

Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 sowie Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der Richtlinie (EU) 2019/770 - Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht

Prof. Dr. iur. Walter Fellmann, Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Rechtsanwalt in Meggen und Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Zusatzbericht zum Schweizer Recht im Rahmen der RFA zum Gewährleistungsrecht (Ergänzung zum Beilageband A: Rechtsvergleich)

21.03.2022

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	2
B.	Rechtslage im Warenkauf nach dem Obligationenrecht	2
1.	Begriff Fahrnis	2
2.	Geschuldete Qualität / Gewährleistung	3
3.	Beweislast	4
4.	Mängelrüge	4
5.	Verjährung	5
6.	Freizeichnung	5
C.	Rechtslage bei Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach dem Obligationenrecht	5
D.	Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 und Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht	7
1.	Ausweitung des Begriffs Ware auf Dienstleistungen	7
2.	Geschuldete Qualität	8
3.	Gewährleistung	13
a)	Gewährleistungsansprüche	13
b)	Beweislast für den Mangel	15
c)	Mängelrüge	16
d)	Dauer der Gewährleistung	17
e)	Verjährung	18
4.	Ausschluss von Freizeichnungen	19
5.	Anwendungsbereich	19
6.	Fazit	20
E.	Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der der Richtlinie (EU) 2019/770	21

A. Einleitung

1. Wie in der EU hat auch in der Schweiz die technologische Entwicklung zu einem wachsenden Markt für **Waren** geführt, die **digitale Inhalte** oder **digitale Dienstleistungen** enthalten oder mit diesen verbunden sind. Die Zahl solcher Produkte und deren Akzeptanz nimmt auch hierzulande zu.

Unser Alltag wird zunehmend digitalisiert. Güter aller Art werden mit Software ausgerüstet. Diese stammt oft von Drittanbietern und wird von diesen auch nach dem Kauf gewartet. Damit werden *Waren hybrid*; Gegenstände und Dienstleistungen vermischen sich. Im sogenannten Internet der Dinge interagieren Geräte mit anderen Geräten über Netzstruktur, die Dritte zur Verfügung stellen. Der Verbraucher vermag daher oft nicht mehr zu erkennen, warum die gekaufte Ware nicht funktioniert und worauf allfällige Schäden zurückzuführen sind. Die Verantwortungsbereiche verschwimmen. Dazu kommt, dass sich hybride Güter durch *Software-Updates* verändern können. Der traditionelle Kaufvertrag, der mit Leistung und Gegenleistung erfüllt ist, wird so zum *Dauerschuldverhältnis*.¹

2. Im Folgenden wird die heutige Rechtslage im geltenden **Kaufvertragsrecht des OR** und bei der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen im **Dienstleistungsvertragsrecht des OR** in einem kurzen **Überblick** dargestellt. Ausgehend davon wird die Regelung in der EU Richtlinie 2019/771 vorgestellt und jeweils geprüft, welche Rechtsbehelfe das Obligationenrecht dem Käufer zur Verfügung stellt, ob diese **mit den Rechtsbehelfen der Richtlinie vergleichbar** sind und **der technologischen Entwicklung entsprechen** oder ob sich zum Schutz der Käuferinnen und Käufer in Anlehnung an die Regelung in der Richtlinie eine **Revision des Kaufvertragsrecht des OR** aufdrängt. Schliesslich wird der Regelungsbereich der EU Richtlinie 2019/770 vorgestellt und geprüft, ob die Rechtsbehelfe des OR einen dem Kunden in der Schweiz einen adäquaten Rechtsschutz vermitteln.

B. Rechtslage im Warenkauf nach dem Obligationenrecht

1. Begriff Fahrnis

3. Im Obligationenrecht wird der **Fahrniskauf** in verschiedenen Bestimmungen geregelt, in den allgemeinen Bestimmungen zum Kaufrecht (Art. 184-186 OR) und in den speziellen Normen zum Fahrniskauf (Art. 187-215 OR).

4. Nach Art. 184 Abs. 1 OR verpflichten sich der Verkäufer durch den Kaufvertrag, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das **Eigentum** daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den **Kaufpreis** zu bezahlen. Es geht also um den Austausch von Ware gegen Geld.² Als **Fahrniskauf** gilt dabei nach Art. 187 Abs. 1 OR jeder Kauf, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstande hat. Dabei fallen

¹ ROTT, Rechtspolitischer Handlungsbedarf im Haftungsrecht, insbesondere für digitale Anwendungen, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., 2018, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/04/gutach-ten_handlungsbedarf_im_haftungsrecht.pdf, 9 m.w.H.

² Vgl. etwa SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016, N 205.

als Kaufgegenstand auch nicht körperliche Sachen wie Forderungen, Immaterialgüterrechte etc. in Betracht.³

5. Die Pflicht, dem Käufer **Eigentum** am Kaufgegenstand zu **verschaffen**, umfasst zum einen die Pflicht, ihm den Besitz zu verschaffen (Art. 922 ZGB). Zum andern muss er ihn zum sachenrechtlichen Vollberechtigten machen, wobei er ihm im Rahmen seiner Rechtsgewährleistung garantieren muss, das Eigentum zu erwerben, indem er nach Art. 192 Abs. 1 OR dafür Gewähr zu leisten hat, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe.⁴

2. Geschuldete Qualität / Gewährleistung

6. Hinsichtlich der **Qualität** des Kaufgegenstands schuldet der Verkäufer dem Käufer die Mängelfreiheit der Sache, indem er ihm nach Art. 197 Abs. 1 OR sowohl für die **zugesicherten Eigenschaften** haftet als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre **Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche** aufheben oder erheblich mindern.⁵ Weicht die Beschaffenheit der Sache davon ab, entspricht sie nicht dem Vertrag und ist mangelhaft.⁶

7. Als **Zusicherung** genügt jede Erklärung, nach welcher die Kaufsache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, sofern der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf. Eine ausdrückliche Haftungsübernahme ist nicht erforderlich. Hingegen genügt eine blosser Anpreisung, namentlich eine reklamehafte Beschreibung des Kaufgegenstandes nicht, wenn der Käufer nach Treu und Glauben erkennen muss, dass damit keine Eigenschaften zugesichert werden sollen.⁷

8. **Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch** liegt vor, wenn der Käufer nach Treu und Glauben gewisse Eigenschaften voraussetzen darf. In diesem Fall gelten diese Eigenschaften auch ohne Zusicherung als vertraglich versprochen. Wird diese Erwartung enttäuscht, liegt ein Mangel vor, wenn die Abweichung vom erwarteten Zustand den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert (Art. 197 Abs. 1 OR).⁸

9. **Sachmängel** können in **körperlichen Mängeln** bestehen, etwa wenn die Kaufsache nicht funktioniert. Es kann sich aber auch um **rechtliche Mängel** handeln, indem die Kaufsache aus rechtlichen Gründen vom Käufer nicht so gebraucht werden kann, wie er es (aufgrund des Vertrags) erwarten durfte.⁹

10. Dass den Verkäufer am Mangel ein **Verschulden** trifft, ist **nicht Voraussetzung** für seine Mängelhaftung. Vielmehr haftet er grundsätzlich auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat (Art. 197 Abs. 2 OR).¹⁰ Anders verhält es sich bloss für den **Ersatz weiteren Schadens** (Art. 208

³ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 210.

⁴ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 226.

⁵ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 326.

⁶ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 324.

⁷ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 327 und 329.

⁸ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 331.

⁹ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 334 f.

¹⁰ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 340.

Abs. 2 OR), der ein **Verschulden** voraussetzt. Hier gilt allerdings die Beweislastumkehr des Art. 97 OR.

11. Massgebender **Zeitpunkt** für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist der **Gefahrübergang**. Der Verkäufer haftet demnach für Mängel, welche vor dem oder beim Gefahrübergang vorhanden sind.¹¹ Dabei gehen nach Art. 185 Abs. 1 OR Nutzen und Gefahr der Sache mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen. Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein (Art. 185 Abs. 2 OR).

12. Liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer nach Art. 205 Abs. 1 OR nur die Wahl, mit der Wandelungsklage den **Kauf rückgängig zu machen** oder mit der Minderungsklage **Ersatz des Minderwertes** der Sache zu fordern. Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR frei, bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.

Einen Anspruch auf **Ersatzlieferung** hat der Käufer nach Art. 206 Abs. 1 OR nur, wenn der Kauf auf die Lieferung einer **bestimmten Menge vertretbarer Sachen** geht. In diesem Fall hat er die Wahl, entweder die Wandlungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhaftige Ware derselben Gattung zu fordern. Wenn die Sachen dem Käufer nicht von einem andern Orte her zugesandt worden sind, ist nach Art. 206 Abs. 2 OR auch der Verkäufer berechtigt, sich durch sofortige Lieferung wahrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruche des Käufers zu befreien.

3. Beweislast

13. Die **Beweislast** für das Vorliegen eines Mangels richtet sich nach Art. 8 ZGB. Danach hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Es kommt also darauf an, wer aus der behaupteten Mangelhaftigkeit bzw. Mangelfreiheit der gelieferten Sache Rechte ableitet. Hat der Käufer die Sache vorbehaltlos angenommen, trägt er die Beweislast für den behaupteten Mangel. Verweigert er die Abnahme unter Hinweis auf Mängel oder bringt er bei der Entgegennahme einen sofortigen Vorbehalt an, hat der Käufer die Mangelfreiheit zu beweisen, wenn er aus dem Kaufvertrag Rechte ableiten will.¹²

4. Mängelrüge

14. Will der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend machen, hat er **Mängelrüge** zu erheben. Dabei trifft ihn nach Art. 201 Abs. 1 OR die Obliegenheit, die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem **sofort Anzeige** zu machen. Versäumt der Käufer dies, so gilt die gekaufte Sache nach Art. 201 Abs. 2 OR als genehmigt, soweit

¹¹ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 338.

¹² SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 341 ff.

es sich nicht um sogenannte **verborgene Mängel**, also um Mängel handelt, die bei der übungs-gemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. Ergeben sich später solche (verborgene) Mängel, so muss die Anzeige nach Art. 201 Abs. 3 OR sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

Die **Mängelrüge** muss **rechtzeitig** erfolgen und hinreichend substantiiert sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Frist äusserst kurz bemessen und beträgt bestenfalls einige wenige Tage.¹³ Bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer findet eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nach Art. 203 OR allerdings nicht statt.

5. Verjährung

15. Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache **verjähren** nach Art. 210 Abs. 1 OR mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat. Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist nach Art. 210 Abs. 4 OR ungültig, wenn (a.) sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt, (b.) die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und (c.) der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

6. Freizeichnung

16. Der Verkäufer haftet nicht, wenn die **Mängelhaftung wegbedungen** wurde. Eine solche "Freizeichnung" ist grundsätzlich möglich. Die Wegbedingung der Haftung kann eine vollständige oder teilweise sein: sie setzt aber eine entsprechende Abrede der Parteien voraus.¹⁴ Nach Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht **ungültig**, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel **arglistig verschwiegen** hat.

Ein **arglistiges Verschweigen** liegt schon vor, wenn der Verkäufer den Mangel kennt (oder kennen muss) und den Käufer nicht informiert, obwohl nach dem Gesetz oder nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht besteht.¹⁵

C. Rechtslage bei Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach dem Obligationenrecht

17. Vertragsrechtlich kann man nach Einschätzung von MIRJAM EGGEN im Industrial Internet of Things grob zwischen **Software as a Service-Verträgen** und **Service Level-Verträgen** unterscheiden. Bei den Software as a Service-Verträgen wird den Nutzern keine IT-Infrastruktur zur Gerätevernetzung überlassen. Der Anbieter behält die dafür erforderliche Hard- und Software in

¹³ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 36 1 ff.

¹⁴ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 370 f.

¹⁵ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, a.a.O., N 374.

seiner eigenen IT-Umgebung und stellt den Nutzern lediglich den Zugang zur erforderlichen Software zur Verfügung, meistens verbunden mit weiteren Dienstleistungen, etwa der Speicherung oder Sicherung von Daten.¹⁶

18. Wie MIRJAM EGGEN zutreffend feststellt, vermag die Qualifikation des Vertrages zwischen dem Anbieter von Software as a Service und Kunden als Kauf-, Miet- bzw. Pacht- oder Lizenzverträge nicht zu überzeugen. So könne der Zugang zu einer Plattform, die der Anbieter betreibe, nicht mit der Überlassung von Software auf einem Datenträger gleichgesetzt werden. Zum einen werde dem Nutzer die Plattform nicht überlassen. Er erhalte am Computerprogramm bzw. an den Datenträgern, auf welchen das Programm gespeichert sei, keinen Besitz. Zum anderen erschöpfe sich die Vereinbarung zwischen den Parteien nicht in der Regelung des Zugangs zur Plattform, sondern definiere zusätzlich konkrete Leistungen des Anbieters, etwa die Vernetzung der Geräte, die Übermittlung eines definierten Datenvolumens und die Lieferung von Analysen und Auswertungen. Das Hauptgewicht der vertraglichen Regelung liege daher nicht auf der Überlassung von IT-Infrastruktur, sondern auf der Erbringung von Dienstleistungen oder sogar auf der Ablieferung bestimmter Ergebnisse. Es sei daher naheliegend, darauf sinngemäss Auftrags- und/oder Werkvertragsrecht anzuwenden.

19. In den **Service Level-Verträgen** regeln die Parteien «die Verfügbarkeit der Plattform, die zulässige Ausfall- sowie Reaktionszeit, die Betriebszeiten für einen allfälligen Support, das Vorgehen bei Störungen und die Zulässigkeit von Wartungsarbeiten».¹⁷ Sie beschreiben also «die qualitativen und quantitativen Parameter (...) der Leistungserbringung».¹⁸ Oftmals ergänzen solche Verträge Software as a Service-Verträge, sei es als Teil dieser Absprachen, sei es als separate Vereinbarung.¹⁹

20. Beim **Consumer Internet of Things** sind in der Praxis vor allem zwei Vertragsvarianten verbreitet. Nach der einen erwirbt der Konsument einen vernetzungsfähigen Gegenstand und schliesst dazu mit einem (Fach-)Händler einen Kaufvertrag, der die Vernetzung des Gegenstandes nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – regelt. Nach der zweiten Variante schliesst der Konsument zur Vernetzung eines Gegenstandes mit einem IT-Unternehmen einen (Vernetzungs-)Vertrag. Die Vernetzung wird klar vom Geräteerwerb getrennt.²⁰

21. Um das Gerät bei der ersten Variante etwa mit der IT-Umgebung des Herstellers und allenfalls dem Smartphone des Nutzers zu verknüpfen, benötigt dieser eine *Vernetzungssoftware*. Diese wird ihm in der Regel zusammen mit dem Gerät direkt vom Gerätehersteller überlassen. Solange es im Kaufvertrag nicht anders geregelt ist, muss der Nutzer daher nicht davon ausgehen, er schliesse mit dem Hersteller zusätzlich eine besondere Vereinbarung über die Vernetzung des Geräts. Vielmehr ist anzunehmen, dass er auch in Bezug auf die Vernetzung *direkt mit dem Verkäufer* (mindestens konkludent) eine *Vereinbarung* schliesst. Überlässt der Verkäufer dem Käufer daher zusammen mit dem Gerät eine Software zur Vernetzung, verspricht der Verkäufer nach Meinung von MIRJAM EGGEN nicht nur die Überlassung der Applikationssoftware, sondern auch die Vernetzung an sich und damit einen Erfolg bzw. ein Tätigwerden. Auf die entsprechenden Vertragsklauseln könnten deshalb neben den **kaufrechtlichen Normen** auch die Bestimmungen des

¹⁶ EGGEN, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, SZW 2019, 358 ff.361 f.

¹⁷ EGGEN, 363.

¹⁸ SÖBBING/JAKOB, 152; vgl. auch EGGEN, 362.

¹⁹ EGGEN, 363.

²⁰ EGGEN, 364.

Werkvertrags- oder Auftragsrechts sinngemäss Anwendung finden. Für die Vernetzung selbst sei in aller Regel die analoge Anwendung des Werkvertragsrechts geboten.²¹

Schliesst der Konsument nach der zweiten Variante zur Vernetzung eines Geräts mit einem IT-Unternehmen einen *speziellen (Vernetzungs-)Vertrag*, beinhaltet dieser die Vernetzung als *Dienstleistung* und allenfalls weiteren Service. Darauf finden die Regeln des *Werkvertragsrechts* und des *Auftragsrechts* Anwendung.²²

22. Diese wenigen Hinweise zeigen, dass die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen im Kauf- und Dienstleistungsvertragsrecht (Werkvertrag und Auftrag) des OR nicht geregelt ist. Die **Rechtslage** ist für den Kunden daher **prekär**, weil bezüglich seiner möglichen Gewährleistungsansprüchen **keine Rechtssicht** besteht.

D. **Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 und Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht**

1. **Ausweitung des Begriffs Ware auf Dienstleistungen**

23. a) Die Richtlinie 2019/771 bezieht sich ebenfalls auf den Fahrniskauf. Anders als das OR führt sie aber die technologische Entwicklung auf, die zu einem wachsenden Markt für **Waren** geführt hat, die **digitale Inhalte** oder **digitale Dienstleistungen** enthalten (E. 5 und Art. 2 Ziff. 5 lit. b RL). Der Begriff "Waren" bezieht sich "dadurch auch auf alle digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen [...], die in diesen Waren enthalten sind oder so mit diesen Waren verbunden sind, dass die Waren ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen ihre Funktionen nicht erfüllen könnten" (E. 14). Bedeutungsvoll ist, dass als "digitale Inhalte, die in einer Ware enthalten sind oder mit ihr verbunden sind", auch Daten gelten, die gemäss Kaufvertrag **erst später installiert** werden (E. 14). Dies gilt zudem "unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden" (Art. 3 Abs. 3 RL).

b) In Fällen, in denen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen durch eine einmalige Bereitstellung verfügbar gemacht werden, soll der Verkäufer für die **Bereitstellung der (künftigen) Aktualisierungen** haften, die erforderlich sind, um die Vertragsmässigkeit der Waren mit digitalen Elementen während eines Zeitraums, den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, aufrechtzuerhalten, auch wenn die Waren zum Zeitpunkt der Lieferung vertragsgemäss waren (E. 31).

c) Die **Verbindung zwischen Ware und Dienstleistung** zeigt sich schliesslich auch bei Art. 8 lit. a RL, wonach als Vertragswidrigkeit der Waren ausdrücklich auch die unsachgemässe **Montage** oder Installierung der Waren gilt, wenn die Montage oder Installierung Teil des Kaufvertrags ist und vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen wurde.

Hintergrund ist die richtige Überlegung (E. 34), dass viele Waren montiert oder installiert werden müssen, bevor sie der Verbraucher bestimmungsgemäss verwenden kann. Dazu komme, dass bei Waren mit digitalen Elementen die Installierung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung in der Regel Voraussetzung dafür sei, dass der Verbraucher diese Waren

²¹ EGGEN, 364.

²² EGGEN, 365.

für den vorgesehenen Zweck verwenden könne. Aus diesem Grund sollte eine etwaige Vertragswidrigkeit, die auf eine unsachgemässe Montage oder Installierung der Waren, auch auf die unsachgemässe Installierung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, die in den Waren enthalten oder mit ihnen verbunden seien, zurückzuführen sei, als Vertragswidrigkeit angesehen werden, wenn die Montage oder Installierung durch den Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen worden sei. Wenn vorgesehen sei, dass die Waren vom Verbraucher montiert oder installiert würden, sei die Vertragswidrigkeit aufgrund einer unsachgemässen Montage oder Installierung als Vertragswidrigkeit der Waren anzusehen, unabhängig davon, ob die Montage oder Installierung vom Verbraucher oder von einem Dritten unter der Verantwortung des Verbrauchers durchgeführt worden sei, sofern die unsachgemässe Montage oder Installierung auf **Mängel in den Anleitungen** zurückzuführen sei, etwa auf unvollständige oder unklare Anleitungen, die die Verwendung dieser Anleitungen für den Durchschnittsverbraucher erschweren würden.

24. Zwar ist der Begriff des **Fahrniskaufs** gemäss **Art. 187 Abs. 1 OR** sehr weit, indem als Fahrniskauf jeder Kauf anzusehen ist, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat. Sicher ist eine Ware mit digitalen Inhalten daher noch Fahrniskauf. Bei Daten, die gemäss Kaufvertrag **erst später installiert** werden, dürfte nach schweizerischem Recht aber die **Dienstleistung im Vordergrund** stehen, in jedem Fall aber der Kaufvertrag mit einer Dienstleistung verbunden sein, wie dies etwa beim Kauf mit Montagepflicht²³ oder beim Werklieferungsvertrag²⁴ der Fall ist. Anzunehmen wäre wohl ein **gemischter Vertrag**, der Elemente des Kaufvertrags und solche des Werkvertrags (allenfalls Auftrags) enthalten würde. Dies umso mehr, als die kaufvertragliche **Gewährleistung** des OR auf **rein digitale Aktualisierungen** schlecht passen würde. Will man den Käufer in der Schweiz nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste daher im OR eine entsprechende Regelung eingefügt werden.

2. Geschuldete Qualität

25. Nach der Richtlinie 2019/771 (E. 26) soll die Kaufsache (Ware) "den Anforderungen entsprechen, die der Verkäufer und der Verbraucher im Kaufvertrag vereinbart haben. Solche Anforderungen könnten unter anderem die Menge, die Qualität, die Art und Beschreibung der Waren, ihre Eignung für bestimmte Zwecke sowie die Lieferung von Waren mit dem vereinbarten Zubehör und etwaigen Anleitungen einschliessen. Zu den Anforderungen des Kaufvertrags sollten die Anforderungen gehören, die sich aus vorvertraglichen Informationen ergeben, die gemäss der Richtlinie 2011/83/EU fester Bestandteil des Kaufvertrags sind".

26. Die Richtlinie unterscheidet zwischen **subjektiven Anforderungen und objektiven Anforderungen** an die Vertragsmässigkeit der Kaufsache. Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 29) sollen Waren nämlich nicht nur die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit, sondern darüber hinaus objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit erfüllen. Diese soll unter anderem anhand des Zwecks beurteilt werden, für den Waren dieser Art üblicherweise verwendet werden. Ferner soll danach gefragt werden, ob die Ware mit dem Zubehör und den Anleitungen geliefert wird, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, und ob sie der Probe oder dem Muster entspricht, das der Verkäufer dem Verbraucher zur Verfügung gestellt hat. Die Waren sollen auch die Eigenschaften und Merkmale

²³ Vgl. etwa KOLLER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 184 N 4 m.w.H.

²⁴ Vgl. etwa KOLLER, a.a.O., Art. 184 N 8 m.w.H.

aufweisen, die bei Waren derselben Art normal sind und die der Verbraucher angesichts der Art der Waren und unter Berücksichtigung etwaiger öffentlicher Aussagen, die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette gemacht wurden, vernünftigerweise erwarten kann.

27. Die Waren entsprechen den **subjektiven Anforderungen** des Kaufvertrags, wenn sie "hinsichtlich der Beschreibung, der Art, der Menge und der Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Interoperabilität und sonstiger Merkmale den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Kaufvertrag ergeben" (Art. 6 lit. a RL), "sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis gebracht und dem der Verkäufer zugestimmt hat" (Art. 6 lit. b RL), "wie im Kaufvertrag bestimmt mit sämtlichem Zubehör und Anleitungen, einschliesslich Montage- oder Installationsanleitungen, geliefert werden" (Art. 6 lit. c RL) und "wie im Kaufvertrag bestimmt Aktualisierungen erhalten" (Art. 6 lit. d RL).

28. Die Waren entsprechen den **objektiven Anforderungen** des Kaufvertrags, wenn sie "für die Zwecke geeignet sein, für die Waren der gleichen Art in der Regel gebraucht werden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des bestehenden Unionsrechts und nationalen Rechts, technischer Normen oder — in Ermangelung solcher technischer Normen — anwendbarer sektorspezifischer Verhaltenskodizes" (Art. 7 Abs. 1 lit. a RL), "soweit anwendbar, der Qualität und der Beschreibung einer Probe oder eines Musters entsprechen, das der Verkäufer dem Verbraucher vor Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt hat" (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL), "soweit anwendbar, mit solchem Zubehör einschliesslich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitungen und anderen Anleitungen geliefert werden, deren Erhalt der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann" (Art. 7 Abs. 1 lit. c RL) und "hinsichtlich ihrer Menge, Qualität und sonstigen Merkmale — einschliesslich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit — dem entsprechen, was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher in Anbetracht der Art der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschliesslich des Herstellers, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann" (Art. 7 Abs. 1 lit. d RL).

Zu beachten ist, dass nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union die Parteien die Möglichkeit haben, von den in der Richtlinie vorgesehenen **objektiven Anforderungen** an die Vertragsmässigkeit **abzuweichen**, um für ausreichende Flexibilität der Vorschriften zu sorgen, beispielsweise im Hinblick auf den Verkauf von gebrauchten Waren. Eine solche Abweichung soll nur möglich sein, wenn der Verbraucher eigens davon unterrichtet wurde und wenn er ihr gesondert von anderen Erklärungen oder Vereinbarungen und durch sein aktives und eindeutiges Verhalten zugestimmt hat.

29. Die **subjektiven Anforderungen** des Kaufvertrags dürften in den Kategorien des OR in etwa den **zugesicherten Eigenschaften** entsprechen, die **objektiven Anforderungen** jener der **Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch**, wobei im OR der Kauf nach Muster (Art. 222 OR) und jener auf Probe (Art. 223 OR) speziell geregelt werden.

30. **Bedeutungsvoll** ist, dass bei der Frage nach dem, was der Käufer (objektiv) vernünftigerweise erwarten darf, nach Art. 7 Abs. 1 lit. d RL auch "**öffentliche Erklärungen**", "die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschliesslich des Herstellers" ausgehen, eine Rolle spielen sollen. Diese öffent-

lichen Erklärungen hat die **Werbung** im Auge, auf welcher der Verkäufer nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union also behaftet werden soll, wenn er nicht nachweisen kann, dass "er die betreffende öffentliche Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte" (Art. 7 Abs. 2 lit. a RL), "die betreffende öffentliche Erklärung bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder einer vergleichbaren Weise wie jener, in der sie abgegeben wurde, berichtet worden ist" (Art. 7 Abs. 2 lit. b RL) oder "die Kaufentscheidung nicht durch die öffentliche Erklärung beeinflusst worden sein konnte" (Art. 7 Abs. 2 lit. c RL).

Diese Regelung gibt der **Werbung** damit (zu Recht) eine **wesentlich grössere Bedeutung als** dies der **Rechtsprechung in der Schweiz** entspricht, wonach "reklamehafte Anpreisungen" keine (subjektive) Zusicherung sind.²⁵ Will man den Käufer in der Schweiz nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste der Gesetzgeber im OR wohl eine entsprechende Regelung einfügen. In der Tat ist ja nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer, der einen Käufer mit bestimmten Anpreisungen zum Kauf veranlasst, nicht beim Wort genommen werden soll.

31. a) Von ganz erheblicher Bedeutung ist, dass nach Art. 7 Abs. 3 RL bei **Waren mit digitalen Elementen** zu den **objektiven Anforderungen** an die Vertragsmässigkeit der Kaufsache – in der Sprache des OR zur **Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch** – gehören soll, dass der Verkäufer dafür sorgt, "dass der Verbraucher über **Aktualisierungen, einschliesslich Sicherheitsaktualisierungen**, die für den Erhalt der Vertragsmässigkeit dieser Waren erforderlich sind, informiert wird und solche erhält", und zwar (a) "während des Zeitraums, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Waren und der digitalen Elemente und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann, wenn im Kaufvertrag die einmalige Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung vorgesehen ist", oder (b) "während des gesamten" in Art. 10 Abs. 2 RL "genannten Zeitraums, wenn im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vorgesehen ist".

b) Nach Art. 10. Abs. 2 RL, "haftet der Verkäufer auch für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die **innerhalb von zwei Jahren** nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren mit digitalen Elementen eintritt oder offenbar wird", wenn "im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum hinweg vorgesehen" ist. "Ist im Vertrag eine fortlaufende Bereitstellung über einen **Zeitraum von mehr als zwei Jahren** vorgesehen, haftet der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die innerhalb des Zeitraums eintritt oder offenbar wird, über den der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung laut Kaufvertrag bereitzustellen ist". Die Rechtsbehelfe des Käufers nach Art. 13 RL, um sich bei Vertragswidrigkeiten Abhilfe zu verschaffen, dürften **nicht durch Verjährungsvorschriften unterlaufen** werden (Art. 10. Abs. 5 RL).

c) Unterlässt es der Verbraucher, Aktualisierungen, die er gemäss Absatz 3 erhalten hat, innerhalb einer angemessenen Frist zu installieren, **haftet der Verkäufer** nach Art. 7. Abs. 4 RL **nicht** für eine etwaige Vertragswidrigkeit, die allein auf das Fehlen der entsprechenden Aktualisierung zurückzuführen ist, sofern (a) "der **Verkäufer** den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und darüber, welche Folgen es hat, wenn der Verbraucher diese **nicht installiert**, informiert hat" und (b) "die Tatsache, dass der Verbraucher die Aktualisierung nicht oder

²⁵ BGE 88 II 416; BGer 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 4.1.; BGer 4C.267/2004 vom 23. November 2004 E. 2.1 ff.

unsachgemäss installiert hat, nicht auf eine mangelhafte dem Verbraucher bereitgestellte Installationsanleitung zurückzuführen ist".

d) Würde der Verkäufer in der **Schweiz** im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum hinweg vorsehen, wäre die Rechtslage für den Käufer wesentlich prekärer als in der EU, da solche Aktualisierungen, einschliesslich Sicherheitsaktualisierungen, **nicht der kaufrechtlichen Gewährleistung** unterstellt, sondern wohl mindestens teilweise nach **Werkvertrags- oder Auftragsrecht** zu beurteilen wären. Für einen allfälligen Schaden an der Kaufsache infolge der unterlassenen Aktualisierung, blieben dem Käufer in der Regel bloss **Schadenersatzansprüche**. Der in der EU nach Art. 13 RL mögliche Rechtsbehelf, vom Verkäufer die **Herstellung des vertragsgemässen Zustands** der Ware zu verlangen, wäre in der Schweiz nicht durchsetzbar.

Will man den **Käufer in der Schweiz** nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste daher im OR eine entsprechende Regelung eingefügt werden. Die Einschätzung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union in E. 31 der Richtlinie ist nämlich richtig. Der Gesetzgeber muss berücksichtigen, "dass sich das digitale Umfeld derartiger Waren fortlaufend ändert. Daher sind Aktualisierungen ein notwendiges Instrument, das sicherstellt, dass die Waren genauso funktionieren wie zum Zeitpunkt der Lieferung. Zudem sind Waren mit digitalen Elementen im Gegensatz zu herkömmlichen Waren nicht vollständig ausserhalb der Sphäre des Verkäufers, da der Verkäufer oder ein Dritter, der nach Kaufvertrag den digitalen Inhalt oder die digitale Dienstleistung bereitstellt, die Waren aus der Entfernung aktualisieren kann, in der Regel über das Internet. Deshalb sollte der Verkäufer in Fällen, in denen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen durch eine einmalige Bereitstellung verfügbar gemacht werden, für die Bereitstellung der Aktualisierungen haften, die erforderlich sind, um die Vertragsmässigkeit der Waren mit digitalen Elementen während eines Zeitraums, den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, aufrechtzuerhalten, auch wenn die Waren zum Zeitpunkt der Lieferung vertragsgemäss waren".

32. Von ganz erheblicher Bedeutung ist nach Einschätzung des Schreibenden, dass nach Art. 7 Abs. 1 lit. d zu den **objektiven Anforderungen** an die Vertragsmässigkeit – in der Sprache des OR zur Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch – auch die **Haltbarkeit der Ware** zählt. Waren müssen danach auch hinsichtlich ihrer Haltbarkeit dem entsprechen, was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher in Anbetracht der Art der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschliesslich des Herstellers, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann. Wie das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union nämlich richtig feststellen (E. 32 RL), ist die Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren für die Förderung **nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft** wichtig.

In der Schweiz ist die Haltbarkeit der Kaufsache im Gesetz kein Thema. Urteil zur Frage, ob sie Teil der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch sei, gibt es soweit ersichtlich keine. Will man den **Käufer in der Schweiz** daher nicht schlechter stellen als jenen in der EU und auch hier nachhaltigere Verbrauchergewohnheiten und eine Kreislaufwirtschaft fördern, müsste der Gesetzgeber im OR wohl eine entsprechende Regelung einfügen. Es ist nämlich kaum zu erwarten, dass die Gerichte die Haltbarkeit der Kaufsache als Element der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Ge-

brauch in ihre Rechtsprechung übernehmen werden. Dazu kommt, dass eine entsprechende Entwicklung über die Rechtsprechung angesichts der Schwierigkeiten, die derzeit in der Schweiz hinsichtlich Prozesskosten und Prozessdauer herrschen, Jahrzehnte dauern würde.

33. a) Wie das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union zutreffend feststellen (E. 34), müssen viele **Waren montiert oder installiert** werden, bevor sie vom Verbraucher bestimmungsgemäss verwendet werden können. Darüber hinaus seien bei Waren mit digitalen Elementen die Installierung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung in der Regel Voraussetzung dafür, dass der Verbraucher diese Waren für den vorgesehenen Zweck verwenden kann. Aus diesem Grund sollte nach Auffassung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union eine etwaige **Vertragswidrigkeit**, die auf eine **unsachgemässe Montage oder Installierung der Waren**, auch auf die unsachgemässe Installierung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, die in den Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind, zurückzuführen ist, als Vertragswidrigkeit angesehen werden, wenn die Montage oder Installierung durch den Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen worden sei. Wenn vorgesehen sei, dass die Waren vom Verbraucher montiert oder installiert würden, sei die Vertragswidrigkeit aufgrund einer unsachgemässen Montage oder Installierung als Vertragswidrigkeit der Waren anzusehen, unabhängig davon, ob die Montage oder Installierung vom Verbraucher oder von einem Dritten unter der Verantwortung des Verbrauchers durchgeführt wurde, sofern die unsachgemässe Montage oder Installierung auf **Mängel in den Anleitungen** zurückzuführen sei, etwa auf unvollständige oder unklare Anleitungen, die die Verwendung dieser Anleitungen für den Durchschnittsverbraucher erschweren.

b) Nach Art. 8 RL ist daher auch jede "Vertragswidrigkeit, die durch die unsachgemässe Montage oder Installierung der Waren verursacht wird, [...] als Vertragswidrigkeit der Waren anzusehen", wenn (a) "die Montage oder Installierung Teil des Kaufvertrags ist und vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen wurde" oder (b) "die vom Verbraucher vorzunehmende Montage oder Installierung von diesem getätigt wurde und die unsachgemässe Montage oder Installierung auf einen Mangel in der vom Verkäufer oder, im Falle von Waren mit digitalen Elementen, vom Verkäufer oder vom Anbieter der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen mitgelieferten Anleitung zurückzuführen ist".

c) **In der Schweiz** würde die **Montage** wohl wiederum als **Dienstleistung** qualifiziert und es wäre von einem **gemischten Vertrag** auszugehen, der die Rechtsdurchsetzung schwierig machen würde.

Wie **Mängel in Anleitungen** zur Dritt- oder Selbstmontage qualifiziert würden, ist weitgehend offen. Vermutlich müsste die **Rechtsprechung zu falschem Rat oder falscher Empfehlung** herangezogen werden; anwendbar wäre wohl Auftragsrecht, das die Ansprüche des Käufers wiederum auf Schadenersatz beschränken würde.

In jedem Fall besteht in diesen Fragen eine **erhebliche Rechtsunsicherheit**. Will man den Käufer in der Schweiz daher nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste der Gesetzgeber im OR wohl ebenfalls eine entsprechende Regelung einfügen.

3. Gewährleistung

a) Gewährleistungsansprüche

34. Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 48) soll der Verbraucher zwischen **Nachbesserung** und **Ersatzlieferung** wählen können. Wird dem Verbraucher die Möglichkeit geboten, eine Nachbesserung zu verlangen, dürfte dies einen **nachhaltigen Verbrauch** fördern und zur **Verlängerung der Haltbarkeit** von Produkten beitragen.

Die Möglichkeit für den Verbraucher, zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu wählen, soll nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union nur dann beschränkt werden, wenn die gewählte Möglichkeit rechtlich oder tatsächlich unmöglich wäre oder wenn sie dem Verkäufer im Vergleich zu der anderen in Betracht kommenden Option **unverhältnismässige Kosten** verursachen würde. So könnte es nach ihrer Einschätzung beispielsweise unverhältnismässig sein, wegen eines kleinen Kratzers die Ersetzung einer Ware zu verlangen, wenn eine solche Ersatzlieferung erhebliche Kosten verursachen würde und der Kratzer ohne Probleme beseitigt werden könnte.

35. a) Nach Art. 13 Abs. 1 RL ist der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit daher "berechtigt, [...] entweder die **Herstellung des vertragsgemässen Zustands** der Waren zu verlangen oder eine anteilige **Minderung des Preises** zu erhalten oder aber den **Vertrag zu beenden**".

b) Für die **Herstellung des vertragsgemässen Zustands** der Waren kann der Verbraucher nach Art. 13 Abs. 2 RL "zwischen **Nachbesserung** und **Ersatzlieferung** wählen, es sei denn, die gewählte Abhilfe wäre unmöglich oder würde dem Verkäufer im Vergleich zu der anderen Abhilfemöglichkeit unverhältnismässig hohe Kosten verursachen, und zwar unter Berücksichtigung aller Umstände, wie unter anderem" (a) "des Werts, den die Waren hätten, wenn sie vertragsgemäss wären", (b) "der Bedeutung der Vertragswidrigkeit" und (c) "des Umstands, ob die alternative Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt werden kann".

c) Nach Art. 13 Abs. 3 RL kann der Verkäufer "die **Herstellung des vertragsgemässen Zustands** der Waren verweigern, wenn ihm sowohl Nachbesserung als auch Ersatzlieferung unter Berücksichtigung aller Umstände, einschliesslich der in Absatz 2 Buchstaben a und b genannten, unmöglich wären oder **unverhältnismässige Kosten** verursachen würden".

d) Erfolgt aus den in Art. 13 Abs. 4 lit. a) bis d) RL **keine Nachbesserung oder die Ersatzlieferung**, hat der Verbraucher nach Art. 13 Abs. 4 RL entweder Anspruch auf eine anteilige **Minderung des Preises** oder auf die **Beendigung des Kaufvertrags**. Nach Art. 13. Abs. 5 RL hat der Verbraucher "keinen Anspruch auf die Beendigung des Vertrags, wenn die Vertragswidrigkeit nur geringfügig ist. Die Beweislast dafür, ob es sich um eine geringfügige Vertragswidrigkeit handelt, trägt der Verkäufer".

36. a) Nach Art. 14 Abs. 1 RL hat der Verkäufer eine **Nachbesserung** oder die Ersatzlieferung (a) "**unentgeltlich** vorzunehmen", (b) "innerhalb einer **angemessenen Frist** ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit unterrichtet hat", und (c) "**ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher, wobei die Art der Waren sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Waren benötigt, zu berücksichtigen sind".

b) Hat die Abhilfe der Vertragswidrigkeit durch Nachbesserung der Waren oder durch **Ersatzlieferung** zu erfolgen, so stellt der Verbraucher dem Verkäufer die Waren zur Verfügung. Der Verkäufer nimmt die ersetzten Waren auf seine Kosten zurück.

c) Erfordert die Nachbesserung die **Entfernung von Waren**, die entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck **montiert oder installiert** wurden, bevor die Vertragswidrigkeit offenbar wurde, oder sind solche Waren zu ersetzen, so umfasst die Pflicht zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Art. 14 Abs. 3 RL "die Entfernung der nicht vertragsgemässen Waren und die Montage oder Installierung der Ersatzwaren oder der nachgebesserten Waren oder die Übernahme der Kosten dieser Entfernung und Montage oder Installierung".

d) Nach Art. 14 Abs. 4 RL ist der Verbraucher "nicht verpflichtet, für die normale Verwendung der ersetzten Waren in der Zeit vor ihrer Ersetzung zu zahlen".

37. Nach Art. 15 RL bemisst sich die **Preisminderung** "nach dem Verhältnis, in dem der verminderte Wert der vom Verbraucher entgegengenommenen Waren zu dem Wert steht, den die Waren gehabt hätten, wenn sie vertragsgemäss gewesen wären".

38. a) Nach Art. 16 Abs. 1 RL übt der Verbraucher "sein Recht auf **Beendigung des Kaufvertrags** durch eine Erklärung an den Verkäufer aus, die seinen Entschluss zur Beendigung des Kaufvertrags zum Ausdruck bringt".

b) Bezieht sich die **Vertragswidrigkeit nur auf einen Teil** der aufgrund des Kaufvertrags gelieferten Waren und besteht ein Grund für die Beendigung des Kaufvertrags, so kann der Verbraucher den Kaufvertrag nach Art. 16 Abs. 2 RL "nur in Bezug auf diese Waren beenden, sowie in Bezug auf andere Waren, die er zusammen mit den nicht vertragsgemässen Waren erworben hat, sofern vom Verbraucher nicht vernünftigerweise erwartet werden kann, dass er akzeptiert, nur die vertragsgemässen Waren zu behalten".

c) **Beendet der Verbraucher den Kaufvertrag** insgesamt oder in Bezug auf einen Teil der gelieferten Waren, hat der Verbraucher dem Verkäufer die Waren nach Art. 16. Abs. 3 lit. a RL "auf dessen Kosten zurückzugeben" und der "Verkäufer hat dem Verbraucher den für die Waren gezahlten Preis zu erstatten, sobald er die Waren erhält oder der Verbraucher einen Nachweis erbringt, dass er die Waren zurückgesandt hat" (Art. 16. Abs. 3 lit. b RL).

39. a) Wie wir vorne gesehen haben, sind die **Rechtsbehelfe des Käufers in der Schweiz** im Wesentlichen darauf beschränkt, den Kauf rückgängig zu machen oder eine Minderung des Kaufpreises zu verlangen. Einen Anspruch auf mangelfreien Ersatz hat er nur, wenn er eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen gekauft hat. Einen Anspruch auf Nachbesserung der Kaufsache kennt das schweizerische Recht überhaupt nicht.

b) aa) Wie das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union zutreffend feststellen, dürfte ein **Anspruch auf Nachbesserung und Ersatzlieferung** einen **nachhaltigen Verbrauch** fördern und zur Verlängerung der **Haltbarkeit** von Produkten beitragen. Da solche ökologischen Überlegungen auch hierzulande immer grössere Bedeutung erlangen, drängt sich wohl schon allein deshalb eine Anpassung des OR auf.

bb) Dazu kommt, dass gerade bei **Waren, die digitale Elemente enthalten**, und bei solchen, deren digitalen Inhalte nach Übergabe der Kaufsache aktualisiert werden, die **Auflösung**

des Vertrags oder eine **Preisminderung** dem Käufer **wenig helfen**, weil er vor allem **an der funktionierenden Ware interessiert** ist. Will man den Käufer in der Schweiz daher nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste der Gesetzgeber im OR wohl auch im Interesse der Käuferschaft eine entsprechende Regelung einfügen.

40. a) Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 61) ist das Prinzip der **Haftung des Verkäufers für Schäden** ein wesentliches Element von Kaufverträgen. Deshalb sollten Verbraucher einen Anspruch auf Entschädigung für alle Schäden haben, die durch einen Verstoss des Verkäufers gegen diese Richtlinie entstanden sind, einschliesslich Schäden, die als Folge einer Vertragswidrigkeit entstanden seien. Eine solche Entschädigung solle den Verbraucher so weit wie möglich in die Lage versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die Waren vertragsgemäss gewesen wären.

Da ein solcher **Schadenersatzanspruch** bereits **in allen Mitgliedstaaten gewährleistet** sei, lasse die Richtlinie die nationalen Vorschriften über die Entschädigung von Verbrauchern für Schäden, die sich aus dem Verstoss gegen diese Vorschriften ergeben würden, unberührt. Die Mitgliedstaaten sollten ausserdem die Ansprüche von Verbrauchern auf Entschädigung in Fällen weiterhin regeln können, in denen die Nachbesserung oder Ersatzlieferung erhebliche Unannehmlichkeiten verursacht hat oder zu spät kam.

b) Da das schweizerische Recht in Art. 208 Abs. 2 OR hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs nur eine Regelung enthält, wenn der Kauf rückgängig gemacht wird (Art. 208 Abs. 1 OR) und dies in Lehre und Rechtsprechung Anlass für Meinungsverschiedenheiten ist,²⁶ wäre eine Modernisierung des Kaufvertragsrechts eine gute Gelegenheit, in Art. 208 Abs. 2 und 3 O, eine allgemeine Regelung einzuführen.

b) Beweislast für den Mangel

41. a) Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 45) sollte der **Verbraucher** während der Dauer der Gewährleistungsfrist lediglich **nachweisen** müssen, dass die **Ware vertragswidrig** sei, **ohne** jedoch **auch nachweisen** zu müssen, dass die **Vertragswidrigkeit tatsächlich bereits zu dem für die Feststellung der Vertragsmässigkeit massgebenden Zeitpunkt bestanden** habe. Um den Anspruch eines Verbrauchers abzuwehren, müsse der Verkäufer nachweisen, dass die Vertragswidrigkeit zu diesem Zeitpunkt nicht bestand. Zudem könne in manchen Fällen die Vermutung, dass die Vertragswidrigkeit zu dem für die Feststellung der Vertragsmässigkeit massgebenden Zeitpunkt bestand, mit der Art der Waren oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar sein. Ersteres könnte bei Waren der Fall sein, die aufgrund ihrer Art eine Qualitätsminderung erfahren, etwa verderbliche Produkte wie beispielsweise Blumen oder Waren, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt seien. Ein Beispiel für Letzteres würde eine Vertragswidrigkeit sein, die ausschliesslich auf eine Handlung des Verbrauchers oder eine eindeutige externe Ursache zurückzuführen sei, die erst nach der Lieferung der Waren an den Verbraucher eingetreten sei. Im Falle von Waren mit digitalen Elementen solle, wenn im Vertrag die fortlaufende Lieferung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung vorgesehen sei, der Verbraucher nicht nachweisen müssen, dass der digitale Inhalt oder die digi-

²⁶ Vgl. dazu etwa HONSELL, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 208 N 6 m.w.H.

tale Dienstleistung während des für die Feststellung der Vertragsmässigkeit massgebenden Zeitraums vertragswidrig gewesen sei. Um den Anspruch eines Verbrauchers abzuwehren, müsse der Verkäufer nachweisen, dass der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung während dieses Zeitraums vertragsgemäss gewesen sei.

b) Nach Art. 11 Abs. 1 RL wird daher "bei Vertragswidrigkeiten, die innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren offenbar werden, [...] vermutet, dass sie bereits zu dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren bestanden haben, es sei denn, das Gegenteil wird bewiesen oder diese Vermutung ist mit der Art der Waren oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar. Dieser Absatz gilt auch für Waren mit digitalen Elementen". "Statt der Frist von einem Jahr gemäss Absatz 1 können die Mitgliedstaaten eine Frist von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren beibehalten oder einführen" (Art. 11 Abs. 2 RL). "Ist im Falle von Waren mit digitalen Elementen im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vorgesehen, so trägt bei einer Vertragswidrigkeit, die innerhalb des in Artikel 10 Absatz 2 genannten Zeitraums offenbar wird, der Verkäufer die Beweislast dafür, dass der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung innerhalb des in dem angeführten Artikel genannten Zeitraums vertragsgemäss war" (Art. 11. Abs. 3 RL).

42. Wie vorne ausgeführt wurde, richtet sich die **Beweislast in der Schweiz** nach Art. 8 ZGB. Das Kaufvertragsrecht kennt keine Beweislasteileichterung, wie sie Art. 11 RL vorsieht. Hingegen sieht Art. 5 Abs. 1 lit. b PrHG eine entsprechende Regelung vor, indem er die Beweislast, dass nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der Fehler des Produkts, das den Schaden verursacht hat, noch nicht vorlag, als sie das Produkt in Verkehr brachte, der Herstellerin zuweist.²⁷ Will man den Käufer in der Schweiz daher nicht schlechter stellen als jenen in der EU, müsste der Gesetzgeber im OR wohl ebenfalls eine entsprechende Regelung einfügen.

c) Mängelrüge

43. a) Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 46) sollen die Mitgliedstaaten Bestimmungen beibehalten oder einführen dürfen, nach denen der Verbraucher seine Rechte nur geltend machen kann, wenn er den Verkäufer innerhalb eines **Zeitraums von nicht weniger als zwei Monaten** ab dem Zeitpunkt, zu dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, **über die Vertragswidrigkeit unterrichtet**. Die Mitgliedstaaten sollten ein höheres Verbraucherschutzniveau gewährleisten dürfen, indem sie keine derartige Verpflichtung einführen.

b) Nach Art. 12 RL können die Mitgliedstaaten daher Bestimmungen beibehalten oder einführen, nach denen der Verbraucher zur Inanspruchnahme seiner Rechte den Verkäufer innerhalb eines **Zeitraums von mindestens zwei Monaten** ab dem Zeitpunkt, zu dem er die **Vertragswidrigkeit festgestellt** hat, über diese Vertragswidrigkeit unterrichten muss.

44. Eine **Modernisierung** des Kaufvertragsrechts gestützt auf die Richtlinie 2019/771 wäre eine gute Gelegenheit, das **schweizerische Kaufvertragsrecht** auch in diesem Punkt **anzupassen** und die noch **aus dem römischen Marktrecht** stammende, mit der Pflicht zur sofortigen Mängelrüge verbundene **Prüfobliegenheit** zu **eliminieren**, wonach der Käufer die Beschaffenheit der

²⁷ FELLMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7 Aufl., Basel 2020, Art. 5 PrHG N 6 m.w.H.

empfangenen Sache prüfen muss, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist (Art. 201 Abs. 1 OR). In der Praxis hat sich diese Obliegenheit für juristische Laien zu einer **echten Falle** entwickelt, zum einen weil die gekaufte Sache als genehmigt gilt, wenn der Käufer eine ungesäumte Prüfung und Rüge unterlässt und zum andern, weil das Bundesgericht von unwirklich kurzen Prüfungsfristen ausgeht.²⁸ Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb die Rügefrist, wenn man das Erfordernis einer Rüge überhaupt aufrecht erhalten will (was der Schreibende nicht tun würde), nicht an der tatsächlichen Kenntnis des Mangels anknüpft, die in der Praxis sehr oft erst mit dem ersten Gebrauch der Ware eintritt.

d) Dauer der Gewährleistung

45. a) Nach Art. 10 Abs. 1 RL **haftet der Verkäufer** dem Verbraucher auch bei Waren mit digitalen Elementen, "für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren besteht und **innerhalb von zwei Jahren** nach diesem Zeitpunkt offenbar wird". "Ist im Falle von Waren mit digitalen Elementen im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum hinweg vorgesehen, haftet der Verkäufer auch für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die innerhalb von zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren mit digitalen Elementen eintritt oder offenbar wird. Ist im Vertrag eine fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren vorgesehen, haftet der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die innerhalb des Zeitraums eintritt oder offenbar wird, über den der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung laut Kaufvertrag bereitzustellen ist" (Art. 19 Abs. 2 RL).

b) Grundsätzlich stellt diese Regelung die Käufer in der EU **bezüglich des Zeitraums**, in dem sie Gewährleistungsansprüche stellen (und durchsetzen) können, **nicht besser als jene in der Schweiz**, wo die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach Art. 210 Abs. 1 OR mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer verjähren, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, der Verkäufer hat eine Haftung auf längere Zeit übernommen. Art. 210 Abs. 2 OR, wonach die Frist fünf Jahre beträgt, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben, dürfte die Käufer in der Schweiz sogar besser stellen als jene in der EU.

c) Sollten im Rahmen einer Modernisierung des Kaufvertragsrechts Garantie- bzw. Gewährleistungsfristen eingeführt werden, müssten **diese Fristen mit den Verjährungsfristen koordiniert** werden. Dazu verweise ich auf die nachfolgenden Ausführungen zur Verjährung.

d) Sollte sich der Gesetzgeber in der Schweiz mit der Einführung eines Anspruchs auf Herstellung des vertragsmässigen Zustands und einer **zweijährigen Gewährleistungsfrist** entsprechend Art. 10 und 13 RL dem Ziel der EU anschliessen, zur Förderung nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft eine längere Haltbarkeit von Waren zu gewährleisten, stellte sich die Frage, ob die **Dauer der Gewährleistungsfrist wirklich einheitlich geregelt werden kann und soll**, wie dies die RL vorsieht.

Das **Kaufvertragsrecht des OR** erfasst wie die WKRL **Waren aller Art**, so Konsumgüter und Gebrauchsgüter, die für den privaten Ge- oder Verbrauch hergestellt und gehandelt

²⁸ Vgl. dazu HONSELL, a.a.O., Art. 201 N 9.

werden, aber auch Investitionsgüter oder Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, die für den Produktionsprozess bestimmt sind. Bei den Konsumgütern für den privaten Gebrauch kann es sich um Nahrungsmittel, Medikamente, Produkte der Körperpflege etc. handeln oder um hinsichtlich der Nutzungsdauer Investitionsgütern ähnliche Gebrauchsgüter wie Möbel, Kleider oder Autos. Es dürfte **weder sinnvoll noch möglich** sein, **alle denkbaren Kaufobjekte einer einheitlichen Garantie- bzw. Gewährleistungsfrist zu unterstellen**. Hier wird man nach **verallgemeinerungsfähigen Differenzierungen** suchen müssen, die zu einer Verkürzung (etwa für Nahrungsmittel) aber auch zu einer Verlängerung (etwa für Autos) der Fristen führen können.

e) Verjährung

46. a) Nach Meinung des Europäischen Parlaments und des Rats der Europäischen Union (E. 42) soll es den Mitgliedstaaten aus Gründen der Kohärenz mit den bestehenden nationalen Rechtssystemen freistehen vorzusehen, dass Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit, die innerhalb eines Zeitraums auftritt, haften, wobei für diesen Zeitraum gleichzeitig auch eine Verjährungsfrist vorgesehen sein könne, oder dass die Abhilfen der Verbraucher nur einer Verjährungsfrist unterliege. Im erstgenannten Fall sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Zeitraum, in dem der Verkäufer haftet, nicht durch die Verjährungsfrist für die Abhilfen des Verbrauchers umgangen werde. Wenn durch diese Richtlinie deshalb auch nicht der Zeitpunkt des Beginns der nationalen Verjährungsfristen harmonisiert werden sollte, solle sie doch sicherstellen, dass solche Verjährungsfristen nicht das Recht der Verbraucher einschränken, ihre Abhilfen für eine Vertragswidrigkeit auszuüben, die während des Zeitraums offenbar werde, in dem der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit hafte. Im letzteren Fall sollten die Mitgliedstaaten in der Lage sein, nur eine Verjährungsfrist für die Abhilfen des Verbrauchers beizubehalten oder einzuführen, ohne einen bestimmten Zeitraum festzulegen, in dem die Vertragswidrigkeit offenbar werden müsse, damit der Verkäufer hafte. Um sicherzustellen, dass die Verbraucher auch in solchen Fällen gleichermassen geschützt seien, sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass in den Fällen, in denen nur eine Verjährungsfrist gelte, diese es den Verbrauchern ermöglichen solle, ihre Abhilfen für eine Vertragswidrigkeit in Anspruch zu nehmen, die zumindest während des Zeitraums offenbar werde, der in dieser Richtlinie als Haftungszeitraum vorgesehen sei.

b) Unterliegen die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach Art. 13 RL (Herstellung des vertragsgemässen Zustands der Waren, Minderung des Preises oder Beendigung des Vertrags) gemäss nationalem Recht auch einer Verjährungsfrist, stellen die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 4 RL sicher, dass diese Verjährungsfrist dem Verbraucher ermöglicht, diese Abhilfen in Anspruch zu nehmen.

47. Das **schweizerische Recht** kennt **keine Garantie- oder Gewährleistungsfristen**, sondern **nur** die vorne erwähnten (gemäss BG vom 16. März 2012 bereits revidierten) **Verjährungsfristen**. Sollte sich der Gesetzgeber in der Schweiz mit der Einführung einer zweijährigen Gewährleistungsfrist entsprechend Art. 10 RL dem Ziel der EU anschliessen, zur Förderung nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft eine längere Haltbarkeit von Waren zu gewährleisten, müsste er entweder die bestehenden Verjährungsfristen verlängern oder Mängelrüge, wenn sie beibehalten werden soll, in den Katalog des Art. 135 OR aufnehmen und ihr eine verjährungsunterbrechende Wirkung beimessen. Ohne eine solche Koordination könnte es sein,

daas Gewährleistungsansprüche zwar noch ausgeübt, wegen Verjährung aber nicht mehr durchgesetzt werden können, weil Laien nicht realisieren werden, dass sie zusammen mit der Mängelrüge gleich noch die Verjährung unterbrechen müssen.

4. **Ausschluss von Freizeichnungen**

48. a) Nach Art. 21 Abs. 1 RL ist jede **vertragliche Vereinbarung**, die die Anwendung nationaler Massnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinie **zum Nachteil des Verbrauchers ausschliesst**, davon abweicht oder deren Wirkungen abändert, bevor der Verbraucher dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit der Waren zur Kenntnis gebracht hat, für den Verbraucher nicht bindend, sofern die Richtlinie nichts anderes bestimmt. Die Richtlinie hindert den Verkäufer hingegen nicht daran, dem Verbraucher Vertragsbedingungen anzubieten, die über den in dieser Richtlinie vorgesehenen Schutz hinausgehen (Art. 21 Abs. 2 RL).

b) Wie in der Einleitung gezeigt wurde, sind in der Schweiz weitgehende Freizeichnungen möglich. Schranken sieht nur Art. 203 OR vor, wonach bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht stattfindet. Die Praxis zeigt, dass diese Beschränkung zum Schutz des Käufers nicht genügt, zumal das schweizerische Recht bis heute immer noch keine gesetzliche Regelung kennt, welche Inhalt, Bedeutung und Tragweite allgemeiner Geschäftsbedingungen normieren würden. Eine **Modernisierung des Kaufvertragsrechts in der Schweiz** wäre daher eine gute Gelegenheit, die Möglichkeiten der **Freizeichnung** wenn nicht ganz **auszuschliessen**, dann wenigstens zum Schutz des Käufers ganz **erheblich zu beschränken**.

5. **Anwendungsbereich**

49. a) Nach Art. 3 Abs. 1 RL gilt die Richtlinie 2019/771 **nur für Kaufverträge** zwischen einem **Verbraucher** und einem Verkäufer. Sie hat also als Käufer nur Personen im Auge, die im Geschäftsverkehr zu Zwecken handelt, die nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden können.

b) Die Richtlinie 2019/771 stützt sich hinsichtlich der Rechtsetzungskompetenz auf Art. 169 des **Vertrags über die Europäische Union (EUV)** und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aufgrund des am 13. Dezember 2007 in Lissabon unterzeichneten und am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrags von Lissabon. Danach leistet die Union zur **Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus** einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechts auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen. Diesen Beitrag leistet sie durch Massnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Artikel 114 erlässt und Massnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten.

Die **Beschränkung** vieler Richtlinien, so auch der Richtlinie 2019/771, **auf Förderung der Interessen der Verbraucher** und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ist auf die **beschränkte Rechtsetzungskompetenz der EU** zurückzuführen und weniger auf deren sachliche Angemessenheit.

50. a) In der Schweiz ist die **Rechtsetzungskompetenz des Bundes** im Bereich des Zivilrechts nach Art. 122 Abs. 1 BV **nicht beschränkt**. Da es keine sachlichen Gründe gibt, den Geltungsbereich eines modernisierten schweizerischen Kaufvertragsrechts auf Verbraucher zu beschränken, wäre ein solches Ansinnen in jedem Fall zu verwerfen. Dies nicht zuletzt, weil damit auch die Förderung der Kreislaufwirtschaft, der Haltbarkeit von Waren an sich und andere **ökologische Anliegen der EU-Richtlinie 2019/771** in einem wesentlichen Teil ihres Anwendungsbereichs **unterlaufen** würden. Dazu kommt Folgendes:

b) Im Jahr 2018 gab es in der Schweiz insgesamt rund 59'000 **kleine und mittlere Unternehmen** (KMU) mit maximal 249 Beschäftigten. Die grosse Mehrheit dieser KMU sind sogenannte Mikrounternehmen mit weniger als 10 Mitarbeitenden. Soweit sie nicht – wie etwa Anwaltskanzleien – selbst Rechtsdienstleistungen erbringen, stehen diese Betriebe unter der Leitung juristischer Laien. Deren Rechtskenntnisse gehen üblicherweise nicht wesentlich weiter als jene von Verbrauchern. Sie **bedürfen daher des gleichen Schutzes** wie diese.

Auch **Grossbetriebe** betreiben ihre Rechtsabteilungen selten mit dem Fokus auf ihren Wareneinkauf. Es ist daher nicht einzusehen, warum man von ihnen verlangen sollte, durch Verträge erst auszuhandeln, was zum Schutz von Verbrauchern gesetzliche Geltung hat. Der entsprechende juristische Aufwand würde letztlich nur zur **Verteuerung ihrer Leistungen** führen und steht daher sicher **nicht im volkswirtschaftlichen Interesse**.

6. Fazit

51. a) Meine Ausführungen haben gezeigt, dass das geltende **Kaufvertragsrecht des OR** der **technologischen Entwicklung nicht mehr gerecht** wird, die zu einem wachsenden Markt für Waren geführt hat, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit diesen verbunden sind. Die Gewährleistungsvorschriften des Kaufvertragsrechts verschaffen dem Käufer vor allem **keinen adäquaten Rechtsschutz, wenn digitale Dienstleistungen mangelhaft** sind.

b) Dazu kommt, dass sich das **Fehlen eines Anspruchs auf Herstellung des vertragsgemässen Zustands** gerade bei digitalen Inhalten als **wirkliche Lücke** erweist, weil Minderung des Kaufpreises oder Wandelung des Vertrags nicht den wirklichen Interessen der Käuferinnen und Käufer entspricht.

c) Schliesslich enthält das geltende Recht etwa mit der Prüf- und Rügeobliegenheit **Regelungen**, die sich **in der Praxis als echte Fallen** erweisen und **mit einer modernen Rechtsanschauung nicht zu vereinbaren** sind.

E. Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der der Richtlinie (EU) 2019/770

52. Gemäss Ziff. 13 der Erwägungsgründe der Richtlinie (EU) 2019/771 soll diese Richtlinie und die Richtlinie 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates einander ergänzen. Während in der Richtlinie 2019/771 Vorschriften über bestimmte Anforderungen an Verträge für den Warenkauf festgelegt würden, enthalte die **Richtlinie (EU) 2019/770** Vorschriften über bestimmte **Anforderungen an Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen**. Um den Erwartungen der Verbraucher zu entsprechen und einen klaren und einfachen Rechtsrahmen für Unternehmer, die digitale Inhalte anbieten würden, sicherzustellen, gelte die Richtlinie (EU) 2019/770 auch für **digitale Inhalte**, die **auf körperlichen Datenträgern wie DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten** bereitgestellt würden, sowie für den **körperlichen Datenträger** selbst, sofern die körperlichen Datenträger ausschliesslich als Träger der digitalen Inhalte dienten. Im Unterschied dazu solle die Richtlinie 2019/771 für Verträge über den Verkauf von Waren, einschliesslich Waren mit digitalen Elementen, gelten, die einen digitalen Inhalt oder eine digitale Dienstleistung benötigten, um ihre Funktionen erfüllen zu können.

Die **Richtlinie 2019/770** soll sich unter anderem auf **Computerprogramme**, Anwendungen, **Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher** und andere elektronische Publikationen und auch **digitale Dienstleistungen** erstrecken, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglichen, einschliesslich Software-as-a-Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten würden. Da es zahlreiche Möglichkeiten für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen gebe, wie beispielsweise die Übermittlung auf einem körperlichen Datenträger, das Herunterladen auf Geräte des Verbrauchers, Streaming oder die Ermöglichung des Zugangs zu Speicherkapazitäten für digitale Inhalte oder zur Nutzung von sozialen Medien, solle diese Richtlinie unabhängig von der Art des für die Datenübermittlung oder die Gewährung des Zugangs zu den digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen verwendeten Datenträgers gelten (E. 19). Die Richtlinie 2019/770 soll aber auch für Verträge über die Entwicklung **massgeschneiderter digitaler Inhalte** gemäß den Anforderungen des Verbrauchers gelten, auch für massgeschneiderte Software (E. 26).

53. Nach den Erwägungsgründe der Richtlinie (EU) 2019/770 (E. 11) soll diese gemeinsame Vorschriften für bestimmte **Anforderungen an Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen** festlegen. Zu diesem Zweck sollten die Vorschriften über die Vertragsmässigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, Abhilfen im Fall ihrer Vertragswidrigkeit oder nicht erfolgten Bereitstellung, und die Art und Weise der Inanspruchnahme dieser Abhilfen, sowie die Änderung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, vollständig harmonisiert werden. Gemäss E. 12 soll die Richtlinie (EU) 2019/770 indessen die **Rechtsnatur von Verträgen** über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen **nicht bestimmen**, sondern die Klärung der Frage, ob solche Verträge beispielsweise einen Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag oder einen Vertrag sui generis darstellten, sollte dem nationalen Recht überlassen.

54. Wie die Richtlinie (EU) 2019/771 definiert auch die Richtlinie (EU) 2019/770 subjektive (Art. 7) und objektive (Art. 8) **Anforderungen an die Vertragsmässigkeit**, inkl. Aktualisierungen, einschliesslich Sicherheitsaktualisierungen, regelt die **unsachgemässe Integration** der digitalen

Inhalte oder digitalen Dienstleistungen (Art. 9), die **Beweislast** für vertragsmässige Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen (Art. 12), die **Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung** (Art. 13) und die **Abhilfen bei Vertragswidrigkeit** (Art. 14). Danach hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit unter bestimmten Bedingungen **Anspruch auf Herstellung des vertragsgemässen Zustands** der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, auf eine anteilmässige **Preisminderung** oder auf **Beendigung** des Vertrags (Art. 14 Abs. 1). Anspruch auf Herstellung des vertragsgemässen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen hat der Verbraucher, wenn dies nicht unmöglich ist oder dem Unternehmer Kosten verursachen würde, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unverhältnismässig wären (Art. 14 Abs. 2).

55. Zwar gibt auch Art. 368 Abs. 2 OR dem Besteller bei Mängeln des Werks das Rechts, einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohn machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werks und bei Verschulden Schadenersatz verlangen. Wie vorne gezeigt wurde, ist im Einzelfall die **Qualifikation des Vertrags** über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen in der Schweiz jedoch **strittig**. Kommt Auftragsrecht zur Anwendung, hat der Auftraggeber nur Anspruch auf Schadenersatz. Auch soweit auf solche Verträge Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommt, fehlt ein Anspruch auf Nachbesserung.

56. Insgesamt für daher auch die **Umsetzung der Richtlinie 2019/770** die **Rechtslage des Kunden in der Schweiz** erheblich **stärkten**. Zu fragen ist bloss, wie diese zu bewerkstelligen wäre. Während eine Umsetzung der Richtlinie 2019/771 im Kaufvertragsrecht des OR möglich wäre, müssten die Regeln der Richtlinie 2019/770 in verschiedene Vertragstypen integriert werden, wo sie nach der (historischen) Konzeption des Vertragstyps eigentlich nicht passen, um dem Risiko zu begegnen, dass die Rechte des Kunden über eine abweichende Qualifikation des Vertrags geschälert würden.

Nach Meinung des Schreibenden sollte der Gesetzgeber in der Schweiz die Gelegenheit ergreifen, einen **neuen Vertragstyp über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen** zu schaffen. Nur so kann es gelingen, auf die Besonderheiten der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen einzugehen und für sie eine sachgerechte Regelung zu schaffen, die sich inhaltlich der Richtlinie 2019/770 orientiert.