

Koller-Tumler, Marlis: Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht. Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 567. XLII, 215 S. (Bern 1995. Stämpfli.) Brosch. Fr. 78.–.

Schmelzer, Mikael: Der Konsumentenvertrag. Betrachtung einer obligacionenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung. Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 23. 283 S. (Chur/Zürich 1995. Rüegger.) Brosch. Fr. 46.90.

Weber-Stecher, Urs M.: Internationales Konsumvertragsrecht. Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVU, EGBGB) Studien zum Verbraucherrecht, Band 5. LXIX, 362 S. (Zürich 1997. Schulthess.) Brosch. Fr. 68.–.

In rascher Folge sind drei profunde Dissertationen zum schweizerischen und internationalen Konsumentenrecht erschienen, die an dieser Stelle wegen ihres inhaltlichen Zusammenhangs gemeinsam vorgestellt werden sollen. Die beiden ersten Arbeiten sind durch Hinweise des Rezensenten zum Konsumentenvertrag angeregt worden (SJZ 1989, 12 ff., 249 ff.; AJP 1992, 591 ff.) und beleuchten nunmehr diesen neuen Vertragstypus des schweizerischen Obligationenrechts eingehend in allen relevanten Facetten. Die dritte Arbeit befasst sich als kollisionsrechtliche Analyse naturgemäss mit Abgrenzungsfragen und stellt plausible Lösungen in Konkretisierung der Zwecktheorie (Basler Kommentar, IPRG Art. 120 N 5) zur Diskussion im Hinblick auf die wirtschaftliche Funktion der Vertragsparteien. Alle drei Autoren stellen sodann in der Zwischenzeit ihre Spezialkenntnisse dem Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR, Stämpfli) zur Verfügung, wo sie als Mitarbeiter des Rechtsprechungsteils wirken. Die beiden im Jahre 1995 erschienenen Arbeiten sind überdies mit dem Walther-Hug-Preis ausgezeichnet worden.

1. Die Stärke der von Wiegand (Universität Bern) betreuten Dissertation von *Koller-Tumler* besteht in der eingehenden historischen Analyse des Konsumentenartikels der BV und dessen Umsetzung im kantonalen Prozessrecht und im Gesetzesrecht. Mit reicher Dokumentation von Materialien und Literatur sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen geht die Autorin dabei im ersten Teil auf die Entwicklung der neuen Rechtsfigur ein. Im zweiten Teil kommen die Normen zur Darstellung, die bereits vor dem Konsumentenartikel erlassen wurden wie z. B. das Abzahlungsrecht. Die neue Verfassungsbestimmung löste ab 1981 weitere Anpassungen aus, die sich wesentlich auf die Revision des Lauterkeitsrechts auswirkten wie z. B. auf das Verbot aggressiver Verkaufsmethoden oder die erstmalige Normierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Art. 8 UWG. Das ebenfalls in diesem Zeitraum erlassene Konsumentensouvenäritätsgesetz (KIG) bezeichnet die Autorin zu Recht als Stütze des Wettbewerbs, da es rationale Entscheide der Konsumenten ermöglichen soll. Die Konsumentensouveränität erscheint denn auch als Grundvoraussetzung der Marktwirtschaft. Gleichzeitig mit dem KIG wurden sodann die Sondernormen über die Zusendung unbestellter Sachen sowie das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften in das OR aufgenommen. Nach der Erörterung des Konsumentenmietvertrags (Art. 266k OR) kommt schliesslich das Paradigma – der internationale Konsumentenvertrag – eingehend zur Darstellung

(Art. 120 IPRG). Die Tatsache, dass dieser Vertragstypus bereits stark dem Europarecht angeglichen ist (Römer- und Lugano-Übereinkommen), leitet über zu den Konsumentenrechts-Novellen, die als sog. *acquis communautaires* im Rahmen der Eurolex- bzw. Swisslex-Gesetzgebung in das Schweizer Recht übernommen worden sind. Entscheidend sind hier das Konsumkreditgesetz (KKG) und das Pauschalreisegesetz (PRG), wobei die Autorin das ausschliesslich dem Konsumentenrecht zuzuordnende Produkthaftungsgesetz als nicht zum Vertragsrecht gehörend richtigerweise weggelassen hat.

Unter dem Titel Würdigung und Ausblick kommt die Autorin nach der umfassenden Analyse zur abschliessenden Synthese. Dabei kann sich der Rezensent der Meinung anschliessen, wonach Art. 31^{sexies} BV zwar nicht über die Grundnorm von Art. 2 ZGB hinausgeht, jedoch als Konkretisierungshilfe für die richterliche Praxis der Vertragsauslegung einen wesentlichen Beitrag leistet. Nicht anschliessen kann sich der Rezensent der Ausdehnung des Rechtsbegriffs des allgemeinen Konsumentenvertrags auf der Abnehmerseite, soweit neben privaten Abnehmern (Konsumenten) auch betriebliche Abnehmer erfasst werden sollen, weil damit ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal verloren geht. Die Diskussion über diese Rechtsfrage ist allerdings noch im Fluss (vgl. *Rehbinder*, JKR 1995, 69 ff.; nachfolgend Besprechung von *Weber-Stecher*). Gesamthaft betrachtet werden inskünftig Rechtsprechung und Lehre die hervorragende Arbeit von *Koller-Tumler*, die inzwischen auch als KKG-Kommentatorin bekannt geworden ist, mit Gewinn zu Rate ziehen.

2. Die von Schwander (Universität St. Gallen) betreute Dissertation von *Schmelzer* besticht durch ihren durchgehend wirtschaftsrechtlichen Ansatz und ergänzt damit die vorstehende Arbeit auf ideale Weise. Der erste Teil befasst sich neben Hinweisen auf die amerikanische, europäische und schweizerische Konsumentenpolitik vor allem mit dem rechtssoziologisch begründeten, rollenorientierten Recht sowie mit der ökonomischen Analyse des Rechts. Der Begriff des Konsumenten wird auf diese Weise zutreffend in den übergeordneten Rahmen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften mit ihrem Idealtypus des *homo oeconomicus* gestellt. Der zweite Teil behandelt analog zur Arbeit von *Koller-Tumler* die Erlasse nach 1981, womit die zusätzliche Perspektive von *Schmelzer* die Auslegung dieser Gesetze inskünftig erleichtern wird. Der Autor geht auch auf des Wiener Kaufrecht ein, verwirft aber zutreffend dessen Anwendung auf Konsumentenverträge und qualifiziert es damit ausschliesslich als handelsrechtliches Abkommen. Der dritte Teil erweist sich für die Analyse des neuen Rechtsbegriffs als überaus hilfreich, da der Autor die wirtschaftlichen Erscheinungsformen sowohl auf der Anbieterseite (Unternehmen) als auch auf der Abnehmerseite (Privathaushalt) untersucht. Hinzu kommt die Klärung des Vertragsgegenstandes, insbesondere von Waren und Dienstleistungen, die in ihren Konkretisierungen das besondere Konsumentenvertragsrecht begründen. In Übereinstimmung mit der h.L. (vgl. *Berti/Schnyder*, IPRG Art. 149 N 13) kommt *Schmelzer* zum Schluss, dass vor allem auch Dienstleistungsverträge unter den Begriff des Konsumentenvertrages fallen können. Eine Fülle von Argumentationen wird der Leser sodann bei den Ausführungen zur Rollenbestimmung der am Konsumentenvertrag beteiligten Personen finden, die bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Funktionen Abgrenzungsfragen aufwerfen.

Der Rezensent teilt die Meinung des Autors in dessen Schlussbetrachtung, dass der Konsumentenvertrag nicht mehr im Rahmen eines Konsumentenschutzrechts einzuordnen ist, vielmehr der Terminus *Konsumentenrecht* bzw. *Konsumrecht* (vgl. nachfolgend) als angemessen erscheint. Das Konsumenten-

recht ist denn auch nicht die einzige Materie, bei welcher der Gesetzgeber strukturelle Ungleichgewichte vorfindet und durch die Setzung von Recht eine relative Freiheit der am Rechts- und Wirtschaftsleben beteiligten Personen wahrt. In diesem Sinne ist der Konsumentenvertrag in der Zwischenzeit zum Bestandteil des Obligationenrechts geworden, der zum Schritt einer «Gelassenheit gegenüber dem Konsum» ermuntert.

3. Die von Siehr (Universität Zürich) betreute Dissertation von *Weber-Stecher* hat diesen Schritt – zwei Jahre nach dem Erscheinen der vorstehenden Arbeiten und gestützt auf diese – getan. Die Thesen von *Weber* sind geeignet, den wissenschaftlichen Diskurs über das schweizerische Konsumentenrecht endgültig auf einem rationalen Niveau zu festigen. Die Rhetorik über einen «Würgegriff der Regulierer» mit «Bevormundung des Bürgers» wird der Wissenschaftlichkeit der Analyse weichen. In diesem Sinne zeigt «Recht und private Wirtschaftsmacht» (*Homburger*, 1993) einen grundlegenden Gegensatz auf, den jeder weise Gesetzgeber zur Wahrung von Freiheit und Demokratie – nicht nur im Kartellrecht – berücksichtigen wird. *Weber* schlägt daher in Konkretisierung der Zwecktheorie vor, Vermutungstatbestände zu schaffen, die auf methodologischem Wege einen Ausgleich zwischen einer Inkongruenz von generell-abstrakter Norm und individuell-konkretem Sachverhalt herbeiführen. Ausgangspunkt ist dabei die Anerkennung einer konsumspezifischen Ungleichgewichtslage in rechtstatsächlicher Hinsicht zwischen den betrieblich organisierten Unternehmen einerseits und den natürlichen Personen der Privathaushalte andererseits. Die typischen Ungleichgewichte zeigen sich zur Hauptsache im Informationsgefälle und der ungleichen Verhandlungsmacht der Beteiligten. Diese Typisierung, die dem Gesetzgeber als Grundlage von Rechtsnormen diene, hat im Konsumentenrecht teilweise zu dem Vorwurf geführt, die ganze Bevölkerung werde über einen Leisten geschlagen. Diesem Argument setzt nun *Weber* seine Thesen entgegen, indem er ein kluges Vorgehen mit Vermutungen wählt. Die freiheitstiftende Funktion des Rechts bleibt erhalten, indem die auf hoher Wahrscheinlichkeit beruhende Typisierung des Gesetzgebers, d. h. die konsumspezifische Ungleichgewichtslage beim Konsumvertrag vermutet wird. Diese Tatsachenvermutung (*praesumptio iuris*) soll jedoch (*de lege ferenda*) widerlegbar sein. Widerlegt der Anbieter im konkreten Fall, dass der Konsument weder mit Bezug auf den Informationsstand noch hinsichtlich der Verhandlungsmacht die schwächere Vertragspartei ist, sollen die Normen des allgemeinen Privatrechts und nicht jene des Konsumentenrechts zur Anwendung kommen. Im Gegenzug könnten sich nach *Weber* aber auch Kleinunternehmen (sog. *small business men*), die als betriebliche Abnehmer am Letztverbrauch teilhaben, auf das Konsumentenrecht berufen, wenn sie die ausschliessende Tatsachenvermutung widerlegen. In die gleiche Richtung geht sein Vorschlag, anstelle der bisher positiven Umschreibung der vertraglichen Zweckbestimmung zum Konsum auf der Abnehmerseite negativ festzuhalten, dass Waren und Dienstleistungen natürlichen Personen zu nichtbetrieblichen Zwecken dienen. Der Autor schlägt schliesslich mit Bezug auf die Terminologie eine Anpassung vor, die auf den ersten Blick ungewöhnlich, aber sehr überzeugend ist, indem er nicht mehr von Konsumentenrecht und Konsumentenvertrag, sondern von *Konsumrecht* und *Konsumvertrag* spricht.

Der Rezensent kann sich den Meinungen *Webers* über weite Strecken anschliessen. So ist in der Tat nicht einsichtig, weshalb bisher im Konsumrecht bei der Festlegung des *terminus technicus* an den «Schutz» des «Konsumenten» angeknüpft worden ist. Man spricht auch nicht von «Arbeitnehmerschutzrecht» oder von «Kaufleuterecht», vielmehr von Arbeitsrecht und Handelsrecht, die ihrerseits wesentliche Schutznormen zugunsten von

Arbeitnehmern, von Minderheitsaktionären oder Firmen gegenüber marktmächtigen Unternehmen und Kartellen enthalten. Der neue Terminus wird sich einbürgern, zumal er auch dem Sprachgebrauch der Romandie entspricht (*droit de la consommation*). Eine Differenz sieht der Rezensent beim Begriff der von *Weber* eingeführten konsumspezifischen Ungleichgewichtslage, die mit dem konsumrechtlichen Ungleichgewichtsprinzip gleichgesetzt wird, die jedoch beide in ihrem methodologischen Verhältnis von Rechtstatsache und Norm (vgl. JKR 1995, 49 f.) weiter bestehen sollten. Es fehlt hier der Raum, auf die übrigen Analysen zum internationalen Konsumvertrag einzugehen, die ebenso differenziert ausgefallen sind. Sie werden Rechtsprechung und Lehre zweifellos beeinflussen. In diesem Sinne sei dem Leser nicht bloss ein Blick in die überzeugende Arbeit von *Weber* empfohlen.

Dr. Alexander Brunner, Obergericht, Zürich