

---

**A. Konsumverträge –  
Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung**

ALEXANDER BRUNNER

---

## Inhaltsübersicht

Erster Teil

Schwerpunktthema 2004

Konsumverträge

A. Konsumverträge – Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung

I. Einleitung – Konsumrecht und Vertragsrecht

1. Allgemeine Postulate des Konsumrechts

2. Wahrung der wirtschaftlichen Interessen

II. Allgemeines Konsumvertragsrecht

1. Begriff des Konsumvertrags

1.1 Positive Definition

1.2 Negative Definition

1.3 Objektive Definition

1.4 Zwecktheorie

2. Abschluss des Konsumvertrags

2.1 Antrag und Annahme - Konsens

2.2 Problem der vorvertraglichen Information

2.3 Deklaration von Waren und Dienstleistungen

2.4 Preisdeklaration

3. Vertragsinhalt und missbräuchliche Klauseln

3.1 Auslegung und Vertragsinhalt

3.2 Vertrauensprinzip und Ungleichgewichtsprinzip

3.3 Massenverträge und AGB

4. Gültigkeit des Konsumvertrags

4.1 Privatrechtliche Eingriffsnormen

4.2 Öffentlichrechtliche Eingriffsnormen

4.3 Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit

5. Erfüllung des Konsumvertrags

III. Besonderes Konsumvertragsrecht

1. Übersicht zur Typologie

2. Typologie des Konsumvertragsrechts

2.1 Ambivalente Vertragstypen

2.2 Typische Konsumverträge

2.3 Atypische Konsumverträge

IV. Weitere Rechtsfolgen des Konsumvertrags

1. Konsumentenverfahren
    - 1.1 Klagergerichtstand für Konsumenten
    - 1.2 Besonderes Konsumentenverfahren
    - 1.3 Verbandsklagen von Konsumentenorganisationen
  2. Internationaler Konsumvertrag
- V. Zusammenfassung und Ausblick

# I. Einleitung – Konsumrecht und Vertragsrecht

## 1. Allgemeine Postulate des Konsumrechts

Das Konsumentenrecht bzw. *Konsumrecht* kann heute als allgemein anerkannter Bereich der schweizerischen Rechtsordnung betrachtet werden. Vor allem nach der Aufnahme der entsprechenden Wirtschaftsverfassungsnorm<sup>1</sup> Art. 31sexies BV im Jahre 1981, die im Rahmen der Verfassungsrevision von 1998 in den neuen Art. 97 BV überführt wurde, ist dieses Rechtsgebiet auch positivrechtlich verankert. Das Konsumrecht<sup>2</sup> regelt das Verhältnis zwischen Unternehmen und Privathaushalten. In seinem Blickfeld liegen insbesondere die wirtschaftlichen Funktionen der Unternehmen als (betriebliche) Anbieter von Waren und Dienstleistungen einerseits und jene der Privathaushalte als (private) Abnehmer dieser Leistungen andererseits. Als solche Nachfrager am Markt kommen aus ökonomischer Sicht zur Hauptsache nur die natürlichen Personen der Privathaushalte in Frage. Diese werden mit dem *Terminus* „Konsumenten“ bezeichnet, dem der *Rechtsbegriff* der „privaten Abnehmer von Waren und Dienstleistungen“ entspricht.

Die Produktion und der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen durch die Unternehmen einerseits (Angebot) und der Konsum von Waren und Dienstleistungen durch die Privathaushalte andererseits (Nachfrage) sowie das wirtschaftliche Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage sind vorgegebene, natürliche Abläufe einer jeden Wirtschaft und können sowohl in historischer als auch in geographischer Hinsicht *faktisch* als konstant betrachtet werden. Davon zu unterscheiden ist die rechtliche Perspektive, d.h. die Frage, ob und in welcher Art und Weise und mit welcher Begründung der jeweilige Gesetzgeber in das vorgefundene wirtschaftliche Verhältnis zwischen Unternehmen und Privathaushalten *normativ* eingreifen soll. Das Wirtschaftsverfassungsrecht der Schweiz hat diese Rechtsfrage dem Grundsatz nach entschieden mit der Begründung und Feststellung, dass wegen des *Informations- und Machtgefälles zwischen Unternehmen und Privathaushalten zumindest*

---

<sup>1</sup> BARBARA BÜHLMANN-ESCHMANN, Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, Zürich 1991; XAVIER FAVRE-BULLE, L'article 31<sup>sexies</sup> de la Constitution fédérale. Bilan de plus de onze ans de protection des consommateurs, AJP/PJA 1993, 265-277.

<sup>2</sup> ALEXANDER BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, in Brunner/ Rehbinder/ Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1995, Bern 1995, 33-57; die neuere Terminologie verwendet den Ausdruck ‚Konsumrecht‘ entsprechend dem französischen ‚droit de la consommation‘.

*typischerweise ein strukturelles Ungleichgewicht*<sup>3</sup> besteht. Dementsprechend begründet Art. 97 BV eine so genannte Querschnittnorm<sup>4</sup>, womit der Gesetzgeber verpflichtet wird, Eingriffsnormen des öffentlichen Rechts, des Privatrechts und des Verfahrensrechts zum Schutz der Konsumenten zu erlassen. Die Konkretisierung dieses verfassungsrechtlichen Grundsatzes ist indessen offen und dem einfachen Gesetzgeber anheim gestellt, dem die Kompetenz zukommt, die vielfältigen Beziehungen zwischen Konsumenten und Anbietern gesetzlich zu regeln; dabei kann der Gesetzgeber einen Normierungsbedarf bejahen oder verneinen und darüber hinaus auch einfach ignorieren. Wegen der Möglichkeit von Legaldefinitionen ist auch das Gegenteil denkbar; so kann der Gesetzgeber konsumrechtliche Schutznormen auf Tatbestände ausdehnen<sup>5</sup>, die weder im faktischen noch im normativen Konsumentenbegriff enthalten sind. Es stellt sich insbesondere die Frage<sup>6</sup>, ob so genannte small business men bzw. kleine und mittlere Unternehmen (KMU) unter den Schutz des Konsumrechts fallen sollen, obwohl diesbezüglich eine eindeutige Norm des Wirtschaftsverfassungsrechts fehlt.

Das Konsumrecht kann sodann in zweifacher Hinsicht in das bestehende System der Rechtsgebiete eingeordnet werden. Das Konsumrecht ist einerseits *Teil des Wirtschaftsrechts*, da es an das Verhalten der *Unternehmen* bzw. der betrieblichen Anbieter am Markt anknüpft und dieses durch Eingriffsnormen regelt (Produktion und Vertrieb). Andererseits ist das Konsumrecht *Teil des sozialen Privatrechts*, da es an das Verhalten der natürlichen Personen von *Privathaushalten* anknüpft, soweit diese als private Abnehmer bzw. Nachfrager am Markt auftreten (Konsum). Der Gesetzgeber bezweckt damit eine ökonomische Absicherung von Privatpersonen, soweit deren Grundbedürfnisse, wie die Notwendigkeit des Konsums (Konsumrecht), des Wohnens (Mietrecht) und des Arbeitens (Arbeitsrecht) in Frage stehen.

Das Konsumrecht wird schliesslich in Bereiche aufgeteilt, die sich in aufsteigender Reihenfolge an den körperlichen und geistigen Bedürfnissen des Menschen orientieren. Es handelt sich um die folgenden fünf Postulate des Konsumrechts: *erstens*: Garantie der *Sicherheit und Gesundheit* des Menschen; *zweitens*: Gewährleistung ausreichender *Information* der Personen und damit der Autonomie als Marktteilnehmer (Konsumentensouveränität); *drittens*: Wahrung der *wirtschaftlichen*

---

<sup>3</sup> RENÉ RHINOW, Kommentar zu Art. 31sexies BV N 19-20 und 22-24, Basel/ Zürich/ Bern 1988.

<sup>4</sup> RENÉ RHINOW, Kommentar zu Art. 31sexies BV N 30, Basel/ Zürich/ Bern 1988.

<sup>5</sup> Vgl. dazu nachfolgend: Gesetzgebung im Pauschalreiserecht.

<sup>6</sup> MANFRED REHBINDER, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, JKR 1995, 59 ff.

*Interessen* der Konsumenten im Verhältnis zu den Anbietern; *viertens*: Wahrung der *rechtlichen Interessen* im Fall der Streitbeilegung im Verfahren von Aktiv- und Passivprozessen; und schliesslich *fünftens*: Garantie der *politischen Interessen* der Gesamtheit der Konsumenten durch Partizipation und Repräsentation in Gesetzgebung und Staat.

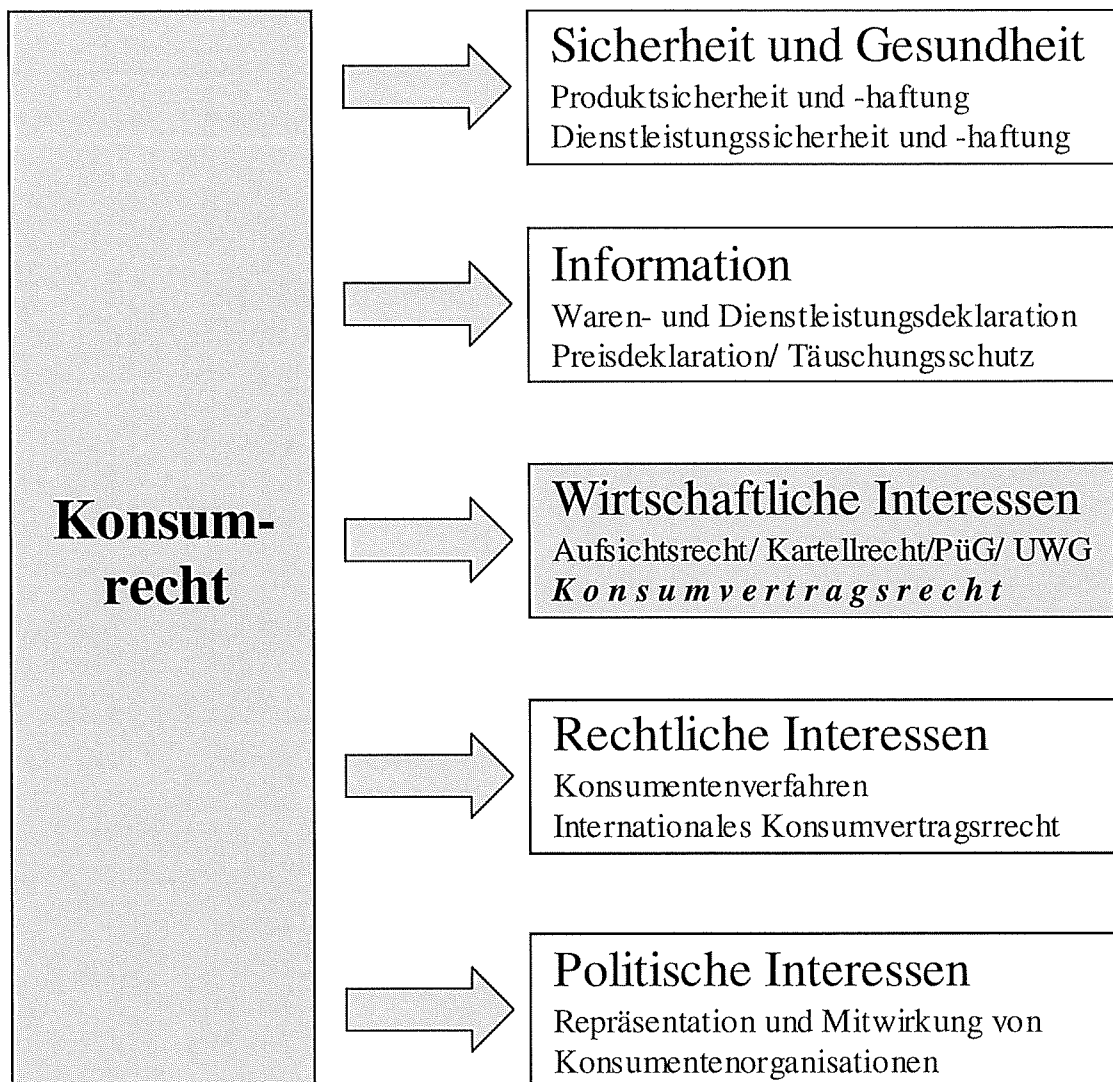
## 2. Wahrung der wirtschaftlichen Interessen

Das vorliegend interessierende Thema des Konsumvertragsrechts betrifft zur Hauptsache das dritte Postulat des Konsumrechts: Die Wahrung der *wirtschaftlichen Interessen* der Konsumenten im Verhältnis zu den Anbietern. In Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre<sup>7</sup> wurde dabei ein *Sonderprivatrecht* entwickelt, das teilweise in Übereinstimmung, teilweise in Abweichung vom *Allgemeinen Privatrecht*, insbesondere des klassischen Obligationenrechts (OR) ausgestaltet ist. Der Gesetzgeber hat bisher zwei Wege gewählt: einerseits die Integration des Sonderprivatrechts in die Kodifikation des OR, andererseits den Erlass von Spezialgesetzen ausserhalb und in Ergänzung des kodifizierten Vertragsrechts. Die Einordnung des Konsumvertragsrechts kann wie folgt veranschaulicht werden.

---

<sup>7</sup> THOMAS KOLLER, Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation, in Malý Karel V., Caroni Pio (Hrsg.), Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung, Prag 1998, 49-89; ERNST A. KRAMER, Zur Konzeption des Konsumentenschutzes. Ein Bericht über die Lage in Österreich und der Schweiz vor dem Hintergrund der aktuellen deutschen Diskussion, KritV 1986, 270-290; ADRIAN STAEHELIN, Zwingende Normen zum Schutz der schwächeren Partei als Regulation zwischen Freiheit und Zwang, in Giger Hans/ Schlupe Walter R. (Hrsg.), Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983, 97-108; ADRIAN STAEHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 1-22; PIERRE TERCIER, La protection de la partie faible en droit suisse, in Ghestin Jacques/ Fontaine Marcel, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris 1996, 603-614.

Diagramm 1: Übersicht Konsumrecht



## II. Allgemeines Konsumvertragsrecht

### 1. Begriff des Konsumvertrags

#### 1.1 Positive Definition

Der Konsumvertrag<sup>8</sup> kann auf verschiedene Arten definiert werden und der Schweizer Gesetzgeber hat von dieser Freiheit zur Legaldefinition auch unterschiedlich Gebrauch gemacht. Die positive Definition kommt dem vorstehend dargelegten faktischen Verhältnis zwischen Privathaushalt und Unternehmen am nächsten. Sie stimmt auch am ehesten mit der Norm des Wirtschaftsverfassungsrechts in Art. 97 BV überein, wonach die Rechte der Konsumenten als natürliche Personen als solche zu wahren sind. Diesen Weg hat der Gesetzgeber in Art. 22 Abs. 2 GestG eingeschlagen<sup>9</sup>. Die Norm lautet wie folgt:

*„Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauches, die für die **persönlichen oder familiären Bedürfnisse** des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei **im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit** angeboten werden.“*

Die positive Definition des Konsumvertrags lässt sich wie folgt veranschaulichen:

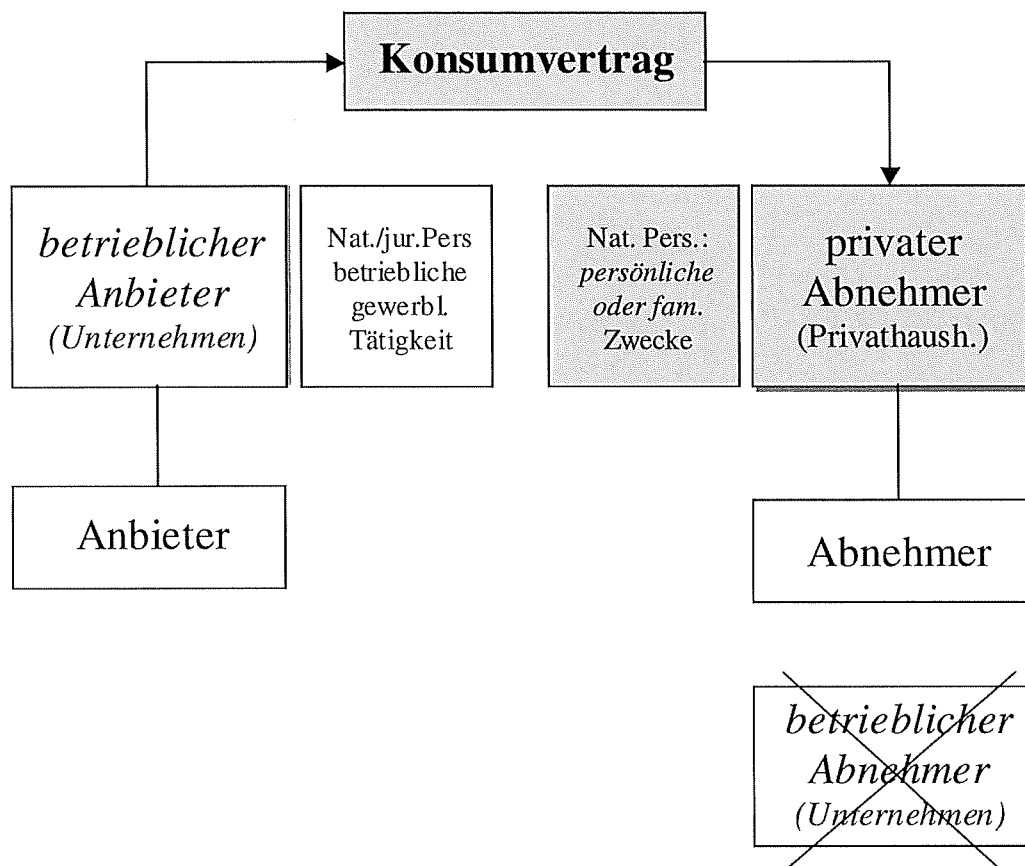
---

<sup>8</sup> ALEXANDER BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP/PJA 1992, 591-605; MARLIS KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995; MIKAEL SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Chur/ Zürich 1995; MANFRED REHBINDER, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, in Brunner/ Rehbinder/ Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1995, Bern 1995, 61-74; JÖRG SCHMID, Konsumentenvertrag, in Gauch Peter et al. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8.A., Zürich 2003, 45; FRANK VISCHER/ DAVID OSER, Der Konsumentenvertrag, in Vischer Frank/ Huber Lucius/ Oser David (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 2.A., Bern 2000, 329-355.

<sup>9</sup> SR 272.



Diagramm 2: Positive Definition



## 1.2 Negative Definition

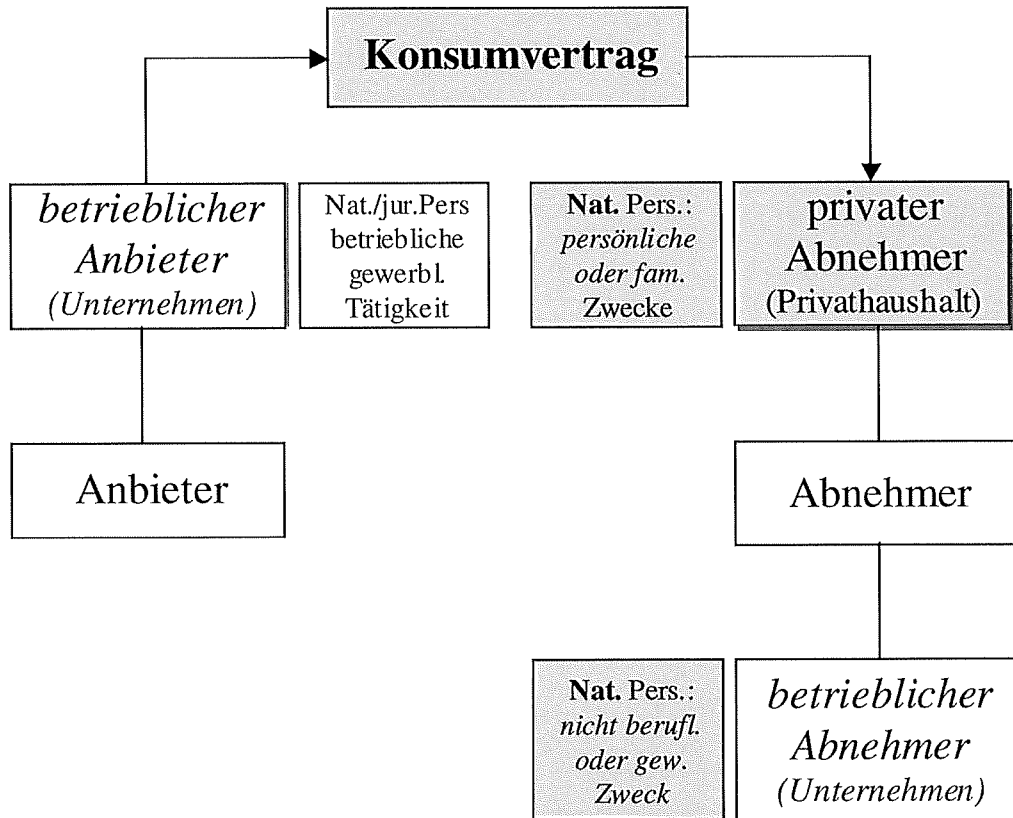
Die negative Definition geht weiter als die positive Definition des Konsumvertrages. Der Grund hierfür liegt darin, dass darunter nicht nur der Konsum durch natürliche Personen der Privathaushalte fällt, sondern auch der Konsum durch natürliche Personen in (Klein-) Unternehmen, soweit die nachgefragten Waren und Dienstleistungen ausserhalb ihres Unternehmenszwecks liegen. Obwohl diese Art der Definition des Konsumvertrags nicht mehr ganz mit den vorstehend dargelegten faktischen Verhältnissen zwischen Unternehmen und Privathaushalten übereinstimmt, ist sie vor allem im Europarecht und auch im schweizerischen Recht häufig anzutreffen.

Diesen Weg hat der Gesetzgeber beispielsweise in Art. 3 KKG eingeschlagen<sup>10</sup>. Die Norm lautet wie folgt:

„Als Konsumentin oder Konsument gilt jede **natürliche Person**, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der **nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann**.“

Die negative Definition des Konsumvertrags lässt sich wie folgt veranschaulichen:

Diagramm 3: Negative Definition

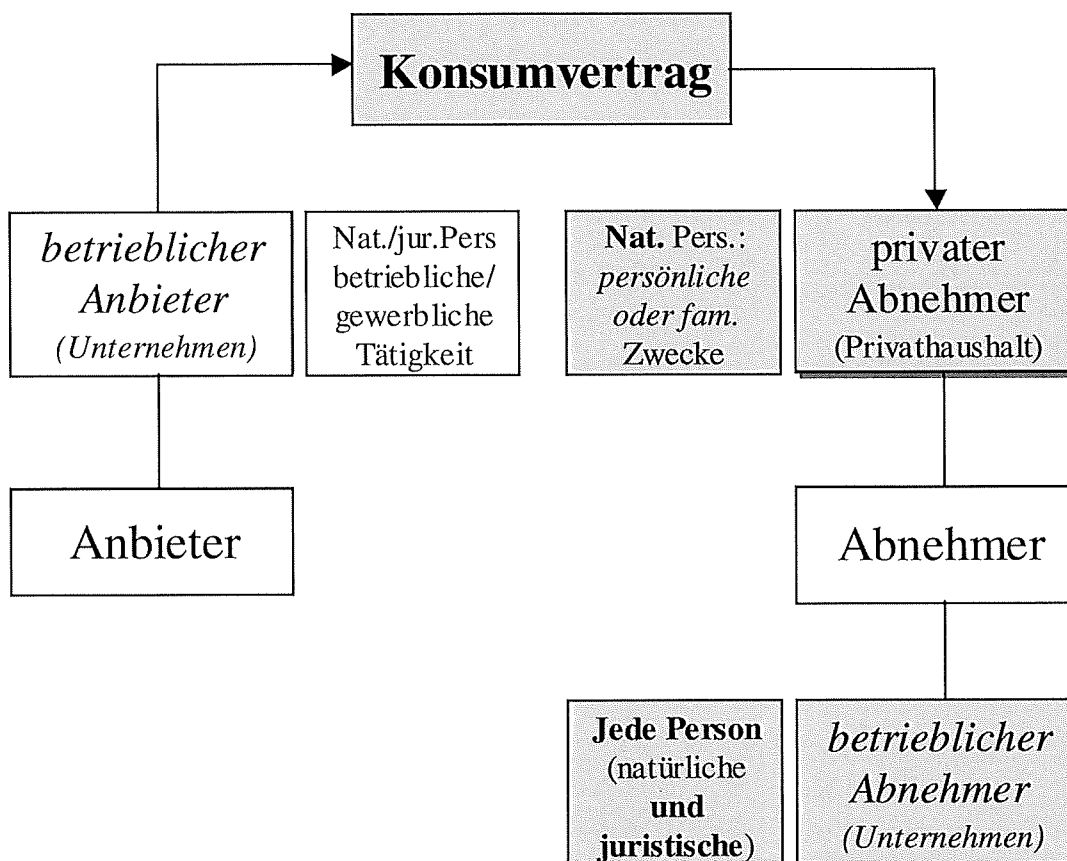


<sup>10</sup> SR 221.214.1.

### 1.3 Objektive Definition

Eine nochmalige Ausweitung erfährt der Anwendungsbereich des Konsumvertrags bei der *objektiven Definition*. Bei dieser Art der Definition verlässt der Gesetzgeber das vorstehend dargelegte faktische Verhältnis zwischen Unternehmen und Privathaushalt und damit grundsätzlich den Schutzzumfang des Wirtschaftsverfassungsrechts (Art. 97 BV). Anknüpfungspunkt ist hier nicht mehr die Zweckgebundenheit der Nachfrage für die persönlichen Bedürfnisse natürlicher Personen von Privathaushalten (positive Definition) oder die Nachfrage natürlicher Personen für nichtbetriebliche Zwecke (negative Definition), sondern der *Vertragsgegenstand* als solcher.

Diagramm 4: Objektive Definition



Diesen Weg hat der Gesetzgeber bspw. in Art. 2 Abs. 3 des Pauschalreisegesetzes (PRG) eingeschlagen<sup>11</sup>. Die Norm lautet wie folgt:

<sup>11</sup> SR 944.3.

„Als Konsument oder Konsumentin (Konsument) gilt jede Person: (a) welche eine **Pauschalreise** bucht oder zu buchen sich verpflichtet; (b) in deren Namen oder zu deren Gunsten eine **Pauschalreise** gebucht oder eine **Buchungsverpflichtung** eingegangen wird; (c) welcher die **Pauschalreise** nach Art. 17 abgetreten wird.“

Bei der objektiven Definition des Konsumvertrags entscheidet sich der Gesetzgeber für eine umfassende Ausdehnung des Sozialschutzes. Da an den *Vertragsgegenstand* und nicht an die Zweckbestimmung der nachgefragten Waren und Dienstleistungen angeknüpft wird, fallen unter diese Definition neben den natürlichen Personen auch juristische Personen („jede Person“) in ihrer wirtschaftlichen Funktion als betriebliche Abnehmer (Unternehmen). Das Sonderprivatrecht lässt sich hier vom Allgemeinen Privatrecht nicht mehr unterscheiden, denn alle Wirtschafts- und Rechtssubjekte fallen in den letzteren Bereich. Unter diesen Umständen erscheint die Frage legitim, ob eine solche Ausdehnung der Legaldefinition über den Konsumvertrag noch mit der Norm des Wirtschaftsverfassungsrechts (Art. 97 BV) begründet werden kann. Der Gesetzgeber kann diesem Dilemma nur entgehen, wenn nicht an den Vertragsgegenstand als solchen, sondern an die Zweckgebundenheit der nachgefragten Waren und Dienstleistungen angeknüpft wird.

#### 1.4 Zwecktheorie

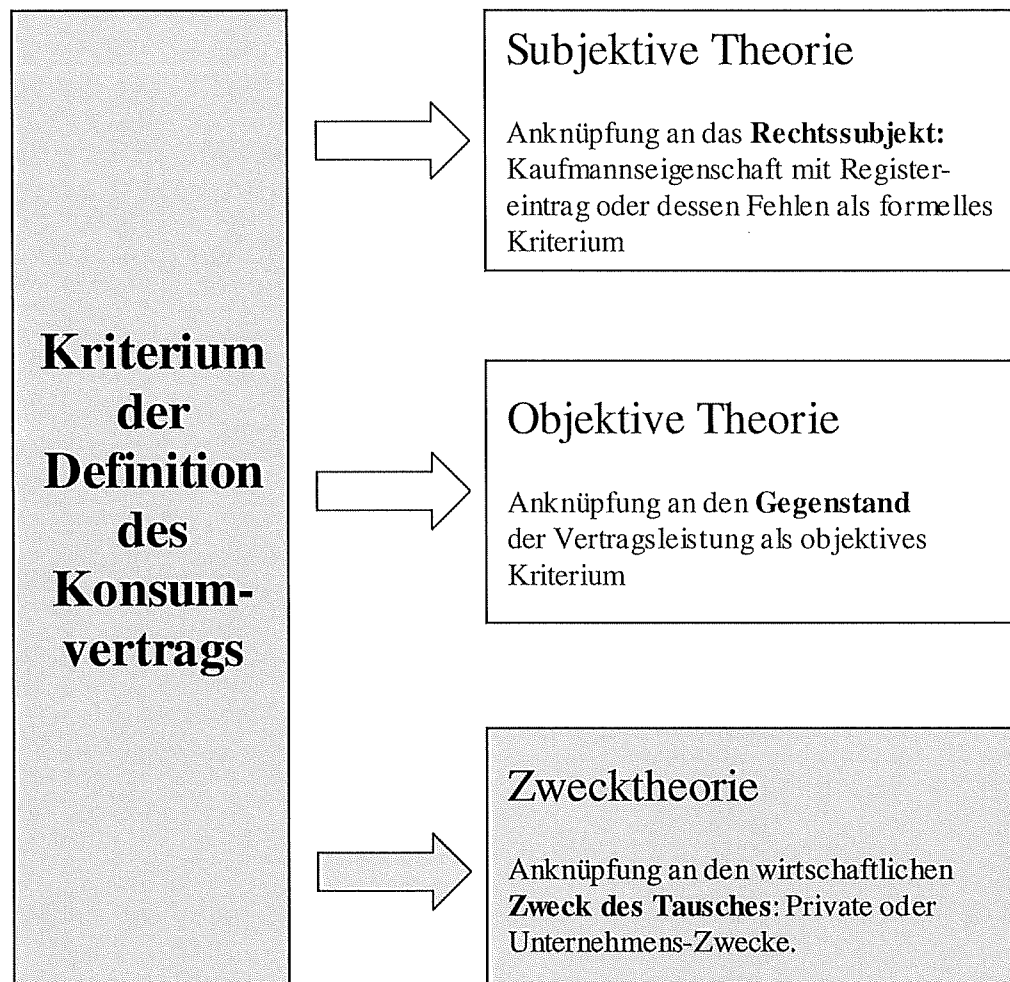
Die historische Entwicklung des Konsumrechts führt von der subjektiven Theorie über die objektive Theorie zur Zwecktheorie. Das alte Abzahlungsrecht von 1962<sup>12</sup> als Vorläufer des neuen Konsumkreditrechts bestimmte den Geltungsbereich des Sonderprivatrechts in Art. 226m Abs. 4 aOR einerseits über die Kaufmannseigenschaft gemäss Eintrag im *Handelsregister*, andererseits über die *Beschaffenheit des Kaufgegenstandes*, dessen naturgemässer Gebrauch eher privaten oder betrieblichen Zwecken dienen konnte. Beide Kriterien der Definition des Konsumvertrags erschienen als mangelhaft und wurden in der neueren Gesetzgebung aufgegeben. Die subjektive Theorie mit ihrer Anknüpfung an die formale Kaufmannseigenschaft führt im Ergebnis zu einem unerwünschten „*Standesrecht*“. Die objektive Theorie mit ihrer Anknüpfung an den Gegenstand des Vertrags ist *ambivalent* und erscheint ohne umfassende Kasuistik unbrauchbar. Beide Mängel werden von der Zwecktheorie vermieden. Sie knüpft an das faktische Verhältnis des Tausches zwischen Unternehmen und Privathaushalt direkt an

---

<sup>12</sup> AS 1962 II 1047; Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, Art. 226a ff. OR.

und bestimmt die *Zweckgebundenheit von Angebot und Nachfrage* zum eindeutigen Unterscheidungskriterium.

Diagramm 5: Zwecktheorie



Nach der hier vertretenen Auffassung entspricht die Zwecktheorie damit auch dem Inhalt der Wirtschaftsverfassungsnorm in Art. 97 BV. In diesem Sinne bewegt sich naturgemäss nur die positive Definition des Konsumvertrags im Rahmen der verfassungsrechtlich<sup>13</sup> begründeten Zwecktheorie. Allerdings lässt sich auch die negative Definition legitimieren, da einerseits nur natürliche Personen unter ihren Schutzbereich fallen und der nichtbetriebliche Zweck der Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen jeden Unternehmenszweck ausschliesst.

<sup>13</sup> RENÉ RHINOW, Kommentar zu Art. 31sexies BV N 2 und N 22, Basel/ Zürich/ Bern 1988.

## 2. Abschluss des Konsumvertrags

### 2.1 Antrag und Annahme - Konsens

Mit Bezug auf den Abschluss des Konsumvertrags gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (Art. 1 ff. OR). Allerdings hat sich auch hier hinsichtlich besonderer Abschlussmodalitäten ein Sonderprivatrecht heraus gebildet. Zu erinnern ist an die besonderen Problemlagen bei den Distanzgeschäften des elektronischen Geschäftsverkehrs<sup>14</sup> und an gewisse Formen des psychologischen Zwangs zum Vertragsabschluss bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR)<sup>15</sup> und bei der Zusendung unbestellter Waren (Art. 6a OR).

### 2.2 Vorvertragliche Information

Das klassische Vertragsrecht geht sodann von der Privatautonomie beider Partner beim Vertragsschluss aus. Die Vertragsfreiheit soll im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu einem gerechten Ausgleich der Interessen beider gleich gestellten Seiten führen. Dieses Idealbild trifft indessen beim Abschluss von Konsumverträgen typischerweise nicht zu. Vielmehr ist von einem Informations<sup>16</sup>- und Machtgefälle<sup>17</sup> zwischen Anbietern und Konsumenten auszugehen. Insbesondere das Informationsgefälle ist eine Folge des höheren Organisationsgrades, des grösseren Fachwissens und der typischerweise erfolgten Spezialisierung von Unternehmen im Rahmen der Produktion und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen.

---

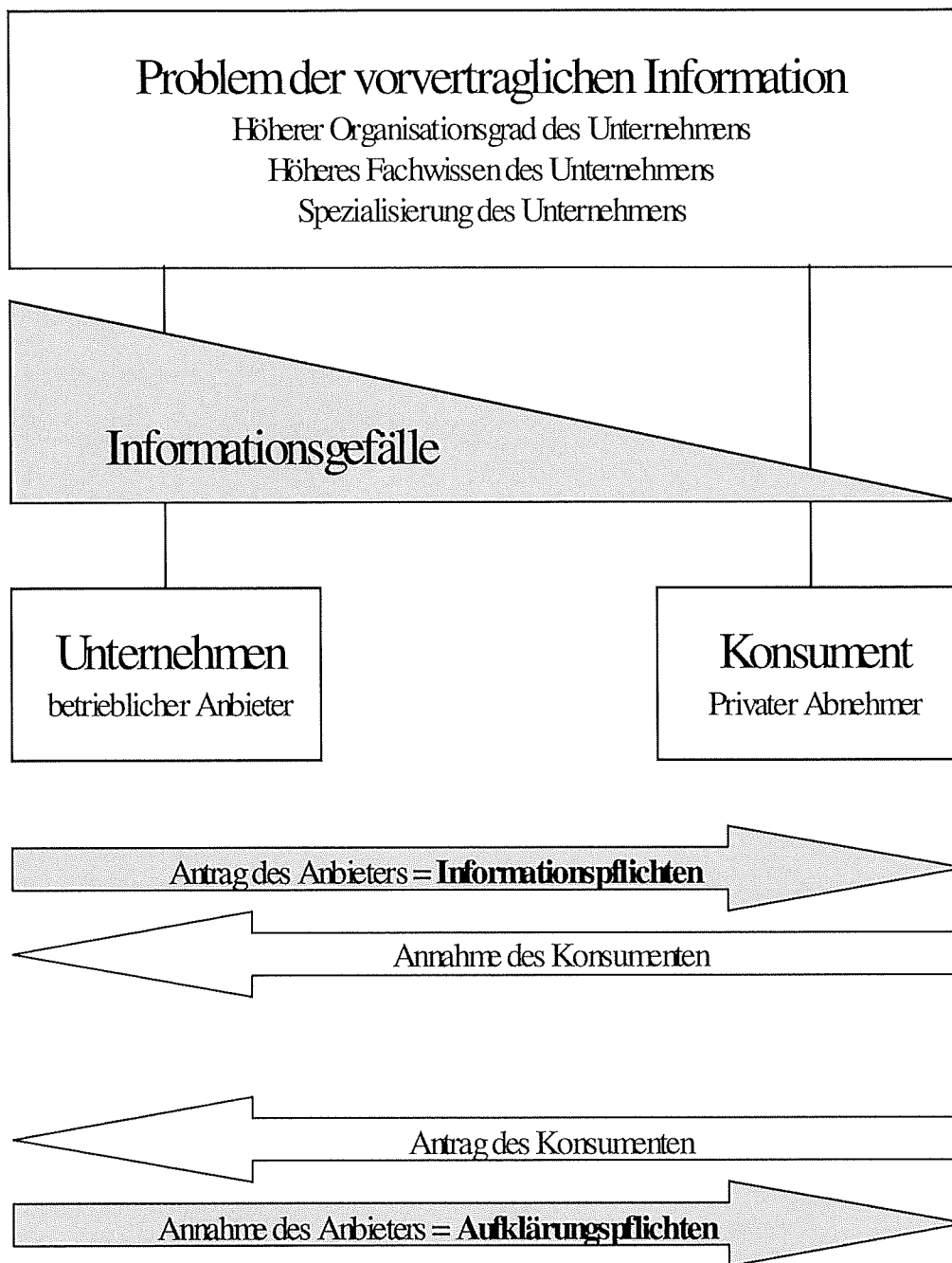
<sup>14</sup> Vgl. Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Dezember 1999 über den elektronischen Handel, in: JKR 2000, 391 ff., die eine Übernahme des entsprechenden Europarechts in das schweizerische Recht vorschlägt. Vgl. auch: OLIVER FREI, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001; DIRK LANGER, Verträge mit Privatkunden im Internet, Zürich 2003.

<sup>15</sup> BERND STAUDER, Kommentar zu Art. 40a-40f OR, in Thévenoz/ Werro (éd.), *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève 2003, 233-259.

<sup>16</sup> RENÉ RHINOW, Kommentar zu Art. 31sexies BV N 20, Basel/ Zürich/ Bern 1988.

<sup>17</sup> RENÉ RHINOW, Kommentar zu Art. 31sexies BV N 19, Basel/ Zürich/ Bern 1988.

Diagramm 6: Vorvertragliche Information



Der notwendige Ausgleich erfolgt im Konsumrecht auf zweifache Weise: Einerseits individuell-konkret mittels Informations- und Aufklärungspflichten<sup>18</sup> durch den Anbieter gegenüber dem Konsumenten vor

<sup>18</sup> HOLGER FLEISCHER, Informationspflichten im schweizerischen Vertragsrecht, in Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklä-

Vertragsabschluss, andererseits generell-abstrakt mittels Pflicht zur objektiven Konsumenteninformation<sup>19</sup> durch die Anbieter am Markt.

Mit Bezug auf den konkreten Abschluss von Konsumverträgen lassen sich sodann gestützt auf die Grundnorm von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zwei Untertatbestände bilden. Geht der Antrag zum Abschluss des Konsumvertrags vom Anbieter aus, so hat dieser alle notwendigen *Informationen* zu enthalten, von denen angenommen werden kann, der annehmende Konsument werde typischerweise nicht über sie verfügen. Geht der Antrag zum Abschluss des Konsumvertrags vom Konsumenten aus, so hat der annehmende Anbieter dann gewisse *Aufklärungspflichten* zu beachten, wenn der Mangel an Fachwissen offenkundig ist. Die im allgemeinen Vertragsrecht entwickelten Grundsätze einer Haftung aus *culpa in contrahendo* finden in diesem Sinne im Konsumvertragsrecht eine verstärkte Anwendung.

### 2.3 Deklaration von Waren und Dienstleistungen

Der Ausgleich des Informationsgefälles erfolgt nicht nur beim konkreten Vertragsabschluss, sondern auch durch die Verpflichtung aller Anbieter zur objektiven Konsumenteninformation am Markt. Nach geltendem Recht sind insbesondere das Konsumentenschutzgesetz (KIG)<sup>20</sup> und die Deklarations-Verordnung<sup>21</sup> zu beachten.

Die generellen vorvertraglichen Informationen über Waren und Dienstleistungen der Anbieter sollen nach Art. 2 KIG einen Marktvergleich auf Seiten der Konsumenten ermöglichen. Die Deklarationen haben daher in *vergleichbarer Form* zu erfolgen. Sodann sollen nach Art. 6-7 KIG vergleichende Tests<sup>22</sup> über die Produkte am Markt die Markttransparenz fördern. Die notwendigen Informationen werden nach der geltenden Konzeption des KIG durch so genannte Deklarations-Vereinbarungen sicher gestellt, die zwischen den Organisationen

---

rungspflichten, München 2001, 629-683; STEPHAN HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung. Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg 2001; SALOME WOLF, Entstehungsgründe und Rechtsfolgen vorvertraglicher Informationspflichten. Zugleich ein Anstoss zur Diskussion der möglichen Rechtsfolgen bei culpa in contrahendo, in Cottier Michelle/ Rüetschi David/ Sahlfeld Konrad W. (Hrsg.), Information & Recht, Basel-Genf-München 2002, 353-377.

<sup>19</sup> Vgl. nachfolgend Ziff. 2.3 und Ziff. 2.4.

<sup>20</sup> Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten vom 5. Oktober 1990 (KIG), SR 944.0.

<sup>21</sup> Verordnung über das Abmessen und die Mengendeklaration von Waren in Handel und Verkehr (Deklarationsverordnung) vom 8. Juni 1998; SR 941.281.

<sup>22</sup> ANDREAS GERSBACH, Der Produkttest im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2003.



der Anbieter und der Konsumenten abgeschlossen werden (Art. 3 KIG)<sup>23</sup>.

Die Deklarations-Verordnung ergänzt diese gesetzliche Regelung bezüglich des Angebots von Waren. Zwecks Vergleichbarkeit der Warenangebote werden Angaben betreffend Mengen, Stückzahl, Fertigpackungen sowie Lesbarkeit von Aufschriften verlangt (Art. 2, 4, 11 und 14 Deklarations-Verordnung). Ein besonderes Problem besteht bei der Deklaration von Dienstleistungen, für die keine einschlägigen allgemeinen Regeln erlassen wurden, obwohl Dienstleistungen in der heutigen Wirtschaft einen Grossteil der Angebote ausmachen. Bemühungen um eine bessere allgemeine Deklaration der Dienstleistungen sind bisher gescheitert. Lediglich in Spezialbereichen wurden punktuell Informationspflichten statuiert, insbesondere beim Konsumkredit<sup>24</sup> (Art. 9 ff. KKG in Verbindung mit Art. 3 lit. k-n UWG), bei der Pauschalreise<sup>25</sup> (Art. 4 ff. PRG) und neuerdings beim Versicherungsvertrag<sup>26</sup> (Art. 3 und Art. 3a VVG).

## 2.4 Preisdeklaration

Bei allen zweiseitigen Verträgen gehört die Bestimmung des Preises zu den *essentialia des Vertrags*. In der vorvertraglichen Phase von Angebot und Nachfrage am Markt bildet der Preis zudem ein wesentliches Kriterium für den Abschluss von Verträgen zwischen Anbietern und Konsumenten. Eine unklare oder gar irreführende Preisgestaltung kann dabei den Entscheid der Konsumenten zum Vertragsabschluss beeinträchtigen. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber gestützt auf das UWG<sup>27</sup> und das Bundesgesetz über das Messwesen<sup>28</sup> die Preisbekanntgabeverordnung (PBV)<sup>29</sup> erlassen. Nach Art. 1 PBV soll die klare und vergleichbare Bekanntgabe der Preise die Irreführung der Konsumenten

---

<sup>23</sup> Kritisch ist mit Bezug auf Art. 3 KIG anzumerken, dass seit Inkrafttreten des Gesetzes nur gerade zwei Deklarations-Vereinbarungen abgeschlossen worden sind. Dieser Mangel in der praktischen Anwendung sollte durch eine KIG-Revision behoben werden.

<sup>24</sup> Bundesgesetz über den Konsumkreditvertrag (KKG) vom 23. März 2001; 221.214.1.

<sup>25</sup> Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, SR 944.3.

<sup>26</sup> Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Änderung vom 17. Dezember 2004, AS 2005, 5245.

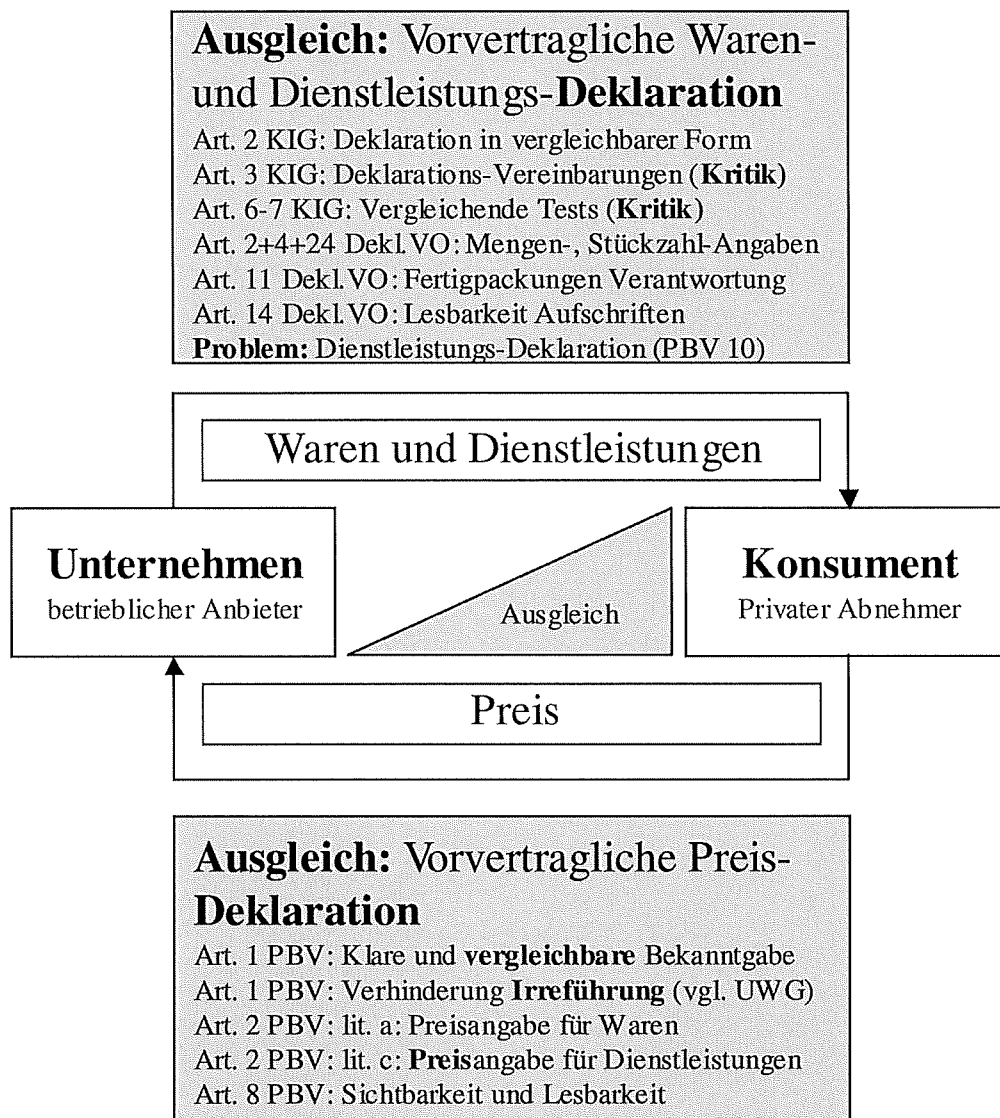
<sup>27</sup> Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241.

<sup>28</sup> Bundesgesetz vom 9. Juni 1977 über das Messwesen, SR 941.20.

<sup>29</sup> Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen, SR 942.211. Vgl. dazu GUIDO SUTTER, Die Preisbekanntgabepflicht als Instrument der Konsumenteninformation, in Brunner/Rehbinder/Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1997, Schwerpunkt - Konsumkredit in Europa und der Schweiz, Bern 1999, 197 ff.

verhindern, was überdies nach Art. 8 PBV durch die Pflicht zur Sichtbarmachung und Lesbarkeit erreicht werden soll. Die Pflicht zur Preisbekanntgabe gilt für Waren und Dienstleistungen (Art. 2 lit. a und lit. c PBV), für letztere allerdings nur dann, wenn sie im Katalog des Art. 10 PBV erwähnt sind. Mit der Preisbekanntgabepflicht schafft der Gesetzgeber einen Ausgleich zum bereits festgestellten Informationsgefälle zwischen Anbietern und Konsumenten. Die Konsensfindung im Sinne von Art. 1 ff. OR wird damit erleichtert. Dies kann wie folgt veranschaulicht werden:

Diagramm 7: Deklaration



### 3. Vertragsinhalt und missbräuchliche Klauseln

#### 3.1 Auslegung und Vertragsinhalt

Der Inhalt wird auch beim Konsumvertrag innerhalb der gesetzlichen Schranken (Art. 19-20 OR) durch den Willen der Parteien bestimmt. Dieser wird aufgrund der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument gestützt auf das Vertrauensprinzip (Art. 1 und Art. 18 OR i.V.m. Art. 2 ZGB) ermittelt. Es besteht hier grundsätzlich kein Unterschied zwischen dem Konsumvertragsrecht und dem allgemeinen Vertragsrecht.

#### 3.2 Vertrauensprinzip und Ungleichgewichtsprinzip

Bei der Auslegung der Willenserklärung des Konsumenten ist allerdings stets zu fragen, ob der Anbieter den erforderlichen Informations- und Aufklärungspflichten beim formalen Vertragsabschluss nachgekommen ist. Das Unterlassen dieser Pflichten kann zu einer mangelhaften Willensbildung beim Konsumenten führen. Dies lässt sich unschwer wie folgt erklären. Die Interpretation von Kundgabemitteln wie Wort und Schrift ist nur in ihrem *Kontext*, d.h. unter Berücksichtigung aller massgeblichen Umstände möglich. Zu diesen Umständen gehören beim Konsumvertrag das festgestellte Fehlen von Fachwissen auf Seiten des Konsumenten (Informationsgefälle). Die Interpretation der von beiden Parteien kundgegebenen Willensäusserungen in Anwendung des Vertrauensprinzips kann dieses strukturelle Ungleichgewicht bezüglich des Wissenstandes von Anbieter und Konsument nicht ausser Acht lassen. Dies führt nach der hier vertretenen Meinung zur Berücksichtigung des konsumrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips<sup>30</sup> bei der Auslegung von Konsumverträgen.

#### 3.3 Massenverträge und AGB

Das Verhältnis zwischen Unternehmen und Privathaushalten hinsichtlich Produktion und Konsum führt naturgemäss zum *Massengeschäft* im Vertrieb und damit zur Standardisierung von Vertragsbedin-

---

<sup>30</sup> MELANIA LUPI THOMANN, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Zürich 2003, 22 FN 113 unter Hinweis auf A. BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 49; Vgl. weiterführend: EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000, 708 S.; EVA MARIA BELSER, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP/PJA 1998, 433-445.

gungen für den Absatzmarkt. Als Rationalisierungsfaktor ist die Verwendung vorformulierter, generell-abstrakter Bedingungen für gut organisierte Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll und für die fachspezifischen Besonderheiten der Angebote und deren Ausgestaltung auch notwendig. Diese wirtschaftlich begründeten Umstände bringen es indessen mit sich, dass der Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aus der Sicht der Anbieter grundsätzlich nicht mehr verhandelbar ist. Auf der Seite der Konsumenten als private Abnehmer hat dies zur Folge, dass ihre Vertragsfreiheit, insbesondere die Inhaltsfreiheit, faktisch eingeschränkt wird. Den Konsumenten bleibt nur die Wahl, das Angebot mit den entsprechenden AGB anzunehmen oder darauf zu verzichten (Abschlussfreiheit). Bei marktbeherrschenden Unternehmen<sup>31</sup> kann auch die Abschlussfreiheit der privaten Abnehmer<sup>32</sup> zur Illusion werden. Das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Unternehmen und Privathaushalten kann dementsprechend auch zu missbräuchlichen Klauseln in Konsumentenverträgen führen. Die Gesetzgebung der Europäischen Union<sup>33</sup> hat dieser Entwicklung Rechnung getragen. Hingegen sind die Bemühungen zur Ergänzung der Schweizer Gesetzgebung trotz eindeutiger Diagnose bisher gescheitert. Abgesehen von Art. 8 UWG, dessen Anwendungsbereich und Wirkung bescheiden blieb, ist die AGB-Kontrolle<sup>34</sup> auf die Grundsätze des Allgemeinen Privatrechts beschränkt geblieben. Immerhin kann in diesem Zusammenhang auf das vorstehend erwähnte konsumrechtliche Ungleichgewichtsprinzip verwiesen werden, das bei der AGB-Kontrolle in erhöhtem Masse zur Anwendung gelangen könnte. Dies lässt sich wie folgt veranschaulichen:

---

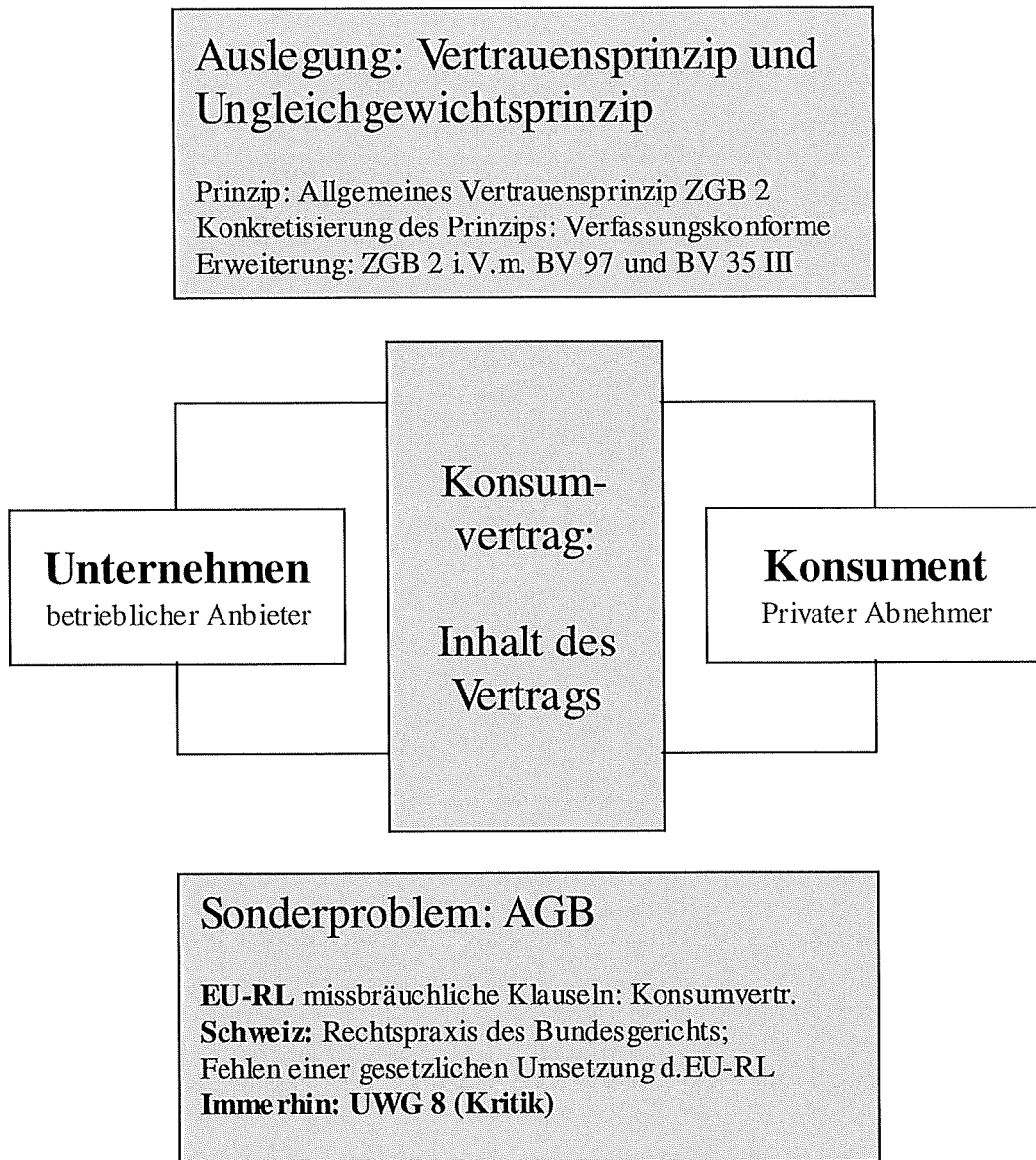
<sup>31</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. c KG.

<sup>32</sup> „Marktgegenseite“ im Sinne von Art. 7 KG.

<sup>33</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl Nr. L 95/29).

<sup>34</sup> Vgl. zur neueren Entwicklung: CARL BAUDENBACHER, Komm. zu Art. 8 UWG, Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001; ALEXANDER BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR/RDS 1999 I 305–333; DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Basel/ Genf/ München 2001 ; JÖRG SCHMID, Allgemeine (Vertrags-)Bedingungen, in Gauch Peter et al. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner, 8.A., Zürich 2003, 237-250.

Diagramm 8: Auslegung und AGB



## 4. Gültigkeit des Konsumvertrags

### 4.1 Privatrechtliche Eingriffsnormen

Wie beim Abschluss und beim Inhalt des Vertrags besteht auch bei der Frage der Gültigkeit des Konsumvertrags grundsätzlich kein Unterschied zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Konsumvertragsrecht. Die richterliche Inhaltskontrolle, die über Gültigkeit oder Ungültigkeit eines konkreten Vertragsinhaltes entscheidet, folgt denselben Gesetzesnormen. Im Vordergrund stehen dabei privatrechtliche Eingriffsnormen, welche die Vertragsfreiheit und die Persönlichkeitsrechte der Parteien wahren (Art. 27 ZGB), die Durchsetzung der Rechtsordnung garantieren (Art. 19-20 OR) und ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in einem Vertrag verhindern sollen (Art. 21 OR).

Die vom Gesetzgeber in diesem Sinne geforderte richterliche Inhaltskontrolle ist jedoch im Konsumvertragsrechts unter dem besonderen Gesichtspunkt des geltenden Verfassungsrechts zu betrachten. Dies ist nach zwei Seiten hin zu konkretisieren. Einerseits ist die vorstehend dargelegte Querschnittsnorm in Art. 97 BV zu berücksichtigen, andererseits die Drittwirkung der Grundrechte im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung gemäss Art. 35 Abs. 3 BV zu beachten. Die Wirtschaftsverfassungsnorm in Art. 97 BV wird in ihrer Bedeutung als Schutznorm für Privathaushalte ergänzt durch das Recht auf persönliche Freiheit und körperliche Unversehrtheit natürlicher Personen (Art. 10 Abs. 2 BV), durch den Schutz ihrer Privatsphäre und vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten (Art. 13 BV), durch die Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung müssen diese Hinweise auf eine mögliche verfassungskonforme Qualifikation von Art. 27 ZGB und der Art. 19-21 OR genügen und einer späteren vertieften Auseinandersetzung vorbehalten bleiben. Immerhin kann aber festgehalten werden, dass ein Teil der Lehre mit guten Gründen eine Neubewertung der privatrechtlichen Eingriffsnormen im Sinne der Wirtschaftsverfassungsnorm in Art. 97 BV vornimmt<sup>35</sup>.

Diese Neubewertung lässt sich wie folgt begründen. Das Kriterium der Unerfahrenheit in Art. 21 OR nimmt Bezug auf den individuell-

---

<sup>35</sup> Hier kann bspw. verwiesen werden auf BK-KRAMER, Art. 21 OR N 40: Qualifikation von Art. 21 OR vor dem Hintergrund von Art. 31sexies BV (heute Art. 97 BV).

konkreten Kenntnisstand der übervorteilten Person und damit auf das Wissen beider Parteien vor dem Vertragsabschluss. Vorstehend wurde eingehend dargelegt, dass zwischen Anbieter und Konsument typischerweise ein Informationsgefälle besteht, das als strukturelles Ungleichgewicht von der Wirtschaftsverfassung ausdrücklich anerkannt und normiert worden ist. Im Stadium des Vertragsabschlusses begründet dies - wie vorstehend ausgeführt - vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflichten.

Wie soll nun der Tatbestand qualifiziert werden, bei dem ein Anbieter trotz des typischerweise gegebenen grösseren Fachwissens diese positiven<sup>36</sup> Informationspflichten wissentlich und willentlich missachtet und dem fachlich unkundigen Konsumenten für den Vertragsabschluss entscheidende Fakten vorenthält? Dieser Tatbestand lässt sich unschwer unter das Tatbestandsmerkmal der "Ausbeutung der Unerfahrenheit" von Art. 21 OR subsumieren. Die Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten würde damit - neben der Vertragsauslegung<sup>37</sup> - einer klaren vertragsrechtlichen Sanktion unterstellt, und die Diskussion über ein Widerrufsrecht (vgl. nachfolgend Kapitel 4.3) könnte an Schärfe verlieren.

#### 4.2 Öffentlichrechtliche Eingriffsnormen

Das allgemeine Vertragsrecht verweist in Art. 19 Abs. 1 OR und in Art. 20 Abs. 1 OR darauf, dass die Parteien den Inhalt des Vertrags nur innerhalb der gesetzlichen Ordnung festlegen können, andernfalls die Rechtsfolge der Nichtigkeit eintritt. Auch hier sind vorerst keine Unterschiede zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Konsumvertragsrecht festzustellen. Besonderheiten ergeben sich jedoch insofern, als spezifische öffentlichrechtliche Eingriffsnormen im Bereich des Konsumrechts erlassen werden, die beim Angebot von Waren und Dienstleistungen zu beachten sind und die den Inhalt des Konsumvertrags bestimmen.

Im Hinblick auf die Wahrung der Sicherheit und der Gesundheit sowie der wirtschaftlichen Interessen der privaten Abnehmer von Waren

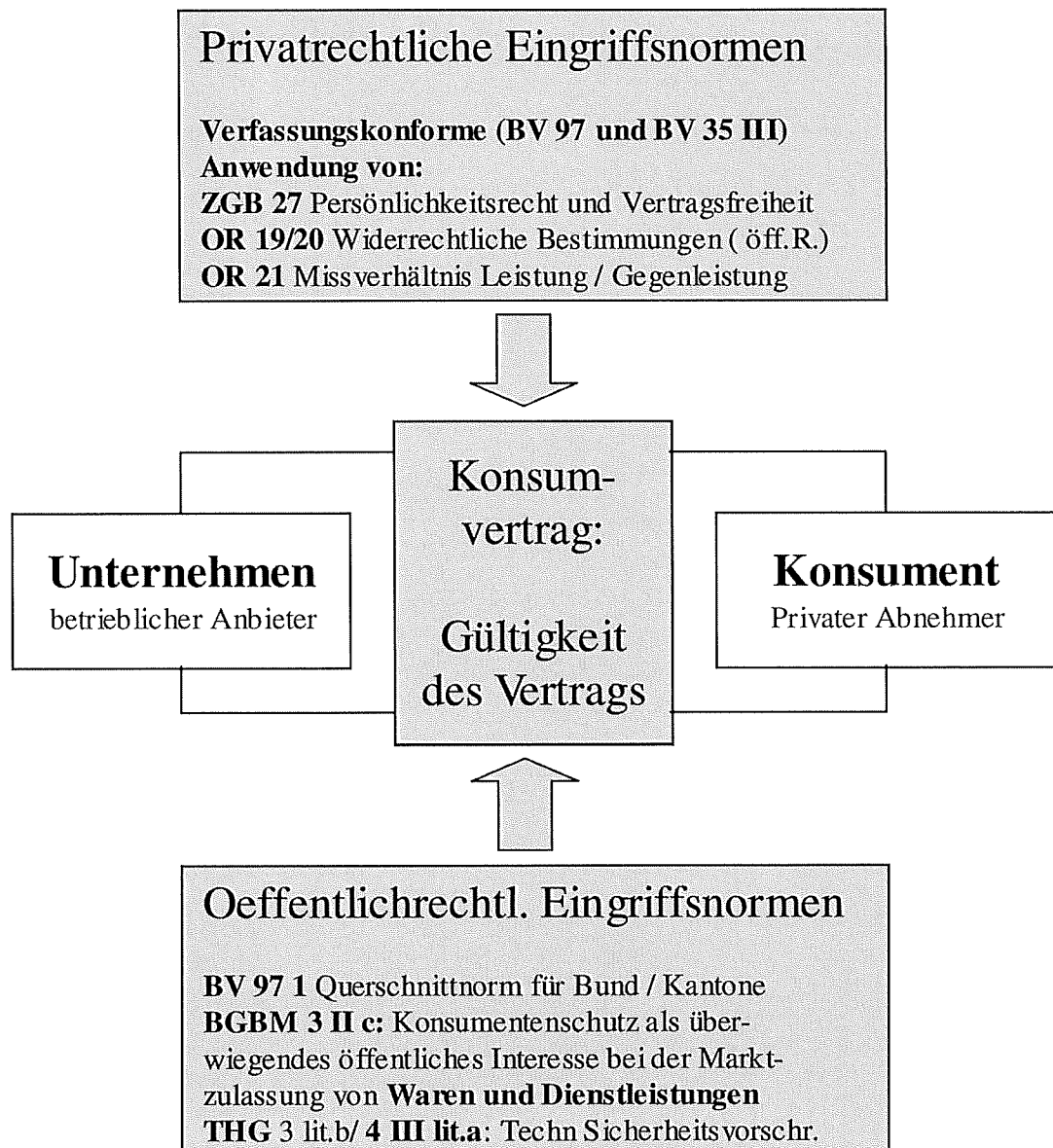
---

<sup>36</sup> Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern ... (Abl. Nr. L 149/22) verbietet das Unterlassen von Informationen an Konsumenten, die für den Marktentscheid im Nachfragemarkt erforderlich sind. Nach Art. 11 der Richtlinie erfolgen die Sanktionen zur Hauptsache im Rahmen des Lauterkeitsrechts und nicht des Vertragsrechts.

<sup>37</sup> Vorstehend Ziff. 2.2. und Ziff. 3.2.

und Dienstleistungen am Markt (Konsumenten) unterliegt die Marktzulassung von Gebrauchsgegenständen und von Lebensmitteln sowie von besonderen Dienstleistungen der Anbieter einer strengen gesetzlichen Vormarkt-Kontrolle. Dazu dienen bei Waren bspw. die Typenprüfung der Gebrauchsgegenstände, die Lebensmittelinspektion und das Verbot schädlicher Substanzen sowie bei Dienstleistungen die Fähigkeitsprüfung für Ärzte und Anwälte und die Aufsicht über Banken und Versicherungen.

Diagramm 9: Eingriffsnormen





Beim Angebot von Waren wird dies bspw. durch so genannte *technische Vorschriften* nach Art. 3 lit. b THG<sup>38</sup> sicher gestellt, deren Einhaltung die Voraussetzung dafür bildet, damit "Produkte angeboten ... werden dürfen". Solche technischen Vorschriften sind nach Art. 4 Abs. 3 lit. a THG unter dem Aspekt des internationalen Handels zulässig, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies erfordern, worunter nach Abs. 4 lit. e ausdrücklich der *Schutz der Konsumenten* fällt. Soweit die Kantone solche Schutznormen erlassen und die Aufsicht ausüben, sind trotz Marktöffnung im Schweizer Binnenmarkt nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM<sup>39</sup> für alle Anbieter die Normen des Konsumentenschutzes als Ausdruck eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu beachten.

#### 4.3 Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit

Die Nichtbeachtung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Eingriffsnormen führt zur Ungültigkeit des Vertrags. Diese Rechtsfolge ist im allgemeinen Vertragsrecht und im Konsumvertragsrecht grundsätzlich gleich und gilt insbesondere für beide Unterarten der Ungültigkeit: Die Nichtigkeit nach Art. 20 OR wegen widerrechtlichen *Inhalts* sowie die Anfechtbarkeit nach Art. 21 OR (Übervorteilung) und nach Art. 23 ff. OR (Irrtum) wegen Mängeln beim *Abschluss* des Vertrags. Gleichermassen stellt sich sodann die Rechtsfrage, welche Rechtsfolge eintreten soll, wenn der Vertrag unter Missachtung des Lauterkeitsrechts (Art. 3 ff. und Art. 8 UWG) zustande gekommen ist. Diese Rechtsfrage ist vom Gesetzgeber bisher nicht geregelt worden und in der Lehre umstritten<sup>40</sup>. Es mag daher auch nicht überraschen, dass zu dieser Frage keine Gerichtsentscheide zu finden sind.

Dogmatisch stellt sich diese Frage vor allem im Konsumvertragsrecht. Hier häufen sich im Massengeschäft Vertragsabschlüsse zwischen Anbietern und Konsumenten, die mit unlauteren Verhaltenswei-

---

<sup>38</sup> Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 6. Oktober 1995, SR 946.51.

<sup>39</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02.

<sup>40</sup> *Zum Problem*: Vgl. ALEXANDER BRUNNER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, pläd 5/90, 39 FN 31. Für *unverjährbare Anfechtung des Vertrags sui generis* nach Art. 9 UWG: PETER GAUCH, Die Verwendung "missbräuchlicher Geschäftsbedingungen" - Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, baurecht 1987, 58 N 79. Für *Nichtigkeit*, insb. bei Art. 8 UWG: CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, Art. 8 UWG, Rn 59; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 8.A., Zürich 2003, Rz 1156-1157. Für *Anfechtbarkeit* nach Art. 23 ff. OR: STEPHAN HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg 2001, 193.

sen (Art. 3 UWG) wie Lockvogelangeboten, falschen Angaben, Irreführung oder aggressiven Verkaufsmethoden zustande gekommen sind. Da diese Verhaltensweisen das Stadium des Zustandekommens und nicht den Inhalt des Vertrags als solchen betreffen, läge systematisch die *Anfechtbarkeit* analog zu Art. 23 ff. OR nahe. Nach der hier vertretenen Meinung ist jedoch der Rechtsfolge der *Nichtigkeit* der Vorzug zu geben; dies aus folgenden Gründen: Faktisch handelt es sich beim unlauteren Anbieterverhalten zwar ohne Zweifel um Tatbestände, die im Hinblick auf die Willensbildung<sup>41</sup> des Konsumenten und damit stets vor einem Vertragabschluss ihre Wirkung entfalten. Normativ jedoch hat der Gesetzgeber entschieden, dass solches Verhalten nicht nur gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst und damit unlauter ist, sondern als Verletzung allgemein anerkannter Regeln des fairen Wettbewerbs auch widerrechtlich<sup>42</sup> ist. Dieser normative Entscheid des Gesetzgebers ist eindeutig, auch wenn er es unterlassen hat, das Verhältnis und die Schnittstelle zwischen Wettbewerbs- und Vertragsrecht ausdrücklich zu regeln. Dies führt denn auch zu einer wirksameren Rechtsanwendung der Gerichte, welche die Rechtsfolge der Nichtigkeit von Amtes wegen berücksichtigen müssen.

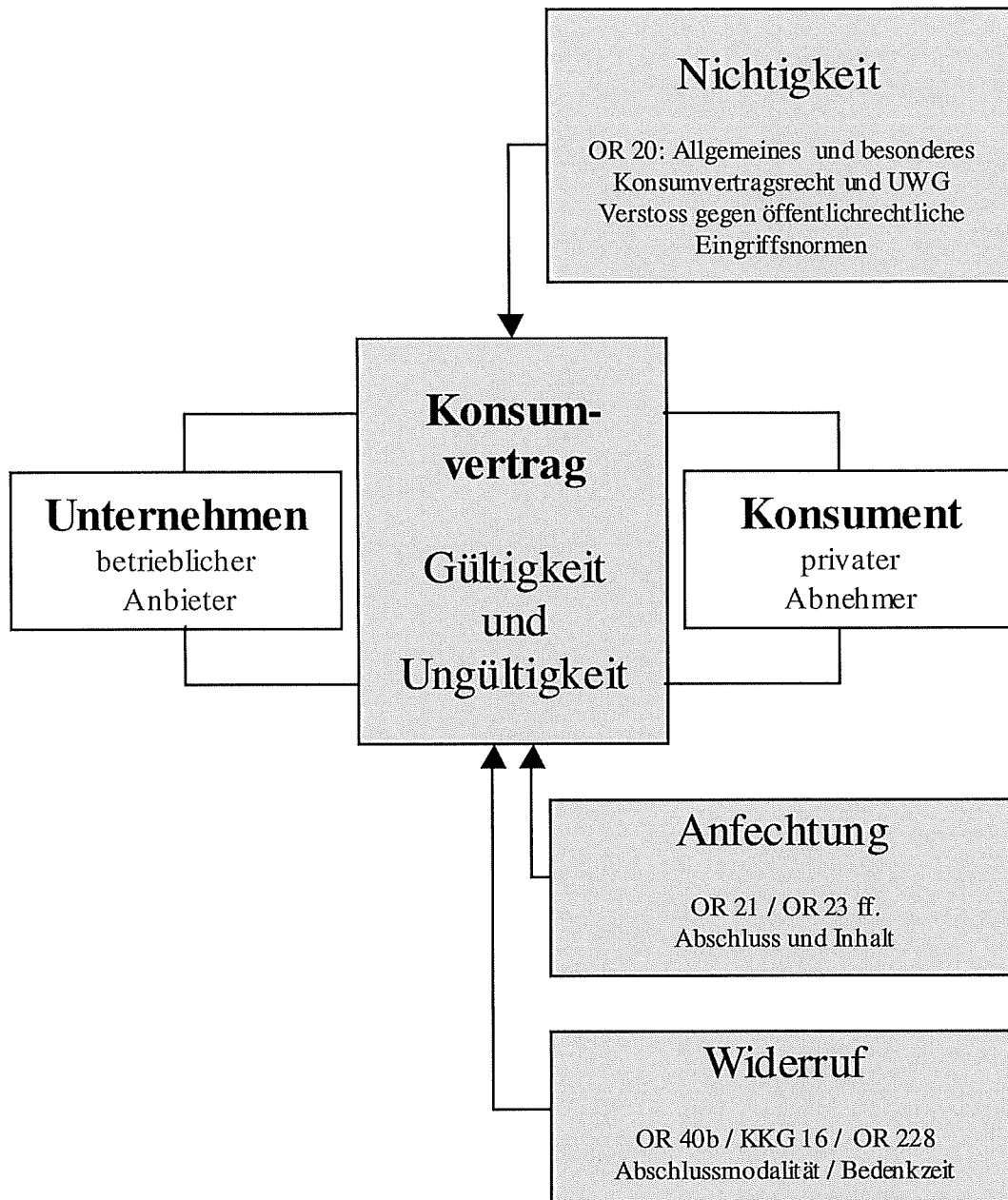
Ein besonderes konsumentenrechtliches Problem stellt sodann die Möglichkeit eines Widerrufs des bereits abgeschlossenen Konsumvertrags durch den Konsumenten dar. Ein solches Widerrufsrecht hat der Gesetzgeber bei Haustürgeschäften nach Art. 40b OR, bei der Partnervermittlung nach Art. 406e OR und beim Konsumkreditvertrag nach Art. 16 KKG vorgesehen. In diesen Fällen kommt der Konsumvertrag nach dem Widerruf bzw. dem Rücktritt durch den Konsumenten nicht zustande. Die Begründungen für diese Gesetzesnormen sind jedoch unterschiedlich. Beim Haustürgeschäft handelt es sich um eine Sanktionierung unzulässigen psychologischen Kaufzwangs, eines Tatbestands im übrigen, der ohne weiteres auch in das UWG hätte integriert werden können. Beim Konsumkredit geht es um die Einräumung einer Bedenkzeit im Hinblick auf ein Geschäft, dessen Bedeutung und wirtschaftliche Tragfähigkeit für das Budget eines Privathaushalts viele Konsumenten unterschätzen.

---

<sup>41</sup> Vgl. die *systematische Einordnung der UWG-Tatbestände* in die Phasen der *Willensbildung beim Vertragabschluss*: ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., pläd 5/90, 40-42.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 2 UWG: "Unlauter und *widerrechtlich* ist ..."; vgl. Randtitel zu Art. 3 UWG: "... und anderes *widerrechtliches* Verhalten."

Diagramm 10: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf



## 5. Erfüllung des Konsumvertrags

Im Hinblick auf die Erfüllung oder die Erfüllungsstörungen bestehen grundsätzlich keine Unterschiede zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Konsumvertragsrecht. Allerdings sind auch hier einige Anmerkungen anzubringen.

Eine mangelhafte Erfüllung des Konsumvertrags gemäss Art. 97 OR kann in gewissen Fällen den Konsumenten mehr belasten als den Anbieter. Während der Anbieter die charakteristische Leistung des Vertrags in Form von Waren und Dienstleistungen zu erbringen hat, erfolgt auf Seiten des Konsumenten lediglich aber immerhin eine Geldleistung. Letztere ist bei mangelhafter Zahlung (vertragswidrige Teilzahlung nach Art. 85 OR) oder bei Verzug (Art. 102 ff. OR) in der Regel einfach durchzusetzen, kommen doch nach Art. 97 Abs. 2 OR die Regeln des *Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* zur Anwendung. Die betrieblich gut organisierten Unternehmen können die Erfüllung von Geldforderungen gegenüber Konsumenten rasch durchsetzen oder diesen Teil des Betriebes eigens dafür spezialisierten Inkasso-Firmen übertragen. Die mangelhafte Bonität des Konsumenten und seine mögliche Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG) bilden das alleinige Inkassorisiko des Anbieters.

Demgegenüber ist die Durchsetzung der Vertragserfüllung gegenüber dem Anbieter auf Seiten des Konsumenten schwieriger, da er bei Erfüllungsstörungen hinsichtlich von Waren (Art. 71 OR; Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR) und Dienstleistungen (Art. 98 OR) nach Art. 97 Abs. 2 OR auf die *Realexekution* des kantonalen Vollstreckungsrechts angewiesen ist. Bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR stellen sich mit Bezug auf eine vertragsgemässe Sach- oder Dienstleistung wesentlich mehr Rechtsfragen als bei der blossen Geldleistung. Das Feststellen einer Erfüllungsstörung als Diskrepanz zwischen dem vereinbarten Vertragsinhalt und der Erfüllung erfordert in der Regel ein grösseres Fachwissen über den technischen Stand oder die Beschaffenheit von Waren und die erforderlichen oder üblichen Standards von Dienstleistungen. Gerade dieses Fachwissen fehlt jedoch typischerweise auf Seiten des Konsumenten. Hinzu kommen die Probleme der Rechtsdurchsetzung bei ungleichem Wohnsitz des forderungsberechtigten Konsumenten bzw. Sitz des erfüllungspflichtigen Anbieters.

Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Rechtsdurchsetzung für Konsumenten erleichtert, indem die Wirtschaftsverfassungsnorm in Art. 97 Abs. 3 BV ein besonderes Konsumentenverfahren vorsieht. Darauf ist nachfolgend (Ziff. IV.) zurück zu kommen.

### III. Besonderes Konsumvertragsrecht

#### 1. Übersicht zur Typologie

Im allgemeinen Vertragsrecht wird der Konsumvertrag als *Sonderart* des Vertrages behandelt<sup>43</sup>. Eine solche Sichtweise mag für das allgemeine und besondere Vertragsrecht<sup>44</sup> genügen, die sich aus einer *Abstraktion der* vom Gesetzgeber in Nachachtung der Wirtschaftsverfassungsnorm (Art. 97 BV) *seither erlassenen Sondernormen* im Rahmen der Kodifikation des Obligationenrechts oder von Spezialgesetzen ergibt. Zu erinnern ist an das Haustürgeschäft (Art. 40a OR), den Vorauszahlungsvertrag (Art. 227i und Art. 228 revOR), den Fahrnismietvertrag (Art. 266k OR) und die Partnervermittlung (Art. 406a ff. OR) im Obligationenrecht sowie an die in Spezialgesetzen geregelten Vertragstypen wie den Leasingvertrag (Art. 8 und 11 KKG), den Konsumkreditvertrag (Art. 1 ff. KKG), den Pauschalreisevertrag (Art. 2 Abs. 3 PRG) und den internationalen Konsumentenvertrag (Art. 114 und Art. 120 IPRG sowie Art. 13 ff. LugÜ). Die Abstraktionsmethode greift jedoch im Konsumvertragsrecht zu kurz.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Rechtsnatur des Konsumvertrags in einer *prinzipiellen Typologie* zu analysieren und einzuordnen. Es sind zwei Gründe, die eine solche grundlegende Analyse notwendig erscheinen lassen; einerseits das vorstehend dargelegte faktisch gegebene und normativ anerkannte (Art. 97 BV) strukturelle Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Konsument, andererseits die Problemlagen bei Erfüllungsstörungen und deren Behandlung in der Rechtsdurchsetzung im Konsumentenverfahren.

---

<sup>43</sup> GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 8.A., Zürich 2003, Rz 244a-b.

<sup>44</sup> HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 7.A., Bern 2003, 132 und 262; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Besonderer Teil, 2.A., Zürich 2004, Rn 184 f., 308, 341, 926 f. und 1281 ff.

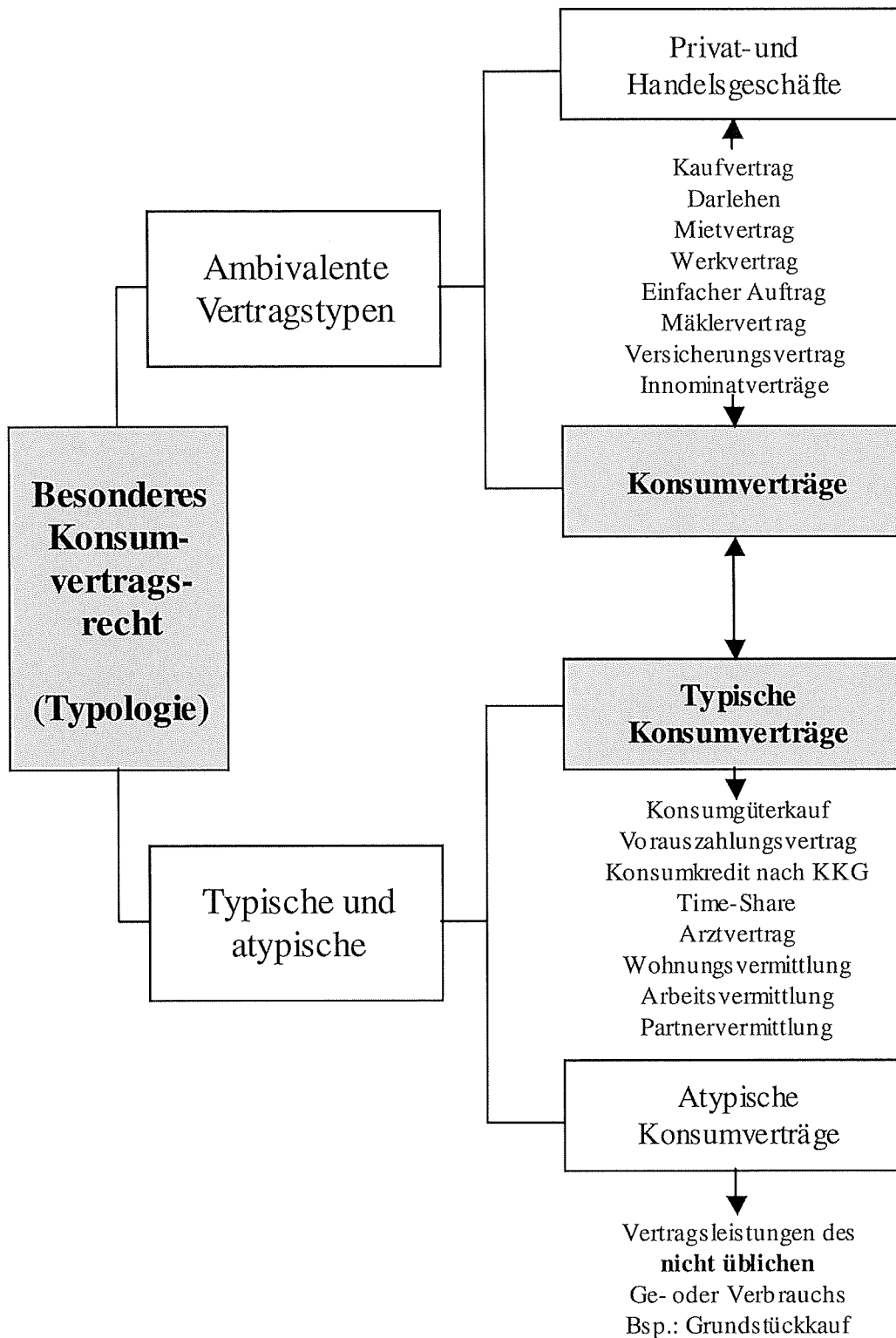
Mit der Abstraktionsmethode wird zwar durch Analyse der gemeinsamen Begriffselemente von gesetzlich geregelten besonderen Konsumverträgen eine Synthese des *allgemeinen Konsumvertrags als Sonderart des Vertrags* gewonnen. Unter den damit gewonnenen Oberbegriff fallen aber als Unterbegriffe nur die vom einfachen Gesetzgeber ausdrücklich geregelten Nominatkontrakte des Konsumrechts, womit der vom Verfassungsgesetzgeber gewollte generelle Schutz der Konsumenten im Vertragsrecht nicht ins Blickfeld rückt und übersehen wird. Die Verfassungsnorm von Art. 97 BV gilt nicht nur bei den genannten Nominatkontrakten des Konsumrechts, sondern generell für alle Konsumverträge<sup>45</sup>. Insbesondere die Informations- und Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss und ihre Berücksichtigung bei der Vertragsauslegung gelangen damit ins Blickfeld. Der allgemeine Konsumvertrag ist daher gestützt auf die Wirtschaftsverfassung als neuer und *eigenständiger Vertragstypus* zu qualifizieren, der vom Privatgeschäft und vom Handelsgeschäft zu unterscheiden ist und wegen dessen Abstraktionsebene dem allgemeinen und nicht dem besonderen Teil des Obligationenrechts zuzuordnen wäre<sup>46</sup>. Nach der vorstehend erörterten Zwecktheorie ist dementsprechend jeder Vertrag dann als Konsumvertrag zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen Waren oder Dienstleistungen anbietet (betrieblicher Anbieter) und diese Vertragsleistungen für private Zwecke persönlicher oder familiärer Natur von natürlichen Personen (Konsumenten als private Abnehmer) bestimmt sind. Damit kommen, was verfassungsrechtlich indiziert ist, auch die so genannten *ambivalenten Vertragstypen* ins Blickfeld. Dieser Terminus bezeichnet jene Nominat- und Innominatverträge, die dreiwertig sind in dem Sinne, dass sie Privatgeschäfte (privater Anbieter und privater Abnehmer), Handelsgeschäfte (betrieblicher Anbieter und betrieblicher Abnehmer) oder Konsumgeschäfte bzw. -verträge (betrieblicher Anbieter und privater Abnehmer) sein können. Diese am Wirtschaftsverfassungsrecht orientierte Methode führt sodann naturgemäss zu Vertragstypen, die faktisch im Wirtschaftsleben bzw. logisch-begrifflich nur zwischen betrieblichen Anbietern und privaten Abnehmern bestimmter Leistungen abgeschlossen werden können, weshalb für sie der Terminus des *typischen Konsumvertrags* eingeführt werden kann.

---

<sup>45</sup> a.M.: GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, 8.A., Zürich 2003, Rz 244b.

<sup>46</sup> Vgl. dazu: ALEXANDER BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 41 f.

Diagramm 11: Typologie



Schliesslich sind im Rahmen dieser Einteilung Vertragstypen denkbar, die zwar dem logischen Begriff des Konsumvertrags entsprechen, jedoch eine vertragliche Leistung betreffen, die nach ihrem Gegenstand

nicht dem üblichen Konsum zugerechnet werden können, weshalb für sie der Terminus des *atypischen Konsumvertrags* eingeführt werden kann.

Die Typologie des Konsumvertragsrechts umfasst damit die ambivalenten Vertragstypen, die Konsumverträge sein können, die typischen Konsumverträge, die stets solche sind und die atypischen Konsumverträge, die zwar solche sind, die der Gesetzgeber aber nicht oder anderen Schutznormen unterstellen will.

Der vorgenannte zweite Grund für die *Notwendigkeit dieser Typologie* im materiellen Recht ergibt sich aus den Problemlagen der Erfüllung bzw. Nichterfüllung der vertraglichen Leistungen und der entsprechenden Ansprüche auf Rechtsdurchsetzung im Verfahrensrecht. Diese Fragen des materiellen und des formellen Rechts sind unaufhebbar miteinander verbunden. Es ist das materielle Recht, das bestimmt, wann das Konsumentenverfahren zur Anwendung gelangt, denn nur Konsumverträge sind von den Gerichten im einfachen und raschen Verfahren zu behandeln (vgl. nachfolgend Kapitel IV.).

## 2. Typologie des Konsumvertragsrechts

### 2.1 Ambivalente Vertragstypen

Zu den ambivalenten Vertragstypen gehören der Kaufvertrag (Art. 184 OR), der Mietvertrag (Art. 253 OR), das Darlehen (Art. 312 OR), der Werkvertrag (Art. 363 OR), der Auftrag (Art. 394 OR), der Maklervertrag (Art. 412 OR), der Versicherungsvertrag nach VVG und gewisse Innominatkontrakte wie das Leasing, Überlassen von Software oder Verträge mit Telecom-Anbietern<sup>47</sup>. Diese Vertragstypen sind zwei- oder dreiwertig in dem Sinne, dass sie einerseits als Privat- oder Handelsgeschäfte qualifiziert, andererseits als Konsumvertrag zwischen einem betrieblichen Anbieter (Unternehmen) und einem privaten Abnehmer (Konsument) abgeschlossen werden können. Die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Vertragsgegenstandes (Zwecktheorie) im Sinne einer materiellen Kollisionsregel<sup>48</sup> führt analog einer Kollisions-

---

<sup>47</sup> Vgl. zu den letzterwähnten Vertragstypen die Beiträge von HANS RUDOLF TRÜEB und von FELIX SCHÖBI in diesem Jahrbuch.

<sup>48</sup> Eine solche materielle Kollisionsregel findet sich im positiven Recht in Art. 227i OR als Abgrenzung zwischen Konsumrecht und Handelsrecht.



regel im internationalen Privatrecht zur Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts: hier des allgemeinen Privatrechts, des Handelsrechts und des Konsumrechts. Diese Methode ist denn auch nicht neu, da sie schon bisher zur Abgrenzung des allgemeinen bürgerlichen Rechts vom Sonderprivatrecht des Handels Verwendung fand<sup>49</sup>. In einer *kurzen Übersicht* sind nachfolgend die ambivalenten Vertragstypen insoweit darzustellen, als sie in der Form von Konsumverträgen erscheinen.

Beim Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) hat der Gesetzgeber es bisher trotz Kritik der Lehre<sup>50</sup> versäumt, den *Konsumentenkauf* (Konsumgüterkauf) ausdrücklich zu regeln, obwohl dies der häufigste Konsumvertrag und seine wirtschaftsrechtliche Bedeutung überragend sein dürfte. Das schweizerische Obligationenrecht beschränkt sich auf Sonderregeln für den Handelskauf (Art. 190 Abs. 1, Art. 191 Abs. 2, Art. 215 OR), womit immerhin dokumentiert ist, dass besondere Rechtsfragen auch spezifischen Regeln unterworfen werden können.

Beim Mietvertrag ist vorerst darauf zu verweisen, dass eine eingehende Gesetzgebung zur Wohnungs- und Geschäftsmiete (Immobilienmiete) geschaffen wurde (Art. 253a ff. OR), die nicht primär mit der wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Gebrauchsüberlassung begründet wird, vielmehr anknüpft an das knappe Gut des Eigentums an Immobilien in der Schweiz. Soweit gewerbsmässig tätige Immobilien-Unternehmen Wohnräume an Privathaushalte vermieten (Art. 266m, Art. 273a OR), handelt es sich ohne weiteres um Konsumverträge, die jedoch den besonderen Regeln des Mietrechts, insbesondere dem entsprechenden Verfahrensrecht (Art. 274 ff. OR) unterstellt sind. Sodann hat der Gesetzgeber den *Fahrnismietvertrag als Konsumvertrag nach Art. 266k OR* ausdrücklich geregelt<sup>51</sup> und dem Konsumenten ein unentziehbares Kündigungsrecht eingeräumt. Die Legaldefinition die-

---

<sup>49</sup> Vgl. bspw. Art. 190 OR als Abgrenzung zwischen Privat- und Handelsgeschäften.

<sup>50</sup> Vgl. insb. ERNST A. KRAMER, Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, JKR 1998, 203 ff.; ERNST A. KRAMER, AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht. Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz?, ZSR/RDS 1999 I 295–303; HERBERT SCHÖNLE, Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in Gauch/ Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 345–369; MICHAEL LIPS, Die kaufrechtliche Garantie. Unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zum Bezug von Original-Ersatzteilen und der Wiederverwertung von Ersatzteilen, Zürich 2002.

<sup>51</sup> Vgl. dazu den Beitrag von PETER HIGI im vorliegenden Jahrbuch, sowie: XAVIER FAVRE-BULLE, La résiliation anticipée d'un contrat de leasing - Le rôle du droit du bail à loyer (art. 266k CO), in Collezione Assista, Genève 1998, 116–139; BERND STAUDER, Neues Leasingrecht und Art. 266k, pläd 2003, 30–34.

ses Konsumvertrags folgt der Zwecktheorie (betrieblicher Anbieter und privater Abnehmer).

Das Darlehen (Art. 312 ff. OR) ist in allen drei Formen möglich, als Privat- und Handelsgeschäft sowie als *Konsumvertrag*. Soweit beim letzteren keine Teilzahlungen vereinbart werden, handelt es sich nicht um einen typischen Konsumvertrag (vgl. zum Konsumkredit nachfolgender Abschnitt 2.2).

Beim Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) ist die von einem Anbieter an einen Konsumenten gewerbsmässig angebotene Reparatur von Konsumgütern wie Fahrzeugen, technischen Geräten und Gebrauchsgegenständen ebenfalls als Konsumvertrag zu qualifizieren (*Reparaturvertrag*). Dasselbe gilt für den Vertrag zwischen einem Generalunternehmer und einem privaten Besteller über den *Bau eines Einfamilienhauses*, weil letzteres ausschliesslich für die persönlichen und familiären Zwecke der natürlichen Personen eines Privathaushaltes bestimmt ist und der Anbieter die Arbeiten im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit ausübt.

Beim Auftrag (Art. 394 ff. OR) steht in der Regel das besondere Fachwissen des Beauftragten im Vordergrund, das sich der Auftraggeber sichern will. Dies spielt vor allem bei den freien Berufen eine grosse Rolle. Der *Anwaltsvertrag* ist dann ein Konsumvertrag, wenn die Beratung für die persönlichen oder familiären Zwecke eines Klienten erfolgt, da der Anwalt diese Dienstleistung stets im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit erbringt. Auch der *Architektenvertrag* ist ein Konsumvertrag, wenn der (stets gewerbsmässig tätige) Architekt einen Bauherrn berät, der für seine Familie ein Haus bauen möchte.

Der Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) wird dann zu einem Konsumvertrag, wenn der Mäkler gewerbsmässig tätig ist und der Auftraggeber bzw. Kunde die Vermittlungstätigkeit für seine persönlichen oder familiären Zwecke nachfragt. Dies ist bei *Geschäften von Börsenmaklern mit Privatkunden* der Fall. Auch die gewerbsmässige Vermittlung von gewöhnlichen Darlehen an natürliche Personen für persönliche oder familiäre Zwecke (*Kreditvermittlung an Konsumenten*) ist ein Konsumvertrag. Handelt es sich dabei um die Vermittlung eines Konsumkredits, womit zwingend eine Ratenzahlung verbunden ist, folgt der Vertrag den Regeln des Konsumkreditrechts (typischer Konsumvertrag nach Art. 35 KKG, vgl. nachfolgend Abschnitt 2.2). Sehr häufig ist auch die gewerbsmässige Vermittlung von Versicherungsverträgen an

Konsumenten, womit bei einer solchen *Versicherungsmäkelei* ein Konsumvertrag vorliegt.

Der Versicherungsvertrag nach VVG mit Privatpersonen ist ein Konsumvertrag. Dies gilt insbesondere für die Lebensversicherung und den Vertrag mit einer Krankenkasse<sup>52</sup>. Die Versicherungsunternehmung erbringt die entsprechenden Dienstleistungen im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit, die für die persönlichen oder familiären Zwecke von natürlichen Personen bestimmt sind.

Schliesslich kann auf das Recht der Innominatverträge verwiesen werden. Als Konsumverträge können abgeschlossen werden: Der Leasing-Vertrag, der Software-Vertrag, der Telecom-Vertrag, der Unterrichts-Vertrag oder der Fotografen-Vertrag<sup>53</sup>.

## 2.2 Typische Konsumverträge

Der *Konsumgüterkauf* ist ein typischer Konsumvertrag, der allerdings wie vorstehend erwähnt vom Schweizer Gesetzgeber noch nicht als Nominatvertrag ausgestaltet worden ist.

Auch der *Konsumkreditvertrag*<sup>54</sup> ist ein typischer Konsumvertrag. Er kann nach Art. 2 und Art. 3 KKG nur zwischen einem betrieblichen Anbieter und einem privaten Abnehmer abgeschlossen werden. Das gleiche gilt für den *Vorauszahlungsvertrag*, der nach der Revision des Teilzahlungsrechts im Obligationenrecht verblieben ist (Art. 227a ff. OR). Die wirtschaftliche Bedeutung beider Teilzahlungsverträge ist unterschiedlich; jene des Vorauszahlungsvertrags hat sich vermindert, während jene des Konsumkredits unvermindert anhält. Einer nicht geringen Zahl von Privathaushalten fehlen die Mittel, um grössere Anschaffungen zu tätigen. Aus diesem Grunde setzt der Vorauszahlungsvertrag Anreize für das Sparen. Im Vordergrund steht jedoch der unmittel-

---

<sup>52</sup> Vgl. dazu das *Schwerpunktthema* im Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts, JKR 2003, Bern 2004, 1-190: *Krankenkassen aus Konsumentensicht*.

<sup>53</sup> THOMAS ACKERMANN/ UELI BURI, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft. Vertrags- und urheberrechtliche Betrachtungen anlässlich von BGE 122 III 463 ff. und eines Entscheids des Bezirksgerichts Pfäffikon ZH vom 28. August 1997, recht 1998, 144-160.

<sup>54</sup> BRUNNER/ REHBINDER/ STAUDER (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1997, Schwerpunkt - Konsumkredit in Europa und der Schweiz, Bern 1997, 3 ff.; BRUNNER/ REHBINDER/ STAUDER (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 2002, Schwerpunkt - Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, 1 ff.; MELANIA LUPI THOMANN, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Zürich 2003.

telbare Konsum oder die notwendige Investition, die mit nachträglichen Teilzahlungen finanziert werden können. Besondere Problemlagen ergeben sich für jene Privathaushalte, die wegen Überschuldung zahlungsunfähig werden. Aus diesem Grunde wurde bei der Revision des KKG die Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 22 ff. KKG)<sup>55</sup> als Instrument der Prävention eingeführt.

Der *Pauschalreisevertrag*<sup>56</sup> nach PRG wäre an sich ein typischer Konsumvertrag. Vor allem Ferienreisende (Einzelpersonen und Familien) sind auf diese Dienstleistung angewiesen. Es wurde indessen bereits vorstehend darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber bei diesem Vertragstypus nicht der Zwecktheorie, sondern der objektiven Theorie gefolgt ist. Aus diesem Grunde fallen auch Geschäftsreisen unter seinen Anwendungsbereich. Sodann ist der Vertrag über *Time-Share* ein typischer Konsumvertrag. Die bisherigen Bemühungen auf Bundesebene<sup>57</sup> haben indessen noch nicht zu einer gesetzlichen Regelung in der Schweiz geführt.

Im Rahmen des Auftragsrechts ist der *Arztvertrag* ein typischer Konsumvertrag. Er ist nur denkbar zwischen dem berufstätigen Arzt als Anbieter einer medizinischen Dienstleistung und dem Patienten, der naturgemäss immer eine natürliche Person ist und der die Dienstleistung für seine persönlichen Zwecke (Heilung und Gesundheitsvorsorge) entgegen nimmt.

Schliesslich ist beim Mäklervertrag auf eine Reihe von typischen Konsumverträgen hinzuweisen, insbesondere die *Wohnungs-, Arbeits- und Partnervermittlung*. Diese Verträge werden zwischen Anbietern und Konsumenten abgeschlossen, denn die Nachfrage nach Wohnraum, Arbeit und einem Partner erfolgt ausschliesslich für persönliche oder familiäre Zwecke.

---

<sup>55</sup> BERND STAUDER, Le 'prêt responsable', Mathieu-Izorche et al. (éd.), *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris 2004, 1029-1047; JÖRG SCHMID, Überschuldungsprävention nach revidiertem KKG (Gesichtspunkt ex ante von Finanzierungen), in Brunner/ Rehbinde/ Stauder (Hrsg.), *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 2002*. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, 51 ff.

<sup>56</sup> VITO ROBERTO, *Die Haftung des Reiseveranstalters*, Zürich 1990; BSK-ROBERTO, *Komm. zum PRG, 3.A.*, Basel 2003, 2751 ff.; BERND STAUDER, *Loi fédérale sur les voyages à forfait*, in Thévenoz/ Werro (éd.), *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève 2003, 2329-2392.

<sup>57</sup> Vgl. Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 12. Juni 1997 betreffend Time-Sharing, JKR 1997, Bern 1997, 741 ff.

## 2.3 Atypische Konsumverträge

Die wirtschaftliche Bedeutung der Konsumverträge ist beträchtlich. Sechzig Prozent der Inlandnachfrage besteht in Privatkonsum, der von diesem Vertragstypus rechtlich erfasst wird. Der stetige Austausch vermögenswerter Leistungen (Waren und Dienstleistungen) zwischen Unternehmen und Privathaushalten wird denn auch im Rahmen des Massengeschäfts abgewickelt, das eine Regelmässigkeit und Üblichkeit aufweist. Dieses Kriterium dient dem Schweizer Gesetzgeber dazu, bei bestimmten Tatbeständen eine Einschränkung des Geltungsbereichs des Konsumvertragsrechts vorzunehmen. Sie betrifft den Gerichtsstand im nationalen und im internationalen Bereich.

Der Klägergerichtsstand des Konsumenten (Art. 22 GestG und Art. 114 und Art. 120 IPRG) soll nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Konsumvertrag eine Leistung betrifft, die üblicherweise zwischen Anbietern und Konsumenten ausgetauscht wird. Ist dieses Merkmal nicht gegeben, entfällt der Klägergerichtsstand des Konsumenten. Es handelt sich zwar nach wie vor um *Konsumverträge*, die indessen nicht mehr unter den Schutz des Gerichtsstands fallen; sie können als *atypische Konsumverträge* bezeichnet werden.

Darunter fällt bspw. der *Grundstückkauf* eines Einfamilienhauses zwischen einem Immobilien-Unternehmen und einem privaten Käufer. Es handelt sich bei diesem Geschäft um einen wirtschaftlichen Vorgang, der sich in der Regel nicht oft wiederholen wird, zuweilen auch einmalig bleibt. Wegen der grossen wirtschaftlichen Bedeutung des Grundstückkaufs bestehen jedoch ohnehin anderweitig legitimierte Schutznormen<sup>58</sup>, insb. Formvorschriften (Art. 216 ff. OR).

Der Anwendungsbereich der atypischen Konsumverträge bzw. der Ausnahmeklausel der Unüblichkeit ist daher gering. *Im materiellen Konsumvertragsrecht findet sie keine Anwendung*, was oft übersehen wird. Hinzu kommt, dass die Ausnahmeklausel im Verfahrensrecht verfassungskonform auszulegen ist, weshalb die Einschränkung des Schutzzumfangs von Art. 97 BV zurückhaltend zu erfolgen hat.

---

<sup>58</sup> FELIX SCHÖBI, Schweizerischer Grundstückkauf und europäisches Recht, Bern 1999.

## IV. Weitere Rechtsfolgen des Konsumvertrags

### 1. Konsumentenverfahren

#### 1.1 Klägergerichtsstand für Konsumenten

Die Ausfuhungen zum Konsumentenverfahren können im Rahmen der vorliegenden Übersicht kurz gehalten werden, da es sich lediglich um eine Rechtsfolge des materiellen Vertragsrechts handelt.

Art. 22 GestG stellt eine substantielle *Neuerung* des schweizerischen Zivilprozessrechts<sup>59</sup> dar, die von der Lehre<sup>60</sup> als kohärente Lösung und Übernahme des im internationalen Bereich geltenden Klagergerichtsstandes (Art. 114 IPRG) auch für den *schweizerischen Binnenmarkt* gefordert wurde. Das nationale Zivilprozessrecht kannte bisher keinen allgemeinen *Klägergerichtsstand*. Der Vorteil für den klagenden Konsumenten liegt auf der Hand. Musste dieser den Anbieter nach bisherigem Recht an dessen - oftmals weit entfernten - Unternehmens-Sitz einklagen, ist die Klage des Konsumenten aus Vertragsrecht heute am eigenen Wohnsitz möglich. *Alle Konsumverträge* - mit Ausnahme der atypischen Konsumverträge - *fallen unter diese Regelung*.

#### 1.2 Besonderes Konsumentenverfahren

Art. 97 Abs. 3 BV garantiert ein besonderes Konsumentenverfahren<sup>61</sup>, das in den kantonalen Zivilprozessordnungen vorzusehen ist. Art. 1 der entsprechenden bundesrätlichen Verordnung<sup>62</sup> zum Konsumentenschutzverfahren bestimmt dazu folgendes:

*Für Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Konsumentinnen und Konsumenten und Anbieterinnen und Anbietern bis zu einem Streitwert*

---

<sup>59</sup> BALZ GROSS, Konsumentenverträge (Art. 22 GestG), in Gauch/ Thurer (Hrsg.), Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, 97 ff.; BALZ GROSS, Verträge mit Konsumenten, Kommentar zu Art. 22 GestG, in Müller/ Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001.

<sup>60</sup> BSK-BRUNNER, Art. 22 GestG N 3 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>61</sup> ALEXANDER BRUNNER, Verfassungsrechtliche und materielle Voraussetzungen des Konsumentenverfahrens in der Schweiz im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, in Brunner/ Rehbindler/ Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1999. Schwerpunkt Zugang zum Recht, Bern 2000, 3-16.

<sup>62</sup> Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs vom 7. März 2003 (SR 944.8).

*von 20 000 Franken sehen die Kantone ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozessverfahren vor. Der Streitwert bemisst sich nach der eingeklagten Forderung, ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren.*

Die Ausgestaltung dieser Verfahren in den 26 kantonalen Zivilprozessordnungen<sup>63</sup> erfolgte sehr unterschiedlich, was die Übersicht für Rechtsuchende erschwert. Vorliegend soll der Hinweis genügen, dass die geplante einheitliche Zivilprozessordnung der Schweiz dieser Rechtszersplitterung ein Ende bereiten sollte.

Eine andere Frage betrifft die *aussergerichtlichen Konsumentenverfahren*, welche die gerichtlichen Verfahren ergänzen sollen. Im *Konsumvertragsrecht* ist insbesondere auf die Ombuds-Stellen der Banken und Versicherungen sowie der Reisebranche hinzuweisen. Im Kontext der Europäischen Union wurden hiefür besondere Rahmenbedingungen geschaffen, weshalb auf Bundesebene versucht wurde, die erhöhten Standards für so genannte ADR-Verfahren (Alternative Dispute Resolution) auch für das Schweizer Recht nutzbar zu machen. Eine Umsetzung der bisherigen Empfehlungen<sup>64</sup> ist bisher indessen nicht erfolgt.

### 1.3 Verbandsklagen von Konsumentenorganisationen

Konsumentenorganisationen sind im Lauterkeitsrecht befugt, Klagen (Art. 9 UWG) gegen Anbieter zu erheben (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG). Im vorliegend relevanten Kontext des *Konsumvertragsrechts* geht es dabei ausschliesslich um die Frage der Beurteilung von missbräuchlichen Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Eine besondere AGB-Norm kennt das schweizerische Recht in Art. 8 UWG. Der *materielle Anwendungsbereich* dieser Norm wird jedoch wegen des lauterkeitsrechtlichen Erfordernisses der Irreführung unnötig erschwert, weshalb die Norm als verunglückt bezeichnet und kritisiert<sup>65</sup> wird. Es mag daher auch nicht erstaunen, dass solche Klagen bisher nicht bekannt geworden sind.

---

<sup>63</sup> JÜRGEN BRÖNNIMANN, Kantonales Konsumentenverfahren – Schwerpunktbericht, in Brunner/ Rehbindler/ Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts / Annuaire de droit suisse de la consommation 1999. Schwerpunkt Zugang zum Recht, Bern 2000, 17–31; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, ZSR/RDS 1989, 353-401.

<sup>64</sup> Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 6. Februar 2001 betreffend aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen, JKR 2001, Bern 2002, 468-475.

<sup>65</sup> Vgl. für viele: CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, Kommentar zu Art. 8 UWG, Rn 32.

## 2. Internationaler Konsumvertrag

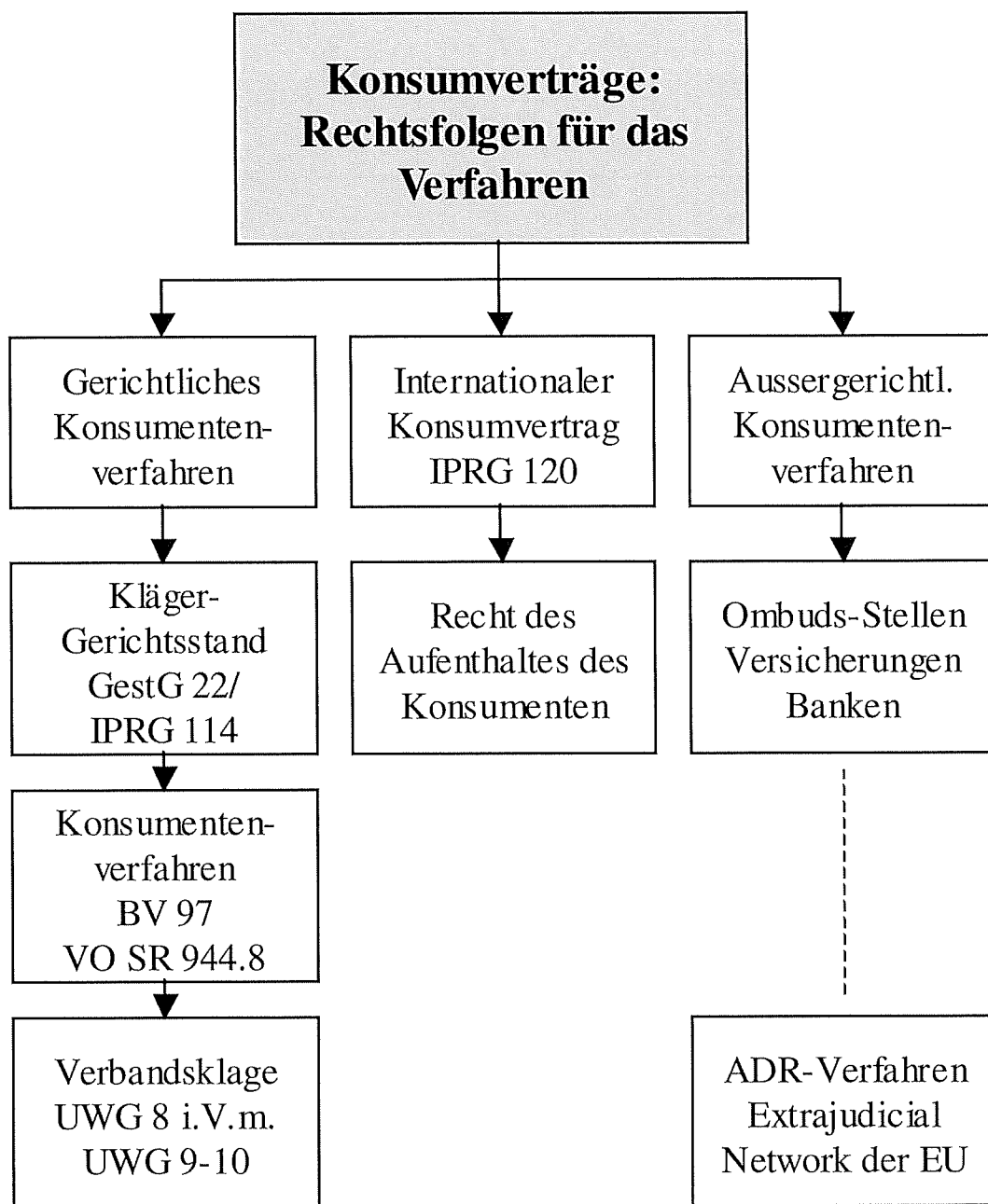
Im Rahmen des vorliegenden Beitrages ist mit Bezug auf den internationalen Konsumvertrag (Art. 120 IPRG)<sup>66</sup> lediglich ein kurzer Hinweis anzubringen. Es gilt der Klägergerichtsstand des Konsumenten nach Art. 114 IPRG, wenn ein Konsumvertrag nach Art. 120 IPRG gegeben ist und es ist das Recht anwendbar, das am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten gilt. Damit soll der Rechtsschutz des Konsumenten im transnationalen Bereich gewahrt werden.

---

<sup>66</sup> Vgl. dazu den Beitrag von IVO SCHWANDER im vorliegenden Jahrbuch. Vgl. sodann: KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, Verträge mit Konsumenten, Kommentar zu Art. 120 IPRG, in Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2.A. Zürich 2004; ANTON K. SCHNYDER, Ausweichklausel und Verbraucherschutz – Herausforderung des Schweizer Internationalprivatrechts, in Schnyder/ Heiss/ Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht, Tübingen 1995, 57 ff.; URS M. WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht. Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), Zürich 1997.



Diagramm 12: Weitere Rechtsfolgen



## V. Zusammenfassung und Ausblick

*Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass die wirtschaftliche Bedeutung des Konsumvertrags nicht unterschätzt werden darf. Ein grosser Teil der wirtschaftlichen Transaktionen in einer Volkswirtschaft wird im rechtlichen Rahmen dieses Vertragstypus abgewickelt. Der Schweizer Verfassungsgesetzgeber hat dem Rechnung getragen und die Norm von Art. 97 BV geschaffen.

Das Konsumvertragsrecht der Schweiz ist vor diesem Hintergrund zu betrachten. Dies hat Auswirkungen auf die vorvertraglichen Pflichten der Parteien, insbesondere des Anbieters (Informations- und Aufklärungspflichten) und damit auch für die Auslegung des Konsumvertrags. Sodann ist im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle eine Qualifikation der privatrechtlichen Eingriffsnormen verfassungskonform vorzunehmen. Bei der Schnittstelle zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht zeigt sich, dass durch unlauteres Verhalten von Anbietern zustande gekommene Konsumverträge nicht bloss anfechtbar, sondern nichtig sind. Schliesslich ist der Konsumvertrag in einer eigenständigen Typologie einzuordnen, womit nicht nur die konsumrechtlichen Nominatverträge, sondern die Gesamtheit möglicher Konsumverträge ins Blickfeld rücken. Ebenso ist der Befund entscheidend, dass die Ausnahmeklausel (atypische Konsumverträge) im materiellen Konsumvertragsrecht nicht zur Anwendung gelangt. Die Ausnahmeklausel der Unüblichkeit gilt nur bei der Frage nach dem Gerichtsstand und im internationalen Privatrecht.

Im Sinne eines *Ausblicks* bliebe zu wünschen übrig, dass der Schweizer Gesetzgeber sich endlich dazu entschliessen könnte, für das Konsumvertragsrecht zentrale Neuerungen der Europäischen Union zu übernehmen. Es handelt sich dabei vor allem um die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und um die Richtlinie über den Konsumgüterkauf. Auch das Fernabsatzgeschäft und der elektronische Handel zwischen Anbietern und Konsumenten sollten im Hinblick auf die Rechtssicherheit einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.

---

**JKR** 2004

Jahrbuch des Schweizerischen  
Konsumentenrechts (JKR)

Annuaire de droit suisse  
de la consommation (ADC)

---

*Zitiervorschlag: JKR 2004*

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-9511-2