

2. Kapitel: Haustürgeschäfte

ALEXANDER BRUNNER

Dr. iur., Obergerichter am Handelsgericht des Kantons Zürich,
Privatdozent an der Universität St. Gallen

in: →

ZEHNTER BAND

Konsumentenschutz im Privatrecht

Herausgegeben von

ERNST A. KRAMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c.

Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Helbing Lichtenhahn Verlag

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

© 2008 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
IISBN 978-3-7190-2501-4 (Helbing & Lichtenhahn Verlag)
www.helbing.ch

Vorwort

Der sich seit den Sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts weltweit entwickelnde rechtspolitische Gedanke eines spezifischen Schutzes der Letztverbraucher bezieht sich klarer Weise nicht auf das Privatrecht allein. «Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten» sind gemäss Art. 97 Abs. 1 BV vom Bund integral in der ganzen schweizerischen Rechtsordnung zu setzen, also etwa auch im Verwaltungsrecht, Strafrecht, Prozessrecht und Wettbewerbsrecht. Dass die Anerkennung einer typischer Weise gegebenen strukturellen (wirtschaftlichen, informationellen, organisatorischen) Unterlegenheit des nicht professionell agierenden Konsumenten, konsequent zu Ende gedacht, auch dem Privatrecht (namentlich dem Vertrags- und Haftpflichtrecht) eine grundsätzlich neue Dimension zuwachsen liess, wurde in der Schweiz, wenn überhaupt, nur zögerlich zur Kenntnis genommen. Gesetzgeberische Interventionen, wie namentlich das BG vom 23.3.1962 über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, wurden als punktuelle Korrekturen mit dem eher pragmatisch begründeten Ziel eines «verstärkten Sozialschutzes» interpretiert, waren aber nur vereinzelt Anlass zu einem prinzipiellen Überdenken des «inneren Systems» des schweizerischen Privatrechts. Dessen «Philosophie» wurde weiterhin – trotz des 1981 in die Verfassung (Art. 31^{sexies} aBV) aufgenommenen Konsumentenschutzartikels – vom Primat der Handels- und Gewerbefreiheit geprägt.

Diese Zurückhaltung wirkt bis heute nach. Zwar hat der schweizerische Gesetzgeber im Anschluss an die gescheiterte EWR-Abstimmung (6.12.1992) eine ganze Reihe europarechtlicher Richtlinien zum Konsumentenschutz «autonom nachvollzogen», in zentralen Fragen ist das schweizerische Privatrecht aber seither wieder hinter den europäischen Standard zurückgefallen, weil die Sorge, neue Normen würden zu einer «Bevormundung» des «mündigen» Konsumenten führen und den liberalen Wirtschaftsplatz Schweiz beeinträchtigen, heute ganz im Vordergrund steht (vgl. die Medienmitteilung des Bundesrats vom 9.11.2005 [zitiert bei KOLLER-TUMLER, in diesem Band, S. 49]). So fehlt – dies ist das gravierendste Defizit – in der Schweiz immer noch eine klare gesetzliche Grundlage für eine verschärfte Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so wie sie in der EU in Gestalt der Klauselrichtlinie von 1993 vorgesehen ist und in unseren Nachbarländern Deutschland und Österreich bereits seit 1976 bzw. 1979 gesetzlich verankert war. Dass sich das Bundesgericht angesichts dieser Abstinenz des Gesetzgebers – trotz verheissungsvoller Programmatik in BGE 123 III 292 (297 f.) – im Ergebnis weiterhin in Zurückhaltung übt, erscheint nicht unverständlich. Auch die Fernabsatzrichtlinie von 1997 und die Verbraucherkaufrichtlinie von 1999 haben bis jetzt keine Spuren im schweizerischen Privatrecht hinterlassen; die Vernehmlassungsvorlage zu einem BG über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001, in welcher neben den im Titel des geplanten BG ange-

sprochenen Materien auch wichtige allgemeine kaufrechtliche Teilrevisionen «versteckt» waren, wurde vom Bundesrat im November 2005 fallen gelassen.

Bei allem Bedauern über konsumentenschutzrechtliche Defizite des schweizerischen Privatrechts sollte das Erreichte in seiner Bedeutung nicht heruntergespielt werden. Diesen «*acquis hélvétique*» nach einer grundsätzlichen theoretischen Einleitung in seinen wichtigsten Ausformungen zusammenfassend zu präsentieren, ist das primäre Anliegen des vorliegenden Bandes. «SPR» dokumentiert dadurch sinnfällig, dass sich der Gedanke eines spezifischen privatrechtlichen Schutzes der Konsumentinnen und der Konsumenten inzwischen tatsächlich zu einer neuen Dimension des schweizerischen Privatrechts entwickelt hat. Eine Reihe von Überlegungen *de lege ferenda* mag gleichzeitig Ansporn sein, beim bisher Erreichten nicht stehen zu bleiben.

Überlegungen *de lege ferenda*: Damit ist gleichzeitig gesagt, dass der vorliegende Band in mancherlei Aussage nicht *sine ira et studio* verfasst ist. Hintergrund dieses rechtspolitischen Engagements ist jeweils der Verfassungsauftrag des Art. 97 Abs. 1 BV sowie der in der EU erreichte Schutzstandard, der freilich keineswegs als sakrosankt empfunden werden sollte.

Der Verfasserin und den Verfassern der einzelnen Abschnitte, Frau MARLIS KOLLER-TUMLER und den Herren ALEXANDER BRUNNER, SÉBASTIEN CHAULMONTET, BERND STAUDER und FRANZ WERRO, sei herzlich für ihre Beiträge gedankt; einigen Verfassern auch noch ganz besonders für ihre Geduld, die sie nach Ablieferung ihrer Beiträge bis zur jetzt erfolgten Drucklegung unter Beweis gestellt haben.

Basel, im Frühling 2008

ERNST A. KRAMER

2. Kapitel: Haustürgeschäfte

ALEXANDER BRUNNER

Dr. iur., Oberrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich,
Privatdozent an der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht

A. Systematische Einordnung von Art. 40aff. OR	201
I. Allgemeines Privatrecht	201
II. Sonderprivatrecht (Konsumrecht)	202
1. Unternehmen (Anbieter)	202
2. Privathaushalte (Konsumenten)	202
III. Geltungsbereich des Sonderprivatrechts	203
B. Modalitäten des Vertragsabschlusses mit Konsumenten	203
I. Klassischer Vertragskonsens (Art. 1 OR)	203
1. Antrag	203
2. Annahme	204
3. Konsens der Parteien und Vertragsgeltung	204
II. Strukturelle Probleme vorvertraglichen Verhaltens im Konsumrecht	205
1. Besonderes Anbieterverhalten	205
2. Besonderes Konsumentenverhalten	207
3. Ausgleich struktureller Problemlagen	208
C. Gesetzliche Regelungen der strukturellen Problemlagen	209
I. Anbieterverhalten des Reisengewerbes im öffentlichen Recht . .	209
II. Aggressive Verkaufsmethoden im Lauterkeitsrecht	210
III. Widerrufsrecht im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts	210
IV. Widerrufsrecht im besonderen Konsumvertragsrecht	212
D. Rechtsfolgen des Widerrufsrechts	214
I. Rechtsfolgen für die Vertragsgeltung	214
1. Widerruf der Willenserklärung des Konsumenten	214
2. Widerrufsrecht und Nichtigkeit des Konsumvertrags	214
3. Widerrufsrecht und Anfechtbarkeit des Konsumvertrags	215
II. Rechtsfolgen für bereits erbrachte Leistungen und Gegenleistungen	215

Literatur: BAUDENBACHER CARL, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978 (zit. Suggestivwerbung); DERS., Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel/Genf/München 2001 (zit. UWG); BRUNNER ALEXANDER, Europäische Vertragsrecht, FS Walter Ott, Zürich 2008, S. 471–493 (zit. Europäisches Vertragsrecht); DERS., Konsumverträge – Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung, JKR 2004 (Bern 2007), S. 3–45 (zit. Konsumverträge, Begriff); DERS., Kommentar zum Konsumkreditgesetz, in Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, S. 3031–3054 (zit. Kommentar KKG); DERS., Konsumentenschutz im VVG – Postulate des Konsumrechts, in Schnyder Anton K./Weber Stephan (Hrsg.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, Zürich 2006, S. 131–142 (zit. Konsumentenschutz im VVG); DERS., Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, S. 31–57 (zit. Konsumentenrecht); DERS., Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, plädoyer 5/1990, 36–47 (zit. Neues Konsumentenschutzrecht); DORNIER ROGER, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Vertrag (Art. 40a–g OR), Zürich 1994; ENGEL PIERRE, Remarques finales sur la formation du contrat – Le droit de révocation de CO 40a ss, in *Traité des obligations en droit suisse*, 2. Aufl., Bern 1997, S. 306–314; FUHRER STEPHAN, Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, HAVE 2002, 3–13; GONZENBACH RAINER, «Pacta sunt servanda» oder neueres Licht auf einen alten Grundsatz – Notizen zu einem Konsumentenschutzproblem, ZSR 1987 I 435 ff., 459 ff. (zit. «Pacta sunt servanda»); DERS., Art. 40a–40f, in Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, S. 312–331; HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Freiburg i.Ue. 2001 (zit. vorvertragliche Informationspflicht); DERS., Die Rückabwicklung von Schuldverträgen. Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Zürich 2005 (zit. Rückabwicklung); HONSELL HEINRICH, OR-Novelle zum Konsumentenschutz, AJP 1992, 66 ff.; HONSELL HEINRICH/PIETRUSZAK THOMAS, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771–790; HUGUENIN CLAIRE, Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP 1994, 691 ff. (zit. Direktvertrieb); DIES., Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung SJZ 91 (1995), 417–422 (zit. Konsumentenrecht im OR); KOLLER ALFRED, Zustellung einer unbestellten Sache; Haustürgeschäfte, in Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas (Hrsg.), *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 111–114; KOLLER-TUMLER MARLIS, Art. 40a–40f, in Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), *OR. Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich 2002, S. 46–53 (zit. Handkommentar); KRAMER ERNST A., Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I 49–92 (zit. Konsumentenschutz); PFUND PETER, Zustandekommen und Widerruf des Versicherungsvertrags, in Schnyder Anton K./Weber Stephan (Hrsg.), *Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Zürich 2006, S. 39–52; ROCHAT FRÉDÉRIC, Le droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables (art. 40a ss CO), in *Rochat Frédéric, Inefficacités du titre d’aliénation et renaissance de l’action réelle mobilière*, Zürich 2002, S. 345–352; SCHMID JÖRG, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften im Besonderen, in Gauch Peter et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 86–87; SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2003, S. 186–189; STAUDER BERND, Art. 40a–40f, in Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genf/Basel/München 2003, S. 33–259; DERS., Die Haustürgeschäfte nach Obligationenrecht, *Schweizerische Juristische Kartothek*, n° 465, Genf 6/2001, 18 S. (zit. SJK); WYSSMANN DANIEL/STREICH FRANZISKA, Die Totalrevision des VVG – Braucht es Widerrufsrecht?, HAVE 2007, 279–280

A. Systematische Einordnung von Art. 40a ff. OR

I. Allgemeines Privatrecht

Der Gesetzgeber hat das Widerrufsrecht systematisch zutreffend in den Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts eingeordnet (Art. 40a ff. OR), da die damit verbundenen Rechtsfragen *Zustandekommen und Geltung des Vertrages* betreffen. Die Rechtsnormen des Obligationenrechts sind jedoch als Teil der Gesamtkodifikation des Zivilrechts (ZGB/OR) grundsätzlich dem *allgemeinen Privatrecht*¹ zuzuordnen. Werden Rechtsnormen als Teil des allgemeinen Privatrechts qualifiziert, so bedeutet dies, dass sie allgemein, d.h., auf alle Rechtsverhältnisse anwendbar sind, unabhängig davon, in welcher wirtschaftlichen Funktion die Parteien am Markt auftreten. Der Gesetzgeber hat indessen bereits bei der Kodifikation des OR Rechtsnormen geschaffen, die als Sonderprivatrecht qualifiziert werden müssen; als Beispiel kann das Kaufrecht dienen, das für bestimmte Fragen zwischen dem allgemeinen Privatrecht und dem *Handelsrecht* der Kaufleute Unterscheidungen² trifft. Diesbezüglich kann in Anlehnung an das IPR von einem *materiellrechtlichen Kollisionsrecht* gesprochen werden. Das Sonderprivatrecht des Handelsrechts ist denn auch nur dann anwendbar, wenn die beteiligten Parteien im Rahmen von Handelsverhältnissen bzw. des kaufmännischen Verkehrs miteinander in Kontakt treten. Rechtshistorisch später haben sich sodann weitere Teilgebiete³ des Sonderprivatrechts heraus gebildet, so das *Arbeitsrecht*, das *Mietrecht* und das *Konsumrecht*. Diese Rechtsgebiete werden auch als soziales Vertragsrecht⁴ bezeichnet, da der Gesetzgeber *faktisch gegebene* strukturelle Ungleichgewichtslagen zwischen den Parteien ausdrücklich auch *normativ anerkannt* hat.

¹ Zur neuen Dimension des Privatrechts: KRAMER, Konsumentenschutz, ZSR 1979 I 49 ff., insbes. 57 ff.; zum Begriff des allgemeinen Privatrechts: BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 31 ff., insbes. 41.

² Bspw. Verzug nach Art. 190 Abs. 1 OR oder Preisbestimmung nach Art. 212 Abs. 3 OR im *kaufmännischen Verkehr*.

³ Vgl. BSK IPRG-BRUNNER, Art. 114 N 1 f.; BSK GestG-BRUNNER, Art. 22 N 13 ff. sowie Übersicht: ALEXANDER BRUNNER, Konsumentenverträge, AJP 1992, 591 ff., insbes. 598 f.

⁴ ADRIAN STAEHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 2–3.

II. Sonderprivatrecht (Konsumrecht)

1. Unternehmen (Anbieter)

Es ist unbestritten, dass die Normen des Widerrufsrechts nach Art. 40aff. OR dem *Konsumrecht* zuzuordnen sind. Nur soweit im vorvertraglichen Bereich die Anbahnung sowie der Abschluss von *Konsumverträgen* zu beurteilen ist, kommt das Widerrufsrecht zur Anwendung. Entscheidend ist daher eine klare Begriffsbestimmung. Ein Konsumvertrag⁵ liegt nur dann vor, wenn das Wirtschafts- und Rechtsverhältnis eines betrieblichen Anbieters (Unternehmen) und eines privaten Abnehmers (Privathalt) vorliegt.

Mit Bezug auf den Geltungsbereich des Widerrufsrechts definiert daher Art. 40a Abs. 1 lit. a OR die Gegenpartei des Konsumenten als *Unternehmen*, d.h., als (betrieblichen) *Anbieter*, der «Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» am Markt in Verkehr bringt. Der Wortlaut des Gesetzes spricht einerseits von «beweglichen Sachen und Dienstleistungen oder von «Güter oder Dienstleistungen»; gemeint ist das Selbe, nämlich «*Waren und/oder Dienstleistungen*», ein Doppelbegriff, der auch in anderen konsumrechtlichen Erlassen Verwendung findet, so bei der Konsumenteninformation nach Art. 1 KIG, bei der Finanzierung nach Art. 10 KKG, bei der Werbung hierfür nach Art. 3 lit. 1 UWG, oder der allgemeinen Werbung mit dem Preis, die nach Art. 2 Abs. 1 lit. d PBV an Konsumenten gerichtet ist. Die Art. 40aff. OR sind daher nur dann anwendbar, wenn die Gegenpartei des Konsumenten Waren und/oder Dienstleistungen am Markt als Unternehmen anbietet.

2. Privathaushalte (Konsumenten)

Die Gegenpartei des (betrieblichen) Anbieters muss sodann nach Art. 40a Abs. 1 lit. a OR ein *privater Abnehmer* sein, der Waren und Dienstleistungen nachfragt, «die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind». Das Widerrufsrecht des OR verwendet damit die sog. *positive Definition*⁶ des Konsumvertrags. Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre ist es in diesem Zusammenhang, eine möglichst einheitliche Auslegung⁷ der konsumrechtlichen Gesetzesnormen zu erreichen, was auch für Art. 40aff. OR gilt. Zusammenfassend ist daher

⁵ BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3 ff., insbes. 11 ff. m.w.H.

⁶ Zu den anderen möglichen Legaldefinitionen vgl. Fn. 5, 11 ff.

⁷ Vgl. BGE 121 III 339 unter Hinweis auf STAEBELIN, Die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten – ein Überblick, FS Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, 125 ff., insbes. 128; ALEXANDER BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff., insbes. 595.

festzuhalten, dass das Widerrufsrecht nur dann zur Anwendung gelangt, wenn das *Rechtsverhältnis der Parteien als Konsumvertrag qualifiziert* werden kann.

III. Geltungsbereich des Sonderprivatrechts

Die besonderen Schutznormen des Sonderprivatrechts gelten jedoch nicht unbeschränkt. Wenn die Geldleistung des Kunden *100 Franken* nicht übersteigt, so steht dem Konsumenten kein Recht zum Widerruf des Konsumvertrags zu. Dieser Entscheid des Gesetzgebers ist zu begrüssen, zumal es sich bei solchen Verträgen um ausgesprochene Bagatell-Tatbestände handelt. Bei wesentlicher Veränderung der Kaufkraft des Geldes passt der Bundesrat nach Art. 40a Abs. 3 OR den in Absatz 1 Buchstabe b genannten Betrag jedoch entsprechend an.

Anders liegt die Sachlage beim weiteren Ausschluss der Anwendbarkeit des Widerrufsrechts. Es ist nach Art. 40a Abs. 2 OR nicht anwendbar für *Versicherungsverträge*. Diese Rechtsfrage ist legislatorisch umstritten, worauf zurückzukommen ist.⁸

B. Modalitäten des Vertragsabschlusses mit Konsumenten

I. Klassischer Vertragskonsens (Art. 1 OR)

1. Antrag

Grundsätzlich gelten die Bestimmungen des allgemeinen Privatrechts auch für den Abschluss des Konsumvertrags.⁹ Auch der Konsumvertrag zwischen Anbieter und Konsument kommt nur durch eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung gemäss Art. 1 OR zustande. Es spielt dabei keine Rolle, *wer* den *Antrag i.S.v. Art. 3 ff. OR* zum Abschluss des Konsumvertrags stellt, der *Anbieter* oder der *Konsument*.

Mit Bezug auf die Frage des Widerrufsrechts ist jedoch zu unterscheiden, von welcher Partei – vom Anbieter oder vom Konsumenten – die auf den Vertragsabschluss gerichteten *Vertragsverhandlungen* (vgl. Art. 40c lit. a OR) ausgegangen sind. Auf diese besondere Rechtsfrage ist nachfolgend einzugehen.¹⁰

⁸ Vgl. nachfolgend Ziff. C.IV., S. 212 f.

⁹ BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3 ff., insbes. 17.

¹⁰ Nachfolgend: Ziff. B.II.1, S. 205 f. und Ziff. C.III., S. 210 f.

2. Annahme

Auch die *Annahme i.S.v. Art. 6ff. OR* des Antrags kann von *beiden Seiten* des Konsumvertrags, vom *Anbieter* oder *Konsumenten*, erklärt werden. Nicht nur als Gesetzesnorm des Konsumrechts, sondern des allgemeinen Privatrechts, bestimmt sodann Art. 6a OR, dass die Zusendung einer unbestellten Sache weder als Antrag noch als stillschweigende Annahme (Art. 6 OR) qualifiziert wird. Die vormals in der kommerziellen Kommunikation praktizierten Zumutungen – vorwiegend gegenüber Konsumenten im Endverbrauchsmarkt – können nach der OR-Novelle nicht mehr zu einem Vertragsschluss führen.

3. Konsens der Parteien und Vertragsgeltung

Der *klassische Vertragskonsens* führt damit auch im Konsumrecht zur *Vertragsgeltung* mit den damit verbundenen Wirkungen betreffend Inhalt und Erfüllung der bezweckten Obligationen von Leistung und Gegenleistung der Parteien. Kritiker befürchten daher eine *systemfremde Aushöhlung* der grundsätzlichen Vertragsbindung (*pacta sunt servanda*) der Parteien durch das Widerrufsrecht. Diese Befürchtungen sind *unbegründet*.

Seit den Tagen des römischen Rechts hat das klassische Vertragsrecht psychologische und soziologische Problemlagen beim Konsens und bei der Vertragsgeltung anerkannt. Das Widerrufsrecht verfeinert lediglich das gesetzliche Instrumentarium zur Erfassung einer *mangelfreien Willenserklärung* hinsichtlich Geschäftswille, Erklärungswille und Kundgabe. Die nunmehr legislatorisch anerkannten *Tatbestände des Widerrufsrechts* sind damit *systemkonform*.

So liegt im Rahmen von *Antrag und Annahme* naturgemäss *keine wirksame Willenserklärung* vor, wenn die *Kundgabe* des Geschäfts- und Erklärungswillens an die Gegenpartei rechtzeitig durch Widerruf zurück genommen wird. Dieser Tatbestand ist auch von Gesetzes wegen (Art. 9 OR) anerkannt. Die *psychologischen Hintergründe* für eine *solche Rücknahme* der Kundgabe blendet das Gesetz folgerichtig aus, sie sind rechtlich *nicht relevant*.¹¹

Allgemein anerkannt ist auch die Berücksichtigung vorvertraglichen Verhaltens in den *Vertragsverhandlungen*, wenn Fairness-Regeln im weitesten Sinn verletzt werden. Der Gesetzgeber versagt solcherart zustande gekommenen Verträgen folgerichtig die Vertragsgeltung, nimmt sie mithin vom Grundsatz *«pacta sunt servanda»* aus. Betroffen ist hier nicht die Kundgabe, sondern der *Geschäfts- und Erklärungswille* einer Partei. Zu den Fairness-Regeln gehört die Einhaltung der Regeln des Gesetzesrechts durch beide Parteien. Ein davon abweichendes Verhalten ist sowohl für den *Abschluss* als auch für den *Inhalt* des Vertrages relevant. Wer bei

¹¹ Dies im Gegensatz zum Widerrufsrecht nach Art. 40a ff. OR.

Vertragsverhandlungen gegen Gesetzesrecht verstösst, handelt widerrechtlich i.S.v. Art. 41 ff. OR, wobei Art. 48 OR aufgehoben und durch Art. 2 ff. UWG abgelöst worden ist; widerrechtliches Verhalten ist als Fairness-Verstoss stets auch unlauteres Verhalten. Wer beim *Vertragsinhalt* gegen Gesetzesrecht verstösst, handelt widerrechtlich i.S.v. Art. 20 OR und es erfolgt keine Vertragsgeltung. Psychologische und soziologische Problemlagen beim Abschluss und Inhalt des Vertrages sind auch gegeben, wenn bei *Vertragsverhandlungen* die Notlage oder die Unerfahrenheit der Gegenseite ausgebeutet oder deren Leichtsinn ausgenützt wird, womit ein offenes Missverhältnis des *Vertragsinhaltes* entsteht. Einem solcherart zustande gekommenen Vertrag kann nach Art. 21 OR die *Vertragsgeltung versagt* werden. Psychologische und soziologische Problemlagen beim Abschluss und Inhalt des Vertrages werden des weitern aus Vernunftgründen seit jeher anerkannt, wenn der Geschäfts- und Erklärungswille einer Partei nicht mangelfrei gebildet werden konnte, mithin eine *mangelhafte Willenserklärung* zufolge von Irrtum, Täuschung oder Furchterregung vorliegt. Auch einem solcherart zustande gekommenen Vertrag kann nach Art. 23–30 OR die *Vertragsgeltung versagt* werden. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass diese Rechtsfolge selbst dann eintreten kann, wenn die unzutreffenden Vorstellungen beim Irrenden selbst liegen und keinerlei Einflussnahmen auf die Bildung des Geschäftswillens des Irrenden durch die Gegenpartei vorliegen (vgl. aber Art. 26 OR). Dies ist beim Widerrufsrecht nach Art. 40 aff. OR gerade nicht der Fall, da bei dieser gesetzlichen Regelung eine Einflussnahme auf den Geschäfts- und Erklärungswillen durch aggressive Verhaltensweisen erfasst werden sollen.

II. Strukturelle Probleme vorvertraglichen Verhaltens im Konsumrecht

1. Besonderes Anbieterverhalten

Das Widerrufsrecht verfeinert in diesem Sinne lediglich die gesetzlichen Tatbestände der groben Einflussnahmen durch Täuschung (Art. 28 OR) und Drohung (Art. 29–30 OR) mittels klar umschriebener psychologischer und soziologischer Problemlagen. Diese Verfeinerung der Regeln des Obligationenrechts bezieht ihre *Legitimation*¹² aus dem *Wesen des Konsumrechts*. Das Widerrufsrecht gilt denn auch nur in diesem Bereich. Das klassische Vertragsrecht geht bei der Privatautonomie von der Gleichstellung 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. Viel-

¹² BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 31 ff., insbes. 45 ff.

mehr ist von einem Informations- und Machtgefälle zwischen Anbietern und Konsumenten auszugehen. Insbesondere das *Informationsgefälle*¹³ 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.

Der Konsument hat daher nach Widerrufsrecht nicht zu behaupten und zu beweisen, dass er vom Anbieter getäuscht oder bedroht worden sei. Es genügt der Nachweis besonderer Umstände im Rahmen der Vertragsverhandlungen. Das gesetzlich erfasste Anbieterverhalten kann als *aggressive Vertriebsmethode und Überrumpelung* des Konsumenten bezeichnet werden. Eine *mangelfreie Willenserklärung* ist unter solchen Umständen typischerweise *nicht möglich*. Die *Kundgabe* der Willenserklärung erfolgt in solchen Situationen in der Regel überstürzt und zu früh; der *Geschäfts- und Erklärungswille* kann nicht sorgfältig gebildet werden, da die Vorstellungen des Konsumenten über Leistung und Gegenleistung des abzuschliessenden Konsumvertrags unvollständig bleiben oder leistungsfremde Umstände wie das Hervorrufen von Gefühlen des Unbehagens und der Peinlichkeit oder die Motivation zu Dankbarkeitsgefühlen eine bestimmende Rolle für den Vertragswillen spielen. Die *verpönte Beeinflussung von Wille und Vorstellung* einer Person (Geschäftswille) besteht daher bei Täuschung und Drohung einerseits (Art. 28–30 OR) und bei Überrumpelung andererseits (Art. 40b OR) in psychologischer und soziologischer Sicht gleichermassen. Das Widerrufsrecht fügt sich daher nahtlos und systemgerecht in das klassische Vertragsrecht ein. Gesetzestechnisch hätte das Widerrufsrecht allerdings auch als «*Art. 9aff. OR*» eingeordnet werden können, zumal der Konsument seinen *Antrag* zum Vertragsabschluss *oder* seine *Annahme widerrufen* kann (nunmehr Art. 40b OR, erster Satzteil). Nach der hier vertretenen Meinung liegt denn auch dogmatisch keine Durchbrechung des Grundsatzes *«pacta sunt servanda»* vor, da ohne wirksamen Antrag (nach Widerruf) und ohne wirksame Annahme (nach Widerruf) *kein Vertragsabschluss* erfolgen kann. Der Unterschied zu Art. 9 OR¹⁴ liegt einzig darin, dass der Anbieter als Gegenpartei des Konsumenten den Widerruf der Willenserklärung (Antrag oder Annahme) nicht *vor der Kundgabe* (Art. 9 OR), sondern erst *nach der Kundgabe* (Art. 40b OR) zur Kenntnis erhält und damit auch rechnen muss.

Bei folgenden aggressiven Vertriebsmethoden muss nun der Anbieter von Anfang an mit dem Widerruf von Antrag oder Annahme des Konsumenten rechnen; wenn er dem Konsumenten sein Angebot von Waren und Dienstleistungen am Arbeitsplatz, in dessen *Wohnräumen* oder in deren unmittelbaren Umgebung gemacht hat (Art. 40b lit. a OR); wenn er es in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen unterbreitet (Art. 40b lit. b OR); oder

¹³ HARTMANN, vorvertragliche Informationspflicht, S. 55 ff., Rz. 121 ff.

¹⁴ Vgl. dazu vorstehend Fn. 11.

wenn er eine Werbeveranstaltung organisierte, die mit einer *Ausflugsfahrt*¹⁵ oder einem ähnlichen Anlass verbunden war (Art. 40b lit. c OR). Da das Widerrufsrecht nur *Unternehmen* als Gegenpartei des Konsumenten ins Recht fasst, ist von den betrieblichen Anbietern auch das *Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden vom 23. März 2001* zu beachten, das sich u.a. ausdrücklich auf die Wirtschaftsverfassungsnorm von Art. 97 BV¹⁶ stützt. Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes untersteht einer Bewilligungspflicht, (lit. a) wer Konsumentinnen oder Konsumenten *Waren* zur Bestellung oder zum Kauf anbietet, sei es im Umherziehen, durch das *ungerufene Aufsuchen privater Haushalte* oder durch den Betrieb eines befristeten Wanderlagers im Freien, in einem Lokal oder von einem Fahrzeug aus, oder (lit. b) wer Konsumentinnen oder Konsumenten *Dienstleistungen* jeglicher Art anbietet, sei es im Umherziehen oder durch das *ungerufene Aufsuchen privater Haushalte*. Das öffentliche Wirtschaftsrecht und das Konsumvertragsrecht überschneiden sich somit in wesentlichen Teilen, sind jedoch nicht deckungsgleich. Durch die öffentlichrechtlichen Eingriffsnormen erfolgt eine präventive Kontrolle der Anbieter, was die Einhaltung auch der obligationenrechtlichen Normen bzw. ein korrektes Verhalten beim Aufsuchen von Konsumenten in Wohnräumen betrifft.

2. Besonderes Konsumentenverhalten

Keine Bewilligung braucht ein betrieblicher Anbieter jedoch nach *Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Gewerbe der Reisenden vom 23. März 2001*, wenn er seine *Waren oder Dienstleistungen* ausserhalb ständiger Verkaufsräumlichkeiten an einer von der zuständigen Behörde angesetzten, zeitlich und örtlich begrenzten öffentlichen Veranstaltung, d.h. an *Märkten und Messen* anbietet. Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist hier mit dem Konsumvertragsrecht deckungsgleich, denn nach Art. 40c lit. b OR steht dem Konsumenten *kein Widerrufsrecht* zu, wenn er seine Erklärung an einem Markt- oder Messestand abgegeben hat. Dies ist nur folgerichtig. Denn hier liegt das aktive Verhalten beim Konsumenten. Er ist es, der in aller Regel interessiert und bereitwillig aus eigenem Antrieb Messen und Märkte aktiv aufsucht und naturgemäss auch weiss, dass es allenfalls zu Vertragsabschlüssen kommen kann. Sodann steht es in seinem Belieben, Märkte und Messen zu besuchen, daselbst nach eigenem Gutdünken zu verweilen und sich ohne Zeitdruck auch nur Kenntnisse zu verschaffen.

Ein analoger Tatbestand ist dann gegeben, wenn der Konsument nach Art. 40c lit. a OR die *Vertragsverhandlungen ausdrücklich gewünscht* hat. Dem Konsumenten steht dann ebenfalls kein Widerrufsrecht zu. In der Praxis stellt sich jeweils die Frage, wie dieser Rechtsbegriff zu qualifizieren ist, d.h., ob dies bereits der Fall ist,

¹⁵ Vgl. dazu im transnationalen Bereich: Art. 120 Abs. 1 lit. c IPRG.

¹⁶ SR 943.1, vgl. Ingress dieses Gesetzes.

wenn der Kunde den *ersten Anstoss überhaupt* gibt¹⁷ oder wenn der Kunde bspw. nach einem Werbeschreiben des Anbieters Kontakt mit ihm aufnimmt.¹⁸ Gemäss Bundesgericht¹⁹ kann diese Frage nur aufgrund von konkreten Umständen des Einzelfalles beantwortet werden. Das Bundesgericht führt dazu aus: Zielt das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften auf den Schutz des Konsumenten vor Überrumpelung und damit auf die Sicherung seiner Entscheidungsfreiheit, ist ausschlaggebend, ob sich der Kunde unbeeinflusst und frei von zeitlichem oder psychischem Druck für die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entscheiden konnte. Das ist z.B. nicht der Fall, wo sich der Anbieter eine Aufforderung des Kunden zu Vertragsverhandlungen gleichsam erschleicht, indem er etwa auf einem Bestellcoupon für Prospektmaterial einen unauffälligen Vermerk anbringt, der Besteller sei mit einem Vertreterbesuch einverstanden (sog. «provozierte Bestellung»)²⁰. Ebenso wenig kann von einer Initiative des Kunden die Rede sein, wenn er vom Anbieter unaufgefordert angerufen wird und im Laufe des Telefongesprächs einem Vertreterbesuch zustimmt. Kann sich der Konsument jedoch aus freien Stücken entscheiden, ob er den Besuch eines Vertreters des Anbieters wünsche oder bloss Informationen anfordern möchte und liegt *kein Zeitdruck oder der Eindruck der persönlichen Anwesenheit eines Vertreters* vor, so kann *nicht von einer Überrumpelung des Konsumenten ausgegangen werden*.

3. Ausgleich struktureller Problemlagen

Mit Bezug auf das Anbieter- und Konsumentenverhalten zeigt sich, dass der Gesetzgeber den Ausgleich struktureller Problemlagen²¹ beim Widerrufsrecht zutreffend geregelt hat. Das Schweizer Konsumvertragsrecht stimmt hier auch mit dem sachlich gut begründeten europäischen Vertragsrecht²² überein.

Hinsichtlich des Verfahrensrechts ist entscheidend, dass der Gesetzgeber Art. 40g OR aufgehoben und in den Art. 22 GestG überführt hat, eine Norm des Gerichtsstandsrechts, die für alle Konsumverträge Geltung beansprucht. Bei Streitigkeiten aus dem Widerrufsrecht nach Art. 40aff. OR zwischen Anbieter und Konsument gilt daher u.a. der *Klägergerichtsstand*.²³

¹⁷ Vgl. BSK OR I-GONZENBACH, Art. 40c N 2.

¹⁸ HONSELL, AJP 1992, 67.

¹⁹ BGer, I. Zivilabteilung, Urteil vom 25. April 2000, 4C.120/1999, E. 2/b/dd.

²⁰ BSK OR I-GONZENBACH, Art. 40c N 2; DORNIER, S. 76 f.; BBI 1986 II 392.

²¹ KRAMER, Konsumentenschutz, ZSR I 49 ff.; HUGUENIN, Direktvertrieb, AJP 1994, 691 ff.; DIES., Konsumentenrecht im OR SJZ 91 (1995), 417 ff.

²² BRUNNER, Europäisches Vertragsrecht, S. 471 ff., insbes. 486 und 493 hinsichtlich Widerrufsrecht; vgl. jedoch S. 487 ff. mit kritischen Hinweisen über die mangelhafte Ausgestaltung der Konsumentenrechte in anderen wesentlichen Bereichen des schweizerischen Rechts.

²³ BSK GestG-BRUNNER, Art. 22 N 1 ff.

Nachfolgend ist aufzuzeigen, welche gesetzlichen Regelungen der strukturellen Problemlagen bei aggressiven Vertriebsmethoden der Anbieter und Überrumpelung der Konsumenten erlassen worden sind. Es sind dies wie bereits erwähnt Normen des öffentlichen Wirtschaftsrechts, des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen und besonderen Vertragsrechts.

C. Gesetzliche Regelungen der strukturellen Problemlagen

I. Anbieterverhalten des Reisengewerbes im öffentlichen Recht

Unter anderem gestützt auf den Verfassungsartikel über den Konsumentenschutz in Art. 97 BV hat der Gesetzgeber das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden vom 23. März 2001²⁴ erlassen. Gemäss Art. 1 regelt dieses Gesetz das Gewerbe von Reisenden, die Konsumentinnen oder Konsumenten Waren oder Dienstleistungen anbieten. Mit Bezug auf die *betrieblichen Anbieter* (Unternehmen) gewährleistet es das Recht, das Reisengewerbe im ganzen Gebiet der Schweiz ausüben zu können; dies in Übereinstimmung mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und dem Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02). Mit Bezug auf die *privaten Abnehmer* (Konsumenten) legt das Gesetz zum Schutze des Publikums die Mindestanforderungen für die Ausübung des Reisengewerbes fest. Wie vormals praktisch in allen Kantonen und wie im benachbarten Ausland bleibt die Ausübung des Reisengewerbes aus diesem Grunde bewilligungspflichtig. Im Vordergrund stehen sicherheits- und gewerbepolizeiliche Überlegungen. Beim Reisengewerbe ist die Transparenz geringer und die Feststellung der Identität des Händlers für das bei sich zu Hause aufgesuchte Publikum schwieriger als beim sesshaften Handel, den der Kunde darüber hinaus aus eigenem Antrieb aufsucht. Es ist denn auch darauf hinzuweisen, dass es mit dem Vertragsabschluss, der Übergabe der Ware oder der erbrachten Dienstleistung oft nicht getan ist, insbes. dann nicht, wenn Erfüllungsstörungen auftreten. Die rasche Identifikation des Anbieters mit Firmennamen und -Adresse ist daher für den Konsumenten von entscheidender Bedeutung. Zwar bestehen auch die öffentlichen Handelsregister (Art. 944ff. OR und HRV) und die Firmengebrauchspflicht (Art. 47 HRV und Art. 3 lit. b UWG). Aggressive Vertriebsmethoden und gewerbsmässige Überrumpelungs-Strategien lassen sich damit jedoch nicht überprüfen. Werden daher durch bestimmte Anbieter die *Mindestanforderungen, zu denen auch die Einhaltung der*

²⁴ Vorstehend Fn. 16. Zur Botschaft und Begründung dieses Gesetzes sowie zum Vernehmlassungsverfahren, vgl.: ALEXANDER BRUNNER et al., Gesetzgebung, JKR 2000, S. 245 f. und 256; JKR 1999, S. 311 f.

vorvertraglichen Informationspflichten nach Widerrufsrecht gehören, systematisch verletzt, so können die kantonalen Aufsichtsbehörden solchen Anbietern die Bewilligung für die Ausübung des Reisendengewerbes zum Schutze des Publikums entziehen.

II. Aggressive Verkaufsmethoden im Lauterkeitsrecht

Eine ergänzende gesetzliche Regelung zum obligationenrechtlichen Widerrufsrecht findet sich im Lauterkeitsrecht. Es handelt sich um den in Art. 3 lit. h UWG normierten psychologischen Kaufzwang durch *aggressive Verkaufsmethoden*.²⁵ Auch diese Gesetzesnorm bezweckt die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit des Adressaten, d.h., die Bildung eines *mangelfreien Geschäftswillens* des Konsumenten bei der Abgabe der Willenserklärung.

Die Entscheidungsfreiheit i.S.v. Art. 3 lit. h UWG ist nach der Rechtspraxis²⁶ dann beeinträchtigt, wenn der Konsument unter der Voraussetzung einer durchschnittlichen Resistenz *nicht* hauptsächlich vom Interesse an der versprochenen *Leistung des Anbieters* zum Vertrag motivieren lässt, *sondern* sich durch die spezifische Art und Weise der auf ihn angewandten *Verkaufsmethode* zum Vertragsabschluss gedrängt fühlt. Art. 3 lit. h UWG und Art. 40aff. OR überschneiden sich insofern, als bei beiden Gesetzesnormen die *Direktansprache des Anbieters gegenüber dem Konsumenten* im Vordergrund steht. Die möglichen Formen des Anbieterverhaltens gehen jedoch bei der aggressiven Verkaufsmethode nach Art. 3 lit. h UWG weiter als jene des Widerrufsrechts.

III. Widerrufsrecht im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts

Entscheidet sich der Anbieter bei der kommerziellen Kommunikation bzw. der Vertragsverhandlung und -anbahnung für *Vertriebsmethoden von Waren und Dienstleistungen, wie sie in Art. 40b OR*²⁷ umschrieben sind, so begründet das obligationenrechtliche *Widerrufsrecht*²⁸ eine Informationspflicht gegenüber dem Kon-

²⁵ BAUDENBACHER, Suggestivwerbung; BRUNNER, Neues Konsumentenschutzrecht, plädoyer 5/1990, 36 ff., insbes. 42.

²⁶ Vgl. etwa: Kantonsgericht ZG, Urteil vom 3. Juli 2002, ZGGVP 2002, 193 ff. m.H.; bestätigt in BGer, Urteil vom 18. Dezember 2002, 6S.357/2002; Marketing-Strategien, die ihren Anfang jeweils auf öffentlichen Strassen und Plätzen nehmen: Bezirksgericht ZH, Urteil vom 8. Mai 1990/Obergericht ZH, Urteil vom 22. Mai 1991, ZR 1994 Nr. 96 = JKR 1995, S. 244 ff.

²⁷ Vgl. vorstehend vor und nach Fn. 15.

²⁸ DORNIER; ENGEL, S. 306 ff.; GONZENBACH, «Pacta sunt servanda», ZSR 1987 I 435 ff., 459 ff.;

sumenten nach Art. 40d OR. Danach hat der Anbieter den Kunden schriftlich über das Widerrufsrecht sowie über Form und Frist des Widerrufs unterrichten und ihm seine Adresse bekannt geben. Diese Angaben müssen datiert sein und die Identifizierung des Vertrags ermöglichen. Sie sind dem Kunden so zu übergeben, dass er sie kennt, wenn er den Vertrag beantragt oder annimmt. Im Zeitpunkt der Willenserklärung des Konsumenten (Antrag oder Annahme) müssen diese Informationen vorliegen und es muss sichergestellt sein, dass sie zur Kenntnis genommen worden sind. Es genügt mithin nicht, wenn nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben war. Betreffend die Frage des *tatsächlichen Kenntnisstandes* sind daher *keine Interpretationen über das allfällige Konsumentenverhalten zulässig*. Die Gerichtspraxis hat dementsprechend zutreffend entschieden, dass die Erfüllung der Informationspflicht nach Art. 40d OR durch Hinweise in den *Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unzulässig*²⁹ ist. Der Anbieter hat sicher zu stellen, dass der Konsument über das Widerrufsrecht und die entsprechenden Modalitäten Kenntnis hat und nicht nur davon hätte Kenntnis nehmen können.

Analoge Tatbestände aggressiver Vertriebsmethoden können sich sodann beim *elektronischen Geschäftsverkehr* ergeben; Tatbestände, die wegen der Problematik des Distanzgeschäftes dem *allgemeinen Vertragsrecht* zuzuordnen wären. Dies ist dann kein Problem, wenn der Konsument als aktiver Nachfrager und in aller Ruhe – von seinem Heimcomputer aus – Waren und Dienstleistungen im Internet sucht und nachfragt; es liegen dann Vertragsverhandlungen auf ausdrücklichen Wunsch des Konsumenten vor (vgl. Art. 40c lit. a OR). Im Rahmen von aggressiven Vertriebsmethoden mittels SPAM- und FAX- Angeboten unter Zeitdruck können sich indessen vergleichbare Tatbestände wie beim obligationenrechtlichen Widerrufsrecht ergeben. Aus diesem Grunde hatte die Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) zuhanden des Bundesrates die *Empfehlung vom 7. Dezember 1999 über den elektronischen Handel*³⁰ verabschiedet. Die EKK sah dabei für Konsumverträge im digitalen Distanzgeschäft ein Widerrufsrecht von sieben Tagen vor.³¹ Gestützt auf diese EKK- Empfehlung wurde die Vorlage zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr in die Vernehmlassung³² gegeben. Die Vorlage wollte den Schutz der Konsumenten namentlich bei Online-Einkäufen im Internet verbessern und ihnen *analog zu Art. 40aff. OR* ein Wider-

BSK OR I-GONZENBACH, S. 312–331; HONSELL, AJP 1992, 66 ff.; ALFRED KOLLER, OR, S. 111 ff.; KOLLER-TUMLER, Handkommentar, S. 46 ff.; ROCHAT, S. 345 ff.; SCHMID, S. 86 f.; SCHWENZER, S. 186 ff.; STAUDER, SJK, 18 S.

²⁹ Kantonsgericht FR, 2. Appellationshof, Urteil vom 14. September 2005, RFJ 2005, 333–335 (nur franz.); Kassationshof NE, Urteil vom 23. März 1995, RJN 1995, 52–53.

³⁰ Abgedruckt in: JKR 2000, S. 391 ff.; vgl. dazu auch die wissenschaftlichen Vorarbeiten: BRUNNER/REHBINDER/STAUDER, Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte und elektronischer Handel im Endverbrauchsmarkt – Ein Überblick, JKR 1998, S. 3 ff., sowie die weiteren Analysen zum Schwerpunktthema Telemarketing, JKR 1998, S. 19–201.

³¹ JKR 2000, 391 ff., insbes. 393 Ziff. V. und 394 Ziff. VI.

³² Kritisch dazu HONSELL/PIETRUSZAK, S. 771 ff.

rufsrecht einräumen. Ferner sah die Gesetzesrevision verschärfte Bestimmungen über die Gewährleistung vor: Während der Käufer nach geltendem Kaufrecht wegen Mängeln der Sache den Vertrag rückgängig machen oder den Ersatz des Minderwerts fordern kann, sollte er neu auch die Möglichkeit erhalten, die Nachbesserung der mangelhaften Sache zu fordern. Zudem sollte die Frist für Klagen auf Gewährleistung von einem Jahr auf zwei Jahre verlängert werden.³³ Mit der Begründung, wonach das Obligationenrecht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit stehe, wurde die Vorlage jedoch am 9. November 2005 vom Bundesrat abgelehnt. Die Vertragsfreiheit sei Ausdruck davon, dass die Bürger mündig seien und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerrufsrechte und Gewährleistungsansprüche würden dem keine Rechnung tragen und – so die Begründung – eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber darstellen. Diese Pauschalbegründung erscheint indessen wenig plausibel, könnte doch mit der *so genannten Bevormundungsthese*³⁴ jede *Legitimation*³⁵ zum Erlass von Schutznormen im Konsumrecht in Frage gestellt werden.

IV. Widerrufsrecht im besonderen Konsumvertragsrecht

Das obligationenrechtliche Recht des Konsumenten, die *Willenserklärung von Antrag oder Annahme zu widerrufen* und damit die Nichtgeltung eines Konsumvertrags zu bewirken, besteht nicht nur im *allgemeinen Vertragsrecht*. Das Sonderprivatrecht verschafft dem Konsumenten die Möglichkeit des Widerrufs auch im *besonderen Konsumvertragsrecht*,³⁶ insbes. beim *Konsumkredit*, bei der *Partnervermittlung* und bei der *Pauschalreise*; diskutiert wird ein solches – in Abänderung von Art. 40a Abs. 2 OR – de lege ferenda auch beim *Versicherungsvertrag*.

Beim *Konsumkredit*³⁷ kann die Konsumentin oder der Konsument nach Art. 16 Abs. 1 KKG den *Antrag* zum Vertragsabschluss oder die *Annahme* innerhalb von sieben Tagen schriftlich widerrufen. Dieses Recht gilt nach Art. 228 lit. b OR auch für den *Vorauszahlungsvertrag*. Bei diesen Konsumverträgen der Voraus- oder Nachfinanzierung von Waren oder Dienstleistungen hat der Gesetzgeber die *glei-*

³³ Vgl. dazu die grundlegenden Vorarbeiten: ERNST A. KRAMER, Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, JKR 1998, S. 205–237. Die entsprechenden Postulate sind nach wie vor unerfüllt, vgl. dazu BRUNNER, Europäisches Vertragsrecht, S. 471 ff., insbes. 487 ff.

³⁴ Die so genannte Bevormundungsthese wurde mehrfach widerlegt, vgl. bspw. vor Erlass des revidierten Konsumkreditgesetzes 2001; BRUNNER/REHBINDER/STAUDER, Privatautonomie zwischen Konsumkredit und Insolvenz, JKR 1997, S. 3 ff., insbes. 8.

³⁵ Vgl. vorstehend Fn. 12.

³⁶ Vgl. zum besonderen Konsumvertragsrecht: BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3 ff., insbes. 32 ff.

³⁷ BRUNNER, Kommentar KKG, S. 3031 ff. Rz. 91 ff.

che Gesetzestchnik verwendet. Widerrufen wird nämlich nicht der durch Konsens bereits zustande gekommene Konsumvertrag als solcher, sondern lediglich die bereits erfolgte Kundgabe³⁸ der Willenserklärung von Antrag oder Annahme. Das Widerrufsrecht des Konsumkreditgesetzes ist daher eng an das Widerrufsrecht nach Art. 40aff. OR angeglichen.

Bei der *Partnervermittlung*³⁹ befolgt der Gesetzgeber nach Art. 406aff. OR eine *andere Dogmatik*. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Partnervermittlung als Sondertypus des Auftrags ausgestaltet werden konnte. Beim Auftrag ist nach Art. 404 OR der jederzeitige Widerruf allgemein anerkannt und bedarf hier keiner weiteren Erörterungen. Folge davon ist, dass nicht die Willenserklärung von Antrag oder Annahme bzw. deren Kundgabe widerrufen, sondern i.S.v. Art. 406^e Abs. 1 OR der *Rücktritt vom Vertrag* erklärt werden kann. Der Vertrag tritt für den Auftraggeber erst sieben Tage nach Erhalt eines beidseitig unterzeichneten Vertragsdoppels in Kraft. Innerhalb dieser Frist kann der Auftraggeber dem Beauftragten schriftlich seinen Rücktritt vom Vertrag erklären. Ein im Voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist unverbindlich. Die Postaufgabe der Rücktrittserklärung am siebten Tag der Frist genügt.

Bei der *Pauschalreise* kann sodann grundsätzlich *nicht* von einem *Widerrufsrecht* analog zu Art. 40aff. OR gesprochen werden.⁴⁰ Der Rücktritt des Konsumenten nach Art. 10 Abs. 1 PRG ist dem Auftragsrecht gemäss Art. 404 OR bzw. eher den Folgen der *Nichterfüllung* gemäss Art. 97f. OR⁴¹ nachgebildet. Voraussetzung ist nämlich eine im Verantwortungsbereich des Anbieters verursachte nachträgliche Vertragsänderung⁴² des bereits rechtswirksam abgeschlossenen Vertrages. Weitere Erwägungen hiezu können daher unterbleiben.

Hingegen wird – *de lege ferenda* – eine Abänderung von Art. 40a Abs. 2 OR, d.h. die Einführung des Widerrufsrechts beim *Versicherungsvertrag*⁴³ diskutiert. Eine solche Gesetzesänderung wäre zu begrüßen. Denn beim Vertrieb von Dienstleistungen der Versicherungsbranche stellen sich bei Vertreterbesuchen in Privathaushalten von Konsumenten die gleichen Problemlagen.

³⁸ Vgl. vorstehend Fn. 11 und Fn. 14.

³⁹ ALEXANDER BRUNNER et al., Gesetzgebung, JKR 1999, S. 304 und 317; JKR 1998, S. 343; JKR 1996, S. 256f.

⁴⁰ Keine entsprechende Unterscheidung bei BSK OR I -GONZENBACH, Vor Art. 40a-40f N 9.

⁴¹ Vgl. dazu folgerichtig Art. 10 Abs. 4 PRG betreffend Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

⁴² Vgl. Titel des 6. Abschnitts des PRG.

⁴³ BRUNNER, Konsumentenschutz im VVG, S. 131 ff.; FUHRER, HAVE 2002, 3 ff.; PFUND, S. 39 ff.; WYSSMANN/STREICH, HAVE 2007, 279 f.

D. Rechtsfolgen des Widerrufsrechts

I. Rechtsfolgen für die Vertragsgeltung

1. Widerruf der Willenserklärung des Konsumenten

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass nicht der Konsumvertrag als solcher bzw. dessen Geltung widerrufen werden kann, sondern gemäss Art. 40b OR lediglich die Kundgabe der Willenserklärung von Antrag oder Annahme zum Abschluss eines solchen Vertrages. Der Grundsatz *«pacta sunt servanda»* ist nicht betroffen. Wird die Willenserklärung (Antrag oder Annahme) widerrufen, so kommt *kein Konsumvertrag* zustande.

Allerdings sind dabei *Formen und Fristen* zu wahren. So muss der Konsument nach Art. 40^e Abs. 1 OR dem Anbieter den Widerruf *schriftlich* erklären. Die Widerrufsfrist beträgt nach Art. 40^e Abs. 2 OR sieben Tage, wobei die Frist nach Art. 40^e Abs. 4 OR eingehalten ist, wenn die Widerrufserklärung am siebenten Tag der Post übergeben wird (Datum Poststempel). Die Frist beginnt, sobald der Kunde nach Art. 40^e Abs. 2 lit. a OR den Vertrag beantragt oder angenommen hat und (lit. b) von den Angaben nach Artikel 40d Kenntnis erhalten hat. Der Beweis des Zeitpunkts, in dem der Kunde von den Angaben nach Artikel 40d Kenntnis erhalten hat, obliegt nach Art. 40^e Abs. 3 OR dem Anbieter. Der Anbieter wird seine Beweislast daher mit Vorteil durch eine Unterschrift des Konsumenten unter einen klaren Informationstext absichern.

2. Widerrufsrecht und Nichtigkeit des Konsumvertrags

Hat der Konsument die Willenserklärung (Antrag oder Annahme) zum Abschluss eines Konsumvertrags *nicht widerrufen*, womit der Konsumvertrag zufolge Konsenses Geltung erlangt, so stellt sich die Frage, ob er sich gleichwohl auf andere Rechtsbehelfe berufen kann, welche die *Vertragsgeltung* in Frage stellen.

Diese Rechtsfrage ist ohne weiteres zu bejahen. Denn die Modalitäten der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses berühren die sich daran anschliessenden Rechtsfragen der Gültigkeit nicht. Insbesondere eine mögliche Nichtigkeit wegen *widerrechtlichen Vertragsinhaltes* i.S.v. Art. 20 OR ist davon nicht betroffen. Der Konsument, der seine Willenserklärung (Antrag oder Annahme) zum Abschluss des Konsumvertrags nicht widerrufen hat, kann sich daher auch nach Ablauf der siebentägigen Widerrufsfrist auf die *Nichtigkeit des Konsumvertrages* berufen.

3. Widerrufsrecht und Anfechtbarkeit des Konsumvertrags

Das Gleiche gilt für die Anfechtbarkeit des Konsumvertrages. Hat der Konsument die Willenserklärung (Antrag oder Annahme) zum Abschluss des Konsumvertrages nicht widerrufen und erwächst dieser daher in *Vertragsgeltung*, so kann sich der Konsument auch nach Ablauf der siebentägigen Widerrufsfrist auf die *Anfechtbarkeit des Konsumvertrages* berufen. Es stehen ihm – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – alle Rechtsbehelfe offen: die Berufung auf Übervorteilung nach Art. 21 OR, auf Irrtum nach Art. 23 ff. OR, auf Täuschung nach Art. 28 OR und auf Furchterregung nach Art. 29f. OR.

Übervorteilung und Irrtum betreffen in der Regel den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags und nicht nur die Modalitäten des Vertragsabschlusses; Letztere können daher die auf einen korrekten Vertraginhalt gerichteten Schutznormen nicht entkräften. Täuschung und Drohung als grobe Einflussnahme auf Vertragsverhandlungen gehören zwar zu den Modalitäten des Vertragsabschlusses, sind jedoch zur Hauptsache auf den Geschäftswillen des Konsumenten gerichtet, indem das Anbieterverhalten einen mangelhaften Willen und unzutreffende Vorstellungen einer Person erreichen will. Auch wenn der *Tatbestand der Überrumpelung* nach sieben Tagen *nicht mehr gegeben* ist, können als Folge einer Täuschung unzutreffende Vorstellungen des Konsumenten *bleiben* und als Folge einer Drohung ein mangelhafter Wille des Konsumenten *andauern*. So beginnt die Frist für die Anfechtung nach Art. 31 Abs. 2 OR in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung. Sehr häufig wird daher die Entdeckung und Beseitigung i.S.v. Art. 31 Abs. 2 OR *erst nach Ablauf der Frist von sieben Tagen* eintreten. Da es sich bei Art. 40^e Abs. 2 OR um Schutznormen für Konsumentinnen und Konsumenten handelt, kann auch nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe deren Rechte mit Einführung des Widerrufsrechts krass verschlechtern wollen. Es ist daher darauf hinzuweisen, dass die einjährige Frist von Art. 31 OR durch die siebentägige Frist des Widerrufsrechts nicht aufgehoben wird.

II. Rechtsfolgen für erbrachte Leistungen und Gegenleistungen

Hat der Kunde seine Willenserklärung (Antrag oder Annahme) widerrufen, so müssen die Parteien bereits empfangene Leistungen nach Art. 40f Abs. 1 OR zurückerstatten. Diese Rechtsfolge⁴⁴ ergibt sich bereits aus *Art. 62 Abs. 2 OR*, da eine Zuwendung aus einem nicht verwirklichten Grund erfolgt ist (keine Geltung des Konsumvertrags). Hat der Kunde eine *Sache* bereits gebraucht (Art. 40f Abs. 2 OR), so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen *Mietzins*. Hat der

⁴⁴ HARTMANN, Rückabwicklung, S. 83 Rz. 192 ff.

Anbieter eine *Dienstleistung* erbracht, so muss ihm der Kunde Auslagen und Verwendungen nach den Bestimmungen über den *Auftrag* (Art. 40f Abs. 3 OR i.V.m. Art. 402 OR) ersetzen. Der Konsument schuldet dem Anbieter jedoch nach Art. 40f Abs. 4 OR *keine weitere Entschädigung*.