

Peter Gauch

Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR

Für die Mitglieder der eidgenössischen Räte gibt es gewiss politisch brisantere Themen als die Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte. Und doch spielt deren Verjährung in der Vertragspraxis eine derart wichtige Rolle, dass es angezeigt erscheint, sich mit dem Revisionsentwurf zur besagten Verjährung rechtlich auseinanderzusetzen. Der nachstehende Beitrag versucht, dies zu tun, indem er die vom Entwurf betroffenen Gesetzesartikel in der Fassung des Revisionsvorschlages (E-Art. 210, 371 und 199 OR) zitiert und einer zum Teil kritischen Analyse unterwirft. Da der Entwurf von der Rechtskommission des Nationalrates stammt und vom Nationalrat bereits angenommen wurde, wird dabei häufig auch auf den einschlägigen Bericht dieser Kommission und bisweilen auf die Beratungen im Nationalrat Bezug genommen.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. E-Art. 210 OR
- III. E-Art. 371 OR
- IV. E-Art. 199 OR
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Angeregt durch parlamentarische Initiativen hat die Rechtskommission des Nationalrates (nach Absprache mit der Kommission des Ständerates) einen **Revisionsentwurf zur kauf- und werkvertragsrechtlichen Mängelhaftung** ausgearbeitet, der sich mit der **Dauer der Verjährung** befasst. Der im BBl 2011 2899 f. veröffentlichte Gesetzesentwurf, den der Bundesrat unterstützt (BBl 2011 3903 ff./3906), wurde vom Nationalrat in seiner Sitzung vom 14. September 2011 mit grosser Mehrheit angenommen.¹ Er bezieht sich auf die Artikel 199, 210 und 371 des Obligationenrechts. Nachfolgend wird er analysiert und zum Teil kritisiert, wobei zunächst E-Art. 210 OR, dann E-Art. 371 OR und schliesslich E-Art. 199 OR zur Sprache kommen. Soweit auf den **Kommissionsbericht** verwiesen wird, ist der deutschsprachige Bericht der nationalrätlichen Rechtskommission vom 21. Januar 2011 gemeint (BBl 2011 2889 ff.).

Dr. iur. Dr. h.c., Professor em. der Universität Freiburg und ständiger Gastprofessor der Universität Luzern. Das Korrekturlesen des Textes und die Nachkontrolle der Zitate wurden durch MLaw Daniel Kuhn am Freiburger Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht besorgt.

¹ Vgl. das elektronische (bei der Redaktion des vorliegenden Beitrages noch provisorische) Protokoll der Nationalratsdebatte vom 14. September 2011 (vierte Sitzung, Geschäftsnummer 06.490).

Ob nach dem Nationalrat auch der Ständerat gewillt ist, den Entwurf überhaupt und unverändert anzunehmen, wird die Zukunft zeigen.

II. E-Art. 210 OR

1. Art. 210 OR betrifft die Verjährung der «Sachmängelansprüche» (der Mängelrechte des Käufers) beim **Fahrniskauf** (Art. 187 OR). Nach dem Gesetzesentwurf der nationalrätlichen Rechtskommission, der vom Nationalrat angenommen wurde, soll er in seiner neuen (revidierten) Fassung (**E-Art. 210 OR**) wie folgt lauten:

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

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

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

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

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

2. Die wesentlichen Unterschiede zum heute geltenden Art. 210 OR finden sich in E-Art. 210 Abs. 1 und 2 OR. In **E-Art. 210 Abs. 1 OR** wird die

ordentliche Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Fahrniskäufers von bisher einem Jahr auf zwei Jahre erhöht. Abgesehen von dieser Änderung übernimmt E-Art. 210 Abs. 1 OR den Text des geltenden Art. 210 Abs. 1 OR und damit auch die Regel, wonach die Verjährung mit der Ablieferung der Kaufsache zu laufen beginnt. Demzufolge lässt E-Art. 210 Abs. 1 OR die Mängelrechte des Käufers zwei Jahre nach der Ablieferung verjähren. Von der verlängerten Verjährungsfrist profitieren zu Recht auch Fahrniskäufer, deren Kaufverträge nicht unter die Kategorie der «Konsumgüterkäufe» fallen, obwohl die Frist nach der Meinung der nationalrätlichen Rechtskommission «zwecks einer moderaten Stärkung des Konsumentenschutzes verlängert werden sollte» (Kommissionsbericht, BBI 2011 2892).

Die Verlängerung der Verjährungsfrist von einem auf zwei Jahre, die E-Art. 210 Abs. 1 OR vorsieht, ist zweifellos ein Schritt in die richtige Richtung, wobei jedoch eine noch längere Verjährungsfrist erforderlich wäre, um die Interessen der Käufer unter dem Gesichtspunkt der Verjährung angemessen zu schützen. Unzureichend ist die zweijährige Frist, die mit der Ablieferung der Kaufsache zu laufen beginnt, namentlich auch mit Bezug auf die Verjährung von Ersatzansprüchen, die den Käufern aus Mangelfolgeschäden zustehen. Da Mangelfolgeschäden oft erst längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache eintreten, wird es auch bei einer zweijährigen Frist nicht selten vorkommen, dass die betreffenden Ersatzansprüche verjähren, noch bevor der Schaden eintritt.

3. E-Art. 210 Abs. 1 OR entspricht, wie soeben dargelegt, dem geltenden Art. 210 Abs. 1 OR, mit dem einzigen Unterschied, dass er die ordentliche Verjährungsfrist für die Mängelrechte des Fahrniskäufers auf zwei Jahre erhöht. Völlig neu dagegen ist die Regel des **E-Art. 210 Abs. 2 OR**, wonach die Verjährung nicht nur zwei, sondern fünf Jahre beträgt, «wenn die Sache bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat». Diese Regel, der ein berechtigtes Anliegen zugrunde liegt, wurde in Anlehnung an § 438 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b des deutschen BGB formuliert. Mit Rücksicht auf den «Neuheitscharakter», der ihr für das schweizerische Obligationenrecht zukommt, rechtfertigt es sich, näher auf sie einzutreten:

3.1 *Vorab ist ein Zweifaches festzuhalten:* Dass erstens die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes auf (mindestens) einem Mangel der gekauften Sache beruhen muss, damit der Tatbestand des E-Art. 210 Abs. 2 OR erfüllt ist; und dass zweitens die fünfjährige (statt zweijährige) Frist nur

und gerade für die Mängelrechte aus einem Mangel gilt, der die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht hat, nicht auch für die Rechte des Bestellers aus anderen Mängeln der Kaufsache. Dieses Verständnis der Bestimmung ergibt sich nicht schon aus der Formulierung des E-Art. 210 Abs. 2 OR, die diesbezüglich unklar gefasst ist. Vielmehr ergibt es sich erst aus einer Auslegung, die in Betracht zieht, dass es keinen Sinn machen würde, die fünf- (statt zwei-) jährige Frist des E-Art. 210 Abs. 2 OR auch insoweit anzuwenden, als die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes zwar durch die hierfür verwendete Kaufsache verursacht wurde, ihre Ursache aber nicht in einem Mangel der Kaufsache oder in einem anderen Mangel als dem infrage stehenden hat. Beruht die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes z. B. auf einer fehlerhaften Verwendungsweise, nicht aber auf einem Mangel der Kaufsache, so bleibt E-Art. 210 Abs. 2 OR gänzlich aus dem Spiel.

3.2 Mit der auf fünf Jahre verlängerten Frist zielt E-Art. 210 Abs. 2 OR darauf ab, die Verjährungsdauer der kaufrechtlichen Mängelrechte in den von ihm erfassten Fällen mit der Verjährung zu *koordinieren*, der die werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers bei unbeweglichen Werken unterliegen. Dabei wird vorausgesetzt, dass die gesetzliche Verjährungsfrist bei unbeweglichen Werken (nicht nur bei «unbeweglichen Bauwerken») fünf Jahre beträgt, worauf in den Bemerkungen zu E-Art. 371 OR zurückzukommen ist.

3.3 Die angestrebte Koordination soll nach der Idee, die im Bericht der nationalrätlichen Rechtskommission zum Ausdruck kommt, *primär dem Werkunternehmer dienen, der eine von ihm gekaufte Fahrnissache für ein unbewegliches Werk verwendet hat*. Es soll möglichst vermieden werden, dass seine Mängelrechte für den Mangel der von ihm gekauften Sache bereits verjährt sind, wenn er für die Mangelhaftigkeit seines Werkes mit unverjährten Mängelrechten des Bestellers in Anspruch genommen wird. Oder mit den Worten des Kommissionsberichts ausgedrückt: Es «soll der Problematik entgegengewirkt werden, dass ein Unternehmer im Falle eines Mangels des unbeweglichen Werkes ... zwar vom Besteller noch belangt werden kann, seine Ansprüche gegenüber einem Lieferanten ... aber bereits verjährt sind» (BBI 2011 2890). Dieser Normzweck wird allerdings nur unvollständig erreicht. Denn:

– Die Verjährung der kaufrechtlichen Mängelrechte beginnt auch nach E-Art. 210 Abs. 2 OR schon mit der Ablieferung der Kaufsache zu laufen (E-Art. 210 Abs. 1 OR), während die werk-

vertraglichen Mängelrechte des Bestellers erst mit der späteren Abnahme des Werkes zu verjähren beginnen (E-Art. 371 Abs. 1 OR). Auf diese Diskrepanz wird im Kommissionsbericht ausdrücklich hingewiesen (BBI 2011 2897).

- Des Weiteren kann die fünfjährige Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte durch Unterbrechung oder durch Vereinbarung zwischen Unternehmer und Besteller verlängert oder deren Beginn durch einen Hemmungsgrund hinausgeschoben werden, ohne dass dies den Beginn und/oder die Dauer der kaufrechtlichen Verjährung nach E-Art. 210 Abs. 2 OR beeinflusst.
- Und schliesslich kann die fünfjährige Verjährungsfrist des E-Art. 210 Abs. 2 OR durch Vereinbarung verkürzt werden, wenn auch nur in den Schranken des Gesetzes, ohne dass dies einen Einfluss auf die fünfjährige Verjährungsfrist für die werkvertraglichen Mängelrechte hat.

Aus den erwähnten Gründen ist trotz der angestrebten Koordination möglich, dass die Mängelrechte des Werkunternehmers für den Mangel der von ihm gekauften Sache schon verjährt sind, wenn er für die Mangelhaftigkeit seines Werkes mit unverjährten Mängelrechten des Bestellers in Anspruch genommen wird. Möglich ist sogar, dass die Mängelrechte des Werkunternehmers gegenüber dem Verkäufer verjähren, noch bevor die Mängelrechte des Bestellers gegenüber dem Unternehmer zu verjähren beginnen.

3.4 Nach seiner Formulierung beschlägt E-Art. 210 Abs. 2 OR *nicht nur das Verhältnis zwischen dem Werkunternehmer und dem Verkäufer, von dem der Werkunternehmer die mangelhafte und für das unbewegliche Werk verwendete Sache gekauft hat*. Hat der betreffende Verkäufer die dem Unternehmer verkaufte Sache seinerseits von einem anderen gekauft und dieser allenfalls wiederum von einem anderen (usw.), so kommt E-Art. 210 Abs. 2 OR auch auf die «vorgelagerten» Kaufverträge zur Anwendung. Das aber bedeutet, dass der Käufer einer mangelhaften Sache auch dann von der fünfjährigen Verjährungsfrist des E-Art. 210 Abs. 2 OR profitiert, wenn die von ihm gekaufte Sache von einem Dritten, der sie von ihm oder einer Zwischenperson erworben hat, für ein unbewegliches Werk verwendet wurde. Darin besteht gewissermassen der sekundäre Zweck, der mit E-Art. 210 Abs. 2 OR verfolgt wird. Die fünfjährige Frist des E-Art. 210 Abs. 2 OR soll, wie im Kommissionsbericht (BBI 2011 2898) nachzulesen ist, insbesondere auch für die Lieferan-

ten des «Verwenders» von Nutzen sein, damit sie leichter auf ihre eigenen Gewährsleute zurückgreifen können.

3.5 Damit die fünfjährige Frist des E-Art. 210 Abs. 2 OR eingreift, ist nach Massgabe dieser Vorschrift *vorausgesetzt*, dass die gekaufte Sache «bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat». Ob der Käufer oder ein anderer der «Verwender» der Sache ist, macht für die Anwendung des E-Art. 210 Abs. 2 OR keinen Unterschied. Darauf wurde im vorstehenden Abschnitt hingewiesen. Darüber hinaus stellen sich nun aber verschiedene Fragen, die ebenfalls der Klärung bedürfen, namentlich die folgenden:

a. E-Art. 210 Abs. 2 OR setzt für die Anwendung der fünfjährigen Frist zunächst voraus, dass die gekaufte Sache für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist. Was aber ist mit der «Verwendung» gemeint, von der die Bestimmung spricht? Der zitierte (deutsche) Wortlaut des E-Art. 210 Abs. 2 OR enthält diesbezüglich keine weiteren Angaben, die der Präzisierung dienen.

Sicher scheint zu sein, dass E-Art. 210 Abs. 2 OR die vorausgesetzte «Verwendung» auf die Herstellung des Werkes bezieht, also voraussetzt, dass die mangelhafte Kaufsache für die Herstellung eines unbeweglichen Werkes verwendet wurde.² Dies ist freilich in zweifacher Weise möglich. Denn für die Herstellung eines Werkes können gekaufte Sachen entweder als Werkstoff verwendet werden, der im Werk verbleibt, oder als Arbeitsmittel («Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften»), die der Unternehmer zur Ausführung des Werkes benötigt (Art. 364 Abs. 3 OR).³ So oder anders kann ein Mangel der verwendeten Sache zur Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes führen.

Befürwortet man eine restriktive Auslegung, so ist anzunehmen, dass in E-Art. 210 Abs. 2 OR eine Verwendung als Werkstoff, nicht auch als Arbeitsmittel, gemeint ist. Eine solche Auslegung, die den Anwendungsbereich des E-Art. 210 Abs. 2 OR auf Fälle beschränkt, in denen die gekaufte Sache als Werkstoff verwendet wurde, harmonisiert jedenfalls mit dem französischen und italienischen Wortlaut des E-Art. 210 Abs. 2 OR, worin von Sachen («choses») bzw. von einer Sache («cosa») die Rede ist, die in ein unbewegliches Werk integriert («intégrées») worden sind bzw. integriert («integrata»)

² Das unbewegliche Werk, für dessen Herstellung die Kaufsache verwendet wurde, kann auch im Ergebnis von Arbeiten (z. B. Umbau-, Erneuerungs-, Ergänzungs- oder Reparaturarbeiten) bestehen, die an einem vorbestandenem unbeweglichen Werk ausgeführt worden sind.

³ Vgl. dazu Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 66 f. und Nr. 69 f.

wurde. In die gleiche Richtung weist auch der Kommissionsbericht, wenn er die Lieferung des Verkäufers als «Materiallieferung» bezeichnet (BBI 2011 2897) oder beispielhaft von «Fenstern» spricht, welche die Mangelhaftigkeit eines unbeweglichen Werkes verursachen (BBI 2011 2897). Und schliesslich war in den Beratungen des Nationalrates wiederholt vom «Einbringen» oder «Einbau» der beweglichen Sache in ein unbewegliches Werk die Rede⁴, was nur auf eine Verwendung als Werkstoff passt. Trotz allem aber scheint mir, dass die Auslegungsfrage nicht restlos geklärt ist.

b. Sodann setzt E-Art. 210 Abs. 2 OR voraus, dass die gekaufte Sache «*bestimmungsgemäss*» für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist. Wann aber ist diese Voraussetzung erfüllt? Darauf geben weder der Wortlaut der Bestimmung noch der Kommissionsbericht eine Antwort, die weiterhilft. Der Kommissionsbericht erklärt zwar, dass die Voraussetzung der «*bestimmungsgemässen*» Verwendung solche «Verkäufer ... schützen» soll, «welche mit beweglichen Sachen ... handeln, die in keinem Zusammenhang mit einem unbeweglichen Werk stehen. Sie sollen nicht das Risiko tragen, wenn diese ... für ein unbewegliches Werk verwendet werden» (BBI 2011 2897). Abgesehen davon, dass E-Art. 210 Abs. 2 OR nicht nur auf Kaufverträge mit «Händlern» zur Anwendung kommt, dispensiert die zitierte Aussage jedoch nicht vom Erfordernis, die gestellte Frage differenziert zu beantworten.

Nach meiner Ansicht dürfte die Voraussetzung der «*bestimmungsgemässen*» Verwendung nur dann erfüllt sein, wenn die gekaufte Sache (zumindest auch!) dazu bestimmt war, erstens für ein unbewegliches Werk, zweitens für ein unbewegliches Werk der betreffenden Art und drittens so verwendet zu werden, wie sie tatsächlich verwendet wurde. Mit dieser Interpretation wird klargestellt, dass die Voraussetzung, um die es hier geht, nicht schon dann erfüllt ist, wenn die gekaufte Sache dazu bestimmt war, für ein unbewegliches Werk verwendet zu werden. Wurde sie z. B. bestimmungswidrig für die Auskleidung eines Schwimmbeckens statt für die Abdichtung eines Flachdaches, für einen Aussen- statt für einen Innenanstrich oder als Werkstoff statt als Arbeitsmittel verwendet, so fehlt es für die Anwendung der fünfjährigen Frist an einer Voraussetzung des E-Art. 210 Abs. 2 OR.

Mit dem Gesagten ist allerdings noch nicht geklärt, nach welchem Kriterium es sich beurteilt, für welche Verwendung eine konkrete Kaufsache im Sinne des E-Art. 210 Abs. 2 OR «bestimmt» ist.

Diesbezüglich kommt es meines Erachtens auf den üblichen oder mit dem Verkäufer vereinbarten Verwendungszweck an, wobei ein vereinbarter Verwendungszweck dem üblichen vorgeht. Beizufügen ist freilich, dass die französische (nicht aber die italienische) Fassung des E-Art. 210 Abs. 2 OR lediglich auf den normalen Gebrauch («à l'usage, auquel [les choses] sont normalement destinées») abstellt und es auch nach dem Wortlaut des § 438 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b BGB allein auf die «übliche Verwendungsweise» ankommt. Warum eine Vereinbarung über den Verwendungszweck hinter der Übung zurücktreten soll, ist jedoch nicht einzusehen.

c. Schliesslich setzt E-Art. 210 Abs. 2 OR voraus, dass die gekaufte Sache, die bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet wurde, *dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat*. Gemeint ist, dass ein Mangel der gekauften Sache, für den der Verkäufer seinem Käufer haftet, ursächlich für einen Mangel des Werkes war, für dessen Herstellung die Kaufsache verwendet worden ist, wobei eine blosser Mitverursachung (z. B. zusammen auch mit einem anderen Mangel der Kaufsache oder einem unsorgfältigen Vorgehen des Unternehmers) genügen dürfte. Beizufügen ist:

Da der Werkmangel darin besteht, dass dem abgelieferten Werk eine bestimmte (vereinbarte oder vorausgesetzte) Eigenschaft fehlt, die es nach dem jeweiligen Werkvertrag haben müsste⁵, hängt die Anwendbarkeit der fünfjährigen Frist immer auch vom Inhalt des konkreten Werkvertrages ab. Denn je mehr Mängel das unbewegliche Werk nach Massgabe des konkreten Werkvertrages aufweist, umso grösser ist die Möglichkeit, dass ein Mangel des Werkes durch einen Mangel der Kaufsache verursacht wurde. Darauf aber hatte der Verkäufer der mangelhaften Kaufsache im Normalfall keinerlei Einfluss, dies schon gar nicht, wenn sein Käufer ein anderer als der Werkunternehmer ist, der die Sache für ein unbewegliches Werk verwendet hat.

d. Sind sämtliche Voraussetzungen des E-Art. 210 Abs. 2 OR erfüllt, so verjährt die kaufrechtliche Haftung des Verkäufers für den Mangel der Kaufsache, die den Mangel des unbeweglichen Werkes verursacht hat, in fünf (statt in nur zwei) Jahren. Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen dies zutrifft, kann zunächst auf bereits Gesagtes verwiesen werden. Ausserdem stellt sich aber die Frage, ob zu den in E-Art. 210 Abs. 2 OR erwähnten Voraussetzungen noch weitere hinzutreten, die in E-Art. 210 Abs. 2 OR überhaupt nicht

⁴ Vgl. das in Fn. 1 zitierte Protokoll.

⁵ Vgl. Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 1355 ff.

(auch nicht andeutungsweise) erwähnt werden. Oder anders gefragt:

- Gilt erstens die fünfjährige Verjährungsfrist des E-Art. 210 Abs. 2 OR auch dann, wenn der Werkunternehmer für den durch den Mangel der Kaufsache verursachten Werkmangel überhaupt nicht haftet? Oder bleibt es bei der nur zweijährigen Verjährung des E-Art. 210 Abs. 1 OR, falls der Werkunternehmer von der Haftung für den betreffenden Mangel aus irgendeinem Grund befreit ist?
- Gilt zweitens die fünfjährige Verjährungsfrist bezüglich der mangelhaften Kaufsache auch dann, wenn die Verjährungsfrist für die Haftung des Werkunternehmers durch Vereinbarung unter fünf Jahre verkürzt wurde?
- Gilt drittens die fünfjährige Verjährungsfrist auch dann, wenn der Werkunternehmer die Kaufsache in Kenntnis des Mangels verwendet hat, durch den die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes verursacht wurde?
- Kommt viertens die fünfjährige Verjährungsfrist auch dann zur Anwendung, wenn die gekaufte Sache erst nach dem Ablauf von zwei Jahren seit ihrer Ablieferung für ein unbewegliches Werk verwendet wurde? Oder bleibt es hier bei der zweijährigen Frist des E-Art. 210 Abs. 1 OR?
- Was gilt fünftens, wenn die für das unbewegliche Werk verwendete Sache nicht vom Werkunternehmer gekauft wurde, sondern vom Besteller des Werkes, der sie dem Unternehmer zur Herstellung des Werkes zur Verfügung gestellt hat. Kommt E-Art. 210 Abs. 2 OR auch in einem solchen Fall zur Anwendung?

e. Die vorstehenden Ausführungen zu E-Art. 210 Abs. 2 OR haben aufgezeigt, dass diese Bestimmung *zahlreiche Fragen* aufwirft. Ob und welche dieser Fragen der nationalrätlichen Rechtskommission bewusst waren, bleibt bei der Lektüre ihres Kommissionsberichts weitgehend ungewiss. So oder so aber steht fest: Sollte E-Art. 210 Abs. 2 OR unverändert und ohne weitere Auslegungshilfe durch die Materialien in das Gesetz übertragen werden, so würde es viele Jahre dauern, bis Lehre und Rechtsprechung die bestehenden Unklarheiten zuverlässig ausgeräumt hätten. Das jedoch wäre das Gegenteil von Rechtssicherheit, deren Gewährleistung eine primäre Aufgabe des Verjährungsrechts ist. Dass die Verfasser des E-Art. 210 Abs. 2 OR sich an der Formulierung des § 438 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b BGB orientiert haben, vermag

daran nichts zu ändern, sondern zeigt nur auf, dass auch Texte des deutschen Gesetzgebers einer kritischen Hinterfragung bedürfen, bevor sie in das schweizerische Recht übernommen werden.

4. Neben den behandelten beiden Absätzen (Abs. 1 und 2) enthält E-Art. 210 OR noch drei weitere Absätze: **die Absätze 3–5**. Abgesehen von partiellen Abweichungen und einer neuen Zählweise stimmen diese Absätze des E-Art. 210 OR mit den Absätzen 1^{bis}–3 des geltenden Art. 210 OR überein. Eine Abweichung findet sich in E-Art. 210 Abs. 5 OR. Dort wurde, verbunden mit einer geringfügigen Umformulierung, der nachstehend in *kursiv* hervorgehobene Satzteil eingefügt, sodass er folgenden Wortlaut hat: «Der Verkäufer kann *die gemäss den Absätzen 1 und 2 sowie die mit Ablauf eines Jahres gemäss Absatz 3 eintretende Verjährung nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.*» Bringt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum geltenden Art. 210 Abs. 3 OR⁶ sinngemäss auch auf E-Art. 210 Abs. 5 OR zur Anwendung, so bedeutet dies für die Verjährung nach Massgabe des E-Art. 210 OR, dass an die Stelle der zweijährigen (Abs. 1), der fünfjährigen (Abs. 2) oder der relativen einjährigen Frist (Abs. 3) eine Verjährungsfrist von zehn Jahren tritt, wenn der Tatbestand der absichtlichen Täuschung erfüllt ist. Auf die absolute 30-jährige Frist des E-Art. 210 Abs. 3 OR hat die Täuschung hingegen keinen Einfluss; trotz der absichtlichen Täuschung des Käufers bleibt es bei der 30-jährigen Frist.

III. E-Art. 371 OR

1. Art. 371 OR betrifft die Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte. Nach dem Gesetzesentwurf der nationalrätlichen Rechtskommission, der vom Nationalrat angenommen wurde, soll er in seiner neuen (revidierten) Fassung (**E-Art. 371 OR**) wie folgt lauten:

«¹ Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes zu laufen.

² Dies gilt auch für den Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Werkes gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben.»

⁶ BGE 107 II 232; 100 II 33 f.; BGr 4A_301/2010 vom 7.9.2010, E 3.2.

Nachfolgend befasse ich mich zunächst mit dem ersten, dann mit dem zweiten Absatz des E-Art. 371 OR.

2. E-Art. 371 Abs. 1 OR umfasst zwei Sätze. Der erste Satz stimmt mit dem Wortlaut des geltenden Art. 371 Abs. 1 OR überein. Der zweite (neue) Satz hält fest, dass die Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt, was schon der heutigen Rechtslage entspricht⁷, im geltenden Art. 371 OR jedoch nur in dessen Abs. 2, bezüglich der Verjährung bei einem «unbeweglichen Bauwerk», explizit festgehalten wird.

2.1 Was die *Dauer der Verjährung* betrifft, so sieht E-Art. 371 OR davon ab, die massgeblichen Fristen ausdrücklich zu benennen. Vielmehr lässt er es auch mit Bezug auf die Verjährungsfristen beim Verweis des Abs. 1 bewenden, wonach «die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes ... gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers» verjähren. Unter Einbezug des kaufrechtlichen E-Art. 210 OR führt dies zu folgendem Resultat:

a. Bei *beweglichen Werken* beträgt die Frist für die Verjährung, der die Mängelrechte des Bestellers unterliegen, *grundsätzlich zwei Jahre* statt heute ein Jahr. Diese Regelung ergibt sich aus einer analogen Anwendung des E-Art. 210 Abs. 1 OR. Sie ist begrüssenswert, wobei allerdings eine noch längere Verjährungsfrist erforderlich wäre, um die Interessen der Besteller unter dem Gesichtspunkt der Verjährung angemessen zu schützen. Diesbezüglich gilt sinngemäss das Gleiche, was schon mit Bezug auf die Käufer einer Fahrnisache gesagt wurde.

b. Anders verhält es sich mit der Verjährungsdauer, wenn es um Mängel eines *unbeweglichen Werkes* geht, für die der Unternehmer einzustehen hat. Alsdann beträgt die Verjährungsfrist *fünf Jahre*, was im kaufrechtlichen E-Art. 210 Abs. 2 OR vorausgesetzt und im Kommissionsbericht als Analogie zu Art. 219 Abs. 3 OR verstanden wird (BBI 2011 2898). Diese fünfjährige Verjährungsfrist bezieht sich auf die Mängelrechte des Bestellers aus einem *unbeweglichen Werk*⁸, während der heute geltende Art. 371 Abs. 2 OR eine Verjährung von fünf Jahren nur bei Mängeln eines «unbeweglichen Bauwerkes» vorsieht⁹. Der Unterschied ist

von der Rechtskommission des Nationalrates so gewollt. Indem «der Begriff des unbeweglichen Werks den enger gefassten Begriff des unbeweglichen Bauwerks» ersetzt, soll «das gesetzliche System einfacher und übersichtlicher» werden (Kommissionsbericht, BBI 2011 2897). In der Sache führt dies dazu, dass der Anwendungsbereich der fünfjährigen Frist, verglichen mit der geltenden Rechtslage, erweitert wird. Nach einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob und weshalb sich die Änderung, die einen Bruch mit einer über hundertjährigen Tradition darstellt, auch materiell rechtfertigt, sucht man im Kommissionsbericht vergeblich. Auch lässt sich dem Bericht nicht entnehmen, ob die Kommission sich ein Bild von möglichen Fällen gemacht hat, die unter den erweiterten Anwendungsbereich der fünfjährigen Frist fallen. Dazu gehören z. B. Fälle, in denen die Werkleistung des Unternehmers lediglich in der Beschneidung eines Baumes, in der Bepflanzung eines Gartens, im Mähen einer Wiese, im Tapezieren einer Wohnung, im Entkalken eines mit dem Erdboden fest verbundenen Warmwasserboilers, in der Reinigung eines Gebäudes, im Aushub eines Grabens oder darin besteht, dass der Unternehmer eine bestellte Maschine konstruiert und in ein Gebäude einbaut. In all diesen Fällen schuldet der Unternehmer ein unbewegliches Werk, aber kein «unbewegliches Bauwerk» im Sinne des geltenden Art. 371 Abs. 2 OR.¹⁰

Allein schon die erwähnten Fälle zeigen, dass die Ausdehnung der fünfjährigen Frist auf *alle* unbeweglichen Werke eine mindestens ebenso bedeutende Änderung der Rechtslage ist wie die Verlängerung der einjährigen Verjährung auf zwei Jahre bei beweglichen Werken. Umso erstaunlicher ist, dass dieser Revisionspunkt in den Beratungen des Nationalrates überhaupt nicht diskutiert wurde.¹¹ Ob und inwieweit er den Mitgliedern des Rates bewusst war, lässt sich nicht sagen. Dass im Zusammenhang mit E-Art. 210 Abs. 2 OR verschiedene Votanten (darunter sogar die Sprecherin der Kommission) den Ausdruck «unbewegliches Bauwerk» statt den in der Bestimmung enthaltenen Terminus «unbewegliches Werk» verwendet haben¹², hat jedenfalls nicht zur Bewusstseinsbildung beigetragen.

Wie immer man sich zur Ausdehnung der fünfjährigen Frist auf alle unbeweglichen Werke stellt, eines ist klar: Bezüglich der «unbeweglichen Bauwerke» bleibt es auch nach Massgabe des E-Art. 371 Abs. 1 OR bei einer fünfjährigen Verjährungsfrist. Dass diese Frist schon deshalb zu kurz ist, weil typische Mängel derartiger Werke häufig

⁷ Vgl. Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 2252 ff.

⁸ Franz.: «ouvrage immobilier»; ital.: «opera immobiliare».

⁹ Zum gesetzlichen Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» (franz.: «construction immobilière»; ital.: «costruzione immobiliare») siehe Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 2220 ff.

¹⁰ Vgl. Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 2244 ff.

¹¹ Vgl. das in Fn. 1 zitierte Protokoll.

¹² Vgl. das in Fn. 1 zitierte Protokoll.

erst nach Eintritt der fünfjährigen Verjährung zum Vorschein treten, habe ich anderswo dargelegt.¹³

c. In Analogie zu E-Art. 210 Abs. 2 OR verjähren die Mängelrechte des Bestellers auch dann in *fünf Jahren*, wenn *ein bewegliches Werk*, das sein Unternehmer hergestellt hat, «bestimmungsgemäss für ein unbewegliches Werk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat» (vgl. auch Kommissionsbericht, BBI 2011 2897). Darin besteht eine Ausnahme von der sinn-gemäss anwendbaren Regel des E-Art. 210 Abs. 1 OR, wonach die Verjährungsfrist bei beweglichen Werken lediglich zwei Jahre beträgt. Die Ausnahme (fünf- statt zweijährige Frist) gilt jedoch nicht mit Bezug auf alle Mängel des beweglichen Werkes, sondern nur für die Mängelrechte aus einem Mangel, der ursächlich für die Mangelhaftigkeit des unbeweglichen Werkes war. Diese Präzisierung war entsprechend schon für den unmittelbaren (kaufrechtlichen) Anwendungsbereich des E-Art. 210 Abs. 2 OR erforderlich.

Die analoge Anwendung des E-Art. 210 Abs. 2 OR hat auch im Übrigen zur Folge, dass die Unklarheiten, welche dieser Bestimmung anhaften, sinngemäss auf das Werkvertragsrecht durchschlagen, sodass sich die zahlreichen Fragen, die bei der kaufrechtlichen Erläuterung des E-Art. 210 Abs. 2 OR aufgeworfen wurden, bei seiner Übertragung auf das Werkvertragsrecht mutatis mutandis ebenfalls stellen. Darüber hinaus gibt es werkvertragsspezifische Fragen, die es zu lösen gilt. Insbesondere fragt sich, ob die fünfjährige Frist auch zulasten eines Werkunternehmers greift, der eine bewegliche Sache nicht neu hergestellt, sondern bloss bearbeitet (z. B. repariert, umgestaltet, beschichtet oder gereinigt) hat. Wie es sich damit verhält, wird im Kommissionsbericht nicht erörtert.

2.2. Die vorstehende *Herleitung der werkvertraglichen Verjährungsfristen aus dem Kaufvertragsrecht* ist eine Gedankenoperation, die in ein juristisches Lehrbuch passt, den Benützern des Gesetzes aber nicht abverlangt werden darf. Dass E-Art. 371 OR die für die werkvertragliche Mängelhaftung massgeblichen Verjährungsfristen nicht ausdrücklich benennt, sondern die Leser des Gesetzes auf einen Analogieschluss verweist, widerspricht den Anforderungen an eine klare Gesetzgebung und den Bedürfnissen des praktischen Rechtsverkehrs, für den die Verjährungsfristen eine zentrale Bedeutung haben. Hinzu kommt, dass die Analogie zum Kaufvertragsrecht bezüglich vieler Werkleistungen «strapaziert» wird. So haben etwa die Reparatur eines Bootes, das Abschleppen ei-

nes Automobils, die Reinigung eines Teppichs, der Umbau eines Gebäudes, der Abbruch eines Hauses, die Revision einer Gebäudeheizung, das Anstreichen von Wänden oder die Umgestaltung einer Gartenanlage eine nur schwer erkennbare Ähnlichkeit mit der vom Verkäufer vollzogenen Eigentumsverschaffung an einer Fahrnissache oder an einem Grundstück/Gebäude, bei der die Mängelrechte des Käufers nach E-Art. 210 Abs. 1 OR (zwei Jahre) oder nach Art. 219 Abs. 3 OR (fünf Jahre) verjähren. An alledem ändert auch der Umstand nichts, dass der geltende Art. 371 OR nur (aber immerhin) die fünfjährige Verjährungsfrist (bei «unbeweglichen Bauwerken») explizit erwähnt. Wenn Art. 371 OR revidiert wird, so sollte seine Formulierung verbessert, nicht verschlechtert werden. Eine Verkürzung des Gesetzestextes, wie sie in E-Art. 371 OR angestrebt wird, darf nicht zulasten der Klarheit gehen.

3. E-Art. 371 Abs. 2 OR schliesst sich gedanklich an den ersten Absatz des Artikels an, indem er in Fortsetzung des E-Art. 371 Abs. 1 OR bestimmt: «*Dies gilt auch für den Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Werkes gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben.*» Die zitierte Bestimmung gibt zu folgenden Bemerkungen Anlass:

3.1 E-Art. 371 Abs. 2 OR bedarf einer *Auslegung*, die E-Art. 371 Abs. 1 OR einbezieht, auf den die Formulierung «*Dies gilt auch...*» verweist. Nach seinem Inhalt bezieht er sich auf vertragsrechtliche Ersatzansprüche, die dem Besteller aus Mängeln des von seinem Unternehmer errichteten unbeweglichen Werkes gegenüber einem «Architekten oder Ingenieur» zustehen, welche Dienste zum Zwecke der Werkherstellung geleistet haben. Solche Ansprüche verjähren nach E-Art. 371 Abs. 2 OR gleich den Mängelrechten des Bestellers gegenüber dem Werkunternehmer (E-Art. 371 Abs. 1 OR): in fünf Jahren seit der Abnahme des unbeweglichen Werkes, das der Unternehmer ausgeführt hat.

Dass sich dieser Inhalt des E-Art. 371 Abs. 2 OR den Benützern des Gesetzes nicht leichthin offenbart, liegt auf der Hand. Ohne zu übertreiben, darf sogar gesagt werden, dass die Fassung des E-Art. 371 Abs. 2 OR den Anforderungen an eine klare Gesetzgebung und den Bedürfnissen des praktischen Rechtsverkehrs in besonders krasser Weise widerspricht. Wer wissen will, wann die Ersatzansprüche des Bestellers gegenüber dem Architekten oder Ingenieur im Regelungsbereich des E-Art. 371 Abs. 2 OR verjähren, dem wird ein Mehrfaches zugemutet: Zunächst hat er aus dem Ver-

¹³ Dazu Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 2216 f.

weis, den E-Art. 371 Abs. 2 OR auf Abs. 1 enthält, herzuleiten, dass die Ansprüche des Bestellers gegen den betreffenden Architekten oder Ingenieur in der gleichen Frist verjähren wie die Mängelrechte des Bestellers gegen den Unternehmer, der das unbewegliche Werk erstellt hat. Dann hat er gestützt auf den Verweis, den der erste Satz des E-Art. 371 Abs. 1 OR auf das Kaufrecht enthält, herauszufinden, dass diese Frist in Analogie zum kaufrechtlichen Art. 219 Abs. 3 OR fünf Jahre beträgt. Und schliesslich hat er zu erkennen, dass die Verjährung auch gegenüber dem haftpflichtigen Architekten oder Ingenieur mit der Abnahme des vom Unternehmer hergestellten Werkes (E-Art. 371 Abs. 1 OR) zu laufen beginnt. Das Letztere lässt sich der französischen Formulierung des E-Art. 371 Abs. 2 OR¹⁴ überhaupt nicht entnehmen, da sie in Abweichung vom deutschen und italienischen Text lediglich von der Verjährungsfrist spricht.

3.2 Abgesehen von einer stark verundeutlichten Fassung und einem materiellen Unterschied übernimmt E-Art. 371 Abs. 2 OR *die im geltenden Art. 371 Abs. 2 OR mit-enthaltene Regel*, wonach «der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes» auch «gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme» des Bauwerkes verjährt. Der materielle Unterschied besteht darin, dass der engere Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» durch den weiteren Begriff des «unbeweglichen Werkes» ersetzt wird.

Die zitierte Verjährungsregel, die der geltende Art. 371 Abs. 2 OR bezüglich der Architekten und Ingenieure mit-enthält, wurde bei der Revision des Obligationenrechtes von 1911 in den zweiten Absatz des Art. 371 OR eingefügt.¹⁵ Dadurch sollte, bezogen auf den geregelten Tatbestand, verhindert werden, dass für die vertragliche Haftung der betroffenen Architekten oder Ingenieure eine längere Verjährung gilt als für die Mängelhaftung des Unternehmers, der das mangelhafte Werk erstellt hat.¹⁶ Der Hauptgrund hierfür bestand in der zugunsten des haftpflichtigen Architekten/Ingenieurs angestrebten Sicherung des Rückgriffs für den Fall, dass der Werkunternehmer seinerseits für den fraglichen Werkmangel haftet.¹⁷ Dieser Zweckge-

danke, von dem der Gesetzgeber sich leiten liess¹⁸, beruht auf der damals herrschenden und bis in die Neuzeit hinein vertretenen Auffassung, dass ein Unternehmer, dessen Mängelhaftung verjährt ist, die Verjährungseinrede auch gegenüber dem selbständigen Regressanspruch des mithaftenden Architekten oder Ingenieurs erheben kann.¹⁹

In BGE 133 III 6 ff. hat nun aber das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid gefällt, wonach der selbstständige Regressanspruch eines Mithaftpflichtigen nicht daran scheitert, dass die Haftung des Regressschuldners im Aussenverhältnis verjährt ist, es sei denn, der Regressierende habe es unterlassen, dem Regressschuldner so rasch als möglich mitzuteilen, dass er ihn für mithaftpflichtig halte.²⁰ Überträgt man den erwähnten Entscheid auf das hier interessierende Regressverhältnis zwischen Architekt/Ingenieur und Unternehmer, dann entfällt der Hauptgrund, auf dem die in Art. 371 Abs. 2 OR eingefügte Verjährungsregel bezüglich der Architekten und Ingenieure beruht.²¹ Und das wiederum führt zur Frage, ob es bei einer Revision des geltenden Art. 371 OR nicht angezeigt wäre, die Regel, anders als in E-Art. 371 Abs. 2 OR vorgesehen, ersatzlos zu streichen. Ob sich die Rechtskommission des Nationalrates mit dieser Frage auseinandergesetzt hat, lässt sich dem Kommissionsbericht nicht entnehmen.

4. In den bisherigen Erörterungen zu E-Art. 371 OR unberücksichtigt blieb der **Sonderfall der absichtlichen Täuschung**. Hat der Werkunternehmer dem Besteller einen Werkmangel bei der Ablieferung des Werkes absichtlich verschwiegen, so beträgt die Verjährungsfrist für die Mängelrechte, die dem Besteller gegenüber dem Unternehmer aus dem betreffenden Mangel zustehen, durchwegs zehn (nicht nur zwei oder fünf) Jahre. Dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung des E-Art. 210 Abs. 5 OR und gilt entsprechend auch bezüglich der Haftung des in E-Art. 371 Abs. 2 OR erwähnten Architekten oder Ingenieurs, falls dieser den Besteller über das Vorliegen eines Werkmangels, für den er haftbar ist, absichtlich getäuscht hat. Vorausgesetzt ist freilich, dass man gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum geltenden Art. 210 Abs. 3 OR davon ausgeht, im Anwendungsbereich des E-Art. 210

¹⁴ «Le même délai s'applique à l'action du maître en raison des défauts d'un ouvrage immobilier contre l'architecte ou l'ingénieur qui a collaboré à l'exécution de l'ouvrage.»

¹⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden: Gauch, Werkvertrag, zit. in Fn. 3, Nr. 2297.

¹⁶ Vgl. StenBull Nationalrat XIX 1909, S. 708 f.; Ständerat XX 1910, S. 228; BGE 115 II 457; 89 II 406 f.

¹⁷ Vgl. BGE 115 II 457 f.; 102 II 418; Becker, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 371 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N 7 zu Art. 371 OR.

¹⁸ Vgl. StenBull Nationalrat XIX 1909, 708 f.; Ständerat XX 1910, 228.

¹⁹ Vgl. StenBull Nationalrat XIX 1909, 708 f.; Ständerat XX 1910, 228; BGE 115 II 457 f., bestätigt durch BGE 116 II 650; 115 II 50.

²⁰ Zusammenfassend: BGE 133 III 31, E 5.4. Hat der Regressierende die erforderliche Mitteilung unterlassen, so scheint das Bundesgericht sogar davon auszugehen, dass der Regressanspruch verwirkt ist (vgl. BGE 133 III 29; 127 II 266 f.).

²¹ So auch Krauskopf/Siegenthaler, Baurecht 2007, S. 55.

Abs. 5 OR werde die Verjährungsfrist auf zehn Jahre verlängert.²²

IV. E-Art. 199 OR

1. Über die Art. 210 und 371 OR hinaus befasst sich der Revisionsvorschlag der nationalrätlichen Rechtskommission auch mit Art. 199 OR, der im Abschnitt über den Fahrniskauf steht. Nach dem Gesetzesentwurf der Kommission, den der Nationalrat angenommen hat, soll Art. 199 OR in seiner revidierten Fassung (**E-Art. 199 OR**) wie folgt lauten:

«Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig:

a. wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat; oder

b. wenn:

1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt,

2. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist, und

3. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.»

Der zitierte E-Art. 199 OR nennt zwei Fälle, in denen «eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht» (d. h. der Mängelhaftung des Verkäufers) ungültig ist. Der erste Fall, der unter lit. a des E-Art. 199 OR genannt wird, ist wörtlich (wenn auch nicht unter einer vorangestellten Litera) schon im geltenden Art. 199 OR aufgeführt. Neu hinzugekommen ist der Fall des E-Art. 199 lit. b OR, wonach eine Vereinbarung auch dann ungültig ist, wenn die in Ziff. 1–3 der lit. b erwähnten Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind. Der Einleitungssatz («Eine Vereinbarung ... ist ungültig») findet sich bereits im geltenden Art. 199 OR.

2. Mit der **Erweiterung des Art. 199 OR um den Fall der lit. b** zielt E-Art. 199 OR darauf ab, die Käufer zu schützen, die eine Sache gekauft haben, welche «für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist». Hat der Verkäufer einer derartigen Sache «im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» gehandelt, so ist eine Vereinbarung, welche die Verjährungsfrist für die Mängelhaftung «auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt», nach E-Art. 199 lit. b OR ungültig. Bei einer Bewertung dieser Bestimmung sind die folgenden Punkte zu berücksichtigen:

2.1 Von praktischer Bedeutung ist E-Art. 199 lit. b OR mit Bezug auf *die zweijährige Verjährungsfrist des E-Art. 210 Abs. 1 OR*, die unter den Voraussetzungen des E-Art. 199 lit. b OR entweder überhaupt nicht oder bei gebrauchten Sachen höchstens auf ein Jahr verkürzt werden kann. Eine Anwendung auf die fünfjährige Frist des E-Art. 210 Abs. 2 OR scheitert daran, dass die gekauften Sachen, um die es in E-Art. 210 Abs. 2 OR geht, kaum je «für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt» sind. Wie aber verhält es sich mit der (relativen) einjährigen und der (absoluten) 30-jährigen Frist, die E-Art. 210 Abs. 3 OR für Kaufverträge über Kulturgüter vorsieht? Diese Fristen wurden, bezogen auf die «Sachmängelgewährleistung bei Sachmängeln rechtlicher Natur»²³, durch das Kulturgütertransfergesetz schon in den geltenden Art. 210 OR eingeführt. Bei ihnen handelt es sich nach meiner Auffassung um Fristen, die nach Massgabe der Zwecküberlegung, die E-Art. 210 Abs. 3 OR zugrunde liegt, durch Vereinbarung der Parteien überhaupt nicht verkürzt werden können.

2.2 Ist die gekaufte Sache nicht «für den persönlichen oder familiären Gebrauch» des Käufers bestimmt, so bleibt E-Art. 199 lit. b OR von vornherein aus dem Spiel. Mit anderen Worten ausgedrückt: E-Art. 199 lit. b OR konzentriert sich ganz auf den «Konsumentenschutz». Vernachlässigt wird damit namentlich auch das spezifische Schutzbedürfnis des gewerbetreibenden, bäuerlichen oder berufstätigen Mittelstandes, da Kaufverträge über Sachen (z. B. Werkzeuge, Materialien, Traktoren oder Computer), die für den gewerblichen oder bäuerlichen Betrieb oder für die berufliche Tätigkeit des Käufers bestimmt sind, nicht unter E-Art. 199 lit. b OR fallen. Dementsprechend ist E-Art. 199 lit. b OR ein Beispiel dafür, wie bei einer Fokussierung auf den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten leicht übersehen, wenn nicht gar willentlich missachtet wird, dass auch andere Teilnehmer des Rechtsverkehrs schutzbedürftig sind. Würde die Ziffer 2 des E-Art. 199 lit. b OR ersatzlos gestrichen, so entfielen dieser «Vorwurf».

2.3 Der mit E-Art. 199 lit. b OR angestrebte Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten bezieht sich *nur auf die Verkürzung der Verjährungsfrist*, nicht auf andere Beschränkungen der Mängelhaftung, geschweige denn auf die vollständige Wegbedingung der Haftung, was der Kommissionsbericht explizit hervorhebt (BBI 2011 2896). Nicht erfasst werden z. B. Vereinbarungen, wonach

²² Siehe bei Fn. 6.

²³ So: Botschaft des Bundesrates zum Kulturgütertransfergesetz, BBI 2002 606.

der Verkäufer für Mängel der Kaufsache in jedem Fall nur dann haftet, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist (z. B. innerhalb von 14 Tagen oder einem Monat seit der Ablieferung) gerügt werden; oder Abreden, worin das Wandelungsrecht des Käufers oder/und die Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden wegbedungen wird. Derartige Beschränkungen sind in der Vertragspraxis durchaus verbreitet. Sie fallen nicht in den Anwendungsbereich des E-Art. 199 lit. b OR, so wenig wie die (z. B. beim Autoverkauf) häufig anzutreffende Vereinbarung, welche die Haftung des Verkäufers durch eine «Garantie» des Herstellers oder Importeurs ersetzt.

2.4 Dem Gesagten zufolge hat E-Art. 199 lit. b OR *eine sehr beschränkte Bedeutung*. Umfassender und viel effizienter wäre eine gesetzliche Regelung, die sich am Vorbild des Miet- und Pachtrechts (Art. 256 Abs. 2/288 Abs. 2 OR) orientieren und wie folgt lauten würde: («Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig»): «b. wenn sie in vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.»

Eine solche Regel hätte den Vorteil, dass sie alle Käufer schützen würde, unabhängig davon, für was die gekaufte Sache bestimmt ist und worin die «Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht» besteht. Gleichzeitig nähme sie Rücksicht auf die Tatsache, dass problematisch nicht so sehr die individuell vereinbarten, sondern die in den AGB vorformulierten und den Käufern massenhaft aufgedruckten Haftungsbeschränkungen/Ausschlüsse sind. Der mögliche Einwand, dass die besagte Regel mit Rücksicht auf den revidierten (noch nicht in Kraft getretenen) Art. 8 UWG über die «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Randtitel) verzichtbar wäre, ist schon deshalb unbehelflich, weil Art. 8 UWG in seiner revidierten Fassung nur den darin erwähnten «Konsumentinnen und Konsumenten» nützt, andere Teilnehmer des Rechtsverkehrs also wiederum vernachlässigt.

3. Die Bestimmung des E-Art. 199 lit. b OR steht, wie gesagt, im Abschnitt über den Fahrniskauf, was zur Frage führt, ob sie auf den **Grundstückkauf** und den **Werkvertrag** sinngemäss anwendbar ist. Im Kommissionsbericht finden sich keine Ausführungen zu dieser Frage. Für eine Bejahung der Frage sprechen jedoch sachliche Gründe, aber auch die Verweise, die Art. 221 OR auf den Fahrniskauf und Art. 371 Abs. 1 OR auf das Kaufvertragsrecht enthalten. Art. 221 OR enthält eine Vorschrift, wonach «im übrigen ... auf den Grundstückskauf die Bestimmungen über den

Fahrniskauf entsprechende Anwendung» finden. Und Art. 371 Abs. 1 OR enthält sowohl in der geltenden als auch in der vorgeschlagenen Neufassung den Satz, dass «die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes ... gleich den entsprechenden Ansprüchen des Käufers» verjähren.

V. Schlussbemerkungen

1. Dass der besprochene und vom Nationalrat angenommene Gesetzesentwurf die Position der Käufer und Werkbesteller hinsichtlich der Verjährung ihrer Mängelrechte verbessern will, ist gewiss positiv zu bewerten. **Die Absicht ist lobenswert, ändert aber nichts an den Schwächen des Entwurfes**, die sich aus der vorstehenden Analyse ergeben. Ob auch der Ständerat gewillt ist, den Entwurf überhaupt und unverändert anzunehmen, wird, wie einleitend gesagt, die Zukunft zeigen. Einstweilen bleibt nur zu hoffen, dass sich der Ständerat und vorerst seine Rechtskommission vertieft mit dem Entwurf auseinandersetzen. Allein schon die zahlreichen Fragen, die sich mit Bezug auf E-Art. 210 Abs. 2 OR stellen, verlangen nach einer eingehenden Diskussion. Dazu kommen weitere Aspekte, die es zu diskutieren gilt, unter anderen auch die Formulierung des E-Art. 371 OR oder der Umstand, dass das «unbewegliche Bauwerk» durch den weiter gefassten Begriff des «unbeweglichen Werkes» ersetzt wird, wenn es nach dem Inhalt des Entwurfes geht. Mit der «Volkstümlichkeit, begrifflichen Klarheit und Einfachheit des Gesetzes», für die das OR gelobt wird²⁴, hat E-Art. 371 OR sicher nichts mehr zu tun.

2. Betrachtet man den besprochenen Gesetzesentwurf in einem grösseren Zusammenhang, so ist festzustellen, dass nicht nur das Verjährungsrecht der kauf- und werkvertraglichen Mängelhaftung, sondern **das gesamte Verjährungsrecht des Privatrechts** einer Revision bedarf. Für eine solche (umfassende) Revision des Verjährungsrechts, mit der sich das EJPD seit einiger Zeit befasst, gibt es bereits einen Vorentwurf, den der Bundesrat am 31. August 2011 in die Vernehmlassung geschickt hat.²⁵ Mit Rücksicht darauf stellt sich die rechtspolitische Frage, ob der Gesetzgeber nicht besser beraten wäre, wenn er mit der

²⁴ Heinrich Honsell, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 103 (2011) (II), S. 104.

²⁵ Vgl. die diesbezügliche Medienmitteilung, den Vorentwurf sowie den begleitenden Bericht, aktuell abrufbar auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz (Themen – Wirtschaft – Gesetzgebung – Verjährungsfristen im Privatrecht).

verjährungsrechtlichen Revision der kauf- und werkvertraglichen Mängelhaftung vorderhand zuwarten würde, um sie dann erst in die Gesamtrevision des Verjährungsrechts einzubeziehen. Obwohl sich der Kommissionsbericht der nationalrätlichen Rechtskommission (BBl 2011 2895) und im Nationalrat sogar Frau Bundesrätin Sommaruga²⁶ gegen eine solche «Verschiebung» ausgesprochen haben, gäbe es durchaus auch Gründe, die für eine «Verschiebung» sprechen würden. Da im Vorentwurf zur Gesamtrevision des privaten Verjährungsrechts die Art. 210 Abs. 1 und 3 sowie Art. 371 OR gestrichen werden, trifft es jedenfalls

nicht zu, dass dieser umfassende Revisionsentwurf die Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelhaftung ausser Acht lässt, wie man dem bundesrätlichen Votum im Nationalrat entnehmen könnte. Und was den nationalrätlichen Kommissionsbericht betrifft, so wurde er abgefasst, noch bevor der besagte Vorentwurf vorgelegen hatte, was auch erklären mag, weshalb der Bericht im Hinblick auf die in Vorbereitung begriffene Gesamtrevision des Verjährungsrechts von einer «Revision der Verjährungsfristen des Haftpflichtrechts» spricht (BBl 2011 2895), während der Vorentwurf weit darüber hinaus geht.

²⁶ Vgl. das in Fn. 1 zitierte Protokoll.