

06.441

Parlamentarische Initiative
Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim
Telefonverkauf
Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates

vom 14. November 2013

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Obligationenrechts. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

14. November 2013

Im Namen der Kommission

Die Präsidentin: Anne Seydoux-Christe

Übersicht

Das geltende Obligationenrecht kennt ein gesetzliches Widerrufsrecht für Konsumentinnen und Konsumenten lediglich für die sog. Haustürgeschäfte (Art. 40a ff. OR). Ferner bestehen für einzelne Vertragstypen weitere Widerrufsrechte. Dagegen fehlt es an einem allgemeinen Widerrufsrecht für das Fernabsatzgeschäft, welches unter anderem die am Telefon und im Internet geschlossenen Verträge erfassen würde. Die Kommission erkennt auch bei diesen heute in der Praxis bedeutsamen Verträgen ein erhöhtes Schutzbedürfnis. Sie beantragt deshalb die Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechts für Konsumentinnen und Konsumenten im gesamten Fernabsatzgeschäft, d.h. bei Verträgen, die geschlossen werden, ohne dass sich die Vertragsparteien physisch begegnen. Davon sind wiederum verschiedene Bereiche und Verträge auszunehmen, weil in diesen ein Widerrufsrecht entweder sachlich nicht gerechtfertigt oder aber praktisch nicht sinnvoll wäre. Insgesamt wird eine Vereinheitlichung der Begriffe, der Fristen und der Folgen der Widerrufsrechte im gesamten Vertragsrecht vorgenommen. Dabei wird auch Entwicklungen im internationalen Recht Rechnung getragen.

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

1.1 Parlamentarische Initiative

Am 21. Juni 2006 reichte der damalige Ständerat Pierre Bonhôte eine parlamentarische Initiative ein, die verlangt, das Obligationenrecht (OR)¹ so zu ändern, dass das heute für Haustürgeschäfte geltende Widerrufsrecht (Art. 40a ff. OR) neu auch für am Telefon geschlossene Verträge gelten soll. Der Ständerat beschloss am 2. Juni 2008 mit 23 zu 12 Stimmen, der Initiative Folge zu geben². Der Nationalrat stimmte diesem Beschluss am 21. September 2009 bei 77 zu 77 Stimmen und 9 Enthaltungen mit Stichentscheid der Präsidentin gemäss Artikel 109 Absatz 3 des Parlamentsgesetzes (ParlG)³ zu⁴.

1.2 Arbeiten der Kommission

Die Kommission befasste sich an fünf Sitzungen in den Jahren 2010 bis 2012 mit der Umsetzung der parlamentarischen Initiative. Am 23. August 2012 hat sie einstimmig einen Vorentwurf angenommen. Zu diesem Vorentwurf wurde vom 17. September bis zum 21. Dezember 2012 ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt.

Am 3. Mai 2013 nahm die Kommission Kenntnis von den Vernehmlassungsergebnissen. Am 14. November 2013 verabschiedete sie mit 8 zu 2 Stimmen den beiliegenden Gesetzesentwurf.

Die Kommission wurde bei ihrer Arbeit gemäss Artikel 112 Absatz 1 ParlG durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) unterstützt.

2 Ausgangslage

2.1 Geltendes Recht

Das geltende OR sieht ein Widerrufsrecht für Verträge vor, die als sog. Haustürgeschäfte geschlossen werden (Art. 40a ff. OR). Ein Rechtsgeschäft gilt als Haustürgeschäft im Sinne des Gesetzes, wenn der Kundin oder dem Kunden das Angebot zum Abschluss des Vertrags entweder am Arbeitsplatz, in seinem oder ihrem Wohnraum oder in deren unmittelbarer Umgebung, in öffentlichen Verkehrsmitteln, auf öffentlichen Strassen oder Plätzen oder an einer Werbeveranstaltung gemacht wurde (Art. 40b OR). Davon sieht das Gesetz bestimmte Ausnahmen vor. Die Ausübung des Widerrufsrechts und die Folgen eines Widerrufs werden im geltenden Recht nur im Grundsatz geregelt. Das geltende Recht äussert sich nicht zur Frage, ob ein Vertrag auch dann widerrufen werden

¹ SR 220

² AB 2008 S 371

³ SR 171.10

⁴ AB 2009 N 1645

kann, wenn der Anbieter die Kundin oder den Kunden am Telefon anspricht. In der Lehre wird die Frage zum Teil bejaht, weil auch bei einem am Telefon geschlossenen Vertrag die Gefahr einer Überrumpelung besteht⁵. Allerdings erwähnte der Entwurf des Bundesrats noch explizit die Möglichkeit des Widerrufs eines am Telefon geschlossenen Vertrags (Art. 40a Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 E-OR)⁶. Der Nationalrat redigierte die Vorlage in der Folge neu und strich dabei den Hinweis auf am Telefon geschlossene Verträge⁷. Dem Amtlichen Bulletin lässt sich nicht entnehmen, welche Motivation hinter dieser Streichung stand. Der Ständerat übernahm die Fassung des Nationalrats praktisch unverändert⁸. Hier war die Frage, ob auch ein am Telefon geschlossener Vertrag als Haustürgeschäft im Sinne von Artikel 40a ff. OR gelten kann, kein Thema. Kein Widerrufsrecht sieht das geltende Recht für Verträge vor, die mittels anderer Fernkommunikationsmittel und damit insbesondere via Internet geschlossen werden.

Am 1. April 2012 ist ausserdem der neue Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe s des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁹ in Kraft getreten, der vom Anbieter zu erfüllende Voraussetzungen für den Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr aufstellt. Danach sind die Identität und die Kontaktadresse des Anbieters in klarer und vollständiger Weise anzugeben. Vorgeschieden sind zudem Hinweise auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, und es müssen angemessene technische Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen Eingabefehler vor der Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können. Schliesslich ist die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen.

2.2 Problematik der heutigen Rechtslage

Definitionsgemäss kann die Konsumentin oder der Konsument bei einem Fernabsatzgeschäft die bestellten Waren nicht unmittelbar sehen und prüfen, bevor sie oder er den Vertrag abschliesst¹⁰. Vertriebsbedingt besteht eine Informationsasymmetrie zwischen den Vertragsparteien. Zudem besteht eine erhöhte Gefahr, dass Verträge übereilt abgeschlossen werden. Im Falle des Telefonverkaufs kommt wie beim Haustürgeschäft der Überraschungs- und Überrumpelungseffekt hinzu. Häufig kommt es vor, dass Personen am Telefon in Verträge gedrängt werden, die sie gar nie abschliessen wollten bzw. nicht abgeschlossen hätten, wenn ihnen ausreichend Zeit zum Überlegen zur Verfügung gestanden hätte. In diesem

⁵ Koller-Tumler (siehe Angaben im Literaturverzeichnis), S. 85, insb. Fn. 343; Gonzenbach/Koller-Tumler, N 8 zu Art. 40b; Dornier Diss., Rz. 343; Dornier Kommentar, N 70 zu Art. 40b; demgegenüber ablehnend z.B. Stauder/Stauder, N 20a zu Art. 40b; Marchand, S. 170 f.

⁶ Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff., 403.

⁷ AB 1990 N 572 ff.

⁸ AB 1990 S 307 ff.

⁹ SR 241

¹⁰ Vgl. z.B. Marchand, S. 181.

Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass heute vermehrt auch teure Konsumgüter (z.B. Schmuck) über das Internet vertrieben werden¹¹. Gleiches gilt für die Vielfalt von Dienstleistungen, wo insbesondere auch vertragliche Rücktrittsrechte bisher unklar sind¹². Der Konsum von digitalen Inhalten wie Musikstücken, Klingeltönen, Filmen, Zeitungen und Büchern oder Spielen via Internet ist gar zur Selbstverständlichkeit geworden¹³. Die Kommission ist aus diesen Gründen der Ansicht, dass im Fernabsatz ein im Vergleich zum traditionellen Handel erhöhtes Schutzbedürfnis für die Konsumentin und den Konsumenten besteht. Ähnlich wie beim Haustürgeschäft sollte es diesen möglich sein, nach Vertragsschluss beziehungsweise nach Prüfung der Leistung des Anbieters den Vertrag nochmals zu überdenken (im Sinne einer sog. *Cooling off-Periode*) und allenfalls den Antrag zum Vertragsschluss oder die Annahmeerklärung zu widerrufen¹⁴.

Die Kommission weist zudem darauf hin, dass in der EU bei Fernabsatzverträgen sowie ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen spätestens ab Juni 2014 ein allgemeines Widerrufsrecht von 14 Tagen gelten wird (vgl. dazu auch hinten unter Ziffer 4.1). Angesichts des stark international ausgerichteten Online-Handels ist die Ungleichbehandlung von Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz gegenüber jenen in der EU nur schwer begründbar. Nicht wünschbar ist auch, dass schweizerische Anbieter ihren Kunden im EU-Raum weitergehende Widerrufsrechte einräumen als solchen in der Schweiz.

3 Grundzüge der Vorlage

3.1 Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften

In Anlehnung an die heutige Rechtslage bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR) beantragt die Kommission, bei sogenannten Fernabsatzgeschäften ein Widerrufsrecht von 14 Tagen einzuführen. Dies entspricht der Frist, wie sie im gesamten europäischen Binnenmarkt spätestens ab Juni 2014 für das «Haustür- und Fernabsatzgeschäft» gelten wird. Der Begriff «Fernabsatzgeschäft» ist technologieneutral und lässt den notwendigen Spielraum für künftige technische Vertriebsarten inklusive der verwendeten Kommunikationsmittel. Bereits heute zeichnet sich ab, dass sich zukünftig Telefonverkauf und Online-Handel technisch betrachtet immer weniger voneinander unterscheiden lassen (vgl. Internet-Telefonie)¹⁵. Ein Fernabsatzgeschäft zeichnet sich dadurch aus, dass Verträge geschlossen werden, bei denen die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses physisch nicht am gleichen Ort präsent sind. Dabei erfolgen die Verhandlungen und der Austausch der Willenserklärungen ausschliesslich über

¹¹ Wölfle/Leimstoll, S. 9.

¹² Marchand, S. 166.

¹³ Loos/Helberger/Guibault/Mak, S. 737 f.

¹⁴ Vgl. dazu auch den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 9. November 2004 «Konsumentenschutz im elektronischen Geschäftsverkehr: Vertragliche Aspekte und Datenschutz», BBl 2005 4967 ff., 4985, sowie die Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 6. März 2007.

¹⁵ Morscher, S. 177 f.

Fernkommunikationsmittel, d.h. Telefon, Internet usw. Mit der Einführung eines Widerrufsrechts im Fernabsatzgeschäft bezweckt die Kommission, die Stellung der Konsumentinnen und Konsumenten auf unkomplizierte und allgemeinverträgliche Weise zu stärken. Ein Vertrag soll von der Konsumentin oder vom Konsumenten in Kenntnis aller Umstände und damit insbesondere auch der Eigenschaften des Vertragsgegenstandes möglichst frei und überlegt geschlossen werden. Die Kommission versteht ein solches Widerrufsrecht nicht als Ausnahme vom allgemeinen Prinzip, dass Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), sondern als seine wesentliche Voraussetzung und Rechtfertigung¹⁶. Aus diesem Grund ist das Widerrufsrecht zugunsten der Konsumentinnen und Konsumenten bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften gesetzessystematisch entsprechend dem geltenden Recht unter dem Titel «Entstehung einer Obligation» eingeordnet.

Die Kommission schlägt vor, das Widerrufsrecht weiterhin auf Konsumentinnen und Konsumenten zu beschränken, d.h. auf Personen, die mit einem gewerblich tätigen Anbieter einen Vertrag zu einem privaten oder familiären Zweck schliessen. Es bestehen damit wie bis anhin keine Widerrufsrechte, wenn Konsumentinnen und Konsumenten resp. professionelle Anbieter unter sich Verträge schliessen. Gleichzeitig ist für einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Anbieterinnen beziehungsweise Anbietern und Konsumentinnen beziehungsweise Konsumenten zu sorgen. Daher sind einerseits verschiedene Ausnahmen vom Widerrufsrecht vorzusehen, wo ein solches aus sachlichen oder praktischen Gründen nicht gerechtfertigt erscheint, so beispielsweise bei bestimmten Sachen (z.B. Lebensmitteln oder besonders nach den Vorgaben der Konsumentin oder des Konsumenten angefertigten Sachen), bestimmten Dienstleistungen (z.B. bei der Beherbergung oder Beförderung von Personen) oder in bestimmten Situationen des Vertragsschlusses (z.B. bei Abholung und Annahme in einem Geschäftsraum des Anbieters oder ausdrücklich vereinbarter Erbringung einer Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist). Andererseits ist das Widerrufsrecht an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen – insbesondere den Nichtgebrauch oder die Nichtbenützung durch die Konsumentin oder den Konsumenten, mit Ausnahme der Prüfung der Vertragsmässigkeit und Funktionsfähigkeit – und auch für die Konsumentin und den Konsumenten mit bestimmten Pflichten und Folgen zu verbinden (so insb. der Pflicht zur Rückgabe und Rücksendung), damit deren Widerrufsrecht nicht einseitig zu Lasten der Anbieterinnen und Anbieter geht.

Der Entwurf entspricht damit teilweise dem vom Bundesrat am 17. Januar 2001 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr¹⁷. Diese Vorlage sah unter anderem vor, dass das Widerrufsrecht nicht nur für Haustürgeschäfte, sondern auch für im Fernabsatz geschlossene Verträge gelten soll. Im Dezember 2002 nahm der Bundesrat Kenntnis vom (kontroversen) Vernehmlassungsergebnis und beauftragte das EJPD mit der

¹⁶ Siehe auch die Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung der Obligationen) vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff., 385 ff., insb. 386; vgl. auch BGE 137 III 243 E. 4.5 betr. Widerrufsrecht beim Haustürgeschäft.

¹⁷ Abrufbar unter www.bj.admin.ch > Themen > Wirtschaft > Gesetzgebung > Abgeschlossene Projekte > Konsumentenschutz (Elektronischer Geschäftsverkehr).

Ausarbeitung einer Botschaft. Am 9. November 2005 entschloss sich der Bundesrat jedoch, die Arbeiten an der Revision einzustellen. Nach Ansicht der Kommission ist heute aber aus den genannten Gründen über den Telefonverkauf hinaus die Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechts angezeigt. Auch der kürzlich vorgestellte Entwurf einer Gruppe schweizerischer Rechtsprofessorinnen und -professoren zu einer Totalrevision des allgemeinen Teils des OR («OR 2020») sieht in den Artikeln 16–18 OR 2020 die Schaffung eines allgemeinen Widerrufsrechts von 14 Tagen vor, welches jedoch weitergehend und ohne Ausnahme für sämtliche Konsumverträge, das heisst nicht nur für Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge, gelten soll, bei welchen die Konsumentin oder der Konsument die angebotene Leistung oder ihre Risiken nicht hinreichend prüfen kann¹⁸.

3.2 Anpassung bestehender Widerrufsrechte

Im Sinne einer Vereinfachung, der Rechtssicherheit und des Konsumentenschutzes beantragt die Kommission die Widerrufsrechte für Konsumentinnen und Konsumenten im ganzen Vertragsrecht zu vereinheitlichen. Die Widerrufsrechte sollen als solche bezeichnet und terminologisch wie auch dogmatisch¹⁹ vom Rücktrittsrecht, wie es etwa im Pauschalreisegesetz²⁰ vorgesehen ist (Art. 10 Abs. 1 und 2), unterschieden werden. Die Kommission schlägt deshalb vor, das Haustürgeschäft und ähnliche Verträge den gleichen Regelungen wie das Fernabsatzgeschäft zu unterstellen. Weiter sieht der Entwurf vor, die Frist des bereits heute für Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsverträge vorgesehenen Widerrufsrechts von 7 auf 14 Tage zu verlängern. In gleicher Weise soll die in Artikel 16 des Konsumkreditgesetzes (KKG)²¹ vorgesehene Widerrufsfrist verlängert werden. Eine Vereinheitlichung ist auch im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Widerrufsrechte vorzunehmen: Sie sollen im Grundsatz *ex tunc* wirken, wobei eine Regelung sowohl für die gegenseitigen Rückerstattungspflichten der Leistungen als auch für die daraus entstehenden Kosten vorgesehen ist.

3.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Zum Vorentwurf der Kommission vom 23. August 2012 wurde vom 17. September 2012 bis zum 21. Dezember 2012 ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Stellung nahmen 22 Kantone, fünf politische Parteien, 15 offiziell eingeladene Dachverbände und Organisationen sowie 18 weitere interessierte Personen und Organisationen²².

¹⁸ Vgl. dazu Probst, N 4 zu Art. 17 OR 2020.

¹⁹ Vgl. BGE 137 III 243 E. 4.3 zur Frage, ob bei der Rückabwicklung eines widerrufenen Vertrags die vertrags- oder bereicherungsrechtlichen Verjährungsvorschriften zur Anwendung gelangen.

²⁰ SR 944.3

²¹ SR 221.214.1

²² Vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, April 2013, abrufbar unter www.parlament.ch > Dokumentation > Berichte > Vernehmlassungen > 2012 > 06.441 Pa.Iv. Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf.

Die vorgeschlagene Revision wurde von 31 der insgesamt 60 Teilnehmerinnen und Teilnehmer insgesamt positiv bewertet, namentlich von der Mehrheit der Kantone und Parteien. Demgegenüber äusserte sich eine Minderheit der weiteren sich vernehmlassenden Dachverbände, Organisationen und Personen ablehnend. Auf mehrheitliche Zustimmung stiessen die vorgeschlagene Einführung eines Widerrufsrechts beim Telefonverkauf, die Verlängerung der Widerrufsfrist von sieben auf 14 Tage sowie die Angleichung an die Regelung im EU-Recht. Kontrovers beurteilt wurde die vorgeschlagene Ausdehnung des Widerrufsrechts auf Fernabsatzgeschäfte und damit insbesondere auf den Online-Handel: Einerseits wurde sie von der Mehrheit der Kantone, Parteien und (Konsumenten-) Organisationen befürwortet, indem Revisions- und Handlungsbedarf anerkannt und die vorgeschlagene Lösung unterstützt wurden. Andererseits sprach sich eine Minderheit, namentlich seitens der Wirtschaft und des Handels, dagegen aus. Entweder wurde von dieser Seite jegliche Ausdehnung des Widerrufsrechts auf Fernabsatzgeschäfte abgelehnt oder aber es wurde die Unterstellung des Online-Handels unter die neuen Regelungen kritisiert. Für Letzteres bestehe kein genügendes (Schutz-)Bedürfnis, da insbesondere nicht von einer sog. Informationsasymmetrie auszugehen sei. Vielmehr seien mit dieser Gesetzesänderung unerwünschte Konsequenzen verbunden.

Nach Kenntnisnahme der Ergebnisse der Vernehmlassung hat die Kommission den Erlassentwurf umfassend überarbeitet und dabei diversen Kritikpunkten Rechnung getragen. So wurde der Kritik in der Vernehmlassung namentlich dadurch entsprochen, dass weitere Ausnahmen vom Widerrufsrecht für Konstellationen vorgesehen werden, in denen ein Widerrufsrecht aus verschiedenen Gründen nicht sachgerecht oder praktikabel wäre. Insbesondere soll der Konsumentin oder dem Konsumenten analog dem geltenden Recht bei Haustürgeschäften erst ab einer Leistung von mehr als 100 Schweizer Franken ein Widerrufsrecht zustehen. Ebenso sind öffentliche Versteigerungen vom Anwendungsbereich des Widerrufsrechts auszunehmen. Gleichzeitig wurden neu bestimmte Gründe vorgesehen, die zum Erlöschen des Widerrufsrechts führen, so insbesondere der über die Prüfung der Vertragsmässigkeit und Funktionsfähigkeit hinausgehende Gebrauch der Sache durch die Konsumentin oder den Konsumenten. Damit wird den zahlreich geäusserten Bedenken an der Missbrauchsanfälligkeit eines allgemeinen Widerrufsrechts angemessen Rechnung getragen. Ergänzend ist die Widerrufsfrist aus Gründen der Vertrags- und Verkehrssicherheit in jedem Fall auf drei Monate nach Ablauf der Widerrufsfrist von 14 Tagen zu begrenzen. Schliesslich sollen die Folgen eines Widerrufs durch die Konsumentin oder den Konsumenten klarer geregelt werden, gerade in Bezug auf die damit verbundenen Pflichten der widerrufenden Konsumentin oder des widerrufenden Konsumenten sowie hinsichtlich weiterer mit dem widerrufenen Antrag oder der widerrufenen Annahmeerklärung verbundenen Verträge. Eine Beschränkung auf den Telefonverkauf lehnt die Kommission allerdings ab. Sie ist der Ansicht, dass auch beim Online-Handel ein erhöhtes Schutzbedürfnis der Konsumentinnen und Konsumenten besteht (vgl. dazu Ziff. 2.2). Zudem befürchtet sie bei einer Ungleichbehandlung von Telefon- und Internetverkauf Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden Verkaufsformen.

4 Rechtsvergleich

4.1 Europäisches Recht

In erster Linie zu nennen ist die *Verbraucherrechte-Richtlinie* (RL) der EU²³. Sie hat den Zweck, den Verbraucherschutz innerhalb der EU zu verbessern und zu harmonisieren. Das Konzept der Vollharmonisierung wurde teilweise gelockert: Die Mitgliedstaaten können von der Verbraucherrechte-RL abweichende Regelungen aufrechterhalten oder einführen, sofern dies darin explizit vorgesehen wird (Art. 4). Die Bestimmungen zum Widerrufsrecht (Art. 9) gehören allerdings zu den abschliessend geregelten Neuerungen der Verbraucherrechte-RL. Diese sieht in ihrem Geltungsbereich (Art. 3) ein Widerrufsrecht von 14 Tagen für Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern vor, die ausserhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen werden (Art. 9 Abs. 1). Die Richtlinie regelt die Pflichten der Parteien im Widerrufsfall (Art. 13 und 14) und die Wirkungen auf akzessorische Verträge (Art. 15). Schliesslich sind zahlreiche Ausnahmen vom Widerrufsrecht für bestimmte Verträge vorbehalten, für welche ein Widerrufsrecht unzumässig oder unangebracht wäre (Art. 16 sowie Erwägungsgrund 49). Die Verbraucherrechte-RL ist am 12. Dezember 2011 in Kraft getreten (Art. 34). Die Mitgliedstaaten müssen die Bestimmungen bis zum 13. Dezember 2013 in ihr nationales Recht umgesetzt haben. Für Verträge, die nach dem 13. Juni 2014 geschlossen werden, gilt das Recht der Richtlinie (Art. 28). Die geltenden Richtlinien 85/577/EWG des Rates für Haustürgeschäfte (in der Schweiz umgesetzt in Art. 40a ff. OR) und 97/7/EG für Fernabsatzgeschäfte²⁴ (in der Schweiz nicht umgesetzt; sie sieht ein Widerrufsrecht von 7 Tagen sowie ergänzende Informationspflichten vor) werden per 13. Juni 2014 aufgehoben (Art. 31).

Die Fernabsatz-RL wird hinsichtlich der Bank- und Versicherungsverträge durch die *Finanzdienstleistungs-RL* ergänzt²⁵. Diese sieht unter anderem ein besonderes Widerrufsrecht für Finanzdienstleistungen von 14 Tagen vor (Art. 6). Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Finanzdienstleistungs-RL sind Verträge über Finanzdienstleistungen, die Preisschwankungen unterliegen oder eine sehr kurze Laufzeit (unter 1 Monat) haben sowie Verträge, die auf Wunsch des Verbrauchers bereits vollständig erfüllt sind, bevor das Widerrufsrecht ausgeübt wird. Für Fernabsatzverträge über Lebensversicherungen und solche über die Altersvorsorge beträgt die Widerrufsfrist dagegen 30 Tage (Art. 6 Abs. 1). Soweit Verträge, die ausserhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen

²³ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304/64, im Folgenden: Verbraucherrechte-RL).

²⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (nachfolgend: Fernabsatz-RL).

²⁵ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L 271; im Folgenden: Finanzdienstleistungs-RL).

werden, Finanzdienstleistungen betreffen, fallen sie auch nach der Umsetzung der Richtlinie unter die Finanzdienstleistungs-RL und sind vom Geltungsbereich der Verbraucherrechte-RL ausgenommen (Art. 3 Bst. d).

4.2 Ausländische Rechtsordnungen²⁶

Das *deutsche Schuldrecht* sieht zum Schutz der Konsumentin und des Konsumenten ein Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte und für Fernabsatzgeschäfte einschliesslich Finanzdienstleistungsgeschäfte vor. Einheitlich geregelt sind die Ausübung und die Rechtsfolgen für alle Widerrufsrechte, namentlich die Widerrufsfrist von 14 Tagen. Zudem haben seit dem Jahr 2010 die Musterwiderrufs- und Musterrückgabebelehrung den Rang eines formellen Gesetzes erhalten²⁷. Weitere Widerrufsrechte sind für Teilzeit-Wohnrechtsverträge, für Verbraucherdarlehensverträge und für Ratenlieferungsverträge vorgesehen. Zudem sehen Sondergesetze beispielsweise Widerrufsrechte im Fernunterrichtsvertrag, im Versicherungsvertrag oder bei Anlagegeschäften vor²⁸. In Umsetzung der Verbraucherrechte-RL wird das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen ab dem 13. Juni 2014 grundlegend neu gefasst und einheitlich geregelt²⁹. In Zukunft erlischt das Widerrufsrecht ebenfalls spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Erhalt der Ware beziehungsweise nach Vertragsschluss und hat die Konsumentin oder der Konsument grundsätzlich die Kosten für die Rücksendung zu tragen.

Das *österreichische Konsumentenschutzgesetz* sieht Widerrufsrechte für die Haustür- und Fernabsatzgeschäfte vor. Ein Sondergesetz sieht das Widerrufsrecht für die sog. Fern-Finanzdienstleistungen vor. Der Konsument kann von allen im Fernabsatz geschlossenen Verträgen oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung nach bisherigem Recht innerhalb einer Frist von sieben Tagen zurücktreten. Die Frist beginnt bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs bei der Konsumentin oder dem Konsumenten, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Es bestehen weitere Bestimmungen zum Konsumentenschutz im Verbrauchsgüterkauf und in verschiedenen Sonderbestimmungen, beispielsweise im Immobilienbereich oder Finanzbereich sowie bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. ein besonderes Kündigungsrecht bei Energiebezugsverträgen und Versicherungsverträgen). Die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL ist durch ein Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (VRUG) geplant, womit namentlich ein Fern- und Auswärts-geschäfte-Gesetz (FAGG) erlassen werden soll, in welchem das Widerrufsrecht als zeitlich begrenztes, jedoch voraussetzungsloses Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei

²⁶ Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung hat im Auftrag des Bundesamtes für Justiz per 31. Januar 2012 ein rechtsvergleichendes Gutachten zum Konsumentenrecht erstellt. Dieses liegt den nachfolgenden Ausführungen zugrunde.

²⁷ Anlage 1 und 2 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

²⁸ Hotz, S. 206 ff.

²⁹ Vgl. das deutsche Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 14. Juni 2013, BT Drucksache 17/12737 (Gesetzesentwurf) und 17/13951 (Beschlussempfehlung und Bericht).

Fernabsatzverträge oder ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ausgestaltet wird.

Das *französische Recht* enthält in L.121-20 des *Code de la consommation* ein siebentägiges Rücktrittsrecht, das den bisherigen Vorgaben der Fernabsatz-RL entspricht. Die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL soll im Rahmen eines neuen Konsumentengesetzes erfolgen, welches derzeit vom französischen Parlament beraten wird³⁰.

Grossbritannien hat das Gemeinschaftsrecht zum Konsumentenschutz in einem Sondergesetz «*Consumer Protection [Distance Selling] Regulations 2000*» umgesetzt, das unter anderem ein Widerrufsrecht im Fernabsatz von sieben Tagen vorsieht. Speziell am englischen System ist der Ombudsmann für Konsumentenschutzfragen, der mit sehr weitreichenden Kompetenzen ausgestattet ist. Die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL soll in einem Sondergesetz «*Consumer Contracts [Information, Cancellation and Additional Payments] Regulations 2013*» erfolgen³¹.

In den *USA (New York und Kalifornien)* ist bei Internetgeschäften kein Widerrufsrecht vorgesehen, für das Telemarketing ist eine Rechnungsstellung allerdings erst mit ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung des Kunden möglich. Der Anwendungsbereich der bundesrechtlichen *3-Day Cooling Off Rule*³² ist dagegen beschränkt auf die eigentlichen Haustürgeschäfte (*Door-to-Door Sale*) und gilt nicht für Fernabsatzverträge.

4.3 Bedeutung für die Schweiz

Als Nichtmitglied der EU ist die Schweiz nicht an den konsumentenschutzrechtlichen *Acquis communautaire* gebunden und damit in der Ausgestaltung ihres Konsumentenrechts und der Widerrufsrechte frei. Gleichwohl sind die Übernahme des relevanten EU-Rechtsbestandes in die künftigen bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU und die Berücksichtigung der entsprechenden Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) Gesprächsthemen der laufenden institutionellen Gespräche zwischen der Schweiz und der EU³³. Zudem ist die europarechtskonforme Auslegung in der Rechtsprechung anerkannt³⁴.

Im Rechtsvergleich zeigt sich allerdings, dass *in ganz Europa sowie darüber hinaus* Widerrufsrechte oder entsprechende Äquivalente für Konsumentinnen und

³⁰ Vgl. *Projet de loi relatif à la consommation*, n° 1015, eingereicht am 2. Mai 2013, angenommen in erster Lesung von der Nationalversammlung am 3. Juli 2013 bzw. n° 1357, geändert vom Senat, eingereicht am 16 September 2013.

³¹ Vgl. Department for Business Innovation & Skills, *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Payments) Regulations 2013*, Draft Regulations, August 2013.

³² 16 Code of Federal Regulations 429 *et seq.*

³³ Vgl. z.B. die Antwort des Bundesrats vom 22. Februar 2012 auf die Interpellation 11.4085 Barthassat. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und seine Auswirkung auf die Anwendung von Artikel 208 Absatz 2 OR.

³⁴ Betr. richtlinienkonforme Auslegung: BGE 129 III 335 E. 6; 130 III 182 E. 5.5.1; betr. EuGH-konformer Auslegung: BGE 136 II 65 E. 3.1.

Konsumenten im Fernabsatzgeschäft und insbesondere im elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehen sind. Innerhalb der EU-Mitgliedstaaten besteht bereits unter geltendem Recht in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen eine Widerrufsfrist von 14 Tagen oder länger. So beträgt etwa die Frist für das Widerrufsrecht im Fernabsatzvertrag in Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Litauen, Portugal, Schweden, Zypern, Malta, Slowenien und der tschechischen Republik 14 Tage und länger³⁵. Ähnliche Regelungen sind ausserdem auch in sämtlichen modernen Modellgesetzen enthalten, die von der EU oder anderweitig ausgearbeitet worden sind.³⁶ Mit der Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechts für Fernabsatzgeschäfte vollzieht die Schweiz damit nach Ansicht der Kommission eine allgemeine internationale Entwicklung nach, wie sie beispielsweise auch der Expertenentwurf OR 2020 vorsieht (vgl. dazu vorne unter Ziffer 3.1). Damit wird sichergestellt, dass Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz nicht schlechter gestellt sind als ausländische Konsumentinnen und Konsumenten. Hinzu kommt, dass umgekehrt schweizerische Unternehmen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr bereits heute entsprechende ausländische Vorschriften berücksichtigen müssen³⁷.

5 Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen

5.1 Obligationenrecht

Art. 40a Grundsätze

Die Bestimmung regelt in *Absatz 1* den Grundsatz, dass Konsumentinnen und Konsumenten ihre Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages, der als Haustür- oder Fernabsatzgeschäft zu qualifizieren ist, widerrufen können. Dieses allgemeine Widerrufsrecht erlaubt es den Konsumentinnen und Konsumenten, in typisiert-risikoreichen Geschäftssituationen den Vertragsschluss während einer beschränkten Zeitdauer zu überdenken und gegebenenfalls ihre Erklärung zum Antrag oder zur Annahme des Vertrags zurückzunehmen. Wie im geltenden Recht (vgl. Art. 40b OR) ist das Widerrufsrecht als einseitiges Gestaltungsrecht zum Widerruf der Willenserklärung (nicht des Vertrags) ausgestaltet³⁸. Der Vertrag, auf den sich der Widerruf bezieht, muss bewegliche Sachen im Sinne von Artikel 713 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)³⁹ oder Dienstleistungen beinhalten.

³⁵ Schulte-Nölke/Börger, S. 345 ff., 347.

³⁶ Vgl. etwa im Draft Common Frame of Recrence (DCFR) von 2009 oder im Draft Common European Sales Law (DCESL) vom 11. Oktober 2011, KOM/2011 635 final 2011/0284 (COD).

³⁷ Gemäss Artikel 120 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR **291**) kann das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Konsumenten zur Anwendung gelangen. Auch das europäische Gemeinschaftsrecht kennt eine entsprechende Bestimmung, wobei eine Rechtswahl zulässig ist, sofern der Rechtsschutz für Verbraucher im Resultat nicht herabgesetzt wird (Art. 6 der EG-Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008).

³⁸ BGE **137** III 243 E. 4.5; Gonzenbach/Koller-Tumler, N 11 zu Art. 40b; Kut, N 55 zu Art. 40a–40g.

³⁹ SR **210**

Vom Widerrufsrecht ausgeschlossen bleiben dagegen weiterhin insbesondere Arbeits- und Mietverträge.

Eine *Minderheit der Kommission* ist der Ansicht, dass Konsumentinnen und Konsumenten nicht für alle Fernabsatzverträge ein gesetzliches Widerrufsrecht zustehen soll. Sie spricht sich zwar wie die Kommissionsmehrheit für ein Widerrufsrecht beim Telefonverkauf aus. Was aber den Online-Handel betrifft, hält sie ein Widerrufsrecht nicht für angebracht, da in diesem Fall keine Überrumpelungsgefahr und somit kein erhöhtes Schutzbedürfnis für Konsumentinnen und Konsumenten bestehe. Sie macht zudem darauf aufmerksam, dass sich die parlamentarische Initiative auf den Telefonverkauf beschränkt.

In *Absatz 2* geht es darum, mögliche Widersprüche und Doppelspurigkeiten zu verhindern und damit zur Vereinheitlichung und Verbesserung des Konsumentenschutzes beizutragen: Widerrufsrechte in speziellen Bestimmungen gehen vor. Umgekehrt wird im zweiten Satz festgehalten, dass die Bestimmungen nach Artikel 40j ff. E-OR ergänzend auch auf andere Widerrufsrechte zur Anwendung gelangen.

Absatz 3 hält entsprechend dem geltenden Recht fest, dass die Bestimmungen von Artikel 40a ff. E-OR einseitig zwingendes Recht darstellen⁴⁰. Sie können damit nur zugunsten der Konsumentin oder des Konsumenten abgeändert werden. Insbesondere soll der inhaltliche und zeitliche Anwendungsbereich des Widerrufsrechts ausgedehnt werden dürfen. So können Anbieter wie bisher weitergehende Widerrufsrechte einräumen, insbesondere auch in Fällen, wo gesetzlich ein solches nicht vorgesehen ist. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht bei Vertragsschluss ist, wie im geltenden Recht, ebenfalls ausgeschlossen⁴¹.

Der Entwurf sieht vor, den Begriff «Konsument» zu verwenden. Er ist dem Begriff des «Kunden», wie er im geltenden Recht benutzt wird, vorzuziehen, weil ein Kunde auch eine juristische Person sein kann. Zudem verwendet das Obligationenrecht den Begriff des Kunden bereits im Zusammenhang mit dem Handelsreisenden- und Agenturvertragsrecht, wo er auch Nicht-Endverbraucher umfasst⁴². Neu soll deshalb eine sprachlich konsequente Differenzierung zwischen Kunden- und Konsumentenschutz stattfinden (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 40d E-OR).

Art. 40b Haustürgeschäft

In Abweichung vom aktuellen Gemeinschaftsrecht, namentlich der Verbraucherrechte-RL, und im Bewusstsein, dass die eigentlichen Haustürgeschäfte wohl tendenziell der Vergangenheit angehören, wird in *Absatz 1* am Begriff des Haustürgeschäfts festgehalten. Der Begriff ist bekannt und anschaulich. Wie in der Vernehmlassung angeregt⁴³, wird anstelle der bisherigen Aufzählungen in Artikel 40b Absatz 1 Buchstaben a und b OR die synthetischere Begriffsbestimmung des Gemeinschaftsrechts übernommen (vgl. Art. 2 Ziff. 8 Verbraucherrechte-RL). Damit

⁴⁰ Zum geltenden Recht vgl. Kut, N 9 zu Art. 40a–40g OR; Stauder/Stauder, N 8 zu Art. 40a–40f OR.

⁴¹ Hartmann, S. 307 ff., 311.

⁴² Gonzenbach/Koller-Tumler, N 3 zu Art. 40a OR.

⁴³ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 10.

wird im Unterschied zum geltenden Recht, wo umstritten ist, ob die Aufzählung abschliessend ist⁴⁴, klargestellt, dass über die bisher gesetzlich aufgezählten typischen Anbahnungs- und Angebotskonstellationen hinaus weitere Konstellationen von Haustürgeschäften erfasst sein können. Der atypische Fall der Anbahnungssituation an einer Werbeveranstaltung wird weiterhin ausdrücklich genannt (vgl. auch Art. 2 Ziff. 8 Bst. d Verbraucherrechte-RL).

Nach *Absatz 2* ist nicht von einem Haustürgeschäft auszugehen, wenn die Initiative zum Vertragsschluss ausdrücklich von der Konsumentin oder dem Konsumenten ausging. Der entsprechende Nachweis soll aber neu dem Anbieter obliegen. Im Unterschied zum Vorentwurf soll auf Anregung in der Vernehmlassung⁴⁵ der an einem Markt- und Messestand abgeschlossene Vertrag nach der geltenden bewährten Regelung nicht als Haustürgeschäft gelten. Die Vorlage weicht insofern bewusst von der Verbraucherrechte-RL ab. Sowohl der Messe- wie auch der Marktstand können eine Erweiterung traditioneller Verkaufsflächen darstellen und verdienen daher die gleiche Behandlung wie der Kauf im Laden. Nicht als Markt- und Messestand gelten lediglich temporär aufgestellte Verkaufsstände im öffentlichen Raum⁴⁶.

Art. 40c Fernabsatzgeschäft

Das Fernabsatzgeschäft wird gleich definiert wie im Gemeinschaftsrecht (Art. 2 Ziff. 7 Verbraucherrechte-RL). Seine Besonderheit besteht in der Art, wie es zu Stande kommt: Es zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Vertragsparteien oder ihre Vertreter beim Vertragsschluss physisch nicht gleichzeitig am gleichen Ort befinden. Entsprechend ist für den Abschluss des Vertrags der Einsatz von einem oder mehreren Fernkommunikationsmitteln nötig. Dabei wird im Hinblick auf künftige technische Entwicklungen auf die Umschreibung des Begriffs der Fernkommunikation verzichtet. Als Mittel der Fernkommunikation kommen heute etwa die Briefpost, das Telefon, der Telefax oder das Internet (auch in der Form von E-Mails) in Frage. Mehrere Mittel können kombiniert werden.

Verträge, die nur teilweise mit Hilfe von Fernkommunikationsmitteln zu Stande kommen, sind keine Fernabsatzverträge. Wird ein Vertrag bloss über das Internet angebahnt, indem Informationen eingeholt oder Reservierungen vorgenommen werden, dann aber im Geschäftsraum des Anbieters geschlossen, so liegt kein Fernabsatzvertrag vor. Wird ein Vertrag umgekehrt im Geschäftsraum vollständig ausgehandelt und dann via Internet bestätigt, liegt ebenfalls kein Fernabsatzgeschäft vor. Ein Fernabsatzgeschäft liegt hingegen vor, wenn ein Vertrag ausschliesslich mit Hilfe eines Fernkommunikationsmittel geschlossen wird, anschliessend aber eine Abholung der Sache in einem Geschäftsraum des Anbieters erfolgt (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 40i E-OR).

⁴⁴ Für abschliessende Aufzählung z.B. Gonzenbach/Koller-Tumler, N 1 zu Art. 40b OR; demgegenüber für nicht abschliessend z.B. Stauder/Stauder, N 7 zu Art. 40b OR; Dornier Kommentar, N 69 zu Art. 40b OR; Kut, N 38 zu Art. 40a–40g OR.

⁴⁵ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 8 und 10.

⁴⁶ Marchand, S. 171.

Der einmalige oder gelegentliche Gebrauch eines Fernkommunikationsmittels zum Vertragsschluss reicht nicht aus, um von einem Fernabsatzgeschäft auszugehen. Auf Anbieterseite ist vielmehr der Einsatz von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen eines besonderen Vertriebs- oder Dienstleistungserbringungssystems zum Fernabsatz erforderlich. In Betracht kommen hier neben traditionellen Formen des Versandhandels gerade auch der Online-Handel über entsprechende Systeme und Plattformen.

Eine *Kommissionsminderung*, welche sich gegen ein gesetzliches Widerrufsrecht für jegliche mit Konsumentinnen und Konsumenten geschlossenen Fernabsatzverträge ausspricht, beantragt – in Konsequenz ihres Antrages zu Artikel 40a – auf diese Bestimmung zu verzichten.

Art. 40d Konsument und Anbieter

In der schweizerischen Rechtsordnung existieren bereits zahlreiche, zum Teil unterschiedliche Umschreibungen des «Konsumenten» (Art. 3 KKG) oder des «Konsumentenvertrags» (Art. 32 Abs. 2 der Zivilprozessordnung [ZPO]⁴⁷)⁴⁸. Die am 16. März 2012 von beiden Räten verabschiedete Revision von Artikel 210 OR definiert in Absatz 4 das Konsumentengeschäft als Vertrag, in dem «*die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist und [...] der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.*»⁴⁹ Die vorliegend gewählte Definition folgt dabei inhaltlich dieser Formulierung sowie derjenigen von Artikel 32 ZPO: Der Begriff der Konsumentin oder des Konsumenten wird *positiv* umschrieben. Eine Konsumentin oder ein Konsument ist eine natürliche Person, die einen Vertrag für ihre persönlichen oder familiären Bedürfnisse abschliesst (*Absatz 1*). Eine Konsumentin oder ein Konsument schliesst einen Vertrag unmittelbar zu einem privaten Zweck und ist stets Endverbraucherin oder Endverbraucher. Ein überwiegend privater Zweck des Vertragsschlusses soll dabei ausreichend sein, soweit ein Vertrag sowohl privaten als auch gewerblichen oder beruflichen Zwecken dient (sog. *Dual use*-Verträge)⁵⁰. Ob sie oder er im konkreten Fall tatsächlich schutzbedürftig ist, spielt keine Rolle.

Spiegelbildlich handelt der Anbieter in einem Kontext, der funktional seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet wird (*Absatz 2*), und zwar unabhängig davon, ob er diese ausschliesslich oder zusammen mit weiteren solchen Tätigkeiten haupt- oder nebenberuflich ausführt. Ein gesetzliches Widerrufsrecht gilt also beispielsweise nicht, wenn eine Konsumentin einem anderen Konsumenten auf einer Internet-Plattform Kinderkleider verkauft oder wenn ein Transportunternehmer bei einem Konkurrenten einen Lastwagen erwirbt oder wenn er einem seiner Kunden ein Gemälde aus seiner Privatsammlung verkauft.

⁴⁷ SR 272

⁴⁸ Vgl. zu den verschiedenen verwendeten Begriffen des Konsumenten z.B. Marchand, S. 15 ff. m.w.H.

⁴⁹ AS 2012 5415 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 17 der Verbraucherrechte-RL sowie § 13 BGB in der Fassung gemäss Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 14. Juni 2013.

Art. 40e Ausnahmen im Allgemeinen

Die praktische Bedeutung des allgemeinen Widerrufsrechts steht und fällt mit dem Ausnahmekatalog der Verträge und der Umstände, unter denen ein Vertrag nicht widerrufen werden kann. Aus Sicht des Konsumentenschutzes sowie der Rechtsklarheit und -sicherheit sind möglichst wenige Ausnahmen wünschenswert. Gleichzeitig erscheint ein Widerrufsrecht in zahlreichen Fällen aus sachlichen oder vor allem praktischen Gründen weder sinnvoll noch gerechtfertigt, woraus sich die Rechtfertigung für spezifische Ausnahmen ergibt. Damit wird auch den berechtigten Interessen der Anbieter Rechnung getragen, so dass ein allgemeines Widerrufsrecht nicht unangemessen zu deren Lasten wirkt. Der Entwurf trägt diesbezüglicher Kritik in der Vernehmlassung Rechnung und sieht gegenüber dem Vorentwurf weitere Ausnahmen vor, fasst diese zusammen und gliedert sie in allgemeine (Art. 40e E-OR) und spezielle Ausnahmen (Art. 40f – Art. 40h E-OR; vgl. auch Art. 16 Bst. a–m Verbraucherrechte-RL). Insgesamt resultiert daraus eine in Bezug auf die Ausnahmen des Widerrufsrechts gegenüber dem Vorentwurf weitergehende Übereinstimmung mit der Verbraucherrechte-RL.

Im Unterschied zum Vorentwurf soll die bisherige frankenmässige Begrenzung des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften auf Verträge, bei denen die vertragliche Leistung der Konsumentin oder des Konsumenten 100 Franken übersteigt, beibehalten und neu in *Buchstabe a* geregelt werden und allgemein für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte gelten. Dieser Betrag umfasst im Sinne des vom Anbieter angebotenen und angegebenen Preises wie bisher das gesamte von der Konsumentin oder dem Konsumenten gemäss Vertrag zu bezahlende Entgelt⁵¹, worunter auch allfällig gemäss Vertrag von der Konsumentin oder dem Konsumenten zu tragende Kosten für Versand oder Gebühren sowie allfällig zu bezahlende (Mehrwert-) Steuern fallen. Damit wird einem wichtigen Anliegen vieler Vernehmlassungsteilnehmer entsprochen⁵². Denn gerade unter wirtschaftlichen und praktischen Gesichtspunkten erscheint ein Widerrufsrecht bei Verträgen mit objektiv geringem Wert nicht sinnvoll und unangemessen zu Lasten des Anbieters. Gleichzeitig wird durch eine solche Bagatellausnahmeklausel der Konsumentenschutz auch nicht über die Massen eingeschränkt. Im Unterschied zum geltenden Recht soll jedoch mangels praktischer Bedeutung auf die Übernahme der bisherigen Anpassungskompetenz des Bundesrates von Artikel 40a Absatz 3 OR ins neue Recht verzichtet werden. Eine solche Bagatellklausel findet auch in der Verbraucherrechte-RL eine Entsprechung, indem diese in Artikel 3 Absatz 4 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zum Ausschluss der Richtlinie gibt für Verträge mit Leistungen der Konsumentin oder des Konsumenten bis maximal 50 Euro, allerdings nur für ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge.

Buchstabe b sieht vor, dass Verträge, die öffentlich beurkundet werden, ungeachtet des Vertragsgegenstandes nicht widerrufen werden können. Eine öffentliche Beurkundung bietet gerade ausreichend Gewähr dafür, dass ein Vertrag nicht

⁵¹ Vgl. Kut, N 29 zu Art. 40a-40g OR; Dornier Kommentar, N 60 zu Art. 40a OR; Stauder/Stauder, N 22 zu Art. 40a OR; Marchand, S. 168.

⁵² Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 8.

unbedacht oder übereilt geschlossen wird (vgl. auch Art. 3 Abs. 3 Bst. i Verbraucherrechte-RL).

Unproblematisch ist die in *Buchstabe c* erwähnte Ausnahme. Danach entfällt das Widerrufsrecht bei Geschäften mit einem Zufallselement, d.h. etwa dann, wenn der Preis der Sache oder Dienstleistung Schwankungen auf dem Markt unterliegt, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat (Art. 16 Bst. b Verbraucherrechte-RL).

Im Unterschied zum Vorentwurf, welcher noch ausdrücklich darauf verzichtete, eine Ausnahme für Versteigerungen aufzunehmen, jedoch in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 16 Bst. k Verbraucherrechte-RL), werden in *Buchstabe d* die öffentlichen Versteigerungen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Widerrufsrechts ausgenommen. Als öffentliche Versteigerung gelten dabei Verträge im Sinne von Artikel 229 Absatz 2 OR, die durch Zuschlag an den Meistbietenden zustande kommen, was je nach konkreter Ausgestaltung und Geschäftsbedingungen bei einer sog. Online-Versteigerung nicht zwingend beziehungsweise gerade nicht der Fall ist⁵³. Auch hier wird einem Anliegen in der Vernehmlassung entsprochen⁵⁴. Zwar mögen sich die praktischen Folgen einer Online-Versteigerung gegenüber einem Online-Kauf kaum unterscheiden. Eine Ausnahme für auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossene Verträge ist aber deshalb gerechtfertigt, weil ein Widerrufsrecht gerade dem Preisbildungsmechanismus und dem Vertragsschluss mittels Zuschlag an den Meistbietenden unter Ausschluss der übrigen Mitbieter zuwiderlaufen würde und die Folgen eines Widerrufs durch den Meistbietenden unbefriedigend und unangemessen wären⁵⁵.

Art. 40f Bei Sachen

Absatz 1 *Buchstabe a* schliesst das Widerrufsrecht für den Fall aus, dass die Sache als solche nicht für eine Rückgabe oder eine Rücksendung geeignet ist. Als Gründe dafür kommen einerseits die Beschaffenheit oder Haltbarkeit in Betracht, zum Beispiel bei Blumen oder anderen Naturprodukten. Aus den gleichen Gründen kommt ein Widerrufsrecht bei Verträgen über Lebensmittel nicht in Betracht (vgl. Absatz 2). Andererseits eignen sich bestimmte Sachen aus gesundheitlichen oder hygienischen Gründen nicht für eine Rückgabe, so beispielsweise Medikamente, Kosmetikprodukte oder Hygieneartikel.

Absatz 1 *Buchstabe b* schliesst das Widerrufsrecht aus, wenn die Sache nach Vorgaben der Konsumentin oder des Konsumenten angefertigt oder eindeutig auf ihre oder seine Bedürfnisse zugeschnitten ist. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass sich die Konsumentin oder der Konsument in qualifizierter Weise Gedanken über den bevorstehenden Kauf gemacht hat; zudem ist die Wiederverwertung der Ware durch den Anbieter aufgrund der Individualisierung schwieriger oder sogar

⁵³ Vgl. dazu etwa die Rechtsprechung in Deutschland: Bundesgerichtshof, Urteil vom 3. November 2004, NJW 2005, 53 ff. Vgl. auch Erwägungsgrund 24 der Verbraucherrechte-RL.

⁵⁴ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 11.

⁵⁵ Vgl. auch Marchand, S. 183.

unmöglich (vgl. auch Art. 16 Bst. c Verbraucherrechte-RL). Ein Widerrufsrecht besteht indessen, wenn beispielsweise bloss die Farbe des gekauften Kleidungsstücks aus einer vorgegebenen Farbpalette ausgewählt wurde.

Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen sowie der betragsmässigen Begrenzung von Artikel 40e Buchstabe 1 E-OR ist nach Absatz 2 das Widerrufsrecht bei Verträgen über Lebensmittel explizit ausgeschlossen. Angesichts ihrer besonderen Qualität und Bedeutung wäre ein Widerrufsrecht mit ungewünschten und unangemessenen Folgen verbunden – Lebensmittel würden im Widerrufsfall zumeist wertlos und müssten vernichtet werden. Auch das Gemeinschaftsrecht kennt bestimmte Ausnahmen für Lebensmittel (vgl. Art. 3 Abs. 3 Bst. j und Art. 16 Bst. g Verbraucherrechte-RL), jedoch nicht in dieser allgemeinen Form. Der Begriff der Lebensmittel orientiert sich dabei am Lebensmittelrecht und ist unabhängig von der Verderblichkeit.

Art. 40g Bei Dienstleistungen

Besondere Schwierigkeiten können sich beim Widerrufsrecht in Bezug auf Verträge von Dienstleistungen ergeben. Einerseits können Dienstleistungen nicht mehr zurückgegeben werden, sobald sie tatsächlich erbracht worden sind (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 40i E-OR). Andererseits erscheinen bestimmte, praktisch durchaus bedeutsame Dienstleistungen aus verschiedenen Gründen für ein Widerrufsrecht nicht geeignet, da ein solches gerade bei Transport-, Gastronomie-, Tourismus- und Freizeit-Dienstleistungen im Hinblick auf die damit für die Anbieter resultierenden (wirtschaftlichen) Folgen unangemessen wäre oder aber bereits spezifischen Regelungen unterliegt, so dass ein allgemeines Widerrufsrecht ebenfalls nicht notwendig erscheint.

Buchstabe a schliesst das Widerrufsrecht bei der Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Beherbergung, Beförderung von Personen und Sachen, Vermietung von Fahrzeugen, Lieferung von Speisen und Getränken sowie im Bereich Freizeitgestaltung aus, wenn sich der Anbieter bei Vertragsabschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen (vgl. auch Art. 3 Abs. 3 Bst. k und Art. 16 Bst. l Verbraucherrechte-RL). Die Ausnahme begründet sich damit, dass die Anbieter in der Gastro-, Tourismus- und Transportbranche mit ihrer straff terminierten Dienstleistungspflicht und der Beschaffenheit ihrer Produkte durch die Ausübung von Widerrufsrechten über das normale Mass hinaus eingeschränkt wären. Auch wenn keine Pauschalreise vorliegt (vgl. dazu die Ausführungen zu Buchstabe d), kommt daher bei Beförderungs- und Beherbergungsdienstleistungen (d.h. z.B. Hotel- oder Flugbuchungen⁵⁶) ein Widerrufsrecht nicht in Betracht. Nicht unter diese Ausnahme fällt dagegen ein sog. Fitness-Vertrag, denn bei diesem bestimmt die Konsumentin oder der Konsument die Zeiteinteilung selbst.

In Ergänzung des Vorentwurfs und in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 16 Bst. h Verbraucherrechte-RL) besteht nach *Buchstabe b* kein Widerrufsrecht bei Verträgen über dringende Reparatur- und

⁵⁶ Vgl. zur Verbraucherrechte-RL Marchand, S. 183.

Instandhaltungsarbeiten. In diesen Fällen wäre ein Widerrufsrecht kaum praktikabel und würde den berechtigten Interessen des Anbieters zu wenig gerecht.

Buchstabe c hält die Ausnahme fest, dass Finanzdienstleistungen vom Widerrufsrecht ausgenommen sind. Unter Finanzdienstleistungen fallen grundsätzlich alle Bankdienstleistungen sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit Kreditgewährungen, Versicherungen, individuellen Altersversorgungen, Geldanlagen oder Zahlungen. Wie im Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 3 Bst. d Verbraucherrechte-RL) sollten Inhalt, Gegenstand und Wirkungen eines möglichen Widerrufsrechts für Finanzdienstleistungen spezifisch geregelt werden. Für die Schweiz kann dies im Rahmen des geplanten Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) geschehen. Angesichts der verbreiteten und nachvollziehbaren Kritik des Vorschlags eines Widerrufsrechts für obligatorische Versicherungsverträge in der Vernehmlassung wird darauf verzichtet, so dass der Ausschluss grundsätzlich auch für Versicherungsverträge gilt, soweit es sich dabei um Finanzdienstleistungen handelt. Für Versicherungsverträge sah Artikel 7 des Entwurfes des Bundesrates vom 7. September 2011 zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁵⁷ ein Widerrufsrecht vor (Art. 40a Abs. 2 E-OR). Nach dem Scheitern der Totalrevision ist unter anderem auch ein angemessenes Widerrufsrecht im Rahmen einer Teilrevision des VVG zu realisieren⁵⁸.

Buchstabe d nimmt als weitere Ausnahme Pauschalreisen vom allgemeinen Widerrufsrecht aus. Dies ist gerechtfertigt, da diese zum Schutz der Konsumentin und des Konsumenten den besonderen Regeln des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen⁵⁹ unterstehen. Der Begriff der Pauschalreise entspricht demjenigen in Artikel 1 dieses Gesetzes.

Art. 40h Bei digitalen Inhalten

Die Bestimmung enthält eine besondere Regelung für digitale Produkte (Software, Ton-, Bild- und Textdateien), die der Konsumentin oder dem Konsumenten unabhängig von einem festen Datenträger übermittelt werden (insbesondere *downloads* über das Internet oder das Mobilfunknetz). Weil in der Literatur umstritten ist, ob ein solches Geschäft über digitalisierte Produkte als Kaufvertrag über ein immaterielles Wirtschaftsgut oder als Dienstleistungsvertrag zu qualifizieren ist⁶⁰, wird mit dieser Bestimmung die Unsicherheit über die Behandlung solcher Verträge hinsichtlich des Widerrufsrechts beseitigt. Die Konsumentin oder der Konsument haben kein Widerrufsrecht, wenn sie die Nutzungsberechtigung an den digitalen Inhalten durch sofortige vollständige Zahlung erwerben und die Leistungspflicht des Anbieters sich in einer sofortigen einmaligen Datenlieferung erschöpft. Die Konsumentin bzw. der Konsument muss zudem über den Verlust des Widerrufsrechts informiert worden sein und dem ausdrücklich zugestimmt haben. Andernfalls hätte der Anbieter im Falle eines

⁵⁷ BBl 2011 7819 7821

⁵⁸ AB 2012 N 2203 ff. und AB 2013 S 261 ff.

⁵⁹ SR 944.3

⁶⁰ Honsell, S. 221 f. m.w.Nachw.

Widerrufs keine Kontrolle darüber, ob die Daten nicht bereits benutzt wurden oder allenfalls sogar weiterhin benutzt würden. Gegenüber dem Vorentwurf wurde der Wortlaut präzisiert. Er entspricht nun inhaltlich Artikel 16 Buchstabe m Verbraucherrechte-RL.

Eine *Minderheit der Kommission* beantragt, auf die Erfordernisse des Hinweises auf den Verlust des Widerrufsrechts und der ausdrücklichen Zustimmung der Konsumentin bzw. des Konsumenten zu verzichten.

Art. 40i Erlöschen des Widerrufsrechts

Neben den in den Artikeln 40e–40h E-OR geregelten Ausnahmen, bei denen primär aufgrund spezifischer Eigenschaften des Vertragsgegenstands ein Widerrufsrecht von vornherein nicht in Betracht kommen kann und daher ausgeschlossen ist, fasst diese Bestimmung verschiedene Tatbestände zusammen, die zwar das Widerrufsrecht nicht von vornherein ausschliessen, die aber zum Erlöschen des Widerrufsrechts führen. Für diese Fälle erscheint das Erlöschen des Widerrufsrechts als adäquate Folge auf ein bestimmtes Verhalten der Konsumentin oder des Konsumenten, da das Verhalten entweder die Rückgabe oder Rücksendung des Vertragsgegenstandes praktisch unmöglich macht (z.B. die Vermischung oder Verbindung mit anderen Sachen oder die erfolgte Erbringung einer Dienstleistung) oder aber diese unangemessen erscheinen lässt (z.B. der Gebrauch einer Sache).

Mit dem Widerrufsrecht sollen die Konsumentin und der Konsument vor Überrumpelung und Überraschung geschützt werden, indem ihnen eine *Cooling off*-Periode eröffnet wird, während der sie ihre Willenserklärung widerrufen können. Die Widerrufsfrist soll dazu dienen, den Vertragsschluss zu überdenken. Soll ein Widerruf möglich bleiben, muss sich der Gebrauch der Sache auf die Prüfung seiner Vertragsmässigkeit und Funktionsfähigkeit beschränken. *Buchstabe a* hält daher allgemein fest, dass jede über eine solche Prüfung hinausgehende Form der Benützung oder des Gebrauchs der Sache zum Erlöschen des Widerrufsrechts führt. Der Vorentwurf hatte hier noch vorgeschlagen, dass die Konsumentin oder der Konsument eine angemessene Entschädigung schuldet (vgl. Art. 40k Abs. 3 VE-OR). Mit der nun beantragten Regelung, die keine ausdrückliche Entsprechung im Gemeinschaftsrecht hat (vgl. gerade Erwägungsgrund 47 sowie aber auch Art. 14 Abs. 2 Verbraucherrechte-RL), wird den in der Vernehmlassung berechtigterweise vorgebrachten Bedenken Rechnung getragen, dass ein Widerrufsrecht andernfalls unangemessen zu Lasten der Anbieter gehen würde und seitens der Konsumenten missbräuchlich ausgeübt werden könnte, indem im Fernabsatzgeschäft gerade teure Gegenstände bestellt und nach einmaligem, über eine Funktionsprüfung jedenfalls hinausgehendem Gebrauch gestützt auf das Widerrufsrecht wieder zurückgegeben werden.

Nach *Buchstabe b* erlischt das Widerrufsrecht, wenn eine bewegliche Sache nach der Lieferung aufgrund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit andern Sachen vermischt oder verbunden wurde. Denn ein Widerruf mit anschliessender Rückgabe kommt bei Sachen wie Leim, Tapeten oder Bodenplatten, die mit anderen Gegenständen untrennbar verbunden werden, praktisch nicht (mehr) in Betracht.

Gleiches gilt für bewegliche Sachen wie Heizöl, die bei der Lieferung vermischt wurden (vgl. auch Art. 16 Bst. f Verbraucherrechte-RL).

Buchstabe c erfasst den in der Praxis zunehmend bedeutsameren Fall eines teilweisen Fernabsatzgeschäfts, bei welchem die Konsumentin oder der Konsument zwar mittels Fernkommunikationsmittel bestellen und damit das Geschäft zustande kommt, gleichzeitig aber die Abholung und Entgegennahme der bestellten Sache in einem Geschäftsraum des Anbieters verabredet wird. Da in diesen Fällen die Konsumentin oder der Konsument einerseits bis zum Zeitpunkt der Abholung eine Bedenkfrist hat und andererseits bei der Abholung die Ware prüfen kann, rechtfertigt es sich, dass das Widerrufsrecht im Zeitpunkt der Abholung erlischt, wenn die Konsumentin oder der Konsument die Ware mit gleichzeitiger ausdrücklicher Zustimmung angenommen hat.

Buchstabe d orientiert sich an der Regelung des Gemeinschaftsrechts (Art. 16 Bst. a Verbraucherrechte-RL). Danach kann das Widerrufsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen nicht ausgeübt werden, wenn die Dienstleistung vollständig erbracht ist und der Anbieter mit ausdrücklicher Zustimmung der Konsumentin oder des Konsumenten mit der Erfüllung begonnen hat, sofern die Konsumentin oder der Konsument die Zustimmung im Wissen darum gegeben hat, dass das Widerrufsrecht bei vollständiger Erfüllung untergeht. Im Gegensatz dazu sowie auch zum Vorentwurf (Art. 40g Abs. 1 VE-OR) soll die Erbringung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist nach der hier vorgeschlagenen Regelung nicht zum absoluten Ausschluss des Widerrufsrechts, sondern zu dessen Erlöschen führen, wenn die Konsumentin oder der Konsument der Erfüllung vor Ablauf der Widerrufsfrist vorgängig ausdrücklich zugestimmt hat, die Dienstleistung entsprechend erbracht und damit die Vertragsleistung vollständig erfüllt wurde. Das Erlöschen des Widerrufsrecht erscheint hier als die adäquatere und konsequentere Folge, ändert aber nichts an den praktischen Folgen, indem spätestens nach Erfüllung der Dienstleistung kein Widerrufsrecht mehr besteht, auch wenn die Widerrufsfrist zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist. Von einer vollständigen Erfüllung ist etwa auszugehen, wenn einer Konsumentin oder einem Konsumenten gegenüber die vereinbarte Massage oder Kleideränderung ausgeführt worden ist; dagegen nicht, wenn die Konsumentin einen Sprachkurs für die nächsten Ferien bucht oder sich dieser über sechs Monate erstreckt, im Zeitpunkt des Ablaufs der Widerrufsfrist aber lediglich die erste Stunde stattgefunden hat. Erwirbt eine Konsumentin beispielsweise einen Gutschein, der sie innert eines Jahres zum Bezug einer Dienstleistung (z.B. einer Massage) ermächtigt, erfolgt die vollständige Erfüllung erst mit dem Bezug der vorausbezahlten Leistung.

Nach *Buchstabe e* erlischt das Widerrufsrecht, wenn die Versiegelung von in einer versiegelten Packung gelieferten festen Datenträgern entfernt wird, auf welchem sich Computersoftware oder andere digitale Inhalte sowie Ton- oder Videoaufnahmen befinden. Mit dieser Regelung, welche auch im Gemeinschaftsrecht vorgesehen ist (vgl. Art. 16 Bst. i Verbraucherrechte-RL), wird den besonderen Interessen von Anbietern dieser urheberrechtlich geschützten Inhalte, aber insbesondere auch den Urhebern selbst, spezifisch Rechnung getragen, da ansonsten trotz Widerrufs und Rückgabe des Datenträgers die Inhalte entweder bereits vollständig oder auch in Zukunft noch verwendet oder genützt werden könnten, ohne dass eine angemessene Entschädigung sicher gestellt wäre. Damit

wird einem Anliegen in der Vernehmlassung entsprochen⁶¹. Eine *Minderheit der Kommission* beantragt, dass dieser Erlöschensgrund nicht auf Computersoftware oder andere digitale Inhalte sowie Ton- oder Videoaufnahmen beschränkt wird, sondern für alle urheberrechtlich geschützten Produkte gilt, die dem Konsumenten auf einem festen Datenträger in einer versiegelten Packung geliefert werden.

Art. 40j Frist

Im Unterschied zum geltenden Recht, aber in praktisch sinnvoller Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht (Art. 9 Abs. 1 Verbraucherrechte-RL), gilt nach *Absatz 1* neu eine einheitliche und verlängerte Widerrufsfrist von 14 Tagen.

Nach *Absatz 2* beginnt die Widerrufsfrist bei beweglichen Sachen mit dem Tag des Empfangs, das heisst dann, wenn die Konsumentin oder der Konsument in den physischen Besitz der Sache gelangen. Bei Dienstleistungen sowie bei digitalen Inhalten, die nicht auf einem festen Datenträger erworben werden (vgl. Art. 40h E-OR), beginnt sie an dem Tag, an dem der Vertrag geschlossen wird. Die Frist beginnt nicht zu laufen, bevor die Konsumentin oder der Konsument nicht über das Widerrufsrecht aufgeklärt worden ist. Dies entspricht geltendem Recht (Art. 40e Abs. 2 OR). Es besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Informationen über das Widerrufsrecht und die Widerrufsfrist (*Bst. a*). Auch sind die Angaben des Firmennamens und der Adresse erforderlich (*Bst. b*), damit die Konsumentin oder der Konsument überhaupt weiss, an wen bzw. wohin der Widerruf zu richten ist.

Der Vorentwurf verzichtete unter Hinweis auf die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) noch auf eine maximale zeitliche Begrenzung für den Widerruf, falls der Anbieter seiner Informationspflicht nicht nachgekommen ist. Dies wurde in der Vernehmlassung mehrheitlich kritisiert⁶². *Absatz 3* sieht nunmehr eine absolute Befristung des Widerrufsrechts vor: Wenn der Anbieter die Information nach Absatz 2 unterlässt, endet die Widerrufsfrist in jedem Fall drei Monate und 14 Tage nach dem Empfang der Sache oder nach dem Vertragsabschluss bei Dienstleistungen sowie bei digitalen Inhalten, die nicht auf einem festen Datenträger erworben werden. Durch die Unterlassung der Information seitens des Anbieters verlängert sich die Widerrufsfrist somit um drei Monate. Ein Widerruf kommt damit längstens während drei Monaten und 14 Tagen ab Empfang der Sache beziehungsweise in den übrigen Fällen ab Vertragsschluss in Betracht. Zu einem späteren Zeitpunkt erschiene ein Widerruf nicht mehr angemessen und würde auch die Rechtssicherheit gefährden. Eine solche absolute zeitliche Befristung sieht auch das Gemeinschaftsrecht vor (vgl. Art. 10 Verbraucherrechte-RL, wobei die zusätzliche Frist dort allerdings ein Jahr beträgt).

Absatz 4 regelt die Einhaltung der 14-tägigen Frist. Die Konsumentin oder der Konsument muss den Anbieter vor Ablauf der Widerrufsfrist über den Entschluss, ihre oder seine Willenserklärung zu widerrufen, informieren. Die Frist ist dann gewahrt, wenn die Widerrufserklärung am letzten Tag der Frist versendet wurde: Erfolgt die

⁶¹ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 12.

⁶² Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 14.

Widerrufserklärung schriftlich, so ist das Datum des Poststempels entscheidend, erfolgt sie auf elektronischem Weg, so ist das Datum der Abgabe der elektronischen Erklärung massgebend.

Art. 40k Form und Beweis

Absatz 1 hält fest, dass die Widerrufserklärung grundsätzlich in jeder Form möglich ist. Dies gilt auch dann, wenn der Anbieter der Konsumentin oder dem Konsumenten ein Muster für eine Widerrufserklärung zur Verfügung stellt, was im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht jedoch nicht gesetzlich geregelt, sondern der Praxis überlassen werden soll. Die Konsumentin oder der Konsument soll im Unterschied zum geltenden Recht – nach Artikel 40e Absatz 1 OR wird Schriftlichkeit verlangt – nicht eingeschränkt werden. Dies ist trotz Kritik in der Vernehmlassung gerechtfertigt, da die Konsumentin oder der Konsument die Beweislast für den Widerruf trägt (vgl. Absatz 3).

Die Informationen nach Artikel 40j Absatz 2 E-OR müssen gemäss *Absatz 2* in beweisbarer Form erbracht werden. In der Regel bedeutet das, dass sie auf Papier oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger festgehalten und zugestellt werden müssen. Gleichgestellt wird die digitale Information, die ausgedruckt werden kann. Fernabsatzverträge können aber auch am Telefon und damit mündlich geschlossen werden. Diese Möglichkeit soll nicht durch formbedürftige Informationspflichten verunmöglicht werden. Eine mündliche Information gemäss Artikel 40j Absatz 2 E-OR muss daher zulässig bleiben. Diese Lösung, die vom Gemeinschaftsrecht abweicht, lässt sich vertreten, weil die Beweislast für die gesetzmässige Information beim Anbieter liegt. Das hat in der Praxis bereits dazu geführt, dass beim Telefonverkauf Gespräche nach entsprechender Nachfrage bei der Konsumentin oder dem Konsumenten aufgenommen werden. Letztlich bleibt es aber Sache des Anbieters, wie er den Nachweis technisch erbringen will, dass die Konsumentin oder der Konsument gemäss Artikel 40j Absatz 2 E-OR informiert worden ist.

Absatz 3 hält fest, dass die Konsumentin oder der Konsument – wie bisher⁶³ – die Beweislast für die fristgerechte Abgabe der Widerrufserklärung trägt.

Art. 40l Folgen im Allgemeinen

Im Unterschied zum Vorentwurf (Art. 40k VE-OR) werden die Folgen eines Widerrufs durch die Konsumentin oder den Konsumenten in vier separaten Artikeln geregelt. Artikel 40l E-OR regelt die allgemeinen Folgen eines Widerrufs.

Absatz 1 hält den Grundsatz fest, dass die Konsumentin oder der Konsument nicht mehr an ihre oder seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden ist. Die Parteien werden in den vertragslosen Zustand *ex ante* zurückversetzt. Die Leistungen sind damit ohne gültigen Grund erfolgt, sodass

⁶³ Hartmann, ZSR 2008 I, S. 307 ff., 316; Dornier Kommentar, N 129 zu Art. 40e OR.

die Rückabwicklung nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung durchzuführen ist (Art. 62 ff. OR)⁶⁴.

Absatz 2 bestimmt, dass die bereits erbrachten Leistungen zurückzuerstatten sind. Die Konsumentin oder der Konsument hat insbesondere die bereits erbrachte Leistung zurückzugeben, z.B. die Kaufsache oder das Leasinggut⁶⁵ (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 40n E-OR). Umgekehrt hat der Anbieter bereits geleistete Zahlungen der Konsumentin oder des Konsumenten zurückzuzahlen (vgl. dazu Art. 40m E-OR). In Ergänzung zum Vorentwurf sieht der Entwurf eine Höchstfrist von 14 Tagen zur Rückleistung vor (vgl. auch Art. 13 und 14 Verbraucherrechte-RL), um eine möglichst zügige Rückabwicklung zu gewährleisten.

Art. 40m Pflichten des Anbieters

In diesem Artikel werden die Pflichten des Anbieters im Widerrufsfall geregelt. In Konkretisierung von Artikel 40l Absatz 2 E-OR hält *Absatz 1* fest, dass der Anbieter bereits geleistete Zahlungen der Konsumentin oder des Konsumenten zurückzuerstatten hat und zwar grundsätzlich innert 14 Tagen seit dem Widerruf. Aus Artikel 40n Absatz 4 E-OR ergibt sich, dass der Anbieter grundsätzlich nicht dazu berechtigt ist, im Fall eines Widerrufs eine weitere Entschädigung zu verlangen.

In *Absatz 2* ist in Ergänzung des Vorentwurfs und in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 13 Abs. 3 Verbraucherrechte-RL) ein Rückbehaltungsrecht des Anbieters vorgesehen. Dieser darf eine bereits geleistete Zahlung bis zum Erhalt der Sache beziehungsweise einem Nachweis über die erfolgte Rücksendung zurückbehalten. Damit sollen die Interessen der Anbieter im Fall des Widerrufs durch die Konsumentin oder den Konsumenten angemessen geschützt werden.

Art. 40n Pflichten des Konsumenten

Ihrer Bedeutung entsprechend werden die Pflichten der Konsumentin oder des Konsumenten für den Fall, dass sie oder er ihre Willenserklärung widerruft, klar und ausdrücklich geregelt. Damit soll indirekt ebenfalls Missbräuchen entgegengewirkt werden.

Absatz 1 hält in Konkretisierung von Artikel 40l Absatz 2 E-OR fest, dass bereits empfangene Sachen von der Konsumentin oder dem Konsumenten zurückgegeben werden müssen, wenn der Vertrag widerrufen wurde. Da der über die Prüfung der Vertrags- und Funktionsmässigkeit hinausgehende Gebrauch einer Sache nach

⁶⁴ BGE 137 III 243 E. 4.5 m.w.H. zur Frage, ob Rückabwicklung (genauer: die Verjährungsfristen) vertrags- oder bereicherungsrechtlicher Natur ist; kritisch, aber letztlich zustimmend auch von der Crone/Monferrini, S. 492. Das deutsche Schuldrecht hat die Frage hingegen anders gelöst, indem es das Widerrufs- und Rückgaberecht unter dem gleichen Titel regelt wie das Rücktrittsrecht (§§ 346 ff., §§ 355 ff. BGB) und damit von vertraglichen Rückabwicklungsregeln ausgeht.

⁶⁵ Das Widerrufsrecht gilt gemäss Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG unter Umständen auch für Leasingverträge.

Artikel 40i Buchstabe a E-OR zum Erlöschen des Widerrufsrechts führt (vgl. die Ausführungen zu Art. 40i E-OR), entfällt die im Vorentwurf vorgeschlagene, kritisierte Regelung betreffend Leistung eines angemessenen Entgelts.

Nach *Absatz 2* gehen die Kosten für die Rücksendung einer Sache im Widerrufsfall zu Lasten der Konsumentin oder des Konsumenten. Da sie die unmittelbare Folge des Widerrufs sind, rechtfertigt sich auch diese Kostentragungspflicht. Dabei geht es nur um die direkten Kosten der Rücksendung, nicht allfällig dem Anbieter entstandene weitere Kosten oder Aufwendungen, wofür kein Ersatz geschuldet ist (vgl. auch Abs. 4). Insbesondere wird damit das Widerrufsrecht auch nicht übermässig eingeschränkt oder faktisch ausgeschlossen. Im Unterschied zum Vorentwurf (Art. 40k Abs. 2 VE-OR «in der Regel») gilt dieser Grundsatz lediglich mit folgenden Ausnahmen: Wenn sich der Anbieter zur Übernahme der Rücksendungskosten oder zur Abholung der Sache bereit erklärt hat oder wenn er es unterlassen hat, die Konsumentin oder den Konsumenten über diese Kostenpflicht im Widerrufsfall zu informieren, schuldet die Konsumentin bzw. der Konsument keine Entschädigung. Die Regelung folgt wiederum dem Gemeinschaftsrecht (vgl. Art. 14 Abs. 1 Verbraucherrechte-RL). Eine *Kommissionsminderheit* beantragt, dass die Konsumentin beziehungsweise der Konsument im Widerrufsfall nicht nur die Kosten für die Rücksendung der Ware, sondern – falls diese nicht bereits von ihr beziehungsweise ihm bezahlt worden sind – grundsätzlich auch die Kosten der Hinsendung zu übernehmen hat.

Absatz 3 regelt die Folgen des Widerrufs auf einen Vertrag, der eine Dienstleistung zum Gegenstand hat, soweit ein solcher überhaupt in Betracht kommt (vgl. die Erläuterungen bei Art. 40g und 40i). Bei einer zumindest bereits teilweise erbrachten Dienstleistung ist eine Rückerstattung unmöglich. Deshalb ist die von der Konsumentin oder dem Konsumenten bereits empfangene oder in Anspruch genommene Leistung wertmässig auszugleichen. Dieser Ausgleich ist als verhältnismässige Entschädigung des vertraglich vereinbarten Gesamtpreises vorzunehmen (vgl. auch Art. 14 Abs. 3 Verbraucherrechte-RL). Damit wird den berechtigten Interessen sowohl der Konsumentin oder des Konsumenten als auch des Anbieters angemessen Rechnung getragen. Einem allfällig überhöhten Gesamtpreis ist im Rahmen allgemeiner Rechtssätze (absichtliche Täuschung, Übervorteilung, Rechtsmissbrauchsverbot) Rechnung zu tragen.

Absatz 4 hält schliesslich fest, dass die Konsumentin oder der Konsument dem Anbieter im Widerrufsfall keine weiteren Entschädigungen (wie beispielsweise Zinsen) schuldet.

Art. 40o Wirkung auf verbundene Verträge

In Ergänzung des Vorentwurfs enthält Artikel 40o eine Regelung zu den Wirkungen eines Widerrufs auf weitere, mit dem vom Widerruf betroffenen Vertrag verbundene Verträge. Dabei handelt es sich um eine analoge Vorschrift zu Artikel 15 Verbraucherrechte-RL.

Absatz 1 sieht neu vor, dass der Widerruf einer Willenserklärung auch die Unwirksamkeit weiterer mit dieser verbundenen Verträge oder Willenserklärungen der Konsumentin oder des Konsumenten zur Folge hat. Voraussetzung dafür ist

jedoch, dass zwischen den Rechtsgeschäften ein sachlicher Zusammenhang besteht. Dies ist beispielsweise bei einem der Finanzierung dienenden Kreditvertrag zu einem Erwerbsgeschäft oder bei mehreren separaten Erwerbsgeschäften für eine sich aus mehreren Teilen zusammensetzende Installation der Fall. Unter der Voraussetzung des sachlichen Zusammenhangs ist es nicht notwendig, dass die Vertragsparteien der verbundenen Verträge identisch sind.

Absatz 2 hält ausdrücklich fest, dass die Bestimmungen von Artikel 40l–40n E-OR über die Folgen eines Widerrufs sinngemäss auf die verbundenen Verträgen Anwendung finden, das heisst insbesondere bereits erhaltene Sachen zurückzugeben und geleistete Zahlungen zurückzuerstatten sind.

Art. 406d, 406e und 406f

Im Sinne der angestrebten Einheitlichkeit der Widerrufsrechte werden auch die entsprechenden Bestimmungen zum Ehe- und Partnerschaftsvermittlungsvertrag angepasst. Abweichend vom geltenden Recht, welches vom «Rücktrittsrecht» spricht, soll neu auch hier der Begriff des «Widerrufsrechts» verwendet werden. Vor Ablauf der Widerrufsfrist ist der Vertrag erst bedingt geschlossen; von einem noch nicht bestehenden Vertrag kann man nicht zurücktreten⁶⁶.

5.2 Bundesgesetz über den Konsumkredit

Art. 16 Abs. 1

Trotz diesbezüglicher Kritik⁶⁷ in der Vernehmlassung soll auch das Konsumkreditgesetz entsprechend angepasst werden. Neu gilt auch hier die einheitliche Widerrufsfrist von 14 Tagen. Dabei ist das Interesse an der Einheitlichkeit der Widerrufsfristen höher zu gewichten als mögliche spezifische Interessen bestimmter Parteien an einer schnellen Vertragsausführung und -erfüllung.

6 Auswirkungen

6.1 Auswirkungen auf den Bund, die Kantone und die Gemeinden

Die beantragten Änderungen haben für den Bund, die Kantone und die Gemeinden keine finanziellen oder personellen Auswirkungen.

⁶⁶ Schwenzer, Rz. 26.63 und 28.75; Pietruszak, N 10 ff. zu Art. 406e OR; Hartmann, S. 307 ff., 308.

⁶⁷ Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 16.

6.2

Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Sowohl der Online- und Versandhandel als auch der Telefonverkauf verzeichnen ein grosses Wachstum. Im Jahr 2012 soll der Online- und Versandhandel um 7.5 Prozent gewachsen sein und bereits rund 6 Prozent des gesamten Detailhandelsvolumens ausmachen⁶⁸. Von den privaten Haushalten nutzen gemäss Bundesamt für Statistik (BFS) in der Schweiz (2010) 47 Prozent der Erwachsenen das Internet zum Kauf bzw. zur Bestellung von Waren und Dienstleistungen, was über dem europäischen Mittel von 31 Prozent liegt⁶⁹. Der gesamte Umsatz des Online- und Versandhandels in der Schweiz wird von der Branche für das Jahr 2012 mit 5.7 Milliarden Franken beziffert⁷⁰. Davon entfallen 4.250 Milliarden Franken auf den Online- und Versandhandel mit Privatkunden in der Schweiz. Auf 600 Millionen Franken belaufen sich alleine die Online-Einkäufe von Schweizer Privat- und Geschäftskunden im Ausland. Der Umsatz, der im gesamten Fernabsatzgeschäft sowie im Haustürgeschäft erzielt wird, ist nicht bekannt, dürfte aber höchstens geringfügig darüber liegen.

Die vorgeschlagene Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechts von 14 Tagen im Fernabsatzgeschäft wirkt sich primär auf den Detailhandel aus und dabei hauptsächlich auf die Bereiche Multimedia/HiFi/Elektrogeräte, Textil, Wohnen und CD/DVD/Bücher/Audio, die schon heute wertmässig die grössten Anteile am Online- und Versandhandel ausmachen⁷¹. Demgegenüber grundsätzlich nicht betroffen ist der Bereich der Lebensmittel, welcher einen Anteil von rund 16.6 Prozent oder 700 Millionen Franken ausmacht, da nach Artikel 40f Absatz 2 E-OR Verträge über Lebensmittel vom Widerrufsrecht ausgeschlossen sind. Zu beachten ist, dass im Fernabsatzgeschäft bereits aktuell verbreitet ein vertraglich vereinbartes

⁶⁸ Vgl. Medienmitteilung Verband des Schweizerischen Versandhandels (VSV) und GfK Switzerland AG vom 8. März 2013, S. 1 (abrufbar unter http://www.vsv-versandhandel.ch/files/cms/tiny/News/2013_MM_Statistik.pdf; zuletzt konsultiert am 2. Oktober 2013).

⁶⁹ Vgl. www.bfs.admin.ch > Themen > 16 - Kultur, Medien, Informationsgesellschaft, Sport > Informationsgesellschaft > Daten, Indikatoren > Informationsgesellschaft > Haushalte und Bevölkerung > E-commerce der privaten Haushalte (Grafik 2).

Von den schweizerischen Unternehmen mit 5 Personen und mehr benutzen nach BFS (2011) 33 % das Internet für den Verkauf und 73 % für den Einkauf. Der Prozentsatz für den E-Einkauf liegt dabei weit über dem europäischen Mittel (abrufbar unter: [http://www.bfs.admin.ch/](http://www.bfs.admin.ch) > Themen > 16 - Kultur, Medien, Informationsgesellschaft, Sport > Informationsgesellschaft > Daten, Indikatoren > Informationsgesellschaft > Unternehmen > E-Commerce [Grafik 2]).

Eine weitere Statistik des BFS (2010) zeigt unter anderem, wie diversifiziert der E-Commerce der privaten Haushalte ist: 55 % nutzen das Internet für Kauf und Bestellungen, 54 % für Dienstleistungen im Bereich Reisen und Unterkunft, 50 % für E-Banking, 44 % zum Film- und Videoschauen oder -herunterladen, 40 % zum Musikhören, 37 % zum Fernsehen und Radio hören, wobei die Unterschiede nach Alter und Bildung signifikant sind (abrufbar unter www.bfs.admin.ch > Themen > 16 - Kultur, Medien, Informationsgesellschaft, Sport > Informationsgesellschaft > Daten, Indikatoren > Informationsgesellschaft > Haushalte und Bevölkerung > Internetnutzung > Nutzungszwecke).

⁷⁰ Vgl. Medienmitteilung Verband des Schweizerischen Versandhandels (VSV) und GfK Switzerland AG vom 8. März 2013, S. 1.

⁷¹ Vgl. Medienmitteilung Verband des Schweizerischen Versandhandels (VSV) und GfK Switzerland AG vom 8. März 2013, S. 2.

Literaturverzeichnis

Roger Dornier, Das Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a-g OR), Diss. Fribourg 1994 (zitiert Dornier Diss.).

Roger Dornier, Art. 40a–40f OR, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/1b/3, Zürich 2010 (zitiert Dornier Kommentar).

Rainer Gonzenbach/Marlis Koller-Tumler, Art. 40a–40f OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 5. Aufl., Basel 2011.

Stephan Hartmann, Konsumentenschutzrechtliches Widerrufsrecht im schweizerischen Recht, Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, ZSR 2008 I 307 ff.

Heinrich Honsell, Kaufrecht und elektronischer Geschäftsverkehr, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, S. 211 ff.

Sandra Hotz, Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Verhältnis von verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und allgemeinem Vertragsrecht, Tübingen 2006.

Marlis Koller-Tumler, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht X, Basel 2008, S. 1 ff.

Ahmet Kut, Art. 40a–40g OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2012.

Marco Loos/Natali Helberger/Lucie Guibault/Chantal Mak, The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law, European Review of Private Law 2011, S. 729 ff.

Sylvain Marchand, Droit de la consommation, Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genf 2012.

Lukas Morscher, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, ZBJV 2011, S. 177 ff.

Thomas Pietruszak, Art. 406e OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 5. Aufl., Basel 2011.

Thomas Probst, Art. 16–18, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.

Hans Schulte-Nölke/Andreas Börger, Distance Selling Directive (97/7), in: Hans Schulte-Nölke/Christian Twigg-Flesner/Martin Ebers (Hrsg.), EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transpositions in the Member States, European Communities, München 2008, S. 307 ff.

Ingeborg Schwenzer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.

Hildegard Stauder/Bernd Stauder, Artikel 40a–40f OR, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2. Aufl., Basel et al. 2012.

Hans Caspar von der Crone/Isabelle Monferrini, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge: Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_562/2010 vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin), SZW 2011, S. 485 ff.

Ralf Wölfle/Uwe Leimstoll, E-Commerce-Report 2011. Eine Studie zur Entwicklung des Schweizer E-Commerce vom 31. März 2011, Basel 2011.

