

Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von
Wolfgang Portmann
Helmut Heiss
Peter R. Isler
Florent Thouvenin

DIKE 

Gedenkschrift für Claire Huguenin



Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Helmut Heiss

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Peter R. Isler

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Florent Thouvenin

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-107-4

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin	VII
Autorenverzeichnis	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht?	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i>	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR CO 2020 : un projet abandonné ?	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn	157

TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von
Geschäftsentscheiden 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste 325

PETER GEORG PICHT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller 397

ANTON K. SCHNYDER

Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht 413

ROLF SETHE

Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung 423

FLORENT THOUVENIN

Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern..... 463

HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN

Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis
zur Einlagepflicht des Aktionärs..... 479

ROLF H. WEBER

Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen..... 495

Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin 507

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller

Lösungsansätze im geltenden Recht

Arnold F. Rusch / Adrian Fischbacher

Inhaltsübersicht

I. Einführung und Widmung	397
II. Rechtliche Einordnung	399
1. Sachgewährleistung	399
2. Vertragliche Nebenleistungspflichten des Verkäufers	399
3. Vertragliche Ansprüche gegen den Hersteller	403
4. Vertrauenshaftung gegen den Hersteller	403
5. Sachen- und Deliktsrecht	406
III. Spezialfragen	408
1. AGB-Recht	408
2. Deaktivierung als Rückruf	409
3. Weitergehender Lösungsansatz	410
IV. Schlusswort	412

I. Einführung und Widmung

Vernetzte Geräte und Geräte mit eingebetteter Software lassen sich häufig durch den Hersteller aus der Ferne ganz oder teilweise stilllegen – sei es, um Forderungen gegenüber den Nutzern durchzusetzen oder einfach, weil der Hersteller diese Dienste nicht mehr anbieten oder aktualisieren will. Die auf diese Weise deaktivierten Geräte erleiden meist einen massiven Wertverlust oder sind für nichts mehr zu gebrauchen. Wie lange müssen Hersteller oder Verkäufer die für die Vernetzung notwendige Infrastruktur aufrechterhalten und wie kann ein Konsument seine Rechte durchsetzen?

Die Vernetzung der Geräte weist meist positive Effekte auf und dient oft der Schadensabwehr – indem die Hersteller Mängel früh diagnostizieren und diese vielleicht sogar

via Internet beheben.¹ Dass die Vernetzung der Stilllegung dient, liegt nicht gerade auf der Hand. Beispiele zeigen indes, dass sich negative Deaktivierungen durchaus ereignen:

Renault kann das elektrische Modell Zoé aus der Ferne abstellen, wenn man die Batteriemiete nicht bezahlt. Das gekaufte Auto ist dann wertlos, weil man die Batterie nicht mehr aufladen kann. Die gleiche Stilllegung hat Renault auch angedroht, wenn man bei direkt importierten Fahrzeugen die überteuerte Vertrags-Umschreibengebühr in der Höhe von CHF 1'500 nicht bezahlt, die den finanziellen Vorteil des Direktimports zunichtemacht.²

Wer einen elektrischen Smart gekauft hat, musste unlängst die Abschaltung eines wichtigen Dienstes auf sich nehmen. Smart hat die *Smart Vehicle Homepage* im April 2018 deaktiviert. Zahlreiche Nutzer müssen jetzt auf praktische Informationen zu Ladestand, Klimatisierung ihres Fahrzeugs und auf weitere Fernzugriffsoptionen verzichten.³

Es ist eindeutig, dass die Deaktivierung in beiden Fällen die vertraglich vorgesehene Nutzung des Fahrzeugs einschränkt und dieses im Wert vermindert, doch – und hier beginnt das Problem – hat man meist gar keinen Vertrag mit dem Hersteller geschlossen, sondern das Fahrzeug bei einem Händler oder Importeur gekauft. Auch wenn ein Vertrag besteht, ist die Gewährleistungsfrist im Zeitpunkt der Deaktivierung meist um Jahre verstrichen. Die folgenden Überlegungen suchen deshalb Parallelen zu bestehenden Problemen und knüpfen an Überlegungen zur geplanten Obsoleszenz, zur Pflicht zur Ersatzteilversorgung und zum Deliktsrecht an.

Dieser Beitrag sei CLAIRE HUGUENIN gewidmet: Sie hat unsere juristische Laufbahn während vieler Jahre begleitet – als geschätzte Vorgesetzte, Habilitationsbetreuerin und mehrfache Co-Autorin (Rusch) sowie als engagierte Betreuerin des laufenden Dissertationsprojekts (Fischbacher). Uns beide hat sie zu obligationen- und insbesondere konsumentenrechtlichen Fragestellungen hingeführt. Diesen Fragen widmen wir uns auch in diesem Artikel, mit dem wir zu ihrem Andenken beitragen möchten.

¹ Vgl. GRÜNVOGEL/DÖRRENBÄCHER, Smartere Anforderungen an smarte Hausgeräte?, ZVertriebsR 2019, 89.

² Vgl. RUSCH/FISCHBACHER, Kleiner Wagen, grosse Fragen – Ein Elektromobil zwischen Miet-, Kartell- und Datenschutzrecht, Jusletter 31.3.2014, N 1, 9.

³ <https://generationstrom.com/2018/05/22/die-smart-vehicle-homepage-rip/> (19.6.2019).

II. Rechtliche Einordnung

1. Sachgewährleistung

Will man die spätere Deaktivierung über die Sachgewährleistung erfassen, zeigen sich mehrere Herausforderungen. Die Sachgewährleistung im Sinne des Art. 197 ff. OR verlangt *erstens* einen Mangel im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.⁴ In diesem Zeitpunkt steht eine Deaktivierung meist noch ausser Frage, es sei denn, das Gerät würde durch seine Konstruktion eine Aktualisierung oder Reparatur schon «im Keim» ausschliessen, die zwangsläufig zu dessen Deaktivierung führt.⁵ Denkbar wäre dies beispielsweise bei Navigationsgeräten, deren Karten sich nicht aktualisieren lassen. Software weist einen Mangel auf, wenn sie sich angesichts sicher zu erwartender Angriffe nicht aktualisieren lässt – die *Sabotagefestigkeit* fehlt dann schon im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.⁶ Es handelt sich um Fälle, die zur geplanten Obsoleszenz zählen.⁷ Die *zweite* Herausforderung liegt darin, dass die Sachgewährleistung nur während zweier Jahre offen steht (Art. 210 Abs. 1 OR), die meisten Probleme sich jedoch erst später zeigen. Wer die zehnjährige Frist des Art. 210 Abs. 6 OR anrufen möchte, muss eine absichtliche Täuschung nachweisen, was beim meist ahnungslosen Verkäufer ausser Betracht fällt. *Drittens* zeigt sich beim Schadenersatz für den weiteren Schaden im Sinne des Art. 208 Abs. 3 OR, dass sich das notwendige Verschulden sehr wohl beim Hersteller, nicht aber beim ahnungslosen Verkäufer beweisen lässt.

2. Vertragliche Nebenleistungspflichten des Verkäufers

Die spätere Deaktivierung von Geräten ist mit der Einstellung der Ersatzteilversorgung vergleichbar. Hier wie dort geht es meist um eine länger dauernde, nachvertragliche Unterstützung und damit um eine *Sicherung des Leistungserfolges*.⁸ Die Schweizer

⁴ BGer, Urteil 4A_383/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.

⁵ NIETSCH, Nachvertragliche Lieferpflichten beim Kauf, JZ 2014, 233: «*Von einem Mangel mag man daher äusserstenfalls sprechen, wenn die Bezugsmöglichkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ausgeschlossen ist.*»

⁶ LOHMANN/RUSCH, Fahrassistenzsysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung, HAVE 2015, 351.

⁷ Vgl. dazu RUSCH, Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 177 f.

⁸ Vgl. GRÜNEBERG, § 242 BGB N 29, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl., München 2019. Nachvertragliche Leistungs- oder Verhaltenspflichten kennt man auch in der Schweiz. So kann man beispielsweise ein Fahrzeug nur dann als neu verkaufen, wenn es noch Teil der aktuellen Produktion bildet (BGE 116 II 431 E. 3b; diese Idee bei NIETSCH

Lehre bejaht eine *fortwirkende Nebenleistungspflicht* des Verkäufers zur Ersatzteillieferung⁹ für die durchschnittliche Nutzungsdauer eines Guts.¹⁰ In Deutschland existiert

[FN 5], 232 f.). Wer eine Forderung zediert hat, darf diese beim Schuldner später nicht mehr einfordern, weil er sonst den Leistungserfolg vereitelt, der in der Gläubigerstellung des Zessionars besteht (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3499).

⁹ MIDDENDORF, Nachwirkende Vertragspflichten, Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 209, Freiburg 2002, N 276: «*Obwohl es an einschlägigen Entscheiden der schweizerischen Gerichtspraxis fehlt, kann die Frage nach der gerichtlichen Vertragsergänzung mit einer Ersatzteillieferungspflicht doch nicht vernachlässigt werden. Sie stellt sich namentlich für Verträge über technisch hochwertige Produkte, die keine vertragliche Abrede über die Ersatzteillieferungspflicht enthalten. Insbesondere mit Blick auf solche Verträge ist in der deutschen Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt, dass der ursprüngliche Lieferant in Ergänzung oder "ergänzender Auslegung" (...) des Vertrages verpflichtet sein kann, die erforderlichen Ersatzteile bereitzuhalten und gegen entsprechende Bezahlung zu liefern. Dieser Grundsatz verdient Zustimmung. Eine mittelbare Ergänzung (modo legislatoris) eines Vertrages über ein technisch hochwertiges Produkt sollte aber nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorgenommen werden. Namentlich kommt es darauf an, dass ein Bedarfsfall (...) absehbar ist, die Produktion und/oder Lagerhaltung der Ersatzteile dem Lieferanten zumutbar sind und der Abnehmer die Ersatzteile nicht auch sonst auf dem Markt beschaffen kann.*»; SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005, Art. 197 N 367; BARBEY, L'obligation du vendeur de livrer postérieurement à la vente des accessoires ou des pièces détachées, SJZ 1982, 227 f.; zur deutschen Lehre vgl. NIETSCH (FN 5), 230, m.w.H.; ERNST, Münchener Kommentar zu § 280 BGB, 8. Aufl., München 2019, § 280 BGB N 118: «*Bei technischen und chemischen Produkten bleibt der Verkäufer verpflichtet, für einen angemessenen, an der üblichen Lebensdauer seiner Produkte orientierten Zeitraum die Ersatzteilversorgung der Verbraucher sicherzustellen.*»

¹⁰ Diese Pflicht bejaht MIDDENDORF (FN 9) im Sinne einer Faustregel für zehn oder mehr Jahre, wenn das Gut eine längere Lebensdauer aufweist, N 380: «*Wie gesagt (...), ist die vorge-schlagene 10-Jahres-Regel für die zeitliche Bestimmung der Zumutbarkeit eine Faustregel, die das ergänzende Gericht unter Würdigung der konkreten Umstände über- oder unterschreiten kann. Derartige Umstände sind insbesondere die Art oder der Gegenstand der Leistung und die vorangegangene Beziehung zwischen den Vertragsparteien (Dauer, Intensität, Übungen etc.). So ist es z.B. dem Lieferanten eines technisch hochwertigen Produktes im Allgemeinen zumutbar, Ersatzteile während mehr als zehn Jahren bereitzuhalten und zu liefern (...), wenn dies aufgrund der durchschnittlichen Nutzungsdauer des Liefergegenstandes (z.B. bei Investitionsgütern) der Interessenlage des Gläubigers entspricht. Richtet sich dagegen die Nachwirkungspflicht auf die nachträgliche Anpassung eines Kleidungsstücks (...), so tritt die Unzumutbarkeit der auf Abruf geschuldeten Leistung schon vor Ablauf der zehnjährigen Frist ein.*»; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 816: «*Zum Beispiel kann der Unternehmer in richterlicher Ergänzung des Vertrages verpflichtet sein, (...) bestimmte Ersatzteile zu einem technisch hochwertigen Produkt bereitzuhalten und gegen Bezahlung zu liefern, sobald der Besteller es verlangt. Im praktischen Einzelfall ist allerdings Zurückhaltung am Platz, namentlich auch, was die Bejahung einer unvereinbaren*

dazu eine passende und insbesondere konkretere Rechtsprechung. So hat man im Rahmen der nach Treu und Glauben zu definierenden Zumutbarkeit eine Pflicht des Verkäufers bejaht, Ersatzbänder für ein Aufnahmegerät zur Verfügung zu stellen – wobei der Verkäufer nicht der Hersteller der Bänder war.¹¹ Besonders passend zur vorliegenden Fragestellung verpflichteten die Gerichte einen Softwarehersteller,¹² Software fünf Jahre über den letzten Verkauf hinaus zu unterhalten.¹³ Die Rechtsprechung in der

Nebenpflicht zur Lieferung von Ersatzteilen betrifft, da es nicht «Sache des Richters [ist], den Vertrag durch ein zufälliges Element zu ergänzen, das er nicht enthält»; BARBEY (FN 9), 229: «(...) subsiste pendant la durée de vie du produit de base à laquelle l'on peut normalement s'attendre.»

- ¹¹ AG München, Urteil I C 289/70 vom 6. Mai 1970, in NJW 1970, 1852: *«Allgemein besteht nach § 433 BGB in Verbindung mit § 242 BGB eine Verpflichtung des Herstellers, und zwar auch ohne besondere Nebenabrede, dem Käufer auf Verlangen auch späterhin notwendige, von anderer Seite nicht zu beschaffende Ersatzteile oder Betriebsstoffe gegen entsprechende Bezahlung zu liefern (...); die Dauer dieser Nebenverpflichtung wird man auf die gewöhnliche Betriebsdauer des jeweiligen Gegenstandes erstrecken müssen. Die gewöhnliche Gebrauchsdauer von Diktiergeräten übersteigt jedenfalls 4 Jahre.»*
- ¹² LG Köln, Urteil 83 O 26–97 vom 16. Oktober 1997, in NJW-RR 1999, 1285: *«Die Verträge der Parteien über die Überlassung der integrierten Software-Produkte verpflichteten die Bekl. nicht nur zur Lieferung und Installation der Indus-Programme, sondern aufgrund einer – selbständigen – leistungsbezogenen Nebenpflicht aus § 242 BGB auch zur Wartung für eine bestimmte Zeit. Wie z.B. der Verkäufer bzw. Hersteller von serienmässig hergestellten technischen Industrieprodukten wie Kfz oder Maschinen für eine gewisse Zeit zur Bereithaltung von Ersatzteilen verpflichtet ist (...), ist der Lieferant von Hardware- und Software-Produkten zur Pflege dieser Produkte verpflichtet. Diese – nachvertragliche – Nebenpflicht der Bekl. folgt aus deren Verpflichtung, den von der Kl. mit dem Erwerb der Indus-Programme bezweckten Leistungserfolg zu sichern. Die Kl. hat von der Bekl. jeweils gegen Zahlung einer einmaligen Gebühr integrierte Software-Pakete erworben, deren Nutzung massgeblich von einer ständigen Pflege abhängt. Die Kl. war, was die Pflege der Software-Produkte anbetrifft, von Anfang an auf die Bekl. angewiesen.»*; vgl. OLG Koblenz, Urteil I U 1009/04 vom 12. Januar 2005, in MMR 2005, 472, das sich kritisch zum Zeitpunkt äussert, in welchem der Lebenszyklus der Software beginnt; zu den vertraglichen Pflichten eines Verkäufers eines Produkts mit integrierter Software siehe SCHRADER/ENGSTLER, Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates?, MMR 2018, 356 ff.
- ¹³ LG Köln, Urteil 83 O 26–97 vom 16. Oktober 1997, in NJW-RR 1999, 1285: *«Nach Auffassung der Kammer bestimmt sich die Dauer der Wartungspflicht der Bekl. unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien sowie nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach dem “Lebenszyklus” der Indus-Programme zuzüglich fünf Jahre. Die Kammer folgt der in NJW 1993, Seite 3144ff. abgedruckten Entscheidung des OLG Koblenz insoweit, als jedenfalls bei einem Überlassungsvertrag, dessen Gegenstand der Erwerb der unbefristeten Nutzung eines Programms gegen Zahlung einer einmaligen Überlassungsgebühr ist und der einen kaufvertragsähnlichen Charakter hat, der Programmanbieter gegenüber dem Programmanwender so lange zur Übernahme der Pflege verpflichtet ist, wie er das Programm allgemein auf dem Markt anbietet (“Lebenszyklus” des Programms). Dies ist nicht nur im Interesse der Kl.*

Schweiz ist noch nicht so weit und hat sich, soweit ersichtlich, dazu noch nicht äussern müssen. Dieser Ansatz passt jedoch auf die Deaktivierung von Geräten optimal. Da sich die Klage gegen den Verkäufer richtet, bestehen auch realistische Durchsetzungsmöglichkeiten. Denkbar sind Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Verkäufer des deaktivierten Guts.

Der Verkäufer kann diese Pflichten nur in den seltensten Fällen selbst erbringen. Wie gestaltet sich in diesem Fall der Einbezug des Herstellers? Der Hersteller wäre diesbezüglich wohl Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Sinne des Art. 101 Abs. 1 OR.¹⁴ Mit dem Konzept der hypothetischen Vorwerfbarkeit lassen sich durchsetzbare Ansprüche begründen, selbst wenn den Verkäufer an der Deaktivierung kein Verschulden trifft.

geboten, sondern auch für die Bekl. zumutbar, weil diese für den "Lebenszyklus" der Indus-Programme personelle und sachliche Mittel vorhalten muss, um die Programme weiter zu entwickeln und auch anderen Interessenten verbunden mit einer Gewährleistung und Wartung anbieten zu können. Der "Lebenszyklus" der Indus-Programme kann aber nur der Mindestzeitraum für die Wartungspflicht der Bekl. sein (...). Denn auch für den letzten Anwender muss die Bekl. noch für eine gewisse Zeit personelle und sachliche Mittel zwecks Erfüllung der Gewährleistungs- und Wartungspflicht vorhalten, was den übrigen Anwendern zugute kommen muss. Die Kammer hält – wie Zahrnt – unter Berücksichtigung der – gesetzlichen – Gewährleistungsfrist und einer angemessenen Frist für die Wartung der komplexen Indus-Programme einen weiteren Zeitraum von fünf Jahren für interessengerecht. Bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien kann die Bekl., auch wenn die Kl. die Indus-Programme länger nutzen will und kann, nicht verpflichtet werden, die – durch neue Programme abgelöst – Indus-Programme mehr als fünf Jahre über deren "Lebenszyklus" hinaus zu warten und dafür extra personelle und sachliche Mittel bereitzuhalten. Es darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich auch bei den von der Kl. erworbenen Software-Paketen um Produkte handelt, die ständig weiterentwickelt und – in relativ kurzen Zeitabständen – durch neue Produkte ersetzt werden. Massgebend für die Dauer der Pflegepflicht der Bekl. kann daher nicht die tatsächliche Nutzungsdauer, die Amortisation oder die Dauer der steuerlichen Abschreibung der Programme, sondern nur deren "Lebenszyklus" zuzüglich einer angemessenen Frist sein. Die Bekl. hat unter Vorlage der Vertragsunterlagen nachvollziehbar dargelegt, dass sie die Indus-Programme bis September 1993 vertrieben habe und dass diese Programme im November 1993 bei dem letzten Kunden, der Firma B, installiert worden seien. Auf den Zeitpunkt der letzten Abnahme bzw. Installation als Nutzungsbeginn ist abzustellen, so dass die Bekl. für die Zeit ab November 1993 für weitere – etwa – fünf Jahre bis Ende 1998 zur Wartung verpflichtet bleibt.»

¹⁴ REGENFUS, Deaktivierte Geräte – Rechte des Nutzers bei Einschränkung der Funktionsfähigkeit „smarter“ Produkte durch den Hersteller, JZ 2018, 81, der eine Garantie des Verkäufers bezüglich der Leistungen des Herstellers bejaht.

3. Vertragliche Ansprüche gegen den Hersteller

Bei Fahrzeugen ist häufig ein «automatischer» Vertragsschluss mit dem Hersteller vorgesehen. Wer zum Beispiel einen BMW erwirbt, schliesst gemäss AGB-Text auch einen Vertrag mit dem Hersteller: *«Ist der jeweilige Dienst Teil der Serienausstattung des BMW Neufahrzeugs, kommt der BMW ConnectedDrive Vertrag über diesen Dienst zwischen dem Kunden und BMW zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem auch der Kaufvertrag über das BMW Neufahrzeug zwischen dem Kunden und seinem Verkäufer zustande kommt.»* und *«Der Kunde verzichtet in allen vorstehend genannten Fällen (...) auf den Zugang einer gesonderten Annahmeerklärung.»*¹⁵ Sofern die ungelesenen Klauseln Geltung erlangen, was angesichts der vollkommen unbewussten Willensäusserungen etwas fraglich scheint, besteht ein Vertrag mit dem Hersteller. In diesem Falle richten sich die obigen Überlegungen bezüglich der Deaktivierung direkt auch auf diesen Vertrag. Die in den AGB fingierten Verträge kennen zwar regelmässig eine Befristung,¹⁶ doch besteht wie bei der Lieferungspflicht für Ersatzteile und der Pflicht zum Softwareunterhalt eine gleich lange Erneuerungspflicht bezüglich der Verträge.

4. Vertrauenshaftung gegen den Hersteller

Der Käufer vertraut beim Erwerb von Geräten mit moderner Elektronik nicht so sehr dem Verkäufer, sondern vielmehr dem Hersteller. Er weiss auch, dass der Verkäufer häufig gar nicht in der Lage ist, die berechtigten Erwartungen an die Funktionalität der Geräte zu erfüllen. Die Erwartungen richten sich somit automatisch an den Hersteller und seine Fähigkeiten.¹⁷ Es drängt sich deshalb auf, die Erwartungen bezüglich Weiterführung der Dienste bei Nichterfüllung als Schadenersatz gegenüber dem Hersteller mit

¹⁵ Allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen für BMW ConnectedDrive, Ziff. 1.4a und 1.7, https://www.bmw.ch/content/dam/bmw/marketCH/bmw_ch/de_CH/Topics/fascination-bmw/connected-drive/terms-conditions/BMW_ConnectedDrive_Dienste_AGB.pdf.asset.1498814337167.pdf (19.6.2019).

¹⁶ Ziff. 3.2 der AGB zu BMW ConnectedDrive (FN 15).

¹⁷ REGENFUS (FN 14), 81: *«Auch der typische Käufer realisiert sowohl, dass der Verkäufer nicht das Know-how und die Infrastruktur hierzu besitzt, als auch, dass derartige Geräte bau- und funktionsgleich über verschiedene Vertriebskanäle (Elektrofachmarkt, Einzelhändler oder Versandhändler) angeboten werden, aber stets dieselbe Person (der Hersteller) das Gerät und die Serverdienste "liefert". Der Hersteller steht bei der werblichen Darstellung als derjenige im Mittelpunkt, der das Produkt mit all seinen Funktionen und Leistungen präsentiert, und ist derjenige, bei dem die entsprechenden Systemkonten angelegt werden müssen, sowie derjenige, der im Fall von Störungen Hotlines bereithält.»*; vgl. CANARIS, Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 499 f., insb.

der Vertrauenshaftung einzufordern. Diese Konstellation erinnert an den deutschen § 311 Abs. 3 BGB¹⁸ und den klassischen Fall der Swissair-Vertrauenshaftung. Auch dort richtete sich das Vertrauen nicht auf den Vertragspartner, sondern auf die Konzernmutter, die für Solvenz und gutes Geschäftsgebaren «bürgte».¹⁹ Die Hersteller der Geräte wissen, dass die Verkäufer mit den Leistungen und den Werbematerialien der Hersteller auf Kundenfang gehen – das war beim Swissair-Fall ähnlich: Die Swissair kannte und duldete die Verwendung ihres Logos und ihrer Firma in der Werbung der Tochter.²⁰ Mit diesen Überlegungen lässt sich die notwendige rechtliche Sonderverbindung gut begründen.²¹

500: «Er baut dabei auf der Erkenntnis auf, dass der Endabnehmer einer Ware sein Vertrauen in erster Linie dem Hersteller schenkt, und dass dieser darum durch Reklame, Eigenschaftsbeschreibungen, Gütezeichen usw. bei jenem auch unmittelbar geworben hat, wohingegen der Verkäufer meist zu einer blossen „Durchgangsstation“ des Vertrauens abgesunken ist.»; ebenso HASSEMER, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Habil. München 2006 = Jus privatum, Band 118, Tübingen 2007, 267; a.M. BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Habil. Zürich 2009, 344.

¹⁸ NIETSCH (FN 5), 236; vgl. dazu die passenden altrechtlichen Fälle BGH, Urteil VIII ZR 101/73 vom 29. Januar 1975, E. 2, in NJW 1975, 642 sowie BGH, Urteil V ZR 32/53 vom 17. September 1954, E. II.2, in NJW 1954, 1925: «Für die Haftung bei Verschulden aus Vertragsschluss hat jedoch die RG-Rspr. auch eine Haftung des Vertreters anerkannt, wenn er an dem erstrebten oder vollzogenen Geschäftsabschluss persönlich ein wirtschaftliches Interesse gehabt habe (...). In Fortführung dieses Gedankens kann von einem Ehemann, der für die Ehefrau einen Vertrag abschliesst und bei der Erfüllung mitwirkt, zwar nicht gefordert werden, dass er auf die Vertragserfüllung hinwirkt, wohl aber insbes. auch mit Rücksicht auf die enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Ehegatten, dass er nicht die Vertragszwecke vereitelt.»; vgl. § 311 Abs. 3 BGB: «Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.»

¹⁹ BGE 120 II 331 E. 5.

²⁰ BGE 120 II 331 E. 3b.

²¹ Vgl. auch den vertraglichen aus Treu und Glauben abgeleiteten Direktanspruch gegen den Hersteller eines Fahrzeugs in AG Rüsselsheim, Urteil 3 C 769/03 vom 30. Januar 2004, in DAR 2004, 280: «Soweit das schuldhaftige Verhalten der Bekl. in Frage steht, ist zunächst festzustellen, dass grundsätzlich die Ersatzteillieferungspflicht eine Nebenpflicht eines Kaufvertrages darstellt. Bei der Erfüllung dieser Pflicht ist aber gerade bei hochwertigen Gütern wie Kfz der Verkäufer auf die Mitwirkung des Herstellers angewiesen. Kraftfahrzeughersteller – wie die Bekl. – legen Wert darauf, dass in ihren Fahrzeugen nur Originalersatzteile eingebaut werden. Dann entspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dass der Hersteller auch dafür Sorge trägt, dass Ersatzteile an den Handel geliefert werden.

Das Bundesgericht bejaht eine Haftung allerdings nur, wenn ein Vertragsschluss zwischen der Herstellerin und dem Erwerber des Fahrzeugs nicht möglich oder nicht zumutbar ist: *«Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann deshalb nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann (...).»*²² Der Verzicht auf das Geschäft würde dazu führen, dass man gar kein Fahrzeug mehr erwerben könnte, da Hersteller solche Garantien generell nicht abgeben. Folglich ist es angezeigt, auch den Verzicht auf das Geschäft als unzumutbar zu erachten.

Dem ist die Bekl. im vorliegenden Fall jedoch für einen längeren Zeitraum nicht nachgekommen. Damit hat sie für den Schaden einzustehen, der dem Kl. als Käufer entstanden ist, indem er das Fahrzeug nicht benutzen konnte.»; vgl. die Anmerkung dazu von SCHATTENKIRCHNER, DAR 2004, 281: *«Der Gedanke der Sonderverbindung zwischen Hersteller und Käufer dürfte sich auch aus folgenden Gründen weiter stützen lassen:*

- *Gerade im Automobilbereich besteht zwischen Käufer und Hersteller zumindest aus Verbrauchersicht regelmässig eine sehr enge Bindung. Durch Werbeaussagen und den Vertrieb über ein Vertragshändlernetz bleibt der Herstellername für den Kunden immer im Vordergrund. Der Automobilbranche ist gerade daran gelegen, ein starkes Markenbewusstsein zu schaffen und Vertrauen beim Kunden in den jeweiligen Fahrzeughersteller zu wecken.*
- *Viele Verbraucher sehen den Vertragshändler und eigentlichen Verkäufer irrtümlicherweise als bloßen Erfüllungsgehilfen des Fahrzeugherstellers. Mit Beschwerden und Mängelanzeigen wenden sie sich daher auch häufig vertrauensvoll an den Hersteller. In kaum einer anderen Branche gibt es vergleichbar grosse Kundenservice-Hotlines wie im Automobil-Bereich. Kaum ein Kunde kommt auf die Idee, direkt bei z. B. Sony oder Sharp anzurufen, um einen Fehler an seiner Stereoanlage zu melden, sondern wendet sich i. d. R. an seinen Verkäufer. Ebenso richten die Fahrzeughersteller Kundenzufriedenheitsabfragen (die auch die Abwicklung des Kaufes betreffen) direkt an den Verbraucher und erwecken auch damit bei ihm den Eindruck, für das Produkt und die Verkaufsabwicklung verantwortlich zu sein.*
- *Der Fahrzeughersteller steuert den Verkauf seiner Fahrzeuge durch den Vertrieb über Vertragshändler, durch Vorgabe der Verkaufsprospekte sowie der Kaufvertragsformulare und nimmt damit wesentlich Einfluss auf den Verkaufsvorgang.*
- *Wie das AG Rüsselsheim zutreffend ausführt, ist gerade bei hochwertigen Gütern wie Kfz der Käufer auf die Mitwirkung des Fahrzeug-Herstellers angewiesen, da viele Ersatzteile i. d. R. nur der Hersteller produziert und zudem sämtliche Hersteller Wert darauf legen, dass nur Originalersatzteile auf dem Markt verwendet werden.»*

²² BGE 133 III 449 E. 4.1.

5. Sachen- und Deliktsrecht

Lässt sich die Deaktivierung des Geräts auch sachen- und deliktsrechtlich erfassen? Wer bei einer Mietwohnung zur Durchsetzung der Mietzinsforderung den Strom und die Heizung abstellt, verletzt primär das Mietrecht²³ und macht sich der Nötigung schuldig.²⁴ Wir haben beim deaktivierten Renault Zoé seinerzeit eine Besitzesstörung hinsichtlich der gemieteten Batterie durch den Hersteller Renault bejaht.²⁵ Für die Durchsetzung der Mietzinsforderung und die Beendigung des Mietverhältnisses steht einzig die in Art. 257d OR bezeichnete Vorgehensweise zur Verfügung. Wer in diesem Bereich den Weg der Selbsthilfe wählt, macht sich sachenrechtlich angreifbar.

Die vertraglichen Lösungen liegen dem Problem indes klar näher. Dies verdeutlicht sich im Smart-Fall, bei dem es nicht um die Durchsetzung einer Forderung geht. Nehmen wir an, dass kein Vertrag zwischen dem Hersteller des Smarts und dem Endnutzer besteht. Der Hersteller hat entschieden, den Online-Dienst in Form der *Smart Vehicle Homepage* abzustellen. Der Smart funktioniert zwar weiter, doch fehlen ein paar praktische Funktionen. Die ungestörte Nutzung bildet wohl Teil des Besitzes.²⁶ Stellt dabei aber auch die Unterlassung der – hier – digitalen Versorgung eine Besitzesstörung dar? Lehre und Rechtsprechung in Deutschland sind gespalten.²⁷ Die Widerrechtlichkeit der

²³ WETTSTEIN, in Lachat et al. (Hrsg.), *Das Mietrecht für die Praxis*, 9. Aufl., Zürich 2016, 13/1.2: «Unzulässig ist eigenmächtiges Vorgehen wie die Beschlagnahmung von Möbeln des Mieters, das Unterbinden der Wasser- bzw. Stromzufuhr oder das Ausschalten der Heizung; der Vermieter ist auch nicht berechtigt, die Schlösser auszuwechseln. Derartige Handlungen können strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (...)»; vgl. GUTZEIT, Staudinger BGB, Berlin 2018, § 858 BGB N 46.

²⁴ Vgl. OGer SO, Urteil vom 18. Oktober 2006, in mp 2008, 190; WYTENBACH, in Lachat et al. (Hrsg.), *Das Mietrecht für die Praxis*, 9. Aufl., Zürich 2016, 33.5: «Weiter darf der Vermieter nicht das Wasser, den Strom oder die Heizung abstellen oder das Mietobjekt beschädigen, um den Mieter so zum Verlassen der Mieträume zu zwingen.»; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 181 N 20, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht*, 4. Aufl., Basel 2019: «Auch indirekte Einwirkungen auf das Nötigungsopfer kommen in Betracht, so z. B. wenn der Vermieter den Mieter der Kälte aussetzt, indem er z.B. die Fenster aushängt oder einschlägt (...)»

²⁵ RUSCH/FISCHBACHER (FN 2), N 7. Bei Gütern im Eigentum wäre eine Eigentumsverletzung denkbar, vgl. REGENFUS (FN 14), 83.

²⁶ STARK/LINDENMANN, *Berner Kommentar*, Art. 926–941 ZGB, Bern 2016, vor Art. 926–929 N 18: «Als Störung des Besitzes erscheint jede Beeinträchtigung der ungeschmälernten tatsächlichen Gewalt in irgendeiner ihrer Äusserungen, soweit sie nicht zum Verlust des Besitzes geführt hat.»

²⁷ Vgl. JOOST, *Besitzschutz und Nutzungsinteresse*, in Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag* am 16. Oktober 2010, 166 und JOOST, *Münchener Kommentar*, 7. Aufl., München 2017, § 858 N 6; BALDUS, *Münchener Kommentar*,

Störung und einen Unterlassungsanspruch könnte man leichter bejahen, wenn beispielsweise ein unbeteiligter Dritter mit einem Störsender die Funktionsweise des Fahrzeugs beeinträchtigt, so dass es über keinen Empfang zum Hersteller mehr verfügt und deshalb Teile seiner Funktionalität verliert. Letztlich hat aber auch dieser einfach ein *vertragliches Verhältnis* gestört – es wäre hier das Verhältnis des Smart-Fahrers zu seinem Verkäufer, auf dem die nachwirkenden Vertragspflichten gründen. Folgerichtig verneinen deutsche Gerichte eine Besitzesstörung, wenn ein Versorgungsunternehmen die Leistungen gegenüber einem Hauseigentümer einstellt, auch wenn dies bedeutet, dass dessen Mieter plötzlich ohne Strom oder Wasser dastehen.²⁸ Gänzlich systemfremd scheinen auch die aus der Besitzesstörung fließenden Ansprüche. Will man dem Hersteller verbieten, die Weiterführung der Dienste einzustellen? Damit dreht sich ein Unterlassungsanspruch in einen positiven Lieferanspruch.²⁹ Gestützt auf ein solches Verständnis wäre auch jeder vermierterseitig nicht behobene Mangel eine Besitzesstörung.³⁰

7. Aufl., München 2017, § 1004 BGB N 124 ff. und besonders anschaulich DERLEDER, Die rechtlichen Voraussetzungen der Einstellung von Versorgungsleistungen an den Mieter wegen Leistungsstörungen im Verhältnis von Vermieter und Versorgungsträger, NZM 2000, 1100: *«Wenn man den seine Lieferungen einstellenden Versorgungsträger als Besitzstörer behandelt, kann dies aber nur unter Zugrundelegung einer Lieferpflicht gegenüber dem Mieter geschehen. Die Lieferung von Energie, Gas und Wasser erfolgt nach den Regeln des Kaufvertragsrechts, das entweder unmittelbar oder entsprechend anzuwenden ist, auf Grund eines mit dem Vermieter geschlossenen Vertrags. Es handelt sich also um eine entgeltliche Lieferung an den Vermieter, der auf Grund dieser Vertragsbeziehung seinerseits die entsprechenden Leistungen an die Mieter im Rahmen der Mietvertragsverhältnisse erbringt. Die zeitlich unbegrenzte Fortsetzung der Lieferungen kann dementsprechend kein Element des Besitzes des Mieters an der Mietwohnung oder den Geschäftsräumen sein.»*; vgl. REGENFUS (FN 14), 84; eine Besitzesstörung lehnt der BGH in solchen Fällen ab, vgl. BGH, Urteil XII ZR 137/07 vom 6. Mai 2009, N 26–29, in NJW 2009, 1947.

²⁸ LG Frankfurt a.M., Urteil 2–17 S 465–97 vom 15. Mai 1998, in NZM 1998, 714.

²⁹ SCHOLZ, Versorgungssperre bei vermietetem Sondereigentum, NZM 2008, 388: *«Es erscheint kaum verständlich, warum sich die Sachherrschaft an der Wohnung auf die immer neu zu perpetuierende Versorgungsleistung erstrecken soll. Beim Besitzschutz handelt es sich dogmatisch nicht um einen Leistungs-, sondern um einen Abwehranspruch, der den status quo vor Eigenmacht schützen soll. Wie aber soll die zukünftige Versorgungsleistung als etwas gesichert werden, was der Mieter noch gar nicht besitzt?»*

³⁰ Dieser Gedanke bei BGH, Urteil XII ZR 137/07 vom 6. Mai 2009, N 29, in NJW 2009, 1947, N 29: *«Eine kontinuierliche Belieferung mit Versorgungsgütern kann sich demnach – mit dem BerGer. – nicht aus dem Besitzschutz, sondern erst aus der vertraglich vereinbarten Nutzung ergeben. Die vertragliche Nutzung des Mieters reicht weiter als die sich aus dem blossen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit, indem sie über die Störungsfreiheit hinaus eine bestimmte Verwendung der Sache gewährleistet. Aber selbst dann ist der Vermieter überhaupt nur betroffen, wenn er die Versorgung vertraglich übernommen hat. Das scheidet bereits aus, wenn der Mieter die Energie auf Grund eines von ihm abgeschlossenen Vertrags*

Die deliktsrechtliche Begründung gegenüber dem Hersteller könnte sich bestenfalls auf das vom Bundesgericht ohne stichhaltige Gründe abgelehnte Konzept des *Weiterfrasserschadens* stützen.³¹ Der Hersteller haftet aus Art. 41 OR oder Art. 55 OR, wenn sich ein fehlerhafter Teil der Sache auf den einwandfreien Teil der Sache weiterfrisst und diese ganz oder teilweise zerstört oder unbrauchbar macht. Verfügte der Smart beispielsweise von Anfang an über eine derart schlecht konstruierte und nicht reparierbare Antenne, aufgrund derer nach vier Jahren der Kontakt zur Smart Vehicle Homepage abbricht, so würde dies nach diesem Konzept unter das Deliktsrecht fallen. Umso deutlicher haftet der Hersteller, wenn er später das Fahrzeug absichtlich ganz oder teilweise stilllegt und unbrauchbar macht. Wiederum macht es jedoch einen Unterschied, ob man den Sachverhalt als *Zerstörung des Kontakts* oder als *Einstellung der Erbringung* der Online-Dienste erfasst. Gegenüber dem Endabnehmer, mit dem der Hersteller vertraglich nicht verbunden ist, darf dieser die Dienste einstellen, was der deliktsrechtlichen Begründung den Boden unter den Füßen wegzieht.³²

III. Spezialfragen

1. AGB-Recht

Die Verkäufer- oder Hersteller-AGB sehen bezüglich Laufzeit und Umfang elektronischer Dienste einseitige Beendigungs- und Änderungsrechte vor. Wie muss man die AGB-Bestimmung würdigen, wonach sich der Anbieter das Recht vorbehält, gewisse Dienste im freien Ermessen teilweise oder gänzlich zu streichen? Die kundenfeindlichste Auslegung ergibt, dass er es auch ohne Grund sofort tun kann und damit sein

unmittelbar vom Versorgungsbetrieb bezieht. Vergleichbar damit begründet auch ein nach der Überlassung der Mietsache entstandener Mangel lediglich vertragliche Ansprüche, nicht aber einen Anspruch wegen Besitzstörung, selbst wenn der Mangel den Gebrauch der Sache behindert oder ausschliesst.»

³¹ BGer, Urteil 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015, E. 4.3; vgl. dazu RUSCH, Kann man einen Werkmangel, der das Werk zerstört, auch ausserhalb der Gewährleistungsfrist deliktisch einklagen? Besprechung des Urteils BGer 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015, AJP 2016, 531 ff.

³² Kritisch zur deliktsrechtlichen Haftung auch PICKER, Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störung der Energieversorgung?, in Apathy et al. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, 821.

ursprüngliches Versprechen widersprüchlich ist. Da widersprüchliches Verhalten keinen Schutz erhält, ist das zugleich die kundenfreundlichste Auslegung.³³ Unbeschränkte einseitige Änderungsrechte lassen sich ohnehin gar nicht gültig vereinbaren, da über sie kein Konsens denkbar ist.³⁴ Bejaht man deren grundsätzliche Entstehung, so lässt sich deren Geltung zusätzlich über Art. 8 UWG und die Ungewöhnlichkeitsregel hinterfragen.

2. Deaktivierung als Rückruf

Eine Deaktivierung kann auch anstelle eines Rückrufs erfolgen.³⁵ Handelt es sich um selbst initiierte oder obrigkeitlich angeordnete notwendige Massnahmen (Art. 8 Abs. 2 lit. b, Art. 10 Abs. 3 lit. b PrSG), fällt dies bei noch laufender Verjährungsfrist unter die Sachgewähr. Ausserhalb dieser Frist ist der Rückruf grundsätzlich hinzunehmen. Probleme zeigen sich bei freiwilligen oder prophylaktischen Rückrufen für Risiken, die den Nutzern tragbar scheinen.³⁶ Bei überschau- und tragbaren Risiken müssen die gleichen Grundsätze wie bei willkürlicher Deaktivierung gelten.

³³ Vgl. dazu eingehend RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff.

³⁴ BGE 135 III 1 E. 2.5.

³⁵ Vgl. REGENFUS (FN 14), 80; vgl. SCHRADER, Herstellerhaftung nach dem StVG-ÄndG 2017, DAR 2018, 317: *«Bei einem Fahrzeug wird eine solche (Zwangs-)Stilllegung aus der Ferne jedoch eher selten das gebotene Mittel der Gefahrverhinderung sein. Obwohl dieses Vorgehen effektiv die Gefahr beseitigen würde, erscheint die Möglichkeit, eine Rückrufaktion auf Grundlage einer vorherigen Halterermittlung (...) durchzuführen, als ein weniger invasives Mittel. Zudem würde dadurch erfahrungsgemäss auch eine ähnliche Erfolgsquote erreicht werden.»*; vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Intel-ruft-Smartwatch-Basis-Peak-zurueck-und-schliesst-Server-3287186.html> und <https://www.bbc.com/news/technology-38664325> (alle 19.6.2019).

³⁶ Vgl. die bei REGENFUS (FN 14), 80, beschriebene Problematik: *«Die Akzeptanz auf Seiten des einzelnen Nutzers ist jedoch auch dann nicht zwangsläufig gegeben: Das Individuum mag bereit sein, ein überschaubares Risiko hinzunehmen, und daher die ihm aufgetroffene Sperre gleichwohl als Störung empfinden.»*

3. Weitergehender Lösungsansatz

Die deutsche Ersatzteil-Rechtsprechung macht die Lieferverpflichtung des Herstellers davon abhängig, ob Ersatzteile von Drittanbietern verfügbar sind.³⁷ Überträgt man diese Überlegung auf die Abschaltung von Diensten, so stellt sich die Frage, ob selbst aufbaubare Dienste oder ein von dritter Seite angebotener Dienst den Hersteller von seinen Pflichten dispensiert.

Der Eigentümer – beispielsweise eines Fahrzeugs – müsste einen Ersatz für die abgeschaltete Software finden oder selbst entwickeln. Darin liegt kein Verstoß gegen das Urheberrecht: Gemäss Art. 21 Abs. 1 URG darf man Informationen über Schnittstellen einer Software beschaffen, um ein interoperables Programm zu entwickeln. Häufig wird es aber nicht ausreichen, bloss ein externes Programm zu schreiben, weil die Schnittstellen besonders abgesichert sind. In solchen Fällen ist es notwendig, die auf dem Fahrzeug laufende Software zu *verändern*. Auch dies ist zulässig und verstösst ausnahmsweise nicht gegen das Veränderungsverbot in Art. 11 Abs. 1 URG: Die schweizerische Lehre nimmt an, dass im URG stillschweigend ein *Fehlerbehebungsrecht* enthalten sei.³⁸ Ein Softwarefehler liegt in der Differenz der Ist- zur Soll-Beschaffenheit.³⁹ Wenn

³⁷ AG München, Urteil 1 C 289/70 vom 6. Mai 1970, in NJW 1970, 1852: «(...) dem Käufer auf Verlangen auch späterhin notwendige, von anderer Seite nicht zu beschaffende Ersatzteile oder Betriebsstoffe gegen entsprechende Bezahlung zu liefern (...)»

³⁸ CADUFF, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräusserung von Computerprogrammen, Diss. Bern 1997, 102; CHERPILLOD, in von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), 2. Band 1. Teilband, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Basel 2014, N 844; FRÖHLICH-BLEULER, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders, AJP 1995, 574; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, N 159 und N 1715; NEFF/ARN, in von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), 2. Band 2. Teilband, Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998, 257; OERTLI, in Müller/Oertli (Hrsg.) Stämpfli's Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, Art. 21 URG N 56; RAUBER, in Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 182 f.; RAUBER, Use Restrictions in Softwareverträgen, in Jörg/Arter (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2006, 151; RAUBER, Erlaubte Nutzung von Computer-Software, in Zindel/Peyer/Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, FS Forstmoser, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, 477; STRAUB, Der Sourcecode von Computerprogrammen im schweizerischen Recht und in der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, in Rehbindler (Hrsg.), UFITA Archiv für Urheber- und Medienrecht 2001, Band 3, Bern 2001, 824; STRAUB, Verantwortung für Informationstechnologie, Zürich 2008, N 251; STRAUB, Softwareschutz, Zürich 2011, N 193; a. M. RIGAMONTI, Das Jahr-2000-Computer-Problem – ein Rechtsproblem?, SJZ 1998, 433.

³⁹ NEFF/ARN (FN 38), 257. Der Fehlerbegriff bei Software deckt sich nicht mit dem obligationenrechtlichen Begriff des Mangels. Vielmehr geht es darum, sicherzustellen, dass ein Computerprogramm bestimmungsgemäss (weiter) genutzt werden kann. Ein Fehler muss daher

eine Software aufgrund der Abschaltung nicht mehr funktioniert, so liegt ein Fehler vor. Behebt der Hersteller den Fehler nicht, so ist der rechtmässige Erwerber einer Programmkopie berechtigt, die Software soweit abzuändern, dass sie wieder funktioniert.⁴⁰ Es ist noch ungeklärt, ob er berechtigt ist, vom Hersteller die Herausgabe der notwendigen Entwicklungsunterlagen und des Quellcodes zu verlangen.⁴¹ Wer ein Fahrzeug kauft, ist rechtmässiger Erwerber einer Programmkopie, denn die Software ist auf der Fahrzeughardware gespeichert und wird auch dort ausgeführt. Der Fahrzeugeigentümer ist daher berechtigt, die Software ohne Zustimmung des Herstellers zu verändern. Vergleichbare Rechte finden sich in der EU⁴² und in den USA.⁴³

Idealerweise würde der Hersteller alle Komponenten, denen die Abschaltung droht, auf einer Open-Source-Lösung aufbauen oder zumindest kompatibel dazu gestalten. Diese Lösung eignet sich aber auch dann nur für sehr ambitionierte Bastler. Zudem ist darauf zu achten, dass keine wesentliche Änderung am Fahrzeug gemäss Art. 34 Abs. 2 VTS vorgenommen wird, da ansonsten die Zulassung erlischt.

nicht bereits beim Erwerb der Software vorhanden sein, er kann sich auch nachträglich durch Veränderung der Umstände ergeben. In der Literatur wird etwa das Beispiel genannt, dass bei einer Buchhaltungs-Software der Mehrwertsteuersatz angepasst werden muss; vgl. STRAUB, Softwareschutz (FN 38), FN 457; RAUBER, FS Forstmoser (FN 38), 477.

⁴⁰ NEFF/ARN (FN 38), 257. Beim Smart liegt der Fehler darin, dass das Fahrzeug seine Statusinformationen an einen nicht mehr existierenden Server sendet. Um den Fehler zu beheben, muss die Empfängeradresse geändert werden. Dadurch kann die ursprüngliche Funktionalität der Software (Versand von Statusdaten, die der Fahrer auch empfangen kann) wieder hergestellt werden.

⁴¹ CHERPILLOD (FN 38), N 845; kritisch: STRAUB, UFITA Archiv für Urheber- und Medienrecht 2001 (FN 38), 829.

⁴² Richtlinie 2009/24/EG (Software-RL), Art. 5 Abs. 1; bei der URG-Revision 1992 wurde angestrebt, dass das Schweizer URG mit der Software-RL kompatibel sei. Vgl. etwa THOMANN, Die Euroverträglichkeit der Softwareschutz-Regelung gemäss dem revidierten URG, AJP 1993, 563 ff.

⁴³ § 117 Copyright Act 1976; vgl. zur Auslegung des Copyright Act: UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, Software-enabled consumer products – A report of the register of copyrights, December 2016, 35 ff., <https://www.copyright.gov/policy/software/software-full-report.pdf> (19.6.2019). In den USA besteht mit der *De-minimis*-Regel ohnehin mehr Spielraum für Veränderungen an Software. Zudem existiert eine starke Bewegung, die sich politisch für das *Right to repair* und das *Right to tinker* einsetzt. Vgl. zum Right to Tinker: RUSCH, Schöner Tinkern mit Sheldon & Co., AJP 2017, 817 f. und WILDHABER/LOHMANN, Right to Tinker – Recht auf Tüfteln, AJP 2017, 281 f.

IV. Schlusswort

Die obigen Lösungen haben gezeigt, dass die in der Schweizer Lehre anerkannte Nebenpflicht zur Sicherung des Leistungserfolgs die beste Lösung darstellt. Die nötige Konkretisierung erhält diese Pflicht durch die deutsche Rechtsprechung. Diese Lösung macht Ansprüche gegenüber dem Hersteller weitgehend überflüssig. Dennoch ist mit Händen zu greifen, dass eigentlich der Hersteller in der Schuld steht: Er genießt das Vertrauen des Käufers. Er erbringt auch die eigentliche Leistung und verfügt über die Möglichkeit, die Dienste weiterzuführen. Er schuldet dies auch gegenüber seinem Vertragspartner. Es geht somit in Tat und Wahrheit um einen Paradefall der Drittschadensliquidation oder des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die beide in der Schweiz so schmerzlich fehlen: Der Verkäufer könnte dann die Ansprüche geltend machen, die dem Käufer zustehen.