

Dr. Gilles Benedick / Dr. Markus Vischer

## **Die intertemporale Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR**

---

Am 1. Januar 2013 treten die neuen Verjährungsbestimmungen im Kauf- und Werkvertragsrecht in Kraft. Die sich im Zusammenhang mit der Revision stellenden übergangsrechtlichen Fragen wurden eingehend von David Rüetschi in Jusletter vom 4. Juni 2012 behandelt. Im Sinne einer Ergänzung des Aufsatzes von David Rüetschi steht im Zentrum dieses Beitrags die Frage, ob eine vertragliche Vereinbarung der Verjährungsfrist, die vor dem 1. Januar 2013 getroffen wurde und die bei einem Konsumentenkauf die Minimalfristen von nArt. 210 Abs. 4 OR unterschreitet, gültig bleibt.

---

Rechtsgebiet(e): OR besonderer Teil; Kaufrecht; Werkvertrag; Beiträge

Zitiervorschlag: Gilles Benedick / Markus Vischer, Die intertemporale Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR, in: Jusletter 3. Dezember 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Neue Verjährungsbestimmungen im Kaufrecht
- III. Übergangsrecht
- IV. Erste Fragestellung: Rückwirkende Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR?
  1. Im Allgemeinen
  2. Beim Konsumentenkauf insbesondere
- V. Zweite Fragestellung: Ist der Hinweis auf das Gesetz eine «vertragliche Vereinbarung»?
- VI. Zusammenfassung

## I. Einleitung

[Rz 1] Am 1. Januar 2013 treten die neuen Verjährungsbestimmungen im Kauf- und Werkvertragsrecht<sup>1</sup> in Kraft.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag versteht sich als eine Ergänzung des Artikels von David Rüetschi im Jusletter vom 4. Juni 2012, welcher die übergangsrechtlichen Fragen zum revidierten Gewährleistungsrecht eingehend behandelt.<sup>3</sup>

[Rz 2] Dieser Aufsatz beschränkt sich auf die Beantwortung von zwei aktuellen Fragen im Zusammenhang mit der intertemporalen Anwendung der Verjährungsbestimmung im Kaufvertragsrecht: Erstens stellt sich die Frage, ob eine vertragliche Vereinbarung, die vor dem 1. Januar 2013 getroffen wurde und die bei einem Konsumentenkauf eine Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren (bzw. weniger als einem Jahr, sofern es sich um eine gebrauchte Sache handelt) vorsieht, gültig bleibt. Zweitens soll in diesem Zusammenhang die Frage beantwortet werden, ob schon bei einer einfachen Übernahme des alten Rechts oder bei einer Verweisung darauf eine «vertragliche Vereinbarung» vorliegt. Beide Fragen sind von grosser praktischer Relevanz.<sup>4</sup>

## II. Neue Verjährungsbestimmungen im Kaufrecht

[Rz 3] Nach geltendem Recht verjähren die Rechte des Käufers gegenüber dem Verkäufer wegen Mängel an der gekauften Sache ein Jahr nach deren Ablieferung an den Käufer.<sup>5</sup> Die einjährige Verjährungsfrist betrifft die Minderungs- und Wandelungsrechte des Käufers. Sie ist grundsätzlich auch auf Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR anwendbar,<sup>6</sup> welche nach konstanter, aber

umstrittener bundesgerichtlicher Rechtsprechung konkurrierend zu den Sachgewährleistungsansprüchen geltend gemacht werden können.<sup>7</sup>

[Rz 4] Diese Frist wird nun grundsätzlich auf zwei Jahre verlängert.<sup>8</sup>

[Rz 5] Aus Art. 210 Abs. 1 OR geht ausdrücklich hervor, dass eine vertragliche Verlängerung der einjährigen Verjährungsfrist für Sachgewährleistungsansprüche zulässig ist.<sup>9</sup> Unter Beachtung der Schranken für Haftungsbeschränkungen<sup>10</sup> kann die Verjährungsfrist nach geltendem Recht aber auch verkürzt werden.<sup>11</sup>

[Rz 6] Nach neuem Recht kann in Verträgen mit gewerblichen Käufern die Verjährungsfrist wie bis anhin vertraglich verkürzt werden. In Verträgen mit Konsumenten<sup>12</sup> ist jedoch eine Verkürzung der (neuen) zweijährigen Frist gemäss nArt. 210 Abs. 4 OR künftig nur noch in beschränktem Rahmen zulässig: Bei ungebrauchten Sachen kann die Verjährungsfrist gar nicht, bei gebrauchten Sachen lediglich auf ein Jahr verkürzt werden.<sup>13</sup>

## III. Übergangsrecht

[Rz 7] Regelt der Gesetzgeber den zeitlichen Anwendungsbereich bei einer privatrechtlichen Gesetzesrevision nicht besonders, so sind Art. 1 bis 4 SchIT ZGB massgebend.<sup>14</sup>

BENEDICK/MARKUS VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, Jusletter vom 4. September 2006, Rz 52, m.w.N.

<sup>7</sup> Z.B. BGE 133 III 335, E. 2; MARKUS VISCHER, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1171 f.; BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 OR N 6; BENEDICK/VISCHER (Fn 6), Rz 52.

<sup>8</sup> Die Verjährungsfrist beträgt neu fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werks verursacht haben (nArt. 210 Abs. 2 OR).

<sup>9</sup> Eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist sowohl nach altem als auch neuem Recht zulässig. Allerdings darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die durch Vereinbarung verlängerte Verjährungsfrist zehn Jahre (Art. 127 OR) nicht übersteigen (BGE 132 III 226, E. 3.3.8; zustimmend z.B. PETER GAUCH, Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist, SJZ 2006, 536).

<sup>10</sup> PETER GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, 130; BENEDICK/VISCHER (Fn 6), Rz 15 ff. und Rz 28; s. auch MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177 ff., insbesondere auch bezüglich Haftungsbeschränkungen in AGB.

<sup>11</sup> BSK OR I-HONSELL, Art. 210 OR N 5; BENEDICK/VISCHER (Fn 6), Rz 27 ff.; BK-GIGER, Art. 210 OR N 44.

<sup>12</sup> Um einen Konsumentenvertrag handelt es sich gemäss nArt. 210 Abs. 4 OR, wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

<sup>13</sup> Da nArt. 210 Abs. 4 OR aufgrund von nArt. 371 Abs. 3 OR auch beim Werkvertrag sinngemäss zur Anwendung kommt, haben die vorliegenden Ausführungen auch im Werkvertragsrecht Relevanz; vgl. GAUCH (Fn. 10), 134 f.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_690/2011 vom 10. Januar 2012, E. 3.2; BGE

<sup>1</sup> Obligationenrecht (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination), Änderung vom 16. März 2012, BBl 2012 3447.

<sup>2</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 27. September 2012: Besserer Schutz bei mangelhafter Ware, <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=46136>, zuletzt besucht am 13. November 2012.

<sup>3</sup> DAVID RÜETSCHI, Übergangsrechtliche Fragen zum revidierten Gewährleistungsrecht, Jusletter vom 4. Juni 2012, Rz 1 ff.

<sup>4</sup> THOMAS MÜLLER, Ein Weihnachtsgeschenk für Konsumenten, Tages-Anzeiger vom 12. November 2012, 37.

<sup>5</sup> Art. 210 Abs. 1 OR.

<sup>6</sup> Z.B. BGE 133 III 335, E. 2; BSK OR I-HONSELL, Art. 210 OR N 3; GILLES

Neben diesen allgemeinen intertemporalrechtlichen Bestimmungen findet aber auch Art. 49 SchIT ZGB Anwendung, welche wie Art. 1-4 SchIT eine generelle Bedeutung hat.<sup>15</sup>

[Rz 8] Ausgangspunkt<sup>16</sup> bildet die in Art. 1 SchIT ZGB enthaltene Regel der Nichtrückwirkung in der objektiven Fassung, welche durch Einbezug von Art. 3 und 4 SchIT ZGB zur Regel der Nichtrückwirkung in der subjektiven Fassung ausgebaut wird.<sup>17</sup> Gemäss dieser Regel werden wohlverworbene Rechte, d.h. Vertrauenspositionen, geschützt.<sup>18</sup> Man kann von einer sich aus dem Vertrauensschutz ergebenden Besitzstandgarantie solcher Vertrauensposition sprechen.<sup>19</sup>

[Rz 9] Die Regel der Nichtrückwirkung ist eine Generalklausel, welche fortwährend Typisierungen durch den Gesetzgeber und den Richter modo legislatoris verlangt.<sup>20</sup> Eine wichtige gesetzliche Typisierung einer grundsätzlich zu schützenden Vertrauensposition ist Art. 3 SchIT ZGB zu entnehmen, wonach rechtsgeschäftliche Rechtspositionen wie zum Beispiel Kaufvertragsverhältnisse solche grundsätzlich zu schützenden Vertrauenspositionen sind.<sup>21</sup> Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass Vertrauensschutz vor allem auch Dispositionsschutz ist,<sup>22</sup> also Schutz rechtsgeschäftlichen

Handelns, ja Schutz menschlichen Handelns bzw. menschlichen Willens überhaupt.<sup>23</sup>

[Rz 10] Der Schutz rechtsgeschäftlicher Rechtspositionen impliziert, dass sich nicht nur deren (Fort-)Bestand, sondern auch deren Weiterentwicklung und damit u.U. auch die Beurteilung neurechtlicher Tatsachen nach altem Recht richtet, weil sich logisch zwischen Entstehungs-, Änderungs- und Untergangstatbestand bzw. zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses nicht differenzieren lässt. In diesem Sinne lässt sich sagen, dass die Regel der Nichtrückwirkung eine unausweichlich expansive logische Kraft hat.<sup>24</sup>

[Rz 11] Die Regel der Nichtrückwirkung hat Grundrechtscharakter, da sie sich letztlich aus verschiedenen Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen ableitet, u.a. aus dem in Art. 9 BV verankerten Grundrecht auf eine Behandlung nach Treu und Glauben bzw., als Teilgehalt dieses Rechts, auf Vertrauensschutz.<sup>25</sup> Starke Bezüge bestehen u.a. zur in Art. 26 BV verankerten Eigentumsgarantie<sup>26</sup> und zum in Art. 27 BV verankerten Recht der Wirtschaftsfreiheit.<sup>27</sup> Ein Teilbereich der Wirtschaftsfreiheit ist die Vertragsfreiheit<sup>28</sup>

133 III 105, E. 2.1; BGE 126 III 421, E. 3caa; BGE 124 III 266, E. 4e; BGE 116 III 120, E. 3a; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29. Oktober 2012, Rz 54; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – ein kritische Auslegeordnung, AJP 2012, 1211; MATTHIAS MINDER, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz (FusG), Zürich/Basel/Genf 2010, Rz 112; CHK-BRÄNDLI, Art. 1 SchIT ZGB N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2; MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 26 ff.

<sup>15</sup> RÜETSCHI (Fn 3), Rz 5; im Allgemeinen CHK-BRÄNDLI, Art. 1 SchIT ZGB N 5; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 49 SchIT ZGB N 1; BSK ZGB-II Berti, Art. 49 SchIT ZGB N 5.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.3.

<sup>17</sup> CHK-BRÄNDLI, Art. 1 SchIT ZGB N 3, 6; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Vorbemerkungen zum ersten Abschnitt des SchIT N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 14 ff.; VISCHER (Fn 14), 46, 101 f.

<sup>18</sup> BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 15 f., Art. 3 SchIT ZGB N 5 f.; Art. 4 SchIT ZGB N 5 ff.; VISCHER (Fn 14), 83.

<sup>19</sup> So z.B. ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH/DENIS ADLER/CORINA CALUORI/NINA DAJCAR/REGULA HUNGER/MATHIAS KAUFMANN, PATRICIA PETERMANN LOEWE/ROMAN PULFER/LILIANE SCHÄRMELI/STEPHANIE WALTI, 1. Kapitel: Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen / 3. Abschnitt: Sanierungen / Vorbemerkungen zu Art. 16-18, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N 3.

<sup>20</sup> CHK-BRÄNDLI, Art. 3 SchIT ZGB N 4; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 5, Art. 3 SchIT ZGB N 6, Art. 4 SchIT ZGB N 6; VISCHER (Fn 14), 90 f.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.3, CHK-BRÄNDLI, Art. 3 SchIT ZGB N 3; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 3 SchIT ZGB N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT ZGB N 5 f., s. auch Art. 1 SchIT ZGB N 15 f., Art. 4 SchIT ZGB N 5 ff.; MINDER (Fn 14), Rz 123 ff.; VISCHER (Fn 14), 89.

<sup>22</sup> BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT ZGB N 6; VISCHER (Fn 14), 90.

<sup>23</sup> S. auch Art. 1 Abs. 2 SchIT ZGB, welche Bestimmung den Grundsatz der Nichtrückwirkung in Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB signifikanterweise für Handlungen (= vom menschlichen Willen abhängige Tatsachen, VISCHER (Fn 14), 34) als pars pro toto für alle Tatsachen wiederholt, dazu VISCHER (Fn 14), 41, 63.

<sup>24</sup> Zum Ganzen BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 11, Art. 3 SchIT ZGB N 4, Art. 4 SchIT ZGB N 4; VISCHER (Fn 14), 42 ff.; gl.M. CHK-BRÄNDLI, Art. 3 SchIT ZGB N 3: «Darin enthalten sind ebenfalls Änderungs- und Untergangstatbestände ...», Art. 4 SchIT ZGB N 4: «Dies umfasst Änderungs- und Untergangstatbestände ...»; s. auch, mindestens im Resultat in Abkehr von der herrschenden Lehre, Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.4: «Entsprechend hilft die dogmatische Unterscheidung zwischen Inhalt und Bestand vorliegend kaum weiter.»; zu diesem Urteil: SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, Übergangsrechtliche Behandlung von altrechtlich begründeten, unbefristeten Kaufrechten, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 13. November 2012.

<sup>25</sup> BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2, Art. 3 SchIT ZGB N 5; VISCHER (Fn 14), 86 ff.; im Allgemeinen zum Grundrecht auf Behandlung nach Treu und Glauben bzw. auf Vertrauensschutz z.B. BGE 138 I 49, E. 8.3.1: «Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. De ce principe général découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat, consacré à l'art. 9 in fine Cst. ...»; CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz 1, 39 ff.

<sup>26</sup> BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2; VISCHER (Fn 14), 86 ff.; zum Bezug von Vertrauensschutz und Eigentumsgarantie im Allgemeinen CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz 41.

<sup>27</sup> S. auch zum Bezug von Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 26 BV, Rz 13.

<sup>28</sup> Z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6885/2008 vom 17. Juni 2011, E. 4.1: «La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique (ATF 131 I 333 consid. 4).»; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz 630 f.; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz 37 f.

bzw. genereller die Privatautonomie, welche ebenfalls<sup>29</sup> rechtsgeschäftliches Handeln, ja menschliches Handeln bzw. menschlichen Willen überhaupt schützt.<sup>30</sup>

[Rz 12] Der Regel der Nichtrückwirkung und damit insbesondere auch der Vertrauensschutz, unterliegt jedoch, wie die Grundrechte und verfassungsmässigen Grundsätze, aus denen sie sich ableitet, ja wie alle Grundrechte und verfassungsmässigen Grundsätze,<sup>31</sup> gewissen Einschränkungen:

[Rz 13] So ist eine Rückwirkung erlaubt und besteht insbesondere dann kein Vertrauensschutz, wenn das neue Recht nach Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt» wurde, also ordre public-Charakter hat (positiver ordre public)<sup>32</sup>, und wenn nach Art. 2 Abs. 2 SchIT ZGB die mit dem neuen Recht verbundenen öffentlichen Interessen die gegenüber stehenden privaten Interessen, v.a. Vertrauensinteressen, und gleichlaufenden öffentlichen Interessen in einer Interessenabwägung überwiegen (negativer ordre public).<sup>33</sup> Alsdann führt Art. 2 SchIT ZGB zu einer Ausnahme von der Regel der Nichtrückwirkung bzw. vom Vertrauensschutz gemäss Art. 1, 3 und 4 SchIT ZGB.<sup>34</sup> Das Bundesgericht ist, dem Grundrechtscharakter der Regel der Nichtrückwirkung entsprechend, generell zurückhaltend bei der Zulassung einer Rückwirkung gemäss Art. 2 SchIT ZGB.<sup>35</sup> Die Nichtrückwirkung ist eben, wie schon die Marginalie von Art. 1 SchIT ZGB anzeigt, die Regel und die Rückwirkung die Ausnahme.<sup>36</sup>

[Rz 14] Das mit der Frage einer möglichen Rückwirkung neuen Rechts aufgrund von Art. 2 SchIT ZGB konfrontierte Gericht hat entsprechend zuerst zu entscheiden, ob das neue Recht ordre public-Charakter hat. Das ist nur der Fall, «wenn das neue Recht zu den grundlegenden Rechtsgrundsätzen gehört, wenn es mit anderen Worten grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen des Gesetzgebers verkörpert».<sup>37</sup> Allein aus der Tatsache, dass das neue Recht zwingend ist, lässt sich nicht ableiten, dass es ordre public-Charakter hat.<sup>38</sup> Ebenso wenig ergibt sich allein aus der Tatsache, dass das neue Recht einen Verfassungsauftrag erfüllt, noch nicht, dass es ordre public-Charakter hat. Denn abgesehen davon, dass neues Recht immer verfassungsmässig sein sollte, dürfen für einen Eingriff in verfassungsmässige Rechte so oder so nur öffentliche Interessen herangezogen werden, die sich aus der Verfassung bzw. aus verfassungsmässigen Gesetzen oder aus dem Völkerrecht ergeben.<sup>39</sup>

[Rz 15] Alsdann hat das mit der Frage einer möglichen Rückwirkung neuen Rechts aufgrund von Art. 2 SchIT ZGB konfrontierte Gericht im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Anwendbarkeit des neuen Rechts mit ordre public-Charakter die gegenläufigen privaten Interessen, v.a. Vertrauensinteressen, und die gleichlaufenden öffentlichen Interessen überwiegt.<sup>40</sup>

[Rz 16] Die Regel der Nichtrückwirkung und ihre unausweichlich expansive logische Kraft würde es an sich gebieten, Verjährungsfragen im Zusammenhang mit zu schützenden rechtsgeschäftlichen Rechtspositionen, z.B. Kaufvertragsverhältnisse, nicht separat anzuknüpfen, sondern insgesamt altem Recht zu unterstellen, unabhängig davon, ob die Ansprüche aus der rechtsgeschäftlichen Rechtsposition schon entstanden sind oder nicht und ob die Verjährung dieser Ansprüche im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts schon läuft oder nicht. Der Gesetzgeber hat aber anders entschieden und im Rahmen einer gesetzlichen Typisierung von Art. 1-4 SchIT ZGB, also insbesondere unter Berücksichtigung des Beitrags von Art. 2 SchIT ZGB zum Verständnis von Art. 1-4 SchIT ZGB, in Art. 49 Abs. 2 SchIT ZGB statuiert,

<sup>29</sup> S. Rz 9.

<sup>30</sup> Zur Privatautonomie z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 314; ANTONIO CARONARA, Privatautonomie und Vertragsschluss, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 86 f.; s. auch BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 13 ff., insbesondere auch N 20 zum Bezug zur Eigentumsgarantie und N 23 zum Grundsatz «stat pro ratione voluntas», den er allerdings als paläoliberal bezeichnet, was hier erneut (VISCHER (Fn 10), 179) nicht thematisiert werden soll.

<sup>31</sup> S. insbesondere Art. 36 BV; dazu z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn 28), Rz 302 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz 1 ff.

<sup>32</sup> Zur Bezeichnung ordre public, insbesondere auch zum positivem und negativem ordre public, z.B. BGE 133 III 105, E. 2.1.2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 2; VISCHER (Fn 14), 46, 96.

<sup>33</sup> BGE 116 III 120, E. 3b: «... doch genügt es für die Anwendung des neuen Rechts nicht, dass dieses um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden ist ...»; s. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.5; Urteil des Bundesgerichts 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, E. 2.5.3; BGE 133 III 105, E. 2.1.4; BGE 127 III 16, E. 3; BGE 119 II 46, E. 1a; THOUVENIN (Fn 14), Rz 56; CHK-BRÄNDLI, Art. 2 SchIT ZGB N 6, Art. 3 SchIT ZGB N 4, Art. 4 SchIT ZGB N 5; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 SchIT ZGB N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 14 ff., Art. 2 SchIT ZGB N 4 f., Art. 3 SchIT ZGB N 7 ff., Art. 4 SchIT ZGB N 8; MINDER (Fn 14), Rz 118; VISCHER (Fn 14), 95 ff.

<sup>34</sup> CHK-BRÄNDLI, Art. 2 SchIT ZGB N 1; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 3; VISCHER (Fn 14), 99.

<sup>35</sup> GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, 89 f.

<sup>36</sup> Z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B\_265/2012 vom 10. September 2012, E.

2.1.1: «... la norme est, au contraire, en règle générale, la non-rétroactivité (cf. art. 1 al. 1 tit. fin. CC ...)», s. auch E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_798/2011 vom 24. August 2012, E. 4.2: «Dies entspricht Art. 1 SchIT ZGB, wonach als Grundsatz die Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung gilt ...».

<sup>37</sup> BGE 133 III 105, E. 2.1.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, E. 2.5.3; BGE 119 II 46, E.1; BÜHLER/STÄUBER (Fn 35), 89, CHK-BRÄNDLI, Art. 2 SchIT ZGB N 3; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 SchIT ZGB N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 4; MINDER (Fn 14), Rz 119.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, E. 2.5.3; BGE 133 III 105, E. 2.1.3; BÜHLER/STÄUBER (Fn 35), 89; KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 2 SchIT ZGB N 2; BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 4; MINDER (Fn 14), Rz 119; VISCHER (Fn 14), 97 f.

<sup>39</sup> RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV, Rz 20.

<sup>40</sup> S. Rz 13.

dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts laufende Verjährungsfristen, die nach neuem Recht weniger als fünf Jahre dauern, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts neu zu laufen beginnen.<sup>41</sup> Damit ist Art. 49 Abs. 2 SchIT ZGB (wie Art. 49 SchIT ZGB insgesamt) eine Ausnahme von der Regel der Nichtrückwirkung.<sup>42</sup>

[Rz 17] Als Ausnahme von der Regel der Nichtrückwirkung ist die Bestimmung von Art. 49 SchIT ZGB angesichts des Grundrechtscharakters der Regel der Nichtrückwirkung allerdings eng auszulegen und unter anderem<sup>43</sup> dann nicht anzuwenden, wenn die Parteien die Verjährungsfrist vertraglich angepasst haben. In einem solchen Fall bleibt es bei der vertraglich angepassten Verjährungsfrist, welche für sich alleine auch eine rechtsgeschäftliche Rechtsposition ist, und ihrem Schutz,<sup>44</sup> unabhängig davon, ob die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts schon zu laufen begonnen hat oder nicht. Vorbehalten bleibt aber Art. 2 SchIT ZGB.

## IV. Erste Fragestellung: Rückwirkende Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR?

### 1. Im Allgemeinen

[Rz 18] Gewährleistungsansprüche, die am 31. Dezember 2012 (also vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts) bereits verjährt sind, leben nicht wieder auf.<sup>45</sup>

[Rz 19] In Fällen hingegen, in welchen die altrechtliche Gewährleistungsfrist von einem Jahr noch nicht abgelaufen ist, beginnt am 1. Januar 2013 die neurechtliche Verjährungsfrist von zwei Jahren zu laufen (Art. 49 Abs. 2 SchIT ZGB i.V. nArt. 210 Abs. 1 OR).<sup>46</sup>

[Rz 20] **Beispiel 1:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn sofort. Am 1. Januar 2013 ist die altrechtliche Gewährleistungsfrist von einem Jahr noch nicht abgelaufen. Dementsprechend beginnt am 1. Januar 2013 die neurechtliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren zu laufen. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 1. Januar 2015.

[Rz 21] In Fällen, in welchen die altrechtliche Gewährleistungsfrist von einem Jahr am 1. Januar 2013 mangels Ablieferung an den Käufer noch nicht zu laufen begonnen hat,

beginnt die neurechtliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren mit der Ablieferung zu laufen (Art. 49 Abs. 3 SchIT ZGB i.V.i.V. nArt. 210 Abs. 1 OR).

[Rz 22] **Beispiel 2:** Ein Kunde kauft am 15. Dezember 2012 einen (ungebrauchten) Laptop ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Die neurechtliche Verjährungsfrist von zwei Jahren beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 15. Januar 2015.

[Rz 23] Anders zu entscheiden ist, wenn die altrechtliche Gewährleistungsfrist vertraglich vereinbart wurde. In diesem Fall haben sich die Parteien auf eine vertragliche Regelung der Gewährleistungsfrist geeinigt, so dass eine gesetzliche Änderung für sie unbeachtlich ist. Es besteht aufgrund der rechtsgeschäftlichen Rechtsposition ein Vertrauensschutz.<sup>47</sup> Aufgrund der unausweichlich logischen expansiven Kraft der Regel der Nichtrückwirkung<sup>48</sup> bedeutet das auch, dass bei Ablieferung der Kaufsache an den Käufer unter der Geltung des neuen Rechts erst diese Ablieferung die Verjährungsfrist auslöst und diese Verjährungsfrist die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist ist, und weiter, dass bei Unterbrechung der vertraglichen Gewährleistungsfrist nach Art. 135 OR während der Geltung des neuen Rechts gemäss Art. 137 Abs. 1 OR eine neue gleichlange Verjährungsfrist wie die vertragliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt.<sup>49</sup>

[Rz 24] **Beispiel 3:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von zwei Jahren und übernimmt ihn sofort. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 31. Januar 2014.

[Rz 25] **Beispiel 4:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von zwei Jahren und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Juni 2012 betreibt. Die vertraglich vereinbarte und durch die Betreibung am 30. Juni 2012 neu in Gang gesetzte Verjährungsfrist von wiederum zwei Jahren beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Juni 2014.

[Rz 26] **Beispiel 5:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von zwei Jahren und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der

<sup>41</sup> BSK ZGB II-BERTI, Art. 49 SchIT ZGB N 8.

<sup>42</sup> BSK ZGB II-BERTI, Art. 49 SchIT ZGB N 1.

<sup>43</sup> S. für weitere Ausnahme Rz 30 ff.

<sup>44</sup> Gl.M. RÜETSCHI (Fn 3), Rz 22 f.; wohl auch ALFRED KOLLER, Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR, Altrechtliche Kaufs- und Vorkaufrechte unter neuem Recht, ZBGR 2000, 307.

<sup>45</sup> RÜETSCHI (Fn 3), Rz 10.

<sup>46</sup> RÜETSCHI (Fn 3), Rz 15.

<sup>47</sup> S. Rz 17.

<sup>48</sup> S. Rz 10.

<sup>49</sup> BGE 108 II 194, E. 4; BENEDICK/VISCHER (Fn 6), Rz 45.

Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2013 betreibt. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft vorerst bis zum 30. Januar 2013 und dann, durch die Betreuung am 30. Januar 2013 für wiederum zwei Jahre neu in Gang gesetzt, einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2015.

[Rz 27] **Beispiel 6:** Ein Kunde kauft am 15. Dezember 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von zwei Jahren und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013 mit der Ablieferung des Laptops an den Käufer. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 15. Januar 2015.

[Rz 28] **Beispiel 7:** Ein Kunde kauft am 15. Dezember 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von zwei Jahren und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2013 betreibt. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013 mit der Ablieferung des Laptops an den Käufer. Sie wird durch die Betreuung am 30. Januar 2013 für wiederum zwei Jahre neu in Gang gesetzt. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2015.

[Rz 29] Dabei spielt es keine Rolle, ob die vertragliche Einigung unter Zuhilfenahme von AGB oder nicht erfolgte, vorausgesetzt natürlich, die entsprechenden AGB wurden Vertragsbestandteil und halten der altrechtlichen AGB-Kontrolle stand, wozu unter Umständen bereits eine Kontrolle nach nArt. 8 UWG, der am 1. Juli 2012 in Kraft trat, gehört.<sup>50</sup>

[Rz 30] Dem Fall der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist ist die gemäss Art. 135 OR entweder aufgrund einer Handlung des Schuldners oder des Gläubigers unter altem Recht unterbrochene Gewährleistungsfrist gleichzusetzen, weil es auch hier um den Schutz menschlichen Handelns bzw. menschlichen Willens geht.<sup>51</sup> Auch damit werden rechtsgeschäftliche Rechtspositionen oder mindestens ähnliche Positionen geschaffen und besteht ein Vertrauensschutz, nachdem es keinen numerus clausus der zu schützenden Vertrauenspositionen gibt, sondern diesbezüglich eine fortwährende Typisierung vorzunehmen ist.<sup>52</sup>

[Rz 31] **Beispiel 8:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2011

einen (ungebrauchten) Laptop für den gewerblichen Gebrauch ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2012 betreibt. Die altrechtliche (mit der Betreuung am 30. Januar 2012 neu in Gang gesetzte) Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2013.

[Rz 32] **Beispiel 9:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2011 einen (ungebrauchten) Laptop für den gewerblichen Gebrauch ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2012 betreibt. Die altrechtliche (mit der Betreuung am 30. Januar 2012 neu in Gang gesetzte) Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Der Käufer betreibt den Verkäufer am 30. Januar 2013 erneut. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2014.

## 2. Beim Konsumentenkauf insbesondere

[Rz 33] Der Schutz von vertraglich vereinbarten bzw. gemäss Art. 135 OR unterbrochenen Verjährungsfristen gilt gemäss der hier vertretenen Ansicht selbst dann, wenn der Kaufvertrag nach neuem Recht als Konsumentenvertrag zu qualifizieren ist und die vereinbarte bzw. unterbrochene Verjährungsfrist weniger als zwei Jahre dauert (bzw. weniger als ein Jahr, sofern es sich um eine gebrauchte Sache handelt).<sup>53</sup>

[Rz 34] **Beispiel 10:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von einem Jahr und übernimmt ihn sofort. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 31. Januar 2013.

[Rz 35] **Beispiel 11:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von einem Jahr und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2013 betreibt. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft vorerst bis zum 30. Januar 2013 und dann, durch die Betreuung am 30. Januar 2013 für

<sup>50</sup> S. Rz 45 ff., auch zum intertemporalen Anwendungsbereich von nArt. 8 UWG.

<sup>51</sup> S. Rz 9 und 11.

<sup>52</sup> S. Rz 9.

<sup>53</sup> A.M. RÜETSCHI (Fn 3), Rz 22.

wiederum ein Jahr neu in Gang gesetzt, einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2014.

[Rz 36] **Beispiel 12:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von einem Jahr und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Juni 2012 betreibt. Die vertraglich vereinbarte und durch die Betreuung am 30. Juni 2012 neu in Gang gesetzte Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft vorerst einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Juni 2013.

[Rz 37] **Beispiel 13:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2011 einen (ungebrauchten) Laptop ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2012 betreibt. Die altrechtliche (mit der Betreuung am 30. Januar 2012 neu in Gang gesetzte) Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2013.

[Rz 38] **Beispiel 14:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2011 einen (ungebrauchten) Laptop ohne Vereinbarung einer Gewährleistungsfrist und übernimmt ihn sofort. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2012 betreibt. Die altrechtliche (mit der Betreuung am 30. Januar 2012 neu in Gang gesetzte) Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Der Käufer betreibt den Verkäufer am 30. Januar 2013 erneut. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2014.

[Rz 39] **Beispiel 15:** Ein Kunde kauft am 15. September 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von einem Jahr und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013 mit der Ablieferung des Laptops an den Käufer. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 15. Januar 2014.

[Rz 40] **Beispiel 16:** Ein Kunde kauft am 15. September 2012 einen (ungebrauchten) Laptop mit vertraglich vereinbarter Gewährleistung von einem Jahr und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Der Laptop weist nach Meinung des Käufers Mängel auf. Der Verkäufer ist anderer Ansicht und verweigert

die vom Käufer verlangte (vertraglich vereinbarte) Nachbesserung, weshalb ihn der Käufer am 30. Januar 2013 betreibt. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013 mit der Ablieferung des Laptops an den Käufer. Sie wird durch die Betreuung am 30. Januar 2013 wiederum für ein Jahr neu in Gang gesetzt. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 30. Januar 2014.

[Rz 41] Zu diesen Ergebnissen gelangt man aufgrund des Vorbehalts von Art. 2 SchIT ZGB<sup>54</sup> nur, wenn man der (hier vertretenen) Auffassung folgt, nArt. 210 Abs. 4 OR habe keinen ordre public-Charakter und die gebotene Interessenabwägung führe nicht zu einer Rückwirkung.

[Rz 42] Wie vorstehend dargelegt, ist das Bundesgericht generell zurückhaltend mit der Annahme, dass eine Bestimmung ordre public-Charakter hat. Diesen Charakter hat etwa das aus Art. 2 und Art. 27 ZGB ableitbare Verbot übermässiger zeitlicher Bindung durch obligatorische Rechtsgeschäfte oder der in Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ausgesprochene Grundsatz, dass eine Grundlast jedenfalls nach dreissigjährigem Bestand abgelöst werden kann.<sup>55</sup>

[Rz 43] Dass nArt. 210 Abs. 4 OR eine zwingende Bestimmung ist, die im Interesse des Konsumentenschutzes in Erfüllung des Verfassungsauftrags in Art. 97 BV aufgestellt wurde, steht ausser Frage. Damit ist indes wie ausgeführt<sup>56</sup> noch nicht gesagt, dass nArt. 210 Abs. 4 OR ordre public-Charakter hat.

[Rz 44] Gegen die Annahme, nArt. 210 Abs. 4 OR habe ordre public-Charakter, spricht zunächst die Tatsache, dass es den Parteien trotz nArt. 210 Abs. 4 OR weiterhin gestattet ist, die Gewährleistung (innerhalb der allgemeinen Vertragsschranken)<sup>57</sup> als Ganzes wegzubedingen.<sup>58</sup> Diese Relativierung des Konsumentenschutzes wurde in den parlamentarischen Beratungen explizit in Kauf genommen.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> S. Rz 17.

<sup>55</sup> BGE 133 III 105, E. 2.1.3; BGE 100 II 105 E. 2.

<sup>56</sup> S. Rz 14.

<sup>57</sup> BENEDICK/VISCHER, (Fn 6), Rz 16; VISCHER (Fn 10), 177 ff.

<sup>58</sup> Vgl. den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative 06.490 vom 21. Januar 2011 (BBl 2011 2889 ff.), 2896, sowie die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. April 2011 (BBl 2011 3903 ff.), 3906; vgl. ferner PETER GAUCH, Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und wekvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 2011, 153 f.

<sup>59</sup> Der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hebt explizit hervor, dass die vollständige Wegbedingung der Haftung weiterhin zulässig ist, BBl 2011 2896. Vgl. ferner etwa das Votum von BRin Sommaruga, «Ich möchte doch noch mal festhalten – der Kommissionssprecher hat auch darauf hingewiesen -, dass es auch unter dem revidierten Recht weiterhin möglich sein wird, die Gewährleistung als Ganzes auszuschliessen, zumindest sofern der Verkäufer dem Käufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat. Das wurde im Laufe der Revision immer wieder festgehalten», AB 2012 der Frühjahrssession vom 5. März 2012, 06.490, 68.

[Rz 45] Eine ähnlich gelagerte Fallkonstellation liegt sodann bei der intertemporalen Anwendung des neuen Art. 8 UWG, welcher am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist. Auch bei nArt. 8 UWG stellt sich intertemporalrechtlich die Frage, ob die neue Bestimmung ordre public-Charakter hat. Gemäss der vorherrschenden Ansicht kann nArt. 8 UWG nicht auf am 1. Juli 2012 in Kraft stehende AGB und damit rückwirkend zur Anwendung kommen.<sup>60</sup> Denn es geht bei nArt. 8 UWG nicht um einen mit Art. 2 oder Art. 27 ZGB vergleichbaren fundamentalen Grundsatz der schweizerischen Rechtsordnung.<sup>61</sup> Vielmehr handelt es sich um eine dem Verfassungsauftrag in Art. 97 BV Folge leistende «graduelle Anpassung und Weiterentwicklung der AGB-Kontrolle»<sup>62</sup> und keinen Quantensprung in der Rechtsentwicklung, gab es doch bereits vorher eine funktionierende (altrechtliche) AGB-Kontrolle<sup>63</sup>, allerdings weniger gestützt auf aArt. 8 UWG, als gestützt auf andere Normen,<sup>64</sup> ganz abgesehen davon, dass kaum etwas ordre public Charakter haben kann, bei dessen Erlass das Parlament so heillos zerstritten war und in verschiedene Richtungen zerrte,<sup>65</sup> und das nicht zuletzt deshalb derart unklar wie nArt. 8 UWG ist.<sup>66</sup>

[Rz 46] Hinzuweisen ist auch auf einen Entscheid des Bundesgerichts, wonach keine rückwirkende Anwendung des neuen KKG auf die Folgen der vorzeitigen Auflösung eines vor Inkrafttreten des KKG geschlossenen Leasingvertrags stattfinden soll.<sup>67</sup> Damit hat das Bundesgericht mindestens

implizite entschieden, dass eine Regelung selbst dann nicht zu den grundlegenden Rechtsgrundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung gehört, wenn sie im Interesse des Konsumentenschutzes aufgestellt wurde.<sup>68</sup>

[Rz 47] Die Ansicht von Pichonnaz, der u.a. unter Hinweis auf zwei Urteile des EuGH zu einigen Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>69</sup> den ordre public-Charakter von nArt. 8 UWG befürwortet,<sup>70</sup> überzeugt nicht.<sup>71</sup> Denn die zitierten Urteile betreffen etwas Anderes, nämlich u.a. die Frage, ob gewisse Bestimmungen der genannten Richtlinie von Amtes wegen anwendbar sind oder nicht,<sup>72</sup> und damit keine übergangsrechtlichen Fragen, ganz abgesehen davon, dass nicht klar ist, ob der EuGH im einen Urteil wirklich gesagt hat, Art. 6 der genannten Richtlinie habe ordre public-Charakter, oder lediglich, dass diese Bestimmung zwingend sei.<sup>73</sup> Zudem übersieht Pichonnaz, dass die genannte Richtlinie in Art. 10 Abs. 1<sup>74</sup> explizites Übergangsrecht enthält, das

Konsumkreditnehmers in einem Gesetz zusammengefasst, inhaltlich weitergeführt und teilweise ausgedehnt.».

<sup>60</sup> HESS/RUCKSTUHL (Fn 14), 1211.

<sup>69</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:HTML>, zuletzt besucht am 13. November 2012.

<sup>70</sup> PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012, 142 f.

<sup>71</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass diese Richtlinie bei der Auslegung von nArt. 8 UWG nicht ein grosse Rolle spielt, s. im Gegenteil z.B. VISCHER (Fn 10), 181.

<sup>72</sup> Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2009, Rechtssache C-40/08 in Sachen Asturcom Telecomunicaciones, Rec. 2009 I-9579, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-40/08&td=ALL>; zuletzt besucht am 13. November 2012; Urteil des EuGH vom 26. April 2012, Rechtssache C-472/10 in Sachen Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság gegen Invitel Távközlési Zrt, noch nicht publiziert im Rec., <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-472/10>, zuletzt besucht am 13. November 2012.

<sup>73</sup> S.z.B. deutsche Version des Urteils des EuGH vom 6. Oktober 2009, Rechtssache C-40/08 in Sachen Asturcom Telecomunicaciones, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73920&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6106336>, zuletzt besucht am 13. November 2012, Rz 52: « Daher ist in Anbetracht von Natur und Bedeutung des öffentlichen Interesses, auf dem der Schutz beruht, den die Richtlinie 93/13 für den Verbraucher sicherstellt, festzustellen, dass Art. 6 der Richtlinie als eine Norm zu betrachten ist, die den nationalen Bestimmungen, die im nationalen Recht *zwingend* [Hervorhebung durch Verfasser] sind, gleichwertig ist.»; demgegenüber die spanische Version des Urteils des EuGH vom 6. Oktober 2009, Rechtssache C-40/08 in Sachen Asturcom Telecomunicaciones, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77861&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6107151>, zuletzt besucht am 13. November 2012, Rz 52: «Así pues, dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.».

<sup>74</sup> Art. 10 Abs. 1 Satz 2: «Diese Vorschriften gelten für alle Verträge, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen werden.».

<sup>60</sup> THOUVENIN (Fn 14), Rz 57 erster Teil; HESS/RUCKSTUHL (Fn 14), 1211; VISCHER (Fn 10), 181 f.; ANSGAR SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 80; ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12. Dezember 2011, Rz 24.

<sup>61</sup> HESS/RUCKSTUHL (Fn 14), 1211; nicht ganz klar THOUVENIN (Fn 14), Rz 57 zweiter Teil.

<sup>62</sup> BÜHLER/StÄUBER (Fn 35), 89.

<sup>63</sup> BÜHLER/StÄUBER (Fn 35), 89.

<sup>64</sup> S.z.B. KATHRIN KLETT/CHRISTOPH HURNI, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.; VISCHER (Fn 10), 178 ff.

<sup>65</sup> Gl.M. THOUVENIN (Fn 14), Rz 57 erster Teil, nicht ganz klar aber Rz 57 zweiter Teil.

<sup>66</sup> Z.B. THOUVENIN (Fn 14), Rz 1: «Einigkeit besteht vor allem in einem Punkt: Der Wortlaut von Art. 8 UWG ist wenig geglückt.».

<sup>67</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008, vom 18. Dezember 2008, E. 2: «Das neue KKG ist nach den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen für die Folgen der vorzeitigen Auflösung des vor dessen Inkrafttreten geschlossenen Leasingvertrags übergangsrechtlich nicht massgebend ...»; bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, E. 2.7; s. auch die im Urteil des Bundesgerichts 4A\_6/2009 vom 11. März 2009, E. 2.3, wiedergegebene Meinung der Vorinstanz: «Die Vorinstanz erwog, die Unterstellung altrechtlicher Verträge unter neues Recht setze gemäss Art. 2 SchIT ZGB voraus, dass die Anwendung des alten Rechts zur Verletzung grundsätzlicher sozialpolitischer und ethischer Anschauungen führen würde. Das revidierte KKG verfolge zwar sozialpolitische Zielsetzungen. Darin unterscheide es sich aber nicht von dem zuvor geltenden KKG und den dieses ergänzenden bzw. überlagernden Bestimmungen über das Teilzahlungsgeschäft. Die Revision des KKG habe mithin keinen geänderten sozialpolitischen oder ethischen Anschauungen zum Durchbruch verholfen, sondern den bereits bestehenden Schutz des



keine Rückwirkung vorsieht, also selber mindestens in Bezug auf das Übergangsrecht nicht davon ausgeht, ihr komme ordre public-Charakter zu. Auch die verglichen mit den anderen revidierten UWG-Bestimmungen spätere Inkraftsetzung von nArt. 8 UWG durch den Bundesrat spricht nicht für den ordre public-Charakter von nArt. 8 UWG. Vielmehr wollte der Bundesrat den Betroffenen nur mehr Zeit lassen, ihre AGB an die neuen Verhältnisse anzupassen.<sup>75</sup> Eine Äusserung zu den in diesem Zeitpunkt in Kraft stehenden AGB und damit zu übergangsrechtlichen Problemen ist dem Bundesrat nicht zu unterstellen, ganz abgesehen davon, dass es bei einem Schweigen des Gesetzgebers nicht in der Kompetenz des Bundesrats, sondern der Gerichte liegt, verbindliche Feststellungen zum Übergangsrecht zu treffen.

[Rz 48] Gemäss der hier vertretenen Ansicht handelte es sich bei nArt. 210 Abs. 4 OR ebenfalls um eine graduelle Anpassung und Weiterentwicklung des Konsumentenschutzrechts,<sup>76</sup> nicht aber um eine Bestimmung, die ordre public-Charakter hat.

[Rz 49] Selbst wenn nArt. 210 Abs. 4 OR ordre public-Charakter hätte, ergäbe die dann noch nötige Interessenabwägung überwiegende Vertrauensinteressen, denn es lägen angesichts der bloss graduellen Anpassung und Weiterentwicklung bloss schwache öffentliche Interessen vor, die keinen Eingriff in das verfassungsmässige Recht des Vertrauensschutzes erlaubten. Denn die Gewährleistungsfrist ist beim Kaufvertrag essentiell und oft im Kaufpreis berücksichtigt, so dass eine nachträgliche Veränderung ein starker Eingriff ins vereinbarte Äquivalenzverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer und aufgrund bloss schwacher gegenüber stehender öffentlicher Interessen nicht zu rechtfertigen wäre.<sup>77</sup> Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als hinsichtlich altrechtlich vereinbarten Kaufrechte, bezüglich welcher das Bundesgericht entschieden hat, dass die Ausübungsfrist dergestalt essentiell zur Vereinbarung des Kaufrechts gehört, dass sie sich nach altem Recht richten muss.<sup>78</sup> Es darf auch nicht übersehen werden, dass Konsumentenschutz zwar gemäss Art. 97 BV ein Verfassungsauftrag ist, den Konsumenten aber keine Grundrechte verleiht.<sup>79</sup>

[Rz 50] Demnach ist eine vor dem 1. Januar 2013 vertraglich

vereinbarte Verjährungsfrist zu schützen, selbst wenn sie gegen nArt. 210 Abs. 4 OR verstösst.

## V. Zweite Fragestellung: Ist der Hinweis auf das Gesetz eine «vertragliche Vereinbarung»?

[Rz 51] Soeben wurde dargelegt, dass eine altrechtlich vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist auch dann weiterbesteht, wenn sie nArt. 210 Abs. 4 OR verletzt. Nachfolgend soll die Frage beantwortet werden, ob eine (schützenswerte) rechtsgeschäftliche Rechtsposition auch vorliegt, wenn die Parteien im Vertrag die (dispositive) einjährige Verjährungsfrist des alten Rechts lediglich wiedergeben (und nicht verändern) oder sogar lediglich auf die (dispositive) Regelung des alten Rechts verweisen.

[Rz 52] Als rechtsgeschäftliche Rechtsposition kann nur gelten, was tatsächlich auf diese Weise entstanden ist, nicht auch, was bloss hätte vertraglich geordnet werden können.<sup>80</sup> Wenn die Parteien im Vertrag keine Regelung vornehmen (auch nicht durch Wiedergabe des dispositiven Rechts des alten Rechts oder durch Verweisung auf diese Regelung), dann liegt keine rechtsgeschäftliche Rechtsposition vor, weshalb auf die Frage der Verjährung die neue, zweijährige Verjährungsfrist Anwendung findet.

[Rz 53] Hingegen liegt gemäss der hier vertretenen Ansicht eine (vor neuem Recht zu schützende) rechtsgeschäftliche Rechtsposition bereits dann vor, wenn von einem nach altem Recht bestehenden Gestaltungsspielraum, der nach neuem Recht nicht mehr besteht, Gebrauch gemacht wurde, sei es mit Übernahme der dispositiven gesetzlichen Regelung des alten Rechts mittels Wiedergabe dieser Regelung oder durch Verweisung auf diese Regelung.<sup>81</sup>

[Rz 54] **Beispiel 17:** Ein Kunde kauft am 31. Januar 2012 einen (ungebrauchten) Laptop und übernimmt ihn sofort. Der Kaufvertrag verweist bezüglich der Verjährungsfrist auf aArt. 210 OR. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 31. Januar 2013.

[Rz 55] **Beispiel 18:** Ein Kunde kauft am 15. September 2012 einen (ungebrauchten) Laptop und übernimmt ihn am 15. Januar 2013. Der Kaufvertrag verweist bezüglich der Verjährungsfrist auf aArt. 210 OR. Die vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist von einem Jahr beginnt am 1. Januar 2013 nicht zu laufen, sondern erst am 15. Januar 2013 mit der Ablieferung des Laptops an den Käufer. Die Gewährleistungsansprüche verjähren grundsätzlich am 15. Januar 2014.

<sup>75</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 29. März 2012: Inkrafttreten des revidierten UWG und der geänderten PBV, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=43978>, zuletzt besucht am 13. November 2012.

<sup>76</sup> S. aArt. 210 Abs. 3 OR, wobei zu berücksichtigen ist, dass das Bundesgericht im Rahmen der Kontrolle von AGB bzw. überhaupt von Vertragsbestimmungen sehr schnell eine absichtliche Täuschung annimmt (z.B. VISCHER (Fn 10), 182 ff. bezüglich Kontrolle von Freizeichnungsklauseln).

<sup>77</sup> S. für das deutsche Recht auch BEATE GSELL, Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfrist, NJW 2002, 1303.

<sup>78</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_189/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 3.4.

<sup>79</sup> Z.B. RETO JACOBS, St. Galler Kommentar zu Art. 97 BV, Rz 4.

<sup>80</sup> BGE 116 II 63, E. 4; BGE 64 II 411, E. 1.

<sup>81</sup> BSK OR II-VISCHER, Art. 2 SchIT AG N 3 zur übergangsrechtlichen Lösung bei Statuten, unter Hinweis auf abweichende Ansichten.

## VI. Zusammenfassung

[Rz 56] Die eingangs gestellten Fragen zur intertemporalen Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR lassen sich nach der hier vertretenen Ansicht wie folgt beantworten:

[Rz 57] Erstens ist eine vor dem 1. Januar 2013 vertraglich vereinbarte bzw. gemäss Art. 135 OR unterbrochene Verjährungsfrist zu schützen, d.h. am 1. Januar 2013 beginnt die Verjährungsfrist nicht neu zu laufen, sondern läuft einfach weiter. Dieser (Vertrauens-)Schutz gilt selbst dann, wenn die vereinbarte bzw. unterbrochene Verjährungsfrist beim Konsumentenkauf die in nArt. 210 Abs. 4 OR geregelten Minimalfristen unterschreiten sollte. Bei nArt. 210 Abs. 4 OR handelt es sich nämlich nicht um eine Bestimmung mit ordre public-Charakter und auch die gebotene Interessenabwägung führt nicht zu einer Rückwirkung.

[Rz 58] Zweitens liegt eine «vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist», d.h. eine (vor neuem Recht zu schützende) rechtsgeschäftliche Rechtsposition bereits dann vor, wenn die Parteien im Kaufvertrag die dispositive gesetzliche Regelung widergeben oder auf diese Regelung verweisen.

---

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

Dr. Gilles Benedick, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Benedick Studio legale e notarile, Lugano, und Dozent für Handelsrecht an der Fernfachhochschule Schweiz.

---

\* \* \*