

Das neue I-Phone 8

Für das zukünftige I-Phone 8 existiert in der Schweiz schon jetzt ein riesiges Interesse. Um die Nachfrage gleichmässig und koordiniert bedienen zu können, hat Apple eine elektronische Warteliste entwickelt. In diese kann man sich kostenlos einmal eintragen lassen. Nach der Lancierung erhält man das Gerät gemäss der Reihenfolge der Warteliste zum zukünftig aktuellen Listenpreis.

1. Kurt hat den Platz Nr. 500 auf der Warteliste erhalten. Nach einem Jahr – er wartet noch immer auf das Gerät – erfährt er, dass Karla ausgerechnet das für ihn bestimmte I-Phone 8, ohne zu warten, direkt erhalten hat. Dies geschah, weil sie dem zuständigen Apple-Mitarbeiter versprochen hat, mit ihm zu schlafen. *Muss oder kann Kurt, einmal an der Wartelistenspitze angelangt, das Gerät kaufen oder hat er es dann schon gekauft? Diskutieren Sie die Varianten! Kurt entsteht aus Karlas Überholmanöver kein finanzieller Schaden. Kann er gegen Apple einen Anspruch ableiten? Hat er auch einen Anspruch gegen Karla? (ca. 30% der Punkte)*
2. Kurt erhielt von Apple sofort ein Gerät, als er wegen des Vorfalls reklamierte. Er ist sehr zufrieden. Nach einem Jahr berichten jedoch praktisch alle Medien, dass das I-Phone 7 einen Akku aufweise, der bei unzähligen Kunden kurz nach Ablauf von zwei Jahren den Geist aufgegeben habe. Ein Ersatz des fest eingebauten und teuren Akkus für Fr. 200 lohne sich dann kaum – viele Kunden würden gleich zum neuen I-Phone 8 wechseln, doch verfüge dieses über denselben Akku.
 - a. *Kann Kurt, dessen einjähriges I-Phone 8 einwandfrei läuft, gegen Apple vorgehen?*
 - b. *Gehen Sie nun von der Annahme aus, dass ein Mangel vorliegt: Zeigen Sie alle Ansprüche von Kurt unter Auslassung der Willensmängel und des Deliktsrechts (ca. 20% der Punkte).*
3. Als Kurt wegen des Akku aufgrund der Zeitungsberichte sofort reklamiert, teilt ihm Apple mit, dass man den Akku aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht durch ein verbessertes Modell ersetzen wolle. *Kurt sucht Sie in Ihrer Anwaltskanzlei auf. Er ist verunsichert, weil er gehört hat, dass die „Gewährleistung auf Kulanz“ für Kunden nachteilig sei und bittet Sie erstens, ihm den Nachteil zu erklären. Er fragt Sie zweitens nach den rechtlichen Schritten – unter der Prämisse, dass ein Mangel und der Nachbesserungsanspruch bestehen – wie er sein I-Phone auf Kosten von Apple durch einen Dritten mit einem neuen Akku ausstatten lassen kann (ca. 20% der Punkte).*
4. Kuno, ein anderer Käufer, hat bei seinem früher gekauften I-Phone 8 gerade das Problem des plötzlichen Akku-Leistungsabfalls festgestellt und gerügt – doch ist die gesetzliche Gewährleistungsfrist seit sechs Monaten abgelaufen. Ein Gutachter spricht von einer schlecht gewählten Akkukonstruktion durch den zuständigen Apple-Ingenieur. Bei Kuno hat der Akku aufgrund der Spannungsschwächen die Grafikkarte und den Bildschirm des Geräts zerstört, die auf Spannungsunterschiede heikel reagieren können. Kuno sucht Sie in Ihrer Anwaltskanzlei auf und sagt: *„Ver-gessen Sie die Gewährleistung! Könnte man nicht sagen, Apple habe meine Grafikkarte und meinen Bildschirm zerstört?“ Er verlangt von Ihnen eine Abklärung, wie man einen solchen Anspruch und dessen Voraussetzungen begründen könnte und ob dieser auch vor Gericht durchsetzbar wäre (ca. 30% der Punkte).*

Gehen Sie bei diesem fiktiven Fall stets davon aus, dass Apple die Geräte ohne Zwischenschaltung von Händlern direkt an die Endkunden verkauft und der Kauf nur nach den Regeln des OR erfolgt.

1. *Muss oder kann Kurt, einmal an der Wartelistenspitze angelangt, das Gerät kaufen oder hat er es dann schon gekauft? Diskutieren Sie die Varianten! Kurt erleidet aus diesem Überholmanöver durch Karla keinen finanziellen Schaden. Kann er gegen Apple einen Anspruch ableiten? Hat er auch einen Anspruch gegen Karla?*

Zuerst muss man abklären, welches Verhältnis zwischen Kurt und Apple durch den Eintrag in die Warteliste entstanden ist. In Frage kommen ein *bedingter Vertrag*, ein *Vorvertrag* oder ein *Optionsvertrag*. Die Auslobung fällt weg, weil vorliegend nichts öffentlich geschieht.¹

- Beim *bedingten Vertrag* hat Kurt das I-Phone 8 schon gekauft, sobald die Bedingung – das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste – eintritt. Die Bedingung ist das erfolgreiche Erklimmen der Warteliste, was unsicher ist – wer weiss schon, ob Apple das I-Phone 8 tatsächlich wird herstellen können (Art. 151 Abs. 1 OR)? Ist es ein sicheres Ereignis, liegt eine Befristung vor.² Beide Argumentationen sind vertretbar.
- Der *Optionsvertrag* begründet ein Gestaltungsrecht auf unmittelbare Herbeiführung eines Vertrages – hier wäre es ein bedingter Optionsvertrag. Kurt könnte durch einseitige Erklärung den Kauf herbeiführen, muss dies aber nicht tun.
- Der *Vorvertrag* ist in Art. 22 Abs. 1 OR geregelt. Der Vorvertrag ist dann *causa* des Hauptvertrages, die Leistungspflicht besteht in der Abgabe einer Angebots- oder Annahmeerklärung für den Hauptvertrag. Erfasst die vorvertragliche Regelung alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages, kann die berechtigte Person direkt auf Erfüllung der hauptvertraglichen Leistung klagen.³ Vorliegend könnte es sich auch um die besondere Spielart des *einseitig bindenden Vorvertrags* handeln.⁴

Unabhängig davon stellt sich aber bei allen drei Varianten die Frage, ob der Preis i.S. des Art. 184 Abs. 3 OR genügend bestimmt ist, wenn die Verkäuferin den Preis einseitig festlegen kann. Tatsächlich kontrolliert niemand die Preislisten. Somit hätte Apple bei Bejahung des Vertragsschlusses ein einseitiges Preisänderungs- und Preisbestimmungsrecht, das vordergründig *ohne jede Einschränkung* besteht. Dies stellt meines Erachtens eine übermässige Unterwerfung unter den Willen der Verkäuferin dar und fällt unter Art. 27 Abs. 2 ZGB. Das Bundesgericht lässt allerdings solche Verpflichtungen zu, weil es bei Preislisten von einer *Marktkontrolle* ausgeht und von der *allgemeinen Bindung der Parteien an Treu und Glauben* in Art. 2 ZGB, die Exzesse verhindern soll.⁵

Welche der drei Möglichkeiten ist es? Dem wahren Willen der Parteien dürfte hier wohl ein bedingter Kauf entsprechen. Kurt hat dann im Zeitpunkt des Erreichens der Warteliste das I-Phone gekauft

¹ Vgl. CHK-Kut, OR 8 N 5.

² Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 4038: „Fehlte es an der Sicherheit, ob das betreffende Ereignis sich verwirklichen wird, läge eine Bedingung vor. Allein: «Da fast nur das physische Ableben sicher, alles andere hingegen unsicher ist, sind die Umschreibungen anhand zukünftiger Ereignisse regelmässig Bedingungen.»“

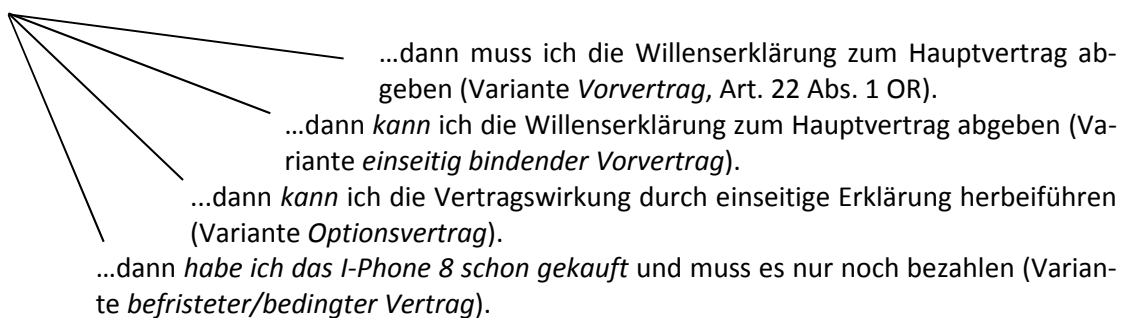
³ BSK-Zellweger-Gutknecht, OR 22 N 22; CHK-Kut, OR 22 N 14; BGE 118 II 32 ff., 34: „Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden.“

⁴ Vgl. CHK-Kut, OR 22 N 2.

⁵ Vgl. BGE 84 II 13 ff., 20 und eingehend dazu Arnold Rusch/Claire Huguenin, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff., N 26 ff.; zur Anwendung dieser Gedanken bei der Warteliste Arnold Rusch, Die Warteliste im Zivilrecht, AJP 2012, 1365 ff., 1368, Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121009_ajp.pdf (25.4.2016) und Arnold Rusch, Warten auf Rolo, AJP 2015, 1218 f., 1218, Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/150831_rolex_warteliste_ajp.pdf (25.4.2016).

und muss nur noch bezahlen. Wenn das I-Phone 8 allerdings erst in mehreren Jahren erscheint, wäre wohl eher von einem Optionsrecht Kurts auszugehen. Apple könnte nicht erwarten, dass man sich Jahre vorher schon verbindlich für den Kauf entscheidet – wer weiss schon, was in eine paar Jahren ist? Vielleicht kann man sich dann das I-Phone 8 gar nicht mehr leisten. Auch muss man berücksichtigen, dass der Preis noch unbekannt ist, was ein mehrjähriges Warten als unzumutbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht lässt diese Unsicherheit indes zu; deshalb und weil es vorliegend nicht unbedingt um ein mehrjähriges Warten geht, knüpfen die nachfolgenden Überlegungen an den bedingten Vertrag an.

Repetition: Wenn ich die Wartelistenspitze erreicht habe und ein I-Phone 8 verfügbar ist...



Kurt hat also das I-Phone 8 bedingt schon gekauft. Welche Folgen zeitigt die überholende Karla auf der Warteliste? Hier sind die Verabredungen um den Kauf gleich dreifach problematisch. Karla verspricht eine sexuelle Handlung gegen sofortigen Erhalt des I-Phone 8 – das könnte sittenwidrig sein, weil man *entgeltliche sexuelle Handlungen* aufgrund der allgemein anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen als unsittlich erachtet (strittig).⁶ Darauf könnte sich aber höchstens Karla berufen, nicht jedoch Kurt. Eindeutig sittenwidrig ist jedoch das Eingreifen Karlas in die Summe der Verträge der Unternehmung Apple mit den Wartenden auf der Warteliste. Doch erst der *qualifizierte Eingriff* in vertragliche Rechte Dritter ist sittenwidrig.⁷ Die Lehre bejaht einen qualifizierten Eingriff bei Schmiergeldzahlungen, Schadloshaltungsversprechen und beim Verleiten zum Vertragsbruch – genau dies tut Karla, indem sie den Mitarbeiter zum Bruch des Vertrags mit den Wartenden und zugleich zum Bruch der arbeitsvertraglichen Pflichten im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber durch das Versprechen sexueller Handlungen anstiftet.⁸ Das Bundesgericht hat in solchen Fällen festgehalten, dass für Kurt nicht bloss ein Anspruch auf Lieferung gegen den Vertragspartner (Apple) besteht, sondern auch gegen die Urheberin der sittenwidrigen Störung,⁹ also Karla. Kurt könnte folglich das I-Phone 8 von

⁶ Vgl. die Übersicht bei Huguenin, N 414, m.w.H.

⁷ Huguenin, N 419, m.w.H.

⁸ Huguenin, N 419.

⁹ Vgl. BGE 114 II 91 ff., 98; BGE 114 II 329 ff., 332 f.; Urteil BGer 4C.273/2002, E. 3.2 „Die Haftung des Dritten besteht in einer Schadenersatzpflicht wegen Verstoss gegen die guten Sitten (Art. 41 Abs. 2 OR). Denkbar ist aber auch ein Anspruch gegen den Dritten auf Realerfüllung (Art. 98 Abs. 3 OR). Insbesondere beim Doppelverkauf kann dem geschädigten Erstkäufer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber dem Zweitkäufer und Erwerber eingeräumt werden, wenn dieser sittenwidrig gehandelt hat (...).“ und 3.3: „Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz die Haftung der Erstbeklagten nicht darauf beschränkt, den Klägern Schadenersatz zu bezahlen, sondern die Realerfüllung – d.h. die Übertragung der Grundstücke auf die Kläger – angeordnet. Wie erwähnt befürwortet auch die Rechtsprechung bei einer sittenwidrigen Ausnützung des fremden Vertragsbruchs einen Anspruch des geschädigten Erstkäufers gegenüber dem Zweitkäufer auf Herausgabe der Sache. Dieser Anspruch ist nicht auf den Fahrniskauf beschränkt, sondern gilt auch beim Grundstückskauf. Wenn der zwischen dem Verkäufer und dem Zweitkäufer abgeschlossene Vertrag zufolge Sittenwidrigkeit ungültig ist, fällt aufgrund der kausalen Natur des Verpflichtungsgeschäftes (Kaufvertrag) das Verfügungsgeschäft (Eintragung im Grundbuch) dahin, wenn der Zweiterwerber nicht anderweitig geschützt ist, sich insbesondere wie hier nicht auf guten Glauben stützen kann (...).“

Karla herausverlangen, wenn er dies wollte. Es geht um einen Erfüllungs-, nicht um einen Schadenersatzanspruch (Art. 184 Abs. 1 OR).

Könnte Kurt auch einen sofortigen Lieferanspruch auf ein neues I-Phone 8 *gegen Apple* erheben? Dies wäre denkbar, wenn man vom Recht der Bedingungen ausgeht. Die obigen Überlegungen haben gezeigt, dass das Erreichen der Wartelistenspitze eine Bedingung oder eine Befristung des Geschäfts darstellt, je nachdem, ob man dies als gewiss oder ungewiss bezeichnet. Die hier aufschiebende Bedingung orientiert sich an einem ungewissen Ereignis. Ist das Erreichen der Wartelistenspitze ein sicheres Ereignis, liegt ein Termin vor.¹⁰ Der Effekt ist beide Male derselbe. Eine Bedingung gilt auch dann als eingetreten, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben *verhindert* (Art. 156 OR) worden ist. Kurt hat einen sofortigen Lieferanspruch.

Exkurs: Was wäre, wenn Karla nicht Kurts I-Phone erhalten hätte, weil sich noch andere Personen vor Kurt in der Warteschlange befinden? Eine Bedingung gilt auch dann als eingetreten, wenn ihr Eintritt von einem Teile wider Treu und Glauben auch nur verzögert worden ist (strittig).¹¹ Je nach Ansicht führt die blossе Verzögerung zum Eintritt der Bedingung oder zum Eintritt im Zeitpunkt, in dem die Bedingung ohne Verzögerung eingetreten wäre; einige Autoren verneinen die Anwendbarkeit des Art. 156 OR auf die Verzögerung des Bedingungseintritts gänzlich. Fanden weitere Überholmanöver statt, scheint der sofortige Bedingungseintritt mit Erfüllungsanspruch jedenfalls passend.¹² Wendet man Art. 156 OR analog oder direkt an, handelt es sich beide Male um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB).¹³ In beiden Fällen sind Treu und Glauben verletzt, weil sich Apple nicht an die eigenen Zuteilungsregeln hält. Die Bevorzugung von Karla und beim Exkurs von anderen Personen verhält sich kausal zum ausgebliebenen Vorrücken auf der Warteliste.¹⁴ Der fingierte Eintritt der Bedingung bewirkt auch dann die Fälligkeit der Leistung: Kurt hat einen sofortigen Lieferanspruch. Kurt könnte aber auch gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR von Apple oder Karla Schadenersatz verlangen, wenn er durch die Verzögerung einen Schaden erlitten hat, was der Sachverhalt indes ausschliesst. Für diese Schadenszufügung genügt neben der Sittenwidrigkeit, anders als der Wortlaut

¹⁰ Vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2237 f.: „Ist als Fälligkeitstermin ein «dies incertus quando» (...) festgesetzt, so ist häufig (aber nicht immer) in Wirklichkeit eine (aufschiebende) Bedingung (...) verabredet. Beispiel: Ich leiste am Tag meiner Heirat. Das kann heissen: a. Ich leiste, falls ich überhaupt je einmal heirate (was ungewiss und daher Bedingung ist). b. Ich leiste am Tag, an dem die (bereits angemeldete) Ziviltrauung stattfindet (was gewiss und daher Fälligkeitstermin ist).“ und N 4038.

¹¹ Vgl. CHK-Roth Pellanda/Dubs, OR 156 N 6 und differenzierend Isabel Matt, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Diss. Zürich 2014, 381 f. sowie die Darstellung der verschiedenen Meinungen bei Alexander Gutmans, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Basel 1995, 130 f.; BGE 99 II 282 ff., 288 f.; vgl. MK-Westermann, BGB 162 N 15: „Da es aber entscheidend stets auf die Erfüllung der Erwartungen ankommt, die sich billigerweise an den Abschluss des bedingten Rechtsgeschäfts knüpfen, kann trotz eines an sich noch möglichen Bedingungseintritts ein Verhalten einer Partei, das ernstlich auf die Verhinderung dieses Ereignisses hinarbeitet, den Tatbestand des § 162 erfüllen. Bei bloss verzögertem Bedingungseintritt bzw. treuwidriger Vorverlegung dieses Ereignisses § 162 in dem Sinne anzuwenden, dass die zeitliche Verschiebung ausgeglichen wird, geht nur an, wenn bereits feststeht, dass die Bedingung wirklich eintreten bzw. ausfallen wird. Dann nämlich greift die Überlegung ein, dass die volle Gültigkeit des Geschäfts eine passendere Sanktion darstellt als ein Schadenersatzanspruch (...). Auch eine Fristversäumung kann durch denjenigen, dem die pünktlich zu erbringende Leistung zustand, treuwidrig herbeigeführt worden sein, so dass der Gläubiger sich auf das Ausbleiben der Leistung nicht berufen kann; diese Sichtweise beruht allerdings eher auf einer Analogie zu § 162 (...).“

¹² Vgl. Staudinger-Bork, BGB 162 N 6: „Die Einflussnahme auf den Kausalverlauf muss eine Verhinderung des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung bzw die Herbeiführung des Eintritts einer auflösenden Bedingung zur Folge gehabt haben. Die blossе Erschwerung bzw Erleichterung beider Ereignisse genügt nicht (...). Jedoch ist § 162 anzuwenden, wenn der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung durch dauernde Verzögerung behindert wird (...).“

¹³ Vgl. Urteil BGer 4C.281/2005, E. 3.5.

¹⁴ Zum Erfordernis der Kausalität und zum Verstoß gegen Treu und Glauben BSK-Ehrat/Widmer, OR 156 N 5.

suggestiert, auch der blosser Eventualvorsatz,¹⁵ den man vorliegend bejahen könnte. Art. 41 Abs. 1 OR wäre anwendbar, wenn man die Privatbestechung als Schutznorm für das Vermögen Kurts ansieht. Die Privatbestechung ist derzeit in Art. 4a UWG, bald aber auch in Art. 322^{novies} StGB geregelt.¹⁶

2. (a.) Kann Kurt, dessen einjähriges I-Phone 8 einwandfrei läuft, gegen Apple vorgehen? (b.) Gehen Sie nun davon aus, dass ein Mangel vorliege: Zeigen Sie alle Ansprüche unter Auslassung der Willensmängel und des Deliktsrechts.

Die nachfolgende Analyse richtet den Fokus zuerst auf die Frage, ob ein *vorzeitiges Altern* zu den Sachmängeln zählt. In einem zweiten Schritt geht es darum, ob auch der *Verdacht eines Mangels* als Mangel genügt.

Ein zweijähriges Smartphone, für dessen Reparatur Fr. 200 notwendig sind, erleidet einen wirtschaftlichen Totalschaden. Der Sachverhalt erwähnt, dass das I-Phone 7, das denselben Akku aufweist, nach zwei Jahren Probleme schafft. Dann besteht die Gewährleistung indes nicht mehr (Art. 210 Abs. 1 OR). Der Umkehrschluss, wonach ein Gerät nur zwei Jahre halten muss, ist aber offensichtlich nicht richtig. Eine verkürzte Lebensdauer stellt sehr wohl einen Mangel dar, bloss kann man diese nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr vorbringen, es sei denn, man könne eine absichtliche Täuschung nachweisen (Art. 210 Abs. 6 OR). Dies erklärt, weshalb es zur Lebensdauer neu erworbener Kaufsachen nur wenige Entscheide gibt, doch steigt die Zahl an, wenn es um Gebrauchsgüter mit übermässig schneller Abnutzung geht. Mit der verstärkten Sensibilisierung der Konsumenten bezüglich der geplanten Obsoleszenz¹⁷ ist es denkbar, dass weitere Fälle ans Tageslicht gelangen. Hier einige der wenigen Beispiele:

- Eine Hüftprothese, die schon nach knapp sechs Jahren ersetzt werden muss, weist einen Produktfehler im Sinne des Art. 4 PrHG auf, weil dies nicht den Erwartungen und Statistiken entspricht.¹⁸ Das Bundesgericht liess diese Feststellung der Vorinstanz offen, bejahte aber den Ausschlussgrund des Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG. Dieser Fehler sei für den Hersteller der Prothese im Zeitpunkt der Inverkehrbringung nicht erkennbar gewesen.¹⁹ Auf dieses Argument könnten sich Hersteller bei *geplanter Obsoleszenz* nicht berufen.
- Ein Möbelstück weist einen Mangel auf, wenn es aus Komponenten mit wesentlich unterschiedlicher Lebensdauer besteht. Das OLG Schleswig bejahte dies bei einem kurzlebigen Polsterstoff auf einem Möbelstück aus Massiv-Eiche, weil der Durchschnittskäufer Möbel aus Massiv-Eiche mit einer besonderen Dauerhaftigkeit und Robustheit assoziiert: „Eine Lebens-

¹⁵ CHK-Müller, OR 41 N 55; KUKO-Schönenberger, OR 41 N 40; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, N 798; Fellmann/Kottmann, N 400; a.M. BK-Brehm, OR 41 N 243.

¹⁶ Vgl. Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG: „Unlauter handelt, wer: a. einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt; (...).“; vgl. den Text der StGB-Novelle gemäss BBl 2015, 7166: „Sich bestechen lassen, Art. 322^{novies} StGB (1) Wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. (2) In leichten Fällen wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.“

¹⁷ Zur geplanten Obsoleszenz vgl. Arnold Rusch, Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176 ff., Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/121231_obsolenz.pdf (25.1.2016).

¹⁸ Vgl. Urteil BGer 4A_16/2011, E. 3.1 und Valérie Junod, Pouvaient-on déceler le défaut de la prothèse? AJP 2011, 1177 ff., 1178.

¹⁹ Vgl. Urteil BGer 4A_16/2011, E. 4.2.

*dauer dieses Stoffes bei normaler Benützung von 2 Jahren, wie sich an dem untersuchten Sessel gezeigt hat, ist bei weitem zu gering für eine Sitzgarnitur in Massiv-Eiche.*²⁰

- Bei Gebrauchtfahrzeugen stellt vorzeitiger Verschleiss einen Sachmangel dar: „Der so definierten Käufererwartung entsprach das Fahrzeug des Kl. nicht. Berechtigterweise kann und darf ein verständiger Durchschnittskäufer davon ausgehen, dass ein Mittelklassewagen vom Typ X. trotz seines Alters von rund sieben Jahren und einer Laufleistung von etwa 84000 km nicht auf den ersten 1000 bis 2000 km wegen eines gravierenden Defekts am Automatikgetriebe gebrauchsuntauglich wird.“²¹ Unerheblich ist, dass beispielsweise alle Fahrzeuge eines bestimmten Typs diesen vorzeitigen Verschleiss kennen, weil es auf einen weitergehenden Vergleich auch mit anderen Fahrzeugen dieser Klasse ankommt.²² Ohne diesen weitergehenden Vergleich wäre es gar nicht möglich, bei schlecht konstruierten Fahrzeugen einen vorzeitigen Verschleiss und einen Mangel zu erkennen – genauso wäre es unmöglich, einen vorzeitigen Verschleiss bei geplanter Obsoleszenz zu bejahen, weil jedes Stück dieses Typs darunter leidet.
- Der Verkäufer darf einen unbenützten Ladenhüter nicht als neu bezeichnen, wenn das Fahrzeug schon drei Jahre auf der Halde gestanden hat und bereits ein Nachfolgemodell auf dem Markt erschienen ist.²³ Der Grund liegt in der möglicherweise verkürzten Lebenserwartung eines solchen Fahrzeugs aufgrund von Standschäden oder der Wertminderung aufgrund des Modellwechsels.

Aus diesen Fällen lässt sich ableiten, dass die vorzeitige Alterung eines Geräts zu den Sachmängeln zu zählen ist. Für Kurts Gerät besteht noch die volle Sachgewährleistung, doch funktioniert es noch einwandfrei. Es besteht indes ein klarer Verdacht eines Mangels im Sinne des vorzeitigen Verschleisses, den die Medienberichterstattung aufgrund der gehäuften Vorkommnisse ans Tageslicht gebracht hat.

Die Rechtsprechung in der Schweiz hat den Verdacht eines Mangels als Mangel explizit noch nie anerkannt. Es ist deshalb richtig, eine Annäherung an das Thema anhand bereits existierender Fälle zu suchen. Das passendste Beispiel ist der reparierte Unfallwagen. Nach herrschender Lehre und konstanter Rechtsprechung liegt kein Zweifel vor, dass ein Fahrzeug bei verheimlichtem Unfall von gewisser Heftigkeit einen Mangel aufweist, auch wenn der Verkäufer den Schaden vollumfänglich repariert hat. Die Begründung liegt darin, dass unfallbezogene Mängel möglicherweise erst später auftreten.²⁴ Dasselbe gilt bei langer Standzeit oder atypischer Vorbenutzung eines Fahrzeugs.²⁵ Dies passt

²⁰ OLG Schleswig, Urteil vom 31. Oktober 1980 – 11 U 127/79, MDR 1981, 402.

²¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Juni 2006 – 1 U 38/06, NJW 2006, 2858 ff., 2860.

²² OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Juni 2006 – 1 U 38/06, NJW 2006, 2858 ff., 2860; OLG Stuttgart, Urteil vom 15. August 2006 – 10 U 84/06, NJW-RR 2006, 1720 ff., 1722; zur Problematik dieses weitergehenden Vergleichs siehe Wortmann, Geplanter Produkt-Verschleiss als Rechtsproblem, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverfassung, Bd. 5, Frankfurt am Main 1983, 104 f. und Wortmann/Schimikowski, Geplanter Produktverschleiss und bürgerliches Recht, ZIP 1985, 978 ff., 979.

²³ Vgl. BGE 116 II 431 ff., 435 f.; vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2000 – VIII ZR 325/98, NJW 2000, 2018 ff., 2018; vgl. aber OLG Koblenz, Urteil vom 23. Mai 2002 – 5 U 1614/00, NJW-RR 2002, 1710 ff., 1710 f.

²⁴ Vgl. Luis Maissen, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Diss. Zürich 1999, 54: „Der merkantile Minderwert betrifft andererseits nicht bereits erkannte Mängel, (...), sondern er bezieht sich auf den Verdacht verborgener Mängel, die sich erst in der Folgezeit bemerkbar machen (...).“; vgl. BSK-Honsell, OR 197 N 7 und BK-Giger, OR 197 N 44; vgl. BGE 96 IV 145 ff., 147: „Selbst Laien im Autohandel wissen, dass nach derartigen Reparaturen mit der Möglichkeit erst später auftretender Mängel gerechnet werden muss, weshalb solche Wagen im Handel niedriger bewertet werden.“; vgl. Obergericht Zürich, Urteil vom 22. November 1966, SJZ 1967, 243 f., 244: „Als Automobilverkäufer musste er wissen, dass nach derart umfassenden Reparaturen mit der Möglichkeit später auftretender Mängel zu rechnen war. In diesem Umstand liegt gerade der Grund dafür, dass ein Auto, welches einen nennenswerten Unfall erlitten hat, ohne Rücksicht auf die Qualität der Reparatur allein wegen der Tatsache dieses Unfalles im Handel weniger gilt.“; vgl. auch BGE 91 II 344 ff., 353 zum Einwand der nicht gerechtfertigten Wandlung des Fahrzeugs angesichts der vollumfänglichen, aber späten

zum Verdacht als Mangel. In Deutschland ergingen im gleichen Sinne weitergehende Urteile, die einen Mangel bei *Lebensmitteln unter Seuchenverdacht* bejahten, auch wenn sich der Verdacht *ex post* als unzutreffend erweisen sollte.²⁶ Diese Rechtsprechung passt auf den vorliegenden Verdacht aber weniger gut, weil der Seuchenverdacht eher zur Unzumutbarkeit des Verzehrs oder zur Aufhebung der Weiterverkäuflichkeit führt. Die Rechtsprechung passt wiederum, wenn es um den Verdacht der Umetikettierung von Fleisch geht.²⁷ Steht ein solcher Manipulationsverdacht im Raum, fürchten die Käufer, dass das Fleisch tatsächlich älter als angegeben ist und deshalb frühzeitig verdirbt. Mit Unzumutbarkeits-Argumenten hat der EuGH vor nicht langer Zeit festgehalten, dass ein gehäuftes Auftreten von Mängeln ein Produkt mangelhaft im Sinne des PrHG mache, auch wenn bei der konkreten Sache noch kein Mangel aufgetreten sei.²⁸ Dieser Entscheid ist auch für die Schweiz von Bedeutung, weil das PrHG als nachvollzogenes EU-Recht zur Wahrung des Harmonisierungseffekts auch die Berücksichtigung der Rechtsprechung in der EU notwendig macht.²⁹ Diese Rechtsprechung beschränkt sich aber auf Produkte, bei denen ein Ausfall *gravierende Folgen* zeitigt.³⁰ Es ging im konkreten Fall um einen Herzschrittmacher, der eine gehäufte Ausfallwahrscheinlichkeit zeigte: In solchen Fällen ist klar, dass ein Zuwarten sich als unzumutbar und gefährlich erweist. Weshalb der Verdacht indes nur bei der Fehlerkategorie der Gesundheitsgefahr oder der fehlenden Wiederverkäuflichkeit eine Rolle spielen soll, leuchtet nicht ein.³¹ Für eine Privilegierung dieser Fehlerkategorien spricht nicht viel. Mit der Analogie zum Unfallwagen lässt sich ein Verdacht eines Mangels somit plausibel als Mangel herleiten. Genau wie beim Unfallwagen muss man aufgrund der Medienberichte fürchten, dass auch das eigene I-Phone 8 verfrüht den Geist aufgeben wird. Unzumutbar ist nicht die Verwendung des I-Phone 8, sondern das Zuwarten, bis sich der Mangel später zeigt, weil dann die Sachgewährleistung

Mängelbeseitigung durch Austausch der falschen Nockenwelle: „Nach der Sachlage kommt eine solche jedoch nicht in Betracht. Denn es liesse sich schwerlich ermitteln, ob und inwieweit die Zurücklegung von ca. 2500 km mit einer nicht passenden Nockenwelle dem Motor geschadet hat.“

²⁵ Vgl. Maissen (FN 24), 61 ff., zum Beispiel der *Anzahl Vorbesitzer* und der Vorbenutzung als *Taxi, Mietwagen oder Fahrschulfahrzeug*, weil man vom Gefühl her annimmt, die Abnutzung des Fahrzeugs sei stärker, was das OLG Stuttgart bei Mietwagen bejaht (OLG Stuttgart, Urteil vom 31. Juli 2008 – 19 U 54/08, NJW-RR 2009, 551 f., bei einem Kauf „aus erster Hand“ allerdings), während das LG Kaiserslautern es verneint (LG Kaiserslautern, Beschluss vom 25. März 2009 – 2 O 498/08, NJW-RR 2010, 634 f.); vgl. BGE 116 II 431 ff., 434: „Das Obergericht ging (...) davon aus, dass ein ungebrauchtes Fahrzeug mit einer Standzeit von mehr als einem Jahr wegen möglicher Standschäden nicht mehr als fabrikneu verkauft werden dürfe, ohne das Herstellungs- bzw. Modelljahr und/oder das Verzollungsdatum anzugeben.“; vgl. zur Standzeit von Fahrzeugen Herbert Roth, Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, NJW 2004, 330 ff.

²⁶ Vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 14. Juni 1972 – VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1461 ff. (argentinische Hasen) und OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. Juni 2008 – 7 U 37/07, LMRR 2008, 57 ff.; vgl. MK-Westermann, BGB 434 N 77.

²⁷ Passend wiederum erscheint die Argumentation in OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. Juni 2008 – 7 U 37/07, LMRR 2008, 57 ff.

²⁸ Boston Scientific Medizintechnik GmbH gegen AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C 503/13) und Betriebskrankenkasse RWE (C 504/13), EuGH, Urteil vom 5. März 2015, N 39; dazu Corinne Widmer Lüchinger, Medizinproduktehaftung bei blossem Fehlerverdacht, HAVE 2015, 388 ff., 395.

²⁹ Widmer Lüchinger (FN 28), HAVE 2015, 392 f. und BGE 133 III 81 ff., 383 f.; allgemein BGE 129 III 335 ff., 350: „Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis - wie das Staatsvertragsrecht - Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt. (...) Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.“

³⁰ Widmer Lüchinger (FN 28), HAVE 2015, 394.

³¹ Vgl. Barbara Grunewald, Der Verdacht als Mangel, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 131 ff., 138: „Für eine solche Sonderbehandlung von Handelsware fehlt allerdings eine tragfähige Begründung.“

nicht mehr besteht und der Käufer die arglistige Täuschung beweisen müsste, um in den Genuss der längeren Gewährleistungsdauer des Art. 210 Abs. 6 OR zu kommen. Dies dürfte sich ausserhalb eines Geständnisses als sehr schwierig erweisen.

Ein Mangel muss schon im *Zeitpunkt des Gefahrübergangs* zumindest im Keim existieren.³² Der Sachverhalt erwähnt, dass die Medienberichte erst nach der Lieferung erschienen sind. Der verdachtsbegründende Akku befand sich aber schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Gerät. Der Verdacht als Mangel bestand also im Keim schon. So verhielt es sich auch im BGH-Entscheid zu den argentinischen Hasen. Nach der Lieferung trat in den Medien der Verdacht der Salmonellenverseuchung auf. Das Gericht liess zur Bejahung des Mangels genügen, dass die *verdachtsbegründende argentinische Herkunft* im Zeitpunkt des Gefahrübergangs schon bestanden hat.³³ Sodann müssen für die erfolgreiche Anrufung der Sachgewährleistung eine rechtzeitige Prüfung und eine Rüge vorliegen (Art. 201 OR). Die Schwäche des Akkus lässt sich bei einer normalen Prüfung nicht erkennen. Es handelt sich somit um einen bei der Lieferung *versteckten Mangel*, der in einem Verdacht besteht. Wie kann man diesen rügen, wenn er doch gerade nicht erwiesen ist und eben nur ein Verdacht besteht? Die Lösung liegt darin, dass man den *Verdacht als Mangel* rügt, indem man den Verdacht belegt. Kurt muss folglich die Zeitungsartikel, die den Verdacht geweckt haben, an Apple mit der Mitteilung senden, dass Apple dafür Gewähr leisten muss.³⁴ Kurt kann die Wandlung oder die Minderung wählen (Art. 205 Abs. 1 OR). Die Ersatzlieferung wahrhafter Ware gemäss Art. 206 Abs. 1 OR ist nicht zu empfehlen, da er ein Gerät mit demselben Akku erhalten würde.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist es möglich, alternativ zur Anrufung der Sachgewährleistung Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR zu verlangen oder, was vorliegend nicht gefragt ist, den Vertrag mittels Grundlagennirrtums anzufechten.³⁵ Im vorliegenden Fall ist der Schadenersatzanspruch durchaus interessant, sofern er den Minderwert des I-Phone 8 abdeckt, doch muss für Art. 97 Abs. 1 OR ein Verschulden des Verkäufers vorliegen. Auch wenn sich der *Verkäufer exkulpieren* muss, stellt dies ein zusätzliches Beweisthema dar, das bei der Minderung oder Wandlung entfällt. Die Anrufung des Art. 97 Abs. 1 OR ist deshalb nicht vorteilhaft. Besonders nachteilig wird es, wenn man – also nicht wie im vorliegenden Fall – von einem Verkäufer kauft, der nicht Hersteller ist, denn der Verkäufer ist über solche Mängel meist ahnungslos.³⁶ Die übrigen Voraussetzungen des Anspruchs nach Art. 97 Abs. 1 OR – die Vertragsverletzung, der Schaden, die natürliche und adäquate Kausalität würden durchaus bestehen. Beim Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR im Rahmen der Sachgewährleistung fordert das Bundesgericht überdies die Einhaltung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit gemäss Art. 201 OR.³⁷

³² Vgl. BSK-Honsell, OR 197 N 11.

³³ Vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 1972 – VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462 f. und Arnold Rusch, Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff., 45, Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/120112_ajp.pdf (25.1.2016).

³⁴ Vgl. Rusch (FN 33), AJP 2012, 47; zur Rüge, die nicht bloss in der Übermittlung der Zeitungsberichte bestehen kann, sondern auch einen Anspruch erheben muss, vgl. Urteil BGer 4D_25/2010, E. 3.

³⁵ BSK-Wiegand, OR 97 N 58; CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 140 f.; vgl. BGE 114 II 131 ff. (Picasso-Fall); anzufügen bleibt, dass der Grundlagennirrtum bei Gattungsschulden nicht uneingeschränkt möglich ist, vgl. dazu Arnold Rusch, Grundlagennirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff.; der Grundlagennirrtum steht allerdings nicht mehr zur Verfügung, wenn man wie im vorliegenden Sachverhalt zuerst die Sachgewährleistung anruft, weil man dadurch den Vertrag genehmigt (BGE 127 III 83 ff., 85 f.).

³⁶ Die Lehre definiert das Verschulden bei Art. 97 OR unverständlicherweise anders, wenn er alternativ zu Art. 197 ff. OR Anwendung findet, vgl. Huguenin, N 2699: „Damit der Käufer gegenüber der Verkäuferin Ansprüche aus Art. 97 Abs. 1 OR erheben kann, muss diese ein Verschulden treffen. Dabei läge das Verschulden nicht darin, dass die Kaufsache mangelhaft sei, sondern dieses betreffe das Wissen (bzw. die fahrlässige Unkenntnis) um die Mangelhaftigkeit bei Vertragsabschluss (sog. Kontrahierungsverschulden).“

³⁷ BGE 114 II 131 ff., 134.

*Exkurs: Nach ständiger Rechtsprechung kann der Käufer alternativ zur Sachgewährleistung den Vertrag auch wegen Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten.³⁸ Bei Gattungskäufen verneinen dies h.L. und Rechtsprechung, weil der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht weiss, mit welchem Stück der Verkäufer erfüllen wird (strittig).³⁹ Die Anfechtung ist in diesen Fällen nur möglich, wenn die ganze Gattung mangelhaft ist, was bei geplanter Obsoleszenz freilich stets zutrifft. Doch wie kann er den Irrtum im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beweisen? Der Käufer muss zeigen, dass der Mangel schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hat (Art. 23 OR) und der Kauf für ihn unter der *conditio sine qua non* der Mangelfreiheit stand. Dies gelingt ihm, wenn man den Verdacht als Irrtum genügen lässt und den Irrtum schon bejaht, weil die verdachtsbegründende Konstruktion schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hat. Der Sachverhalt, über den sich der Käufer geirrt hat, könnte man in der Existenz des Verdachts als wertbildende Eigenschaft sehen (strittig).⁴⁰ Verneint man dies, müsste man die konstruktions- oder programmierungsbedingte Ursache des vorzeitigen Ablebens beweisen können, was schwierig sein dürfte. Wenn man dies kann, hätte man auch den Mangel im Sinne des Art. 197 Abs. 1 OR bewiesen. Immerhin muss er nicht die Absicht des Herstellers oder das Wissen des Verkäufers beweisen. Dies würde Gegenstand der Anfechtung aufgrund absichtlicher Täuschung bilden (Art. 28 OR). Da aber auch *dolus eventualis*⁴¹ zur Begründung der Absicht genügt, könnte der Käufer in geeigneten Fällen darlegen, dass ein Ingenieur stets das vorzeitige Produktende billigend in Kauf nimmt, wenn er eine derartig mangelhafte Komponente oder Konstruktion wählt.*

3. Kurt sucht Sie in Ihrer Anwaltskanzlei auf. Er ist verunsichert, weil er gehört hat, dass die Gewährleistung auf Kulanz für Kunden nachteilig sei und bittet Sie erstens, ihm den Nachteil zu erklären. Er fragt Sie zweitens nach den rechtlichen Schritten – unter der Prämisse, dass ein Mangel und der Nachbesserungsanspruch bestehen – wie er sein I-Phone auf Kosten Apples durch einen Dritten mit einem neuen Akku ausstatten lassen kann.

Kurt erhält gemäss Sachverhalt eigentlich, was er wollte. *Weshalb ist das Kulanzangebot dennoch gefährlich?* Die Nachbesserung oder der Ersatz des Akkus ohne Anerkennung einer Rechtspflicht enthält keine *Anerkennung eines Anspruchs*. Apple anerkennt folglich nicht, dass das I-Phone 8 mangelhaft ist. Folge davon ist, dass keine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Fehlt die Anerkennung, verlängert sich die Verjährungsfrist der Sachgewährleistung nicht – *erst die Anerkennung einer Forderung lässt die Verjährung unterbrechen und neu beginnen* (Art. 210 Abs. 1, 135 Ziff. 1, 137 Abs. 1 OR).⁴² Eigentlich möchte Kurt für den ersetzten Akku die vollen zwei Jahre Gewährleistung und nicht bloss die Restdauer von einem Jahr.

Liegt ein Fall der Sachgewährleistung vor, muss der Gewährleistungsgläubiger ein Leistungsangebot aus Kulanz nicht annehmen.⁴³ Dies bedarf einer tieferen Begründung, denn eigentlich erhält der

³⁸ Vgl. statt vieler BGE 114 II 131 ff., 134 und BGE 82 II 411 ff., 416.

³⁹ Vgl. Arnold Rusch, Grundlagenirrtum bei mangelhaften Gattungssachen und Werken, SJZ 2010, 553 ff., m.w.H.; vgl. Urteil BGer 4C.300/2006, E. 5.1 und 5.3; vgl. BGE 114 II 131 ff., 139; vgl. BGE 94 II 26 ff., 29.

⁴⁰ Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 16. Mai 1935, ZBJV 1936, 251 f. – es ging um den angefochtenen Kauf eines Fahrzeugs, dessen Chassis von einem ausgebrannten Fahrzeug stammte. Diese Konstellation ist mit derjenigen des reparierten Unfallwagens vergleichbar.

⁴¹ Vgl. CHK-Kut, OR 28 N 7; vgl. BGE 136 III 528 ff., 532.

⁴² Vgl. BGE 23 930 ff., 940 f., BGE 57 II 583 f., 583, ZBJV 1949, 327 f. und HGer ZH, Urteil vom 30. August 2012, HG100244, E. 7.1.4; in Deutschland LG Koblenz, Urteil vom 10. Oktober 2006 – 6 S 132/06, NJW-RR 2007, 272 ff., 273 (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2014 – VII ZR 161/13, NJW 2014, 3368 ff., 3369, N 15); vgl. zum Ganzen Arnold Rusch, Scheinkulanz, AJP 2015, 1233 ff., Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/150930_scheinkulanz_ajp.pdf (25.1.2016).

⁴³ KGer GR, Urteil vom 19. Februar 2013, ZK2 11 52, E. d.aa: „Die Leistungsbereitschaft hat in einer Weise vorzuliegen, dass die Leistung in jeder Beziehung – qualitativ, quantitativ und hinsichtlich aller Erfüllungsmodalitäten – vertragsgemäss erbracht werden kann. An der Leistungsbereitschaft fehlt es, wenn der Unternehmer kein vorbehaltloses Angebot zur Nachbesserung abgibt, sondern nur aus Kulanz oder ohne Anerkennung einer

Gläubiger, worum er gebeten hat. Bei genauerer Betrachtung liegt dennoch eine Verkürzung der Gewährleistungsansprüche vor, weil die Verjährungsfrist nicht erneut zu laufen beginnt. Erweist sich die Nachbesserung kurze Zeit später als Fehlschlag, ist die Verjährung vielleicht schon eingetreten. Zeigen sich kurze Zeit später Folgeschäden, so ist der Erwerber für das Vorliegen des ursprünglichen Mangels beweispflichtig, weil der Gewährleistungsschuldner diesen nicht anerkannt hat. Nimmt der Gewährleistungsgläubiger die Leistung aus Kulanz an, so akzeptiert er auch die Nachbesserung unter dieser Bedingung. Damit verzichtet er auf Ansprüche, die ihm bei richtiger Anerkennung in der neu laufenden Verjährungsfrist noch zugestanden hätten. Diese Konstellation entspricht daher dem bekannten Fall eines Angebots unter der Bedingung der Ausstellung einer Saldoquittung. Dieses *nicht erfüllungstaugliche Angebot* kann der Gläubiger ablehnen, ohne in Gläubigerverzug zu fallen.⁴⁴ *Wie geht es dann weiter?*

Kurt will den Akku wenn möglich durch einen Dritten ersetzen lassen. Apple soll die Kosten dafür tragen. *Wie erreicht Kurt dieses Ziel?* Er kann nicht sofort zu einem Dritten gehen, sondern muss Apple zuerst dazu auffordern, den Akku innert einer bestimmten Frist im Sinne der Erfüllung ihrer Nachbesserungspflicht *ohne Kulanzvorbehalt* zu ersetzen. Auf diese Nachbesserungsobligation ist das Verzugsrecht anwendbar.⁴⁵ Es geht um die Erfordernisse der Mahnung und Nachfristsetzung gemäss Art. 102 Abs. 1, 107 Abs. 1 OR. Bei erfolglos verstrichener Frist hat Kurt die folgenden Wahlrechte: Er kann auf der Nachbesserung beharren (Art. 103 Abs. 1, 107 Abs. 2 OR: „...immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz klagen...“) oder auf die Leistung von Apple verzichten. Verzichtet er auf die Leistung, hat er ein weiteres Wahlrecht zwischen dem Festhalten am Vertrag (Art. 107 Abs. 2 OR, positives Interesse: „...Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens...“) und dem Rücktritt (neg. Interesse, Art. 109 Abs. 2 OR). Mit dem positiven Interesse kann er die Nachbesserung durch einen Dritten vornehmen lassen, denn das positive Interesse will den Gläubiger so stellen, wie wenn der Schuldner richtig erfüllt hätte – dann hätte das I-Phone aber einen neuen, besseren Akku.⁴⁶ Dafür

Rechtspflicht nachbessern will.“; ebenso Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Diss. St. Gallen 2007, N 739; anders die Rechtslage in Deutschland, vgl. dazu Arnold Rusch, Wider das Kulanzgeschwätz, NJOZ 2011, 1713 ff., Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/111012_njoz1.pdf (25.1.2016), vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. März 1998 – 22 U 159–97, NJW-RR 1998, 1030 f., 1031, OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 16. Juli 2009 – 5 U 605/09, NJOZ 2010, 13 f., 13, OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Dezember 2014 – I-21 U 94/14, BeckRS 2015, 11288, Rz. 50 und OLG Naumburg, Urteil vom 10. Oktober 2013 – 1 U 96/12, NJW 2014, 1539 ff., 1540, E. 4c und Oliver Moufang/Oliver Koos, in: Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, 2. A., München 2012, BGB 635 N 58: „Einem ordnungsgemässen Angebot steht nicht der Hinweis des Unternehmers entgegen, die Nacherfüllung erfolge ohne Anerkennung einer Rechtspflicht (etwa unter dem Hinweis, er handele allein aus Kulanz), da sich diese Einschränkung nicht auf die Art und Weise der Nachbesserung bezieht und allein massgeblich ist, ob die Werkleistung letztlich die geschuldete Beschaffenheit aufweist.“; Rechtsprechung und Lehre verneinen das Vorliegen einer ordentlichen Erfüllung nur bei einem *Rückforderungsvorbehalt*, der die Beweislast beim Sachgewährleistungsgläubiger belässt, vgl. Palandt-Grüneberg, BGB 362 N 14, m.w.H.

⁴⁴ BGE 88 II 111 ff., 115 f.; BK-Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, Art. 68-96 OR, 2. A., Bern 2005, OR 91 N 109 f.; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 293.

⁴⁵ BGE 136 III 273 ff., 275: „*Les dispositions spéciales sur la garantie des défauts en matière de contrat d'entreprise ne régissent pas l'hypothèse où l'entrepreneur se refuse à exécuter son obligation de réparer l'ouvrage. Il faut donc se référer aux principes généraux en cas d'inexécution d'une obligation dans un contrat bilatéral (art. 102 ss CO).*“

⁴⁶ Vgl. BGE 136 III 273 ff., 276: „*Il reste la deuxième faculté prévue à l'art. 107 al. 2 CO: le maître de l'ouvrage peut renoncer à son droit à une réparation de la part de l'entrepreneur et exiger de ce dernier des dommages-intérêts (positifs) pour inexécution de son obligation de faire (ATF 126 III 230 consid. 7a/bb p. 235 s.; ATF 96 II 351 consid. 2c p. 354; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2e éd. 2000, p. 452; PETER GAUCH, Le contrat d'entreprise, adaptation française par Benoît Carron, 1999, n° 1831 s. p. 509/510; THEODOR BÜHLER, Commentaire zurichois, 3e éd. 1998, n° 149 ad art. 368 CO; FRANÇOIS CHAIX, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 51 ad art. 368 CO; BERNARD CORBOZ, Contrat d'entreprise III, les défauts de l'ouvrage, FIS 460 p. 16). Il faut alors fixer des dommages-intérêts compensatoires correspondant à la contre-valeur de la*

bedarf es eines Verschuldens des Schuldners *am Verzug*.⁴⁷ Vorliegend liegt dieses in der grundlosen Verweigerung der Nachbesserung.

*Exkurs: Es ist aber auch möglich – hier aber vom Sachverhalt nicht passend, da Kurt lediglich den Ersatz der Reparaturkosten verlangt – von der Nachbesserungsleistung zurückzutreten und die gesamte Sache zurückzugeben. Die Sachgewährleistung stellt zwar nur einen Teil der ganzen Leistung dar, doch lässt sich diese von der gelieferten Sache nicht trennen. Diese Lösung kommt einer Wandlung gleich und ist insbesondere dann von Interesse, wenn der Vertrag die Wandlung ausschliesst.*⁴⁸

Der Sachverhalt gibt vor, dass ein Mangel besteht: Angesichts der Problematik, überhaupt den Verdacht der Mangelhaftigkeit als Mangel anerkennen zu lassen, dürfte Kurt in der Wirklichkeit aber mit dem Austausch des Akkus auf Kulanz vielleicht gar nicht so schlecht fahren.

*Exkurs: Wenn Apple nun allen reklamierenden Kunden dasselbe Kulanzangebot anbietet, könnte man daraus etwas ableiten? Kann Kurt etwas aus der Tatsache ableiten, dass alle reklamierenden Kunden dasselbe Kulanzangebot erhalten? Die Frage zielt auf die Möglichkeit, die Erklärungen als AGB zu erfassen. AGB müssen nicht unbedingt in Schriftform existieren. Auch auswendig gelernte Textbausteine im Kopf des Personals zählen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen.*⁴⁹ *Sogleich würde man einwenden, dass der nachträgliche Kulanzvorbehalt nicht zu den einbezogenen AGB gehört, weil der Verwender diesen nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingebracht hat. Es kann sich aber erstens aus Rechtsmissbrauchsüberlegungen rechtfertigen, auch nachträgliche Erklärungen dem gesamten AGB-Korrektiv zu unterwerfen, weil sie sonst Umgehungen möglich machen.*⁵⁰ *Gerade der Kulanzvorbehalt, der in AGB unzulässig sein dürfte, kann durch flächendeckende Verwendung bei der*

prestation gratuite que l'entrepreneur aurait dû fournir en exécutant son obligation de réparer l'ouvrage (cf. ATF 96 II 351 consid. 2c p. 354). C'est manifestement la voie que les intimés ont choisie en déposant leur demande en justice.“; vgl. auch BGE 126 III 230 ff., 235.

⁴⁷ Urteil BGer 4C.130/2006, E. 6.3; BGE 126 III 230 ff., 235.

⁴⁸ BGE 91 II 344 ff., 351 f.: „Die Nachbesserungspflicht macht nur einen Teil der Leistung des Verkäufers aus. Der Verzug der Beklagten in ihrer Erfüllung berechtigte aber den Kläger gleichwohl zum Rücktritt vom ganzen Vertrag. Denn diese Teilleistung ist wesentlich und der Mangel betraf die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch. Ohne Zusicherung dieser Teilleistung hätte der Käufer bestimmt nicht auf die gesetzliche Sachgewährleistung verzichtet. Der Vertrag ist daher nach den gegebenen Umständen als untrennbares Ganzes anzusehen, so dass der Rücktritt des Klägers zulässig war (...).“

⁴⁹ Vgl. Roman Perrig, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel 2011, 14: „Die Vertragsbedingungen können sogar in Form von Textbausteinen vorliegen oder im Gedächtnis des Verwenders («im Kopf») gespeichert werden, wenn etwa der Verwender sein Personal angewiesen hat, bestimmte Vertragsklauseln auswendig zu lernen und sie bei allen Vertragsabschlüssen jeweils in den Vertragstext schriftlich einzufügen.“; BGH, Urteil vom 10. März 1999 – VIII ZR 204–98, NJW 1999, 2180 ff., 2181; BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543 ff., 2544; die schriftliche Einfügung in den Vertrag ist für die Qualifikation als AGB indes gerade nicht notwendig, vgl. Peter Ulmer/Mathias Habersack, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 11. A., Köln 2011, BGB 305 N 36 und BAG, Urteil vom 27. August 2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 ff., 51, N 20: «Auch eine mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung.»; vgl. die Hinweise in FN 21; die Verwendung der Klauseln durch das Personal ist ein Indiz für deren Vorformulierung, ist doch das Personal regelmässig zu Kulanz gerade nicht berechtigt.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 8. März 2005 – XI ZR 154/04, NJW 2005, 1645 ff., 1645: «Die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen finden (...) auf bankinterne Anweisungen jedenfalls dann Anwendung, wenn damit die Absicht verfolgt wird, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu vermeiden, der Inhaltskontrolle (...) zu entgehen und ebenso effizient wie bei der Stellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine AGB-rechtlich unzulässige Gebühr zu erheben.»; Thomas Pfeiffer, in: Manfred Wolf/Walter Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. A., München 2013, BGB 305 N 13; Andreas Kappus, Strategische Individualabreden, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 369 ff., 381 f. («AGB kraft Instruktion»).

Abwicklung der Sachgewährleistung eine Wirkung erzielen, als wäre er schon ab initio in den AGB enthalten gewesen. Zweitens könnte man einen Einbezug bejahen, wenn man den konkreten Vorgang als Vergleichsvertrag über die Gewährleistungserbringung erfasst. In beiden Fällen kann man ein Scheitern der Klauseln in der Inhaltskontrolle konstatieren: Wer die Gewährleistung nur aus Kulanz anbietet, schafft ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten im Sinne des Art. 8 UWG: Nachteilig ist dies, weil der gesetzlich vorgesehene Neubeginn der Verjährungsfrist gemäss Art. 135 Ziff. 1, 137 OR mangels Anerkennung nicht erfolgt. Auch verbleibt die Beweislast für weitere Folgen des Mangels beim Erwerber, der den Mangel aufgrund der Kulanzleistung vielleicht gar nicht mehr beweisen kann. Die besondere Perfidie liegt darin, dass der Vertragspartner die Verkürzung seiner Rechte erst später bemerkt. Im Gegenteil glaubt er, von einem besonderen Entgegenkommen profitieren zu können. Hinzu kommt, dass die Gewährleistung nur noch unter dem Vorbehalt einer de facto-Saldoquittung für die Zukunft offen steht: Nimmt der Gewährleistungsgläubiger die Kulanzleistung an, verzichtet er auf die volle Gewährleistungsdauer bezüglich des reparierten Mangels. Dies zeigt, dass auch schon Klauseln, die lediglich die Verlängerung der Verjährungsfrist ausschliessen, als missbräuchliche Klauseln nichtig sein müssen. Das Missverhältnis besteht aber auch in der grundsätzlichen Verweigerung jeglicher Gewährleistung. Wer die Gewährleistung ab initio nur aus Kulanz offeriert, gibt genau betrachtet zwei Erklärungen ab: Erstens gibt es überhaupt keine Gewährleistung und zweitens vielleicht doch, aber im Belieben des Anbieters, weil der AGB-Verwender keine Pflicht dazu anerkennt und die Gewährleistung den eigenen Angaben zufolge aus Gefälligkeit leistet. Nach der relevanten kundenfeindlichsten Auslegung bedeutet dies, dass man gar nie in den Genuss der Gewährleistung kommt.⁵¹ Das Ungleichgewicht manifestiert sich besonders deutlich, weil dies sogar den wichtigen Ausschluss des absichtlich verschwiegenen oder vorsätzlich verursachten Mangels von der Gewährleistung umfasst (Art. 100 Abs. 1, 199 OR) und die AGB dafür keine Ausnahme machen. Die erworbene Sache ist eindeutig weniger wert, wenn die Gewährleistung im Belieben des Anbieters steht.

- 4. Kuno sucht Sie in Ihrer Anwaltskanzlei auf und sagt: „Vergessen Sie die Gewährleistung! Könnte man nicht sagen, Apple habe meine Grafikkarte und meinen Bildschirm zerstört?“ Er verlangt von Ihnen eine Abklärung, wie man einen solchen Anspruch und dessen Voraussetzungen begründen könnte und ob dies auch vor Gericht durchsetzbar wäre.*

Die gesetzliche Gewährleistung besteht nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr (Art. 210 Abs. 1 OR). Für eine absichtliche Täuschung, die eine Verlängerung der Gewährleistung auf zehn Jahre ermöglicht (Art. 210 Abs. 6 OR), gibt es im Sachverhalt keine Indizien. Denkbar wäre noch der Grundlagenerirrturn, doch geht Kunos Idee in eine andere Richtung: Er macht geltend, Apple hätte durch den Einbau eines schwachen Akku im I-Phone das I-Phone selbst oder Teile davon zerstört.

Zu prüfen bleiben damit noch die ausservertraglichen Ansprüche, also Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 55 OR oder dem Produkthaftpflichtgesetz. Vorliegend stünde Art. 55 OR und nicht Art. 41 Abs. 1 OR zur Verfügung, weil es sich beim Ingenieur um eine Hilfsperson von Apple handelt: Der Schaden ergibt sich durch Lieferung einer Sache, bei der ein mangelhaftes, funktionell abgrenzbares Einzelteil später die sonst einwandfreie Sache beschädigt: *Der kranke Teil frisst sich in den gesunden Teil der Sache weiter und verletzt deshalb das Eigentum des Käufers als absolut geschütztes Rechtsgut.* Diese Konstruktion ist insbesondere in Deutschland bekannt, in der Schweiz aber umstritten (siehe hierzu letzter Absatz).⁵²

⁵¹ Arnold Rusch, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., Internet: http://www.arnoldrusch.ch/pdf/140206_auslegung_ajp.pdf (25.4.2016).

⁵² Vgl. Arnold Rusch, Weiterfresserschaden auch in der Schweiz, HAVE 2012, 269 ff.; abgelehnt durch Urteil BGer 4A_261/2015, E. 4.3. „L'ouvrage livré est défectueux lorsqu'il diverge du contrat, ne possède pas les qualités promises ou les qualités auxquelles le maître pouvait s'attendre d'après les règles de la bonne foi (...). En l'occurrence, il a été retenu en fait (...) que le chaland construit par la défenderesse pour la demanderesse a présenté, dès sa livraison dans les premiers mois de 1996, un défaut d'assiette, qui rendait impossible l'opéra-

Ansprüche aus PrHG eignen sich dafür nicht, da dieses Gesetz Schäden an der gelieferten Sache ausschliesst (Art. 1 Abs. 2 PrHG). Diesen Ausschluss kennt der Anspruch aus der deliktischen Produkthaftungspflicht gestützt auf Art. 55 OR nicht.⁵³ Der Vorteil liegt erstens darin, dass gestützt auf Art. 55 OR kein Verschuldensnachweis notwendig ist. Zweitens spielt die kurze Verjährung des Art. 210 OR keine Rolle mehr, weil der darauf anwendbare Art. 60 OR mit der relativen Frist von einem Jahr ab Kenntnis vom Schaden und der absoluten Frist von zehn Jahren ab schädigender Handlung verjährungstechnisch grosse Vorteile bietet. Der Weiterfresserschaden als ausservertraglicher Anspruch bewirkt also, verkürzt gesagt, *eine zehnjährige Gewährleistung!*

Zu den einzelnen Voraussetzungen:

Der *Schaden* besteht nach der Differenztheorie im Wert der Grafikkarte und des Bildschirms sowie den Aus- und Einbaukosten.

Die *Widerrechtlichkeit* der Verletzung basiert auf der Verletzung des absolut geschützten Rechts des Eigentums (strittig).⁵⁴ Das in Deutschland entwickelte Kriterium der *fehlenden Stoffgleichheit* will verhindern, dass eine mangelhafte Sache, die ohnehin nichts wert ist, unter den Weiterfresserschaden fällt. Nur wenn ein tatsächlich und wirtschaftlich reparierbarer „kranker“ Teil der Sache den „gesunden“, werthaltigen Rest angreift, liegt keine Stoffgleichheit vor.⁵⁵ Heuristisch verkürzt könnte man sich fragen, ob man die beiden Produkte auch von zwei verschiedenen Personen erwerben könnte,⁵⁶ was vorliegend theoretisch denkbar wäre. Bei einer falsch konstruierten Hebebühne wäre dies nicht denkbar: Hier sind das Äquivalenz- und das Integritätsinteresse identisch, die Hebebühne ist *ab initio* wertlos.

tion de déchargement litigieuse (i.e. en eau libre avec déploiement du bras de déchargement à tribord), technique de déchargement - usuelle pour ce type de chaland - dont le maître pouvait escompter de bonne foi l'usage sans risque de chavirement. Lorsque le conducteur du bateau a effectué le 19 juillet 1999, pour la première fois, la manoeuvre de déchargement en question, le chaland s'est complètement retourné, sans que l'équipage ne puisse rien y faire. En doctrine, il est soutenu que la défectuosité de l'ouvrage livré, compris comme le résultat concret du travail de l'entrepreneur, ne constitue pas une violation du droit de propriété du maître, susceptible de créer une prétention délictuelle en faveur de celui-ci (GAUCH, op. cit., ch. 2345 p. 847 s.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9e éd. 2010, p. 301). Cette opinion doit être suivie. Elle est de fait en harmonie avec la théorie objective de l'illicéité.“

⁵³ Vgl. BSK-Kessler, OR 55 N 3a.

⁵⁴ Die Lieferung mangelhafter Ware begründet gemäss Bundesgericht keine Widerrechtlichkeit, vgl. Urteil BGer 4A_261/2015, E. 4.3, m.w.H.

⁵⁵ MK-Gerhard Wagner, Münchener Kommentar, 6. A., München 2013, BGB 823 N 191: „Allerdings hat er das Abgrenzungskriterium neu formuliert, denn für den Tatbestand der Eigentumsverletzung kommt es nicht mehr auf eine naturalistisch-technische Prüfung der Frage an, ob der Mangel von vornherein die Gesamtsache erfasst oder ob er auf ein „funktionell begrenztes“ Einzelteil beschränkt ist, sondern auf die normative Unterscheidung zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse, die ihrerseits zum Kriterium der Stoffgleichheit führt: Der geschädigte Käufer oder Werkbesteller ist auf das Gewährleistungsrecht beschränkt, soweit der Schutz des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses betroffen ist, also das Interesse daran, für den gezahlten Preis eine funktionsstaugliche und werthaltige Gegenleistung zu erhalten. Das Integritätsinteresse des Käufers wird hingegen durch das Deliktsrecht geschützt, wie auch seine übrigen Rechtsgüter ihres deliktsrechtlichen Schutzes nicht dadurch verlustig gehen, dass er in vertragliche Beziehungen zu einem Dritten tritt. Für die Frage, ob im Einzelfall das Äquivalenz- oder das Integritätsinteresse des Geschädigten betroffen ist, muss der Mangelunwert ermittelt werden, der dem Produkt bereits im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs anhaftete, um ihn mit dem geltend gemachten Schaden zu vergleichen. Eine Eigentumsverletzung ist ausgeschlossen, wenn der später eingetretene Schaden „stoffgleich“ dem ursprünglichen Mangelunwert ist, wenn nämlich eine Beseitigung des Fehlers technisch unmöglich ist oder aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht kommt, weil die dafür aufzuwendenden Kosten ausser Verhältnis zum Wert der Sache stehen.“

⁵⁶ Zu dieser heuristischen Abkürzung des bedeutend komplizierteren Stoffgleichheitskriteriums siehe Rusch (FN 52), HAVE 2012, 271.

Subordination: Der Sachverhalt erwähnt, dass ein Ingenieur den Akku falsch konstruiert habe. Als Mitarbeiter von Apple gehört er zu den subordinierten Hilfspersonen (Arbeitnehmern), die unter Art. 55 Abs. 1 OR fallen. Dieser hat den Schaden bei Verrichtung seiner Tätigkeit verursacht (funktionaler Zusammenhang).

Der Einbau eines fehlerhaften Akku hat gemäss Sachverhalt zur Zerstörung der Grafikkarte und des Bildschirms geführt. Die *natürliche Kausalität* gibt der Sachverhalt vor. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung (adäquater Kausalzusammenhang) ist es denkbar, dass ein schwacher Akku andere Teile zerstören kann, weil die Energiezufuhr variiert, was der Sachverhalt ebenfalls vorgibt.

Apple als Geschäftsherr könnte sodann den Befreiungsbeweis antreten, „*dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.*“ (Art. 55 Abs. 1 OR). Die Rechtsprechung ist zu Recht sehr streng. Das Fehlen einer Kontrolle, die fehlende zweckmässige Organisation des Betriebes, die Missachtung von Warn- und Instruktionspflichten, wenn man weiss oder wissen muss, dass die gelieferte Sache aufgrund eines Mangels Schaden nehmen könnte, fallen auch darunter.⁵⁷ Der Befreiungsbeweis könnte aufgrund des strengen Massstabes scheitern (strittig).⁵⁸ Apple

⁵⁷ Rusch (FN 17), recht 2012, 179; vgl. zum Ansatz der Instruktionsverletzung Beate Gsell, NJW 2004, 1914 f. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 386/02 in NJW 2004, 1032 ff., 1034, E. 5 und Gsell, Habil., 95 ff., 163 f. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 5. Mai 1992 - VI ZR 188/91, NJW 1992, 2016 ff., 2018, E. 2: „*Hier geht es vielmehr darum, ob Schadensersatzansprüche wegen Schäden an einem völlig einwandfreien Produkt dann entstehen können, wenn der Hersteller den Verwender nicht ausreichend darüber unterrichtet, wie er mit dem Produkt umzugehen hat, um Schäden daran zu vermeiden. Die diesbezüglichen Instruktions- und Warnpflichten sind, wie auch vom Schrifttum offenbar nicht in Abrede gestellt wird, dem Hersteller im Integritätsinteresse des Erwerbers auferlegt.*“; implizit bejahen dies auch Fellmann/von Büren-von Moos, N 468, indem sie die Haftung für das gelieferte Produkt auch in den Schutzbereich des Art. 41 Abs. 1 OR nehmen; zur Widerrechtlichkeit der Unterlassung BSK-Kessler, OR 41 N 37 f. Denkbar wäre auch eine Verletzung der Produktbeobachtungspflicht, doch begründet das Bundesgericht diese nur für die drohende Verletzung von Leib und Leben (vgl. Urteil BGer 4C.307/2005, E. 3.2, wobei es allerdings um Leib und Leben eines Tieres ging; vgl. auch Middendorf, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Fribourg 2001 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 209, N 203, der dies vertraglich begründet).

⁵⁸ Vgl. Urteil BGer 4C.307/2005, E. 3.2: „*Der Kläger ist allerdings der Ansicht, das Bundesgericht habe in BGE 110 II 456 ff. gestützt auf Art. 55 OR für den Geschäftsherrn im Ergebnis eine Kausalhaftung ohne Befreiungsmöglichkeit eingeführt (Schnyder, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 22 zu Art. 55 OR; Brehm, Berner Kommentar, 3. Aufl., N. 84 zu Art. 55 OR). Diese Auffassung greift zu kurz. Das Bundesgericht hält in diesem Entscheid ausdrücklich fest, dass die Anforderungen an den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR nach den tatsächlich gegebenen Umständen bestimmt werden müssen und dass keine von vornherein unerfüllbaren Anforderungen an den Befreiungsbeweis zu stellen seien, nur weil nachträglich - das heisst aufgrund der Kenntnis über die Ursache des Produktmangels - im allgemeinen leicht festzustellen ist, durch welche Massnahme der Fehler entdeckt und der Schaden hätte verhindert werden können (BGE 110 II 456 E. 3a S. 463). Zwar verlangt das Bundesgericht in diesem Entscheid vom Produzenten, eine sicherere Konstruktion zu wählen, wenn keine hinreichende Endkontrolle möglich ist. Der Grund, für den in diesem Entscheid angewandten strengen Sorgfaltsmassstab liegt indessen darin, dass sich der Geschäftsherr angesichts der konkreten Umstände bewusst sein musste, dass ein Mangel bei der Produktion zu einer direkten Gefahr für Leib und Leben der mit dem Produkt bestimmungsgemäss arbeitenden Personen führen konnte (...). Für den zu beurteilenden Fall kann der Kläger aus der zitierten Rechtsprechung nichts zu seinen Gunsten ableiten, ging die Vorinstanz doch gerade davon aus, für den Beklagte habe kein Anlass bestanden, mit einer Gefährdung der Fohlen zu rechnen.*“; a.M. BSK-Kessler, OR 55 N 22: „*Danach ist bzw. war ein Produkt so zu verändern, dass «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen» ist, dass das Produkt einen Schaden anrichtet. Für einen wesentlichen Teil der Produkthaftpflicht-Fälle wurde mit dieser Rsp. eine Kausalhaftung ohne Befreiungsmöglichkeit (BK-Brehm, N 84) eingeführt, was der gesamteuropäischen Entwicklung nahe kam.*“

hätte eine sichere Konstruktion wählen müssen, die ein Weiterfressen des Mangels und damit ein Übergreifen auf den Rest des Geräts verhindert.

Das Bundesgericht verlangt bei der Anrufung des Deliktsrechts als zulässiger Alternative zur Sachgewährleistung *manchmal* die Einhaltung der *Prüfungs- und Rügeobliegenheit*.⁵⁹ Der Sachverhalt hält fest, dass Kuno diese Obliegenheit eingehalten hat. Die Anwendung auch der kurzen Gewährleistungsfrist des Art. 210 Abs. 1 OR auf den Deliktsanspruch kommt indes nicht in Frage, weil dieser Anspruch auch Dritten offenstehen muss.⁶⁰ Eine Diskrepanz zwischen der Frist für den Vertragspartner und den aussenstehenden Dritten lässt sich kaum rechtfertigen.

Der Anspruch scheitert an der ablehnenden Haltung grosser Teile der Lehre und des Bundesgerichts.⁶¹ Das Bundesgericht hat wohl aus Versehen in BGE 63 II 401 ff., 408 einen Weiterfresserschaden geprüft, indes nicht als solchen bezeichnet – der Anspruch scheiterte lediglich am fehlenden Verschulden. Eine gerichtliche Durchsetzung erweist sich aufgrund der Weigerung der meisten Gerichte und insbesondere des Bundesgerichts, die Widerrechtlichkeit der Lieferung einer mangelhaften Sache zu bejahen, als kaum möglich.

⁵⁹ Vgl. BGE 67 II 132 ff., 137: „*Mais il faut faire un pas de plus et admettre que l'acceptation de la chose défectueuse selon l'art. 201² CO exclut même l'action en réparation du dommage causé par un acte illicite.*“; in BGE 117 II 256 ff., 259 f. lag eine Mängelrüge eindeutig vor, ohne dass das Bundesgericht dieses Erfordernis thematisiert hätte; vgl. BGE 90 II 86 ff., 88 f. (offen gelassen). In BGE 64 II 254 ff., 258 ff. dagegen hat das Bundesgericht Prüfung und Rüge nicht feststellen können und *ist deshalb auf den Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR ausgewichen*, den es bejaht hat; in Urteil BGer 4A_261/2015 hat es dieses Erfordernis trotz fehlender Rüge nicht erwähnt, den Anspruch aus Art. 41 OR aber wegen fehlender Widerrechtlichkeit verneint; kritisch zur Anwendung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit beim alternativen Deliktsanspruch BSK-Honsell, vor OR 197 ff. N 7.

⁶⁰ BSK-Honsell, vor OR 197-210 N 7: Das Bundesgericht hat bislang die Übernahme der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsfrist beim Deliktsanspruch nicht thematisiert habe; da der Deliktsanspruch auch vertragsfremden Dritten zur Verfügung stehen muss, wäre dies auch falsch – ebenso falsch wie die Übernahme des Rügeerfordernisses, das der vertragsfremde Dritte genauso wenig erfüllen kann; vgl. dazu auch BGE 90 II 86 ff., 88 f., wo das Bundesgericht trotz des verjährten Gewährleistungsanspruchs Deliktsansprüche intensiv geprüft hat und die Gewährleistungsverjährung nur auf den alternativen Art. 97 OR übertragen hat.

⁶¹ Urteil BGer 4A_261/2015, E. 4.3 (wörtliches Zitat in FN 52); vgl. statt vieler Gauch, Der Werkvertrag, N 2345; diesen Anspruch bejaht hat das Tribunal Cantonal Vaudois, Urteil vom 22. Januar 2015, HC/2015/205 (durch Urteil BGer 4A_261/2015 aufgehoben).