

Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht



Dr. iur.
Alexander Brunner,
Zürich

A la suite d'une série de décisions judiciaires rendues en matière de droit des contrats conclus avec des consommateurs, en particulier en ce qui concerne leur définition, leurs délimitations et leur interprétation, l'auteur entreprend de classer les contrats conclus avec des consommateurs dans la systématique du droit général et spécial des contrats. Il se révèle que les types de contrats peuvent être complétés à l'aide du critère de répartition, ressortissant au droit économique, des participants au contrat considérés du point de vue du marché économique. Ce mode de considération relevant du droit économique permet de cerner plus clairement le champ d'application du droit des consommateurs, du droit commercial, du droit de bail et du travail en tant que droit privé spécial et en tant que droit privé général. L'article se termine par des remarques relatives au concept de contrat conclu avec un consommateur en droit international.

Inhaltsübersicht

- A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen
 - I. Handels- und Konsumentenrecht
 - II. Besonderes Wirtschaftsverfassungsrecht (Art. 31sexies BV)
- B. Begriff des Konsumentenvertrages (Materielles Recht)
 - I. Allgemeines Konsumentenvertragsrecht
 - 1. Definition des Konsumentenvertrages
 - 1.1. Begriffsbestimmung in qualitativer Hinsicht
 - a. Subjektive Theorie
 - b. Objektive Theorie
 - c. Zwecktheorie
 - 1.2. Begriffsbestimmung in quantitativer Hinsicht
 - a. Rechtsfolge der Zwecktheorie
 - b. Systematische Hinweise
 - 1.3. Zusammenfassung und Terminologie
 - 2. Abgrenzungen
 - 2.1. Begriffsimmanente Abgrenzung (Wohnungsmiete)
 - 2.2. Begriffstranszendente Abgrenzungen
 - a. Handelsgeschäfte
 - b. Arbeitsvertrag
 - c. Privatgeschäfte

- 3. Wesen des Konsumentenvertrages
 - 3.1 Informationsgefälle zwischen Anbieter und Konsument
 - 3.2. Geltung des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips
 - a. Positivrechtlicher Grundsatz
 - b. Positivrechtliche Konkretisierungen
 - 3.3 Auslegung des Konsumentenvertrages
- II. Besonderes Konsumentenvertragsrecht
 - 1. Typenbildung
 - 2. Besondere Konsumentenverträge
 - 2.1. Teilzahlungsvertrag
 - 2.2. Fahrnismietvertrag
 - 2.3. Konsumkreditvertrag
 - 2.4. Arztvertrag
 - 2.5. Reisevertrag
- C. Begriff des internationalen Konsumentenvertrages (Kollisionsrecht)
 - I. Art. 120 IPRG
 - II. Oualifikation des Verweisungsbegriffs
 - 1. Verfassungsrechtlicher Bezug
 - 2. Rechtsvergleichende Hinweise

D. Ausblick

A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen

I. Handels- und Konsumentenrecht

Unter Wirtschaftsrecht¹ wurde bisher vorwiegend das **Handelsrecht** verstanden als Inbegriff der Rechtsnormen, welche den wirtschaftlichen Bereich von Produktion und Handel bestimmen. Seit 1981, d.h. seit Annahme des Konsumentenschutzartikels hat das Handelsrecht indessen aufgrund einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Norm einen ebenbürtigen Zwilling erhalten: das Konsumentenschutzrecht.

Das neue Gebiet des **Konsumentenschutzrechtes**² kann dabei analog zum Handelsrecht als der Inbegriff der

-
- 1 Zum Begriff des Wirtschaftsrechts: W. R. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht; Wesen, Aufbau, Merkmale und Stellung im Rechtssystem, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 1 ff.
 - 2 M. REHBINDER, Konsumentenschutz im schweizerischen Recht, Recht 1990, 129–134 = RIW 1991, 97–100; B. STAUDER, Konsumentenschutz in der Schweiz, AJP/PJA 1/1992, 151–158; B. STAUDER, Droit de la consommation, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich 1990, 179–221; B. STAUDER, Principles of consumer protection in swiss law, in: Commercial and consumer law from an international perspective, Littleton/Colorado 1986, 389–399.

Normen bezeichnet werden, welche den wirtschaftlichen Bereich des Konsums bestimmen; das indessen nur soweit, als es sich um privaten Konsum handelt und nicht um Verbrauch im Tätigkeitsbereich von Unternehmen. Das Konsumentenschutzrecht als Teil des Wirtschaftsrechts umfasst dementsprechend sämtliche denkbaren Rechtsgebiete: das Konsumentenvertrags- und Wettbewerbsrecht³, Normen des Wirtschaftsverwaltungs- und -strafrechts, ein besonderes Zivilprozessrecht bzw. das Konsumentenschutzverfahren⁴ sowie das Internationale Konsumentenschutzrecht und -verfahrensrecht⁵.

Die nachfolgenden Ausführungen werden sich auf das **Konsumentenvertragsrecht** beschränken; dabei steht die begriffliche Klärung des Konsumentenvertrages im materiellen und internationalen Privatrecht im Vordergrund.

II. Besonderes Wirtschaftsverfassungsrecht (Art. 31sexies BV)

Das **Wesen** des Konsumentenschutzes zeichnet sich dabei durch die Normierung des in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Informationsgefälles zwischen Anbieter und Konsument aus. Bis 1981 wurde der Umstand des tatsächlich gegebenen Informations- und Strukturunterschiedes zwischen Anbieter und Konsument rechtlich nicht erfasst. Durch die Generalklausel in **Art. 31sexies Abs. 1 BV**⁶ wird dieses wirtschaftliche Phänomen nunmehr auch positivrechtlich anerkannt.

Nach **Art. 31sexies Abs. 3 BV** haben die Kantone für Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern bis zu einem vom Bundesrat zu bestimmenden Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozessverfahren vorzusehen. Im Gegensatz zu den Bereichen des Miet-, Arbeits- und Handelsrechts hat es der Gesetzgeber indessen bisher unterlassen, die Konsumentenverträge materiellrechtlich ausdrücklich zu normieren. Nur unter der Voraussetzung einer eindeutigen Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages kann aber analog zur Frage der sachlichen Kompetenz der Fachgerichte (Miet-, Arbeits- und Handelsgerichte) im Einzelfall entschieden werden, welche Art des Verfahrens, das gewöhnliche zivilrechtliche Verfahren oder das Konsumentenschutzverfahren zur Anwendung gelangt.

Es ist daher einstweilen die Aufgabe der **Rechtsprechung**, in Anwendung von Art. 1 ZGB den Begriff des Konsumentenvertrages im schweizerischen Recht zu bestimmen. Mit Bezug auf das materielle Recht ist daher nachfolgend die bisherige Rechtsprechung zusammenfassend zu erörtern (B.). Im Kollisionsrecht dagegen hat der **Gesetzgeber** vor allem im Hinblick auf das Europarecht mit Erlass des IPRG den Begriff des internationalen Konsumentenvertrages näher bestimmt (C.).

B. Begriff des Konsumentenvertrages (Materielles Recht)

I. Allgemeines Konsumentenvertragsrecht

Das schweizerische Recht hat mit dem ZGB und OR eine einheitliche Privatrechtskodifikation geschaffen. Ausnahmen im Sinne von **Sonderprivatrecht** hat der Gesetzgeber mit wenigen Ausnahmen nicht in Spezialgesetzen geregelt, sondern hierfür eigene Bestimmungen im Rahmen des allgemeinen Privatrechts erlassen. Die Abweichungen gegenüber dem allgemeinen Privatrecht gehen dabei in zwei Richtungen: Sonderregelungen betreffen einerseits Tatbestände zwischen eindeutig gleichgewichtigen Vertragspartnern (kaufmännischer Verkehr), andererseits Tatbestände zwischen eindeutig ungleichgewichtigen Vertragspartnern. Bei letzteren stehen die Regeln zum Schutze der schwächeren Vertragspartei im Vordergrund. Dazu gehören das Miet- und Arbeitsrecht, die Gesetzesnovelle zum Bürgschaftsrecht aus dem Jahre 1941, aber auch jene zum Teilzahlungsrecht aus dem Jahre 1962 und die Gesetzesvorlage zum 1986 einstweilen gescheiterten Konsumkredit. Das Sonderprivatrecht umfasst somit einerseits das Miet-, Arbeits- und Konsumentenrecht, das sich vor allem nach der Idee des sozialen Rechtsstaates ausrichtet, und andererseits das Handelsrecht. Trotz ihrer unterschiedlichen Struktur sind indessen beim Handels- und Konsumentenrecht gemeinsame wirtschaftsrechtliche Kriterien massgebend.

Die nachfolgenden Überlegungen stossen zu einer Kernfrage des Konsumentenrechtes vor; der Frage des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts, einer Rechts-

- 3 A. BRUNNER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, plädoyer 5/90, 36–47.
- 4 J. BRÖNNIMANN, Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, ZSR 108 (1989) I, 351 f.; R. GMÜR, Rechtsschutz aus der Sicht des Konsumenten, ZSR 107 (1988) II, 441–462; R. FRANK, Das "einfache und rasche Verfahren" und seine Abarten, SJZ 84 (1988), 21 f.; vgl. vorstehende FN 3, a.a.O. 42–47.
- 5 T. BOURGOIGNIE (Hrsg.), European consumer law, Louvain-la-Neuve 1982; A. BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Privatrecht (AGB im IPR), Reihe Handels- und Wirtschaftsrecht (19), Grösch 1985; A.-C. IMHOFF-SCHEIER, Protection du consommateur et contrats internationaux, Genf 1981; M. KELLER, Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, FS F. VISCHER, Zürich 1983, 175–188; J. KREN, Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZvglRW 88 (1989), 48–70.
- 6 Vgl. R. RHINOW, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1988, zu Art. 31sexies BV, Rz. 45–70.

frage, die vom Themabereich her dem Allgemeinen Teil des OR zuzuordnen wäre. Die entsprechenden Ausführungen folgen zur Hauptsache drei Grundsatzentscheiden über die **Definition** des Konsumentenvertrages (ZR 87 [1988] Nr. 92, 214–223 [vollständig] = SJZ 85 [1989] Nr. 1, 12–16), dessen **Abgrenzung** zum Handelsgeschäft (ZR 89 [1990] Nr. 60, 111–115 [vollständig] = SJZ 87 [1991] Nr. 38, 263–264) und die **Auslegung** des Konsumentenvertrages (ZR 88 [1989] Nr. 27, 86–94 [vollständig] = SJZ 85 [1989] Nr. 44, 249–251) und stellen sie in einen systematischen Zusammenhang.

1. Definition des Konsumentenvertrages

1.1. Begriffsbestimmung in qualitativer Hinsicht

Bei der Definition des Konsumentenvertrages⁷ in qualitativer Hinsicht können jene Abgrenzungskriterien herangezogen werden, die bereits bisher zu handelsrechtlichem Sonderprivatrecht geführt haben. Die subjektive Theorie berücksichtigt dabei vor allem personenbezogene Gesichtspunkte wie die Kaufmannseigenschaft oder dessen Fehlen, während die objektive Theorie von sachbezogenen Gesichtspunkten ausgeht und die Natur eines Rechtsgeschäftes oder des vertraglichen Leistungsgegenstandes als Abgrenzungsmerkmal bestimmt. Die Zwecktheorie schliesslich beschränkt sich nicht bloss auf die eigentlichen obligationenrechtlichen Merkmale von Person und Leistung, sondern versucht, die tatsächlichen vorvertraglichen und vertraglichen Zweckbestimmungen von Leistungen in der Wirtschaft (Produktion/Handel und Konsum) in rechtliche Kategorien zu fassen.

a. Subjektive Theorie

Die subjektive Theorie knüpft im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Sonderprivatrechts vor allem an den Begriff der **Kaufmannseigenschaft** oder dessen Fehlen an. Sie stützt sich dabei auf eine Reihe von Sondernormen; die Kaufmannseigenschaft ist beispielsweise entscheidend beim kaufmännischen Retentionsrecht gemäss Art. 895 Abs. 2 ZGB, beim Kauf gestohlener Sachen gemäss Art. 934 Abs. 2 ZGB, bei der Verzugsregelung im Kaufrecht gemäss Art. 190/191 und Art. 215 OR oder im Bürgschaftsrecht gemäss Art. 494 Abs. 2 OR. Entscheidend ist sodann der Eintrag in das **Handelsregister**. Nach Art. 934 OR in Verbindung mit Art. 52 HRV ist dazu verpflichtet, wer ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt. Der Eintrag ins Handelsregister ist auch Rechtsgrund für verschiedene gesetzliche Vermutungen und Rechtsfolgen, beispielsweise die Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgeschäftes nach § 62 des Zürcher Gerichtsverfassungsgesetzes.

Der subjektiven Theorie haften indessen nicht übersehbare Nachteile an, hat sie doch ein unerwünschtes und wenig sachbezogenes Standesrecht zur Folge. Die neuere schweizerische Lehre und Rechtsprechung folgt daher

mit guten Gründen einheitlich der objektiven Theorie⁸.

b. Objektive Theorie

Nach der objektiven Theorie kommt es im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Sonderprivatrechts für wirtschaftlich eindeutig gleichgewichtige Partner nicht in erster Linie auf die Kaufmannseigenschaft der am Abschluss des Vertrages beteiligten Parteien an, sondern auf die **Einordnung des vertraglichen Leistungsgegenstandes** in den üblichen Ablauf von Umsatzgeschäften, insbesondere den Handel.

Ebenfalls nach objektiven Gesichtspunkten ist nach der Rechtsprechung das wirtschaftsrechtliche Gegenstück zu beurteilen, nämlich die Anwendbarkeit von Sonderprivatrecht für wirtschaftlich eindeutig ungleichgewichtige Partner. Dem Recht über den Abzahlungsvertrag und insbesondere der Rechtsprechung zu Art. 226m Abs. 4 OR kommt in diesem Zusammenhang paradigmatische Bedeutung zu. Nach Art. 226m Abs. 4 OR kommt das Abzahlungsvertragsrecht dann nicht zur Anwendung, wenn der Käufer im Handelsregister als Firma oder als Zeichnungsberechtigter einer Einzelfirma oder einer Handelsgesellschaft eingetragen ist oder wenn sich der vertragliche Leistungsgegenstand nach seiner Beschaffenheit auf einen Gewerbebetrieb bezieht oder vorwiegend für berufliche Zwecke bestimmt ist. Die Rechtsprechung zu dieser Norm ist indessen uneinheitlich, was auf die weite Fassung des Gesetzestextes zurückzuführen ist. Auf der einen Seite wird die **Natur des vertraglichen Leistungsgegenstandes** betont, auf der anderen Seite der wirtschaftliche Zweck eines konkreten Rechtsgeschäftes geprüft. Zur ersten Gruppe sind Gerichtsentscheide zu zählen, die vorwiegend über eine Analyse des vertraglichen Leistungsgegenstandes zur Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit des Sonderprivatrechts gelangen⁹.

Für eine sachgerechte Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages vermag indessen ein Abgrenzungskriterium, welches die Anwendbarkeit von Sonderprivatrecht nach der Natur des vertraglichen Leistungsgegenstandes beurteilt, in methodologischer Hinsicht nicht zu genügen, lassen sich doch alle möglichen vertraglichen Leistungsgegenstände ohne Ausnahme – analog zum sachenrecht-

7 Die nachfolgenden Ausführungen folgen weitgehend dem Entscheid in ZR 87 (1988) Nr. 92 = SJZ 85 (1989) Nr. 1; vgl. dazu nunmehr auch T. GUHL/H. MERZ/A. KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 6, sowie B. BÜHLMANN-ESCHMANN, Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, Zürich 1991, 37.

8 A. KNOEPFEL, Die Sonderregelung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht "Handelskauf", Zürich 1988, 7.

9 Registrierkasse: ZR 69 (1970) Nr. 139; SJZ 61 Nr. 163, 341; Musikautomat: AGVE 1967, 70 f.; Kombiwagen: ZR 67 (1968) Nr. 19; Mähdrescher: BGE 96 III 51 = Pra 59 Nr. 168.

lichen Begriff der Zugehör – nur über deren **Zweckbestimmung** einwandfrei zuordnen.

c. Zwecktheorie

Die hier zu vertretende Zwecktheorie versucht in Weiterführung der objektiven Theorie in rechtliche Begriffe zu fassen, was als entscheidendes Abgrenzungskriterium in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht in beiderlei Richtungen zur Gesetzgebung und Anwendbarkeit von Sonderprivatrecht führt: Eindeutige wirtschaftliche Gleichgewichtslagen (Bereiche von Produktion und Handel) und eindeutige wirtschaftliche Ungleichgewichtslagen (Bereiche des Konsums). Die wirtschaftliche Zweckbestimmung einer vertraglichen Leistung ist ein neues rechtliches Kriterium, dem bisher lediglich mittelbar über die Beurteilung eines Motiv- oder Grundlagenirrtums im Sinne von Art. 24 Abs. 2 OR oder Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR rechtserhebliche Bedeutung zukam, bezieht sich doch der Geschäftswille der Parteien zur Hauptsache auf die **Vertragsleistung** als solche und nicht auf den hinter der Vertragsleistung stehenden **Zweck**. In diesem Zusammenhang finden sich mehrere Gerichtsentscheide namentlich zu Art. 226m Abs. 4 OR, welche in Anwendung von sachbezogenen Gesichtspunkten der objektiven Theorie die Zwecktheorie begründen.

Im Vordergrund stehen dabei Erwägungen zum Rechtsbegriff des **betrieblichen Zweckes** bzw. des Betriebes, der ökonomischer Begriffsbildung entstammt. Der betriebliche Zweck dient in diesen Entscheiden als Kriterium zur Beantwortung der Rechtsfrage betreffend die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit des Sonderprivatrechts¹⁰. Der Betrieb ist im Handels- und im Arbeitsrecht überall dort mit dem Unternehmen bzw. Geschäft identisch, wo er dem privaten Haushalt bzw. der Privatsphäre gegenübergestellt wird¹¹. Der Rechtsbegriff des Betriebes umfasst dabei sowohl Umsatz (Handel) als auch Produktion (Industrie und Gewerbe). In wirtschaftlicher Hinsicht werden vertragliche Leistungen *entweder* für betriebliche Zwecke *oder* für private Zwecke angeboten (*tertium non datur*). Im Sinne einer vorläufigen Begriffsbestimmung lassen sich dementsprechend als Gegenbegriff zu den Handelsgeschäften oder Verträgen im Rahmen des kaufmännischen Verkehrs die Verbrauchergeschäfte oder **Konsumentenverträge** definieren als Verträge über Leistungen, die für private und nicht für betriebliche Zwecke bestimmt sind.

Im Hinblick auf diese **materiellrechtliche** Begriffsbestimmung kommt dem systematischen Hinweis auf die **kollisionsrechtliche** Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages entscheidende Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat den Konsumentenvertrag im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 mit Bezug auf seinen internationalen Anwendungsbereich normiert. Art. 120 Abs. 1 IPRG bezieht sich in seiner Wortwahl mit Absicht auf Art. 31sexies Abs. 3 BV; beide Normen verwenden den wettbewerbsrechtlichen Ausdruck "Anbieter" zur Bezeichnung der Gegenpartei des Konsumenten¹². Aufgrund des engen

Sachzusammenhangs zwischen der Verfassungsnorm über die Verträge mit Konsumenten und der Gesetzesnorm über die kollisionsrechtliche Ausgestaltung der Verträge mit Konsumenten lassen sich daher auch Anhaltspunkte für die materiellrechtliche Begriffsbestimmung der Konsumentenverträge gewinnen. Dabei fällt ins Gewicht, dass die Verfassungsnorm der Gesetzesnorm vorgeht, was für die Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht von Bedeutung ist.

Zusammenfassend ist mit Bezug auf den Konsumentenvertrag von der folgenden qualitativen Begriffsbestimmung im Sinne einer generell-abstrakten Rechtsnorm auszugehen: Mit dem Konsumentenvertrag verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen (unternehmerischen, gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen) Tätigkeit zu einer Leistung, die für private (persönliche oder familiäre) Zwecke des Konsumenten bestimmt ist und nicht im Zusammenhang mit der betrieblichen (unternehmerischen, gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen) Tätigkeit des Konsumenten steht.

1.2. Begriffsbestimmung in quantitativer Hinsicht

a. Rechtsfolge der Zwecktheorie

Der Konsumentenvertrag gemäss der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Norm in **Art. 31sexies Abs. 3 BV** stellt in rechtssystematischer Hinsicht eine **neue Figur des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts** dar. Offen bleibt dabei allerdings die Frage, wie der Gesetzgeber die besonderen Vertragstypen im Hinblick auf konkrete Schutznormen im Rahmen des Sonderprivatrechts im einzelnen ausgestaltet. Hinsichtlich der Tragweite des Begriffs kann aber grundsätzlich festgehalten werden, dass er **auf sämtliche möglichen Verträge gemäss besonderem Teil des Obligationenrechts sowie auf alle denkbaren Innominatverträge anwendbar** ist.

Bei der Auslegung der Verfassung ist von folgenden Überlegungen auszugehen. Nach dem Wortlaut von Art. 31sexies Abs. 3 BV haben die Kantone für Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern bis zu einem vom Bundesrat zu bestimmenden Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozessverfahren vorzusehen. Der Begriff

10 BGE 109 II 213 = Pra 73 Nr. 10, Erw. 1.b.; BGE 103 II 114 = Pra 66 Nr. 157, Erw. 2; ZR 75 (1976) Nr. 84.

11 Vgl. ZR 67 (1968) Nr. 47b, 180; M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 9. A., Bern 1988, 25; K. KÄFER, Kommentar zu Art. 957 OR, N 406. Zum Rechtsbegriff des Unternehmens vgl. A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 5.A. Bern 1984, § 4 N 34 f.

12 Vgl. dazu nachfolgend C.II.1.

des Vertrages wird in der Verfassung nach keiner Richtung hin eingeschränkt, so dass nach dem grammatikalischen Element der Gesetzesauslegung von einem umfassenden Vertragsbegriff auszugehen ist. Auch die historische Auslegung deckt sich mit diesem Ergebnis. So entspricht der heutige Verfassungstext von Art. 31sexies Abs. 3 BV dem vom Gesetzgeber übernommenen Mehrheitsvorschlag der Nationalratskommission¹³, der seinerseits wörtlich dem Vorschlag der Expertenkommission entnommen worden ist¹⁴. Die Expertenkommission nahm in ihrem Vorschlag ausdrücklich Bezug auf die dem Konsumenten angebotenen Waren *und Dienstleistungen*¹⁵. Im Rahmen der Gesetzesberatung auf der Grundlage des Mehrheitsvorschlages der Nationalratskommission wurde in der Folge hinsichtlich der Verträge mit Konsumenten ausdrücklich und ohne irgendwelche Einschränkungen mit Bezug auf den vertraglichen Leistungsgegenstand von Waren *und Dienstleistungen* ausgegangen¹⁶. Damit fallen *sämtliche* obligationenrechtlichen Verträge *dann* unter den Begriff des Konsumentenvertrages, *wenn* entsprechend der Verfassungsnorm einerseits ein **Anbieter** und andererseits ein **Konsument** im Sinne der dargelegten qualitativen Begriffsbestimmung am Rechtsgeschäft beteiligt ist.

b. Systematische Hinweise

In diesem Zusammenhang ist zudem im Sinne des systematischen Elementes der Gesetzesauslegung darauf hinzuweisen, dass die erörterte Tragweite des Konsumentenvertrages im schweizerischen Recht nicht völlig unbekannt ist. Lehre und Rechtsprechung gingen bereits bisher aufgrund einer sachnormgemässen Interpretation von Art. 226m OR im Rahmen des **Abzahlungsvertragsrechts** und unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise davon aus, dass sich der vertragliche Leistungsgegenstand nicht bloss auf sachliche Leistungen (Kauf, Miete, Miet/Kauf oder Leasing) beschränkt, sondern **auch Dienstleistungen**, insbesondere das Auftragsrecht und die Innominatkontrakte erfasst¹⁷. So wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass das Teilzahlungsrecht im Rahmen des Obligationenrechts in systematischer Hinsicht dem Allgemeinen Teil und nicht dem Besonderen Teil zuzuordnen wäre¹⁸. Unbestreitbar ist aber gerade der Teilzahlungsvertrag als wesentlicher Bestandteil des Konsumentenvertragsrechtes zu betrachten, dem eine umfassende Tragweite zugesprochen werden konnte. Dasselbe gilt heute in vermehrtem Masse mit Bezug auf den Konsumentenvertrag nach Art. 31sexies Abs. 3 BV. Massgeblich ist dabei nicht die Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor, sondern die **wirtschaftliche Zweckbestimmung** der vertraglichen Leistung.

Die neue Norm des **Allgemeinen Teils des Obligationenrechts** in Art. 40a OR, welche das Widerrufsrecht des Konsumenten bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Randtitel) begründet, gilt folgerichtig **auch für Dienstleistungen**. Das Widerrufsrecht kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur bei Vorliegen eines Konsumentenvertrages geltend gemacht werden. Die Legal-

definition des Konsumentenvertrages nach Art. 40a OR weicht dabei von der nachfolgend noch zu erörternden allgemeineren Terminologie nur geringfügig ab. Das Gesetz umschreibt den Konsumentenvertrag als Vertrag des Anbieters im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit über bewegliche Sachen bzw. Güter oder Dienstleistungen, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind. Der Gesetzgeber verwendet hier den Ausdruck "Gebrauch" eindeutig im Sinne von "Zweck", was sich aus dem ausdrücklichen Einbezug von Dienstleistungen ergibt. Die Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages in Art. 40a OR geht daher ebenfalls von der Zwecktheorie aus.

Dasselbe gilt mit Bezug auf die **kollisionsrechtliche** Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages in Art. 120 Abs. 1 IPRG. Auch hinsichtlich dieser Rechtsnorm hat der Gesetzgeber keine Einschränkungen bezüglich des vertraglichen Leistungsgegenstandes vorgenommen, weshalb zutreffend festgestellt wird¹⁹, es sei die Aufgabe der Rechtsprechung zu entscheiden, ob auch Dienstleistungen als vertragliche Leistungen eines Konsumentenvertrages zu qualifizieren sind. Damit steht die kollisionsrechtliche Gesetzesnorm von Art. 120 Abs. 1 IPRG der aus Art. 31sexies Abs. 3 der Bundesverfassung abgeleiteten materiellrechtlichen Rechtsnorm über Konsumentenverträge auch unter Gesichtspunkten der quantitativen Begriffsbestimmung nicht entgegen, da kein Anwendungsfall von Art. 113 Abs. 3 BV vorliegt. Entscheidend ist damit einzig, ob die Dienstleistungen des Anbieters aufgrund eines Konsumentenvertrages für die privaten (persönlichen oder familiären) Zwecke des Konsumenten erbracht werden²⁰.

13 Vgl. BB1 1979 II 745 ff.; insb. Ziff. 22; AmtlBull NR 1979 I 1093 ff.

14 Vgl. Expertenkommission NEF, BB1 1979 II 745 ff., insb. Ziff. 332; Vorschlag zu einem Art. 31sexies Abs. 6 BV.

15 A.a.O. (FN 14) Vorschlag zu einem Art. 31sexies Abs. 4 BV.

16 Vgl. die in ZR 87 (1988) Nr. 92, 219, rechte Spalte, angeführten umfangreichen Belegstellen. Die enge Begriffsbildung von FRANK, (FN 4), 23–24, N 15–19, und von B. STAEHELIN, Gewerbmässiger Luftverkehr und Konsumentenschutz, ASDA Nr. 110 (1991), 5–47, insb. S.45 Mitte, berücksichtigt nicht hinreichend die historische Auslegung von Art. 31sexies BV. Vgl. auch nachfolgend FN 83.

17 Vgl. SJZ 69 (1973) Nr. 47, 72–73; H. GIGER, Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, FS K. OFTINGER, Zürich 1969, 63–86.

18 GIGER (FN 17), 82–85. Anderer Auffassung im Rahmen des Teilzahlungsrechts, H. STOFER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. A., Basel 1972, 141–142.

19 A. K. SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, 2. A. Zürich 1990, 111, insb. N. 44, u. a. unter Hinweis auf SJZ 85 (1989), 12–16; SJZ 85 (1989), 249–251 und SJZ 86 (1990), 214–215.

20 Zutreffend SCHNYDER (FN 19), 111, nach N 4.

Unter systematischen Gesichtspunkten ist des weitern auf das **Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** vom 19. Dezember 1986 sowie auf die entsprechenden Verordnungen, insbesondere die Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (PBV) in der neuen Fassung vom 14. Dezember 1987, zu verweisen. Zwar handelt es sich bei den auf das UWG und die entsprechenden Verordnungen gestützten Rechtsansprüchen der Konsumenten grundsätzlich um Ansprüche aus unerlaubter Handlung²¹. Gleichwohl darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die deliktsrechtlichen Ansprüche der Konsumenten in einem engen Bezug zu den durch die Werbung vermittelten Leistungsangeboten der Anbieter über Waren und Dienstleistungen stehen, die in der Regel zu Vertragsabschlüssen zwischen Anbietern und Konsumenten führen²². Die lauterkeitsrechtlichen Tatbestände betreffen nach Art. 2 (letzter Satzteil) UWG auch die Rechtstellung der Konsumenten vor allem durch die Leistungsangebote der Anbieter im Sinne von Art. 3 und Art. 19 Abs. 2 UWG hinsichtlich "Waren, Werken und Leistungen". Aufgrund des engen Bezuges zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht ist daher zu folgern, dass sich analog zu den wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen bezüglich Waren, Werken und Leistungen der Anbieter auch die vertragsrechtlichen Leistungsgegenstände der Anbieter auf Waren, Werke und Dienstleistungen beziehen können. In diesem Sinne sollte im **Konsumentenvertrags- und Wettbewerbsrecht** ohnehin eine **einheitliche Begriffsbildung** erfolgen²³.

Zwischen der wettbewerbsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Rechtsstellung des Konsumenten besteht zudem ein weiterer enger Zusammenhang. Gestützt auf Art. 31sexies Abs. 3 BV legte der Bundesrat die Streitwertgrenze für Konsumentenschutzverfahren in der Verordnung vom 19. Mai 1982 auf Fr. 8000.– fest²⁴. Nach Erlass des UWG, das sich unter anderem ausdrücklich auf die Verfassungsnorm über den Konsumentenschutz bezieht, wurde diese Verordnung durch jene vom 14. Dezember 1987 ersetzt und das auf dem Gebiete des **Vertragsrechts** bereits bestehende Konsumentenschutzverfahren auf Streitigkeiten wegen **unlauteren Wettbewerbs** ausgedehnt²⁵. Im Sinne eines umfassenden Rechtsschutzes der Konsumenten²⁶ sind im Rahmen des Konsumentenschutzverfahrens infolgedessen sowohl mit Bezug auf das Wettbewerbsrecht als auch mit Bezug auf das Vertragsrecht Waren, Werke und Dienstleistungen umfassend zu beurteilen.

Schliesslich ist wiederum unter systematischen Gesichtspunkten eine weitere Überlegung für die hier vertretene Auffassung einer mit Bezug auf die quantitative Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages weiten Fassung der möglichen vertraglichen Leistungsgegenstände anzuführen. Das neue Wettbewerbsrecht normiert in Art. 8 UWG erstmals im schweizerischen Recht die Verwendung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB) beim Vertragsabschluss. Diese Gesetzesnorm stellt im Gegensatz zu den übrigen Bestimmungen des UWG kein reines Deliktsrecht dar, sondern gehört als

Regel über das Zustandekommen des Vertrages in den systematischen Zusammenhang des allgemeinen Teils des Obligationenrechts. Art. 8 UWG bezieht sich damit generell auf die Beurteilung der im besonderen Teil des Obligationenrechts mittels dispositivem und zwingendem Vertragsrecht geregelten Verträge, aber auch auf Innominatkontrakte²⁷. Obwohl eine Regelung des Rechts der AGB grundsätzlich dem allgemeinen Privatrecht zuzuordnen ist, geht doch aufgrund der Materialien zweifelsfrei hervor, dass der in Art. 8 UWG festgelegten Norm für das Sonderprivatrecht der Konsumentenverträge besondere Bedeutung zukommt. So umfasst die Generalklausel von Art. 2 UWG als Schutzobjekt wie bereits erwähnt auch die Konsumenten, welche in ihrer Rechtstellung durch die missbräuchliche Verwendung von AGB zumeist betroffen sind. Art. 13 UWG weist zudem die Kantone an, ein Konsumentenverfahren vorzusehen, das den Normen des UWG und damit auch Art. 8 UWG zusätzliche Durchschlagskraft verleihen soll²⁸.

Die vorstehenden Ausführungen zum Recht der AGB stellen damit einen weiteren Beleg dafür dar, dass mit Bezug auf die quantitative Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages bzw. die Frage der möglichen vertraglichen Leistungsgegenstände von einer umfassenden Tragweite der erörterten qualitativen Begriffsbestimmung auszugehen ist. Die durch den Konsumentenvertrag vereinbarte **Obligation zwischen Anbieter und Konsument** kann daher immer sowohl **sachliche als auch persönliche Leistungen**²⁹ des Anbieters betreffen. In den Beratungen des Gesetzgebers zu Art. 8 UWG wurde denn auch beispielhaft sowohl auf das Kaufrecht als auch auf das Auftragsrecht verwiesen³⁰.

21 Vgl. dazu A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band II, Zürich 1985, 3. A. S. 914.

22 Vgl. bspw. Art. 2 PBV sowie BGE 113 IV 36 = Pra 76 Nr. 79, Erwägung 1/2.

23 Vgl. vorstehende FN 3, 37.

24 AS 1982 1071.

25 Vgl. dazu den identischen Wortlaut von Art. 31sexies Abs. 3 BV und Art. 13 UWG sowie Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983; BBl 1983 1009 ff.; insb. 1054; Sten Bull Ständerat 1986 414.

26 Vgl. StenBull Ständerat 1980 zum Verfassungsartikel über die Rechte der Konsumenten, 410/linke Spalte.

27 Vgl. Botschaft zu UWG, BBl 1983 II 1073.

28 Vgl. dazu insb. Botschaft zum UWG, BBl 1983 II 1071–1072.

29 Vgl. zur Tragweite dieser generellen Unterscheidung, A. von TUHR/H. PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1984. § 7 N 2–4.

30 Vgl. die unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des nationalrätlichen Berichterstatters in StenBull Nationalrat 1985 843/linke Spalte.

1.3. Zusammenfassung und Terminologie

Zusammenfassend ist der Begriff des Konsumentenvertrages wie folgt zu definieren: **Mit dem Konsumentenvertrag verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit zu einer sachlichen und/oder persönlichen Leistung, die für die privaten Zwecke des Konsumenten bestimmt ist.** Beim Konsumentenvertrag steht ein betrieblicher Anbieter einem privaten Abnehmer gegenüber. Der private Abnehmer (Konsument) nimmt die Vertragsleistung des betrieblichen Anbieters zu privaten Zwecken entgegen, welche entweder persönlicher oder familiärer Natur sein können³¹.

Die **Terminologie** des Verfassungstextes ist indessen nicht einheitlich; so verwendet Art. 31sexies Abs. 1 und 2 BV den Ausdruck Konsument, während Abs. 3 von Letztverbraucher spricht. Aufgrund der sprachlichen Auslegung der Verfassung³² ist indessen zu vermuten, dass mit beiden Ausdrücken der gleiche Begriff bezeichnet wird, sind doch in sprachlicher Hinsicht keinerlei gegenteilige Anhaltspunkte gegeben. Dementsprechend bezeichnet auch der Ausdruck Letztverbraucher nach Art. 31sexies Abs. 3 BV den Begriff des Konsumenten als privaten Abnehmer. Diese Auslegung des Verfassungstextes wird durch die Lehre bestätigt; diese beschreibt das Wesen und den Begriff des Konsumentenschutzes als "Schutz der privaten Endverbraucher, d.h. derjenigen Personen, die Waren oder Dienstleistungen zur privaten Verwendung übernehmen"³³. Auch nach der Lehre ist somit der Konsument der private Abnehmer im Gegensatz zum betrieblichen Abnehmer (Betrieb/Unternehmen).

Auch die historische Auslegung zeitigt kein anderes Auslegungsergebnis. Den Materialien ist kein Hinweis dafür zu entnehmen, wonach unter den Begriff des Konsumenten auch Unternehmen subsumiert werden könnten³⁴. Im Gegenteil bilden die Termini Konsument (privater Abnehmer) und Unternehmen (betrieblicher Abnehmer bzw. Anbieter) konträre Begriffe. Die Auslegung von Art. 31sexies Abs. 3 BV ist damit grundsätzlich in verbindlicher Weise abgeschlossen. Gleichwohl ist auf eine noch mögliche Unklarheit hinzuweisen.

Unter systematischen Gesichtspunkten³⁵ stellt sich die Frage, ob das bisherige Auslegungsergebnis von Art. 31sexies Abs. 3 BV dadurch beeinflusst werden könnte, dass der Ausdruck Letztverbraucher auch im Bundesgesetz vom 9. Juni 1977 über das Messwesen³⁶ Verwendung findet; nach Art. 11 Abs. 3 dieses Gesetzes sind Letztverbraucher alle natürlichen oder juristischen Personen, die Güter zu ihrem "persönlichen" Gebrauch erwerben (Endverbrauch). Nicht als Letztverbraucher gelten Personen, die Waren gewerbsmässig erwerben, um sie zu bearbeiten, zu verarbeiten oder an Dritte weiterzuverkaufen (Produktion und Handel). Die genannte Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil diese Legaldefinition in den Materialien zu einem Konsumentenschutzgesetz des Bundes ausdrücklich Erwähnung findet³⁷. Mit der genannten Gesetzesbestimmung wird indessen lediglich der **Letzt-**

verbrauch als solcher, nicht jedoch der Begriff des Konsumenten definiert. Letztverbrauch kann *entweder* durch private Abnehmer (Konsumenten) *oder* durch betriebliche Abnehmer (Betriebe/Unternehmen) erfolgen. Die identischen Ausdrücke im BG über das Messwesen und in der Verfassung bezeichnen dementsprechend zwei verschiedene Begriffe, wobei jener nach dem BG über das Messwesen den verfassungsrechtlichen Begriff in quantitativer Hinsicht einschliesst. Auch im Hinblick auf die ratio legis von Art. 31sexies Abs. 3 BV kann nicht davon ausgegangen werden, betriebliche Abnehmer stünden unter dem Schutz der Generalklausel von Art. 31sexies Abs. 1 BV³⁸. Ein Sozialschutz, welcher auf die betrieblichen Abnehmer ausgedehnt würde, ginge zu weit. Unter dem Letztverbraucher im Sinne des Verfassungsartikels ist daher nur der private Abnehmer (Konsument) zu verstehen. Damit bleibt es beim bisherigen Auslegungsergebnis von Art. 31sexies Abs. 3 BV.

Der hier dargelegte Begriff des Konsumentenvertrages wird im übrigen durch neue Erlasse des Bundes bestätigt. Neben dem Widerrufsrecht nach Art. 40a OR erfuhr dieser neue Grundbegriff im Besonderen Teil des Obligationenrechts über den Teilzahlungsvertrag hinaus eine konkretisierende Ausgestaltung, indem Art. 266k OR³⁹ den Konsumentenmietvertrag für Fahrnis⁴⁰ ausdrücklich als Vertrag bestimmt, bei welchem der Vermieter sich im Rahmen seiner **gewerblichen Tätigkeit** verpflichtet, eine bewegliche Sache zum **privaten Gebrauch** des Mieters zu überlassen.

31 Vgl. dazu den wirtschaftsrechtlichen Begriff des Haushaltes im Gegensatz zu jenem des Betriebes; M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 9. A. Bern 1988 25. Vgl. zum folgenden nunmehr ZR 89 (1990) Nr. 60, 111–115 = SJZ 87 (1991) Nr. 38, 263–264; vgl. dazu auch H.-U. WALDER, Zivilprozessrecht, Supplement, Zürich 1991, 32, oberer Abschnitt.

32 Vgl. dazu E. ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Zürich 1989, 434 ff.

33 Vgl. RHINOW (FN 6) zu Art. 31sexies BV, Rz. 2, N 16.

34 Vgl. Botschaft zur Volksinitiative "zur Absicherung der Rechte der Konsumenten" und Stellungnahme des Bundesrates zur parlamentarischen Initiative über Konsumentenpolitik; BBl 131 (1979) II 745–762; AmtlBull NR 1979 1082–1114; AmtlBull SR 1980 130–138; AmtlBull NR 1980 I 407–411; 738–744.

35 Vgl. ZELLER (FN 32), 446, N 5–6; vgl. zum folgenden auch vorstehende FN 3, 37–38.

36 SR 941.20.

37 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts vom 7. Mai 1986; BBl 1986 II 354 ff., insbes. 370.

38 Vgl. vorstehend A. II.

39 In Kraft seit 1. Juli 1990.

40 Vgl. BBl 137 (1985) I 1450.

2. Abgrenzungen

Nachfolgend sind aufgrund der Struktur der Begriffsbildung beim Konsumentenvertrag und in Anwendung der Zwecktheorie die weiteren möglichen Vertragstypen herauszubilden. Die formale Struktur dieser allgemeinen Vertragstypen dient dabei als Begründung und Abgrenzung des Konsumenten-, Miet-, Arbeits- und Handelsrechts als Sonderprivatrecht sowie des Allgemeinen Privatrechts.

2.1. Begriffsimmanente Abgrenzung (Wohnungsmiete)

Mit Bezug auf die Miete von Immobilien, insbesondere die Wohnungsmiete, sind mehrere Typisierungen möglich (vgl. zur Typologie nachfolgend II.1.). Wie die meisten Verträge des Besonderen Teils des Obligationenrechts und die Innominatverträge kann auch die Wohnungsmiete bei Beteiligung entsprechender Marktteilnehmer zu einem Konsumentenvertrag werden, was aber nicht notwendigerweise der Fall sein muss; soweit es sich indessen beim Vermieter um einen betrieblichen bzw. gewerblichen Anbieter und beim Mieter um einen privaten Abnehmer handelt, entspricht der Wohnungsmietvertrag grundsätzlich der Definition des Konsumentenvertrages. Damit könnte das soziale Mietrecht, insbesondere in seiner seit 1. Juli 1990 in Kraft stehenden Fassung, an sich als Teil des Konsumentenschutzrechtes begriffen werden. Gleichwohl ist die Wohnungsmiete in ihrer heutigen positivrechtlichen Ausgestaltung vom Konsumentenvertrag abzugrenzen, weshalb eine begriffsimmanente Abgrenzung vorliegt. Der Wohnungsmietvertrag ist deshalb nicht dem Konsumentenvertragsrecht zu unterstellen, da mit Bezug auf den Mieterschutz bereits ein besonders ausgebildetes **Sonderprivatrecht** besteht, das eigenen Regeln folgt.

Aufgrund der Verwandtschaft der beiden Rechtsgebiete bestehen zwar durchaus **Gemeinsamkeiten zwischen Konsumenten- und Mietrecht**, die sich zur Hauptsache auf den wettbewerbsrechtlichen Strukturunterschied und das bestehende Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Abnehmer zurückführen lassen. So werden beispielsweise beide Rechtsgebiete mit Bezug auf das Verfahrensrecht vom einfachen und raschen Verfahren beherrscht, das allerdings auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruht⁴¹.

Im Unterschied zum Konsumentenrecht umfasst das soziale Mietrecht indessen nicht bloss Konsumentenverträge, vielmehr mit besonderer Begründung auch Privatgeschäfte. Die Anwendbarkeit des sozialen Mietrechtes ist dementsprechend auch dann gegeben, wenn dem privaten Abnehmer von Wohnungen als Marktteilnehmer nicht nur betriebliche Anbieter gegenüber stehen (Konsumentenvertrag), sondern auch private Anbieter (Privatgeschäfte; vgl. dazu nachfolgend 2.2.c.), welche die Vermietung ihrer Immobilien nicht gewerbsmässig im Rahmen einer beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit betreiben.

2.2. Begriffstranszendente Abgrenzungen

Unter begriffstranszendenten Abgrenzungen sind hier jene Rechtsbegriffe zu verstehen, welche nicht dem Begriff des Konsumentenvertrages zugeordnet werden können.

a. Handelsgeschäfte

Einen ersten Fall bildet der Begriff des Handelsgeschäftes. **Mit dem Handelsgeschäft verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit zu einer sachlichen und/oder persönlichen Leistung, die für die betrieblichen Zwecke des Abnehmers bestimmt ist.** Beim Handelsgeschäft stehen sich somit ein betrieblicher Anbieter und ein betrieblicher Abnehmer gegenüber⁴². Der betriebliche Zweck kann sein: Produktion, Handel oder Konsum (betrieblicher Konsum, nicht privater Konsum).

Die Handelsgeschäfte sind beispielsweise zufolge der Einführung der Sondergerichtsbarkeit für Handelsachen im Kanton Zürich⁴³ ausdrücklich geregelt. Nach § 62 zürch. GVG entscheidet das Handelsgericht alle Zivilprozesse zwischen Parteien, die als Firmen im Handelsregister eingetragen sind, *sofern* sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf **Handelsverhältnisse** überhaupt bezieht. Das Handelsgericht entscheidet damit Fragen, welche Produktion und Handel betreffen, aber auch über den 'Letztverbrauch', soweit dieser im Rahmen betrieblicher Zwecke erfolgt. Jedes Rechtsgeschäft einer im Handelsregister eingetragenen Person gilt im Zweifel als Handelsgeschäft. Damit entscheidet nicht in erster Linie das formale Kriterium des Handelsregistereintrages, sondern der materiellrechtliche Begriff des Handelsgeschäftes⁴⁴.

§ 62 Abs. 2 zürch. GVG stellt lediglich eine widerlegbare Rechtsvermutung auf. Insbesondere könnte die Auffassung vertreten werden, dass der betriebliche Letztverbrauch (wie der private Letztverbrauch bzw. Konsum) vom Handelsrecht nicht mehr erfasst wird; diesbezüglich wäre allerdings auf nicht geringe Abgrenzungsprobleme im Rahmen des Handelsrechts hinzuweisen. Mit Bestimmtheit fällt dagegen der Letztverbrauch privater Abnehmer bzw. die Beurteilung von Konsumentenverträgen oder von Privatgeschäften nicht unter das Handelsrecht⁴⁵.

41 Mietrecht: Art. 274d OR; Konsumentenrecht: Art. 31sexies Abs. 3 BV und VO vom 14. Dezember 1987, SR 944.8.

42 ZR 89 (1990) Nr. 60 = SJZ 87 (1991) Nr. 38, Erw. 4.

43 Vgl. Sondernummer "125 Jahre Zürcher Handelsgericht", SJZ 88 (1992), 17-38. Auch andere Kantone kennen Handelsgerichte (BE, AG, SG).

44 Problematisch daher der Entscheid des Handelsgerichts in ZR 87 (1988) Nr. 63, 163-164.

45 Problematisch daher auch der Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes in ZR 90 (1991) Nr. 1, 1-2; auch nach § 63 und § 64 des Zürcher GVG ist materielle Voraussetzung das Vorliegen eines Handelsgeschäftes bzw. von "Handelssachen".

Bei gemischten Tatbeständen ist im Hinblick auf die Ermittlung des anwendbaren Rechtsgebietes im Sinne der Zwecktheorie die vorwiegende wirtschaftliche Zweckbestimmung der vertraglichen Leistung zu ermitteln⁴⁶.

b. Arbeitsvertrag

Einen zweiten Abgrenzungsfall bilden jene **Rechtsgeschäfte, bei welchen ein privater Anbieter eine sachliche und/oder persönliche Leistung erbringt, die für die betrieblichen Zwecke des Abnehmers bestimmt ist**. Im Vordergrund stehen persönliche Leistungen (Arbeitsleistungen) von privaten Anbietern an betriebliche Abnehmer (Unternehmen). In Frage kommen Verträge von freien Mitarbeitern, die ihre Arbeitsleistungen nicht im Rahmen eines eigenen Betriebes, sondern als Privatpersonen einem Unternehmen anbieten. Der wichtigste Anwendungsfall gemäss vorstehender Begriffsbestimmung ist der **Arbeitsvertrag**. Auch dieses Ergebnis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Sinne der Zwecktheorie ist nicht neu. Bereits das römische Recht begriff den "Arbeitnehmer" im Arbeitsvertrag als Anbieter der persönlichen Leistung ("locator" im Rahmen der locatio conductio operarum).

Soweit der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht für die persönlichen oder familiären Zwecke eines privaten Haushaltes⁴⁷, sondern für die betrieblichen Zwecke eines Unternehmens erbringt, liegt das logisch-begriffliche **Spiegelbild des Konsumentenvertrages**⁴⁸ vor. Damit ist aber auch eine wesentliche Analogie verbunden. Sowohl für den Arbeitsvertrag als auch für den Konsumentenvertrag ist das Verhältnis zwischen Privatperson und Unternehmen kennzeichnend, das ein strukturelles Ungleichgewicht begründet⁴⁹. Wie im Konsumentenrecht gilt im übrigen auch im Arbeitsrecht nach Art. 343 OR ein einfaches und rasches Verfahren für die Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

c. Privatgeschäfte

Beim dritten und letzten Fall handelt es sich um den Begriff des Privatgeschäftes. **Mit dem Privatgeschäft verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner privaten Tätigkeit zu einer sachlichen und/oder persönlichen Leistung, die für die privaten Zwecke des Abnehmers bestimmt ist**. Beim Privatgeschäft stehen sich somit ein privater Anbieter und ein privater Abnehmer gegenüber. Privatgeschäfte sind generell dann zu vermuten, wenn beide Parteien nicht im Handelsregister eingetragen sind. Es sind die Geschäfte des täglichen Lebens unter Privaten ohne jeglichen unternehmerischen Bezug. Sie sind in der Praxis nach wie vor besonders häufig anzutreffen und unterstehen den Regeln des allgemeinen Privatrechts. Beispielhaft kann auf das Privatdarlehen gemäss Art. 312 i.V.m. Art. 313 Abs.1 OR verwiesen werden.

Die **Privatgeschäfte** sind das logisch-begriffliche **Spiegelbild der Handelsgeschäfte**⁵⁰. Dementsprechend bleibt zusammenfassend anzumerken, dass bei den Handelsgeschäften und bei den Privatgeschäften zwischen

Anbietern und Abnehmern ein strukturelles Gleichgewicht, beim Arbeitsvertrag und beim Konsumentenvertrag hingegen ein strukturelles Ungleichgewicht besteht.

3. Wesen des Konsumentenvertrages

3.1. Informationsgefälle zwischen Anbieter und Konsument

Das **strukturelle Ungleichgewicht** zwischen Anbieter und Konsument bestimmt entscheidend das Wesen des Konsumentenvertrages. Dieses Ungleichgewicht, das vor allem in einem Informationsgefälle zwischen Anbieter und Konsument besteht, ist vorerst lediglich als **Rechtstatsache** festzuhalten. Es ist jenes Verhältnis, welches in der Umgangssprache als Beziehung zwischen Fachmann und Laie bezeichnet wird. Bereits der Umstand, dass sich betriebliche Anbieter gewerbsmässig in einem besonderen Wirtschaftsbereich betätigen, begründet die zumindest **typischerweise gegebene Überlegenheit** gegenüber jenen Marktteilnehmern (Nachfrager bzw. Abnehmer), die sich mit den entsprechenden Besonderheiten im Regelfall nicht eingehend befassen können. Im Hinblick darauf ist beispielweise der Arzt im Arztvertrag mit umfassendem medizinischen Fachwissen ausgestattet, das dem Patienten abgeht; der Rechtsanwalt hat umfangreiches rechtliches Fachwissen erworben, das dem Klienten nicht zugänglich ist; der Architekt hat besondere ingenieurtechnische Kenntnisse, welche dem Bauherrn fehlen; der Fachverkäufer hat bestimmtes technisches Detailwissen, das beim kaufwilligen Kunden nicht vorausgesetzt werden kann; der Versicherer hat gegenüber dem Versicherten sowohl fachliches als auch rechtliches Fachwissen; der gewerbsmässige Darleiher hat gegenüber dem Kleinkreditnehmer besonderes kaufmännisches Fachwissen. Oft sind mit diesen Rechtsverhältnissen vor Abschluss des Vertrages höchstpersönliche Notlagen oder wirtschaftliche Zwangslagen verbunden.

Bei all diesen faktischen Verhältnissen steht jeweils

46 Analog zu Art. 266m Abs. 4 OR.

47 In diesem Fall liegt ein Privatgeschäft vor, da sich ein privater Anbieter und ein privater Abnehmer gegenüber stehen; die meisten Kantone sehen für diesen Tatbestand Normalarbeitsverträge vor.

48 Konsumentenvertrag: betrieblicher Anbieter/privater Abnehmer; Arbeitsvertrag: privater Anbieter/betrieblicher Abnehmer.

49 Im Arbeitsrecht: REHBINDER, (FN 31), 30; U. CH. NEF, Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, in: SJZ 88 (1992), 97 rechte Spalte unten. Im Konsumentenrecht: vgl. nachfolgend Ziff.3.

50 Privatgeschäft: privater Anbieter/privater Abnehmer; Handelsgeschäft: betrieblicher Anbieter/betrieblicher Abnehmer.

ein gewerbsmässig tätiger und betrieblich organisierter Anbieter dem privaten Abnehmer (Konsumenten) gegenüber. Der Informationsunterschied zwischen Konsumenten und Anbietern wird zudem in der modernen Wirtschaft dadurch verstärkt, dass der Konsument Verträge nicht bloss mit einem einzelnen fachkundigen Anbieter abschliesst, sondern mit einer Vielzahl von solchen. Damit ist es in tatsächlicher Hinsicht unmöglich, sich genügend über sämtliche möglichen Leistungsangebote umfassend und hinreichend informieren zu können.

3.2. Geltung des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips

a. Positivrechtlicher Grundsatz

Die soeben dargelegten Rechtstatsachen werden seit 1981 durch die Generalklausel in Art. 31sexies Abs. 1 BV **normativ** erfasst⁵¹. Im Hinblick auf den Informationsstand des Konsumenten sind dabei zwei normative Konkretisierungen des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips denkbar; eine mit individueller Auswirkung und eine mit genereller Auswirkung.

Der Schutz des Konsumenten im Sinne von Art. 31sexies Abs. 1 BV wird – insbesondere im Hinblick auf die privatautonome Bildung des Geschäftswillens – **generell** durch eine besondere, öffentlich zugängliche Information der Konsumenten hinsichtlich konkreter Leistungsangebote der Anbieter erreicht, wie es das BG über die Konsumenteninformation (KIG) vorsieht, das folgerichtig Waren und Dienstleistungen gleich behandelt. Ebenfalls generelle Wirkung entfaltet neben dem zulässigen kantonalen öffentlichen Recht das BG gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das die vorvertraglichen Pflichten der Anbieter gegenüber den Konsumenten konkretisiert⁵².

Individuell ist das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip vor allem im Hinblick auf die Auslegung von Konsumentenverträgen zu berücksichtigen. Allgemein kann dabei festgehalten werden, dass seit 1981 nicht nur der Idealtypus des privatautonomen Rechtssubjektes Grundlage des Allgemeinen Vertragsrechts ist, sondern auch der Realtypus des Konsumenten mit seinem unzureichenden Wissensstand Ausgangspunkt des sozialen Vertragsrechts bildet. Dieses Strukturelement hat insbesondere bei der Auslegung des Konsumentenvertrages weitreichende Konsequenzen. Im Rahmen der Auslegungslehre ist das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip dabei als **heuristisches Prinzip**⁵³ zu verstehen, welches das Auffinden der gegenseitigen Informations- und Aufklärungspflichten der Parteien – insbesondere des Anbieters – beim Vertragsschluss erleichtert. Das bereits erwähnte Konsumenteninformationsgesetz (KIG) erweist sich dabei angesichts der bestehenden Informationspflichten mit Bezug auf die jeweiligen vertraglichen Leistungsgegenstände als Entlastung des Anbieters bei den konkreten Vertragsabschlüssen und damit nicht bloss als Konsumentenschutzgesetz, sondern als eigentliches Anbieterschutzgesetz.

b. Positivrechtliche Konkretisierungen

Das in Art. 31sexies Abs. 1 BV enthaltene konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip kann seit der Annahme des Konsumentenschutzartikels nicht mehr bloss als rechtspolitische Maxime aufgefasst werden⁵⁴. Es stellt heute ein **grundlegendes Prinzip des positiven Rechts** dar. Art. 31sexies Abs. 1 BV statuiert eine Generalklausel, womit nach dem Willen des Verfassungssetzgebers ein umfassender Konsumentenschutz ermöglicht werden soll⁵⁵. Demgegenüber hat der Bundesgesetzgeber entgegen ursprünglichen Gesetzesvorhaben davon abgesehen, ein einheitliches Konsumentenschutzgesetz zu erlassen⁵⁶, insbesondere im Hinblick darauf, dass bereits vor der Annahme des Konsumentenschutzartikels in der Verfassung in einer Vielzahl von Gesetzen besondere Schutzbestimmungen betreffend die Gesundheit und Sicherheit des Konsumenten oder Täuschungsverbote enthalten waren⁵⁷. Angesichts der Zerstreutheit dieser Gesetzesgrundlagen kommt dem konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzip daher als Gesetzgebungsmaxime und Auslegungsgrundsatz besondere Bedeutung zu.

Das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip nach Art. 31sexies Abs. 1 BV ist im übrigen an die Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 31 Abs. 1 BV gebunden. Allfällige Einschränkungen der **Handels- und Gewerbefreiheit** im Sinne der Generalklausel in Art. 31sexies Abs. 1 BV haben daher in analoger Weise wie jene gestützt auf die 1947 in die Verfassung eingeführten Wirtschaftsartikel zu erfolgen⁵⁸. Die Vertragsfreiheit bleibt damit wie bis anhin insoweit gewahrt, als sie nicht durch die Verfassung selbst und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt⁵⁹ ist.

In diesem Zusammenhang ist unter systematischen Gesichtspunkten entscheidend, dass der Vertragsfreiheit

51 Die nachfolgenden Ausführungen folgen weitgehend dem Entscheid ZR 88 (1989) Nr. 27, 86–94 = SJZ 85 (1989) Nr. 44, 249–251.

52 Vgl. vorstehende FN 3, a.a.O., 39 N 28–29.

53 Vgl. bspw. auch SJZ 86 (1990) Nr. 61, 288–292, insb. Erw. 3.2.3.

54 H. GIGER, Überforderter Konsumentenschutz? Ein Beitrag zum Schutze des Schwächeren; in: Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983 45–56.

55 Botschaft des Bundesrates vom 11. Juli 1979; BB1 1979 II 745–762, insb. Ziff. 343 und Ziff. 35; vgl. dazu StenBull Nationalrat 1979 I 1093–1105; StenBull Nationalrat 1980 I 738–744; StenBull Ständerat 1980 407–411, insb. 410; vgl. BB1 1981 II 1266.

56 Vgl. BB1 1986 II 360–361.

57 BB1 1979 II 750; vgl. BB1 1986 II 358.

58 BB1 1979 II 754–756; vgl. StenBull Nationalrat 1979 II 1099.

59 Die Bevormundungsthese erweist sich unter diesen rechtsstaatlichen Prämissen als Leerformel.

bereits vor der positivrechtlichen Geltung des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips im Rahmen von **Lehre und Rechtsprechung zum Schutze der schwächeren Vertragspartei** gewisse Schranken auferlegt wurden. Lehre und Rechtsprechung gingen dabei im Hinblick auf die Berücksichtigung von eindeutigen Ungleichgewichtslagen zum Schutze der schwächeren Vertragspartei von zwei Kriterien aus: Wissen und Macht. Geht das allgemeine Privat- und Vertragsrecht wie bereits erwähnt zutreffenderweise vom Idealtypus des privatautonomen Rechtssubjektes aus, mit Bezug auf welches Machtposition (bargaining power) und Wissensstand ausgeklammert wird, anerkennt das Sonderprivatrecht die am Geschäftsverkehr beteiligten Rechtssubjekte als reale Wirtschaftssubjekte, mit Bezug auf welche tatsächlich bestehende Macht- und Informationsgefälle berücksichtigt werden. Beide Kriterien des Ungleichgewichts von Marktteilnehmern sind in der Regel kumulativ gegeben; im Miet- und Arbeitsrecht stehen indessen neben dem Informationsgefälle typischerweise wirtschaftliche Zwangslagen im Vordergrund (Lehre von der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei), während im Konsumentenvertragsrecht neben der wirtschaftlichen Zwangslage typischerweise Unterschiede in Kenntnis- und Wissensstand zwischen Anbieter und Konsument entscheidend sind (konsumentenschutzrechtliches Ungleichgewichtsprinzip). In Übereinstimmung mit der Lehre⁶⁰ anerkennt in diesem Sinne die Rechtsprechung sowohl den Arbeitnehmer⁶¹ als auch den Mieter bzw. Pächter⁶² als wirtschaftlich schwächere Vertragspartei.

Lehre und Rechtsprechung anerkannten zudem auch bisher in gewissen Fällen gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB einen unterschiedlichen Kenntnis- und Wissensstand zwischen den Vertragsparteien, womit sich das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip als neuer Grundsatz des positiven Rechts in das geltende Rechtssystem einfügt. Die bisherige Rechtsprechung betrifft vorwiegend Fälle, in denen die unterschiedliche Information und Erfahrung zwischen den Parteien besonders berücksichtigt wurden⁶³. Auch die Lehre anerkannte bereits bisher den unterschiedlichen Kenntnis- und Wissensstand zwischen Unerfahrenen und Spezialisten⁶⁴ und regte gar eine Ausweitung der Praxis an⁶⁵.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass bei der Auslegung von Konsumentenverträgen das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip zu berücksichtigen ist, womit auch dessen Verhältnis zum Vertrauensprinzip im Sinne von Art. 1 und Art. 18 OR in Verbindung mit Art. 2 ZGB zu bestimmen ist.

3.3. Auslegung des Konsumentenvertrages

Das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip erweist sich als wesentlicher Anwendungsfall des Vertrauensprinzips im Rahmen des konsumentenschutzrechtlichen Sonderprivatrechts. Trotz seines Verfassungsrangs steht es im Hinblick auf Art. 113 Abs. 3 BV nicht über dem grundlegenden vertragsrechtlichen

Auslegungsprinzip; seinem Rang entsprechend ist ihm indessen als heuristischem Prinzip bei der Auslegung des Konsumentenvertrages gebührend Rechnung zu tragen⁶⁶. Entscheidend sind dabei die drei möglichen Auslegungstatbestände bei der Ermittlung von Sinn und Bedeutung der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument im Hinblick auf das Zustandekommen des Konsumentenvertrages.

Das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist *nicht anwendbar* beim Tatbestand des tatsächlichen Sichverständlichmachens⁶⁷ zwischen Anbieter und Konsument, da dieses Prinzip die Privatautonomie als solche (Art. 31 Abs. 1 BV) bzw. die Vertragsfreiheit der Parteien nicht berührt. Haben sich die Parteien beim Abschluss des Konsumentenvertrages tatsächlich geeinigt (Wissens- und Willenskonsens), bleibt für die Berücksichtigung eines unterschiedlichen Kenntnis- und Wissensstandes zwischen Anbieter und Konsument kein Raum; vorbehalten bleiben lediglich privat- und öffentlichrechtliche Eingriffsnormen, welche nunmehr allerdings auch unter Berücksichtigung des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips auszulegen sind⁶⁸.

60 Grundlegend: E. SCHWEINGRUBER, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Bern 1930, 34–47; vgl. P. WIDMER, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Zürich 1971, 21–23.

61 BGE 105 II 41; ZR 85 (1986) Nr. 26; ZR 65 (1966) Nr. 38, 93: Arbeitnehmer im allgemeinen; BGE 94 II 211 E. 4.: Arbeitnehmer nach Fabrikgesetz; BGE 81 II 627 E. 2: Arbeitnehmer nach HRAG.

62 BGE 106 I b 412 E. 1. b.

63 Grundlegend BGE 92 II 168, E. 5. a.; BGE 104 I a 278 E. 3 = Pra 67 Nr. 213; BGE 91 I 15; ZR 81 1982 Nr. 29: Vereinbarung von Gerichtsstandsklauseln in Abweichung von Art. 59 BV.

64 E. SCHNEEBERGER, Kommerzielles Vertragsrecht, Zürich 1976, 34–35; A. STAEHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 2–3; E. A. KRAMER, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I 49 ff.

65 Vgl. H. MERZ, Massenvertrag und AGB, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 328; H. GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 125–130.

66 Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER (FN 7), 5 unten und 101 Mitte, unter Bezugnahme auf ZR 88 (1989) Nr. 27 = SJZ 85 (1989) Nr. 44; vgl. vorstehende FN 51.

67 Vgl. für viele: K. OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR 58 (1939) 181; M. KELLER, Der Vertragswille im Obligationenrecht, SJZ 58 (1962) 370 Ziff. 1.

68 Ebenso bspw. E. A. KRAMER, Kommentar zu Art. 21 OR, N 40.

Das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist indessen *anwendbar* bei den Tatbeständen des hypothetischen⁶⁹ und fiktiven⁷⁰ Sichverständlichmachens zwischen Anbieter und Konsument, d.h. bei der Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip und bei der Vertragsergänzung.

II. Besonderes Konsumentenvertragsrecht

1. Typenbildung

Der **Begriff** des Konsumentenvertrages im schweizerischen Recht konnte aufgrund der vorstehenden Ausführungen gestützt auf die Verfassungsnorm in Art. 31sexies Abs. 3 BV ermittelt werden. Dagegen wurde bereits auf die offene Frage hingewiesen, in welcher Art und Weise der Gesetzgeber die Vielfalt möglicher **Typenbildung** im besonderen Konsumentenvertragsrecht berücksichtigt und im einzelnen ausgestaltet⁷¹. Im Hinblick auf die Erfassung des besonderen Konsumentenvertragsrechts sind dabei zwei entgegengesetzte Betrachtungsweisen entscheidend; die eine aus dem Gesichtswinkel des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts, die andere aus dem Gesichtswinkel des kodifizierten und nicht kodifizierten Besonderen Teils des Obligationenrechts.

In Betrachtung der ersten Sichtweise ist festzustellen, dass der Konsumentenvertrag zwar mit dem Teilzahlungsrecht in Art. 226a–228 OR eine bedeutende **Konkretisierung** erfahren hat, der Gesetzgeber indessen ebenso wichtige Realtypen wie den Konsumkreditvertrag oder den Reisevertrag (noch) nicht erfasst hat. Der schweizerische Gesetzgeber sollte diese und andere wichtigen Konsumentenverträge aufgrund des ohne Zweifel ausgewiesenen Regelungsbedarfs, aber auch mit Blick auf das Europarecht, nicht weiter vernachlässigen.

In Betrachtung der zweiten Sichtweise ist festzustellen, dass die einzelnen besonderen Verträge des Obligationenrechts und die Innominatkontrakte **typische** oder **atypische** Konsumentenverträge darstellen oder **ambivalent** sein können. Der Grund hierfür liegt darin, dass diese Vertragstypen zumindest in theoretischer Hinsicht insgesamt unter den Begriff des Konsumentenvertrages oder die vorstehend erörterten drei Abgrenzungsbegriffe subsumiert werden können. In Anbetracht dieser Rechtstat-sache erweist sich die eingangs erwähnte Gesetzestechnik der Einheitskodifikation im schweizerischen Recht durchaus als zweckmässig und folgerichtig. Dementsprechend kann der Gesetzgeber je nach Bedarf einen bestimmten Normbestand des besonderen Vertragsrechtes auf die vier genannten Rechtsbegriffe ausdehnen oder einschränkend für einzelne dieser Rechtsbegriffe besonders *anwendbar* erklären.

Nachfolgend sind einige wenige Verträge des Besonderen Teils des Obligationenrechts und der Innominatkontrakte *beispielhaft* kurz anzuführen.

2. Besondere Konsumentenverträge

2.1. Teilzahlungsvertrag

Auch mit Bezug auf die genannte Gesetzestechnik kommt dem Abzahlungsvertrag paradigmatische Bedeutung zu. Das Vorgehen des Gesetzgebers war bei der Ausgestaltung dieses Vertrages vorbildlich. Aus der Sicht des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts stellt der Abzahlungsvertrag einen **typischen Konsumentenvertrag** dar, was sich gemäss Art. 226a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 226m Abs. 4 (e contrario) OR ergibt⁷².

Aus der Sicht des besonderen Vertragsrechts kann der Abzahlungsvertrag sodann neben dem Konsumentenvertrag auch die Form des Handelsgeschäftes im Sinne von Art. 226a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 226m Abs. 4 OR annehmen (betrieblicher Anbieter/betrieblicher Abnehmer) oder ein Privatgeschäft im Sinne von Art. 226a Abs. 2 (e contrario) in Verbindung mit Art. 226m Abs. 4 (e contrario) OR darstellen (privater Anbieter/privater Abnehmer). Dementsprechend ist der anwendbare Normbestand des Teilzahlungsrechts wegen des Ungleichgewichts zwischen Anbieter und Abnehmer beim Konsumentenvertrag folgerichtig wesentlich umfangreicher als beim Handelsgeschäft und beim Privatgeschäft, bei welchen der Gesetzgeber zurecht von einem Gleichgewicht zwischen Anbieter und Abnehmer ausgeht⁷³.

2.2. Fahrnismietvertrag

Aus der Sicht des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts kann auch der Fahrnismietvertrag (Art. 253 OR) als **typischer Konsumentenvertrag**⁷⁴ betrachtet werden, was den Gesetzgeber folgerichtig zu einer besonderen Regelung veranlasst hat⁷⁵. Aus der Sicht des besonderen Vertragsrechts hingegen ist der Fahrnismietvertrag ambivalent; er kann auch die Form der drei Abgrenzungsbegriffe annehmen. In diesen Fällen gilt die genannte Sonderregelung nicht.

69 Vgl. OFTINGER (FN 67), 185–196; KELLER (FN 67), 370, Ziff. 2 lit. a–c.

70 Vgl. OFTINGER (FN 67), 197–208; KELLER (FN 67), 370, Ziff. 3.

71 Zur Typenbildung im Wirtschaftsrecht, insb. im Gesellschafts- und Aktienrecht, vgl. A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 6. A., Bern 1989, § 2 N 100 und N 110; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 3. A., Bern 1983, § 2, N 2.

72 Vgl. bspw. den in pläd 4/1989, 65–66, zitierten Fall: Leasing bzw. Abzahlungsvertrag als Konsumentenvertrag.

73 Vgl. STOFER (FN 18), 167–170.

74 Vgl. vorstehende FN 7.

75 Vgl. vorstehende FN 39–40.

2.3. Konsumkreditvertrag

Aus der Sicht des besonderen Vertragsrechts ist auch das Darlehen gemäss Art. 312 OR gegenüber den vier dargelegten Grundbegriffen ambivalent und kann demnach jede dieser Formen annehmen. Aus der Sicht des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts dagegen ist das Darlehen ein typischer Konsumentenvertrag vor allem dann, wenn der Realtypus einer ratenweisen Rückzahlung der Darlehenssumme als unmittelbare Folge der wirtschaftlichen Schwäche des privaten Abnehmers vorliegt (Konsumkreditvertrag).

Dieser wichtige Konsumentenvertrag blieb im schweizerischen Recht *bisher ohne Regelung*, nachdem nahezu zwanzigjährige gesetzgeberische Bemühungen 1986 im Parlament⁷⁶ gescheitert sind. Ein Regelungsbedarf ist indessen nach wie vor und unbestreitbar gegeben⁷⁷. Die Gesetzgebung ist denn auch in der Zwischenzeit wieder in Gang gekommen. Auf Bundesebene ist die Motion AFFOLTER eingereicht worden⁷⁸ und auf kantonaler Ebene sind im bundesrechtlich zulässigen Spielraum entsprechende Gesetzesvorhaben hängig.

So hat beispielsweise der **Zürcher Souverän** unter anderem gestützt auf Art. 6 ZGB in Verbindung mit Art. 73 Abs. 2 OR ein kantonales "Konsumkreditgesetz" erlassen, das sich streng an den von der Verfassung in Art. 31sexies BV vorgegebenen Rahmen hält⁷⁹. Im Hinblick auf die notwendige Beschränkung der kantonalen öffentlich-rechtlichen Sonderregeln auf den Konsumentenschutz definiert der Zürcher Gesetzgeber das Konsumkreditgeschäft als "Rechtsgeschäfte **gewerbsmässiger Kreditgeber**, welche die Finanzierung von Waren und Dienstleistungen sowie die Gewährung von Geldkrediten umfassen, soweit sie für **private Zwecke des Konsumenten bestimmt** sind"⁸⁰. Diese mit Art. 31sexies Abs. 3 BV übereinstimmende Begriffsbestimmung verstösst nicht gegen Bundesrecht, auch wenn das Bundesprivatrecht⁸¹ eine andere Legaldefinition für den Realtypus des Konsumkreditvertrages erlässt – unter der Voraussetzung allerdings, dass die gesetzliche Grundlage von Art. 73 Abs. 2 OR in Kraft bleibt. Der darauf abgestützte **öffentlich-rechtliche Begriff des Konsumkredit**es im Sinne von Art. 31sexies BV in Verbindung mit Art. 73 Abs. 2 OR wurde in diesem Gesetz derart gewählt, dass alle Arten der Kreditierung darunter fallen, so auch die Kreditkarten für Waren- und Dienstleistungsbezüge der Konsumenten. Der Grund hierfür liegt darin, dass die kantonale Regelung sich neben der Bundesverfassung auf den **Allgemeinen Teil des Obligationenrechts** (Art. 73 Abs. 2 OR) stützt, der mit Bezug auf die Geldleistung der privaten Abnehmer für sämtliche besonderen Vertragstypen, einschliesslich die Innominatverträge (bspw. Kreditkartenvertrag) Geltung beansprucht. Die öffentlichrechtliche Sonderregelung gilt daher nicht bloss für den klassischen Konsumkreditvertrag, sondern für alle Arten von Verträgen, soweit damit eine Postnumerando-Leistung der privaten Abnehmer zinspflichtig verbunden ist.

2.4. Arztvertrag

Aus der Sicht des besonderen Vertragsrechts ist auch der Auftrag gemäss Art. 394ff. OR gegenüber den vier ermittelten Grundbegriffen ambivalent und kann daher jede dieser Formen annehmen. Aus der Sicht des allgemeinen Konsumentenvertragsrechts können hingegen je nach realer Erscheinungsform typische Konsumentenverträge vorliegen. Im Auftragsrecht ist sogar ein Realtypus vorzufinden, der ausschliesslich in der Form des Konsumentenvertrages vorkommen kann. Es ist das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient im Arztvertrag; der Arzt erbringt seine persönliche Leistung im Rahmen seiner beruflichen bzw. betrieblich-gewerblichen Tätigkeit, die für die persönlichen bzw. privaten Zwecke des Patienten bestimmt ist⁸².

2.5. Reisevertrag

Die Überlegungen zum Arztvertrag gelten grundsätzlich auch für den auftragsrechtlichen Innominatkontrakt des Reisevertrages. Der Reisevertrag ist in allen seinen Arten, vom Reiseveranstaltungsvertrag bis zum einfachen

76 Nicht beim Bundesgesetzgeber; unzutreffend in dieser Hinsicht H. GIGER, Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Gesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Konsumkreditwesens, Zürich 1989, 53 Mitte, 95 und 98. Der Bundesgesetzgeber besteht aus Parlament und Volk mit dem fakultativen Referendum, das Volk wurde dazu nie befragt.

77 Vgl. dazu treffend: B. STAUDER, Konsumentenkredit und Schuldbetreibung in der Schweizerischen Gesetzgebung, in: Verbraucherkredit und Verbraucherinsolvenz, Bremen 1986, 175–189; anderer Meinung: H. GIGER, Sinkende Attraktivität sozialer Denkstrukturen im Privatrecht, in: H. GIGER/W. LINDER, Sozialismus Ende einer Illusion, Zürich 1988, 387–423, insb. 418–420. Vgl. demgegenüber vorstehende FN 59–65 sowie A. BRUNNER (FN 3), 38, N 18–20.

78 Geschäft 89.501; vgl. AmtlBull SR 1990, 258–263.

79 A. BRUNNER, Unbegründete rechtliche Bedenken. Beitrag zu den umstrittenen Konsumkreditvorschriften, in: NZZ 4.12.1991; a. M.: L. SAXER, Mutwilliger Verstoss gegen die Bundesverfassung, ebenda, u. a. unter Hinweis auf H. GIGER, zit. in vorstehender FN 76. Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen die konsumentenschutzrechtlich begründete Herabsetzung des Höchstzinssatzes von 18% auf 15% ist anfang 1992 beim Bundesgericht eingereicht worden.

80 Vgl. § 212 Abs. 1 und § 213 Abs. 2 des kantonalen Einführungsgesetzes zum ZGB, Zürcher Amtsblatt 1991, 2064 f. und 1992, 107.

81 Bundesprivatrecht als Gewohnheitsrecht bei der Wucherzinsgrenze ist rechtlich nicht möglich, da zufolge Art. 73 Abs. 2 OR keine Lücke im Gesetz gegeben ist; A. MEIER-HAYOZ, Komm. zu Art. 1 ZGB, N 243–247; unzutreffend: H. GIGER, zit. in vorstehender FN 76, 84–86.

82 Vgl. den in vorstehender FN 51 zitierten Entscheid mit weiteren Hinweisen zum Arztvertrag.

Beförderungsvertrag⁸³ ein **typischer Konsumentenvertrag**⁸⁴, auch wenn aus der Sicht des besonderen Vertragsrechtes die drei Abgrenzungsbegriffe ebenfalls denkbar sind. Diese Erscheinungsformen sind indessen von untergeordneter Bedeutung.

C. Begriff des internationalen Konsumentenvertrages (Kollisionsrecht)

I. Art. 120 IPRG

Der Gesetzgeber hat im Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 die Konsumentenverträge in Bezug auf ihren internationalen Anwendungsbereich kollisionsrechtlich normiert. Art. 120 Abs. 1 IPRG sieht unter dem Randtitel "**Verträge mit Konsumenten**" vor, dass Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen, dem Recht des Staates unterstehen, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn (a) der Anbieter die Bestellung in diesem Staat entgegengenommen hat, oder wenn (b) in diesem Staat dem Vertragsabschluss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat, oder wenn schliesslich (c) der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben.

II. Qualifikation des Verweisungsbegriffs

1. Verfassungsrechtlicher Bezug

Aufgrund der Materialien zu Art. 120 IPRG geht hervor, dass der Gesetzgeber *ausdrücklich* den Bezug zur Verfassungsnorm betreffend die Verträge mit Konsumenten und das Konsumentenschutzverfahren in **Art. 31sexies Abs. 3 BV** hergestellt hat⁸⁵. Aufgrund dieser ausdrücklichen Bezugnahme wurde in der Folge auch die Terminologie der Kollisionsnorm, welche bis dahin den Ausdruck "Gegenpartei des Konsumenten" verwendete⁸⁶, der verfassungsrechtlichen Terminologie angepasst, indem dieser Ausdruck durch den Ausdruck "Anbieter" (vgl. Art. 31sexies Abs. 3 BV) ersetzt worden ist. Aufgrund dieses engen Sachzusammenhangs zwischen der Verfassungsnorm über die Verträge mit Konsumenten und das Konsumentenschutzverfahren und der Gesetzesnorm über die kollisionsrechtliche Ausgestaltung der Verträge mit Konsumenten lassen sich daher auch Anhaltspunkte für die Qualifikation der Konsumentenverträge im IPR gewinnen. Dabei fällt ins Gewicht, dass die Verfassungsnorm der Gesetzesnorm vorgeht⁸⁷, was für die Begriffsbestimmung des Konsumentenvertrages insbesondere in quanti-

tativer Hinsicht von Bedeutung ist. Entscheidend ist dabei zusätzlich die **kollisionsnormgerechte Auslegung** im internationalen Privatrecht⁸⁸. Im Hinblick darauf ist der Begriff des Konsumentenvertrages in quantitativer Hinsicht auch im Kollisionsrecht umfassend auszulegen⁸⁹, womit auch Dienstleistungen vom internationalen Konsumentenvertrag erfasst werden⁹⁰.

2. Rechtsvergleichende Hinweise

Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich auch aufgrund von rechtsvergleichenden Hinweisen im Sinne der kollisionsnormgerechten Auslegung. Hinzuweisen ist auf das Europarecht, vor allem auf Art. 5 (Verbraucherverträge) des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht und neuerdings auf Art. 13–15 (Zuständigkeit für Verbrauchersachen) des Lugano-Übereinkommens⁹¹. Der Begriff des internationalen Konsumentenvertrages umfasst im Rahmen dieser Abkommen **auch Dienstleistungen**.

-
- 83 Anderer Auffassung: STAEHELIN (FN 16), 45; STAEHELIN sieht im Reiseveranstaltungsvertrag allerdings ebenfalls einen Konsumentenvertrag, a.a.O., 44.
- 84 SJZ 86 (1990) Nr. 45, 214–218; B. STAUDER, Le contrat de voyage, ZSR 105 (1986) II, 445; B. STAUDER, Die AGB der Reiseveranstalter, in: AGB – Eine Zwischenbilanz, Stichworte Nr. 2 zum Privatrecht, St.Gallen/ Berlin 1991, 147, N 8.
- 85 Vgl. A. BRUNNER, Seilziehen um Konsumentenverträge – Das Internationale Privatrecht vor dem Ständerat, Tages-Anzeiger 3.4.1987; AmtlBull SR 1987, 188, 2. Spalte Mitte.
- 86 Vgl. dazu den vormaligen Art. 117 der Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 10. November 1982; SR 82.072, aber auch AmtlBull 1986, 1357, linke Spalte.
- 87 Verfassungskonforme Interpretation im Rahmen von Art. 113 Abs. 3 BV, BGE 114 Ia 331; vgl. R. ZÄCH, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 85 (1989), 1–12 und 25–27; P. SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 84 (1988), 373–384; E. BUCHER, "Drittwirkung der Grundrechte?", SJZ 83 (1987), 37, insb. 39, N 14.
- 88 M. KELLER/K. SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, 443–445; BRUNNER (FN 5), 12, N 51–53.
- 89 Vgl. vorstehende FN 19–20.
- 90 SJZ 86 (1990), 214–218; vgl. dazu A. K. SCHNYDER, Rechtsprechung sowie ein rechtsvergleichender Hinweis zum internationalen Privat- und Wirtschaftsrecht 1989/90, SZW 63 (1991), 93, N 26–28; in diesem Sinne wohl auch STAEHELIN (FN 16), 44.
- 91 I. SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen, in: SCHWANDER (Hrsg.), Das Lugano-Übereinkommen, St.Gallen 1990, 84–86.

D. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen versuchen aufzuzeigen, dass die Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Konsumentenvertragsrecht von theoretischer und praktischer Bedeutung ist. In theoretischer Hinsicht zeigt sich, dass die bisherige **Einteilung** der Arten von Verträgen⁹² nach Inhalt (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft) und Rechtsgebiet (ZGB und OR) ergänzt werden könnte **nach Mitwirkung der Marktteilnehmer**, d.h., nach der Beteiligung betrieblicher und privater Anbieter und Abnehmer⁹³.

Dieser – der Zwecktheorie folgenden – Einteilung kommt erhebliche praktische Bedeutung zu. Ihre Triagefunktion führt zu den in der Rechtswirklichkeit vorgefundenen und ermittelten Grundbegriffen, die als **Leitbilder** für die Begründung, Abgrenzung und Anwendbarkeit des Allgemeinen Privatrechts sowie des Sonderprivatrechts von Handels-, Konsumenten- und Arbeitsrecht dienen.

Notwendig sind diese Grundbegriffe für die Beantwortung der Rechtsfrage des anwendbaren **Verfahrensrechts** und dessen sachlichen Geltungsbereich⁹⁴. Sie geben aber auch ergänzende methodologische Hinweise im Hinblick auf die **Auslegung** der Verträge nach dem Ver-

trauensprinzip⁹⁵ und vermitteln durch mögliche **Typenbildung** ein besseres Verständnis des besonderen Vertragsrechts. Neben der Rechtsanwendung sind die vorgefundenen Grundbegriffe aber auch als klare Leitideen bei der **Gesetzgebung** hilfreich.

Das Konsumentenrecht steht mit Bezug auf diese Rechtsfragen im Gegensatz zum Allgemeinen Privatrecht, Handelsrecht und Arbeitsrecht noch am Anfang.

92 P. GAUCH/W. R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1991, RNr. 236–241.

93 Vorstehend FN 31–50.

94 Vgl. bspw. Erwägung Ziff. 1.–1.2. des in vorstehender FN 7 zitierten Entscheides.

95 Konsumentenvertrag: Heuristische Funktion des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips; Handelsgeschäfte: Bspw. Geltung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens mit eingeschränktem Anwendungsbereich auf das Handelsrecht, vgl. dazu P. GAUCH, Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, SZW 1991, 177–188, insb. 178 N 7.