹⁵. Vielmehr finden sich entsprechende Klauseln regelmässig in AGB von unterschiedlicher Erscheinungsform: Neben den „klassischen“ Formen (z.B. Aufdruck auf der Rückseite eines schriftlichen Kaufvertrags, Kassenbelegs, Lieferscheins, einer Rechnung oder eines Anschlags im Verkaufslokal) seien auch die Verweisklauseln auf elektronisch gespeicherte AGB (Publikation auf der Internetseite des Verkäufers) erwähnt⁵¹⁶.

Entsprechend den vorherigen Ausführungen gilt es jeweils zu prüfen, ob der Gewährleistungsausschluss Bestandteil des Kaufvertrags zwischen Verkäufer und Käufer bildet. Wurde der Gewährleistungsausschluss im Vorfeld des Kaufvertrags offen kommuniziert bzw. individualrechtlich vereinbart, ist grundsätzlich von einer wirksamen Wegbedingung der Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR auszugehen. Wurde der Gewährleistungsausschluss in AGB festgehalten, stellt sich die Frage, ob der Käufer von den fraglichen AGB vorgängig in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen konnte. Dies erweist sich insbesondere bei einer physischen Vorlegung der AGB im Vorfeld des Vertragsabschlusses sowie in der heute gängigen Form des Onlinekaufs meist als unproblematisch⁵¹⁷.

Mit Bezug auf den theoretisch denkbaren Ausnahmefall eines in einer Herstellergarantie verankerten Gewährleistungsausschlusses (Freizeichnung zugunsten Dritter) ist schliesslich der Vollständigkeit halber auf Folgendes hinzuweisen⁵¹⁸: Bei der Auslobung nach Art. 8 OR handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft und es geht seitens des Käufers keine Willenserklärung hervor. Dementsprechend kann eine in einer ausgelobten Herstellergarantie statuierten Gewährleistungsausschlussklausel keine Wirkung

⁵¹⁵ Solche Konstellationen sind noch denkbar bei Kleinhändlern, die im Unterschied zu Grosshändlern nicht über zahlreiche Filialen und einen Onlineshop verfügen.

⁵¹⁶ Vgl. zum Begriff der AGB vorne N 103 f.

⁵¹⁷ Vgl. hierzu vorne N 209 f.

⁵¹⁸ Vgl. hierzu vorne N 197 ff.

entfalten⁵¹⁹. Für diese Form der Freizeichnung von Art. 197 ff. OR kommen somit nur vertragliche Herstellergarantien in Frage⁵²⁰.

b) Inhaltskontrolle (insbesondere Frage der Drittkompensation)

- 219 Obwohl ein klärendes Präjudiz des Bundesgerichts bislang fehlt, ist davon auszugehen, dass in Konsumentenverhältnissen mit Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG über AGB stipulierte vollumfängliche Gewährleistungsausschlüsse prinzipiell unzulässig geworden sind⁵²¹. Noch weitgehend ungeklärt ist hingegen, inwieweit sich ein Gewährleistungsausschluss kompensieren lässt.
- 220 Der in kurzer Zeit nahezu unüberblickbar gewordene Literaturapparat zu Art. 8 UWG greift die Kompensationsfrage verschiedentlich auf. Grundtenor ist, dass ungünstige durch günstige AGB-Klauseln kompensiert werden können. Danach soll eine nachteilige Klausel nicht isoliert betrachtet, sondern nur dann als unlauter angesehen werden, wenn sie den Vertrag bei gesamtheitlicher Betrachtung aus dem Gleichgewicht bringt⁵²². Dagegen strittig ist zum einen, ob die Kompensation auf funktionsgleiche Klauseln (sog. enge Kompensation) oder in Bezug auf die Gesamtheit der AGB zulässig sein soll (sog. weite Kompensation). Zum andern fragt sich, ob nachteilige AGB-Klauseln bloss durch andere vorteilhaftere AGB-Klauseln oder auch durch Bestimmungen des Individualvertrags ausgeglichen werden können⁵²³. Letztere Frage behandelt die Lehre schwerpunktmässig im Zusammenhang mit der Kompensation durch den Preis⁵²⁴.
- 221 Hinsichtlich der hier im Raum stehenden Frage der Kompensation eines Gewährleistungsausschlusses durch eine Herstellergarantie ist der erste Meinungsstreit (enge oder weite Kompensation) bedeutungslos, da ein funktionaler bzw. unmittelbarer, für den Käufer transparenter Zusammenhang offensichtlich besteht⁵²⁵. Unter diesem Aspekt erweist sich der Ausgleich eines Gewährleistungsausschlusses durch eine Herstellergarantie so oder anders als zulässig.

⁵¹⁹ Vgl. hierzu vorne N 34 f.

⁵²⁰ Vgl. hierzu vorne N 34 f., 163.

⁵²¹ Vgl. hierzu vorne N 213.

⁵²² Vgl. WALKER N., S. 136 f. (mit zahlreichen Hinweisen).

⁵²³ Vgl. im Einzelnen BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG B 120 ff. (mit zahlreichen Hinweisen).

⁵²⁴ ROBERTO/WALKER M., S. 59 f.

⁵²⁵ Vgl. hierzu auch hinten N 132.

Anders gestaltet sich die Sache in Bezug auf die zweite Kompensationsfrage, ob eine nachteilige AGB-Klausel auch ausserhalb der AGB kompensiert werden darf. Akzentuiert wird die Problematik im vorliegenden Kontext zusätzlich dadurch, als für den Ausgleich des Gewährleistungsausschlusses nicht bloss externe Vorteile des AGB-Verwenders bzw. Verkäufers, sondern Vorteile Dritter (Herstellergarantie) zur Diskussion stehen. Denn der Hersteller ist nicht Partei des Kaufvertrags bzw. der Verkäufer nicht Partei der Herstellergarantieverhältnisses⁵²⁶. 222

Soweit ersichtlich fand die Möglichkeit der Drittkompensationen in der ansonsten intensiv geführten Kompensationsdiskussion bis anhin keine Erörterung. Auch sind weder dem Gesetz noch den Materialien zu dieser Fragestellung irgendwelche Anhaltspunkte zu entnehmen⁵²⁷. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit einer Kompensation ausserhalb der AGB sind m.E. zwei Standpunkte denkbar: Entweder stellt man strikt darauf ab, dass die Kompensation innerhalb der AGB erfolgen muss. Gegen die Drittkompensation lässt sich dann zudem der Relativitätsgrundsatz als Argument anfügen, wonach nur der AGB-Verwender selber ein Missverhältnis auszugleichen vermag⁵²⁸. Oder es wird ein ganzheitlicher und gleichzeitig ergebnisbezogener Ansatz vertreten, welche die Kompensationsfrage davon abhängig macht, ob die Rechtsstellung des Kunden durch die Freizeichnungsklausel unter Berücksichtigung der gesamten Umstände insgesamt beeinträchtigt ist oder nicht. Hier werden also nicht bloss innerhalb, son- 223

⁵²⁶ Vgl. hierzu vorne N 7.

⁵²⁷ In Deutschland besteht mit § 309 Nr. 8 lit. b/aa BGB eine Bestimmung, wonach der Ausschluss von Mängelansprüchen selbst unter gleichzeitiger Verweisung auf Dritte unzulässig ist (vgl. HANKE, S. 204 ff.; RISSE, S. 368; hierzu im Allgemeinen z.B. MK/WURMNEST, § 309 Nr. 8 N 12 ff.; Staudinger/COESTER-WALTJEN, § 309 Nr. 8 BGB N 33 ff.). Davon abgesehen, dass diese Bestimmung in Konsumentenverhältnissen infolge der zwingenden Ausgestaltung der Gewährleistungsordnung obsolet geworden ist (vgl. hierzu vorne N 70 und hinten N 256), ist Folgendes anzufügen: Grundgedanke dieser Bestimmung ist, dass es dem Kunden letztlich nicht zuzumuten ist, sein Recht gegenüber einer Drittperson geltend zu machen. Es handelt sich nicht um ein Kompensations-, sondern ein blosses Verweisungsverbot. Zudem wird von vornherein davon ausgegangen, dass die Rechtsstellung des Kunden generell schlechter ist, wenn ihm Rechte gegenüber einem Dritten anstatt gegenüber dem AGB-Verwender zustehen. Solche Pauschalisierungen sind der schweizerischen Rechtsordnung fremd. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG besteht. Zweifelsohne kann es entsprechende Konstellationen geben, wo ein solches zu bejahen ist (vgl. SCHMID, AGB, S. 221 f., welcher das Beispiel des Generalunternehmers erwähnt, der sich gegenüber dem Besteller freizeichnet und ihm gleichzeitig die eigenen Mängelrechte gegenüber den Subunternehmern abtritt [sog. Abtretungsvariante]).

⁵²⁸ Vgl. hierzu vorne N 197.

dem auch ausserhalb der AGB liegende Vorteile in die Beurteilung eines möglichen Missverhältnisses einbezogen. Konsequenterweise vermögen dann auch Vorteile Dritter die durch eine nachteilige AGB-Klausel beeinträchtigte Position des betroffenen Kunden potentiell auszugleichen.

- 224 Wie bereits erwähnt, konzentriert sich die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit einer Kompensation ausserhalb der AGB schwerpunktmässig auf die Frage der Legitimation eines Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten durch den Preis. Die Kritiker dieser Form der Kompensation argumentieren vorwiegend mit der Befürchtung eines „race to the bottom“. Danach könnte ein intensiver Preiswettbewerb dazu führen, dass die AGB möglichst kundenfeindlich ausgestaltet würden und damit das von der AGB-Inhaltskontrolle angestrebte Ziel, eine einigermaßen ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten zu gewährleisten, nicht erreicht werde⁵²⁹. In Deutschland werden in diesem Zusammenhang verschiedene weitere Argumente ins Feld geführt, u.a. dass AGB-Verwender ihre Preise nach solchen Bedingungen zu kalkulieren haben, die sich mit dem Gebot von Treu und Glauben vereinbaren lassen, der Preis in funktionierenden Märkten durch einen Anbieter ohnehin nicht festlegbar oder ein angemessener Preis nicht feststellbar sei. Eine Ausnahme soll jedoch insbesondere dann gelten, wenn die Kompensation offen gelegt wurde und der Kunde bei demselben Anbieter zwischen einem tiefen Preis mit nachteiligen AGB und einem höheren Preis und vorteilhaften AGB wählen könne⁵³⁰.
- 225 Dem Argument des „race to the bottom“ und den übrigen „Marktargumenten“ zur Ablehnung der Kompensation durch den Preis und der damit verbundenen Ablehnung einer Kompensation ausserhalb von AGB kann Folgendes entgegen gehalten werden:
- 226 Sofern der Kunde von einem besonders niedrigen Preis profitiert, ist ihm auch die Inkaufnahme gewisser Nachteile zuzumuten. Die Schwelle, um von einer treuwidrigen unangemessenen Benachteiligung durch AGB-Klauseln auszugehen, muss bei einem tiefen Preis unweigerlich höher lie-

⁵²⁹ Vgl. z.B. BSK/THOUVENIN, Art. 8 UWG N 121; KOLLER T., S. 41. Nach diesen Autoren führt ein intensiver Preiswettbewerb offenbar dazu, dass Anbieter versuchen, in ihren AGB möglichst viele Risiken dem Kunden zu überlagern, damit die eigenen Kosten (z.B. für Garantiefälle) tief gehalten und die eigenen Produkte zu konkurrenzfähigen Preisen angeboten werden können. Insgesamt könne ein intensiver Preiswettbewerb bewirken, dass der Konsument bloss noch Angeboten mit nachteiligen AGB gegenüberstehe, also Ausweichmöglichkeiten faktisch ausgeschlossen seien („take it or leave it“; vgl. hierzu auch vorne N 105).

⁵³⁰ Vgl. ROBERTO/WALKER M., S. 59 f. (mit zahlreichen Hinweisen); vgl. auch BAUDENBACHER, S. 23 ff.

gen. Umgekehrt sollte im Übrigen bei einem besonders hohen Preis dasselbe gelten⁵³¹.

Sodann herrscht auf dem Konsumgütermarkt grundsätzlich volle Konkurrenz. 227
Einer Vielzahl an Anbietern steht eine Vielzahl an Nachfragern gegenüber. Dabei werden dem Konsumenten verschiedene beliebig substituierbare Güter angeboten. Der Wettbewerb über den Preis ist für den Anbieter nur eine von mehreren Strategien, um sich von der Konkurrenz abzugrenzen und mithin Wettbewerbsvorteile zu erlangen⁵³². Ein alternativer und in der Praxis verbreiteter beobachtbarer Ansatz ist derjenige der Abgrenzung durch unterschiedliche Produktgestaltung. Dabei bildet die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (z.B. in Gestalt von Garantie- und Serviceleistungen) ein wesentliches Element⁵³³. Ein kompetitiver Wettbewerb bedeutet nicht automatisch ein „race to the bottom“. Vielmehr können dem Kunden zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses unterschiedliche Angebote unterbreitet werden: billigere Produkte mit eingeschränkten und teurere Produkte mit erweiterten Rechten.

Schliesslich ist nicht einsehbar, weshalb die Preiskompensation bloss bei 228
alternativen Angeboten desselben Anbieters zulässig sein soll. Richtig gesehen besteht auch in diesem Fall für den Kunden dieselbe Situation, wie wenn er zwischen alternativen Angeboten verschiedener Anbieter, d.h. zwischen einem Anbieter mit tiefem Preis und nachteiligen AGB und einem Anbieter mit höherem Preis und vorteilhafteren AGB, wählen kann⁵³⁴.

Die gegen eine Kompensation von nachteiligen AGB-Klauseln durch ausserhalb der AGB liegende Vorteile vorgebrachten Argumente vermögen 229
nach dem Gesagten nicht zu überzeugen. Für den betroffenen Kunden ist letztlich alleine das Bestehen oder Nichtbestehen eines erheblichen Missverhältnisses von Rechten und Pflichten entscheidend. Diese Beurteilung hat nicht isoliert, sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Dabei sind – wie hier – auch mit einer nachteiligen AGB-Klausel zusammenhängende Vorteile Dritter zu berücksichtigen. In Bezug auf die Herstellergarantie kommt im Übrigen hinzu, dass diese nicht irgendetwas „Zufälliges“ darstellt, son-

⁵³¹ ROBERTO/WALKER M., S. 59.

⁵³² Für Näheres hierzu wird auf den Literaturapparat der Betriebswirtschaftslehre verwiesen (vgl. z.B. THOMMEN, S. 153 ff.).

⁵³³ Vgl. hierzu vorne N 4.

⁵³⁴ ROBERTO/WALKER M., S. 59 f.

dem in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrags und damit mit einem stipulierten Gewährleistungsausschluss steht⁵³⁵.

c) Anforderungen an eine Herstellergarantie zur Kompensation eines Gewährleistungsausschlusses im Rahmen von AGB

- 230 Nachdem die Möglichkeit zur Drittkompensation nachteiliger AGB-Bestimmungen bejaht wurde, gilt es nun mit Bezug auf den Ausgleich eines vollständigen Gewährleistungsausschlusses durch eine Herstellergarantie konkret zu untersuchen, welche Anforderungen an eine solche zu stellen sind.
- 231 Für eine rechtsgenügende Kompensation muss die Herstellergarantie einem Vergleich mit der Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR als massgebende Referenzgrösse standhalten können⁵³⁶. Daran misst sich, ob das durch den Gewährleistungsausschluss hervorgerufene ungerechtfertigte Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG durch die Herstellergarantie aufgewogen wird. Je mehr die Rechtsstellung des Käufers bei der Herstellergarantie derjenigen bei der Sachgewähr entspricht, desto eher ist von einem rechtsgenügenden Ausgleich eines stipulierten Gewährleistungsausschlusses auszugehen. Und umgekehrt dürfte umso eher ein ungenügender Ausgleich vorliegen, je stärker die Position des Käufers bei der Herstellergarantie im Vergleich zur Sachgewähr beschränkt wird.
- 232 In diese Beurteilung sind aus meiner Sicht insbesondere die Voraussetzungen der Geltendmachung, die inhaltlichen Ausgestaltung, die Regelung der Verjährung und die Durchsetzbarkeit der aus den beiden Instituten fliessenden Rechte des Käufers einzubeziehen. Der besseren Übersicht halber werden die beiden Institute zunächst einander abstrakt gegenübergestellt:

⁵³⁵ Im Übrigen sind Drittkompensationen der schweizerischen Rechtsordnung auch in anderen Bereichen nicht fremd. Im Arbeitsrecht besteht bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht folgende Regelung: Mit Art. 324a Abs. 1-3 OR hält das Gesetz eine Grundordnung bereit, von der die Parteien mit schriftlicher Abrede abweichen und eine andere Lösung vorsehen können, sofern diese im Vergleich zum gesetzlichen Lohnfortzahlungsregime mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR; vgl. hierzu z.B. BGE 131 III 623 E. 2.5 = Pra 2006 Nr. 131; GEISER, S. 329 ff.). Davon wird in der Praxis regelmässig Gebrauch gemacht, indem z.B. für den Krankheitsfall anstelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers eine private Taggeldversicherung vereinbart wird.

⁵³⁶ Vgl. hierzu vorne N 109.

	Sachgewähr	Herstellergarantie
Voraussetzungen für die Geltendmachung	<p>– <i>Mangel</i>: Fehlen einer Solleigenschaft, welche sich primär nach Vertrag (sog. zugesicherte Eigenschaften), sekundär nach Art. 197 Abs. 1 OR (sog. vorausgesetzte Eigenschaften) beurteilt (Differenz zwischen der Ist- und Solleigenschaft)⁵³⁷. Dabei muss der Mangel vor/bei Gefahrenübergang bestehen. Allerdings genügt es, wenn der Fehler bei Gefahrenübergang bereits im Keime angelegt ist und erst später offenkundig wird oder zu einer Beschädigung bzw. Zerstörung der Sache führt⁵³⁸.</p> <p>– <i>Fehlende Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Vertragsabschluss</i>: Art. 200 OR hat beim vorliegend im Vordergrund stehenden Gattungskauf kaum praktische Bedeutung, zumal diese Bestimmung nur zur Anwendung gelangt, wenn die ganze Gattung, aus der heraus geliefert werden soll, mangelhaft ist und der Käufer davon Kenntnis hat⁵³⁹.</p> <p>– <i>Rechtzeitige Prüfung und Rüge</i> (Art. 201 OR).</p> <p>– <i>Weitere mangelrechtsspezifische Voraussetzungen</i> (vgl. z.B. Art. 205 Abs. 2 und 3, Art. 207 Abs. 3, Art. 209 OR).</p>	<p>– <i>Mangel</i>: Im Vergleich zur Sachgewähr liegt in zeitlicher Hinsicht und unter Umständen auch in sachlicher Hinsicht ein von der Gewährleistungsordnung abweichender Mangelbegriff vor: Bei der Herstellergarantie wird nicht bloss für Mängel vor/bei Gefahrenübergang gehaftet, sondern diese können auch erst später – während der <i>Garantiedauer</i>⁵⁴⁰ – eintreten. In sachlicher Hinsicht kann eine Herstellergarantie sämtliche Sachmängel (Vollgarantie) erfassen oder auf bestimmte Mängel beschränkt sein (Auslegungsfrage)⁵⁴¹.</p> <p>– <i>Mängelanzeige (Rüge)</i>: Die Prüfungspflicht entfällt grundsätzlich aufgrund des zeitlich erweiterten Mangelbegriffs. Ebenso ist die Rügeobliegenheit im Vergleich zur Sachgewähr von untergeordneter Bedeutung. Nur selten ist eine solche vorgesehen oder sie ergibt sich aus den Umständen (z.B. zeitliche Dringlichkeit aufgrund eines immer grösser werdenden Mangels)⁵⁴².</p> <p>– <i>Kein Selbst- oder Drittverschulden</i>: Die Garantie des Herstellers stellt keine Vollkaskoversicherung für alle während der Garantiedauer auftretende Mängel dar, sondern ist auf solche beschränkt, deren Ursache im Produkt selbst liegen (z.B. Materialfehler)⁵⁴³.</p> <p>– <i>Weitere Voraussetzungen im Einzelfall</i> wie die Vornahme von periodischen Wartungsarbeiten, das Verbot zum Einbau fremder Ersatzteile und zur Vornahme von Eingriffen in das Produkt durch nicht autorisierte Stellen oder die Vorweisung der Garantiekarte⁵⁴⁴.</p>

⁵³⁷ Vgl. hierzu vorne N 8.

⁵³⁸ Vgl. hierzu vorne FN 218.

⁵³⁹ Vgl. z.B. KOLLER A., OR BT, § 4 N 255; KUKO/HONSELL, Art. 197 OR N 6.

⁵⁴⁰ Vgl. hierzu vorne N 169 ff.

⁵⁴¹ Vgl. hierzu vorne N 115 ff.

⁵⁴² Vgl. hierzu vorne N 122 ff.

⁵⁴³ Vgl. hierzu vorne N 128 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. hierzu vorne N 131 ff., 138 ff.

Ansprüche	<p>– <i>Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung (Art. 205-208 OR).</i></p> <p>– <i>Begleitkosten (z.B. für Rücktransport bei der Wandelung) gehen grundsätzlich zulasten des Verkäufers⁵⁴⁵.</i></p> <p>– <i>Kein gesetzliches Nachbesserungsrecht⁵⁴⁶.</i></p> <p>– <i>Anspruch auf Schadenersatz: Zuzüglich des Anspruchs auf Wandelung, Minderung oder Ersatzleistung hat der Käufer Anspruch auf Schadenersatz. Bei der Wandelung sind Art. 208 Abs. 2 und 3 OR, bei der Minderung und Ersatzleistung – je nach Auffassung – Art. 208 Abs. 3 analog oder Art. 97 OR massgebend. Nach neuer Bundesgerichtspraxis sind Mangelfolgeschäden im Zusammenhang mit der Wandelung unter die Kausalhaftung von Art. 208 Abs. 2 OR zu subsumieren⁵⁴⁷. Als Konsequenz dieser Rechtsprechung müsste Art. 208 Abs. 2 OR bei Mangelfolgeschäden im Zusammenhang der Ersatzleistung und der Minderung analog zur Anwendung gelangen⁵⁴⁸.</i></p>	<p>– <i>Wahlrecht des Herstellers zwischen Nachbesserung und Ersatzleistung (Nacherfüllung)⁵⁴⁹.</i></p> <p>– <i>Begleitkosten (z.B. Weg-/Transportkosten bei der Nachbesserung) gehen grundsätzlich zulasten des Herstellers⁵⁵⁰.</i></p> <p>– <i>Anspruch auf Schadenersatz: im Unterschied zur Sachgewähr grundsätzlich kein Anspruch, meist ausdrücklich wegbedungen, vorbehalten bleibt das Deliktsrecht. Insbesondere sind Mangelfolgeschäden von der Herstellergarantie nicht gedeckt⁵⁵¹.</i></p>
Verjährung	<p>– <i>Mindestens zwei bzw. fünf Jahre seit Ablieferung der Sache (Art. 210 Abs. 4 OR).</i></p>	<p>– <i>Mindestens zwei bzw. fünf Jahre seit Ablieferung der Sache (Art. 210 Abs. 4 OR analog)⁵⁵².</i></p>

⁵⁴⁵ Vgl. BGE 79 II 381 E. 5: Das Bundesgericht geht bei der Wandelung von einer Hol-schuld des Verkäufers aus (Art. 74 Abs. 2 OR) und auferlegt dementsprechend dem Verkäufer die Transportkosten. In Deutschland ist dies im Übrigen ausdrücklich gesetzlich geregelt (§ 438 BGB). In der Praxis versuchen Verkäufer jedoch verschiedenlich, die Begleitkosten im Zusammenhang mit einem Mangel auszuschliessen.

⁵⁴⁶ Vgl. hierzu vorne N 152.

⁵⁴⁷ BGE 133 III 257.

⁵⁴⁸ KOLLER A., OR BT, § 4 N 209.

⁵⁴⁹ Vgl. hierzu vorne N 149 ff.

⁵⁵⁰ Vgl. BUCHER, OR BT, S. 88; GAUCH, N 1718, 1733 ff.

⁵⁵¹ Vgl. hierzu vorne N 157 ff.

⁵⁵² Vgl. hierzu vorne N 172 ff.

Durchsetzung	<p>– Möglichkeit zur Leistungsklage, gegebenenfalls Ersatzvornahme⁵⁵³.</p> <p>– Klage am Wohnsitz bzw. Sitz, Niederlassung oder Aufenthaltsort des Beklagten sowie am Wohnsitz des Klägers (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 10-12 ZPO)⁵⁵⁴.</p> <p>– Direkte oder indirekte Vollstreckung gemäss Art. 337 i.V.m. Art. 236 Abs. 3 bzw. Art. 338 ZPO; Vollstreckungsmittel gemäss Art. 343-345 ZPO (z.B. Umwandlung in Geld [Taxation]); Vollstreckung einer Geldforderung (z.B. Forderung auf Rückerstattung des Kaufpreises) richtet sich nach SchKG.</p>	<p>– Gleich wie bei der der Sachgewähr, siehe nebenan.</p>
---------------------	--	--

Bei der Beurteilung der Frage der Gleichwertigkeit zwischen der jeweiligen Herstellergarantie und der Sachgewähr handelt es sich naturgemäss um einen Einzelfallentscheid, da es die Herstellergarantie nicht gibt⁵⁵⁵. Immerhin lässt sich anhand der vorstehenden Gegenüberstellung in genereller Hinsicht feststellen, dass die Sachgewähr mehr Schadensposten (insbesondere auch Mangelfolgeschäden) abdeckt, demgegenüber die Herstellergarantie mit Bezug auf Sachmängel einen erleichterten und weitergehenden Schutz bietet. Dazu sind hier insbesondere die mildere Rügepflicht⁵⁵⁶ und der zeitlich erweiterte Mangelbegriff zu erwähnen. 233

Bei Mangelfolgeschäden, wofür der Verkäufer nach BGE 133 III 257 kausal haftet, stehen vorwiegend Nutzungsausfälle im Vordergrund. Indessen stellt nicht jeder Nutzungsausfall ein rechtlich relevanter Schaden dar⁵⁵⁷. 234

Je nachdem, bei wem der Käufer sein Produkt erwirbt, kann dies unter Umständen auch Auswirkungen auf sein Inkassorisiko zeitigen – Beispiel: Kauf bei einem Kleinhändler (höheres Inkassorisiko) mit professionellem Grossunternehmen als Hersteller (tieferes Inkassorisiko). 235

Wie ausgeführt, kommt es bei der rechtlichen Würdigung, ob ein AGB-Gewährleistungsausschluss des Verkäufers über eine Herstellergarantie 236

⁵⁵³ Vgl. hierzu hinten N 289 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. hierzu auch hinten N 304 f.

⁵⁵⁵ Vgl. hierzu vorne N 30.

⁵⁵⁶ Es entspricht einer Erfahrungstatsache, dass ein Grossteil der Gewährleistungsansprüche wegen einer verpassten Rüge untergeht (vgl. hierzu vorne FN 302).

⁵⁵⁷ Vgl. hierzu vorne N 159 ff.

rechtsgenügend kompensiert werden kann, auf die Umstände des Einzelfalls an. Dennoch lassen sich gewisse allgemeine Aussagen treffen:

- 237 – Grundvoraussetzung für eine Kompensation ist, dass es sich bei der Herstellergarantie um eine Vollgarantie handelt. Die Herstellergarantie darf nicht bloss auf einzelne ausgewählte Mängel beschränkt sein. Auch vermag eine sachliche Einschränkung nicht durch eine zeitliche Erweiterung des Mangelbegriffs ausgeglichen werden⁵⁵⁸.
- 238 – Die Geltendmachung eines Herstellergarantieanspruchs darf für den Käufer im Vergleich zur Sachgewähr nicht mit zusätzlichen Belastungen, z.B. dass die Erbringung der Garantieleistung von regelmässigen kostenpflichtigen periodischen Wartungsarbeiten abhängig ist⁵⁵⁹, verbunden sein.
- 239 – Kein Hinderungsgrund für eine ausreichende Kompensation stellt der Umstand dar, dass bei der Sachgewähr der Käufer zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen kann, dagegen bei der Herstellergarantie ein exklusives Nacherfüllungsrecht (Wahlrecht des Herstellers zwischen Nachbesserung und Ersatzleistung) besteht⁵⁶⁰. Diese Einschränkung wird einerseits mit dem in zeitlicher Hinsicht erweiterten Mangelbegriff und andererseits mit der erweiterten Rügefrist aufgewogen⁵⁶¹.
- 240 – Weder die Geltendmachung noch die Durchsetzung von Ansprüchen darf für den Käufer bei der Herstellergarantie im Vergleich zur Sachgewähr erschwert sein: Letztlich bringt es dem Käufer nichts, wenn er gegen den Hersteller zwar einen (theoretischen) Anspruch hat, diesen jedoch faktisch, z.B. aufgrund geographischer Distanz oder Sprachbarrieren, nicht geltend machen kann. Vom Hersteller ist zwingend zu verlangen, dass er in der Schweiz eine Niederlassung bzw. eine Ansprechperson hat. Sonach ist es einem von einem mangelhaften Produkt betroffenen Käufer nicht zumut-

⁵⁵⁸ Vgl. hierzu vorne N 232.

⁵⁵⁹ Vgl. hierzu vorne N 232.

⁵⁶⁰ Vgl. hierzu vorne N 232.

⁵⁶¹ Im Ergebnis (mit Bezug auf Modifikationen innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsordnung) gl.M. z.B. BAUDENBACHER, S. 202; ROBERTO/WALKER M., S. 59; WALKER N., S. 137. Nach meinem Dafürhalten handelt es sich hierbei ohnehin um eine marginale Einschränkung der Käuferrechte, zumal mit dem Nacherfüllungsrecht der ursprüngliche Erfüllungsanspruch fortgesetzt wird und nicht ersichtlich ist, inwiefern z.B. ein Minderungsrecht im Vergleich zu einem Nachbesserungsrecht stärker sein soll. Im Gegenteil: Ein Sachmangel bleibt trotz Minderung bestehen, wogegen er durch Nachbesserung beseitigt wird.

bar, sich für die Mängelbehebung ins Ausland wenden zu müssen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass unter Umständen die Möglichkeit bestünde, in der Schweiz auf Leistung zu klagen (Art. 15 ff. LugÜ, Art. 114 IPRG)⁵⁶², da selbst mit einem entsprechenden Leistungsurteil die Vollstreckung in der Schweiz nicht gesichert ist.

- Die Garantiedauer der Herstellergarantie darf für Mängel, die vor/bei Gefahrenübergang bestehen bzw. in diesem Zeitpunkt bereits im Keime angelegt sind, nicht unter zwei bzw. fünf Jahren liegen. Solche Mängel müssen mindestens innerhalb der gewährleistungsrechtlichen Fristen von Art. 210 Abs. 4 OR geltend gemacht werden können. Von Art. 210 Abs. 4 OR theoretisch nicht betroffen sind jedoch diejenigen Mängel, welche zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs noch nicht bestanden haben (zeitlich erweiterter Mangelbegriff bei der Herstellergarantie im Vergleich zur Sachgewähr)⁵⁶³. Allerdings existieren heutzutage im Konsumgüterbereich – soweit ersichtlich – keine Herstellergarantien mehr, die weniger als zwei bzw. fünf Jahre dauern⁵⁶⁴.

Ist demnach die Herstellergarantie als Vollgarantie ausgestaltet, an keine zusätzlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung des Garantieanspruchs geknüpft und ist der Hersteller in der Schweiz niedergelassen oder verfügt er hier zumindest über einen Ansprechpartner, kann ein AGB-Gewährleistungsausschluss im Regelfall als rechtsgenügend kompensiert betrachtet werden. Andernfalls verstösst der Gewährleistungsausschluss grundsätzlich gegen Art. 8 UWG, was dessen Nichtigkeit zur Folge hat. Dem Käufer sind in diesem Fall Verkäufer und Hersteller im Umfang der Sachgewähr bzw. der Herstellergarantie verpflichtet. Haben für einen Schadensposten potentiell beide einzustehen, gilt das unter § 10 Ausgeführte⁵⁶⁵.

⁵⁶² Vgl. hierzu vorne N 232.

⁵⁶³ Vgl. hierzu vorne N 232 und N 167 ff. Würde der Hersteller in seiner Garantie bei einem gleichzeitigen Gewährleistungsausschluss des Verkäufers die Fristen von Art. 210 Abs. 4 OR unterlaufen, läge somit ein Verstoß gegen Art. 210 Abs. 4 OR und gegen Art. 8 UWG vor.

⁵⁶⁴ Vgl. hierzu vorne N 177.

⁵⁶⁵ Vgl. hierzu hinten N 259 ff.

d) Schicksal eines Gewährleistungsausschlusses bei Leistungsstörungen des Herstellers

- 243 Zuvor war von den Kriterien die Rede, welche eine Herstellergarantie erfüllen muss, damit sie einen in den AGB des Verkäufers festgehaltenen Gewährleistungsausschluss zu kompensieren vermag. Bislang unberücksichtigt gelassen wurde jedoch der in der Praxis nicht selten auftretende Fall von Störungen in der Abwicklung eines Garantiefalls. Praktisch im Vordergrund stehen das Fehlschlagen und die Verweigerung der Garantieleistung.
- 244 Während im Rahmen der Sachgewähr z.B. bei einer vom Käufer verlangten Ersatzlieferung oder bei einem exklusiven Nachbesserungsrecht des Verkäufers im Fall von Leistungsstörungen die gesetzlichen Mängelrechte grundsätzlich wieder aufleben und der Käufer zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen kann, besteht bei der Herstellergarantie trotz Leistungsstörungen weiterhin bloss die Möglichkeit, Nacherfüllung verlangen⁵⁶⁶. Der Käufer ist im Vergleich zur gesetzlichen Gewährleistungsordnung somit offensichtlich benachteiligt und der stipulierte Gewährleistungsausschluss erweist sich in der Rückschau als ungenügend kompensiert. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob in solchen Fällen die ursprünglich – aufgrund der Herstellergarantie – an sich gültig wegbedungenen Mängelrechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer wieder aufleben.
- 245 Aus meiner Sicht ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen, da mit solchen Leistungsstörungen im Nachgang zum theoretisch genügenden Ausgleich des Gewährleistungsausschlusses eine neue Sachlage entstehen kann, welche nachträglich ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG begründet⁵⁶⁷. Verstos- sen AGB-Klauseln gegen Art. 8 UWG, ist deren Rechtsfolge Nichtigkeit⁵⁶⁸. Es gilt daher zu klären, unter welchen konkreten Umständen Störungen im Zusammenhang mit der Garantieabwicklung ein entsprechendes Missverhältnis hervorrufen, mit der Rechtsfolge, dass sich der Käufer wieder an den Verkäufer halten kann.
- 246 Analog der Kompensationsfrage lässt sich diese Frage wiederum nicht allgemeingültig beantworten. Vielmehr handelt es sich um einen Einzelfall- bzw. Ermessensentscheid⁵⁶⁹. Mit Bezug auf die eingangs erwähnten Praxis- beispiele (Fehlschlagen bzw. Verweigerung der Garantieleistung) lohnt sich

⁵⁶⁶ Vgl. hierzu vorne N 232.

⁵⁶⁷ Vgl. auch BAUDENBACHER, S. 202.

⁵⁶⁸ Vgl. hierzu vorne N 113.

⁵⁶⁹ Vgl. hierzu vorne N 109 ff.

ein Blick nach Deutschland: Im deutschen Gewährleistungsrecht genießt der Nacherfüllungsanspruch Vorrang bzw. Minderung und Rücktritt (Wandelung) kommen nur subsidiär zur Anwendung (§ 437 ff. BGB)⁵⁷⁰. Letztere kommen – mit Ausnahme von hier nicht weiter einschlägigen Sonderkonstellationen – zum Tragen, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Als fehlgeschlagen gilt die Nacherfüllung im Regelfall nach zwei erfolglosen Nacherfüllungsversuchen⁵⁷¹ (§ 440 Abs. 2 BGB)⁵⁷². Verweigert der Verkäufer dem Käufer die Nacherfüllung hingegen gänzlich, kann dieser seine nachrangigen Rechte geltend machen, soweit die Leistungsverweigerung als ernsthaft und endgültig zu betrachten ist. Eine bloss Bestreitung der Leistungspflicht (z.B. Bestreitung des behaupteten Mangels) genügt hierzu jedoch nicht⁵⁷³.

Hiernach dürfte es sachgerecht sein, dass sich der Käufer prinzipiell zwei Nacherfüllungsversuche des Herstellers gefallen lassen muss, bevor er sich wieder an den Verkäufer wenden darf⁵⁷⁴. Im Ausnahmefall kann bereits ein erfolgloser Nacherfüllungsversuch ein (Wieder-)Aufleben der Mängelrechte gegenüber dem Verkäufer rechtfertigen, etwa wenn die Nacherfüllung unverhältnismässig lange gedauert hat (z.B. bei einer mehrmonatigen Reparaturdauer eines technischen Geräts). Hingegen dürften z.B. einem Käufer eines technisch komplexen Geräts, das erst kürzlich auf den Markt gebracht worden ist, mehr als zwei Nacherfüllungsversuche zumutbar sein, zumal naturgemäss mit dem Auftreten gewisser Kinderkrankheiten zu rechnen ist. Weigert sich hingegen der Hersteller grundlos zur Erbringung seiner Ga-

⁵⁷⁰ Vgl. z.B. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 4627; Jauernig/BERGER, § 437 BGB N 4.

⁵⁷¹ Das Gesetz spricht nur von Nachbesserungsversuch, wobei in der Lehre davon ausgegangen wird, es gelte für die Nachlieferung grundsätzlich dasselbe (vgl. z.B. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 710; MK/WESTERMANN, § 440 BGB N 9, 12). Nimmt der Verkäufer je einen erfolglosen Nachbesserungs- und Nacherfüllungsversuch vor, so sind diese im Übrigen zu addieren (ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 703).

⁵⁷² Je nachdem kann diese Anzahl nach unten oder nach oben variieren, es handelt sich um eine Richtgrösse. Zu denken ist an Fälle von Mängelketten oder objektiver Mängelhäufung („Montagsauto“); vgl. z.B. BGH, Urteil vom 23. Januar 2013, VIII ZR 140/12; OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.05.2008, 8 U 494-07/140; Schulze/SAENGER, § 440 BGB N 2. In Sonderfällen wird die Nacherfüllung sogar von vornherein als für den Käufer unzumutbar betrachtet; „unzumutbar“ und „fehlgeschlagen“ werden hier einander gleichgesetzt (vgl. ECKERT/MAIFELD/MATTHIESSEN, N 712).

⁵⁷³ Vgl. z.B. Schulze/SAENGER, § 440 BGB N 2; Jauernig/BERGER, § 440 N 2.

⁵⁷⁴ Somit ruht die Sachgewähr des Käufers während den Nacherfüllungsversuchen des Herstellers. Erst wenn die Nacherfüllung des Herstellers fehlgeschlagen ist, lebt sie wieder auf.

rantieleistung, sollte es dem Käufer gestattet sein, sich wieder an den Verkäufer zu halten⁵⁷⁵.

- 248 Der Vollständigkeit halber sei schliesslich noch auf Folgendes hingewiesen: Im Falle des Wiederauflebens der Sachgewähr könnte der Verkäufer versucht sein, die Einrede einer verspäteten Mängelrüge zu erheben. Damit ist der Verkäufer meiner Auffassung nach, da offensichtlich rechtmisbräuchlich (*venire contra factum proprium*), nicht zu hören. Mit dem stipulierten Gewährleistungsausschluss hat der Verkäufer den Käufer bewusst von sich ferngehalten bzw. von einer rechtzeitigen Rüge abgehalten⁵⁷⁶.

e) Eventualstandpunkt

- 249 Lehnt man – entgegen der hier vertretenen Meinung – die Drittkompensation ab, resultiert aus einem stipulierten AGB-Gewährleistungsausschluss eine zu füllende Lücke⁵⁷⁷. M.E. kann diese mit dem hypothetischen Parteiwillen gefüllt werden, wonach der Verkäufer – im Wissen um die Unzulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses – mit dem Käufer vereinbart hätte, dass er sich zunächst an den Hersteller wenden müsse. Eine Berufung auf die Mängelrechte sei erst im Falle der fehlgeschlagenen Garantieleistung möglich⁵⁷⁸. Eine solche Lückenfüllung dürfte mit Art. 8 UWG vereinbar sein.

2. Zweiter Sachverhalt: Schweigen aller Beteiligten

- 250 Äussern sich weder Kaufvertrag noch Herstellergarantie zur Gewährleistungsverpflichtung des Verkäufers, fehlt es an einer ausdrücklichen Parteiabrede. Es bleibt die Frage nach einer möglichen stillschweigenden bzw. konkludenten Wegbedingung von Art. 197 ff. OR⁵⁷⁹.
- 251 Bei der Beantwortung dieser Frage gilt es insbesondere folgende Aspekte im Auge zu behalten⁵⁸⁰: Zunächst erweckt die Garantieerklärung des Herstellers beim durchschnittlichen Käufer das berechtigte Vertrauen, er werde

⁵⁷⁵ Bestreitet der Hersteller den geltend gemachten Mangel grundlos, wird der Käufer unter Umständen trotzdem gegen den Hersteller klagen müssen, soweit der entsprechende Mangel nur von der Herstellergarantie gedeckt ist (vgl. zum in zeitlicher Hinsicht erweiterten Mangelbegriff vorne N 232 und 167 ff.).

⁵⁷⁶ In der Praxis ist es allerdings so, dass sich der Käufer bei einem Defekt vielfach zuerst an den Verkäufer wendet. Von daher ist in solchen Fällen die Rügeproblematik ohnehin entschärft.

⁵⁷⁷ Vgl. hierzu im Allgemeine vorne N 113.

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu soeben N 246 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 196.

⁵⁸⁰ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

damit generell besser als sonst gestellt⁵⁸¹. Ob sich dieses Vertrauen allerdings darauf bezieht, dass ein möglicher Mangel sowohl in den Anwendungsbereich der Herstellergarantie als auch der Sachgewähr fällt, erscheint eher zweifelhaft. Auch wird ein Durchschnittskäufer kaum in der Lage sein, zwischen diesen beiden Anspruchsgrundlagen bzw. -gegnern zu differenzieren. Gleichermassen werden ihm die unterschiedlichen, aus den beiden Instituten fließenden Rechte, nicht präsent sein⁵⁸².

Im Weiteren befinden sich die Parteien offensichtlich in konträren Interessenlagen: Während der Verkäufer das Kaufgeschäft möglichst rasch abwickeln⁵⁸³ und später nicht mit Ansprüchen aufgrund einer mangelhaften Kaufsache konfrontiert werden möchte⁵⁸⁴, besteht für den Käufer aus folgenden Gründen ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Instandspflicht des Verkäufers: Einmal stehen ihm bei einem Sachmangel zwei Schuldner gegenüber, womit sein Inkassorisiko gemildert ist. Sodann können die Mängelrechte für den Käufer – zumindest subjektiv gesehen – vorteilhafter sein, z.B. wenn dieser nachträglich kein Interesse mehr am Produkt hat und daher die Wandelung des Kaufvertrags der Instandstellung durch den Hersteller vorzieht. Ebenso wird ein Käufer die Minderung der Nachbesserung dort vorziehen, wo der für ihn damit verbundene persönliche Aufwand geringer ausfällt (z.B. Zeitaufwand für das Verpacken und Einschicken des defekten Gegenstands)⁵⁸⁵. 252

In Anbetracht der Vielzahl an Umständen, welche das Auslegungsergebnis zu beeinflussen vermögen, lässt sich die Frage, in welchen Fällen eine Herstellergarantie zu einem stillschweigenden Gewährleistungsausschluss führt, nicht generell beantworten. Vielmehr ist wiederum der konkrete Einzelfall zu betrachten. Auf dem Hintergrund, dass niemand freiwillig auf Rechte verzichtet, kann m.E. ein stillschweigender Gewährleistungsausschluss nur mit Zurückhaltung angenommen werden. Mangels Gewährleistungsausschluss befindet sich der Käufer in einer „Paschastellung“, indem 253

⁵⁸¹ Vgl. BSK/HONSELL, Art. 199 OR N 4; RISSE, S. 199; bereits vorne N 4.

⁵⁸² Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 23.03.1988, VIII ZR 58/87 = NJW 1988, S. 1726 ff.

⁵⁸³ Vgl. im verwandten Zusammenhang auch vorne FN 289.

⁵⁸⁴ Im Übrigen gilt es darauf hinzuweisen, dass auch im Fall, bei dem der Käufer ausschliesslich Ansprüche gegenüber dem Hersteller geltend macht, dies nicht automatisch zu einer Haftungsbefreiung des Verkäufers hinsichtlich möglicher Sachmängel führt, zumal der Hersteller je nachdem Regress nehmen kann (vgl. hierzu hinten N 215 ff., 230 ff.).

⁵⁸⁵ Vgl. HANKE, S. 203. Anzuführen ist jedoch, dass das Wahlrecht zugunsten des Käufers nicht uneingeschränkt gilt. So kann der Richter anstatt auf die verlangte Wandelung auf Minderung entscheiden (Art. 205 Abs. 2 OR) oder für den Verkäufer besteht die Möglichkeit, sich dem Wahlrecht durch sofortige Ersatzlieferung zu entziehen (Art. 206 Abs. 2 OR).

er bei Vorliegen eines Mangels auf den Hersteller wie auf den Verkäufer greifen kann^{586/587}.

- 254 Ein stillschweigender bzw. konkludenter Gewährleistungsanspruch kommt nur dann in Betracht, wenn die Herstellergarantie dem Verkäufer im Vergleich zur Gewährleistungsordnung eine grundsätzlich gleichwertige Rechtsstellung einräumt; hierzu wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Drittkompensation verwiesen⁵⁸⁸. Ist diese Vorbedingung gegeben, so kann nach meinen Dafürhalten als Indiz für einen solchen Gewährleistungsausschluss sprechen, dass der Verkäufer im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses gleichzeitig aktiv als Hilfsperson am Zustandekommen der Herstellergarantie (z.B. durch Übergabe und Ausfüllen der Garantiekarte) mitwirkt⁵⁸⁹. Umgekehrt spricht die Unkenntnis des Verkäufers von der Herstellergarantie gegen die Annahme eines stillschweigenden Gewährleistungsausschlusses, zumal es hier an Anhaltspunkten fehlt, um ein schützenswertes Vertrauen des Verkäufers auf einen mit der Herstellergarantie verbundenen automatischen und stillschweigenden Gewährleistungsausschluss zu begründen⁵⁹⁰.
- 255 Soweit es im Rahmen eines stillschweigenden bzw. konkludenten Gewährleistungsausschlusses zu Störungen in der Abwicklung eines Garantiefalles kommt, muss m.E. das im Zusammenhang mit der Kompensation von AGB-Gewährleistungsausschlüssen Gesagte mutatis mutandis gelten: Ist die Garantieleistung fehlgeschlagen oder wird diese verweigert, dann leben die Mängelrechte wieder auf⁵⁹¹. Begründen lässt sich dies damit, dass der stillschweigend vereinbarte Gewährleistungsausschluss nur den Fall der ordentlichen Erledigung eines Garantiefalles durch den Hersteller, nicht jedoch diejenigen von Leistungsstörungen erfasst.

⁵⁸⁶ Vgl. hierzu hinten N 259 ff., 265 ff. In der deutschen Literatur wird die Lage eines Gläubigers in der Gesamtschuld bzw. bei Solidarität verschiedentlich mit Paschastellung bezeichnet, zumal er die Leistung seinem Belieben nach von jedem Schuldner ganz oder teilweise fordern kann und diese ihm solange verpflichtet sind, bis die gesamte Schuld getilgt ist. Dieser Begriff geht auf HECK, S. 234 f., zurück.

⁵⁸⁷ Nicht argumentieren lässt sich aus meiner Sicht, einer Herstellergarantie sei ein stillschweigender Gewährleistungsausschluss zugunsten des Verkäufers inhärent. Für die Annahme eines solchen mitverstandenen Inhalts einer Herstellergarantie besteht kein Raum, zumal damit grundsätzlich der Eindruck der Besserstellung erwirkt wird. Zudem ist bei ausgelobten Garantien ein entsprechender Gewährleistungsausschluss unter Konsensgesichtspunkten nicht möglich.

⁵⁸⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen vorne N 230 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. hierzu vorne N 63 f.

⁵⁹⁰ Vgl. hierzu hinten N 215 ff., 274 ff.

⁵⁹¹ Vgl. hierzu vorne N 243 ff.

III. Ausblick

Im Parlament ist derzeit eine – vom Bundesrat befürwortete – Motion von Nationalrätin LEUTENEGER OBERHOLZER hängig, welche eine Angleichung des schweizerischen Gewährleistungsrechts an dasjenige der EU-Länder bzw. an die Richtlinie 1999/44/EG verlangt⁵⁹². Damit würden die Möglichkeit zur Wegbedingung der Gewährleistungsordnung in Konsumentenverhältnissen ausgeschlossen und der Schutz des Käufers weiter ausgebaut (vgl. Art. 7 der Richtlinie 1999/44/EG)⁵⁹³. Gleichzeitig hätte dies eine weitere Abkehr von den liberalen Wurzeln des OR und die Gegenstandslosigkeit der Diskussion betreffend Vereinbarkeit von Gewährleistungsausschlüssen zu Folge⁵⁹⁴. 256

Über den Sinn und Zweck bzw. das Ziel dieser Motion lässt sich daher diskutieren. Begrüssenswert ist immerhin, dass mit einem solchen Projekt – dies im Unterschied zur zurückliegenden Teilrevision des Verjährungsrechts (Art. 210 und 371 OR) – nicht mehr einzelne isolierte Aspekte dieser Materie herausgegriffen würden, sondern das Gewährleistungsrecht im Rahmen einer solchen Revision in seiner Gesamtheit in die Betrachtung einbezogen würde, womit die Gefahr von Inkohärenzen minimiert werden kann⁵⁹⁵. 257

Sollte der Gesetzgeber diesen Schritt gehen, wäre es m.E. im Lichte vorstehender Ausführungen sachgerecht, die in der Praxis nicht mehr wegzudenkenden Herstellergarantien in eine solche Revision einzubeziehen. Statt die Sachgewähr – wie in der EU – ausnahmslos zwingend auszugestalten, sollte m.E. den Parteien mindestens die Möglichkeit offen gelassen bleiben, die Sachgewähr durch eine gleichwertige⁵⁹⁶ Garantie des Herstellers oder Verkäufers zu substituieren. Mit einer solchen Regelung könnten – im Sinne eines „gutschweizerischen Kompromisses“ – sowohl die Interessen des Käufers wie auch diejenigen des Herstellers und Verkäufers angemessen berücksichtigt werden. Einerseits würde damit dem Schutzinteresse des Käufers Rechnung getragen. Andererseits belieesse man Verkäufer und Hersteller dennoch einen gewissen Gestaltungsspielraum, womit die liberalen Wurzeln des OR nicht völlig unberücksichtigt blieben. 258

⁵⁹² Geschäft Nr. 13.4293 „Sachgewährleistung im Kaufvertrag. Mehr Schutz für die Konsumentinnen und Konsumenten“ (Curia Vista Geschäftsdatenbank Bundesversammlung/Schweizer Parlament, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20134293 [abgerufen am 16.03.2015]).

⁵⁹³ Vgl. hierzu auch vorne N 70.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu auch vorne vgl. hierzu vorne N 70 und hinten N 256.

⁵⁹⁵ Vgl. z.B. KRAMER, Korrespondenz, S. 52; SCHWIZER/WOLFER, S. 1762 f.

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu vorne N 230 ff.

§ 10 Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer

259 Besteht eine Herstellergarantie, so kann es dazu kommen, dass der Käufer einen Sachmangel mangels Wegbedingung oder späteren Wiederauflebens von Art. 197 ff. OR sowohl gegenüber dem Verkäufer als auch gegenüber dem Hersteller geltend machen kann. Der Käufer sieht sich in einem solchen Fall einer Schuldnermehrheit aus Hersteller und Verkäufer gegenüber. Die Lehre geht grundsätzlich davon aus, dass der Käufer seine Ansprüche nicht kumulieren kann bzw. diese in alternativer Konkurrenz stehen. Mithin besteht zwischen Hersteller und Verkäufer ein Solidarschuldverhältnis⁵⁹⁷. Zumindest mit Bezug auf das Schweizer Recht wird diese Auffassung allerdings nirgends näher begründet. Vorweg wird daher untersucht, ob der rechtlichen Einordnung der Schuldnermehrheit als Solidarschuldnerschaft gefolgt werden kann (§ 10 I)⁵⁹⁸. Anschliessend werden die mit der vorgenommenen Qualifikation verbundenen Rechtsfolgen beleuchtet (§ 10 II)⁵⁹⁹.

I. Qualifikation der Schuldnermehrheit zwischen Hersteller und Verkäufer als Solidarschuldnerschaft

1. Mehrere selbständige Ansprüche des Gläubigers gegenüber mehreren Schuldern zur Befriedigung desselben Leistungsinteresses

260 Solidarität unter Schuldnern kennzeichnet sich dadurch, dass der Gläubiger die Leistung von jedem Solidarschuldner verlangen kann, wobei die Leistung des einen auch die Schuld des anderen Schuldners tilgt (Art. 144 OR). Es steht dem Gläubiger nicht eine einzige Forderung gegen mehrere Schuldner zu, sondern es bestehen mehrere gegen jeden Schuldner einzeln gerichtete Forderungen⁶⁰⁰. Vorausgesetzt ist keine völlige Identität von Leistungsinhalt und -umfang der einzelnen Forderungen, jedoch müssen die Solidarschuldner dem Gläubiger zur Befriedigung desselben Leistungsinteresses

⁵⁹⁷ Vgl. FRÜH, S. 117 f.; LIPS, S. 53; vgl. auch REIDINGER, S. 67 ff.; ANDROULAKIS, S. 122; MALSCHE, S. 65; BOETIUS, S. 83; EISENHUT, S. 115; RISSE, S. 372 ff.; WELLEN, S. 181 ff.; BGH, Urteil vom 23.03.1988, VIII ZR 58/87 = NJW 1988, S. 1726 ff., 1727.

⁵⁹⁸ Vgl. hierzu sogleich N 260 ff.

⁵⁹⁹ Vgl. hierzu hinten N 264 ff.

⁶⁰⁰ Vgl. z.B. BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 143 OR N 1; HUGUENIN, N 2297; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3691.

resses verpflichtet sein. Es bedarf einer engen Verwandtschaft zwischen den geschuldeten Leistungen⁶⁰¹.

Meistens stehen dem Käufer gegenüber dem Hersteller und Verkäufer inhaltlich nicht exakt dieselben Rechte zu. Während er beim Verkäufer prinzipiell zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen kann, beschränkt sich die Herstellergarantieverpflichtung grundsätzlich auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung (Nacherfüllung)⁶⁰². Dennoch ist aus meiner Sicht von einer Deckungsgleichheit zwischen der Verkäufer- und Herstellerverpflichtung auszugehen, zumal beide auf den Ausgleich des eingetretenen Mangels gerichtet sind. So liesse sich kaum begründen, wieso bei vollständiger Mängelbeseitigung durch den Hersteller der Minderungsanspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer nicht weiterbestünde, da die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands mit einer erfolgreichen Nachbesserung entfällt. Mit der Garantieleistung des Herstellers wird der Zweck der Mängelrechte gleichermaßen erfüllt. Deshalb muss sich der Käufer mit der Leistung des Herstellers – und umgekehrt mit derjenigen des Verkäufers – zufrieden geben⁶⁰³.

2. Entstehung durch Vertrag oder Gesetz

Gemäss Art. 143 OR entsteht Solidarität unter mehreren Schuldern entweder durch vertragliche Vereinbarung oder in den gesetzlich bestimmten Fällen. Vertragliche Solidarität liegt vor, wenn jeder Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung der ganzen Schuld verspricht, ausdrücklich oder konkludent⁶⁰⁴. Von Gesetzes wegen wird Solidarität in zahlreichen Fällen angeordnet⁶⁰⁵: So grundsätzlich etwa unter Haftpflichtigen, welche für denselben Schaden einzustehen haben (vgl. z.B. Art. 50/51 OR, Art. 60 Abs. 1 SVG, Art. 7 PrHG)⁶⁰⁶. Obwohl im Gesetz keine klare und eindeutige

⁶⁰¹ KUKO/JUNG, Art. 143 OR N 3. Bejaht wird dies z.B. im Fall, bei dem der eine Schuldner Naturalleistung und der andere Geldersatz schuldet.

⁶⁰² Vgl. hierzu vorne N 149 ff.

⁶⁰³ So bereits RISSE, S. 372 ff.; WELLENS, S. 181 f. Gemäss WELLENS entspricht dies der überwiegenden Auffassung in Deutschland, wonach die Identität des Leistungsinteresses weit auszulegen sei.

⁶⁰⁴ Vgl. z.B. BGE 116 II 707; SCHWENZER, N 38.15; KOLLER A., OR AT, § 75 N 16 ff.; BK/BECKER, Art. 143 OR N 1.

⁶⁰⁵ Für eine umfassende Auflistung über die gesetzlichen Entstehungsgründe vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3702.

⁶⁰⁶ Insofern der Grundsatz, wonach diejenigen Personen, die für denselben Schaden einzustehen haben, solidarisch haften, verschiedenen Spezialbestimmungen inhärent ist, lässt sich die Solidarschuldnerschaft zwischen den Schadensverursachern auch

Grundlage verankert ist, gilt dies nach Doktrin und Praxis z.B. auch in Fällen, bei denen verschiedene Ersatzpflichtige je aufgrund einer Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrags haften, sowie dort, wo einer der Beteiligten vertraglich eine Schadenausgleichspflicht übernommen hat (sog. eintypische Solidarität)⁶⁰⁷. Gesetzliche Solidarität besteht auch unter denjenigen Schuldner vor, die eine unteilbare Leistung i.S.v. Art. 70 Abs. 2 OR zu erbringen haben⁶⁰⁸. Diese Bestimmung verpflichtet jeden Schuldner zur ganzen Leistung, falls mehrere Schuldner zur ganzen Leistung verpflichtet sind. Mit der Leistung des einen wird auch der andere Schuldner befreit. Zwar betrachtet das Gesetz diese auf der Beschaffenheit (Unteilbarkeit) der Leistung beruhende Pflicht nicht ausdrücklich als Solidarität, stellt sie jedoch in den Rechtsfolgen gleich (vgl. Art. 136, Art. 70 Abs. 3 i.V.m. Art. 148 f. OR)⁶⁰⁹. Gemeinhin hat sich deshalb in diesem Zusammenhang auch der Begriff der formalen Solidarität eingebürgert⁶¹⁰.

- 263 Mit der eingangs zu diesem Paragraphen zitierten Lehre⁶¹¹ ist hiernach von einer generellen Solidarschuldnerschaft unter Hersteller und Verkäufer auszugehen. Dafür spricht als Erstes der allgemeine, von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, wonach Solidarität unter denjenigen Schuldner besteht, die zum Ausgleich desselben Schadenposten verpflichtet sind⁶¹². Weiter liegen bei den Mängelrechten und dem Garantiesanspruch unteilbare Leistungen i.S.v. Art. 70 Abs. 2 OR vor, da sie naturgemäss nicht in Einzelteile zerlegt werden können⁶¹³. Denn das Gesetz sieht einerseits in Art. 205 bis 208 OR nicht vor, dass ein Käufer bei einem Mangel verschiedene Mängelrechte partiell wählen kann; vielmehr hat er sich zwischen einem der Mängelrechte zu entscheiden. So kann z.B. der Käufer ei-

durch Gesamtanalogie begründen (vgl. KOLLER A., § 75 N 25; zur Methode der Lückenfüllung bei offenen Gesetzeslücken KRAMER, Methodenlehre, S. 192 ff.).

⁶⁰⁷ REY, N 1443 ff., 1457; BK/BREHM, Art. 51 OR N 103; BGE 119 II 127 E. 4; BGE 93 II 311 E. 1.

⁶⁰⁸ Vgl. zum Begriff der Unteilbarkeit ausführlich BK/WEBER R.H., Art. 70 N 12 ff. (mit zahlreichen Hinweisen). Die Unteilbarkeit der Leistung kann natürlich (technisch, medizinisch, sachlogisch etc.) bedingt sein, sich aus dem funktionellen Verwendungszweck ergeben oder vertraglich abgemacht sein. Art. 70 OR zielt dagegen nicht auf die rechtliche Unteilbarkeit ab.

⁶⁰⁹ Im Entwurf OR 2020 werden die verschiedenen Erscheinungsformen der Solidarität in Art. 198 zusammengefasst. Damit sind im Unterschied zu heute alle Entstehungsgründe der Solidarität des allgemeinen Teils an einer Stelle genannt (Huguenin/Hilty/FURRER/KÖRNER, Art. 198 OR 2020 N 2).

⁶¹⁰ Vgl. z.B. KGer SG BO.2011.22/23, E. III/3/d; CR/HOHL, Art. 70 OR N 8; ZK/SCHRANER, Art. 70 OR N 44).

⁶¹¹ Vgl. hierzu vorne N 259.

⁶¹² Vgl. hierzu soeben N 262.

⁶¹³ Vgl. hierzu soeben N 262.

nes Autos bei einem Motorschaden nicht je zur Hälfte Wandelung und Minderung verlangen⁶¹⁴. Gleichermassen werden Forderungen auf ein „Tun“, wie es die Garantieleistung des Herstellers mit der Wiederherstellung der beschädigten Sache typischerweise darstellt, gemeinhin als unteilbar betrachtet⁶¹⁵. Mit einer vom Käufer verlangten teilweisen Erbringung der Garantieleistung durch den Hersteller käme es zu einer Wesensänderung bei der Garantieleistung, da der garantierte Zustand bloss partiell wiederhergestellt würde. Theoretisch wäre darüber hinaus zwar auch noch eine vertragliche Solidarität denkbar. Praktisch dürfte diese jedoch in den seltensten Fällen vorliegen: Soweit ersichtlich erklären Hersteller und Verkäufer dem Käufer nirgends explizit, gemeinsam für einen Sachmangel einzustehen. Ebenfalls lassen sich kaum Anhaltspunkte finden, um nach Treu und Glauben von einer konkludenten Abrede auszugehen⁶¹⁶.

II. Solidarschuldnerschaft zwischen Hersteller und Verkäufer

1. Überblick

Im Allgemeinen sind mit dem Thema Solidarschuldnerschaft bzw. deren Rechtsfolgen sehr viele Fragen verbunden. Insgesamt dürfte sie eine der komplexesten Materien des Schuldrechts darstellen. In jüngerer Zeit haben sich damit gleich mehrere Publikationen vertieft auseinandergesetzt⁶¹⁷. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die in unserem Kontext praktisch relevantesten Aspekte. Dabei gilt es zwischen dem Aussen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden. Ersteres bezeichnet das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den Solidarschuldnern und das Zweite betrifft das Verhältnis der Solidarschuldner untereinander. In casu stellt demnach das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer/Hersteller das Aussenverhältnis, dasjenige zwischen Hersteller und Verkäufer das Innenverhältnis dar. In Bezug auf das Aussenverhältnis fragt sich zum einen, ob der Käufer in sei-

⁶¹⁴ Eine auf den mangelhaften Teil beschränkte Rückgängigmachung des Kaufvertrags ist nur beim Verkauf von mehreren Sachen zusammen oder einer Gesamtsache (z.B. einem Warenlager) in Betracht zu ziehen (vgl. CHK/MÜLLER-CHEN, Art. 209 OR N 2 ff.). Im hier zur Diskussion stehenden Geschäft mit Konsumgütern ist dies allerdings kaum der Fall.

⁶¹⁵ Vgl. BK/WEBER R.H., Art. 70 OR N 20 (mit zahlreichen Hinweisen); OFK/KRENKOSTKIEWICZ, Art. 70 OR N 1.

⁶¹⁶ Vgl. hierzu im Allgemeinen vorne N 98 f.

⁶¹⁷ Vgl. insbesondere die Dissertationen von GAUTSCHI (2009), WEISS (2011), KÖRNER (2011) und SCHMIDT (2012).

ner Wahl frei ist, auf wen und gegebenenfalls in welcher Reihenfolge er bei einem Produktmangel zugreifen kann⁶¹⁸. Zum andern ist zu untersuchen, inwiefern die beiden Ansprüche des Garantienehmers gegenüber dem Hersteller und dem Verkäufer voneinander abhängig sind⁶¹⁹. Demgegenüber geht es im Innenverhältnis um die Frage der Verteilung der Schuldenlast unter den verschiedenen Solidarschuldnern⁶²⁰. Daran knüpft die Anschlussfrage eines möglichen Regresses an, falls ein Solidarschuldner mehr geleistet hat, als das, wozu er im Innenverhältnis verpflichtet gewesen wäre⁶²¹. Ferner ist darauf einzugehen, ob ein Schuldner, der trotz Leistungsverweigerungsrecht freiwillig leistet, auf den anderen Solidarschuldner Regress nehmen kann⁶²². Abschliessend werden ausgewählte Aspekte im Zusammenhang mit Mangelfolgeschäden, welche von einem Sachmangel hervorgerufen werden können, angesprochen.⁶²³

2. Aussenverhältnis

a) Wahlrecht des Käufers

265 Gemäss Art. 144 Abs. 1 OR kann der Gläubiger nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder auch das Ganze fordern. Dabei bleiben nach Abs. 2 dieser Bestimmung sämtliche Schuldner so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist⁶²⁴. In unserem Fall, bei dem die Leistungen von Verkäufer und Hersteller auf den Ausgleich eines Sachmangels gerichtet sind, gilt dies jedoch grundsätzlich nicht, da von unteilbaren Leistungen auszugehen ist und der Käufer daher nur von einem der beiden Schuldner die gesamte Leistung einfordern kann⁶²⁵.

b) Schicksal der beiden Ansprüche des Käufers gegenüber Hersteller und Verkäufer

266 Es gilt der Grundsatz, dass die Schulden der verschiedenen Solidarschuldner je ein eigenes rechtliches Schicksal haben. Dies steht zwar im Gesetz nirgends explizit geschrieben, doch deuten Art. 145 Abs. 1, Art. 146 und Art. 147 Abs. 2 OR darauf hin. Davon gibt es allerdings gewisse Abwei-

⁶¹⁸ Vgl. hierzu sogleich N 265.

⁶¹⁹ Vgl. hierzu hinten N 266 ff.

⁶²⁰ Vgl. hierzu hinten N 274 f.

⁶²¹ Vgl. hierzu hinten N 276 ff.

⁶²² Vgl. hierzu hinten N 284 ff.

⁶²³ Vgl. hierzu hinten N 286 ff.

⁶²⁴ Vgl. z.B. BGE 93 II 329 E. 3a; BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 144 OR N 1.

⁶²⁵ Vgl. hierzu vorne N 262 f.

chungen, etwa bezüglich der Verjährungsunterbrechung⁶²⁶. Dazu folgende Präzisierungen:

Nach Art. 145 Abs. 1 OR kann der Solidarschuldner dem Gläubiger nur eigene Einreden und Einwendungen (d.h. solche aus dem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger oder aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund bzw. Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit) entgegenhalten⁶²⁷. Somit ist es dem Verkäufer z.B. nicht möglich, die Verjährungseinrede zu erheben oder sich auf eine nicht rechtsgenügende Mängelrüge bzw. abgelaufene Garantiedauer zu berufen⁶²⁸, wenn diese Einreden und Einwendungen lediglich den Anspruch des Garantienehmers gegenüber dem Garanten, nicht aber den Anspruch ihm gegenüber betreffen. Umgekehrt gilt dasselbe. 267

Soweit nichts anderes bestimmt ist, kann der eine Solidarschuldner die Lage des anderen durch persönliche Handlungen nicht erschweren (Art. 146 OR). Hat der Hersteller z.B. im Rahmen der Nachbesserung weitere Schäden beim Käufer angerichtet, haftet der Verkäufer dafür nicht, sofern der Hersteller nicht als Hilfsperson des Verkäufers i.S.v. Art. 101 OR zu betrachten ist⁶²⁹. Oder wenn der Verkäufer eine Verjährungsverzichtserklärung abgibt, zeitigt diese für den Hersteller keine Wirkung (vgl. Art. 141 Abs. 2 [betreffend echter und unechter Solidarität] und 3 OR [betreffend formaler Solidarität])⁶³⁰. 268

Im Schadensfall sieht sich der betroffene Käufer mit laufenden Verjährungsfristen konfrontiert, welche die Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung schwächen oder gar vereiteln können⁶³¹. Zur Anspruchssicherung müssen deshalb verjährungsunterbrechende Massnahmen getroffen werden⁶³². Dies kann durch die vorerwähnte Verjährungsverzichtserklärung oder mit den in Art. 135 OR genannten Massnahmen bewerkstelligt werden. Verjährungsunterbrechende Massnahmen i.S.v. Art. 135 OR gegen einen Solidarschuldner oder Mitschuldner einer unteilbaren Leistung wir- 269

⁶²⁶ KOLLER A., OR AT, § 75 N 51; WEISS, S. 87 f. Insgesamt erscheint der vorgenannte Grundsatz nicht weiter als logisch, kann doch ein Gläubiger nicht plötzlich mehr Rechte gegenüber einem Schuldner haben, als ihm ohne Schuldnermehrheit zustünden (vgl. BK/WEBER R.H., Vorbemerkungen zu Art. 110-113 OR N 36).

⁶²⁷ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 52 ff.

⁶²⁸ Vgl. hierzu vorne N 167 ff.

⁶²⁹ Für weitere Einzelheiten im Zusammenhang mit Leistungsstörungen bei Solidarschulden vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 139 ff.

⁶³⁰ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 56 ff.

⁶³¹ Vgl. hierzu auch vorne N 167 ff., 232.

⁶³² Zur Bewahrung vor einem drohenden Rechtsverlust können zudem auch beweissichernde Massnahmen notwendig sein (wie eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO; vgl. hierzu auch hinten N 299).

ken gemäss Art. 136 Abs. 1 OR zwar auch gegen die übrigen Mitschuldner, doch nach ständiger Praxis des Bundesgerichts findet dieser Artikel einzig auf die echte und formale Solidarität, nicht aber auf die unechte Solidarität Anwendung⁶³³. Das hat zur Konsequenz, dass der Gläubiger bei unechter Solidarität die Verjährung gegen jeden einzelnen Solidarschuldner separat unterbrechen muss⁶³⁴. Einem Käufer, dessen Produkt sachmängelbehaftet ist, ist daher vorsichtshalber anzuraten, je separat verjährungsunterbrechende Massnahmen zu treffen. Denn lehnt man entgegen der hier vertretenen Auffassung die formale Solidarität ab⁶³⁵, läge bei einer ausgelobten Herstellergarantie im Vergleich zur vertraglichen Sachmängelhaftung des Käufers aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgründe unechte Solidarität vor.

- 270 Der Grundsatz des selbständigen Schicksals der Schulden der einzelnen Solidarschuldner zeigt sich auch bei der Befreiung eines Solidarschuldners von seiner Schuld ohne Befriedigung des Gläubigers. Die Gründe hierfür können vielfältig sein⁶³⁶. In unserem Kontext ist vor allem an den Fall zu denken, bei dem der Käufer bei einem Produktdefekt an sich sowohl einen Anspruch gegenüber dem garantierenden Hersteller als auch gegenüber dem Verkäufer hat, jedoch einen der beiden Ansprüche infolge versäumter Mängelanzeige nicht mehr durchsetzen kann⁶³⁷.

⁶³³ Rechtsprechung und einzelne Autoren unterscheiden zwischen echter und unechter Solidarität. Dabei figuriert als Abgrenzungskriterium der Rechtsgrund, aus dem heraus die Solidarschuldner verpflichtet sind. Echte Solidarität heisst, dass die Solidarschuldner aus dem gleichen (gemeinsamen) Rechtsgrund verpflichtet sind (z.B. Art. 50 OR), wogegen bei unechter Solidarität die Verpflichtungen der Solidarschuldner auf verschiedenen Gründen beruhen (z.B. Art. 51 OR [vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3750; CR/ROMY, Introduction aux articles 143 à 150 OR N 2]). In der Lehre wird überwiegend dafür eingestanden, dass dieser Unterscheidung lediglich klassifikatorische Bedeutung beizumessen sei (vgl. zum Meinungsstand WEISS, S. 53 ff.). Das Bundesgericht misst dieser Aufspaltung demgegenüber rechtserhebliche Bedeutung bei, indem es in ständiger Praxis bei der unechten Solidarität – im Gegensatz zur echten Solidarität – Art. 136 Abs. 1 OR (Verjährungsunterbrechung [BGE 133 III 6, E. 5.1 = Pra 2007 Nr. 104; BGE 127 III 257, E. 6a m.w.H.]) und Art. 149 Abs. 1 OR (Subrogation [BGE 130 III 362, E. 5.2 m.w.H. = Pra 2005 Nr. 7; BGE 115 II 42, E. 2a]) nicht zur Anwendung bringt.

⁶³⁴ WEISS, S. 66 m.w.H.

⁶³⁵ Vgl. hierzu vorne N 262 f.

⁶³⁶ Vgl. für eine Übersicht KOLLER A., OR AT, § 75 N 112 ff., 116 ff. Insgesamt ist in Doktrin und Praxis sehr strittig, wie sich Befreiungsgründe auf das Verhältnis der Mitschuldner zum Gläubiger (Aussenverhältnis) und zum befreiten Solidarschuldner (Innenverhältnis) auswirken. Einig scheint man sich einzig darüber zu sein, dass nach dem Grund des Erlöschens der Obligation zu differenzieren ist (BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 147 OR N 2; KOLLER A., OR AT, § 75 N 110).

⁶³⁷ Vgl. hierzu vorne N 122 ff.

Mangels besonderer Regel beurteilt sich die Tragweite dieses Befreiungsgrunds in Bezug auf das Aussenverhältnis nach Art. 147 Abs. 2 OR. Danach wirkt eine Befreiung des Solidarschuldners zugunsten des andern nur soweit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit dies rechtfertigen. Entgegen dem vom Gesetzeswortlaut erweckten Eindruck, der Richter habe über die Einzel- und Gesamtwirkung nach freiem Ermessen zu entscheiden bzw. individuell-konkrete Anordnungen zu treffen, hat er modo legislatoris generell-abstrakte Regeln aufzustellen und diese sodann auf den konkreten Fall anzuwenden⁶³⁸. 271

M.E. ist in unserem Fall die angesprochene Regelungslücke wie folgt zu 272 füllen: Die Befreiung des einen Solidarschuldners hat keine Auswirkungen auf die Verpflichtung des anderen im Aussenverhältnis. Der „verbleibende“ Schuldner kann vom Käufer nach wie vor vollumfänglich zur Schadenserledigung herangezogen werden⁶³⁹. Eine Anspruchsreduktion gestützt auf Art. 149 Abs. 2 OR analog rechtfertigt sich insbesondere deshalb nicht, weil Verkäufer und Hersteller grundsätzlich je freiwillig und unabhängig voneinander eine Verpflichtung gegenüber dem Käufer eingehen. Demzufolge müssen sie während einer bestimmten Dauer damit rechnen, im Umfang der übernommenen Haftung alleine ins Recht gefasst zu werden. Dem „verbleibenden“ Solidarschuldner die Möglichkeit zu geben, seine Leistung zu kürzen, da der Käufer den an sich parallel Verpflichteten nicht in Anspruch genommen und damit seine Regressmöglichkeit⁶⁴⁰ zerstört hat, wäre daher verfehlt.

Im Übrigen dürften Leistungen auf Beseitigung eines Mangels wohl meist 273 nicht reduziert werden können, ohne dass der damit angestrebte Erfolg (Mangel- bzw. Fehlerfreiheit) verunmöglicht wird. Würde man hingegen eine Leistungsreduktion bejahen, müsste diese sinnvollerweise – analog dem Solidarschuldner im Innenverhältnis⁶⁴¹ – dadurch erfolgen, dass die Leistung vollumfänglich zu erbringen ist und im Gegenzug der Käufer zu einem (teilweisen) Aufwendungsersatz verpflichtet wird.

⁶³⁸ KOLLER A., OR AT, § 75 N 112.

⁶³⁹ Vgl. BGE 130 III 362, E. 5.2 = Pra 2005 Nr. 7; KOLLER A., OR AT, § 75 N 114.

⁶⁴⁰ Vgl. hierzu hinten N 276 ff.

⁶⁴¹ Vgl. hierzu hinten N 276.

3. Innenverhältnis

a) Interne Haftungsquote des Herstellers und Verkäufers

- 274 Wie die Schuldenlast intern unter den verschiedenen Solidarschuldnern zu tragen ist, ist einzelfallabhängig. Art. 148 Abs. 1 OR ordnet grundsätzlich eine Haftung nach Köpfen an, sofern sich aus dem Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern nichts anderes ergibt. Beispiele solcher Ausnahmen sind Art. 50 und 51 OR⁶⁴². Danach wird die Verteilung bei einer Haftung aus unerlaubter Handlung nach richterlichem Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 2 OR), wobei primär die Schwere des Verschuldens jedes Schädigers eine Rolle spielt⁶⁴³. Falls mehrere Personen für denselben Schaden aus verschiedenen Rechtsgründen (Gefährdungs-, Vertrags- oder Verschuldenshaftung) haften, bestimmt sich die interne Haftungsverteilung ebenfalls nach richterlichem Ermessen (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR). Dabei soll allerdings von Gesetzes wegen folgende Rangfolge gelten: In erster Linie hat derjenige den Schaden zu tragen, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, in zweiter Linie derjenige, der aus Vertrag haftet und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung) haftbar ist (Art. 51 Abs. 2 OR). Somit können Schädiger einer nachgeordneten Gruppe in vollem Umfang auf solche einer vorgeordneten Gruppe zurückgreifen, nicht aber umgekehrt⁶⁴⁴.
- 275 Übertragen auf die Solidarschuldnerschaft zwischen Verkäufer und Hersteller ergibt sich aus dem Gesagten Folgendes: Sofern – was regelmässig der Fall ist – zwischen diesen eine Vereinbarung über die interne Haftungsquote besteht, beurteilt sich die interne Haftungsfrage danach. Zu denken ist hier vor allem daran, dass der Hersteller zugleich Verkäufer des Verkäufers ist (einstufige indirekte Distribution) und aus dieser Stellung heraus gegenüber dem Verkäufer für einen Produktmangel haftet (Art. 197 ff. OR). Ferner könnte z.B. auch eine interne Schuldübernahme durch den Hersteller (Art. 175 OR) vorliegen. Ansonsten greifen die gesetzlichen Regeln, wonach Lieferant und Garant grundsätzlich nach Köpfen haften (Art. 148 Abs. 1 OR). Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, da beide aus Rechtsgeschäft bzw. an sich freiwilliger Verpflichtung gegenüber dem Käufer haften.

⁶⁴² Für eine Übersicht über die weiteren Ausnahmen vgl. GAUTSCHI, N 160 ff.

⁶⁴³ Vgl. SCHWENZER, N 88.31; REY, N 1504; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 18.17.

⁶⁴⁴ Vgl. SCHWENZER, N 88.32; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 18.18 f.

b) Regressrecht

Hat ein Solidarschuldner mehr geleistet (z.B. durch Zahlung, Verrechnung)⁶⁴⁵, als er im Innenverhältnis verpflichtet gewesen wäre, steht ihm nach Art. 148 Abs. 2 OR ein Regressrecht auf den anderen Schuldner zu (Anspruch auf Aufwendungsersatz⁶⁴⁶). Dabei ist der Rückgriff auf den Betrag beschränkt, um welchen die Leistung im Aussenverhältnis die Haftungsquote des Solidarschuldners im Innenverhältnis übersteigt⁶⁴⁷. Unabhängig vom Inhalt der Solidarschuld geht der Regressanspruch auf Geldleistung; bei formaler Solidarität hat eine wertmässige Umrechnung stattzufinden (Art. 70 Abs. 3 OR)⁶⁴⁸. Wenn der Hersteller somit z.B. durch Ersatzlieferung den garantierten Zustand der Mängelfreiheit wiederherstellt⁶⁴⁹, schuldet ihm der Verkäufer anteilmässigen Geldersatz.

Soweit echte Solidarität und ein Regressrecht nach Art. 148 OR bestehen, tritt der zahlende Solidarschuldner nach Art. 149 Abs. 1 OR zudem in die Rechtsstellung des Gläubigers ein (Subrogation, Legalzession)⁶⁵⁰. Er kann in diesem Fall gegen die anderen Solidarschuldner sowohl gestützt auf Art. 148 OR als auch Art. 149 Abs. 1 OR Regress nehmen (Anspruchskonkurrenz). Gleiches hält auch die diesbezügliche Parallelbestimmung Art. 70 Abs. 3 OR für die formale Solidarität fest.

Über die Frage, ob eine Befreiung eines Solidarschuldners ohne Befriedigung des Gläubigers im Aussenverhältnis auch im Innenverhältnis wirkt⁶⁵¹, schweigt sich der Gesetzgeber aus. Diese Lücke ist nach Lehre und Rechtsprechung dahingehend zu füllen, dass der im Aussenverhältnis befreite Verkäufer oder Hersteller auch im Innenverhältnis befreit ist, womit auf ihn

⁶⁴⁵ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 64.

⁶⁴⁶ KOLLER A., OR AT, § 75 N 66.

⁶⁴⁷ SCHWENZER, N 88.36; GAUTSCHI, N 170. Für Regressforderungen haften Mitschuldner dem Regressberechtigten nicht solidarisch, sondern anteilig entsprechend ihren Quoten im Innenverhältnis (BGE 103 II 137; GAUTSCHI, N 170 m.w.H.). Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen (Art. 148 Abs. 3 OR), wobei entgegen dem Gesetzeswortlaut nach heute vorherrschender Lehrmeinung der Ausfallbetrag ebenfalls nach den jeweiligen Quoten im Innenverhältnis aufzuteilen ist (vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3741; SCHWENZER, N 88.36; neu auch BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 148 OR N 5; a.M. VON TUHR/ESCHER, S. 316; CHK/MAZAN, Art. 148 OR N 9).

⁶⁴⁸ Vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 72 m.w.H.

⁶⁴⁹ Vgl. hierzu vorne N 149 ff.

⁶⁵⁰ Daneben können oftmals noch weitere Anspruchsgrundlagen bestehen, z.B. wenn die Solidarschuldner durch eine besondere Rechtsbeziehung miteinander verbunden sind (vgl. KOLLER A., OR AT, § 75 N 69; ausführlich WEISS, S. 126 ff.).

⁶⁵¹ Vgl. hierzu vorne N 270 ff.

auch kein Regress mehr genommen werden kann⁶⁵². Denn mit dem Erlöschen der Verpflichtung gegen aussen fällt die Grundvoraussetzung für eine Solidarschuldnerschaft dahin.

279 Schliesslich ist betreffend Verjährung zu bemerken, dass dieses Thema im Zusammenhang mit dem Regressrecht nach Art. 148 OR im Gegensatz zum Regressrecht nach Art. 149 Abs. 1 OR⁶⁵³ mangels gesetzlicher Regelung facettenreich ist. Es fragt sich zum einen, innert welcher Frist der Regressanspruch verjährt, zum andern, inwieweit die Aussenverjährung (d.h. die Verjährung der verschiedenen Ansprüche gegen die einzelnen Solidarschuldner) auf den Regressanspruch einwirkt. Das Bundesgericht hat sich erst vor wenigen Jahren in BGE 133 III 6 damit ausführlich auseinandergesetzt und die besagten Lücken modo legislatoris gefüllt. Der Entscheid betraf das Haftpflichtrecht und es bestand unechte Solidarität zwischen den Solidarschuldnern. Vor dem Hintergrund, dass der Entscheid von der Lehre grundsätzlich positiv aufgenommen wurde⁶⁵⁴ und sich die Ergebnisse problemlos auf den Fall der echten und formalen Solidarität sowie auf Fälle ausserhalb des Haftpflichtrechts übertragen lassen⁶⁵⁵, wird grundsätzlich darauf verwiesen. Es seien lediglich die Kernaussagen dieses Entscheids zusammengefasst:

280 – Nach bundesgerichtlicher Auffassung verjährt der Regressanspruch in einem Jahr ab Zeitpunkt der Zahlung bzw. bei späterer Kenntnis des Regressrechts in einem Jahr ab diesem Zeitpunkt (relative Frist)⁶⁵⁶. Daneben besteht eine absolute Frist von zehn Jahren ab dem schädigenden Ereignis⁶⁵⁷.

⁶⁵² Vgl. BGE 130 III 362 E. 5.2 = Pra 2005 Nr. 7; KOLLER A., OR AT, § 75 N 114.

⁶⁵³ Vgl. hierzu vorne N 277. Die Verjährung des durch Subrogation erworbenen Regressrechts nach Art. 149 Abs. 1 OR bringt keine besonderen Fragen mit sich, da der Regredient infolge Leistung an den Gläubiger an dessen Stelle tritt und sich die Verjährung nach dem jeweiligen Anspruch bzw. dem Aussenverhältnis richtet. Allerdings verjährt dieses Regressrecht spätestens mit dem originären Regressrecht (Art. 148 OR), da es ja nur dessen Verstärkung und Durchsetzung dient (KOLLER A., OR AT, § 75 N 209).

⁶⁵⁴ Vgl. z.B. KRAUSKOPF F./SIEGENTHALER, S. 54 ff.; KOLLER A., OR AT, § 75 N 215 ff.

⁶⁵⁵ Vgl. hierzu ausführlich WEISS, S. 150 ff., 186 ff., 304 ff.

⁶⁵⁶ Im Einzelfall kann die Bestimmung dieses Zeitpunkts höchst fraglich sein. Zur Illustration sei auf einen vor kurzem ergangenen Entscheid des Bundesgerichts (BGR 4A_51/2014) hingewiesen, welchem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Im Frühling 1995 verursachte ein verzögerter Geburtsvorgang beim Kind schwerwiegende und irreversible Hirnschäden. Die Invalidenversicherung (IV) wurde deshalb leistungspflichtig. Dabei deutete anfänglich nichts auf ein Fremdverschulden bzw. eine Verantwortlichkeit des Spitals E., wo die Geburt stattgefunden hatte, hin. Mehr als vier Jahre später, im Herbst 1999, kam es zu einem Telefonat zwischen der Rechtsanwältin der geschädigten Familie und der Sozialversicherungsanstalt (SVA). Gleich-

- Ist die Schuld des Regredienten im Zeitpunkt der Leistungen an den Gläubiger verjährt, diejenige des Regressanten (im Aussenverhältnis) nicht, so kann der Regredient grundsätzlich gemäss Art. 148 f. OR auf seine Mitschuldner regressieren. Insbesondere kann sich der Regressant nicht auf Art. 145 Abs. 2 OR berufen und somit seiner Regresspflicht entziehen, da es sich bei der Verjährungseinrede nicht um eine gemeinsame, sondern eine persönliche Einrede des Regredienten handelt⁶⁵⁸. 281
- Falls die Schuld des Regredienten im Zeitpunkt der Leistung an den Gläubiger nicht verjährt ist, jedoch diejenige des Regressanten, kann der Regredient gemäss Bundesgericht nach Massgabe von Art. 148 Abs. 1 OR regressieren. Diese Auffassung ist freilich umstritten⁶⁵⁹. Allerdings kann die Durchsetzung des Regressrechts daran scheitern, dass der Berechtigte die Geltendmachung unnötig hinauszögert (Rechtsmissbrauchsverbot [Art. 2 Abs. 2 ZGB])⁶⁶⁰. Der Regredient muss dem Regressanten, sobald es nach den Umständen zumutbar ist, anzeigen, dass er ihn für mithaftend hält. Zu den „technischen Details“, d.h. zum Zeitpunkt, Inhalt und vor allem zur Form der Anzeige äusserte sich das Bundesgericht bislang nicht abschliessend; hier ist sehr vieles ungewiss⁶⁶¹. Klar ist zum heutigen Zeitpunkt einzig, dass mit einer Streitverkündung oder Streitverkündungsklage der Anzeigepflicht in jeden Fall genügend nachgekommen wird⁶⁶². 282

chentags ersuchte die Rechtsanwältin bei der SVA schriftlich unter Bezugnahme auf das vorgängige Telefonat um Zustellung der IV-Anmeldung. Zur Dokumentation des Vertretungsverhältnisses legte sie dem Schreiben eine Vollmacht mit dem Betreff „Spital E./verantwortliche Organe“ bei. Während gemäss Vorinstanz für die Invalidenversicherung spätestens ab diesem Tag die Möglichkeit zur Regressnahme auf das Spital bekannt gewesen war, genügen nach Auffassung des Bundesgerichts hierzu die geschilderten Umstände (Telefonat und anschliessendes Gesuch um Akteneinsicht inkl. Anwaltsvollmacht) für sich alleine nicht. Es wies daher den Entscheid zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

⁶⁵⁷ BGE 133 III 6 E. 5.3.3 = Pra 2007 Nr. 104; teilweise a.M. KOLLER A., OR AT, § 75 N 216, der die zusätzliche absolute Frist ablehnt.

⁶⁵⁸ BGE 133 III 6 E. 5.3.5 = Pra 2007 Nr. 104; KOLLER A., OR AT, § 75 N 217; WEISS, S. 299 m.w.H.; vgl. hierzu auch sogleich N 285, vorne N 267.

⁶⁵⁹ Vgl. zum Meinungsstand WEISS, S. 242 ff.

⁶⁶⁰ BGE 133 III 6 E. 5.3.5 m.w.H. = Pra 2007 Nr. 104.

⁶⁶¹ Vgl. WEISS, S. 280 ff. (mit zahlreichen Hinweisen).

⁶⁶² Vgl. BGE 127 III 257 E. 6c (e contrario). In der Lehre wird zudem dafür plädiert, dass der Anzeigepflicht ebenso durch eine schlichte, sich nicht zivilprozessualen Instituten bedienenden Anzeige rechtsgenügend nachgekommen werden könne. Es genüge irgendeine (rechtzeitige) Anzeige (z.B. telefonische Mitteilung) an den Regressverpflichteten (WEISS, S. 291 ff. m.w.H.). Diese Auffassung überzeugt. Denn

- 283 – Sind schliesslich beide Schulden im Aussenverhältnis verjährt, kommt Art. 146 OR zur Anwendung, womit der Regressant gegenüber dem Regredienten nicht leistungspflichtig ist⁶⁶³. Diese Auffassung ist unumstritten⁶⁶⁴.

c) Leistung trotz Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts

- 284 Verkäufer und Hersteller leisten im Falle eines defekten Produkts oftmals, obwohl sie die Leistung z.B. wegen einer verspäteten Mängelanzeige oder einer abgelaufenen Garantiedauer verweigern könnten. Im Alltag ist in diesem Zusammenhang auch von Kulanzleistungen die Rede⁶⁶⁵. Ob hier der freiwillig leistende Schuldner auf den andern Solidarschuldner regressieren kann, ist von der Art des Leistungsverweigerungsrechts abhängig: Macht der Hersteller oder der Verkäufer ein persönliches Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend, so hat dies keinen Einfluss auf das Regressrecht nach Art. 148 OR. Die Möglichkeit des Regresses nach Art. 148 OR und gegebenenfalls sonstigen Regeln steht dem Regredienten offen, wie wenn kein Leistungsverweigerungsrecht bestanden hätte⁶⁶⁶. Anders sieht die Rechtslage bei der Nichtgeltendmachung eines gemeinsamen Leistungsverweigerungsrechts aus. Denn gemäss Art. 145 Abs. 2 OR wird jeder Solidarschuldner den andern gegenüber verantwortlich, wenn er schuldhaft diejenigen Einreden nicht geltend macht, die allen gemeinsam zustehen. In einem solchen Fall verliert der Leistende sein Regressrecht aus Art. 148 OR (oder einer sonstigen solidaritätsspezifischen Regressregel)⁶⁶⁷.

mit der entsprechenden Kenntnis kann der Betroffene auch selbständig aktiv werden und sich – bei gegebenen Voraussetzungen – in den Prozess einschalten (sog. Nebenintervention [Art. 74 ff. ZPO]; vgl. hierzu hinten N 322 ff.). Ferner richten sich gewisse privatrechtliche Haftpflichtprozesse wie BVG-Verantwortlichkeitsprozesse (Art. 52 BVG) nach den kantonalen Verwaltungsverfahrensdordnungen. Diese kennen die Institute der Streitverkündung und Streitverkündungsklage – soweit ersichtlich – teilweise nicht. Von daher müssen andere Anzeigeformen zulässig sein (vgl. z.B. die VRP/SG).

⁶⁶³ BGE 133 III 6 E. 5.3.5 = Pra 2007 Nr. 104. Hintergrund dieser Mitteilungspflicht ist, dass der Regressant durch langes Zuwarten des Regredienten möglicherweise in eine schwierige Situation gerät, indem er im Hauptprozess seinen Standpunkt nicht geltend machen kann, Beweismittel verloren gehen oder solche bewusst nicht aufbewahrt werden, weil nicht mit einer gerichtlichen Verfolgung gerechnet wird.

⁶⁶⁴ KOLLER A., OR AT, § 75 N 221; WEISS, S. 301 ff. m.w.H.

⁶⁶⁵ Vgl. hierzu auch vorne FN 139.

⁶⁶⁶ KOLLER A., OR AT, § 75 N 106 f. m.w.H.; SCHWENZER, N 88.20.

⁶⁶⁷ KOLLER A., OR AT, § 75 N 108 f.; SCHWENZER, N 88.32; BSK/HEIERLI/SCHNYDER A.K., Art. 145 OR N 4.

Im Solidarschuldverhältnis Hersteller-Verkäufer dürften wohl, mit Ausnahme eines Selbstverschuldens des Käufers, nur sehr beschränkt gemeinsame Leistungsverweigerungsrechte bestehen. Insbesondere kann der Hersteller dem Käufer nicht entgegenhalten, er habe beim Verkäufer nicht rechtsgenügend gerügt (oder umgekehrt). Hierbei handelt es sich klarerweise um eine persönliche Einrede⁶⁶⁸. 285

4. Einzelfrage: Mangelfolgeschäden

Hinsichtlich möglicher Mangelfolgeschäden⁶⁶⁹ sei schliesslich auf folgende drei Punkte hingewiesen: Erstens ist, soweit je eine Ausgleichspflicht von Hersteller und Verkäufer gegenüber dem Käufer besteht, ebenfalls von einer Solidarhaftung auszugehen, zumal es um die Befriedigung desselben Leistungsinteresses geht⁶⁷⁰ und das Gesetz die Solidarität für solche Fälle typischerweise anordnet⁶⁷¹. 286

Als Zweites fragt sich bezüglich des Innenverhältnisses, ob die in Art. 51 Abs. 2 OR statuierte Kaskade immer strikt angewendet werden kann. Dazu folgendes Beispiel: Haften für einen Mangelfolgeschaden der Verkäufer aus Vertrag (z.B. Art. 208 Abs. 2 OR) und der Hersteller aus PrHG, müsste der Verkäufer für den Schaden aufgrund von Art. 51 Abs. 2 OR grundsätzlich alleine aufkommen⁶⁷². Dies erscheint jedoch insoweit nicht sachgerecht, als das Produkt vom Hersteller hergestellt wird und Produktfehler primär auf seine Versäumnisse zurückzuführen sind (z.B. ein Konstruktions- oder Fabrikationsfehler)⁶⁷³. Von daher darf der Regress in diesen Fällen nicht schematisch nach der Kaskadenhaftung von Art. 51 Abs. 2 OR erfolgen, sondern muss nach den Umständen des Einzelfalls festgelegt werden⁶⁷⁴. Eine strikte Anwendung dieser Kaskade würde demgegenüber die Gefahr von stossenden Resultaten in sich bergen. 287

Drittens können dem geschädigten Käufer für die Liquidation solcher Schadenspositionen je nachdem neben dem Haftpflichtrecht ferner die Schadenausgleichssysteme Sozialversicherungsrecht (mit seinen Subsystemen) oder Privatversicherungsrecht zur Verfügung stehen. So z.B. in jenem 288

⁶⁶⁸ Vgl. hierzu bereits vorne N 267, 281.

⁶⁶⁹ Vgl. hierzu bereits vorne N 157 ff.

⁶⁷⁰ Vgl. hierzu vorne N 260 f.

⁶⁷¹ Vgl. hierzu vorne N 262 f.

⁶⁷² Vgl. hierzu vorne N 274.

⁶⁷³ Vgl. zum Schweizerischen Produktesicherheitsrecht im Allgemeinen die Monographie von BÜHLER; zur Produzentenhaftung z.B. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 08.25 ff.

⁶⁷⁴ Vgl. z.B. OFTINGER/STARK, § 10 N 65 ff., 73; ROBERTO, Haftpflichtrecht N 18.20.

Fall, bei dem der unselbständig erwerbstätige Käufer infolge eines fehlerhaften Küchengeräts schwere Brandverletzungen erleidet, welche Behandlungskosten und eine Arbeitsunfähigkeit nach sich ziehen, wofür die Unfallversicherung leistungspflichtig wird⁶⁷⁵. Für den Hersteller und den Verkäufer führt dies allerdings nicht zu einer entsprechenden Befreiung von ihrer Ausgleichspflicht, zumal der Unfallversicherer aufgrund von Art. 72 Abs. 1 ATSG im Umfang seiner erbrachten Leistungen auf sie regressieren kann (Legalsubrogation). Analoges gilt dort, wo es z.B. wegen einer mangelhaften Maschine zu Produktionsausfällen kommt, für welche der Käufer versichert ist: Auch hier kann die Schadensversicherung nach Massgabe von Art. 72 Abs. 1 VVG auf den Lieferanten und den Garanten Regress nehmen.

⁶⁷⁵ Für eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Thema Unfall und den damit verbundenen Rechtsfragen sei auf das Werk von KIESER/LANDOLT verwiesen.

4. Teil: Ausgewählte prozessuale Fragen

§ 11 Überblick

Hersteller und Verkäufer können sich weigern, ihren Verpflichtungen gegenüber dem Käufer nachzukommen. In diesem Fall steht dem Käufer ein Recht auf Rechtsschutz zu, konkret ein Recht auf Urteil (Klagerecht)⁶⁷⁶ und ein Recht auf Vollstreckung (Vollstreckungsrecht)⁶⁷⁷. Ausserdem kann der Gläubiger unter Umständen die Leistung auf Kosten des Schuldners auch ohne Leistungsurteil vornehmen lassen (Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR). 289

Im OR wird das Klagerecht nicht ausdrücklich festgehalten, sondern in einzelnen Bestimmungen implizit vorausgesetzt (vgl. z.B. Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 OR)⁶⁷⁸. Mit der Leistungsklage nach Art. 84 Abs. 1 ZPO, deren Gegenstand ein Tun, Unterlassen oder Dulden ist, kann die Erfüllung von Forderungen gegenüber dem Hersteller und dem Verkäufer eingeklagt werden⁶⁷⁹. Dabei gilt der Grundsatz des Vorrangs der Realerfüllung⁶⁸⁰. 290

Die Gutheissung der Leistungsklage heisst jedoch noch lange nicht, dass damit die erstrittene Leistung tatsächlich sichergestellt ist. Weigert sich der jeweilige Schuldner trotz Leistungsurteil weiterhin, die Leistung zu erbringen, bietet das Zwangsvollstreckungsrecht Hand zur Anspruchsdurchsetzung. Die Vollstreckung von Geldforderungen (z.B. Minderungsanspruch gegenüber dem Verkäufer) richtet sich nach dem SchKG. Bei allen anderen Leistungspflichten – wie hier z.B. bei der Nachbesserung durch den Her- 291

⁶⁷⁶ Bei einzelnen Forderungen kann die Klag- und Vollstreckbarkeit jedoch ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt sein (vgl. für weitere Einzelheiten KOLLER A., OR AT, § 2 N 41 ff., § 44 N 3). Überhaupt ist das Klagerecht Bestandteil der Forderung, weshalb es ebenfalls untergeht, wenn die Forderung untergeht (KOLLER A., OR AT, § 44 N 7).

⁶⁷⁷ KOLLER A., OR AT, § 2 N 36 ff., § 44 N 2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2487 ff.

⁶⁷⁸ KOLLER A., OR AT, § 44 N 5; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2493 f.; SCHWENZER, N 61.01.

⁶⁷⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 6.7 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 29 N 1; STAEHELIN A./STAEHELIN D./GROLIMUND, § 14 N 11 ff.; SUTTER-SOMM, N 523 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. SCHMID, Vertragsrecht, S. 591 ff. (mit zahlreichen Hinweisen).

steller⁶⁸¹ – ist die ZPO einschlägig (vgl. Art. 97 Abs. 2 OR, Art. 335 Abs. 1 und 2 ZPO)⁶⁸².

- 292 Überdies kann sich der Gläubiger, dessen Schuldner auf ein Tun verpflichtet ist, nach Art. 98 Abs. 1 OR ermächtigen lassen, die Leistung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen (sog. Ersatzvornahme). Strittig ist, ob diese Bestimmung ein Leistungsurteil voraussetzt oder nicht. Bejahendenfalls (Vollstreckungstheorie)⁶⁸³ stellt Art. 98 Abs. 1 OR nichts anderes als ein Vollstreckungsmittel dar, womit diese Bestimmung mit Inkrafttreten der neuen ZPO Anfang des Jahres 2011 bzw. dessen Art. 345 ZPO obsolet geworden ist. Setzt man dagegen das Vorliegen eines Leistungsurteils – was m.E. zutreffend ist⁶⁸⁴ – nicht voraus, so erwächst dem Gläubiger aus Art. 98 Abs. 1 OR ein materiell-rechtlicher Anspruch⁶⁸⁵. In unserem Kontext dürfte allerdings die praktische Bedeutung der Ersatzvornahme gerade im Falle der Garantieleistung des Herstellers stark eingeschränkt sein, da aufgrund der hierzu notwendigen Produktkenntnisse, Werkzeuge, Ersatzteile usw. häufig nur dieser selbst oder ein von ihm autorisierter Servicepartner (Hilfsperson) in der Lage ist, einen Sachmangel zu beseitigen⁶⁸⁶.
- 293 Spezielle prozessuale Fragen ergeben sich in den Fällen einer solidarischen Haftung von Hersteller und Verkäufer⁶⁸⁷. Aus der Käuferperspektive interessiert im Besonderen, ob beide Solidarschuldner gemeinsam eingeklagt

⁶⁸¹ Vgl. hierzu vorne N 149 ff.

⁶⁸² Vgl. SUTTER-SOMM, N 1503 ff. Das schweizerische Vollstreckungsrecht ist m.a.W. von einem Dualismus geprägt.

⁶⁸³ Diese Mehrheitsmeinung wird z.B. vertreten von GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2514; BSK/WIEGAND, Art. 98 OR N 6 und BK/WEBER R.H., Art. 98 OR N 47.

⁶⁸⁴ Die Erfüllungstheorie hat die überzeugenderen Gründe (ratio legis und systematischer Zusammenhang der Bestimmung) für sich, weshalb ihr zu folgen ist (vgl. im Einzelnen FELLMANN, S. 115 ff.). Nach dieser Theorie setzt ein Anspruch auf Ersatzvornahme erstens voraus, dass der Gläubiger zu einem Tun verpflichtet ist. Zweitens muss die Leistung vertretbar sein. Drittens bedingt Art. 98 Abs. 1 OR, je nach Auffassung, ein Dahinfallen der Verpflichtung des Schuldners, real zu erfüllen (z.B. zufolge subjektiver Unmöglichkeit oder Leistungsverzicht). Und viertens ist eine entsprechende Ermächtigung durch den Richter vorausgesetzt. Nicht erforderlich ist dagegen ein Verschulden auf Seiten des Schuldners (vgl. KOLLER A., § 44 N 21 ff.).

⁶⁸⁵ Vertreter der Minderheitsmeinung sind z.B. FELLMANN, S. 115 ff. und KOLLER A., OR AT, § 44 N 20. In BGE 130 III 302 E. 3 = Pra 2004 Nr. 130 hat sich das Bundesgericht neuerdings – ohne auf den Theorienstreit näher einzugehen – der Sache nach für die Erfüllungstheorie ausgesprochen. Die Behauptung von GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2515, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid zugunsten der Vollstreckungstheorie entschieden hat, erweist sich als unzutreffend.

⁶⁸⁶ Vgl. hierzu vorne N 4. Als einschlägiges Beispiel sei die Automobilindustrie erwähnt. Dort werden für Instandstellungs- und Servicearbeiten üblicherweise herstellereigene Werkzeuge und Software benötigt.

⁶⁸⁷ Vgl. hierzu vorne N 260 ff.

werden müssen bzw. können (§ 12). Daran gekoppelt ist für den Hersteller und den Verkäufer die Frage, welche Konsequenzen ein gemeinsames oder getrenntes Vorgehen des Käufers hinsichtlich der Durchsetzung von Regressansprüchen haben (§ 13). Diese beiden Aspekte werden nun zum Abschluss dieser Arbeit näher beleuchtet⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Für die allgemeinen Prozessfragen wird auf den in kurzer Zeit sehr gross angewachsenen Literaturapparat zur neuen ZPO verwiesen. Neben der umfangreichen Kommentarliteratur (z.B. BSK, BK und Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) existieren verschiedene Lehrbücher wie diejenigen von LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, SPÜHLER/DOLGE/GEHRI oder SUTTER-SOMM.

§ 12 Recht des Käufers zur gemeinsamen Klage gegen Hersteller und Verkäufer

I. Keine Verpflichtung des Käufers zur gemeinsamen Klage (keine notwendige Streitgenossenschaft)

294 Das Gesetz verpflichtet den Kläger zur gemeinsamen Klage gegen mehrere Personen, wenn an einem Rechtsverhältnis mehrere Personen beteiligt sind, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann (Art. 70 ZPO)⁶⁸⁹. Die Ursachen für diese sog. notwendige (passive) Streitgenossenschaft ergeben sich aus dem materiellen Recht, teils aus dem Gesetz direkt, teils aus der Natur der Sache⁶⁹⁰. Typische Anwendungsfälle sind Gesamthandverhältnisse und Gestaltungsklagen⁶⁹¹. Soweit es um obligatorische Ansprüche gegen mehrere Schuldner geht, kommt die notwendige Streitgenossenschaft jedoch prinzipiell nicht zum Tragen. Davon ausgenommen ist die Klage auf Erfüllung einer gemeinschaftlichen Schuld, da diese – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – nur durch Zusammenwirken aller Schuldner erbracht werden kann⁶⁹². Im vorliegenden Kontext der Herstellergarantie und Sachgewähr des Verkäufers liegt eine solche jedoch nicht vor⁶⁹³. Folglich besteht keine Verpflichtung des Käufers, gegen beide Schuldner gemeinsam zu klagen.

II. Recht des Käufers zur gemeinsamen Klage (einfache Streitgenossenschaft), Voraussetzungen

295 Neben den soeben angesprochenen Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft gibt es auch Konstellationen, in welchen der Kläger gemeinsam klagen *kann* (sog. einfache [passive] Streitgenossenschaft, Art. 71 ZPO)^{694/695}.

⁶⁸⁹ Umgekehrt sind auch mehrere Kläger zur gemeinsamen Klage gegen einen Beklagten verpflichtet, wenn über ein Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann (vgl. Art. 70 ZPO).

⁶⁹⁰ Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, N 217 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 20 N 55 ff.

⁶⁹¹ Vgl. BSK/RUGGLE, Art. 70 ZPO N 4 ff. (mit einer Übersicht über die wichtigsten Anwendungsfälle).

⁶⁹² WEISS, S. 31 (mit zahlreichen Hinweisen); KRAUSKOPF F., S. 125; KOLLER A., OR AT, § 75 N 8; zum Begriff der gemeinschaftlichen Schuld vgl. z.B. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 9 N 6; SCHWENZER, N 88.06.

⁶⁹³ Vgl. hierzu vorne N 260 ff.

⁶⁹⁴ Obwohl die ZPO diesen Begriff nicht verwendet, ist im Zusammenhang mit der einfachen Streitgenossenschaft auch von subjektiver Klagehäufung die Rede (vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.28; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 21 N 72).

Hier besteht also ein Wahlrecht zugunsten des Klägers betreffend die Vorgehensweise⁶⁹⁶. Erste Voraussetzung für eine gemeinsame Klage ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen allen Klagen (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Zum Zweiten muss überall die gleiche Verfahrensart gelten (Art. 71 Abs. 2 ZPO)⁶⁹⁷. Drittens bedarf es der gleichen Zuständigkeit⁶⁹⁸.

1. Sachzusammenhang

Das gesetzliche Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs ist nach dem Wortlaut des Gesetzes erfüllt, wenn der Kläger dem Richter Ansprüche zur Beurteilung vorträgt, „die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen“ (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Hingegen nicht notwendig ist, dass diese auf den gleichen tatsächlichen und rechtlichen Gründen beruhen⁶⁹⁹. Entsprechend dieser weiten Umschreibung des Sachzusammenhangs können mehrere Kläger oder Beklagte bereits dann gemeinsam ins Recht gefasst werden, wenn eine Streitgenossenschaft bloss zweckmässig erscheint. Angesprochen sind damit namentlich Konstellationen, bei denen eine aktiv- oder passivseitige Streitgenossenschaft das Verfahren vereinfacht oder widersprüchliche Entscheide vermieden werden können⁷⁰⁰.

Hinsichtlich der Ansprüche des Käufers gegenüber Hersteller und Verkäufer bei einem Produktmangel dürfte ein solcher Sachzusammenhang generell gegeben sein, zumal diese auf den Ausgleich desselben Mangels bzw.

⁶⁹⁵ Wiederum gilt dies auch umgekehrt, d.h. mehrere Kläger könnten unter Umständen gemeinsam gegen einen Beklagten gerichtlich vorgehen (vgl. Art. 71 ZPO).

⁶⁹⁶ Vgl. BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 10. Gemäss BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 6 f. verfügt der Kläger hinsichtlich seiner verfahrensmässigen Vorgehensweise über einen erheblichen Handlungsspielraum. So könne er gegen A und eventualiter gegen B klagen, sofern die Klage gegen A abgewiesen wird. Ebenso könne ein Kläger im Rechtsbegehren beantragen, A oder B sei zur Leistung zu verpflichten. Klägerischerseits müsse keine Prioritätenordnung zwischen den einzelnen Klagen festgelegt werden.

⁶⁹⁷ Nicht entscheidend ist dagegen die Art der Klage. Mithin lässt sich eine Leistungsklage mit einer Feststellungsklage oder Gestaltungsklage kombinieren (BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO).

⁶⁹⁸ BGE 138 III 471 E. 5.1 (mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht führt unter Bezugnahme auf die Lehre aus, dass Art. 71 ZPO die dritte Voraussetzung der gleichen (sachlichen) Zuständigkeit stillschweigend voraussetze. Was für die Klagehäufung gegen dieselbe Partei gilt (vgl. Art. 90 lit. a ZPO), müsse umso mehr für Klagen gegen eine einfache Streitgenossenschaft gelten.

⁶⁹⁹ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 14.

⁷⁰⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN E./SCHWEIZER, Art. 71 ZPO N 1, 4 ff.; BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 2.

eines möglichen Mangelfolgeschadens gerichtet sind⁷⁰¹. Aufgrund dieses generellen sachlichen Konnexes müsste meiner Auffassung nach eine gemeinsame Klage selbst in jenen Fällen zulässig sein, bei denen z.B. für einen Sachmangel einzig der Verkäufer und für einen Mangelfolgeschaden ausschliesslich der Hersteller haftet, also keine Solidarschuldnerschaft besteht.

2. Gleiche Verfahrensart

298 Die ZPO unterscheidet mit dem ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO), vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) und summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) im Wesentlichen zwischen drei Verfahrensarten⁷⁰². Dabei bildet das ordentliche Verfahren das Grundverfahren⁷⁰³. Das vereinfachte Verfahren gelangt insbesondere bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 (Art. 243 Abs. 1 ZPO) und das Summarverfahren vorwiegend in den vom Gesetz bestimmten Belangen des ZGB, OR und SchKG sowie bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 249 bis 251 ZPO, Art. 248 lit. c ZPO) zur Anwendung⁷⁰⁴.

299 Im vorliegenden Kontext sieht das Gesetz bezüglich der massgeblichen Verfahrensart keine Besonderheiten vor, weshalb alleine der Streitwert über das anwendbare Verfahren entscheidet. Naturgemäss ist im Falle einer Solidarschuldnerschaft von demselben Streitwert auszugehen. Dementsprechend ist auch die zweite Voraussetzung (gleiche Verfahrensart) der einfachen Streitgenossenschaft gegeben. Soweit der Streitwert unter Fr. 30'000.00 liegt, richtet sich der Prozess nach dem vereinfachten Verfahren. Wird die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 überschritten, kommt das ordentliche Verfahren zum Tragen⁷⁰⁵. Das Summarverfahren spielt ledig-

⁷⁰¹ Vgl. hierzu im Allgemeinen BSK/RUGGLE, N 25; BSK/WEBER M., Art. 15 ZPO N 10. Anders gesagt: Es geht um die Befriedigung desselben Leistungsinteressens (vgl. hierzu vorne N 260 f.).

⁷⁰² Hinzu kommen die Spezialbestimmungen zum familienrechtlichen Verfahren (Art. 271 ff. ZPO), den Kinderbelangen (Art. 295 ff. ZPO), das Verfahren bei eingetragener Partnerschaft (Art. 305 f. ZPO) sowie der Schlichtungsversuch (Art. 197 ff. ZPO).

⁷⁰³ Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, N 253; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 50 N 108.

⁷⁰⁴ BOHNET, N 857 ff.; vgl. zu den verschiedenen Verfahren und deren Eigenheiten im Einzelnen z.B. SUTTER-SOMM, N 1008 ff., 1151 ff., 1169 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 29 N 1 ff.

⁷⁰⁵ Hinsichtlich des Streitwerts sei auf Art. 93 ZPO hinzuweisen, wonach bei einfacher Streitgenossenschaft die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet werden, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Abs. 1). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bleibt überdies die Verfahrensart trotz Zusammenrechnung des Streitwerts erhalten. Vorliegend schliessen sich die Ansprüche bei einer Solidarverpflichtung zwi-

lich bei einem Gesuch des Käufers um vorsorgliche Beweisführung zwecks Beweissicherung eine Rolle⁷⁰⁶.

Anders kann es sich verhalten, wenn keine Solidarität besteht, sondern z.B. 300 für den Sachmangels einzig der Verkäufer und für den Mangelfolgeschaden ausschliesslich der Hersteller haftet. Liegt in einem solchen Fall der Streitwert betreffend Sachmangel unter Fr. 30'000.00 und derjenige betreffend Mangelfolgeschaden über Fr. 30'000.00, so scheidet die subjektive Klagehäufung mangels derselben Verfahrensart aus⁷⁰⁷.

3. Gleiche Zuständigkeit

a) Sachliche Zuständigkeit

Wie eingangs erwähnt, setzt die einfache passive Streitgenossenschaft ge- 301
mäss Bundesgericht implizit dieselbe sachliche Zuständigkeit voraus⁷⁰⁸. Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit bleibt grundsätzlich dem kantonalen Recht vorbehalten (Art. 4 ZPO)⁷⁰⁹. Innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben (vgl. z.B. Art. 5 ZPO [einzige kantonale Instanz], Art. 200 ZPO [paritätische Schlichtungsbehörden] und Art. 6 ZPO [Handelsgericht])⁷¹⁰ steht es den Kantonen frei, die sachliche Zuständigkeit nach verschiedenartigen Kriterien (Anspruchsnatur, Streitwert) festzulegen⁷¹¹. Bei schuldrechtlichen Forderungsstreitigkeiten ist die sachliche Zuständigkeit regelmässig streitwertabhängig⁷¹².

schen Hersteller und Verkäufer gegenseitig aus (Anspruchskonkurrenz), womit keine Zusammenrechnung stattfindet (vgl. BSK/RÜEGG, Art. 93 ZPO N 2; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STEIN-WIGGER, Art. 93 N 8; zur Streitwertberechnung im Allgemeinen z.B. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 31 N 59 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2.146).

⁷⁰⁶ Vgl. hierzu bereits vorne FN 631.

⁷⁰⁷ Im Übrigen mangelt es in solchen Fällen regelmässig auch an der zusätzlich notwendigen identischen sachlichen Zuständigkeit, da diese regelmässig durch den Streitwert bzw. die Verfahrensart bestimmt wird (vgl. hierzu sogleich N 301).

⁷⁰⁸ Vgl. hierzu vorne N 295.

⁷⁰⁹ Vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2.128 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 17 N 13 ff. Exemplarisch wird hierzu auf die entsprechenden Erlasse der Kantone St. Gallen (EG-ZPO/SG) und Zürich (GOG/ZH) verwiesen.

⁷¹⁰ Für eine umfassende Übersicht vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2.132 ff.

⁷¹¹ BSK/VOCK/NATER, Art. 4 ZPO N 3.

⁷¹² Z.B. ist im Kanton St. Gallen für Streitigkeiten, die dem vereinfachten Verfahren unterliegen, der Einzelrichter des Kreisgerichts und für diejenigen des ordentlichen Verfahrens das Kreisgericht als Kollegialgericht zuständig (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-ZPO/SG und Art. 8 EG-ZPO/SG).

- 302 Bei einer Solidarverpflichtung von Hersteller und Verkäufer sind bezüglich der erforderlichen gleichen sachlichen Zuständigkeit im Regelfall keine Spezialfragen erkennbar. Auf folgenden Punkt sei dennoch hingewiesen: In den Kantonen St. Gallen (vgl. Art. 10 f. EG-ZPO/SG), Zürich (vgl. § 3 Abs. 1 lit. b, § 44 f. GOG/ZH), Aargau (vgl. § 3 lit. e, § 12 EG-ZPO/AG) und Bern (Art. 5 lit. a, Art. 7 EG-ZPO/BE) besteht ein Handelsgericht, dessen sachliche Zuständigkeit durch das Bundesrecht umgrenzt ist (Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 ZPO)⁷¹³. Als handelsrechtlich gilt eine Streitigkeit, wenn kumulativ die geschäftliche Tätigkeit von mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht⁷¹⁴ und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Verfügt nur die beklagte Partei über eine entsprechende Registereintragung, sind aber die übrigen Voraussetzungen gegeben, kann die klagende Partei zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht wählen (Art. 6 Abs. 3 ZPO).
- 303 Ansprüche im Zusammenhang mit einem mangelhaften Produkt werden üblicherweise im Zusammenhang mit einem geschäftlichen Vorgang begründet. Die Herstellung, der Vertrieb und der Verkauf an den Endkunden stellen die charakteristische Leistung eines Herstellers bzw. Verkäufers dar⁷¹⁵. Sofern der Streitwert über Fr. 30'000.00 liegt und die beklagten Hersteller und Verkäufer je über einen entsprechenden Registereintrag verfügen (vgl. Art. 934 f. OR)⁷¹⁶, kann der Käufer in den jeweiligen Kantonen entweder beim ordentlichen Gericht oder beim Handelsgericht Klage erheben⁷¹⁷. Ein nennenswerter Vorteil von Handelsgerichten liegt zweifelsohne im Umstand, dass hier nebst juristisch gebildeten Kantons- oder Obergerichten auch Fachrichter verschiedener Branchen mitwirken, die ihr Fachwissen direkt einbringen können⁷¹⁸. Zudem kann vor Handelsgericht direkt, also ohne vorgängiges, vielfach wenig zielführendes Schlichtungsverfahren, geklagt werden (vgl. Art. 188 lit. f ZPO). Aus Käufersicht nachteilig dürfte dagegen die Tatsache sein, dass die Prozesskosten (Gerichts- und

⁷¹³ BGE 138 III 471 E. 5.1 (mit zahlreichen Hinweisen).

⁷¹⁴ BGE 139 III 67 E. 1.2 (mit zahlreichen Hinweisen).

⁷¹⁵ Vgl. hierzu im Allgemeinen z.B. BSK/VOCK/NATER, Art. 6 ZPO N 8 ff.; GASSER/RICKLI, Art. 6 ZPO N 3 ff.

⁷¹⁶ Im Leitentscheid BGE 138 III 471 E. 5.1 hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass eine einfache passive Streitgenossenschaft vor Handelsgericht in jedem Fall das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen bei allen Beklagten voraussetze. Andernfalls sei das ordentliche Gericht zuständig.

⁷¹⁷ Hingegen scheidet eine Handelsgerichts Zuständigkeit typischerweise bei Internetauktionen im Consumer-to-Consumer-Bereich aus (vgl. hierzu vorne N 81).

⁷¹⁸ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2.135.

Parteientschädigungen) in handelsgerichtlichen Verfahren höher angesetzt sind (vgl. z.B. Art. 10 Ziff. 1 und 3 GKT/SG [betreffend Gerichtskosten]; Art. 15 HonO/SG [betreffend Parteientschädigung]). Dies wird der klagende Käufer spätestens dann bemerken, wenn ihn nach Klageeinreichung das Handelsgericht im Vergleich zum ordentlichen Gericht zur Leistung eines bedeutend höheren Gerichtskostenvorschusses auffordert (Art. 98 ZPO).

b) Örtliche Zuständigkeit

Keine Voraussetzung für die einfache Streitgenossenschaft bildet die gleiche örtliche Zuständigkeit⁷¹⁹. In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit bei der (passiven) Streitgenossenschaft hält Art. 15 Abs. 1 ZPO fest, dass das für eine beklagte Partei zuständige Gericht auch für alle anderen beklagten Parteien zuständig ist, sofern diese Zuständigkeit nicht bloss auf einer Gerichtsstandsvereinbarung (vgl. Art. 17 ZPO, Art. 23 LugÜ und Art. 5 IPRG) beruht. 304

Hiernach stehen dem Käufer, der gegen den Hersteller und den Verkäufer gemeinsam prozessual vorgehen möchte, alternative Gerichtsstände zur Verfügung⁷²⁰: In – wie im vorliegende Kontext regelmässig gegebenen – Konsumentenverhältnissen kann der Konsument neben dem allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz, der Niederlassung oder am Aufenthaltsort des Beklagten alternativ auch an seinem Wohnsitz klagen (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 10 bis 12 ZPO). Sofern kein Konsumentenverhältnis gegeben ist, kann der Käufer neben dem ordentlichen Gerichtsstand auch am Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist, klagen (Art. 31 ZPO)⁷²¹. Steht ferner ein Anspruch des Käufers gegenüber dem Hersteller oder dem Verkäufer im Zusammenhang mit einer unerlaubten Handlung zur Diskussion, besteht auch die Möglichkeit, am Handlungs- oder Erfolgsort zu klagen (Art. 36 ZPO)⁷²². 305

4. Subjektive Klagehäufung von Amtes wegen

Bislang war davon die Rede, dass der Käufer bei gegebenen Voraussetzungen ein Wahlrecht hat, ob er gegen den Hersteller und Verkäufer gemein- 306

⁷¹⁹ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 17.

⁷²⁰ Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 2.98, 2.102

⁷²¹ Art. 32 bis 34 ZPO gehen Art. 31 ZPO als *lex specialis* vor (vgl. BSK/KAISER JOB, Art. 31 ZPO N 2).

⁷²² Liegen internationale Verhältnisse vor (z.B. wegen des Sitzes des Herstellers im Ausland), kommen primär die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge (namentlich das LugÜ) und subsidiär das IPRG zum Tragen (vgl. Art. 1 IPRG).

sam oder getrennt klagen möchte. Allerdings ist dieses Wahlrecht insoweit eingeschränkt, als die Verfahrensleitung aus Zweckmässigkeitsüberlegungen⁷²³ ex officio gemeinsam eingereichte Klagen trennen (Art. 125 lit. b ZPO) und selbständig eingereichte Klagen vereinigen kann (Art. 125 lit. c ZPO). Sofern bei verschiedenen Gerichten sachlich zusammenhängende Klagen rechtshängig sind, kann ferner ein später angerufenes Gericht die bei ihm rechtshängige Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, vorbehaltlich dessen Einverständnis (Art. 127 Abs. 1 ZPO)⁷²⁴.

III. Wirkungen einer gemeinsamen Klage, Vorteile und Nachteile für den Käufer

307 Unter Vorbehalt abweichender verfahrensleitender Anordnungen kann der Käufer demnach bei gegebenen Voraussetzungen frei entscheiden, wie er gegen seine Solidarschuldner Hersteller und Verkäufer prozessual vorgeht. Sein Entscheid über die Vorgehensweise kann dabei von unterschiedlichen Faktoren geprägt sein:

1. Wirkungen einer gemeinsamen Klage

308 Sowohl für die Kläger- und Beklagtenseite als auch für das Gericht sind die Auswirkungen der einfachen passiven Streitgenossenschaft weitaus geringer, als zunächst zu erwarten wäre. Der Kläger muss trotz einfacher passiver Streitgenossenschaft eigenständige Prozesse gegen die verschiedenen Beklagten (passive Streitgenossen) führen. Seine Prozesshandlungen wirken nur gegenüber demjenigen passiven Streitgenossen, gegen den die Handlung gerichtet ist⁷²⁵. Der Kläger muss daher insbesondere in seiner Klageschrift für jeden Streitgenossen separate Anträge stellen, diese je substantiiert begründen und entsprechende Beweismittel nennen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b, d und e ZPO)⁷²⁶.

⁷²³ Vgl. z.B. BSK/GSCHWEND/BORNATICO, Art. 125 ZPO N 1 ff., Art. 127 ZPO N 1 ff.; KUKO/WEBER R., Art. 125 ZPO N 1 ff., Art. 127 ZPO N 1 ff.

⁷²⁴ Soweit ersichtlich bedingen sowohl die Klagevereinigung als auch die Klageüberweisung implizit, dass die vorstehend erläuterten Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft erfüllt sind (vgl. z.B. BSK/GSCHWEND/BORNATICO, Art. 127 ZPO N 14 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN A., Art. 127 ZPO N 4 ff.).

⁷²⁵ Vgl. z.B. BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 19; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN E./SCHWEIZER, Art. 71 ZPO N 11 ff.; BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Art. 71 ZPO N 10.

⁷²⁶ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 31, 38.

Die passiven Streitgenossen können – müssen aber nicht – ihrerseits den Prozess unabhängig voneinander führen (vgl. Art. 71 Abs. 3 ZPO). Deren Prozesshandlungen erzeugen bloss Wirkungen in Bezug auf den eigenen Prozess⁷²⁷. So kann z.B. der beklagte Hersteller die Klage anerkennen oder mit dem Käufer einen Vergleich abschliessen, wogegen der Verkäufer unabhängig davon die vollumfängliche Klageabweisung beantragen und die Beurteilung der Angelegenheit durch das Gericht verlangen kann⁷²⁸.

Indes ist fraglich, inwiefern Tatsachenbehauptungen und Beweismittel eines Streitgenossen auch für die übrigen Streitgenossen von Bedeutung sind. RUGGLE führt dazu aus, dass Tatsachen und entsprechende Beweismittel, die für alle Streitgenossen erheblich sind, auch für alle wirken, selbst für jene, welche diese nicht vorgetragen haben⁷²⁹. Zumindest bezüglich derjenigen Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, ist dieser Auffassung aus meiner Sicht zu widersprechen: Hier liegt es an den Parteien, die rechtserheblichen Tatsachen substantiiert zu behaupten (Behauptungslast) bzw. substantiiert zu bestreiten (Bestreitungslast)⁷³⁰. Trotz einfacher Streitgenossenschaft handelt es sich hier um eigenständige Prozesse⁷³¹. Daher kann z.B. der Prozessstoff aus dem Verfahren zwischen Käufer und Hersteller nicht automatisch mit demjenigen aus dem Verfahren zwischen Käufer und Verkäufer vermischt bzw. ergänzt werden. Das, was von den Parteien im jeweiligen Verfahren trotz zweimaliger Möglichkeit zum uneingeschränkten Vortragen von Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln⁷³² nicht in den Prozess eingeführt worden ist, darf vom Gericht nicht von Amtes wegen zum Prozessgegenstand erhoben werden, auch wenn es in einem Parallelverfahren Thema ist⁷³³. Dies darf höchstens in Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56, Art. 247 Abs. 1 ZPO)⁷³⁴ oder im Rahmen einer Beweiserhebung von Amtes wegen über unbestrittene Tatsa-

⁷²⁷ BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 19; KUKO/DOMEJ, Art. 71 ZPO N 8 f.; GASSER/RICKLI, Art. 71 ZPO N 5.

⁷²⁸ Vgl. BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 32; BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 19.

⁷²⁹ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 33.

⁷³⁰ Vgl. zum Verhandlungsgrundsatz und dessen Einschränkungen im Einzelnen z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.13 ff.; SUTTER-SOMM, N 323 ff.

⁷³¹ Vgl. hierzu soeben N 308.

⁷³² Vgl. zum sog. Aktentschluss LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.40 f., 11.108 ff.; SUTTER-SOMM, N 372 ff.

⁷³³ Beispiel: Während der Verkäufer die vom Käufer geltend gemachte Mangelhaftigkeit der Kaufsache in seinem Prozessverfahren bestreitet, unterlässt dies der Hersteller. Prinzipiell muss in einem solchen Fall das Gericht die Mangelhaftigkeit im Prozess zwischen Hersteller und Käufer als unbestrittene Tatsache hinnehmen und es ist kein Beweis erforderlich (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).

⁷³⁴ Vgl. hierzu z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.19 ff.; KUKO/OBERHAMMER, Art. 56 ZPO N 1 ff.

chen (Art. 153 Abs. 2 ZPO)⁷³⁵ erfolgen. Weder das eine noch das andere Institut ist allerdings dafür gedacht, jegliches unsorgfältiges Prozessieren eines Streitgenossen zu kompensieren⁷³⁶.

- 311 Unbenommen des Bestehens einer passiven Streitgenossenschaft hat das Gericht z.B. das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen für alle Streitgenossen je separat zu prüfen oder es kann die einzelnen Klagen unterschiedlich beurteilen. Vereinfachungen ergeben sich jedoch für das Beweisverfahren: Ein solches ist grundsätzlich zwar für jeden Prozess selbständig zu führen⁷³⁷. Jedoch muss der Beweis über Tatsachen, welche Gegenstand von verschiedenen Verfahren sind, nur einmal erhoben werden. Sind vorliegend etwa die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sowie deren Ursächlichkeit für weitere Mangelgeschäden strittig, so muss ein Augenschein, eine Zeugenbefragung, ein Gutachten usw. nur einmal durchgeführt bzw. eingeholt werden⁷³⁸.

2. Vorteile und Nachteile einer gemeinsamen Klage für den Käufer

- 312 Die Vor- und Nachteile einer gemeinsamen Klage ergeben sich weitgehend aus den geschilderten Wirkungen der einfachen passiven Streitgenossenschaft:

a) Senkung des Prozesskostenrisikos

- 313 Ein Vorteil der einfachen passiven Streitgenossenschaft liegt für den Käufer im generell tieferen Prozesskostenrisiko. Sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigungen (Art. 95 Abs. 1 ZPO) sind grundsätzlich streitwertabhängig⁷³⁹. Geht der Käufer gegen den Hersteller und den Verkäufer gemeinsam vor, so werden bei der Streitwertberechnung die eingeklagten Ansprüche nicht zusammengerechnet, soweit Solidarität besteht (Art. 93 Abs. 1 ZPO)⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Vgl. hierzu z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.27, 9.38.; KUKO/SCHMID, Art. 154 ZPO N 4.

⁷³⁶ Vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.20, welche ausdrücklich darauf hinweisen, dass die gerichtliche Fragepflicht nicht die Sachverhaltsdarstellung durch die Parteien ersetzen dürfe.

⁷³⁷ BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 21.

⁷³⁸ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN E./SCHWEIZER, Art. 71 ZPO N 15.

⁷³⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.8, 10.10; SUTTER-SOMM, N 610.

⁷⁴⁰ Vgl. hierzu bereits vorne FN 704.

Dementsprechend hat der Käufer zunächst einen tieferen Gerichtskostenvorschuss (vgl. Art. 98 ZPO) zu bezahlen, als wenn er gegen den Hersteller und den Verkäufer separat klagen würde. Mithin können dem Käufer im Falle eines vollständigen Unterliegens auch bedeutend geringere Gerichtskosten auferlegt werden. Kostenvorteile ergeben sich ferner im Zusammenhang mit einem möglichen, von den Parteien zusätzlich zu vergütenden Sonderaufwand für die Beweisführung nach Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO (Auslagen für Zeugenentschädigungen, Gutachterhonorare usw.)⁷⁴¹, da diese im Unterschied zu getrennten Verfahren nur einmal durchgeführt werden muss⁷⁴².

Differenzierter gestaltet sich die Frage der Kosteneinsparung bei den Parteientschädigungen. Im Spezialfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist nur eine Parteientschädigung geschuldet, ausgenommen einem Anwalt sei es aus berufs- und standesrechtlichen Gründen verwehrt, mehrere Beklagte zu vertreten (Art. 759 Abs. 2 OR)⁷⁴³. Im Regelfall haben die Mitglieder einer einfachen passiven Streitgenossenschaft dagegen Anspruch auf mehrere Parteientschädigungen. Insbesondere dann, wenn die einfachen Streitgenossen einen begründeten Anlass dafür hatten, sich einzeln oder in Gruppen vertreten zu lassen⁷⁴⁴, wobei Ersparnissen Rechnung zu tragen ist⁷⁴⁵. Da dem Gericht bei der Festlegung von Parteientschädigungen ohnehin ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (vgl. Art. 106 ff. ZPO), lässt sich für den Käufer im Vorfeld des Prozesses somit nur beschränkt abschätzen, wie hoch die möglichen Einsparungen an Parteientschädigungen für den Fall eines negativen Prozessausgangs dank einem gemeinsamen Verfahren sind.

⁷⁴¹ Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.3; BSK/RÜEGG, Art. 95 ZPO N 11 f.

⁷⁴² Vgl. hierzu vorne N 311.

⁷⁴³ Vgl. z.B. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN E./SCHWEIZER, Art. 71 ZPO N 19; Urteil HGer ZH vom 26. Januar 2015, HG120149-0, S. 105 f.

⁷⁴⁴ Nach Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/STAEHELIN E./SCHWEIZER, Art. 71 ZPO N 18 bemisst sich die Entschädigung bei einer Einzelvertretung anhand des Streitwerts der jeweiligen Klage, bei einer gemeinsamen Vertretung anhand des kumulierten Streitwerts nach Art. 93 Abs. 1 ZPO.

⁷⁴⁵ BK/GROSS/ZUBER, Art. 71 ZPO N 27; KUKO/SCHMID, Art. 106 ZPO N 9.

b) Vollstreckungstitel gegen beide Solidarschuldner

- 316 Ein Entscheid des Gläubigers gegen einen Solidarschuldner hat nur Wirkung inter partes⁷⁴⁶. Hat der Käufer z.B. im Prozess gegen den Verkäufer obsiegt und ist sodann die Leistung bei diesem uneinbringlich, so muss er daher gegen den Hersteller einen weiteren Prozess führen.
- 317 In diesem Prozess kann der Hersteller gegenüber dem Käufer sämtliche Einreden und Einwendungen geltend machen, um dessen Klage zu Fall zu bringen. Die Feststellungen des Gerichts aus dem früheren Prozess gegen den Verkäufer haben keine Reflexwirkung. Der Käufer ist also wiederum sämtlichen Prozessrisiken vollumfänglich ausgesetzt. Insbesondere muss er damit rechnen, dass der Hersteller neu solche vom Verkäufer im Erstprozess versäumte entlastende Argumente und Beweismittel vorbringt. Soweit der Käufer mit einer gemeinsamen Klage gegen Hersteller und Verkäufer obsiegt, bleiben ihm solche Zusatzaufwendungen und Risiken erspart.

c) Kräftevereinigung auf Seiten der Beklagten

- 318 Neben den erwähnten Vorteilen können für den Käufer mit der subjektiven Klagehäufung auch Nachteile einhergehen. Insbesondere birgt eine gemeinsame Klage das Risiko der Kräftevereinigung zur Anspruchsabwehr unter den Solidarschuldnern in sich, zumal deren Interessen gleichgerichtet sind⁷⁴⁷. Der Käufer muss u.a. damit rechnen, dass Hersteller und Verkäufer ihre Eingaben beim Gericht vorgängig untereinander austauschen, aufeinander abstimmen und perfektionieren. Dieses Risiko relativiert sich allerdings insoweit, als sich für den Käufer deren Zusammenwirken auch bei einem getrennten Vorgehen nur begrenzt unterbinden lässt. Wie im nachfolgenden Paragraphen gezeigt wird, können sich Solidarschuldner aufgrund der Institute der Nebenintervention⁷⁴⁸, Streitverkündung⁷⁴⁹ und Streitverkündungsklage⁷⁵⁰ weitgehend selbst formieren.
- 319 Eine Klage gegen nur einen Solidarschuldner empfiehlt sich für den Käufer jedoch dann, wenn gegen diesen besonders gute Prozessaussichten bestehen. Erscheint die Leistungspflicht des Herstellers für einen Sachmangel als sehr wahrscheinlich, diejenige des Verkäufers wegen einer möglicherweise verspäteten Mängelrüge nicht, so ist dem Käufer im Normalfall von einer gemeinsamen Klage abzuraten. Ebenso kann sich ein getrenntes Vorgehen

⁷⁴⁶ BGE 93 II 329 E. 3b.

⁷⁴⁷ Vgl. KRAUSKOPF F., S. 130 f.

⁷⁴⁸ Vgl. hierzu hinten N 322 ff.

⁷⁴⁹ Vgl. hierzu hinten N 326 ff.

⁷⁵⁰ Vgl. hierzu hinten N 329 ff.

aufdrängen, falls ein bestimmter Gerichtsstand bevorzugt wird, welcher jedoch wegen einer Gerichtsstandsvereinbarung auf einen Solidarschuldner beschränkt ist⁷⁵¹.

⁷⁵¹ Vgl. hierzu vorne N 304.

§ 13 Regressproblematik

- 320 Nach dem Gesagten steht dem Gläubiger nicht nur in materieller⁷⁵², sondern auch in prozessualer Hinsicht ein Wahlrecht zu, wie er gegen seine Solidarschuldner vorgehen möchte⁷⁵³. Er kann gemeinsam oder getrennt klagen. Unabhängig von seiner Vorgehensweise sehen sich die Solidarschuldner mit Blick auf einen möglichen Prozessserfolg des Gläubigers mit der Anschlussfrage des Regresses konfrontiert. Bei einem getrennten Vorgehen des Gläubigers fragt sich für den beklagten Solidarschuldner, inwiefern es hinsichtlich seines potentiellen Regressrechts möglich und sinnvoll ist, die nicht eingeklagten Mitschuldner in den Prozess einzubeziehen. Umgekehrt stellt sich aus deren Blickwinkel die Frage, ob sie sich möglicherweise selber in diesen Prozess einbringen können, um dem beklagten Solidarschuldner zum Obsiegen zu verhelfen (§ 10 I)⁷⁵⁴. Bei einer gemeinsamen Klage des Gläubigers gegen den Hersteller und den Verkäufer stellt sich andererseits die Frage, wie bewirkt werden kann, dass in diesem Prozess gleichzeitig über das Regressverhältnis entschieden wird (§ 10 II)⁷⁵⁵.

I. Erster Sachverhalt: Getrennte Klage(n) des Käufers

- 321 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit beschränkt sich die folgende Darstellung auf die Konstellation, bei welcher der Käufer gegen den Hersteller klagt und den solidarisch mithaftenden Verkäufer aussen vor lässt. Diese Ausführungen lassen sich jedoch ohne weiteres auf die anderen in diesem Zusammenhang denkbaren Ausgangslagen, bei denen der Käufer bloss gegen den Verkäufer oder in getrennten Prozessen gegen beide klagt, übertragen.

1. Unterstützung des beklagten durch den nichtbeklagten Solidarschuldner aus Eigeninitiative (Nebenintervention)

a) Prozessunterstützung aus Eigeninitiative und Eigeninteresse

- 322 Gemäss Art. 74 ZPO kann derjenige, welcher ein rechtliches Interesse daran glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der ei-

⁷⁵² Vgl. hierzu vorne N 265 ff.

⁷⁵³ Vgl. hierzu vorne N 294 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. hierzu sogleich N 321 ff.

⁷⁵⁵ Vgl. hierzu hinten N 331 f.

nen Partei entschieden wird, auf Gesuch hin jederzeit im Prozess als Nebenpartei intervenieren⁷⁵⁶. Ein solches rechtliches Interesse liegt dann vor, wenn die Nebenpartei vom Ausgang des laufenden Prozesses in ihren eigenen Rechten und Pflichten unmittelbar oder mittelbar betroffen wird. Lehrbuchbeispiele dafür sind – wie hier – das Interesse eines Solidarschuldners (Regressant) im Prozess gegen den Mitschuldner (Regredient), das Interesse des Unterakkordanten im Prozess des Bauhandwerkers gegen den Bauherren oder das Interesse des Herstellers im Gewährleistungsprozess des Käufers gegen den Verkäufer⁷⁵⁷. Der Verkäufer kann somit im Prozess des Käufers gegen den Hersteller als Nebenpartei intervenieren.

b) Stellung der intervenierenden Person

Die Rechte der intervenierenden Person sind in Art. 76 ZPO definiert. Danach kann die intervenierende Person zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Verfahrensstand zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen sowie Rechtsmittel ergreifen (Abs. 1). Soweit diese Prozesshandlungen allerdings in Widerspruch zur Hauptpartei stehen, sind diese unbeachtlich (Abs. 2). 323

Im Einzelnen besteht für den intervenierenden Verkäufer z.B. die Möglichkeit, ergänzende Tatsachenbehauptungen aufzustellen, weitere Beweismittel zu nennen oder Berufung bzw. Beschwerde gegen einen Entscheid gegen den Hersteller einzulegen. Seine Stellung beschränkt sich allerdings auf diejenige als Nebenpartei. Diese unselbständige Stellung bedeutet insbesondere, dass er ab dem Zeitpunkt der Zulassung als Nebenpartei von der Verfahrensleitung mit allen Zustellungen zu bedienen und zu Verhandlungen vorzuladen ist. Zudem werden seine eingebrachten Verteidigungsmittel dem beklagten Hersteller zugerechnet. Allerdings verfügt der beklagte Hersteller alleine über den Prozessgegenstand, was sich namentlich darin äußert, dass er ein vom Verkäufer eingelegtes Rechtsmittel zurückziehen kann⁷⁵⁸. 324

⁷⁵⁶ Ein Interventionsgesuch kann in jedem Prozessstadium, selbst im Rechtsmittelverfahren, gestellt werden (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.56; KUKO/DOMEJ, Art. 74 ZPO N 3; BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Art. 74 ZPO N 5 ff.).

⁷⁵⁷ Vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.54; BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Art. 74 ZPO N 3; hierzu im Einzelnen KUKO/DOMEJ, Art. 74 ZPO N 5 ff.; BSK/GRABER/FREI, Art. 74 ZPO N 2 ff.

⁷⁵⁸ Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, N 257 ff.; hierzu im Einzelnen KUKO/DOMEJ, Art. 76 ZPO N 2 ff.; BSK/GRABER/FREI, Art. 76 ZPO N 1 ff.; BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Art. 76 ZPO N 2 ff.

c) **Wirkung der Intervention**

325 Hinsichtlich der Wirkung der Intervention bestimmt Art. 77 ZPO, dass ein für die Hauptpartei ungünstiger Prozessausgang grundsätzlich auch für die intervenierende Person gilt. Da das Urteil nur inter partes wirkt, kann der unterlegene Hersteller dieses Urteil indessen nicht als Vollstreckungstitel gegenüber dem Verkäufer verwenden⁷⁵⁹. Bindungswirkung entfaltet dieses Urteil zu seinen Gunsten jedoch insoweit, als dieses die Einreden und Einwendungen des Verkäufers im separaten Regressprozess beschränkt. So kann ihm der Verkäufer im Regressprozess keine Vorbringen (wie z.B. fehlende Mangelhaftigkeit des Produkts etc.) mehr entgegenhalten, welche im Hauptprozess bereits entschieden worden sind. Vorbehalten bleibt der Nachweis der schuldhaft schlechten Prozessführung des Herstellers (Art. 77 lit. a und b ZPO)⁷⁶⁰.

2. **Einbezug des beklagten durch den nichtbeklagten Solidarschuldner (einfache Streitverkündung)**

a) **Aufforderung zur Prozessunterstützung**

326 Analog zur Nebenintervention besteht für diejenige Partei (Hersteller), die im Falle des Unterliegens eine dritte Person (Verkäufer) belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, die Möglichkeit, diese zur Unterstützung im Prozess aufzufordern (Art. 78 ZPO). Die Unterstützung durch den Streitberufenen soll helfen, den laufenden Prozess zu gewinnen, wodurch im Ergebnis auch diesem geholfen ist. Die Streitverkündung ist, wie die Nebenintervention, im Prozess jederzeit möglich. Sinnvollerweise ist diese möglichst früh vorzunehmen, damit die Gefahr von Vorbringen der streitberufenen Partei gegen die Prozessführung des Streitverkünders im Erstprozess im Hinblick auf einen möglichen Regressprozess weitestgehend ausgeschaltet werden kann (vgl. Art. 80 i.V.m. Art. 77 lit. a und b ZPO)⁷⁶¹. Mit einer frühen Streitverkündung läuft der Streitverkünder zudem nicht Gefahr, sich dem Vorwurf einer verspäteten Information über die mögliche Mitverantwortlichkeit auszusetzen (Vorwurf des Rechtsmissbrauchs)⁷⁶².

⁷⁵⁹ BGE 93 II 329 E. 3b: SUTTER-SOMM, N 258; vgl. hierzu bereits vorne N 316.

⁷⁶⁰ Vgl. z.B. SUTTER-SOMM, N 261; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 21 N 88.

⁷⁶¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.61; vgl. hierzu soeben N 325.

⁷⁶² Vgl. hierzu vorne N 282.

b) Stellung der streitberufenen Person

Einer streitberufenen Person, in unserem Fall dem Verkäufer, stehen drei Handlungsoptionen offen: Einmal kann sich diese am Prozess als Nebenpartei entsprechend einer intervenierenden Person beteiligen (Art. 79 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 76 ZPO)⁷⁶³. Sodann besteht die Möglichkeit zur Prozessführung anstelle des Streitverkünders (Prozessstandschaft). Dazu ist jedoch dessen Einverständnis erforderlich (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO). Schliesslich kann die streitberufene Person auf eine Prozessbeteiligung verzichten (Art. 79 ZPO), was selbstverständlich nicht ausschliesst, den Streitverkünder im Hintergrund zu unterstützen.

c) Wirkung der Streitverkündung

Die Streitverkündung zeitigt dieselben Auswirkungen wie die Intervention, unabhängig davon, ob sich die streitberufene Partei am Prozess beteiligt oder nicht⁷⁶⁴. Gemäss Art. 80 ZPO gelangt Art. 77 ZPO sinngemäss zur Anwendung. Dementsprechend wird bei der Streitverkündung auch erst in einem separaten Regressprozess abschliessend über das Innenverhältnis zwischen Hersteller und Verkäufer entschieden, wobei sich der Verkäufer im Regressprozess relevanten Feststellungen aus dem Prozess zwischen Hersteller und Käufer entgegenhalten lassen muss. Wiederum vorbehalten bleibt der Einwand, dass der Hersteller als streitverkündende Person das ungünstige Prozessergebnis verschuldet hat (Art. 77 lit. a und b ZPO)⁷⁶⁵.

3. Klage des beklagten gegen den nichtbeklagten Solidarschuldner (Streitverkündungsklage)

Mit der Nebenintervention oder einfachen Streitverkündung wird der Regressprozess zwar antizipiert, aber nicht abschliessend entschieden. Konkret bemerkt dies der Regredient (Hersteller) dann, wenn sich der Regressant (Verkäufer) weigert, die gestellte Regressforderung zu erfüllen. In diesem Fall kann dem Regressanten kein Vollstreckungstitel entgegengehalten werden⁷⁶⁶. Vielmehr muss zur Durchsetzung des Regressrechts – im Nachgang zum verlorenen Prozess gegen den Gläubiger (Käufer) – ein weiterer Prozess geführt werden, was unweigerlich mit neuen Kosten und Risiken verbunden ist.

⁷⁶³ Vgl. hierzu vorne N 323 f.

⁷⁶⁴ Vgl. hierzu vorne N 325.

⁷⁶⁵ Vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.63 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 22 N 96 ff.

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu vorne N 325.

- 330 Eine solche Ausgangslage ist für den betroffenen Solidarschuldner offensichtlich unbefriedigend. Die ZPO schafft jedoch diesem Negativumstand mit dem Institut der Streitverkündungsklage Abhilfe (Art. 81 und 82 ZPO): Nach Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen. Hauptprozess und Regressprozess werden damit in einem Gesamtverfahren vereinigt⁷⁶⁷. Dabei wird sowohl über die Leistungspflicht des Beklagten (Hauptprozess) als auch über den Anspruch der unterliegenden Partei gegenüber einem Dritten (Streitverkündungsprozess) abschliessend befunden⁷⁶⁸. Voraussetzung hierfür ist, dass der Hauptprozess dem ordentlichen Verfahren unterliegt (Art. 81 Abs. 3 ZPO) und der Streitverkündungskläger – in casu der Hersteller – in seiner Klageantwort einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 82 Abs. 1 ZPO). Für den Fall, dass der Hersteller im Hauptprozess unterliegt und mit seiner Streitverkündungsklage gegen den Verkäufer durchdringt, kann er somit nach der Erfüllung seiner Verpflichtung im Aussenverhältnis intern im Umfang der vom Gericht festgelegten Quote auf den Verkäufer Rückgriff nehmen⁷⁶⁹.

II. Zweiter Sachverhalt: Gemeinsame Klage des Käufers gegen den Hersteller und den Verkäufer

- 331 Anders als im ersten Fall⁷⁷⁰ klagt hier der Käufer gegen den Hersteller und Verkäufer gemeinsam. Hersteller und Verkäufer bilden eine einfache passi-

⁷⁶⁷ BK/GROSS/ZUBER, Art. 81 ZPO N 18; KLETT B./BIELMANN, S. 311. Anders gesagt: Der Richter entscheidet gleichzeitig über das Aussen- wie das Innenverhältnis der aus Hersteller und Verkäufer bestehenden Solidarschuldnerschaft.

⁷⁶⁸ BGE 139 III 67 E. 2.1. BSK/FREI, Art. 81 ZPO N 50 f. Neben diesem wichtigsten Vorteil sind für den Beklagten im Hauptprozess mit der Streitverkündung verschiedene weitere positive Aspekte verbunden. Insbesondere kann sich der regressberechtigte Solidarschuldner damit dem Vorwurf entziehen, er hätte dem Regressanten seine Regressabsicht zu spät angezeigt (vgl. hierzu vorne N 282). Auch eignet sich die Streitverkündungsklage zur Verschleppung des Hauptprozesses und mithin zur Zermürbung des klagenden Gläubigers (vgl. GÜNGERICH, S. 118; BK/GROSS/ZUBER, Art. 81 ZPO N 25).

⁷⁶⁹ BK/GROSS/ZUBER, Art. 81 ZPO N 21. Endgültig entsteht der Regressanspruch des Regredienten (Art. 148 Abs. 2, Art. 149 OR) nicht bereits mit dessen rechtskräftigen Verurteilung zur Leistung im Prozess gegen den Gläubiger, sondern erst mit dessen Leistung an den Gläubiger (vgl. hierzu vorne N 276 ff.). Insofern kann das Gericht bei der Gutheissung der Streitverkündungsklage ein bedingtes Urteil sprechen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/SCHWANDER D., Art. 81 ZPO N 25; BK/GROSS/ZUBER, Art. 81 ZPO N 4; hierzu kritisch KUKO/DOMEJ, Art. 81 ZPO N 3).

⁷⁷⁰ Vgl. hierzu vorne N 321 ff.

ve Streitgenossenschaft. Bei Solidarität unter den Beklagten steht naturgemäss wiederum das Innen- bzw. Regressverhältnis zur Diskussion. Der blosser Umstand, dass der Käufer den Hersteller und den Verkäufer gemeinsam einklagt, führt alleine noch nicht dazu, dass das Gericht zugleich das Regressverhältnis festsetzt⁷⁷¹.

Um zu verhindern, dass über dieses Regressverhältnis erst in einem neuen bzw. späteren Prozess entschieden wird, besteht den passiven Streitgenossen – soweit ersichtlich – einzig die soeben behandelte Streitverkündungsklage zur Verfügung⁷⁷². Fraglich ist allerdings, ob im Rahmen einer einfachen passiven Streitgenossenschaft Streitverkündungsklagen unter den Streitgenossen möglich sind. Dies erscheint zunächst als abwegig, weil das Institut der Streitverkündungsklage an sich dazu da ist, ausserstehende Dritte in den Prozess einzubeziehen⁷⁷³. Demgegenüber stehen die passiven Streitgenossen grundsätzlich bereits in einer Hauptparteistellung. Diese bezieht sich m.E. jedoch nur auf den eigenen Prozess, da die einfache passive Streitgenossenschaft nichts daran ändert, dass zwischen dem Kläger und jedem Streitgenossen ein eigenständiges Prozessverhältnis besteht⁷⁷⁴. Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben, muss konsequenterweise auch die Streitverkündungsklage unter den passiven Streitgenossen zulässig sein⁷⁷⁵. Eventualiter muss ihnen – damit die Regressfrage zumindest in den Grundzügen beurteilt wird – die Möglichkeit zur Nebenintervention⁷⁷⁶ und einfachen Streitverkündung⁷⁷⁷ offen stehen⁷⁷⁸.

⁷⁷¹ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 46.

⁷⁷² Im Unterschied dazu kann das Gericht im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit das interne Haftungsverhältnis bereits aufgrund der materiellrechtlichen Bestimmung von Art. 759 Abs. 2 OR festlegen.

⁷⁷³ Vgl. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.67; BK/GROSS/ZUBER, Art. 81 ZPO N 2.

⁷⁷⁴ Vgl. hierzu vorne N 308.

⁷⁷⁵ KUKO/DOMEI, Art. 81 ZPO N 4; KRAUSKOPF F., S. 140; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/SCHWANDER D., Art. 18 ZPO N 21; unklar BSK/FREI, Art. 81 ZPO N 27.

⁷⁷⁶ Vgl. hierzu vorne N 322 ff.

⁷⁷⁷ Vgl. hierzu vorne N 326 ff.

⁷⁷⁸ BSK/RUGGLE, Art. 71 ZPO N 46. Dies namentlich dann, wenn die Möglichkeit zur Streitverkündungsklage ausscheidet, weil der Hauptprozess nicht dem ordentlichen Verfahren unterliegt (vgl. hierzu vorne N 330).

5. Teil: Schlussbetrachtung

§ 14 Zusammenfassung

Garantieerklärungen sind im Rechtsalltag ein weit verbreitetes Phänomen 333 und treten insbesondere bei Kaufgeschäften regelmässig auf. Person des Garanten, Form und Inhalt solcher Garantieerklärungen können höchst unterschiedlich sein: Hier verspricht ein Hersteller mit einer Garantiekarte die Haltbarkeit seines Haushaltgeräts für drei Jahre, dort sichert ein Importeur einer Maschine dem Käufer einen bestimmten Umsatz zu. Oder ein Verkäufer verspricht dem Käufer spezielle Eigenschaften des angepriesenen Sportwagens.

Lehre und Rechtsprechung teilen Garantien nach Person des Garanten und 334 Garantieinhalt ein: Es wird zwischen Verkäufer- und Herstellergarantien (Person des Garanten als Differenzierungsmerkmal) sowie zwischen Eigenschaftszusicherungen, unselbständigen und selbständigen Garantien (Garantieinhalt als Differenzierungsmerkmal) unterschieden.

Bei der Verkäufergarantie handelt es sich um eine Garantie, welche vom 335 Verkäufer gewährt wird. Demgegenüber kann eine Herstellergarantie gemäss überwiegender Auffassung entweder vom Hersteller selber oder einem Importeur, Grosshändler usw. abgegeben werden. Im Kontext von Herstellergarantien gilt jedes Glied der indirekten Distributionskette als Hersteller, welches nicht am Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer beteiligt ist. Dementsprechend liegt bei der Verkäufergarantie ein Zweipersonenverhältnis, bestehend aus Verkäufer und Käufer, bei der Herstellergarantie ein Dreipersonenverhältnis, bestehend aus Verkäufer, Käufer und Hersteller, vor.

In inhaltlicher Hinsicht kann mit einer abgegebenen Garantie zunächst eine 336 blosser Eigenschaftszusicherung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR gemeint sein. In diesem Fall stellt die Garantieerklärung eine Zusicherung über die Solleigenschaft des Kaufgegenstands dar. Hierbei kann es sich nur um Eigenschaften handeln, die im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr oder einem früheren Zeitpunkt vorhanden sein müssen, nur ausnahmsweise auch um solche, die erst für einen späteren Zeitpunkt versprochen werden. Bei einer selbständigen oder unselbständigen Garantie hingegen verspricht der Garant die Erhaltung des bestehenden und/oder den Eintritt eines verändernden Zustands des Produkts ausserhalb seiner Einflussmöglichkeiten.

Es wird für etwas garantiert, was nicht bereits und/oder nicht nur bei Übergang von Nutzen und Gefahr vorhanden sein muss. Betrifft diese Garantie das Produkt selbst (z.B. wird eine bestimmte Sachbeschaffenheit oder gar vollumfängliche Mängelfreiheit des Produkts für eine bestimmte Zeit zugesichert), liegt eine unselbständige Garantie vor. Dafür wird regelmässig der Begriff Haltbarkeitsgarantie verwendet. Verspricht demgegenüber der Garant einen Erfolg (wie einen bestimmten Umsatz und/oder eine bestimmte Rendite), welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit des Produkts hinausgeht, weil er wesentlich von anderen künftigen externen Faktoren (wie z.B. der Konjunkturentwicklung oder Wechselkursschwankungen) abhängt, wird dies als selbständige Garantie bezeichnet.

- 337 In der Praxis werden Eigenschaftszusicherungen typischerweise von Verkäufern, unselbständige und selbständige Garantien sowohl von Verkäufern als auch von Herstellern gewährt. Werden Herstellergarantieerklärungen in Konsumentenverhältnissen abgegeben, so handelt es sich im Regelfall um Haltbarkeitsgarantien. Daher lässt sich der Begriff Herstellergarantie in diesem Kontext mit Haltbarkeitsgarantie gleichsetzen. Die vorliegende Dissertation widmet sich dieser Art von Garantie, wobei sich verschiedene der gewonnenen Erkenntnisse auch auf andere Garantiearten übertragen lassen.
- 338 Zur Thematik Hersteller- bzw. Haltbarkeitsgarantien in Konsumentenverhältnissen besteht in der Schweiz – anders als in den Mitgliedsstaaten der EU – keine besondere Gesetzgebung. Im Unterschied zu gesetzlich besonders geregelten Themen muss daher in Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen geprüft werden, ob diese unter Rückgriff auf die allgemeinen Regeln beantwortet werden können oder ob modo legislatoris zu schliessende Lücken vorliegen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Lehre und Rechtsprechung existiert hierzu im Übrigen bislang kaum.
- 339 Die vorliegende Arbeit geht zunächst auf die Frage des Zustandekommens einer Herstellergarantie und des daraus resultierenden Anspruchs ein. Sodann wird das – in der Praxis immer wieder Fragen aufwerfende – Verhältnis zwischen Herstellergarantie und Sachgewähr des Verkäufers beleuchtet. Schliesslich werden besondere prozessuale Aspekte aufgegriffen, welche mit dem aus Verkäufer, Käufer und Hersteller bestehenden Dreipersonenverhältnis verbunden sind.

Eine Herstellergarantieerklärung stellt nicht einen aus Marketingüberlegungen angebrachten Hinweis auf eine ohnehin bestehende Verpflichtung des Herstellers gegenüber dem Käufer dar. Im Gegenteil: Es gibt keine gesetzliche Grundlage, wonach der Käufer einen Sachmangel gegenüber dem nicht am Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer beteiligten Hersteller

geltend machen kann. Somit kann sich eine diesbezügliche Verpflichtung des Herstellers nur aus Rechtsgeschäft ergeben.

In der Lehre werden Herstellergarantieerklärungen generell als Antrag auf einen Vertrag aufgefasst, wobei die Rechtsverbindlichkeit einzelner Garantieversprechen in der Werbung bzw. deren Willenserklärungseigenschaft umstritten ist. Grundsätzlich nicht in Betracht gezogen wird die Möglichkeit, Garantieerklärung als Auslobungserklärung zu qualifizieren. 340

Nach hier vertretener Auffassung wird mit Herstellergarantien, welche an sämtliche potentiellen Käufer gerichtet sind (z.B. Garantieerklärungen in der Werbung), grundsätzlich der Auslobungstatbestand erfüllt. Solche Garantieversprechen sind in den meisten Fällen nicht als blosser Anpreisung oder als *Invitatio ad offerendum* zu verstehen, sondern stellen ein öffentliches Belohnungsversprechen dar, welches an die Bedingung des Produkterwerbs durch den Käufer geknüpft ist. Diese Bedingung wird mit dem Abschluss des Kaufvertrags zwischen Käufer und Verkäufer erfüllt. Im Übrigen handelt es sich bei der Auslobung – im Unterschied zum Vertrag – nicht um ein zwei-, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Abgesehen von wenigen Einzelaspekten (z.B. betreffend Bedeutung von Haftungsfreizeichnungsklauseln in Herstellergarantieerklärungen) ist diese Unterscheidung jedoch vorwiegend theoretischer Natur und von geringer praktischer Relevanz. 341

Richtet sich die Herstellergarantieerklärung hingegen an einen konkreten Käufer (z.B. Garantiekarte), liegt generell ein Antrag vor. Abhängig davon, ob der Hersteller als „Herr seines Antrags“ Anforderungen an die Annahmeerklärung stellt, wird diese entweder durch ausdrückliches Akzept des Käufers oder stillschweigend angenommen (Art. 6 OR). Soweit sich der Mangelbegriff und die Garantiedauer bestimmen lassen, ist dabei von einer Einigung in den wesentlichen Punkten auszugehen. Neben den allgemeinen gilt es grundsätzlich keine besonderen Gültigkeitserfordernisse zu beachten. Je nachdem kann dem Verkäufer im Zusammenhang mit dem Abschluss des Herstellergarantieertrags die Stellung eines Boten oder Stellvertreters zukommen (z.B. wenn er die Garantiekarte ausfüllt, abstempelt und schliesslich dem Käufer übergibt). 342

Verwirklicht sich mit der Herstellergarantieerklärung der Auslobungs- oder Vertragstatbestand, erwächst dem Käufer daraus ein Garantieanspruch gegenüber dem Hersteller. Dieser ist durch Auslegung und Ergänzung zu bestimmen. Da Herstellergarantieerklärungen typischerweise AGB-Charakter aufweisen, unterliegen sie zugleich dem AGB-Korrektiv (insbesondere der Inhaltskontrolle). 343

- 344 Die Herstellergarantie gibt es nicht. Vielmehr kann diese im Einzelfall unterschiedlich ausgestaltet sein. Dennoch lassen sich gewisse Grundmerkmale festhalten: Liegt ein von der Herstellergarantie abgedeckter Mangel vor, wurde dieser rechtzeitig angezeigt und sind weder Selbst- oder Drittverschulden noch höhere Gewalt für den Mangel ursächlich, dann hat der Käufer grundsätzlich einen Anspruch auf Nacherfüllung. Im Regelfall verfügt der Hersteller dabei über das Wahlrecht, ob er diese Forderung durch Nachbesserung oder Ersatzleistung tilgen möchte. Je nachdem können weitere Voraussetzungen für die Geltendmachung des Garantieanspruchs bestehen, z.B. dass bei einem Fahrzeug regelmässige Wartungsarbeiten vorgenommen oder im Bedarfsfall Originalersatzteile eingebaut werden müssen. Keine eigenständige Bedeutung kommt hingegen dem teilweise anzutreffenden Erfordernis der Vorweisung der Garantiekarte zu, da Garantiekarten keine Wertpapiere sind. Mangelfolgeschäden, soweit es sich hier überhaupt um rechtlich relevante Schadensposten handelt (Stichwort: Nutzungsausfälle), sind von der Herstellergarantie grundsätzlich nicht gedeckt. Gegebenenfalls können diese jedoch über das Deliktsrecht reklamiert werden.
- 345 Zeitlich werden Herstellergarantien von der Garantiedauer und der Verjährung begrenzt: Der Hersteller ist aus der gewährten Garantie nur für innerhalb der Garantiedauer auftretende Mängel verpflichtet. Garantieansprüche verjähren innert den in Art. 210 Abs. 4 OR festgelegten Fristen, also bei Neuware innert zwei bzw. fünf Jahren ab Ablieferung des Produkts, wobei eine längere Garantiedauer die Mindestfristen dieser Bestimmung automatisch verlängert.
- 346 Daneben stellen sich sowohl im Zusammenhang mit dem Zustandekommen einer Herstellergarantie als auch mit dem damit begründeten Garantieanspruch verschiedene Einzelfragen: Z.B. werden einem Käufer im Rahmen eines Produktkaufs vom demselben Garanten häufig mehrfach Garantien erklärt. Diese „Zusatzerklärungen“ sind insoweit bedeutungslos, als die verschiedenen Garantieerklärungen inhaltlich deckungsgleich sind. Weichen sie jedoch voneinander ab, kann sich der Käufer auf diejenige Garantieerklärung berufen, welche ihn besser stellt. Bei einem Eigentümerwechsel geht die Herstellergarantie vom ursprünglichen Käufer auf den Neuerwerber über. Im Zusammenhang mit dem Garantieanspruch als solchen ist insbesondere festzuhalten, dass ein Hersteller nicht zugleich eine Garantie versprechen und sich gleichzeitig das Recht vorbehalten kann, im Garantiefall nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob er tatsächlich leisten möchte. Ferner bergen Herstellergarantien ein Potential zur Marktabschottung (sog. Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs.

1 KG). Als klassisches Beispiel hierzu sind Garantiebedingungen zur Verwendung von Originalersatzteilen anzufügen.

Von grosser praktischer Bedeutung ist das Verhältnis zwischen Hersteller- 347
garantie und Sachgewähr des Verkäufers. Hier stellen sich gleich mehrere
Fragen: Unter welchen Voraussetzungen – falls überhaupt – kann die Sach-
gewähr des Verkäufers bei Vorliegen einer Herstellergarantie wegbedungen
werden? Zweitens: Können die Mängelrechte des Käufers gegenüber dem
Verkäufer für den Fall von Leistungsstörungen (z.B. Verweigerung oder
mehrfaches Fehlschlagen Nacherfüllung) im Rahmen der Garantieabwick-
lung durch den Hersteller wieder aufleben? Schliesslich: Wie verhält es
sich mit diesen käuferseitigen Ansprüchen einerseits im Aussenverhältnis
(Verhältnis Käufer zwischen Verkäufer und Hersteller) und andererseits im
Innenverhältnis (Verhältnis zwischen Verkäufer und Hersteller)?

Die Wegbedingung der Gewährleistungsordnung bedarf einer entsprechen- 348
den vertraglichen Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer. Theoretisch
möglich, praktisch jedoch bedeutungslos ist die Möglichkeit einer
Freizeichnungsvereinbarung zwischen Hersteller und Käufer zugunsten des
Verkäufers (Vertrag zugunsten Dritter).

Im Rahmen einer Individualvereinbarung lässt sich die gesetzliche Gewähr- 349
leistungsordnung grundsätzlich wegbedingen. In Bezug auf Gewährleis-
tungsausschlüsse in AGB ist jeweils zunächst fraglich, ob die konkreten
AGB vom parteilichen Konsens erfasst sind. Insbesondere gilt es zu prüfen,
ob beim Käufer die Möglichkeit zu deren zumutbaren vorgängigen Kennt-
nisnahme bestanden hat. Bei der physischen Aushändigung von AGB ist
diesem Erfordernis im Allgemeinen genüge getan, verbreitet auch bei elekt-
ronisch gespeicherten AGB. Betreffend Inhaltskontrolle ist festzustellen,
dass im Rahmen von Konsumentenverhältnissen in AGB stipulierte Ge-
währleistungsausschlüsse mit Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG
prinzipiell unzulässig geworden sind. Nach hier vertretener Auffassung
lässt sich ein Gewährleistungsausschluss jedoch durch eine Herstellergarantie
(dritt-)kompensieren, vorausgesetzt, diese räumt dem Käufer eine im
Vergleich zur Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR mindestens
gleichwertige Rechtsstellung ein. Die entsprechende Beurteilung hängt von
den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Dennoch lassen sich hierzu
gewisse allgemeine Aussagen treffen: Grundvoraussetzung für eine Kom-
pensation ist, dass die Herstellergarantie sämtliche Sachmängel abdeckt
und nicht auf einzelne ausgewählte Mängel beschränkt ist. Auch darf die
Geltendmachung und/oder Durchsetzung eines Herstellergarantieanspruchs
für den Käufer im Vergleich zu den Mängelrechten nicht mit zusätzlichen
Belastungen verbunden sein (z.B. dass die Erbringung der Garantieleistung

von kostenpflichtigen periodischen Wartungsarbeiten abhängig ist). Kein Hinderungsgrund für einen genügenden Ausgleich eines Gewährleistungsausschlusses bildet hingegen der Umstand, dass der Käufer bei der Herstellergarantie nicht zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen kann, sondern ihm ein exklusives Nacherfüllungsrecht (Wahlrecht des Herstellers zwischen Nachbesserung und Ersatzleistung) zusteht.

- 350 Während bei der Sachgewähr – z.B. bei einer vom Käufer verlangten Ersatzleistung – die gesetzlichen Mängelrechte im Fall von Leistungsstörungen wieder aufleben und der Käufer zwischen Wandelung, Minderung und Ersatzleistung wählen kann, kann der Käufer bei der Herstellergarantie weiterhin bloss Nacherfüllung verlangen. In solchen Fällen ist der Käufer im Vergleich zur gesetzlichen Gewährleistungsordnung offensichtlich benachteiligt und der stipulierte Gewährleistungsausschluss erweist sich in der Rückschau als ungenügend kompensiert. Nach hier eingenommenen Standpunkt können in solchen Fällen die Mängelrechte trotz ursprünglich gültigem Gewährleistungsausschluss wieder aufleben, da nachträglich ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG begründet wird. Sachgerecht scheint, dass sich der Käufer prinzipiell zwei Nacherfüllungsversuche des Herstellers gefallen lassen muss, bevor er sich wieder an den Verkäufer wenden darf. Ausnahmsweise kann jedoch bereits ein erfolgloser Nacherfüllungsversuch das (Wieder-)Aufleben der Mängelrechte rechtfertigen, etwa wenn die Nacherfüllung unverhältnismässig lange gedauert hat (z.B. bei einer mehrmonatigen Reparaturdauer).
- 351 Treffen die Parteien bezüglich des Schicksals der Gewährleistungsordnung keine ausdrückliche Abmachung, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob gegebenenfalls ein stillschweigender bzw. konkludenter Gewährleistungsausschluss vorliegt. Ein solcher ist jedoch nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Herstellergarantie dem Käufer im Vergleich zur Gewährleistungsordnung eine grundsätzlich gleichwertige Rechtsstellung einräumt (analoge Beurteilung wie bei der Kompensationsfrage). Ist dies der Fall, kann als (zusätzliches) Indiz für einen solchen Gewährleistungsausschluss sprechen, dass der Verkäufer im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses gleichzeitig aktiv als Hilfsperson beim Zustandekommen der Herstellergarantie (z.B. durch Übergabe und Ausfüllen der Garantiekarte) mitwirkt.
- 352 Auf politischer Ebene sind derzeit Bestrebungen im Gange, die Möglichkeit zur Wegbedingung der Gewährleistungsordnung in Konsumentenverhältnissen zu verbieten. Zumindest prüfenswert wäre, in ein solches Revisionsprojekt die in der Praxis nicht mehr wegzudenkenden Herstellergarantien einzubeziehen. Statt die Sachgewähr – wie in der EU – ausnahmslos zwin-

gend auszugestalten, sollte nach hier vertretener Auffassung den Parteien mindestens die Möglichkeit offen gelassen bleiben, die Sachgewähr durch eine gleichwertige Garantie des Hersteller (oder Verkäufers) zu substituieren.

Im Falle einer Herstellergarantie ist es möglich, dass der Käufer einen Sachmangel mangels Wegbedingung oder späteren Wiederauflebens von Art. 197 ff. OR sowohl gegenüber dem Verkäufer als auch gegenüber dem Hersteller geltend machen kann. Dabei besteht zwischen Hersteller und Verkäufer ein Solidarschuldverhältnis. Im Aussenverhältnis bedeutet dies für den Käufer insbesondere, dass er frei wählen kann, wen er beanspruchen möchte. Falls nichts anderes vereinbart ist, sind Hersteller und Verkäufer einander im Innenverhältnis nach Köpfen verpflichtet. Hat z.B. der Hersteller den Produktmangel durch Nachbesserung beseitigt, kann er daher gegen den Verkäufer regressieren. 353

Soweit zur Anspruchsdurchsetzung erforderlich, steht dem Käufer der Klagegeweg offen. Sind dem Käufer der Hersteller sowie der Verkäufer solidarisch verpflichtet, so kann er wahlweise getrennt oder gemeinsam (einfache Streitgenossenschaft) klagen. Je nachdem erweist sich die eine oder andere Vorgehensweise als vorteilhafter. Auf der Gegenseite stellt sich für den Hersteller und den Verkäufer jeweils die Frage, wie sie der Regressproblematik bestmöglich vorbeugen können. Hierzu hält das Gesetz mit der Nebenintervention, der einfachen Streitverkündung und der Streitverkündungsklage entsprechende Institute bereit. 354

§ 15 Ergebnisse

- 355 Schlagwortartig lassen sich die wichtigsten Ergebnisse der vorliegenden
Abhandlung wie folgt zusammenfassen:
- 356 – Herstellergarantien werden von einer am Kaufvertrag zwischen
Verkäufer und Käufer unbeteiligten Drittperson (Hersteller, Importeur,
Grosshändler usw.) zugunsten des Käufers auf freiwilliger Basis
versprochen.
 - 357 – In Konsumentenverhältnissen sind Herstellergarantien inhaltlich
grundsätzlich als Haltbarkeitsgarantien ausgestaltet. Der Begriff
Herstellergarantie lässt sich daher in diesem Kontext mit Haltbarkeitsgarantie
gleichsetzen. Mit solchen Garantien gewährt der Hersteller dem Käufer die
Mängelfreiheit des erworbenen Produkts während einer bestimmten Dauer.
 - 358 – Das Praxisphänomen Herstellergarantie hat in der Schweiz – im
Gegensatz zu den EU-Mitgliedstaaten – keine besondere Regelung
erfahren. Zur Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen muss
daher auf die allgemeinen Regeln zurückgegriffen werden und mögliche
Lücken sind modo legislatoris zu schliessen.
 - 359 – Ausgangspunkt einer Herstellergarantie bildet die Garantieerklärung
des Herstellers, welche dem Käufer im Zusammenhang mit dem Kauf eines
Produkts beim Verkäufer abgegeben wird. Garantieerklärungen können in
verschiedenen Formen erfolgen (z.B. Mitteilung in der Werbung, Garantiekarte
oder Kundgabe auf der Plattform eines Internetauktionshauses).
 - 360 – Herstellergarantieerklärungen haben prinzipiell AGB-Eigenschaft.
Demzufolge unterliegen sie dem diesbezüglichen Kontrollinstrumentarium
(insbesondere der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG).
 - 361 – Mit Herstellergarantieerklärungen wird grundsätzlich entweder der
Auslobungs- oder Vertragstatbestand erfüllt. Dabei stellt die Auslobung
den Spezialtatbestand dar, weil sich dieser aufgrund seiner Natur als einseitiges
Rechtsgeschäft mit dem Produktkauf alleine verwirklicht, während es beim
Vertrag zusätzlich der Annahme durch den Käufer bedarf. Insgesamt erzeugen
jedoch ausgelobte wie vertragliche Herstellergarantien im Wesentlichen dieselben
Rechtsfolgen.

- Inhalt und Modalitäten eines Herstellergarantieanspruchs sind einzelfallabhängig, da es *die* Herstellergarantie nicht gibt. Typischerweise kann der Käufer vom Hersteller gestützt auf die Herstellergarantie Nacherfüllung (Wahlrecht des Herstellers zwischen Nachbesserung und Ersatzleistung) verlangen, falls während der Garantiedauer ein Sachmangel auftritt und dieser nicht durch Selbst-/Drittverschulden oder höhere Gewalt hervorgerufen wurde. Teilweise versuchen Hersteller die Geltendmachung des Garantieanspruchs von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen (z.B. Vorschrift zur Wahrnehmung regelmässiger Servicearbeiten oder Verbot zum Einbau fremder Ersatzteile), wobei sich dahinter unter Umständen insbesondere eine verpönte lauterkeitsrechtliche (Art. 8 UWG) oder kartellrechtliche Komponente (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG) verbergen kann. Mangelfolgeschäden sind von einer Herstellergarantie, vorbehaltlich einer besonderen Abrede, nicht gedeckt.
- Von grosser praktischer Relevanz ist das Verhältnis zwischen Herstellergarantie und Sachgewähr des Verkäufers: 363
 - Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass eine Wegbedingung oder Modifikation der Gewährleistungsordnung von Art. 197 ff. OR grundsätzlich möglich ist, jedoch zwingend der vertraglichen Vereinbarung bedarf. Dies kann entweder zwischen Verkäufer und Käufer oder zwischen Hersteller und Käufer (Freizeichnung zugunsten Dritter) erfolgen. Letzteres hat allerdings kaum praktische Bedeutung. Solche Vereinbarungen können ausdrücklich oder stillschweigend bzw. konkludent erfolgen. Das Zweite kann gegebenenfalls angenommen werden, wenn die Herstellergarantie dem Käufer im Vergleich zur Gewährleistungsordnung eine mindestens gleichwertige Rechtsstellung einräumt und weitere Indizien dafür sprechen (z.B. aktives Mitwirken des Verkäufers beim Zustandekommen der Herstellergarantie). 364
 - Seit Inkrafttreten der revidierten Fassung von Art. 8 UWG prinzipiell unzulässig geworden sind Gewährleistungsausschlüsse in AGB. Gemäss der hier vertretenen Meinung kann ein in AGB stipulierter Gewährleistungsausschluss jedoch durch eine mindestens gleichwertige Herstellergarantie kompensiert werden (Drittkompensation). Dabei gilt es die Frage der Gleichwertigkeit jeweils im Einzelfall anhand der gesamten Umstände (wie den Voraussetzungen für die Geltendma- 365

chung, dem Garantiehinhalt oder der Durchsetzbarkeit) zu beurteilen. Zu beachten ist, dass sich eine Herstellergarantie auch erst im Nachhinein, d.h. im Fall von Störungen bei der Abwicklung eines Garantiefalls durch den Hersteller, für den Käufer im Vergleich zur Gewährleistungsordnung als nachteilig erweisen kann (Fehlschlagen der Garantieleistung). In solchen Fällen können die Mängelrechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer – trotz ursprünglich gültigem Gewährleistungsausschluss – später wieder aufleben (z.B. nach zwei erfolglosen Nacherfüllungsversuchen des Herstellers).

- 366
- Lehnt man die hier befürwortete Drittkompensation ab, kann man dennoch zum gleichen Ergebnis gelangen, indem man die aus dem Verstoss gegen Art. 8 UWG resultierende Lücke mit dem hypothetischen Parteiwillen füllt: Der Verkäufer hätte im Wissen um die Unzulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses mit dem Käufer vereinbart, er müsse sich bei einem Sachmangel zunächst an den Hersteller wenden. Eine Berufung auf die Mängelrechte sei erst im Falle der fehlgeschlagenen Garantieleistung möglich.
- 367
- Mit Blick auf die aktuellen (bzw. wieder aufgegriffenen) politischen Bestrebungen, die gesetzlichen Mängelrechte in Anlehnung an die EU zwingend auszugestalten, wäre es prüfungswert, den Parteien weiterhin die Möglichkeit für eine Substitution der Mängelrechte durch eine mindestens gleichwertige Garantie des Herstellers (oder Verkäufers) offen zu lassen.
- 368
- Sind dem Käufer für einen Sachmangel – mangels Wegbedingung oder späteren Wiederauflebens der Gewährleistungsordnung – sowohl Hersteller als auch Verkäufer verpflichtet, so besteht im Ausserverhältnis Solidarität und im Innenverhältnis Anspruchskonkurrenz.
- 369
- Haften dem Käufer Verkäufer und Hersteller solidarisch und kommen diese ihrer Erfüllungspflicht nicht nach, kann der Käufer wählen, ob gegen Verkäufer und Hersteller getrennt oder gemeinsam (einfache Streitgenossenschaft) klagt. Auf der Gegenseite können Hersteller und Verkäufer der Regressfrage durch Nebenintervention, einfache Streitverkündung oder Streitverkündungsklage vorbeugen.

Lebenslauf

Angelo Schwizer

Geboren am 18. April 1988 in Niederuzwil (SG)

1994 bis 2000	Primarschule Degersheim (SG)
2000 bis 2002	Katholische Kantonssekundarschule St. Gallen
2002 bis 2006	Kantonsschule am Burggraben, Matura
2006 bis 2011	Universität St. Gallen, Bachelor in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, Master in Rechtswissenschaft
2011 bis 2014	Rechtsanwalt Paul Schwizer, Anwaltspraktikum (Teilzeit)
2013 bis 2014	Kantonsgericht St. Gallen, Auditor und ausserordentlicher Gerichtsschreiber (Teilzeit)
2014	Rechtsanwaltspatent St. Gallen
seit 2014	Rechtsanwalt und Notar bei Schwizer Rechtsanwälte AG

