

**Vorentwurf zu einem Bundesgesetz
über den elektronischen Geschäftsverkehr
(Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes
gegen den unlauteren Wettbewerb)**

Zusammenstellung der Vernehmlassungen

**Avant-projet concernant une loi fédérale
sur le commerce électronique
(révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale
contre la concurrence déloyale)**

Classement des réponses suite à la procédure de consultation

**Avamprogetto concernente una legge federale
sul commercio elettronico
(revisioni parziali del Codice delle obbligazioni e della legge
federale contro la concorrenza sleale)**

Risultati della procedura di consultazione

Inhaltsverzeichnis / Table des matières / Indice

1.	Allgemeines / Généralité /Generalità	1
2.	Verzeichnis der Eingaben Liste des organisations ayant répondu Elenco dei partecipanti.....	2
3.	Zusammenstellung der Vernehmlassungen Classement des réponses suite à la procédure de consultation Risultati della procedura di consultazione	7
31	Im Allgemeinen / En général / In generale.....	7
311	Positive Gesamtbeurteilung des Vorentwurfes Appréciation générale positive de l'avant-projet Giudizio generale positivo sull'avamprogetto	7
312	Negative Gesamtbeurteilung des Vorentwurfes Appréciation générale négative de l'avant-projet Giudizio generale negativo sull'avamprogetto.....	29
313	Einzelne Themen	43
313.1	Allgemeiner Teil des Obligationenrechts (ohne Widerrufsrecht).	43
313.2	Widerrufsrecht	43
313.3	Kaufrecht / Droit de la vente	60
313.4	Unlauterer Wettbewerb	63
32	Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Des dispositions particulières de l'avant-projet Le singole disposizioni dell'avamprogetto.....	67
321	Obligationenrecht/Code des obligations/Codice delle obbligazioni	67
321.01	Art. 4 Abs. 2 / Art. 4 al. 2 / Art. 4 cpv. 2.....	67
321.02	Art. 6a Abs. 4 / Art. 6a al. 4 / Art. 6a cpv. 4.....	74
321.03	Art. 7 Abs. 2 und 3 / Art. 7 al. 2 et 3 / Art. 7 cpv. 2 e 3.....	81
321.04	Art. 13 Abs. 2 / Art. 13 al. 2 / Art. 13 cpv. 2.....	92
321.05	Art. 40a	95
321.06	Art. 40b	120
321.07	Art. 40c.....	121
321.08	Art. 40d	134
321.09	Art. 40e	146
321.10	Art. 40f	160

321.11	Art. 40g	167
321.12	Art. 40h	172
321.13	Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 / Art. 74 al. 2, ch. 4 / art. 74 cpv. 2 n. 4	178
321.14	Art. 107 Abs. 3 / Art. 107 al. 3 / Art. 107 cpv. 3.....	182
321.15	Art. 197 Abs. 3 / Art. 197 al. 3 / Art. 197 cpv. 3.....	185
321.16	Art. 199	195
321.17	Art. 201 Abs. 1 und 3 / Art. 201 al. 1 et 3 / Art. 201 cpv. 1 e 3..	205
321.18	Art. 204	211
321.19	Art. 205 Abs. 1 und 4 / Art. 205 al. 1 et 4 / Art. 205 cpv. 1 e 4..	214
321.20	Art. 206	220
321.21	Art. 208 Abs. 2 und 3 / Art. 208 al. 2 et 3 / Art. 208 cpv. 2 e 3..	221
321.22	Art. 209a	222
321.23	Art. 210	225
322	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	233
322.1	Art. 3 Bst. b ^{bis} / Art. 3 let. b ^{bis} / Art. 3 lett. b ^{bis}	233
322.2	Art. 6a	240
322.3	Art. 23	245
33	Weitere Vorschläge / Autres propositions / Altre proposte	245

1. Allgemeines / Généralité / Generalità

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte vom 17. Januar bis 31. Mai 2001. Zur Vernehmlassung eingeladen wurden das Schweizerische Bundesgericht in Lausanne und das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern, alle Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien und 45 Organisationen und Privatpersonen.

Der Kanton Uri verzichtete auf eine Stellungnahme. Der "Wirtschaftsverband der Automation, Elektronik, Informatik und Medizinaltechnik" schloss sich der Stellungnahme der "Swiss Information and Communications Technologies Association" an. Die "Vereinigung des schweizerischen Import- und Grosshandels" schloss sich der Stellungnahme des "Schweizerischen Wirtschaftsverbands der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik" und jener des "Schweizerischen Strassenverkehrsverbands" an. Der Schweizerische Arbeitgeberverband verzichtete zu Gunsten der economiesuisse auf eine Vernehmlassungsantwort.

La procédure de consultation a duré du 17 janvier au 31 mars 2001. Ont été invités à y participer: le Tribunal fédéral suisse à Lausanne, le Tribunal fédéral des assurances à Lucerne, tous les cantons, les partis représentés dans l'Assemblée fédérale ainsi que 45 organisations et personnes privées.

Le canton d'Uri a renoncé à prendre position. Le "Wirtschaftsverband der Automation, Elektronik, Informatik und Medizintechnik" s'est ralliée à la position de la "Swiss Information and Communications Technologies Association". La Fédération suisse des importeurs et du commerce de gros s'est ralliée aux prises de positions du "Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik" et de la Fédération routière suisse. L'Union Patronale Suisse a renoncé à prendre position, se ralliant à l'avis d'economisuisse.

La procedura di consultazione è durata dal 17 gennaio al 31 marzo 2001. Sono stati invitati a partecipare alla stessa il Tribunale federale svizzero di Losanna, il Tribunale federale delle Assicurazioni di Lucerna, tutti i cantoni, i partiti rappresentati nell'Assemblea federale e 45 organizzazioni e privati.

Il canton Uri ha rinunciato a prendere posizione. Il "Wirtschaftsverband der Automation, Elektronik, Informatik und Medizintechnik" ha aderito al parere espresso dalla "Swiss Information and Communications Technologies Association". La "Fédération suisse des importeurs et du commerce de gros" ha fatta sua la posizione dello "Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik" e della "Fédération routière suisse". L'Unione padronale svizzera ha rinunciato a prendere posizione, rinviando al parere espresso da economisuisse.

2. Verzeichnis der Eingaben
Liste des organisations ayant répondu
Elenco dei partecipanti

(in der Zusammenstellung verwendete Abkürzungen sind vorangestellt)

(dans le classement, les abréviations précèdent les avis)

(nel riassunto, le abbreviazioni precedono i pareri)

Gerichte / Tribunaux / Tribunali

BGr Bundesgericht / Tribunal fédéral / Tribunale federale

Kantone / Cantons / Cantoni

AG Aargau / Argovie / Argovia
AI Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
AR Appenzell Ausserrhoden / Appenzel Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE Bern / Berne / Berna
BL Basel-Land / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE Genf / Genève / Ginevra
GL Glarus / Glaris / Glarona
GR Graubünden / Grisons / Grigioni / Grischun
JU Jura / Jura / Giura
LU Luzern / Lucerne / Lucerna
NE Neuenburg / Neuchâtel
NW Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo [pendent]
OW Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG St. Gallen / St-Gall / San Gallo
SH Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SZ Schwyz / Schwyz / Svitto
SO Solothurn / Soleure / Soletta
TG Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI Tessin / Tessin / Ticino
UR Uri
VD Waadt / Vaud
VS Wallis / Valais / Vallese
ZG Zug / Zoug / Zugo
ZH Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP	Christlichdemokratische Volkspartei Parti Démocrate-Chrétien Partito Popolare Democratico
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz Parti radical-démocratique suisse (PRD) Partito liberale-radicale svizzero (PLR)
PLS	Parti libéral suisse Liberale Partei der Schweiz
SVP	Schweizerische Volkspartei Union Démocratique du Centre (UDC) Unione Democratica di Centro (UDC)

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS	Autogewerbe-Verband der Schweiz Union professionnelle suisse de l'automobile (UPSA) Unione professionale svizzera dell'automobile (UPSA)
acsi	Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana
arbeitgeberverband	Schweizerischer Arbeitgeberverband Union Patronale Suisse
Bauernverband	Schweizerischer Bauernverband Union Suisse des Paysans (USP) Unione Svizzera dei Contadini (UPS)
CP	Centre Patronal
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses Federazione delle imprese svizzere
EKK	Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen Commission fédérale de la consommation Commissione federale del consumo
FEA	Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz Association Suisse des Fabricants et Fournisseurs d'Appareils électrodomestiques
frc	Fédération romande des consommateurs
FRI	Fédération romande immobilière
FRS	Schweizerischer Strassenverkehrsverband Fédération routière suisse

FSP	Fédération Romande des Syndicats Patronaux
Honsell/	Prof. Heinrich Honsell/lic.iur.
Pietruszak	Thomas Pietruszak, Zürich
kf	Konsumentenforum deutsche Schweiz
KVN	Konsumenten-Vereinigung Nordwestschweiz
Konferenz	Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera Conferenza dals funcziunaris da scussiun e falliment de la Svizra
KPMG	KPMG Fides, Lausanne
Optikerverband	Schweizerischer Optikerverband Association suisse des Opticiens
Sager	Christian Sager, Rechtsanwalt, Zollikon/Chicago
SAirGroup	SAirGroup
SAP	Wirtschaftsverband der Automation, Elektronik, Informatik und Medizintechnik
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband Fédération Suisse des Avocats (FSA) Federazione Svizzera degli Avvocati (FSA)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen Chemins de fer fédéraux (CFF) Ferrovie federali svizzere (FSS)
SBV	Schweizerische Bankiervereinigung Association suisse des banquiers (ASB) Associazione svizzera dei banchieri (ASB)
SFGMV	Schweizerischer Fahrrad- und Motorrad-Gerwerbe-Verband Union Suisse des Mécaniciens en Cycles et Motos (USMCM) Unione Svizzera dei Meccanici di Cicli e Motocicli (USMCM)
SfK	Stiftung für Konsumentenschutz
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
SHV	Schweizer Hotelier-Verein Société suisse des hôteliers Società Svizzera degli Albergatori
SIA	schweizerischer ingenieur- und architektenverein société suisse des ingénieurs et des architectes società svizzera degli ingegneri e degli architetti
SICTA	Swiss Information and Communications Technologies Association

SIK	Schweizerische Informatikkonferenz Conférence Suisse sur l'Informatique Conferenza svizzera sull'informatica
SMBK	Schweizerischer Verband des Milch-, Butter- und Käsehandels Union Suisse du commerce de lait, beurre et fromage
SMU	Schweizerische Metall-Union/Arbeitgeberverband Union Suisse du Métal (USM)/Union patronal Unione Svizzera del Metallo (USM)/Unione degli imprenditori
SRV	Schweizerischer Reisebüro-Verband Fédération Suisse des Agences de Voyages Federazione Svizzera delle Agenzie di Viaggi
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband Association Suisse d'Assurances (ASA) Associazione Svizzera d'Assicurazioni (ASA)
SW	Schweizer Werbung Publicité Suisse PS Pubblicità Svizzera PS
SWICO	Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik
swisscom	swisscom AG
Swissmem	Die Schweizer Maschinen-, Elektro und Metall-Industrie (ASM und VSM)
TCS	touring club suisse/schweiz/svizzero
Treuhand- Kammer	Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten Chambre fiduciaire Camera fiduciaria
UNIGe	Université de Genève
VFGI	Verband der schweizerischen Fabrikanten, Grossisten und Importeure der Zweiradbranche Syndicat des fabricants, grossiste et importateurs suisse
VIT	Verband Inside Telecom (VIT) der Telekommunikationsnetz- und Mehr- wertdiensteanbieter
VSAI	Vereinigung Schweizer Automobil-Importeure, Bern
VSG	Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter Société suisse des conservateurs du registre foncier Società svizzera degli ufficiali del registro fondiario
VSIG	Vereinigung des schweizerischen Import- und Grosshandels, Basel Fédération suisse des importeurs et du commerce de gros, Bâle

VSW Verband Schweizerischer Werbegesellschaften
Association des Sociétés Suisses de Publicité (ASSP)
Associazione delle Società Svizzere di Pubblicità (ASSP)

ww&p EGV Ricardo.ch AG

3. Zusammenstellung der Vernehmlassungen Classement des réponses suite à la procédure de consultation Risultati della procedura di consultazione

- 31 Im Allgemeinen / En général / In generale
- 311 Positive Gesamtbeurteilung des Vorentwurfes
 Appréciation générale positive de l'avant-projet
 Giudizio generale positivo sull'avamprogetto

Kantone / Cantons / Cantoni

AG: Wir begrüßen die Absicht des Bundes, im Hinblick auf die steigende Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs den Konsumentenschutz im vorgeschlagenen Ausmass auszudehnen und stimmen den vorgesehenen Änderungen vollumfänglich zu. Insbesondere begrüßen wir das Widerrufsrecht beim Fernabsatzvertrag sowie die Verbesserungen bei der Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache.

AI: Im Gegensatz zur Frage der Form (Gleichstellung elektronischer Unterschrift mit eigenhändiger Unterschrift) welche im Bundesgesetz über die elektronische Signatur behandelt wird, werden im Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr die Fragen des Lauterkeitsrechtes und des Konsumentenschutzes stipuliert. Es ist zu begrüßen, dass mit den Gesetzesanpassungen die Konsumenten geschützt und dem Geschäftsverkehr Randbedingungen gesetzt werden. Es ist aber ebenso klar, dass auch beim Konsument via elektronischer Medien Eigenverantwortung vorausgesetzt werden muss.

Das Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr berührt Vertragsrecht und hat somit für den Kanton weder personelle noch finanzielle Auswirkungen, mit Ausnahme der Strafverfolgung. Mit den vorgeschlagenen Teilrevisionen von Obligationenrecht und Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wird das Vertrauen in den elektronischen Geschäftsverkehr gestärkt. Mit der Angleichung an ausländisches Recht wird verhindert, dass infolge unterschiedlicher Rechtslage der Schweizer im nahen Ausland einkauft oder der ausländische Anbieter über die Schweiz Konsumentenschutzdumping anbietet. Die Vorlage liegt im Interesse des Konsumenten wie des seriösen Anbieters.

Es wird als richtig erachtet, dass unter Berücksichtigung der Art der Geschäfte (Zeitspanne der Abschlüsse in Minuten oder Sekunden, bedingte direkte Kommunikation, virtuelle Erfassung des Kaufgutes) der Konsumentenschutz wesentlich verstärkt wird. Es wird aber auch die Frage gestellt, ob in unserer "kurzlebigen" Zeit eine zeitliche Ausdehnung der Garantiefrist auf zwei Jahre und ein Recht auf Nachbesserung sinnvoll und nötig ist.

Bezüglich der Informationspflicht des Anbieters (Preis, Widerrufsrecht, Verfahren usw.) ist darauf zu achten, dass dies in adäquater Form zum Angebot zu erfolgen hat (Vermeidung des Kleingedruckten auf einer Rückseite oder einem speziellen Link). Als Werkzeug für Widerruf etc. drängt sich dieselbe Form wie bei der Leistungsbestellung auf. Entgegen dem Vorschlag der Vernehmlassung

ist die Ständekommission der Auffassung, dass bei Fällen, bei denen das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist (Art. 40 f), ebenfalls eine Informationspflicht (Widerrufsrecht hat keine Gültigkeit) bestehen soll.

Der Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr wird grundsätzlich zugestimmt.

AR: Der Regierungsrat begrüsst die Revision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Darin soll neu auch der Kauf von Waren und das Angebot von Dienstleistungen über Fernkommunikationsmittel erstmals geregelt werden. Bei dieser Gelegenheit wird auch der Konsumentenschutz im Kaufrecht massvoll ausgebaut sowie den internationalen Abkommen und europäischen Richtlinien angepasst.

Der Vertrieb von Waren per Telefon und Internet nimmt stetig zu. Es gibt keinen direkten Kontakt mehr zwischen Kunden und Lieferanten. Der Vertragschluss geschieht leicht und innert kürzester Zeit. Deshalb sollen die Konsumenten vor unüberlegten Vertragsschlüssen geschützt werden. Wie bei den Haustürgeschäften erhalten sie ein Widerrufsrecht. Zudem soll die Informationspflicht des Verkäufers ausgedehnt werden. Beides erscheint dem Regierungsrat zweckmässig.

Der Regierungsrat begrüsst es auch, dass die Regeln im Obligationenrecht über den Kauf von beweglichen Sachen dem internationalen Recht über den Warenkauf angeglichen werden. Damit wird der Konsumentenschutz massvoll verbessert; beispielsweise soll die Garantiefrist statt ein Jahr neu generell zwei Jahre betragen.

Wenn Güter und Dienstleistungen auf elektronischem Weg angeboten werden, ist Transparenz besonders wichtig. Der Regierungsrat ist mit den neuen Vorschriften, die bei solchen Geschäften den lautereren Wettbewerb gewährleisten sollen, einverstanden. So sollen die Anbieter verpflichtet sein, vollständige Angaben über sich, ihre Produkte und die Vertragsbedingungen zu machen. Die neuen Vorschriften entsprechen den einschlägigen europäischen Richtlinien.

BL: Es ist unübersehbar, dass der Fernvertrieb von Gütern und Dienstleistungen über das Internet mehr und mehr an Bedeutung zunimmt. Daher entspricht es einem zentralen öffentlichen Interesse, dass auch in diesem noch relativ jungen Wirtschaftssektor sowohl der Konsumentenschutz als auch die Lauterkeit des Wettbewerbs gesetzgeberisch sichergestellt werden. In diesem Sinne begrüssen wir es sehr, dass nun auf Bundesebene entsprechende Rechtsnormen geschaffen werden sollen. Die Ausrichtung der erforderlichen Gesetzesänderungen an den einschlägigen EU-Richtlinien halten wir für sachgerecht. Damit lässt sich verhindern, dass Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten zum Nachteil der schweizerischen Volkswirtschaft bloss deshalb bei ausländischen Internet-Anbietern einkaufen, weil sie dort wegen der Geltung entsprechender EU-Richtlinien rechtlich besser geschützt sind als in der Schweiz. Desgleichen befürworten wir das weitere Revisionsziel, jenen Anbietern einen Strich durch die Rechnung zu machen, die in der Schweiz Konsumentenschutzdumping betreiben wollen. Es muss künftig verhindert werden, dass gewisse Firmen mit ausländischem Sitz das heute zwischen der Schweiz und der EU bestehende Rechtsgefälle ausnützen und mit anonymen Postfachadressen den Wirtschaftsstandort Schweiz zum Vertrieb zweifelhafter Produkte missbrauchen.

Der elektronische Geschäftsverkehr bringt für die Anbieter und für die Konsumentenden nicht nur Vorteile, sondern birgt speziell für letztere auch nicht zu unterschätzende Gefahren in sich. Durch die in der Regel beschränkte und mehr oder weniger oberflächliche Produkteinformation sowie durch die Bequemlichkeit und das Tempo, mit denen ein Vertragsabschluss zustande kommt, besteht das Risiko, dass Konsumentinnen und Konsumenten zu unüberlegten Vertragsabschlüssen verleitet werden können. Daher befürworten wir, dass auch die Vertriebsmethode des elektronische Geschäftsverkehrs jenen Regeln unterworfen wird, die schon seit längerem für Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge gelten. In beiden Bereichen ist die Gefahr eines unbedachten Vertragsschlusses besonders gross, so dass sich analoge Rechtsregeln durchaus rechtfertigen. Zu den einzelnen Revisionsbestimmungen haben wir keine Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge anzubringen.

Wir befürworten klare Regeln für die Abwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs. Solche sind für eine gedeihliche Entwicklung dieses zunehmend an Bedeutung gewinnenden Wirtschaftszweigs unabdingbar. Nach unserem Dafürhalten kann mit den Revisionsvorschlägen insbesondere sichergestellt werden, dass die Konsumentinnen und Konsumenten vor übereilten Vertragsabschlüssen sowie vor unlauterem Geschäftsgebaren ausreichend geschützt werden. Somit unterstützen wir das Revisionsvorhaben, nicht zuletzt auch deshalb, weil es zu einer weitgehenden Harmonisierung mit dem EU-Recht führen wird, was im Zeitalter eines immer mehr grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehrs zu begrüssen ist.

BS: Wir begrüßen es, dass bei der vorliegenden Revision an der Abstraktheit der Kodifikation festgehalten wird und es dem Richter überlassen wird, allfällige Lücken zu schliessen, und beglückwünschen Sie ausdrücklich zu Ihrem weisen Entscheid, der Versuchung zu widerstehen, in dieser sich wandelnden Materie jedes denkbare Problem legislatorisch lösen zu wollen.

Die Vorlage erweckt den Eindruck, dass am Schluss des Gesetzgebungsverfahrens ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr vorliegen und dementsprechend in der systematischen Gesetzessammlung zu finden sein wird. In Wirklichkeit ist dies nicht der Fall. Am Schluss des Gesetzgebungsverfahrens werden das Obligationenrecht und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Änderungen erfahren haben. Ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr wird es keines geben. Diese Gesetzgebungstechnik scheint Methode zu haben. Sie ist uns seinerzeit schon beim Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aufgefallen, welches in Wirklichkeit ja aus nichts anderem bestand als aus Änderungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) und des Asylgesetzes - ein Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht gibt es in der Systematischen Gesetzessammlung nicht; nochmals auf die gleiche Erscheinung haben wir aufmerksam gemacht in unserer Vernehmlassung zu einem Entwurf zu einem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, welches ja in Wirklichkeit aus nichts anderem bestand als aus Änderungen des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafprozessordnung und des Betäubungsmittelgesetzes - ein Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung gibt es in der Systematischen Gesetzessammlung nicht. Zum dritten Mal sind wir auf diese Erscheinung im Bundesgesetz über Titel und Orden ausländischer Behörden vom 23. Juni 2000 gestossen, welches in Wirklichkeit kein eigenes Bundesgesetz ist, sondern eine Änderung von fünf anderen Bundesgesetzen.

Da man dies alles in mühseligem Suchen zuerst herausfinden muss, halten wir diese Methode für missverständlich und für wenig bürgerfreundlich.

Für den Fall, dass Sie an dieser Methode festhalten möchten, bleibt irreführend, dass unter dem Titel "elektronischer Geschäftsverkehr" auch das Gewährleistungsrecht beim Fahrniskauf *grundlegend* revidiert werden soll. Im Interesse der Transparenz sollte bereits im Titel auf dieses Vorhaben hingewiesen werden - zum Beispiel durch die Formulierung "Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr und die Änderung des Gewährleistungsrechts beim Fahrniskauf sowie Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb".

Generell halten wir die vorgeschlagenen Änderungen für sinnvoll. - Wir möchten anregen, die Revision des Gewährleistungsrechts beim Fahrniskauf zu nutzen, um die Konkurrenz zwischen der Irrtumsanfechtung und der Sachgewährleistung zu regeln, wobei die Exklusivität der Sachgewährleistung explizit festgestellt werden sollte (vgl. auch Schwenger, OR Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Randziffer 39.41).

FR: Nous n'avons pas de remarques particulières à formuler sur ce projet, si ce n'est que l'on ne peut que se féliciter des modifications générales apportées au code des obligations, qui actualisent son contenu et rendent sa lecture et sa compréhension plus aisées.

Plus particulièrement, nous approuvons le renforcement de la protection des consommateurs, qui découle principalement du droit de révocation et d'une certaine harmonisation de la législation applicable aux contrats conclus à distance.

Il était par ailleurs indispensable que la législation suisse soit modifiée afin de correspondre, dans les grandes lignes, au droit européen applicable en la matière, cela dans le souci de ne pas laisser exploiter les différences de législation par des fournisseurs peu scrupuleux.

S'agissant de la protection des consommateurs, nous nous réjouissons en particulier des modifications proposées relatives à la garantie pour défauts (art. 205 al. 1 lit. c P-CO, possibilité d'exiger la réparation de la chose), de la prolongation du délai de prescription de l'action en garantie et de la nouvelle formulation de l'art. 201 CO (obligation de l'acheteur de vérifier la chose reçue « aussitôt *qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires*», plutôt que « sans délai »).

Nous pouvons toutefois regretter certaines restrictions apportées à cette protection, comme par exemple, celle de l'art. 40a al. 2 lit. b du projet, qui exclut l'application de la loi aux contrats portant sur des services financiers. En effet, tout en admettant que les contrats de ce type connaissent un grand développement, le rapport n'explique pas quelles mesures sont prises sur le plan suisse pour assurer une meilleure protection des consommateurs dans ce domaine. On peut également se demander s'il se justifie réellement de soustraire les contrats de vente aux enchères du champ d'application de l'avant-projet (art. 40c al. 2 lit. b P-CO). L'argument selon lequel « ce mode de conclusion de contrats serait par trop entravé par l'octroi d'un droit de révocation » ne paraît pas absolument convaincant. Ne devrait-on pas aussi, dans ce cas, donner la priorité à la protection des intérêts des consommateurs?

Il nous paraît en définitive que le projet de loi fédérale sur le commerce électronique apporte les modifications nécessaires à la réglementation de ce mode actuel de commercialisation, par ailleurs de plus en plus utilisé, et que, dans l'ensemble, il «rafraîchit» à satisfaction notre code des obligations par ses modifications d'ordre général.

GE: L'objectif principal de la réglementation proposée est la protection des consommateurs participant au commerce électronique. Il s'agit de remédier à l'absence encore très répandue de confiance de ces derniers face aux incertitudes liées au recours à ce mode d'acquisition de biens et de services. Créer ou renforcer cette confiance par un dispositif législatif permettra aux consommateurs de bénéficier d'une offre plus large et potentiellement meilleure. C'est là un préalable indispensable au développement du commerce électronique, qui constitue pour les fournisseurs un mode intéressant et peu coûteux de commercialisation.

La réglementation du commerce électronique répond donc à un besoin et notre Conseil ne peut qu'encourager l'adoption d'un projet législatif qui, non seulement, tient compte de l'avènement des nouvelles technologies, mais encore vise à en permettre le développement et une utilisation optimale dans le commerce.

La vente à distance, en particulier la vente via Internet, est souvent une transaction transfrontalière. C'est donc avec raison que le Conseil fédéral n'entend pas créer une réglementation nationale autonome, mais se réfère aux directives communautaires en la matière qui, après transposition dans les droits nationaux, constitueront le socle commun en Europe des règles applicables au commerce électronique.

Selon les textes communautaires, la confiance des consommateurs peut être renforcée par une amélioration de la transparence de l'offre (information objective précontractuelle et octroi d'un droit de révocation) et de la loyauté des méthodes de commercialisation, par la garantie d'un minimum de loyauté des clauses contractuelles et par la certitude qu'en cas d'utilisation abusive des cartes de crédit le paiement pourra être annulé. L'approche des auteurs du projet, qui consiste à s'inspirer de ces principes en tenant compte des instruments déjà offerts par le droit suisse, mérite d'être approuvée.

Parmi les diverses innovations proposées, nous tenons à saluer en particulier l'introduction dans la loi sur la concurrence déloyale de dispositions (art. 3, lettre b bis, 6 a et 23) destinées à permettre aux organisations de défense des consommateurs d'agir contre les abus commis en matière de vente à distance, y compris par voie électronique, par des sociétés "boîtes postales" qui refusent de dévoiler leur siège social ou leur véritable origine.

Cela étant, nous sommes d'avis que ce projet législatif déborde du cadre annoncé du commerce électronique, sans que cela ne soit suffisamment indiqué et motivé, non seulement en tant qu'il vise les contrats conclus par démarchage, mais aussi et surtout dans la mesure où tomberaient sous la notion de contrats conclus à distance des transactions réalisées par des moyens de communication traditionnels.

Par ailleurs, un certain nombre d'articles contenus dans le projet de loi gagneraient à être précisés.

- GL:** Der Regierungsrat unterstützt diese Bestrebungen. Gerade im Bereich des E-Commerce wird sich die Schweiz den europäischen Standards nicht widersetzen können, da das Internet an unseren Landesgrenzen nicht halt macht. Gleichlange Spiesse für alle Anbieter, verbunden mit identischem Schutz für die Konsumenten in der Gesetzgebung sind schon allein aus Transparenzgründen unabdingbar. Aus diesem Grund ist es sachlich nicht unbedingt einleuchtend, weshalb mit gewissen Detailregelungen (Informationspflichten über Anbieter, Fristenlauf beim Fernabsatzverträge/Art. 40e E OR) von der EU Richtlinie abweichen soll und der Schweizer Konsument sich mit weniger Informationen zufriedenstellen muss.
- GR:** Wie die Regierung bereits in der Vernehmlassung vom 26. März 2001 zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die elektronische Signatur ausgeführt hat, begrüsst sie die Bestrebungen des Bundes zugunsten der Entwicklung der Informationsgesellschaft in der Schweiz. Allerdings bergen die neuen Informationsbeziehungsweise Telekommunikationstechnologien auch Gefahren in sich. Zum Einen besteht die Gefahr, dass der Einzelne übereilte Entscheidungen trifft, weil ihm praktisch jederzeit und überall der Zugang zu allen nur erdenklichen Produkten und Dienstleistungen offen steht, obwohl er selbst keineswegs immer und überall in der Lage ist, vernunftgemäss über die Annahme eines Angebotes oder die Stellung einer Offerte zu entscheiden. Zum Anderen ist zu verhindern, dass durch die modernen Telekommunikationstechnologien unseriösen Geschäften, bei denen ein Vertragspartner auf die Übervorteilung des anderen abzielt, Vorschub geleistet wird. Die Regierung des Kantons Graubünden begrüsst daher dem Grundsätze nach die diesbezügliche Stossrichtung des Entwurfs für ein Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr.

Nicht ganz zutreffend ist allerdings der Titel "Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr", da auch Änderungen vorgesehen sind, die nicht durch die Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs bedingt sind (z.B. Art. 6a Abs. 4 OR, Art. 201 Abs. 1 und 3 OR usw.). Grundsätzlich ist aber auch gegen diese Änderungen nichts einzuwenden.

- JU:** D'une manière générale, le Gouvernement de la République et Canton du Jura est favorable aux démarches entreprises en vue d'améliorer le système de protection du consommateur s'agissant de contrats conclus à distance.

A cet égard, l'introduction d'un droit de révocation à l'instar de ce qui existe déjà en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables (articles 40a et suivants CO) peut être considérée comme souhaitable. De même, l'intégration de cette nouvelle réglementation au sein des dispositions précitées paraît assez naturelle. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que si le droit de révocation est dans les deux cas motivé par le risque de décision irréfléchie de l'acheteur, les causes à l'origine de ce risque ne sont pas pour autant identiques. S'agissant du démarchage, il convient principalement de protéger l'acheteur de la force de persuasion d'un vendeur prospectant hors de ses locaux commerciaux. Pour ce qui est des contrats conclus à distance, il s'agit par contre de protéger l'acheteur qui agit sur un coup de tête, un tel comportement étant facilité par la simplicité des systèmes de vente et la rapidité à laquelle s'opèrent les transactions.

De même, le Gouvernement juge adéquate la proposition d'adapter les dispositions relatives à la garantie en raison des défauts de la chose en matière de

vente mobilière (articles 197 et suivants CO) aux directives européennes. Il convient en particulier de saluer l'introduction d'un délai de garantie de deux ans qui ne pourra être raccourci lorsque la vente est conclue par un vendeur qui a agi dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale et que le contrat a pour objet une chose mobilière destinée à un usage personnel ou familial.

Enfin, les modifications envisagées en matière de concurrence déloyale apparaissent comme des mesures utiles et adéquates.

LU: Es ist an sich bedauerlich, dass mit der Möglichkeit des Vertragswiderrufs innert einer bestimmten Frist in einem weiteren Anwendungsfall der für das schweizerische Vertragsrecht (noch) tragende Grundsatz „pacta sunt servanda“ durchbrochen wird. Dieser Systembruch ist allerdings in Kauf zu nehmen, gibt es doch keinen Anlass, Konsumentinnen und Konsumenten, die Fernabsatzverträge mit in der Schweiz domizilierten Unternehmen eingehen, bezüglich ihrer Konsumentenschutzrechte schlechter zu stellen als wenn sie dasselbe mit Vertragspartnern machen, die ihren Sitz in einem EU-Mitgliedstaat haben.

NE: De manière générale, nous saluons la volonté du Conseil fédéral d'adapter notre législation sur la conclusion des contrats et particulièrement celle qui touche à la vente mobilière, dont le rapport explicatif nous rappelle qu'elle date du 19^e siècle, au développement considérable du commerce électronique. Il faut également relever que les nouvelles dispositions législatives soumises à consultation s'inspirent, dans une très large mesure, du droit européen. Il en est bien ainsi. Le droit suisse ne doit en effet pas s'écarter sans nécessité du droit européen d'une manière générale et encore moins lorsqu'il s'agit de régler un domaine où, par la force des choses, nos rapports avec l'Europe sont étroits. Le projet de loi introduit un droit de révocation pour les consommateurs qui procèdent à des achats sur un réseau de transmission de données. Il introduit également pour l'acheteur une action visant à contraindre le vendeur à réparer la chose défectueuse. Il fixe enfin à deux ans la prescription des actions en matière de vente. Cet ensemble de dispositions nouvelles s'intègre particulièrement bien au commerce électronique et permet à notre législation de s'adapter sans modifications fondamentales aux normes européennes.

Quant aux modifications proposées de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, elles visent indiscutablement à une plus grande transparence dans les relations contractuelles. Il faut en attendre une plus grande efficacité dans la répression des vendeurs douteux qui se réfugient actuellement derrière toutes sortes de désignations fantaisistes ou utilisent des cases postales anonymes pour mieux tromper les acquéreurs. La sanction pénale qui frappera dorénavant celui qui se rend coupable de concurrence déloyale est de nature à dissuader de futurs commerçants peu scrupuleux à agir comme ils le faisaient jusqu'ici.

NW: Den neuen Vorschriften über die Fernabsatzverträge, vor allem was das Verzugs- und das Gewährleistungsrecht betrifft, wird grundsätzlich zugestimmt, denn veränderte Formen der Kommunikation bedürfen zeitgemässe gesetzliche Rahmenbedingungen. Zu weit geht indes das in den Art. 40e - 40h revOR postulierte Widerrufsrecht, soweit es neu auch die Fernabsatzverträge umfassen soll. Diese Regelung ist, wie sich nachfolgend noch zeigen wird, rechtswidrig, führt zu einer weiteren Durchlöcherung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" und leistet einem leichtsinnigen Einkaufsverhalten Vorschub. Es ent-

steht zunächst eine rechtsungleiche Vorzugsstellung der Käufer im Fernabsatzvertragsverhältnis, denn auch beim Versandhandel stehen sich Konsument und Lieferant nicht direkt gegenüber. Zudem trifft nicht zu, dass sich die Zeitspanne beim elektronischen Vertragsabschluss zwingend auf Minuten oder gar Sekunden reduziert - zumindest nicht mehr oder weniger als beispielsweise beim Versandhandel. Lediglich die Zeitspanne für die Vertragsperfektion kann sich massiv verkürzen (beispielsweise durch einen Maus-Click). Auch beim Fernabsatz bleibt dem Kunden hinreichend Zeit, den Willen zum Vertragsabschluss zu überdenken und auf diesen zurückzukommen, zumal die physische Präsenz des Lieferanten - im Gegensatz zum Haustürgeschäft - vorliegend entfällt und die Initiative zur Vertragsverhandlung allein beim Konsumenten verbleibt. Eine physische oder psychische Drucksituation, wie sie dem Haustürgeschäft eigen ist, fehlt hier. Die Information über das Produkt ist sowohl beim Versandhandel als auch beim Fernabsatz in der Regel beschränkt und oberflächlich, denn der Kunde kann den realen Kaufgegenstand nicht sehen. Aus diesen Gründen rechtfertigt sich eine Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte (Versandhandel / Internetkauf) beziehungsweise Ungleichbehandlung gleicher beziehungsweise ähnlicher Sachverhalte (Haustür- / Internetkauf) nicht. Die vorgeschlagene Regelung ist daher abzulehnen, soweit sie das Rücktrittsrecht auch auf Fernabsatzverträge ausweitet.

Die Angleichung der schweizerischen Bestimmungen über den Fernkauf an die Vorschriften über den Rechtsschutz gemäss EU-Richtlinie 1999/44/EG wird vorbehaltlos begrüsst, denn die Globalisierung der Märkte verlangt flächendeckende und einheitliche Vorschriften.

Auch in diesem Bereich wird die Angleichung der schweizerischen Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb an die einschlägigen Vorschriften der EU vorbehaltlos begrüsst, um dem Missbrauch des Wirtschaftsstandortes Schweiz durch gewisse Anbieter entgegenzuwirken und das Rechtsgefälle im Fernabsatz zwischen der Schweiz und der EU zu eliminieren oder zumindest zu reduzieren.

- SG:** Grundsätzlich begrüssen wir den Entwurf des Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr.
- SH:** Wir stehen der vorgesehenen Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb grundsätzlich positiv gegenüber. Der zukunftssträchtige elektronische Geschäftsverkehr stellt für die Beteiligten eine grosse Herausforderung dar. Das Vertragsrecht ist an diese Form der Kommunikation anzupassen. Insbesondere begrüssen wir den Vorschlag, das heute bereits für Haustürgeschäfte geltende Widerrufsrecht (Art. 40a ff. OR) auf Fälle so genannten Fernabsatzes auszudehnen (Art. 40a ff. E-OR). Die Vorlage des Bundes stärkt das Vertrauen der Konsumenten in den elektronischen Geschäftsverkehr und trägt dazu bei, dass sich der elektronische Geschäftsverkehr in der Schweiz weiterhin gedeihlich entwickelt und in geordneten Bahnen verlaufen kann.
- SO:** Die vorgeschlagene Teilrevision des Obligationenrechts (OR) und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb begrüssen wir aus folgenden Gründen.

Der Vertrieb von Waren durch Verwendung von Fernkommunikationsmitteln nimmt stetig zu. Es gibt keinen direkten Kontakt mehr zwischen Kunden und Lieferanten. Der Vertragsschluss geschieht leicht und innert kürzester Zeit.

Deshalb bedürfen die Konsumentinnen und Konsumenten eines besonderen Schutzes vor unüberlegten Vertragsschlüssen. In Analogie zu den Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR) ist ein Widerrufsrecht (Art. 40e VE-OR) vorgesehen, und die Informationspflicht (Art. 40d VE-OR) soll ausgedehnt werden. Beides erscheint uns zweckmässig.

Mit der Teilrevision der Bestimmungen über den Fahrniskauf (Art. 184ff. OR) wird der Konsumentenschutz verbessert und das schweizerische Recht mit dem UNO-Übereinkommen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf harmonisiert.

Die Revision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb wird die Transparenz der auf elektronischem Weg angebotenen Güter und Dienstleistungen erhöhen. Das entspricht dem Bedürfnis nach Konsumentenschutz und steht im Einklang mit den einschlägigen europäischen Richtlinien.

TI L'evoluzione della tecnica e il rapido sviluppo delle attività economiche e commerciali mediante le nuove forme di comunicazione elettronica richiedono precise norme legali, a tutela della sicurezza degli affari e degli utenti. Lo scrivente Consiglio concorda con l'opportunità di legiferare in questo settore e condivide di principio l'impostazione del progetto. Rileva nondimeno che il progetto posto in consultazione costituisce un semplice adattamento del diritto esistente (norme sulla vendita a domicilio) al commercio elettronico, con l'istituzione di un contratto a distanza, senza particolare approfondimento, delle particolarità presentate da Internet.

Riteniamo che sia urgente estendere la protezione attuale del consumatore alle transazioni concluse con le nuove tecniche, in particolare, su Internet. In questo settore gli aspetti internazionali rivestono particolare importanza ed è quindi essenziale una coordinazione delle varie legislazioni nazionali e delle convenzioni internazionali già esistenti.

Un altro punto importante, che approviamo, è l'armonizzazione della protezione offerta ai consumatori e al commerciante in Svizzera a quella offerta a livello internazionale (direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; GU n. L 144 del 4.6.97, pag. 19 segg; direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, GU n. L 171 del 7.7.1999, pag. 12 segg.; direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, GU n. L 178 del 17.7.2000, pag. 1 segg., Convenzione delle Nazioni Unite dell'11 aprile 1980 sui contratti di compravendita internazionale di merci). Una protezione giuridica inferiore a quella vigente nelle Comunità europee e a livello internazionale penalizzerebbe infatti le ditte svizzere.

A nostro avviso il nome del progetto, "legge federale sul commercio elettronico", non corrisponde al suo contenuto, visto che la revisione parziale proposta comprende solo limitati aspetti del commercio elettronico, così come inteso comunemente dalla popolazione che se ne avvale. Il campo di applicazione del progetto esclude, infatti, numerose transazioni che trovano ampio spazio su Internet: i contratti per importi inferiori a fr. 100.-, la banca e la borsa elettronica, gli acquisti personalizzati (art. 40a P) e le aste (art. 40c P). Il citato rapporto dell'Ufficio federale del consumo menziona che circa il 25% della popolazione svizzera ha acquistato almeno una volta su Internet e che la maggior parte degli acquisti riguarda dischi, libri, biglietti per spettacoli e simili.

Di regola, quindi, le transazioni più comuni nella pratica non raggiungono il valore minimo di fr. 100.- previsto, dal progetto. Lo scollamento tra il titolo del progetto e il suo contenuto rischia, secondo lo scrivente Consiglio, di intaccare la fiducia del consumatore nel commercio elettronico, rispettivamente nel sistema legale. L'esigenza di trasparenza alla quale si richiama il progetto richiede quindi un titolo più consono al (limitato) impatto della revisione proposta sulle transazioni effettuate in Internet, per evitare di suscitare negli utenti aspettative eccessive rispetto al suo campo di applicazione.

VD: Le but des modifications du Code des obligations (ci-après CO) et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (ci-après LCD) soumises à consultation visent à renforcer la fiabilité et la sécurité du commerce électronique. En cela, le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à la mise en place d'un cadre général susceptible de favoriser le développement de cette forme d'échange.

ZG: Die Anpassung des geltenden Rechts an die neuartigen Formen der elektronischen Kommunikation und die damit verbundene Regelung der Anliegen des Konsumentenschutzes erscheint notwendig und wird von uns grundsätzlich begrüsst. Beim vorliegenden Entwurf positiv zu bewerten ist insbesondere die Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsnormen der umliegenden Länder der Europäischen Union bzw. der Normen des UNO-Übereinkommens vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (Wiener Konvention). Zudem sind auch wir der Ansicht, dass die geltende Rechtsordnung grundsätzlich für die neuen Formen der elektronischen Kommunikation anwendbar bleiben kann. Mit den in den Gesetzesvorlagen über die elektronische Signatur und den elektronischen Geschäftsverkehr vorgeschlagenen Änderungen sollten die grössten Hürden im Hinblick auf den elektronischen Geschäftsverkehr aus dem Weg geschaffen worden sein. Aus volkswirtschaftlicher Sicht bleibt aber zu bedenken, dass die vorgesehenen Schutzmechanismen den Handel erschweren und die daraus entstehenden Kosten letztlich von den Unternehmen wieder auf die Konsumentinnen und Konsumenten überwältigt werden.

ZH: Der Ausbau des Konsumentenschutzes im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des so genannten Fernabsatzes betrachten wir als wichtigen Schritt zur Regelung des Umgangs mit den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien. Die Anpassung des Lauterkeitsrechts (Informationspflicht und Strafbestimmung) liefert dazu die erforderlichen Ergänzungen. Der Kanton ist von diesen privatrechtlichen Regelungen in seiner Geschäftstätigkeit zwar grundsätzlich nicht direkt betroffen. Es ist aber davon auszugehen, dass der geplante Ausbau des Konsumentenschutzes die Akzeptanz der Bevölkerung gegenüber den neuen Technologien im täglichen Umgang fördert, womit auch die geplante Einführung des Electronic Government im Kanton begünstigt wird. Die vorgeschlagene Ausrichtung auf das geltende EU-Recht erscheint dabei angesichts der grenzüberschreitenden Bedeutung des Internets als sachgemäss und sinnvoll. Die angestrebte Anhebung des Konsumentenschutzes auf EU-Niveau vermag zudem die weitere Verbreitung der neuen Technologien positiv zu beeinflussen.

Die Beseitigung der bisherigen Gesetzeslücken im Kaufrecht, insbesondere in Bezug auf die Gewährleistung zugesicherter Eigenschaften, die Prüfungsobligationen der Käufer und die Einführung eines Nachbesserungsrechts beim

Fahrniskauf erscheinen sodann als längst fällige Anpassungen an die heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP Der elektronische Geschäftsverkehr ist für viele zum Alltag geworden. Darum begrüsst die CVP Schweiz die Schaffung eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr, das die Geschäftstätigkeit auf elektronischem Weg mittels einer Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb zu regeln versucht. Somit erfahren die Bestimmungen des schweizerischen Rechts über den Abschluss von Verträgen, die mit wenigen Ausnahmen älter als 100 Jahre sind, eine notwendige Korrektur, die bspw. auf die rascheren Zeitabläufe beim elektronischen Vertragsabschluss eingeht.

Bei der weiteren Ausarbeitung des im Entwurf vorliegenden Gesetzes darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass das gesetzgeberische Ziel die Erhöhung der Rechtssicherheit sein muss. Da es für einen Kaufvertrag stets zwei Parteien gibt, muss dieser Anspruch nach Rechtssicherheit für beide, für den Konsumenten und für den Anbieter, für den Käufer und den Verkäufer, gelten.

Da der elektronische Geschäftsverkehr häufig international ausgerichtet ist, ist ein Miteinbezug von EU-Richtlinien und weiteren Harmonisierungsbestrebungen im Grundsatz sinnvoll und dem Wesen des elektronischen Geschäftsverkehrs angepasst.

FDP Die FDP begrüsst in grundsätzlicher Weise die vorliegende Teilrevision des Obligationenrechts (OR), mit der notwendige Gesetzesänderungen zur Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs geschaffen werden sollen (vgl. dazu auch unsere Vernehmlassung zum BG über die elektronische Signatur vom 9. April 2001). Zustimmung verdient auch die Beibehaltung der bewährten Konzeption des OR, nicht jede sich stellende Frage legislatorisch beantworten zu wollen. Die Lückenfüllung durch den Richter (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB) wird auch weiterhin den ihr angemessenen Stellenwert zur Findung sachgerechter Lösungen im Einzelfall beibehalten. Neben dieser rechtspolitischen Überlegung würde zudem ein zu detailliertes Gesetz der Rasanz der technischen Entwicklung wohl kaum standhalten können und damit würde ein unerwünschter steter, die Rechtssicherheit gefährdender Revisionsbedarf herrschen.

Da der elektronische Geschäftsverkehr zu einem nicht unwesentlichen Teil über internationale Vertragsbeziehungen abgewickelt wird, begrüssen wir ebenfalls die Mitberücksichtigung entsprechender EU-Richtlinien sowie weiterer internationaler Harmonisierungsbestrebungen.

Trotz der grundsätzlichen Zustimmung zum vorliegenden Gesetzesentwurf erachten wir jedoch die gleichzeitig vorgenommenen punktuellen Änderungen, die nicht spezifisch für den elektronischen Geschäftsverkehr notwendig sind, als fragwürdig (z.B. Fragen über die Gewährleistung oder der Nachbesserung im Kaufrecht), selbst wenn diese als sachlich gerechtfertigt erscheinen mögen. Die FDP bevorzugt es ausdrücklich, derartige Revisionen in einer eigenständigen Vorlage, nicht zuletzt der Transparenz halber, zu behandeln. Bei diesem Vorgehen mit zusätzlichen, an sich sachfremden punktuellen Änderungen drängt sich gleichzeitig die Frage auf, ob damit die innere Kohärenz und

Systematik der Normen noch ausreichend gewahrt wird. Ebenso bleibt offen, ob – in umgekehrtem Sinn – allenfalls spezifisch unter dem Aspekt des elektronischen Geschäftsverkehrs notwendige weitere Änderungen überhaupt bedacht worden sind (z.B. Fragen des Willensmangels und dessen Geltendmachung, Vertragsschluss unter Abwesenden und deren Folgen bezüglich der Regelungen der Empfangsbedürftigkeit, u.ä.).

PLS En guise de préambule, nous souhaitons relever que, compte tenu du caractère international du commerce électronique, la volonté d'harmoniser le droit suisse avec le droit européen et d'autres normes de droit international (OCDF et UNCITRAL) doit être saluée. En outre, il est louable de vouloir accorder une large protection aux consommateurs qui ont recours au commerce électronique. Toutefois, cette volonté ne devrait pas conduire à introduire dans le droit suisse des règles certes très favorables aux consommateurs mais qui risquent de créer une insécurité juridique et, par voie de conséquence, de freiner de manière considérable le développement du commerce électronique et la libre entreprise. Les considérations ci-dessous se rapportent avant tout aux articles 40a et suivants du Code des Obligations.

En guise de conclusion, nous nous permettons de souligner que la volonté de protéger les consommateurs qui transparait dans le projet de loi fédérale sur le commerce électronique est bien entendu louable. Toutefois, l'insécurité juridique créée par certaines dispositions du projet est susceptible de représenter, du point de vue des vendeurs, des entraves considérables au développement du commerce électronique, ce qui, dans le long terme, risque de pénaliser le marché suisse.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi La diffusione del commercio elettronico, la rapidità con la quale può essere concluso un contratto, rendono più che mai necessaria una maggiore protezione giuridica del consumatore. Protezione da offerenti commerciali senza scrupoli, nonché dalla facilità, e dai rischi che ne conseguono, con la quale, soprattutto via Internet, può essere stipulato un contratto. La nostra esperienza quotidiana ce lo dimostra. Valutiamo dunque favorevolmente le revisioni proposte, pur con qualche osservazione di dettaglio.

Bauernverband Die elektronische Abwicklung ist aus dem heutigen Geschäftsverkehr nicht mehr wegzudenken. Sie beinhaltet ein gewaltiges Wertschöpfungspotential, welches auch in unserem Lande möglichst gut genutzt werden sollte. Dazu bedarf es jedoch klarer gesetzlicher Regelungen, welche den Anwendern Rechtssicherheit gewähren und sie vor Missbrauch schützen. Die an anderer Stelle vorgeschlagene Anerkennung, Beglaubigung und Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift und die hier zur Diskussion gestellten Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sind dazu grundsätzlich geeignet. Verschiedene der vorgeschlagenen Regelungen vermögen jedoch den legitimen Ansprüchen der Praxis und der gegenseitigen Kohärenz nicht zu genügen.

Nicht nur allein wegen, aber auch dank der elektronischen Medien sind Geschäftsleute und Konsumenten heute über Produkte und Dienstleistungen im allgemeinen besser orientiert als früher. Das ist sicher begrüßenswert. Der Schweizerische Bauernverband hat selber wiederholt eine umfassende Rege-

lung der Warendeclaration und die Durchsetzung der diesbezüglichen Vorschriften gefordert. Wir befürworten daher auch die betreffenden Bestimmungen in diesen beiden Revisionsvorlagen. Darüber hinaus müssen jedoch die mündigen Konsumenten nicht weiter geschützt werden. Wir wenden uns daher gegen den Versuch, zusammen mit den notwendigen Anpassungen betreffend den elektronischen Geschäftsverkehr weitergehende Konsumentenschutzbestimmungen in das Obligationenrecht aufzunehmen.

EKK De façon générale, la Commission fédérale de la consommation apprécie et salue la prise en compte des deux recommandations qu'elle a émises le 7 décembre 1999 à l'attention du Conseil fédéral, l'une concernant le commerce électronique, l'autre la vente à distance.

La Commission soutient tous les efforts entrepris dans l'élaboration du projet de loi susmentionné pour que le droit suisse soit compatible avec, notamment, la directive 1997/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, la directive 2000/31 sur le commerce électronique, et la directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

FRC Nous accueillons favorablement l'initiative de la consultation susmentionnée. Nous estimons, en effet, que l'adaptation de la protection des intérêts des consommateurs suisses au niveau, quoique minimum, européen est plus que nécessaire. En matière de droits à la garantie et de contrats de vente à distance / commerce électronique, les consommateurs se trouvent confrontés à un cruel manque d'instruments juridiques efficaces.

Toutefois, d'un point de vue du consommateur, il y a lieu d'apporter quelques modifications à ce projet de loi en ce qui concerne notamment: Art. 40 ss P-CO, vente à distance: Champ d'application; délai exercice droit rétractation

Art. 201 P-CO, garantie de la chose vendue: conformité droit européen
Art. 6a P-LCD, obligation d'information en matière de commerce électronique.

FSP Elle se montre en revanche beaucoup plus favorable à la loi fédérale sur le commerce électronique, dans la mesure d'abord où celle-ci prend en compte la nécessité de protéger le consommateur. Si l'on y ajoute le fait qu'elle n'entraînera pas de coûts supplémentaires pour l'économie suisse et qu'elle devrait limiter, voire supprimer, les démarches commerciales douteuses, telle que le dumping déjà pratiqué par certains fournisseurs étrangers, notre Fédération y souscrit sans réserve.

La volonté de légiférer en matière de commerce électronique représente un défi important. Se posent également des questions de concurrence déloyale et de protection des consommateurs qui doivent trouver un fondement clair.

Notre Fédération constate, en effet, que du fait de l'absence de contact avec le fournisseur, le consommateur n'a accès qu'à une information éphémère et réduite sur le produit. De plus, il n'a pas l'occasion de voir réellement l'objet du contrat. Dans ces conditions, il risque de prendre une décision (celle de conclure le contrat) trop rapide.

Nous nous rallions sans réserve au projet de modification du Code des obligations (introduction d'un délai de révocation de 7 jours pour ce type de commerce, amélioration des actions édiliciennes ou plus précisément des actions à disposition de l'acheteur dans le cadre d'un contrat de vente, prolongation de

leur délai de prescription), ainsi qu'à la modification de la loi sur la concurrence déloyale (pour plus de transparence dans les affaires conclues par la voie électronique).

On observe en effet depuis trop longtemps un bon nombre d'abus de fournisseurs malhonnêtes et désireux d'exploiter à leur profit le vide juridique existant. Il est donc important de mettre rapidement sur pied une loi prévoyant une protection efficace des consommateurs.

En outre, le système proposé nous paraît particulièrement logique et efficace dès lors que les normes prévues seront complémentaires. En effet, la transparence qui sera possible du fait de la modification de la loi fédérale sur la concurrence déloyale protégera le consommateur en lui donnant les moyens d'exercer son droit de révocation prévu par le code des obligations.

Notre Fédération relève que le projet de loi sur le commerce électronique n'entraîne pas de coûts supplémentaires pour l'économie nationale et qu'il a pour effet de préserver le marché suisse. Adoptée, cette loi aura un impact certain sur les pratiques commerciales douteuses, comme le dumping déjà pratiqué par certains fournisseurs étrangers.

Kammer: Wir schliessen uns der Meinung an, dass auch in die schweizerische Gesetzgebung Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr aufzunehmen sind. Der von uns vertretene Berufsstand hat diesbezüglich jedoch keine besonderen Bedürfnisse, so dass wir von einer detaillierten Stellungnahme absehen.

Wir erlauben uns jedoch eine Bemerkung grundsätzlicher Art: Einzelne der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen gehen wesentlich über das hinaus, was zur Abdeckung bzw. Klärung von Fragen im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr notwendig ist. Es handelt sich verschiedentlich um Bestimmungen, welche den Konsumentenschutz allgemein betreffen. Wir sind der Meinung, dass letztere Anliegen nicht unter dem Titel "Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr" behandelt werden dürfen. Als Lösung würde sich unseres Erachtens anbieten, die Änderungen in den OR-Artikeln 4, 6a und 7 zusammen mit dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur zu behandeln. Die Änderungen im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz könnten dann in eine Vorlage gefasst werden, welche klar auf die Art des materiellen Inhalts hinweist.

kf Das Konsumentenforum kf unterstützt eine rasche Einführung des Gesetzes, damit den Konsumenten die Teilnahme am elektronischen Geschäftsverkehr ohne Benachteiligung möglich wird.

Wir teilen die Meinung, dass möglichst Übereinstimmung mit der EU angestrebt werden soll, aber nicht um jeden Preis. Offensichtliche Übertreibungen der EU müssen wir nicht mitmachen, wenn sie dazu führen, dass der Markt mehr geknebelt als liberalisiert wird. Kleine Anbieter vom Markt gedrängt werden und dem Konsumenten die Wahlfreiheit genommen wird.

Im Entwurf werden nicht nur die Erfordernisse des elektronischen Geschäftsverkehrs berücksichtigt. Vielmehr wird – quasi unbemerkt – auch vieles geändert, was durchaus zu Recht als nicht mehr zeitgemäss erscheint. Nur sollten solche Änderungen auch als solche gekennzeichnet werden. Es ist nicht redlich, wenn diese Änderungen in die Vorlage geschmuggelt werden, ohne dass darüber eine vertiefte Diskussion stattgefunden hat.

Wir bedauern, dass diese Änderungen nicht mit einer Expertenkommission vorbereitet wurden. Vieles erscheint uns nicht zu Ende gedacht, viele Erkenntnisse sind nicht berücksichtigt und vieles würde eine vertiefte Auseinandersetzung verdienen. In der knappen Begleitkommentierung kann die Verständlichkeit nur wenig verbessert werden, der Leser kann vieles nicht nachvollziehen. Wir sind bereit, unsere Hilfe anzubieten, wenn die teilweise noch unfertigen Entwürfe einer vertieften Betrachtung zugeführt werden könnten.

KPMG Sur le principe, nous adhérons aux modifications proposées. Toutefois, des précisions terminologiques devraient être apportées afin d'éviter des divergences entre l'avant-projet et le rapport explicatif.

A notre sens, seules les modifications des articles 4, 6a, 7 et 13 du Code des obligations concernent le commerce électronique. Les autres modifications ont trait à la protection des consommateurs, notamment en cas de contrats conclus à distance, de sorte que nous sommes d'avis que la loi proposée devrait être renommée. De même, le rapport explicatif devrait être revu afin de ne pas se limiter au commerce électronique qui ne constitue qu'une facette des contrats conclus à distance.

L'avant-projet de Loi fédérale est intitulé Loi fédérale sur le commerce électronique. Certes, les modifications proposées touchent principalement le commerce électronique. Toutefois, force est de constater que le champ d'application est beaucoup plus large. Ainsi, les articles 40a et suivants AP-CO concernent non seulement les contrats conclus électroniquement (ou par des moyens de communication électronique), mais également, si l'on reprend la liste exemplative de la directive européenne, l'envoi d'imprimés adressés ou non adressés, l'envoi de lettres standardisées, la publicité presse avec bon de commande, la radio, la télévision (téléachat, télévente), l'envoi de catalogues, etc. Quant aux modifications relatives au droit de la vente, elles ne sont guère liées au commerce électronique. Ainsi, seules les modifications proposées pour les articles 4, 6a, 7 et 13 concernent directement le sujet mentionné dans le titre.

A l'instar notamment du droit luxembourgeois qui a regroupé sous une seule loi les questions relatives au commerce électronique et à la signature électronique, il faut se demander si les propositions de modifications des articles 4, 6a, 7 et 13 ne devraient pas être incorporées dans le projet de loi sur la signature électronique.

Dans la mesure toutefois où ladite loi présente en réalité un aspect très technique et ne concerne que la signature électronique elle-même, nous sommes d'avis qu'une telle réunion des projets n'est pas opportune.

De même, présenter séparément les modifications des articles 4, 6a, 7 et 13 et les autres modifications sous deux lois différentes n'est pas non plus satisfaisant, puisque *in fine* trois avant-projets de loi seraient présentés (signature électronique, commerce électronique et autres modifications du CO et de la LCD).

Aussi, nous proposons de maintenir le projet de loi tel qu'il est du point de vue de la systématique, mais d'en changer le titre. Ainsi, en lieu et place d'une Loi fédérale sur le commerce électronique, il s'agira d'une Loi fédérale sur les contrats conclus à distance (ou alternativement d'une Loi fédérale sur la protection des consommateurs en cas de contrats conclus à distance).

Ce changement de libellé implique à notre sens que l'entier du rapport explicatif doit également être revu afin de ne plus se limiter au commerce électronique mais d'aborder dans son ensemble la problématique liée à la conclusion de contrats à distance.

C'est le lieu de souligner par ailleurs qu'à notre sens le principe énoncé selon lequel l'on ne doit pas s'écarter sans raison du droit européen, doit être suivi de manière plus stricte.

KVN Trotzdem das Angebot des E-Business in seiner Vielfalt ständig wächst, ist es für die Verbraucher noch mit zu vielen Risiken behaftet. Im Gegensatz zum konventionellen Einkauf im Laden kann sich der Konsument nicht unmittelbar von der Existenz und Integrität des Verkäufers sowie von der Qualität der angebotenen Ware überzeugen. Zudem verkürzt sich die Zeitspanne bei einem elektronischen Vertragsabschluss drastisch. Es ist klar, dass der Kunde Gewähr haben muss, dass er tatsächlich mit dem Server des Anbieters verbunden ist, kein Unberechtigter Zugriff zu seinen Daten hat und diese missbrauchen kann, er die bestellte Ware oder Dienstleistung in der vereinbarten Qualität und termingerecht erhält er ein Widerrufsrecht von sieben Tagen hat analog zu den Haustürgeschäften.

Andererseits muss der E-Business Anbieter genauso die Sicherheit haben, dass der erteilte Auftrag rechtsverbindlich ist, er nach erfolgter Lieferung oder Leistungserbringung dafür bezahlt wird.

SAirGroup Wir begrüßen es, dass sich der schweizerische Gesetzgeber mit den neuen Absatzformen auseinandersetzt. Auch ist die Zielsetzung einer Verstärkung des Konsumentenschutzes grundsätzlich unterstützungswert. Leider wird der Gesetzesentwurf dieser Zielsetzung aber für Fluggäste in keiner Weise gerecht. Die Anwendung des siebentägigen Widerrufsrechtes im elektronischen Geschäftsverkehr bei Flugbuchungen birgt das Potential einer nicht akzeptablen Verschlechterung der ökonomischen Situation der Fluggäste und wirkt sich zudem zu Lasten der unternehmerischen Tätigkeit der Fluggesellschaften aus. Entsprechend weisen wir die Vorlage bezüglich Anwendbarkeit des Widerrufsrechtes für Flug-, Hotel- und Mietwagenbuchungen zurück und beantragen für diese Geschäftsbereiche eine Ausnahmeregelung analog zur geltenden Regelung im EU-Recht. Die juristischen Vorarbeiten müssen gegebenenfalls durch eine ökonomische Analyse der Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuerung auf die Konsumenten im Reisemarkt unter Berücksichtigung der Tarifstruktur der Fluggesellschaften ergänzt werden.

SBB Die SBB begrüßen die Anstrengungen des Schweizer Gesetzgebers, mit der erwähnten Vorlage die nötigen Anpassungen des OR an diese neuartige Form des Geschäftshandelns vorzunehmen (ebenso wie den Entwurf eines Bundesgesetzes über die elektronische Signatur; vgl. unsere Stellungnahme vom 23. März 2001). Wir plädieren dafür, dass die beiden Vorlagen angesichts der rasanten Entwicklung auf diesem Gebiet dringlich behandelt werden, damit diese rasch verabschiedet werden können.

Gleichwohl müssen wir bezüglich den vorgeschlagenen Rahmenbedingungen des vertraglichen Leistungsaustausches per Internet folgende Vorbehalte anbringen:

Der elektronische Handel ist international und somit in besonderem Masse auf international harmonisierte Lösungen angewiesen. Obwohl die EU-Richtlinien im E-Commerce auf eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zielen, orientiert sich der obgenannte Gesetzesentwurf "an den einschlägigen europäischen Richtlinien" jedoch nur "soweit diese für das Vertragsrecht von Bedeutung sind" (Übersicht des Begleitberichts, S. 4). Weil einige Lösungen des europäischen Rechts "nicht zu überzeugen vermögen" (Begleitbericht, S. 31-32), ist der schweizerische Gesetzesentwurf zum Teil weniger umfassend als die EU-Regelung, zum Teil geht er weiter oder weicht von dieser klar ab. Dieses Nebeneinander von unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen auf den Ziel-Märkten des Waren- oder Dienstbieters schafft zusätzliche Hemmnisse statt sie abzubauen, behindert oder erschwert einen Webauftritt (technische Probleme beim Aufbau des Webauftrittes z.B. wegen unterschiedlich festgelegtem Beginn der Widerrufsfrist in der EU und in der Schweiz) und verursacht Zusatzkosten. Die Gesetzgebungsarbeit ist auch eine wirtschaftliche Aufgabe. Durch den Erlass von neuen Gesetzen bzw. Änderung bestehender Gesetze auf EU-Ebene und / oder in der Schweiz wird u.E. heutzutage in einem wichtigen Umfeld dem Aspekt der Gesamtwirtschaftlichkeit zu wenig Rechnung getragen.

Der Begriff des Konsumentenvertrages wird in der schweizerischen Gesetzgebung aufgrund inkohärenter Rechtsquellen verschieden definiert mit entsprechend verschiedenen Rechtsfolgen, was in diesem Zusammenhang ein zusätzliches Hindernis darstellt. Wie bedauern, dass dieses Kohärenzproblem anlässlich der Revision nicht beseitigt wurde.

Ebenso müssen wir leider feststellen, dass die Regelungskontexte - etwa hinsichtlich der Fristen und der Konzeption der aufgeschobenen Vertragsgültigkeit - nicht abgestimmt sind, was zusätzliche Anwendungsprobleme verursacht. Verschiedene Gesetze (z.B. Art. 10 Abs. 1 Pauschalreisegesetz) sehen Kündigungs- oder Aufhebungsrechte mit Bezug auf einen gültig zustandekommenen Vertrag vor, welche konkurrierend zur OR-Regelung angewendet werden, was ebenfalls zu erheblichen praktischen Problemen beim Webauftritt führt.

Wir sind der Meinung, dass mit einer entsprechenden optischen Gestaltung des Bildschirms, versehen mit den entsprechenden Hinweisen, das Bedürfnis des Kundenschutzes ebenso abgedeckt werden kann, ohne die Rechtssicherheit zu gefährden. Damit kann ebenfalls sichergestellt werden, dass sich der Kunde bewusst ist, dass er mit dem entsprechenden Mausklick eine rechtserhebliche Willenserklärung abgibt. Die geplante Änderung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (Bekanntgabe von Basisinformationen sowie Informationspflichten bezüglich den elektronischen Geschäftsverkehr) geht in diese Richtung. Warum die Gesetzesrevision in dieser Hinsicht nicht so weit geht wie die EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, können wir nicht nachvollziehen.

SfK Grundsätzlich begrüsst die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) die vorgeschlagenen Massnahmen, um den Konsumentenschutz auch im Fernabsatz endlich zu stärken. Insbesondere fällt darunter auch die Informationspflicht der Anbieter. Es sind teils langjährige Forderungen der Konsumentenorganisationen, die hier – in Anlehnung an die EU-Richtlinie – umgesetzt werden. Gleichzeitig finden wir die Anpassungsvorschläge des Departementes teils auch mutlos. Was die Konsumentenrechte betrifft hinkt die schweizerische

Umsetzung in manchen Punkten der EU-Richtlinie hintennach. So haben beispielsweise Konsumentinnen und Konsumenten in Deutschland zwei statt eine Woche Widerrufsrecht. Auch die Vorschrift, dass Konsumentinnen und Konsumenten bei einem Missbrauch der Kreditkarte nicht bezahlen müssen, wurde nicht aufgenommen.

Dabei würden auch Fernabsatzanbieter schlussendlich von strengeren Richtlinien profitieren. Denn wir sind der Überzeugung, dass nur ein starker Verbraucherschutz auch das nötige Vertrauen in den E-Commerce fördern kann. Wenn die Konsumentenorganisationen aber weiterhin vor einem ungenügenden Schutz der Fernabsatz-Käuferinnen und Käufer warnen müssen, wird sich der E-Commerce wohl kaum etablieren können.

SHV Der Schweizer Hotelier-Verein begrüsst in den Grundlagen die Anpassung des OR und des UWG an die Anforderungen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Die Anpassungen, insbesondere des Kaufrechts an die Konsumentenschutzstandards der EU reichen aber weit über die Anliegen des elektronischen Geschäftsverkehr hinaus und werden unseres Erachtens an dieser Stelle unter einem falschen Titel behandelt. Damit soll nicht generell die Notwendigkeit einer Anpassung dieser Bestimmungen in Frage gestellt werden. Trotz Zustimmung zu den Grundtendenzen und -absichten erscheint uns die Vorlage allerdings hier wie dort noch nicht genügend ausgereift.

Nach welchen Grundsätzen die Anpassung an EU-Recht vollzogen wurde ist nicht klar ersichtlich: In einzelnen Bereichen bleiben die Bestimmungen hinter der Gesetzgebung der EU zurück, in anderen Bereichen gehen sie ohne irgend eine Begründung deutlich über die entsprechenden EU-Richtlinien hinaus. In diesem Bereich liegt auch unser Hauptkritikpunkt: Wir fordern dringend eine Ausnahme von den Bestimmungen über die Fernabsatzverträge für touristische Dienstleistungen analog der EU-Richtlinie. Wir werden bei den Erörterungen zu den einzelnen Bestimmungen darauf zurückkommen.

Die Vorlage ist deutlich "sachlastig". Die Bestimmungen sind nur unter dem Gesichtspunkt von Verträgen über Sachlieferungen schlüssig zu interpretieren, sie tragen den Gegebenheiten der Dienstleistungen zu wenig Rechnung. Auch dazu werden wir noch Beispiele anführen. Die Vorlage sollte unseres Erachtens aber auch generell unter diesem Aspekt noch einmal überarbeitet werden.

Auch bei dieser Vorlage können wir ein stark zunehmendes Phänomen beobachten, vor welchem immer wieder in aller Schärfe gewarnt werden muss: Der Gesetzgeber versucht mit allen Mitteln den Geltungsbereich der Normen, hier von Konsumentenschutzbestimmungen, weit zu fassen. Es wird angestrebt, lieber einen Tatbestand zuviel zu erfassen als einen zuwenig, mit der Konsequenz, dass die Normen auch in unerwünschten Fällen zur Anwendung kommen. Die Definition der Fernabsatzverträge (Art. 40c OR neu) ist dafür ein deutliches Beispiel: Mit der völlig abstrakten Begründung, "Eine Beschränkung auf die Verträge unter Abwesenden im Sinne von Art. 5 OR hätte den Ausschluss von Fällen bewirkt, in denen ein Schutzbedürfnis der Konsumenten besteht" (siehe Seite 12 Begleitbericht), wird die Norm auch für Verträge unter Anwesenden gültig erklärt. Dies hat zur Folge, dass Schutzbestimmungen, Rücktrittsrechte und Formvorschriften, welche diese Geschäfte stark behindern, zum Beispiel auf telefonische Vertragsabwicklungen (unter Anwesenden, Art. 4 Abs. 2 OR neu), wie sie problemlos seit Jahrzehnten getätigt werden, zur Anwendung gelangen.

Wir unterstützen die Anliegen des Entwurfs, den elektronischen Geschäftsverkehr gesetzlich zu fassen und die Konsumentenvorschriften den Standards der EU anzunähern. Die Vorlage bedarf aber unseres Erachtens noch einer gründlichen Überarbeitung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungen, an welche zu wenig gedacht wurde. Im Bereich des Konsumentenschutzes sollte sich die Gesetzgebung auf bekannte, konkrete Tatbestände der Schutzbedürftigkeit beschränken und nicht Fälle antizipieren, welche vielleicht auch noch einmal einen Schutz nötig haben könnten. Die Gefahr, am Vollzug zu scheitern und ungewollt kontraproduktive Regelungen zu treffen, wird mit zunehmendem Abstraktionsgrad immer grösser, besonders in Bereichen des alltäglichen Geschäftsverkehrs mit all seinen bewährten Gewohnheiten und Usanzen. Der Schweizer Hotelier-Verein fordert mit aller Dringlichkeit eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Fernabsatzverträge für die touristischen und gastgewerblichen Dienstleistungen, wie sie auch das europäische Recht vorsieht.

SICTA Wir halten es für richtig, die bestehenden Gesetze im Vertrags- und Wettbewerbsrecht an die modernen Gegebenheiten anzupassen. Ein gut funktionierender elektronischer Geschäftsverkehr liegt im Interesse von Anbietern und Kunden. Rechtssicherheit bedeutet auch Geschäftssicherheit.

Ziel der neuen Rechtsregeln muss es sein, E-Commerce und E-Business zu fördern. Die neuen Gesetzesbestimmungen sind deshalb auf E-Tauglichkeit zu prüfen.

Wir empfehlen Zurückhaltung mit dem Konsumentenschutz. Zu viel Schutz der Konsumenten kann sich kontraproduktiv auswirken. Werden die Anbieter mit administrativen Vorkehrungen oder mit zusätzlichen Risiken belastet, schlägt sich dies auf den Preis nieder, oder es hemmt die modernen Geschäftsformen. Wichtig ist das Vertrauen in die Regulierung durch Marktkräfte.

Wir stellen an den Gesetzgeber den Anspruch, dass die dispositiven Normen den allergrössten Teil der Fälle abdecken. Dies erfordert eine ausgewogene Risikoverteilung durch die gesetzlichen Regeln.

Der hohe Anpassungsbedarf der Rechtsordnung an die neuen gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen birgt in sich die Gefahr der Rechtszersplitterung. Anbieter und Kunden sind interessiert an einfachen Regeln, die man im Alltag begreifen und "auswendig lernen" kann. Das bedeutet zum Beispiel: keine unterschiedlichen Widerrufsfristen im Konsumentenrecht.

Die schweizerische Wirtschaft ist eingebettet in die europäische. Industrielle Geschäftsbeziehungen erfordern regelmässig Lieferungen über Grenzen hinweg. Aber auch der europäische Konsument nimmt keine Rücksicht mehr darauf, wo der Lieferant sitzt und aus welchem Land er anbietet oder liefert. Diese Tendenz nimmt mit dem Versandhandel und dem elektronischen Geschäftsverkehr massiv zu. Die schweizerischen Rechtsregeln müssen deshalb mit dem europäischen Recht harmonisiert sein.

SIK Zuerst möchten wir betonen, dass wir es sehr begrüßen, dass der Gesetzgeber in diesem zukunftssträchtigen Bereich (endlich) aktiv wird. Auch die Einfachheit und Übersichtlichkeit der Entwürfe beeindruckt uns, insbesondere die offensichtliche Absicht, den Text möglichst unabhängig von der Technik und ihrer Entwicklung zu halten.

SRV Im Begleitbericht zur Vorlage wird zu Recht ausgeführt (Seite 4), dass der elektronische Geschäftsverkehr häufig international abgewickelt wird. Es ist daher sinnvoll, dass sich in diesem Bereich die schweizerische Rechtsordnung an der Gesetzgebung der EU und deren Richtlinien orientiert.

Würde dies nicht geschehen, bestünde die Gefahr, dass ausländische und inländische Anbieter touristischer Leistungen ihre Leistungen unter sehr unterschiedlichen Bedingungen den Konsumenten anbieten könnten, was zu ungleichen Verhältnissen und erheblichen Marktverzerrungen führen würde.

Der SRV begrüsst es daher, dass nicht ohne Not von der EU-Richtlinie abgewichen werden soll (Begleitbericht S. 5).

SW Die aus der Praxis für den elektronischen Geschäftsverkehr massgeblichen Regeln hat die Schweizerische Lauterkeitskommission in den Grundsätzen 4.1 bis 4.4 zusammengefasst. Da sich die organisierte Kommunikationsbranche im Rahmen der Selbstkontrolle ohnehin auf die Grundsätze der Lauterkeitskommission verpflichtet hat, gelten diese unmittelbar für sie. Auf die nicht organisierte Branche wendet sie die Kommission im Rahmen der Durchsetzung der Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation an. Sie lauten, wie folgt:

Grundsatz 4.1

Fernabsatz im hier verstandenen Sinn ist kommerzielle Kommunikation, die sich eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel bedient, die einen Vertragsschluss ohne physische Anwesenheit der Parteien ermöglichen. Als Fernkommunikationsmittel kommen zum Beispiel die herkömmliche oder elektronische Post, Telefon, Telefax, Television oder Internet in Frage.

Grundsatz 4.2

Der kommerzielle Zweck der Informationen über Waren und Dienstleistungen muss eindeutig klar und verständlich sowie den verwendeten Fernkommunikationstechniken angepasst sein. Jede Art von Fernabsatz ist unlauter, sofern nicht die folgenden Informationen gegeben werden: Identität des Anbieters (Name, Firma, Adresse. Deckadressen und Postfachnummern genügen nicht), wesentliche Eigenschaften, Preis, Gültigkeitsdauer des Angebotes, Einzelheiten über Zahlung und Lieferung (wie Lieferkosten, Lieferfristen) oder Erfüllung, Rückgabemöglichkeit oder Widerrufsrecht, Garantie und Kundendienst.

Grundsatz Nr. 4.3

Sofern der Abnehmer nicht ausdrücklich darauf verzichtet oder die Leistung des Abnehmers Fr. 100.– übersteigt, ist die Bestellung schriftlich zu bestätigen, bevor die Ware zugestellt oder die Dienstleistung ausgeführt wird. Die Frist des Widerrufs- und Rückgaberechts von 7 Tagen beginnt bei Waren mit dem Tag ihres Eingangs, bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses.

Grundsatz Nr. 4.4

Aggressive Verkaufsmethoden sind unlauter, insbesondere wenn sie sich an individuelle Personen richten, die keinen Einfluss auf den Empfang des Angebotes nehmen können und entweder keine Kundenbeziehung zwischen Anbieter und Abnehmer besteht, oder zwischen dem Angebot und dem Abnehmer bzw. seiner Tätigkeit kein Sachzusammenhang gegeben ist. Im kaufmännischen Verkehr wird eine Kundenbeziehung vermutet.

Diese Grundsätze zeigen, dass der Gesetzesentwurf in unserer Branche nicht nur offene Türen einrennt, sondern einen Zustand nachvollzieht, den die Praxis längst als notwendig und vordringlich erkannt hat.

TCS En prenant connaissance du projet de loi fédérale sur le commerce électronique, le TCS a été surpris d'y trouver non seulement des modifications se rapportant aux contrats conclus par la voie électronique, mais également des modifications des dispositions générales en matière de contrat de vente.

Il va sans dire que le TCS est particulièrement concerné par les dispositions en matière de contrats de vente, puisqu'il est amené quotidiennement à conseiller ou assister ses membres en matière de litige portant sur des contrats de vente de voitures.

Le TCS n'a pas compris la raison pour laquelle, pour un sujet touchant d'aussi près ses activités, il n'aurait pas été au nombre des destinataires de la procédure de consultation.

Certes, le TCS voit réalisés, dans ce projet, d'importants progrès en matière de protection du consommateur qu'il n'aurait plus espérer voir réaliser et qu'il avait tenté, sans succès, d'obtenir à l'aide de négociations avec les représentants de la branche automobile. On pensera ici spécialement aux clauses exclusives de la garantie légale. Le TCS craint toutefois, qu'aussi peu mises en évidence, de telles modifications risquent à la fin du processus de ne pas être adoptées, le jour où les milieux concernés auront réellement réalisé leur portée. Le TCS regrette donc un certain manque de transparence dans la procédure de consultation dont déjà le titre n'est pas en soi suffisamment évocateur de toutes les modifications concernées, même s'il doit avouer qu'il serait particulièrement satisfait que des modifications aussi appréciables puissent être adoptées sans autre contestation des milieux concernés.

Quant aux dispositions concernant le commerce électronique, on peut se demander s'il est bon que la Suisse s'écarte de la réglementation européenne, même pour prévoir des dispositions plus favorables au consommateur, ce qui pourrait créer une fausse sécurité pour le consommateur alors que l'on a, là, un type de contrat à vocation internationale.

UNIGe Le projet de loi fédérale sur le commerce électronique a pour objectif principal la protection des consommateurs participant au commerce électronique. Il vise à remédier à l'absence encore très répandue de confiance des consommateurs face aux incertitudes liées au recours à ce mode d'acquisition de biens et de services. Créer ou renforcer cette confiance par un dispositif législatif permettrait aux consommateurs de saisir des chances d'une offre plus large et potentiellement meilleure. En même temps, cette confiance est la condition sine qua non d'un développement du commerce électronique qui constitue pour les fournisseurs un mode intéressant et peu coûteux de commercialisation. Le principe d'une réglementation de certains aspects du commerce électronique doit donc être salué.

La vente à distance, en particulier la vente via Internet, est souvent une transaction transfrontière. C'est donc avec raison que le Conseil fédéral n'entend pas créer une réglementation nationale autonome mais qu'il s'inspire des directives communautaires en la matière qui, après transposition dans les droits nationaux, constitueront le socle commun en Europe de règles applicables au commerce électronique. Pour le surplus, seul cet alignement sur

le droit communautaire est à même de garantir aux consommateurs suisses la même protection que celle qui existe en faveur des consommateurs européens. Des écarts au détriment des consommateurs risqueraient de les discriminer sans justification.

Selon les textes communautaires, la confiance des consommateurs peut être renforcée par une amélioration de la transparence de l'offre (information objective précontractuelle et octroi d'un droit de révocation) et de la loyauté des méthodes de commercialisation, par la garantie d'un minimum de loyauté des clauses contractuelles et par la certitude qu'en cas d'utilisation abusive des cartes de crédit le paiement pourra être annulé. Le projet s'en inspire mais comporte des lacunes importantes qui constituent autant d'écarts par rapport au droit communautaire défavorables aux consommateurs.

En dehors du domaine important mais limité de la garantie pour défauts de la chose vendue où, selon le projet, des dispositions impératives vont dorénavant garantir une certaine loyauté de la relation contractuelle. Le droit suisse souffre, de l'avis général de la doctrine, de l'absence d'une réglementation sur les conditions générales des contrats qui permettrait d'écarter des contrats les clauses préformulées abusives car déséquilibrées au détriment du consommateur.

Comme les contrats conclus à distance vont régulièrement être soumis à de telles conditions générales, cette absence de réglementation constitue un facteur favorisant la méfiance du consommateur face aux contrats conclus à distance, en particulier par Internet. Il n'est probablement pas possible d'intégrer une législation sur les conditions générales des contrats dans le projet actuellement soumis à consultation. Mais il doit être souligné qu'il y a urgence à commencer les travaux en la matière.

La pratique de la vente à distance montre que le prépaiement par carte de crédit sera de plus en plus demandé et deviendra la règle. Dès lors, on comprend pas pourquoi une disposition centrale de la directive sur la vente à distance n'a pas été introduite dans le projet de loi. En effet, l'art. 8 de la directive stipule qu'en cas d'utilisation frauduleuse de la carte, le consommateur aura le droit de demander soit l'annulation du paiement, soit que son compte soit recredité.

VSW Der vollumfänglichen Informatisierung der Dienstleistungen unserer Mitglieder stehen an sich, anders als etwa bei „bricks-and-mortar-companies“ der Warenerzeugung oder des –handels, grundsätzlich keine sachgegebenen Einschränkungen entgegen. Wir befürworten deshalb in besonderem Masse alle legislatorischen Bestrebungen, die darauf abzielen, dem E-Commerce verlässliche rechtliche Grundlagen zu geben und so seine Ausweitung zu fördern. Auch finden wir es grundsätzlich richtig, dass der schweizerische Gesetzgeber „bei der Ausarbeitung neuer Gesetze nicht ohne Not vom europäischen Recht abweicht“ (Begleitbericht zum Entwurf, S. 5). Diese Überlegung gilt insbesondere für Gesetzgebungsarbeiten im Bereich des E-Commerce, der nationale Wirtschaftsräume sprengt. Allerdings sind die europäischen Vorgaben bezüglich des Verbraucherschutzes im elektronischen Handel in der EU selber höchst umstritten und deshalb mit der entsprechenden Vorsicht zu geniessen. Seit Jahren müht sich die Europäische Kommission in diesem Bereich zwar um eine Harmonisierung, ist jedoch weit davon entfernt, strukturiert und langfristig visionär vorzugehen.

Auch wenn sich unseres Wissens in der Schweiz betroffene Kreise der Wirtschaft und des Handels (noch) nicht öffentlich haben verlauten lassen vermuten wir, dass der Gesetzesentwurf nicht von massiver Kritik verschont werden wird. Unter diesem Aspekt begrüßen wir, dass die Bundesverwaltung von ihrer ursprünglichen Absicht abgerückt ist, mit der Anerkennung der digitalen Signatur zugleich gewichtige Teile des EU-Konsumentenschutzes in der Schweiz Einzug feiern zu lassen („Gesamtpaket schnüren“) und nunmehr zwei separate Bundesgesetze (BG über die digitale Signatur, BGES, einerseits, und BGEG andererseits) in die Vernehmlassung geschickt hat.

Generell scheint uns, dass dem Gesetzesentwurf ein Leitbild des tendenziell unmündigen Konsumenten zu Grunde liegt, das der Wirklichkeit nicht entspricht (vgl. z.B. die pauschalisierenden Annahmen im Begleitbericht, S. 15, zum Widerrufsrecht). Übersteigerte Anforderungen an den Fernabsatz wie exzessive Rücknahmepflichten, die Anbietern von Gütern und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr auferlegt werden, behindern letztendlich die Herausbildung der Informationsgesellschaft.

- 312 Negative Gesamtbeurteilung des Vorentwurfes
 Appréciation générale négative de l'avant-projet
 Giudizio generale negativo sull'avamprogetto

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP Die Schweizerische Volkspartei ist der Ansicht, dass die Bestimmungen des geltenden Rechts grundsätzlich genügend abstrakt sind, um auch den elektronischen Geschäftsverkehr darunter zu subsumieren. Sie erachtet deshalb den Erlass eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr (BGEG) weder notwendig noch gerechtfertigt und weist dieses in der vorliegenden Form zurück.

Die Schaffung eines BGEG muss als Vorwand betrachtet werden, konsumenschutzrechtlich motivierte Bestimmungen ins Gesetz aufzunehmen. Diese Bestrebungen überschreiten das notwendige Mass an Konsumentenschutz bei weitem und stellen nicht zuletzt eine Gefahr für die Wirtschaft und deren Entwicklungsmöglichkeiten dar.

Der vorliegende Entwurf sieht zudem Änderungen in wesentlichen Bereichen des Obligationenrechtes vor, die für die Problematik des elektronischen Geschäftsverkehrs nicht nötig sind, jedoch massive Auswirkungen auf das gesamte Vertragsrecht haben können. Mit Nachdruck weist die SVP darauf hin, dass solche Änderungen nicht ohne vorgängige detaillierte Prüfung vorgenommen werden dürfen.

Wie der Erläuternde Bericht selber bestätigt, bekennt sich die schweizerische Rechtsordnung zur Lückenhaftigkeit und gibt dem Richter die Befugnis, diese (echten) Lücken unter Befolgung von bewährter Lehre und Überlieferung durch Gewohnheits- oder durch Richterrecht zu füllen. Dennoch ist der vorliegende Entwurf geprägt von einem Einzelfalldenken, was nicht nur dem schweizerischen Gesetzssystem zuwiderläuft, sondern letztlich auch zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.

Das diesen beiden Vertragstypen lediglich zukommende gemeinsame Element des Vertragsabschlusses ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters rechtfertigt es nicht, den elektronischen Geschäftsverkehr gleich wie die Haustürgeschäfte zu regeln und dem Käufer namentlich ein Widerrufsrecht einzuräumen. Vielmehr bestehen zwischen den hier interessierenden Vertragsformen bedeutende Unterschiede: Während beim Haustürgeschäft der Verkäufer Anlauf zu Vertragsverhandlungen nimmt, ist es beim elektronischen Geschäftsverkehr der Käufer, der diesbezüglich aktiv wird. Ein unüberlegter Vertragsabschluss kommt dadurch zustande, dass dem Käufer nur wenig oder keine Zeit bleibt, einen Vertragsabschluss zu bedenken. Der Internet-Benutzer steht jedoch unter keinerlei Zeitdruck. Im Gegenteil kann er sich in seinen eigenen Räumen reiflich überlegen, ob er einen Vertrag abschliessen will oder nicht. Ebenfalls fehlt das Moment der Überrumpelung. Die hohe Schnelligkeit der Übermittlung von Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr hat keinerlei Einfluss auf den vom Käufer einmal gefassten Entschluss, einen Vertrag abzuschliessen. Aus diesen Gründen erscheint es unlogisch, den elektronischen Geschäftsverkehr den Haustürgeschäften gleichzuordnen.

Als höchst problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang auch die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, gegenüber einem finanzierenden Drittunternehmen, das in keiner Weise im Grundgeschäft involviert ist, einen Widerruf geltend zu machen.

Nachdem auf keine Art und Weise ersichtlich ist, weshalb der elektronische Geschäftsverkehr mit dem Haustürgeschäft vergleichbar sein soll, muss angenommen werden, dass mit der vorgesehenen Revision von Art. 40a ff. OR namentlich das Ziel angestrebt wird, das schweizerische Vertragsrecht dem EU-Recht anzunähern.

Aus diesen Gründen weist die SVP den Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr zurück, behält sich aber nachfolgende Bemerkungen vor.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS Beim Studieren der Vernehmlassungsunterlagen mussten wir mit grossem Erstaunen feststellen, dass unter dem Titel "elektronischer Geschäftsverkehr" zentrale Artikel des Kaufrechts geändert werden sollen. Wir erachten dieses Vorgehen für irreführend und hätten es für angebracht gehalten, wenn die bedeutenden Änderungen betreffend Fahrniskauf gesondert in die Vernehmlassung geschickt und nicht einfach in den elektronischen Geschäftsverkehr integriert worden wären. Denn auch wenn ein Zusammenhang sicherlich unbestritten ist, müsste doch der darüber hinaus weitreichenden Bedeutung obengenannter Änderungen entsprechend Rechnung getragen werden.

CP Le législateur veut renforcer la confiance et la sécurité du commerce électronique. Cela est indispensable si l'on veut que cette forme d'échanges se développe de manière optimale. Cependant, il ne faut prévoir qu'un cadre général et ne pas être trop restrictif. En effet, il faut garder en mémoire le principe de la liberté de contracter que l'on connaît en droit suisse. Chaque partie s'engage donc librement et la conséquence est qu'elle est responsable de ses actes. Les nouvelles informations requises en cas de commerce électronique permettront au consommateur de savoir encore mieux qu'actuellement où il met les pieds. Il

est donc étonnant qu'on veuille réduire sa responsabilité. On a un peu l'impression que plus la technologie avance, plus le consommateur adulte doit être protégé comme un enfant.

economiesuisse Gestützt auf die Reaktionen unserer Mitglieder erachten wir eine nochmalige grundsätzliche Überarbeitung des Entwurfes als notwendig. Er sieht in zahlreichen Belangen zu weit gehende Lösungen vor, auch wenn es sich um eine differenzierte Umsetzung der EU-Richtlinien handelt.

Wir halten fest, dass die Bedeutung der Vorlage weit über den elektronischen Geschäftsverkehr hinausreicht. Tatsächlich geht es um eine grundsätzliche Änderung des Kaufrechtes unter dem Titel des Konsumentenschutzes. Auf der anderen Seite vermisst man im Gesetzesentwurf verschiedene Bestimmungen, auf die der elektronische Geschäftsverkehr sehr wohl einen Einfluss hat oder haben könnte. Als Beispiele seien hier aufgeführt: Art. 1 OR (Frage der Willensbildung durch ein elektronisches System), Art. 24 ff OR (Frage der Irrtumsmöglichkeiten bei Erklärungen, die von einem elektronischen System abgegeben werden), Art. 79 OR (Frage der gewöhnlichen Geschäftszeit bei einem während 24 Stunden verfügbaren elektronischen System) oder Art. 91 ff/97 ff OR (Frage des Verzugs im Falle, dass ein elektronisches System über eine gewisse Zeitdauer nicht verfügbar sein sollte). Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass es der Lehre und Rechtsprechung durchaus gelingen werde, durch sachgerechte Auslegung, treffende Antworten auf diese Fragen zu finden, müsste man nach dieser Argumentation die Notwendigkeit für die vorliegende Gesetzesrevision generell in Frage stellen.

Die im Entwurf vorgesehen Änderungen haben eine grössere Tragweite, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Das OR mit seinem in sich abgestimmten Gefüge von Bestimmungen kann in der Regel gerade im allgemeinen Teil nicht bloss punktuell geändert werden, ohne dass dies auch Auswirkungen auf eine Anzahl von anderen Bestimmungen hätte. Entsprechend sollte zur notwendigen Überarbeitung eine Gruppe von Experten, inklusive von Vertretern aus der Wirtschaft, beigezogen werden. Wir stehen Ihnen dazu gerne zur Verfügung.

Generell wird die Vorlage von unseren Mitgliedern skeptisch beurteilt; insbesondere wird darauf hingewiesen, dass die Schweiz durchaus die Möglichkeit habe von EU-Regelungen abzuweichen.

Andererseits anerkennen wir, dass sich die Verfasser des Entwurfes um eine differenzierte Umsetzung des EU-Rechtes bemüht haben. Auf diesem Wege muss weitergegangen werden.

FEA Wie bereits erwähnt, erscheint die Schaffung eines BGEG als Vorwand, um andere Bereiche, vorliegendenfalls in erster Linie konsumentenschützerische Anliegen, ins Gesetz aufzunehmen. Dazu ist einerseits festzuhalten, dass ein solches Vorgehen unter dem Gesichtspunkt des Handelns nach dem Grundsatz von Treu und Glauben geradezu skandalös ist. Andererseits muss zu den im Entwurf enthaltenen konsumentenpolitischen Vorschlägen festgestellt werden, dass diese weit über das hinausgehen, was im vorgegebenen Bereich zu regeln ist. Dadurch wird nicht nur die Hausgerätebranche, sondern die Wirtschaft im allgemeinen in unverhältnismässiger Art und Weise eingeschränkt.

Das geltende Recht reicht auch für neue Sachverhalte aus. Wo es lückenhaft ist, gibt die schweizerische Rechtsordnung dem Richter die Befugnis, weil der

Grundsatz der Lückenhaftigkeit als wesentliches Element der schweizerischen Rechtsordnung gilt. Er gibt dem Richter die Befugnis, Lücken unter Befolgung von bewährter Lehre und Rechtsprechung zu füllen. Vorliegendenfalls wird möglichst jede Einzelheit geregelt, und dies zudem aus einer einseitigen Optik, was zu inakzeptablen Rechtsunsicherheiten führt. Das gilt insbesondere für die nun vorgesehene Vermischung mit Rechtsregeln aus dem Haustürkauf.

Die Tatsache, dass in den Revisionsvorschlägen absolut sachfremde Themen behandelt werden, gibt Anlass zur Vermutung, dass mit der vorgesehenen Revision von Art. 40a ff. OR das Ziel angestrebt wird, das schweizerische Vertragsrecht konsumentenschützerischen Anliegen nachzukommen und dem EU-Recht anzunähern. Überdies brächte die angestrebte EU-Annäherung in der vorliegenden Form, auf Grund der nachfolgend beschriebenen konzeptionellen Rechtsunterschiede, eine unzumutbare Benachteiligung der schweizerischen Wirtschaft und damit ein unnötiges und unerwünschtes nicht tarifarisches Handelshemmnis im internationalen Wettbewerb. Wir lehnen deshalb den Vorschlag ab. Eventualiter machen wir zu den einzelnen Revisionsvorschlägen im Bereich des OR die nachfolgenden Anmerkungen.

FRI Le but des modifications du CO soumises à notre appréciation consiste à renforcer la confiance et la sécurité du commerce électronique. Celles-ci sont donc indispensables à la mise en place d'un cadre général susceptible de favoriser le développement de cette forme d'échange. Cependant, le principe de la liberté contractuelle est mis à mal par certaines modifications proposées, comme si les avancées technologiques rendaient nécessaires une protection accrue et une déresponsabilisation des consommateurs.

SAP Die Anpassung der Gesetze im Vertrags- und Wettbewerbsrecht für den elektronischen Geschäftsverkehr ist notwendig. Dabei sollen die Rechtsregeln so ausgestaltet sein, dass E-Commerce und E-Business gefördert werden. In diesem Sinne muss die Formulierung zur bindenden Offerte (Art. 7 Abs. 3 OR) auf die Besonderheiten des Internet und E-Mail Rücksicht nehmen.

Konsumentenschutz darf die modernen Geschäftsformen nicht hemmen. Ein übertriebener Konsumentenschutz würde sich gegen die Konsumenten selbst richten, wenn die Anbieter mit zusätzlichen administrativen Vorkehrungen und Risiken belastet würden. Die neuen Regeln des Konsumentenschutzes dürfen nicht über die europäischen Bestimmungen hinausgehen!

Im kaufmännischen Verkehr (Business-to-Business) ist jede zusätzliche Risikoüberwälzung auf den Lieferanten zu unterlassen.

SAV Unter dem Titel "Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr" schlägt das EJPD eine ganze Reihe von Änderungen des Obligationenrechts vor, die mit dem Sachverhalt des elektronischen Geschäftsverkehrs in keinem oder nur in einem entfernten Zusammenhang stehen. Die Vernehmlassung des SAV konzentriert sich in der Folge vor allem auf jene Aspekte der Vorlage, die aus der Sicht der Rechtspraxis mit der Abwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Die übrigen Bestimmungen betreffen Anliegen des Konsumentenschutzes, deren Beurteilung vor allem eine Frage des politischen Standpunktes ist. Der SAV als Berufsverband praktizierender Anwältinnen und Anwälte der Schweiz enthält sich jedoch grundsätzlich politischer Stellungnahmen. Aus diesem Grunde beschränken sich die Ausführungen dieser Vernehmlassung zu Art. 74

ff. OR auf einzelne rechtstechnische Anregungen, ohne eine Wertung des materiellen Gehalts dieser Bestimmungen vorzunehmen.

Unter anderem muss wohl die Frage gestellt werden, ob es sachgerecht ist, unter dem „Deckmantel“ des elektronischen Geschäftsverkehrs eine allgemeine Revision des Kaufrechts durchzuführen. Inhaltlich geht es um eine Erweiterung des Konsumentenschutzes (v.a. Art. 197 Abs. 3 und Art. 199 OR). Ein direkter Bezug zum elektronischen Geschäftsverkehr besteht nicht; auch psychologisch erscheint es als fraglich, wie sinnvoll es ist, die Diskussion von Vertragsabschluss und Fernabsatzverträgen zu belasten mit einer allgemeinen Konsumentenschutzdiskussion.

SBV Unter dem "Deckmantel" des elektronischen Geschäftsverkehrs werden im Gesetzesentwurf vorwiegend Änderungen vorgenommen, die rein konsumentenrechtlich motiviert sind. Dieses Vorgehen ist äusserst bedenklich. Zudem werden Anpassungen in zentralen OR-Bestimmungen vorgenommen, die eine genauere Analyse bzw. Bewertung durch Privatrechtsspezialisten bei der Ausarbeitung des Entwurfes nach geradezu aufgezwungen hätten.

Da der elektronische Geschäftsverkehr häufig international ausgerichtet ist, ist ein Miteinbezug des europäischen Rechts (EU-Richtlinie) sowie anderer internationalen Harmonisierungsbestrebungen (z.B. der OECD oder der UNCITRAL) grundsätzlich sinnvoll, ja, im Elektronischen Geschäftsverkehr sogar erforderlich. Diesbezüglich sind die Äusserungen des Begleitberichts zum Gesetzesentwurf (s. S. 5) grundsätzlich begrüssenswert – aber sodann auch im Elektronischen Geschäftsverkehr konsequent umzusetzen.

Was versteht man unter dem Begriff "Elektronischer Geschäftsverkehr" sodann? Geht es hierbei immer nur um Fälle, wo es zum Vertragsschluss kommt, oder sind auch andere "Dialoge", Kontakte oder Informationen darunter erfasst? Die Ergänzung von Art. 6a OR um den Abs. 4 zeigt beispielsweise auf, dass der Begriff des Elektronischen Geschäftsverkehrs (hier wie dort) enger zu verstehen ist. Denn es kann nicht sein, dass der Empfänger von unbestellten Mails bzw. Informationen sich in jedem Fall beim Absender zu melden hat, sobald er realisiert, dass ihm das E-Mail irrtümlich gesandt wurde - dies gilt auch für das im Begleitbericht aufgeführte Beispiel des der falschen Person zugestellten Horoskopes (Bericht S. 10, Ziff. 210.02).

Im Übrigen wurden wohl mit dem BGEG nicht sämtliche Gesetzesbestimmungen erfasst, die korrigiert hätten werden müssen. Auch wurde wohl nicht berücksichtigt, dass die vorgeschlagenen Änderungen zum Teil weitere Korrekturen in anderen, vorliegend nicht aufgeführten Bestimmungen erforderlich machen würden. So fragen wir uns etwa, ob nicht z.B. auch Bestimmungen hinsichtlich des Begriffs "Willen" im Sinne von OR Art. 1 – (gebildet durch eine computergenerierte Erklärung) und des Willensmangels im Sinne von OR Art. 23 ff. – (insbesondere Fälle des Irrtums gemäss OR Art. 24 und Fälle unrichtiger Übermittlung gemäss OR Art. 27 etc.) einer Korrektur bzw. Berücksichtigung bedurft hätten. Sodann wäre z.B. auch eine Bestimmung wünschbar, welche die Rechtsfolgen aufzeigt, falls ein Widerrufswille bestand bzw. ein Widerrufsversuch erfolgte, der Widerruf aber tatsächlich nicht erfolgen konnte, weil das System des Empfängers nicht erreicht werden konnte (sei es wegen Problemen im System des Absenders, des Übermittlungsnetzes, des Providers oder sei es wegen Störung, Unterbruch, Wartung etc. des Empfängersystems). Was gilt sodann, wenn von "Erfüllung zu Geschäftszeit"

(OR Art. 79) die Rede ist? – Vorliegend handelt es sich um keine abschliessende Auflistung.

Hier sei ausserdem bemerkt, dass diverse Aspekte, die vorstehend aufgeführt wurden, heute in der herrschenden Lehre via Gesetzesauslegung beantwortet werden könnten, so dass die Notwendigkeit einer Korrektur im Gesetz fraglich ist. U.E. sollte man entweder möglichst vollständig korrigieren oder die Korrekturen tatsächlich auf das absolut Notwendige beschränken. Weder das eine noch das andere trifft unseres Erachtens beim vorliegenden Gesetzesprojekt zu.

SGV Der Schweizerische Gewerbeverband (SGV) stellt mit Befremden fest, dass die unter dem irreführenden Titel „Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr“ daherkommende Teilrevision des OR und des UWG wesentliche Änderungen des Kaufrechtes zum Gegenstand hat. In Würdigung der einzelnen Revisionsanliegen muss im Weiteren festgestellt werden, dass diese einen einseitigen, inakzeptablen Ausbau des Konsumentenschutzes zum Gegenstand haben. Dagegen setzt sich die Vorlage gerade nicht mit den den elektronischen Geschäftsverkehr betreffenden Fragen der Willensbildung, des Irrtums und des Verzugs im Falle technischer Defekte auseinander. Die Vorlage muss daher aus unserer Sicht als unausgewogen und unvollständig zurückgewiesen werden.

SMBK Unser Verband begrüsst an und für sich die Bestrebungen des Bundesrates, gesetzliche Rahmenbedingungen für die elektronische Signatur und den elektronischen Geschäftsverkehr zu erlassen. Das Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr ist aber eigentlich eine bedeutsame Revision des Obligationenrechtes, was hinter diesem Titel etwas versteckt wurde. Es besteht unseres Erachtens angesichts der Flut von Gesetzesänderungen die Gefahr, dass man denkt, hier müsse man sich nicht auch noch damit befassen, da der elektronische Geschäftsverkehr unsere Mitglieder nicht prioritär betrifft. Beim näheren Hinsehen entdeckt man dann aber eine nicht unrelevante Neugestaltung der Gewährleistungsregeln. Wir finden dieser Umstand entspricht nicht dem Grundsatz der Transparenz, was wir bedauern.

SMU Beim Studieren der Vernehmlassungsunterlagen mussten wir mit grossem Erstaunen feststellen, dass unter dem Titel „elektronischer Geschäftsverkehr“ zentrale Artikel des Kaufrechtes geändert werden sollen. Wir erachten dieses Vorgehen für irreführend und hätten es für angebracht gehalten, wenn die bedeutenden Änderungen betreffend Fahrniskauf gesondert in die Vernehmlassung geschickt und nicht einfach in den elektronischen Geschäftsverkehr integriert worden wären. Denn auch wenn ein Zusammenhang sicherlich unbestritten ist, müsste doch der darüber hinaus weitreichenden Bedeutung obengenannter Änderungen entsprechend Rechnung getragen werden.

SVV Inhaltlich behandelt das BGEG vorwiegend die Anliegen des Konsumschutzes bei Fernabsatzverträgen. Nach dem Begleitbericht gilt es dabei insbesondere den am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmenden Konsumenten gegenüber demjenigen im traditionellen Geschäftsverkehr nicht zu benachteiligen. Dabei seien, so die Erläuterungen, vorab auch Überlegungen einzubeziehen, die sich im elektronischen Zeitalter aus der Raschheit der Vertragsentstehung und der Vertragserfüllung ergeben.

Mit diesen beiden Anliegen sind wir grundsätzlich einverstanden. Wir hegen allerdings Zweifel, ob die Vorlage diesen Ansprüchen auch tatsächlich Rechnung trägt. Daran ändert auch die dritte Zielsetzung, die Angleichung an das einschlägige europäische Recht, kaum etwas. Gerade in diesem letzten Punkt sind einige Lücken auszumachen, die darauf hindeuten, dass das Projekt auch diesbezüglich nur halbherzig angepackt worden ist.

Wie auch die Verfasser des Begleitberichts festhalten, sind wir der Ansicht, dass die schweizerische Gesetzgebung trotz des Alters einzelner Bestimmungen grundsätzlich nicht ungeeignet ist, adäquate Antworten auf Fragen des elektronischen Geschäftsverkehr zu geben. Wir halten deshalb dafür, nur die unter diesem Titel notwendigen Änderungen anzustreben, sind aber der Meinung, dass dafür einige weitere Artikel revisionsbedürftig wären (z.B. Regeln über die Willensmängel; die Bestimmung über die vertraglich vorbehaltene Form in Art. 16 OR), welche die Vorlage nicht erfasst. Andererseits sind wir gegen Anpassungen, die in keinem oder lediglich in einem sehr untergeordneten Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr stehen.

Begrüssenswert ist der Umstand, dass die Verfasser nicht sämtliche Einzelfragen adressieren, die sich im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäft stellen. Eine offene und abstrakte minimale Regelung bietet mehr Raum für die Rechtsentwicklung, die gerade im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs vorprogrammiert ist.

Wie den vorstehenden Bemerkungen zu entnehmen ist, erscheint die Vorlage insgesamt nicht ausgereift. Zu viele Neuerungen haben mit den Eigenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs nichts zu tun. Andere Bestimmungen sind so wenig konkret, dass ihre Praktikabilität ernsthaft in Frage gestellt werden muss. Schliesslich wird der Vorschlag auch hinsichtlich einer Anpassung an die einschlägigen Regelwerke der EU nicht gerecht. Wir hoffen deshalb, dass unsere Anregungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren entsprechend Berücksichtigung finden.

SWICO Der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO), www.swico.ch, begrüsst die Bestrebungen des Bundesrates, Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr auf gesetzlicher Ebene zu schaffen. Die Kommission IT-Recht des SWICO - eine Juristengruppe, die früher schon in dem ehemals von Frau Ständerätin Spoerry präsidierten Verband "Swisspro" ihre Tätigkeit ausübte - unterstützt und fördert solche Bestrebungen seit Ende der 80er-Jahre.

Klare, berechenbare und international harmonisierte Vorschriften über die Abwicklung von Bestellungen für Güter und Dienstleistungen über das Internet werden allgemein als wesentliche Voraussetzungen für die Weiterentwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs und den Übergang zur "Informationsgesellschaft" betrachtet. Der vom Bundesrat am 17. Januar 2001 in die Vernehmlassung geschickte Entwurf eines Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr zeichnet sich indes dadurch aus, dass mit ihm hauptsächlich Konsumentenschutz-Anliegen ins Schweizer Recht überführt werden (und zwar unabhängig von der Art und Form des Geschäftsabschlusses), womit im Ergebnis die Entwicklung des elektronischen Handels eher behindert als gefördert wird. Die Überführung der entsprechenden EU-Richtlinien auf dem Wege des autonomen Nachvollzuges wird teilweise in überschüssendem Gehorsam

übererfüllt bzw. mögliche Ausnahmen werden nicht ausgeschöpft. Keinen erkennbaren Niederschlag finden dagegen die auf eine Liberalisierung des elektronischen Geschäftsverkehrs ausgerichteten internationalen Bestrebungen der UNCITRAL oder der OECD.

Befremdend ist weiter, dass eine dermassen tiefgreifende OR-Revision ohne breite Abstützung durch eine Expertenkommission vorbereitet und mit sehr kurzen Vernehmlassungsfristen einer breiteren Öffentlichkeit vorgestellt worden ist. Damit ist u.E. auch nicht sichergestellt, dass alle Aspekte der geplanten Änderungen berücksichtigt wurden, so z.B. die Auswirkungen auf die Art. 24, 27 und 79 OR.

swisscom Wie Sie aus den nachfolgenden Ausführungen entnehmen werden, steht Swisscom der Vorlage kritisch gegenüber. Dies, obwohl Swisscom das Ansinnen grundsätzlich unterstützt, das geltende Recht, soweit erforderlich, an die veränderten Gegebenheiten des modernen Geschäftsverkehrs (und damit insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs) und an die europäischen Rechtsentwicklungen anzupassen.

Wir sind uns der Schwierigkeit bewusst, neue Sachverhalte unter Zeitdruck mit einer Gesetzesvorlage sachgerecht erfassen zu wollen. Insbesondere, weil sich vorliegend viele Grundsatzfragen stellen. Wir betrachten den Entwurf deshalb als gute Diskussionsgrundlage, denken aber, dass noch vertiefte Analyse und Überarbeitung notwendig ist. Wir beantragen deshalb, die Vorlage unter Einbezug einer Expertengruppe in grundsätzlicher Art und Weise unter Berücksichtigung der untenstehenden Anliegen zu überarbeiten. Ziel sollte dabei sein, das geltende Recht auf seinen Anpassungsbedarf hin zu überprüfen und sofern nötig, an die veränderten Gegebenheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs und die internationalen Rechtsentwicklungen anzupassen.

Wir stellen fest, dass der Entwurf sich an drei EU-Richtlinien orientiert (Fernabsatz-, E-Commerce-Richtlinie sowie die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) aber nicht beabsichtigt, diese *tel quel* umzusetzen. Swisscom unterstützt grundsätzlich diese Vorgehensweise. Die Tatsache, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, sollte ausgenützt werden, um die Umsetzungen auf diejenigen Bereiche zu beschränken, die sinnvoll sind und die in die schweizerischen Gesetzeskonzepte passen. Oder anders ausgedrückt: die Nicht-EU-Mitgliedschaft sollte dahingehend ausgenützt werden, den EU-Rechtserlassen kritisch gegenüberzustehen. Gerade im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs ist es durchaus auch als Vorteil anzusehen, dass die Schweiz bisher noch wenig reguliert hat. Eine verfrühte Regulierung birgt immer die Gefahr in sich, dass Problembereiche durch deren Neuheit und der damit einhergehenden allgemeinen Unsicherheit überbewertet und dadurch überreguliert werden. Im Bereich der EU-Fernabsatzrichtlinie, die das Widerrufsrecht auf alle elektronisch abgeschlossenen Verträge ausgeweitet hat, ist dies sicherlich geschehen.

Hingegen gibt es unseres Erachtens Bereiche, bei denen die EU-Richtlinien Regeln eingeführt haben, die für den elektronischen Geschäftsverkehr wichtig sind, die jedoch nicht in die Vorlage übernommen worden sind. Als wichtig erachten wir dabei die Regelung des Bereichs, für welchen die Telekom- und Internet-Provider nicht verantwortlich sind.

Das Bestreben, die Konsumenten auch im elektronischen Geschäftsverkehr angemessen zu schützen, ist berechtigt. Allerdings muss der Konsumentenschutz einheitlich und sachgerecht ausgestaltet sein und sich in die bestehenden Rechtsgrundsätze einfügen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint uns die Vorlage problematisch und verbesserungswürdig. Vorliegend wird der Konsumentenschutz selektiv und willkürlich betrieben und in weiten Feldern wird massiv über das Ziel hinaus geschossen (z.B. Widerrufsrecht, absolutes Verbot der Wegbedingung der Gewährleistungspflicht in Konsumentenkaufverträgen, zwingende zweijährige Garantiefrist für alle Güter). Ein wirksamer Konsumentenschutz hat unseres Erachtens alle Wirtschaftsbereiche zu berücksichtigen und kann sich nicht nur auf den elektronischen Geschäftsverkehr beschränken.

Bei Änderungen im OR ist generell darauf zu achten, dass das hohe Niveau des Gesetzes hinsichtlich seiner inneren Konsistenz nicht verwässert wird. Vor diesem Hintergrund erscheint bei der vorgeschlagenen Revision einiges als problematisch. In diesem Zusammenhang verweisen wir insbesondere auf das vorgeschlagene Widerrufsrecht, das letztlich den Grundsatz „pacta sunt servanda“ aus den Angeln hebt (dazu mehr unter 2) und auf die Informationspflichten gemäss 40d OR (Entwurf). Betreffend die Informationspflichten sei darauf hingewiesen, dass das schweizerische Recht solche Pflichten bisher im UWG und in anderen mit dem UWG zusammenhängenden Rechtsakten geregelt hat. Zu denken ist hierbei insbesondere an die Preisbekanntgabeverordnung oder das Konsumenteninformationsgesetz. Wir regen deshalb an, zu prüfen ob die in die Vorlage eingefügten Informationspflichten sich nicht in einen aus den bestehenden Rechtsakten neu zu konsolidierenden Erlass, beispielsweise in eine „Preis- und Angebotsbekanntgabeverordnung“, integrieren lassen. Alles andere führt dazu, dass Pflichten doppelt und dreifach bestehen und dadurch für den Anbieter letztlich absolut unübersichtlich werden. Als letztes sei darauf hingewiesen, dass beispielsweise in Deutschland vorgesehen ist, die Informationspflichten gestützt auf die E-Commerce-Richtlinie durch Revision des „Teledienstgesetzes“ mithin eines Spezialgesetzes, umzusetzen.

Wir stellen fest, dass der Entwurf Begriffe verwendet, deren Auslegung zu Schwierigkeiten führen wird. Es seien beispielhaft folgende Bezeichnungen genannt: „elektronischer Geschäftsverkehr“, „Kommunikationsmittel“, „automatisierte Geschäftsräume“, „Warenautomaten“, „technische Schritte“, „technische Mittel“, „elektronischer Weg“ usw. Ein wichtiger Punkt bei der Revision wird sein, wenige neue Begriffe einzuführen, diese dafür klar zu definieren und technologieneutral auszuformulieren und soweit notwendig mit bestehenden Gesetzen, beispielsweise dem Fernmeldegesetz, abzustimmen.

Die Vorlage suggeriert, dass vom elektronischen Geschäftsverkehr primär Kaufverträge betroffen seien. Dies, weil der Entwurf eine massive Revision des Kaufrechts beinhaltet und weil die revidierten Bestimmungen im Allgemeinen Teil des OR auf den Modellfall Sachkaufvertrag zugeschnitten sind. In der Tat ist diese Betrachtungsweise nur sehr beschränkt richtig. Ein grosser Teil der heute (und in Zukunft wird das noch in einem weit grösseren Mass zutreffen), im Internet oder via Telefon (insbesondere zukünftige Mobile-Technologien), abgeschlossenen Verträge betreffen Dienstleistungen oder die Nutzung von Information. Im Gegensatz zum traditionellen Geschäftsverkehr sind im elektronischen Geschäftsverkehr hauptsächlich immaterielle Güter betroffen. Folgerichtig sind die abgeschlossenen Verträge rechtlich primär im Bereich der Lizenzverträge anzusiedeln. Im Rahmen der Überarbeitung ist auf diese tat-

sächlichen Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen. Andernfalls werden Regeln eingeführt, so wie in der Vorlage geschehen (siehe z.B. Bemerkungen zu Artikel 40g), die für die überwiegende Zahl von Verträgen zu unpassenden Ergebnissen führen.

Die Vorlage zum elektronischen Geschäftsverkehr versteht sich als Ergänzung zum geplanten Bundesgesetz über die elektronische Signatur. Dem entsprach auch der ursprüngliche Gedanke des Bundesamtes für Justiz, die beiden Themen in einer gemeinsamen Vorlage zu präsentieren. Seit Swiskey als einzige öffentliche Anbieterin von privaten elektronischen Zertifikaten in der Schweiz angekündigt hat, den öffentlichen Zertifikatsdienst einzustellen, ist die Vorlage zur elektronischen Signatur zeitlich weniger dringend. Wenn auch bedauerndswert, ermöglicht dieser Umstand, dass eine rasche Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr als Ergänzungsmassnahme für die Zulassung digitaler Signaturen nicht mehr notwendig erscheint und folglich für eine weiterführende Arbeit am Bundesgesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr Zeit vorhanden ist. Wie gesagt, sollte diese Zeit genutzt werden um das Thema „Elektronischer Geschäftsverkehr“ in Zusammenarbeit mit einer Expertengruppe integral und grundsätzlich zu analysieren und den vorliegenden Entwurf entsprechend zu überarbeiten.

Zusammenfassend beantragen wir, die Vorlage zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung unserer Anträge und Begründungen und unter Einbezug einer Expertengruppe in grundsätzlicher Hinsicht zu überarbeiten.

Swissmem Die Anpassungen des Obligationenrechts im Bereich von Art. 4, 6, 7 und 40a ff. sowie die Änderungsvorschläge im UWG können unter den Titel des elektronischen Geschäftsverkehrs subsumiert und dementsprechend diskutiert werden. Die Anpassungen des Fahrniskaufrechts hingegen haben nach unserem Dafürhalten mit elektronischem Geschäftsverkehr nichts zu tun. Wir betrachten die Vorlage daher eher als Änderung des bewährten Fahrniskaufrechts im "Schnellschuss-Verfahren", sehen hierzu jedoch keinen unmittelbaren Bedarf. Die blosser Anpassung an das Recht der EU allein kann kein ausreichender Grund sein, das bewährte schweizerische Fahrniskaufrecht markant zu Gunsten der Käuferseite und der Konsumenten zu ändern, und überdies sind uns keine Probleme bekannt, welche eine Gesetzesänderung im vorgeschlagenen Rahmen und Verfahren rechtfertigen würden.

Zudem sind die vorgeschlagenen Änderungen der Gewährleistung auch aus systematischen Gründen abzulehnen, da hierdurch die bestehenden Kohärenzen zum Werkvertragsrecht aufgegeben würden. Zu denken ist vor allem an die einheitliche Prüf-, Rüge- und Verjährungsregelung, die in Zukunft bei Kauf- und Werkvertrag unterschiedlich geregelt würden. Dies würde nicht zuletzt in dem für die Maschinenindustrie wichtigen Grenzbereich zwischen Kauf- und Werkvertrag zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen.

Demzufolge lehnen wir die Änderungen der kaufrechtlichen Bestimmungen im Rahmen dieses Vernehmlassungsverfahrens ab.

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Änderungen, welche mit elektronischem Geschäftsverkehr auch etwas zu tun haben, geben wir zu bedenken, dass die Einführung von Widerrufsfristen das eigentliche Ziel des elektronischen Geschäftsverkehrs (rasch, rund um die Uhr verfügbar etc.) torpedieren. Ein Lieferant dürfte es sich sehr wohl überlegen, ob er bei einem Liefergegenstand

mit einem bestimmten Wert nicht vorsorglich die Widerrufsfrist abwarten will, bevor er den Kaufgegenstand ausliefert. Damit würde aber der elektronische Geschäftsverkehr sinnwidrig verlangsamt.

VSAI Bei der Prüfung der Vernehmlassungsunterlagen mussten wir mit grossem Erstaunen feststellen, dass unter dem Titel „elektronischer Geschäftsverkehr“ zentrale Artikel des Kaufrechts geändert werden sollen. Wir erachten dieses Vorgehen für irreführend und hätten es für angebracht gehalten, wenn die bedeutenden Änderungen betreffend Fahrniskauf gesondert in die Vernehmlassung geschickt und nicht einfach in den elektronischen Geschäftsverkehr integriert worden wären. Denn auch wenn ein Zusammenhang sicherlich unbestritten ist, müsste doch der darüber hinaus weitreichenden Bedeutung obengenannter Änderungen entsprechend Rechnung getragen werden. Nachfolgend erlauben wir uns, vorwiegend zu den Punkten Stellung zu nehmen, die für unsere Mitglieder aus der Motorfahrzeugbranche von Bedeutung sind.

VSIG Als Dachverband der Wirtschaft, der über 4'000 Firmen des Import- und Grosshandels vertritt, begrüssen wir die Bestrebungen des vorliegenden Entwurfes, Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr auf gesetzlicher Ebene zu schaffen.

Wir sind ebenfalls der Überzeugung, dass international harmonisierte Vorschriften für den elektronischen Geschäftsverkehr ein zentrales Element für die weitere Entwicklung des E-Commerce und damit der wirtschaftlichen Nutzung des Internets sind. Vor allem der Kompatibilität der schweizerischen Vorschriften mit EU-Recht kommt dabei eine ausserordentlich grosse Bedeutung zu.

Leider weist sich der vorliegende Entwurf dadurch aus, dass vor allem sehr weit reichende Konsumentenschutzanliegen, die in mehreren EU-Richtlinien festgeschrieben sind, unter dem Deckmantel dieser angestrebten Harmonisierung der Gesetzgebung über den elektronischen Geschäftsverkehr in das OR "eingeschmuggelt" werden sollen. Natürlich besteht ein enger Zusammenhang zwischen den zentralen Artikeln des Kaufrechts und dem elektronischen Geschäftsverkehr. Jedoch erachten wir das Vorgehen, mit dem im Entwurf zentrale Artikel - insbesondere jene betreffend den Fahrniskauf - geändert werden sollen, als befremdend und stossend. Es macht den Anschein, als ob solche für die Wirtschaft wichtige Regelungen quasi durch die Hintertür eingeführt werden sollen. Transparenter sowie der politischen Bedeutung der besagten Änderungen angemessener wäre es gewesen, diese separat in die Vernehmlassung zu schicken statt in den Gesetzesentwurf zu integrieren.

VFGI Der Verband der schweizerischen Fabrikanten, Grossisten und Importeure der Zweiradbranche (VFGI) begrüsst die Bestrebungen des Bundesrates, Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr auf gesetzlicher Ebene zu schaffen.

Klare, berechenbare und international harmonisierte Vorschriften über die Abwicklung von Bestellungen für Güter und Dienstleistungen über das Internet werden allgemein als wesentliche Voraussetzungen für die Weiterentwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs und den Übergang zur "Informationsgesellschaft" betrachtet. Der vom Bundesrat am 17. Januar 2001 in die Vernehmlassung geschickte Entwurf eines Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr zeichnet sich indes dadurch aus, dass mit ihm hauptsächlich Konsumentenschutzanliegen ins Schweizer Recht überführt

werden (und zwar unabhängig von der Art und Form des Geschäftsabschlusses), womit im Ergebnis die Entwicklung des elektronischen Handels eher behindert als gefördert wird.

Die Überführung der entsprechenden EU-Richtlinien auf dem Wege des autonomen Nachvollzuges wird teilweise in überschüssendem Gehorsam übererfüllt bzw. mögliche Ausnahmen werden nicht ausgeschöpft. Keinen erkennbaren Niederschlag finden dagegen die auf eine Liberalisierung des elektronischen Geschäftsverkehrs ausgerichteten internationalen Bestrebungen der UNCITRAL oder der OECD.

VIT Der VIT unterstützt ferner insbesondere auch die Stellungnahme der **economiesuisse**, soweit diese von den nachfolgenden Ausführungen nicht abweicht.

Eine Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen im Vertrags- und Wettbewerbsrecht an die aktuellen Gegebenheiten des E-Commerce ist grundsätzlich zu begrüßen. Ein gut funktionierender elektronischer Geschäftsverkehr liegt im Interesse von Anbietern und Kunden. Ziel der neuen Rechtsregeln muss es sein, E-Commerce und E-Business zu fördern. Die neuen Gesetzesbestimmungen sind deshalb an diesem Massstab zu messen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es ein nicht akzeptables Vorgehen, dass unter dem Etikett eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr allgemeiner Konsumentenschutz betrieben werden soll. Die entsprechenden Bestimmungen sind daher abzulehnen und aus dem Gesetzesvorhaben zu streichen.

Mit dem Einbezug des Konsumentenschutzes wird die wünschbare raschmögliche Anpassung der Gesetzgebung an die modernen Anforderungen des E-Commerce unnötigerweise durch ein in der Schweiz schon während Jahren stark umstrittenes Politikum belastet. Dadurch sind erhebliche Verzögerungen in der weiteren Behandlung des Gesetzes nicht auszuschliessen.

Zu viel Schutz der Konsumenten kann sich zudem kontraproduktiv auswirken. Werden die Anbieter mit administrativen Vorkehren oder mit zusätzlichen Risiken belastet, schlägt sich dies auf den Preis nieder, oder es hemmt die modernen Geschäftsformen. Wichtig ist das Vertrauen in die Regulierung durch Marktkräfte.

Die schweizerische Wirtschaft ist eingebettet in die europäische. Unternehmerische Tätigkeit setzt heute Geschäftsbeziehungen über die Grenzen hinweg voraus. Aber auch der europäische Konsument nimmt keine Rücksicht mehr darauf, wo der Lieferant sitzt und aus welchem Land er anbietet oder liefert. Das gilt insbesondere für den E-Commerce. Die schweizerischen Rechtsregeln müssen deshalb mit dem europäischen Recht harmonisiert sein. Dies ist im vorliegenden Entwurf nicht überall erfüllt. Insbesondere ist es nicht angebracht, den Konsumentenschutz (sofern er denn überhaupt in die Gesetzesrevision aufzunehmen sein sollte) über das europäische Niveau hinauszutreiben.

Hingegen wäre es mit dem Ziel der Förderung des E-Commerce vereinbar, ja geradezu gefordert, dass betreffend die Verantwortlichkeit der Internet Service Provider für illegale Inhalte eine Angleichung der Rechtslage an diejenige in der EU erfolgen würde. Die Internet Service Provider sind die Basis für den E-

Commerce. Solange für die Provider jedoch hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit betreffend die von ihnen transportierten oder gespeicherten Daten keine Klarheit herrscht, wird die Entwicklung dieser Branche und damit diejenige des E-Commerce im Vergleich mit den EU-Nachbarn massgeblich behindert.

Erhebliche Investitionsentscheide, z.B. für den Aufbau von Hosting-Centers, wurden wegen der Unklarheit der schweizerischen Rechtslage im Zusammenhang mit der Verantwortung der Provider zuungunsten des Standortes Schweiz getroffen und stattdessen die Investition in einem europäischen Nachbarland getätigt. Insbesondere international tätige Unternehmensgruppen sehen sich gezwungen, bei ihrer Investitionsplanung statt der schweizerischen Tochtergesellschaften diejenigen im EU-Ausland zu fördern. Es ist daher dringend erforderlich, dass hier die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz denjenigen in der EU angeglichen werden.

Sager Der Entwurf ist gekennzeichnet als BG über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des BG gegen den unlauteren Wettbewerbs). Diese Bezeichnung ist in mehrfacher Hinsicht zu eng (und damit missverständlich). Zum einen behandelt die Vorlage nebst dem elektronischen Geschäftsverkehr v.a. den Fernabsatz, also Vertriebsmethoden mittels telefonischen und schriftlichen Hilfsmitteln, welche nicht alle zum elektronischen Geschäftsverkehr gehören (gewöhnliche Briefpost, Telefon, Telefax etc.). Im weiteren behandelt die Vorlage auch die Revision des Fahrniskaufrechts, welche vollends vom Fernabsatz losgelöst werden. M.E. müsste der Gesetzestitel weiter gefasst werden, z.B. BG über den Fernabsatz und gewisse Änderungen im Fahrniskaufrecht.

Ausgangspunkt, Begründung und Ziel der vorgeschlagenen konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen ist die Überlegung, dass der Konsument vor Überrumpelungen und unfairen Behandlungen durch den Anbieter geschützt werden soll. Von diesen Bestrebungen weicht die Vorlage allerdings in verschiedener Hinsicht ab (z.B. bei Finanz und Versicherungsdienstleistungen, bei der nur gelegentlichen Verwendung von Fernabsatzkommunikationstechniken etc.). M.E. muss der Schutz vor Überrumpelung und unfairen Vertriebsmethoden vom UWG gewährleistet werden. Ein allfälliges Widerrufsrecht wäre daher auch (nur) im UWG anzusiedeln, welches an einen Überrumpelungsstatbestand zu knüpfen wäre. Dabei spielt es m.E. überhaupt keine Rolle, ob der Kunde durch Fernabsatzmethoden, direkte Einzelansprache (Haustürgeschäfte) oder sonst durch Vertriebsmethoden (Ladengeschäft, Messeverkauf etc.) überrumpelt wird. Denn auch letztgenannte Methoden können den Konsumenten zu unüberlegten Vertragsabschlüssen führen, und auch diese werden innert Sekunden geschlossen. Deshalb rechtfertigt sich bereits vom Grundsatz her keine unterschiedliche Behandlung einzelner Vertragsabschlussmethoden.

Auch das bereits bestehende Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften oder die Einführung der Fernabsatzrichtlinie und der E-Commerce-Richtlinie und deren Umsetzung in den einzelnen Mitgliedsländern der EU rechtfertigen diese Ungleichbehandlung nicht. Zumindest solange die Schweiz der EU noch nicht beigetreten ist, sollte der vorhandene Freiraum durchaus für kreative eigene Lösungen genutzt werden.

Der vorliegende Entwurf (wie auch das bestehende Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen) schützt den Konsumenten nur vor gewissen Vertragsabschlussarten, egal ob er Schutz braucht oder einfach seine Meinung innert sieben Tagen ändert. Führt man diesen Gedanken zu Ende müsste konsequenterweise bald jedem Konsumentenvertrag ein Widerrufsrecht anhaften. Damit würde aber die "cooling off period" ihrer eigentlichen Bedeutung – nämlich dem Schutz vor Überrumpelung und nicht etwa Schutz des Unachtsamen, Schwankenden oder Nachlässigen – entleert.

Der vorgeschlagene Entwurf führt wohl zu nicht unbedeutenden Kosten bei den Anbietern, welche wohl letztlich wiederum den Konsumenten auferlegt werden. Allerdings kann wiederum dieses Argument dadurch entkräftet werden, dass der Fernabsatz durch die Gewährung eines Widerrufsrechtes an Schlagkraft gewinnen wird. Dies haben denn auch viele Unternehmer erkannt und führten freiwillig ein Widerrufsrecht ein. Ob dies nun gesetzlich für alle Anbieter erzwungen werden muss, erscheint mir fraglich.

Als Rechtfertigung für den vorliegenden Gesetzesvorschlag wird geltend gemacht, dass der Zeitpunkt beim elektronischen Vertragsabschluss auf Minuten oder gar Sekunden reduziert werde, während eine per Brief versandte Offerte erst nach Tagen zu einem Vertragsabschluss führe. Dabei wird allerdings verkannt, dass auch eine per Brief versandte Offerte neu unter die Gesetzesrevision fallen kann (der schriftliche Vertragsabschluss per traditioneller Post ist ebenfalls eine Fernabsatzmethode). Zudem werden mündliche Verträge im gewöhnlichen Verkaufsladen schon lange abgeschlossen, welche ebenfalls innert einer Sekunde abgeschlossen werden können und demnach auch hier – die wohl sowieso selten genutzte Möglichkeit von – Art. 9 Abs. 1 OR ausbleibt.

Uni ZH Die juristische Diskussion über den Vertragsabschluss im Internet hat bereits vor Jahren eingesetzt und darf heute als weitgehend abgeschlossen betrachtet werden. Dabei hat sich gezeigt, dass unser Obligationenrecht für die neuen Rechtsfragen durchaus adäquate Lösungen bereithält und manche neue Erscheinungsform sich nur als vermeintliches juristisches Novum entblösst hat. Zu erwähnen seien nur die Computererklärungen, die nicht etwa eine grundlegende Neukonzeption der Art. 1 ff. OR erfordern, sondern schlicht eine Frage der Zurechnung sind. Anpassungsbedarf besteht lediglich bei den Formvorschriften, wobei hier die Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der handschriftlichen Unterschrift vorgesehen ist.

Der Entwurf ist in seiner gegenwärtigen Form keinesfalls gesetzesreif. Er ist rechtspolitisch und rechtstechnisch verfehlt. Er führt zu einer unangemessenen Einschränkung der Privatautonomie und vermehrt durch unübersichtliche Kasuistik, falsche Verallgemeinerung und schlechte Legistik die Rechtsunsicherheit in einem Ausmass, das nicht hingenommen werden kann.

Übertriebenen Anpassungseifer lässt demgegenüber der VE erkennen.

313 Einzelne Themen

313.1 Allgemeiner Teil des Obligationenrechts (ohne Widerrufsrecht)

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

CP Nous souscrivons pleinement aux articles qui ne font que rajouter la mention des moyens de communication électroniques. Ils précisent utilement les principes fondamentaux de l'offre et de l'acceptation.

economiesuisse Weitere besonders problematische Elemente der Vorlage sind die Gleichstellung von unbestellten Dienstleistungen mit unbestellten Sachen, die generelle Ausdehnung der Garantiefrist auf 2 Jahre mit gravierenden Auswirkungen auf den Occasionshandel und die übermässige Einschränkung der Vertragsfreiheit im Verkehr mit Konsumenten.

SVV Die Vorlage sieht einige Neuerungen im Bereich des Abschlusses von Verträgen vor. Im Gegensatz zu einigen anderen Bestimmungen, die im Folgenden zur Diskussion stehen, kann diesen Neuerungen ein Bezug zum elektronischen Geschäftsverkehr nicht abgesprochen werden. Trotz dieses Konnexes fragt sich allerdings, ob eine Änderung der bestehenden Bestimmungen tatsächlich angebracht ist.

313.2 Widerrufsrecht

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Der Regierungsrat des Kantons Thurgau begrüsst den mit den Art. 40a ff. OR anvisierten Ausbau des Konsumentenschutzes; es ist sinnvoll, die Fernabsatzverträge den Haustürgeschäften gleichzustellen. Allerdings fragt sich, ob das Widerrufsrecht, wie es für Haustürgeschäfte gilt, das richtige Mittel ist. Wichtiger wäre wohl, die ganze Problematik betreffend lotterieähnlichen Gewinnspielen im Zusammenhang mit Fernabsatzgeschäften einer klaren gesetzlichen Regelung zuzuführen, denn darin liegt vorab die Gefahr unüberlegter Bestellungen, welche in der Folge ein Widerrufsrecht als angezeigt erscheinen lassen.

VD: Cependant, force est de constater que ce projet s'écarte du principe de la liberté de contracter que l'on connaît en droit suisse. Lors de contrat à distance, il tend à vouloir assimiler la protection du consommateur à celle déjà en vigueur lors de démarchage. Le lien entre ces deux formes de contrats est difficile à comprendre : en matière de démarchage, c'est le vendeur qui effectue le premier pas. Dans le commerce électronique, c'est le consommateur qui est l'instigateur du contrat à distance. Il conviendrait donc que ces deux types de contrats soient clairement délimités afin d'éviter une déresponsabilisation grandissante du consommateur.

Le Conseil d'Etat remarque également que la loi ne définit pas la notion de commerce électronique. Une telle précision serait cependant sans doute à même de pallier tout problème d'interprétation.

En conclusion, le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable à l'instauration d'une législation en matière de commerce électronique. Il est cependant

d'avis qu'une législation particulière aurait été souhaitable, plutôt qu'un rattachement, dans le Code des obligations, aux règles concernant le démarchage. En effet, ce rattachement crée de nombreux problèmes qui ne feront que permettre un développement important de la jurisprudence.

- VS:** Die Walliser Regierung bedankt sich für die ihr eingeräumte Möglichkeit und begrüsst grundsätzlich die auf Bundesebene vorgesehenen Schritte zur Anpassung des Obligationenrechts sowie des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb an die Gegebenheiten und Eigenschaften des elektronischen Geschäftsverkehrs.
- ZG:** Die Einführung eines Widerrufsrechts für Fernabsatzverträge, wie es bereits für Haustürgeschäfte besteht, ist aus unserer Sicht zu begrüßen. Die Risiken sind bei beiden Geschäften in etwa vergleichbar, weshalb sich ein besonderer Schutz der Kundinnen und Kunden auch für Fernabsatzverträge aufdrängt.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP Dem angemessenen Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten ist grundsätzlich nicht zu opponieren. Soweit der erläuternde Bericht jedoch auf besondere, mit dem Fernabsatzvertrag verbundene Risiken hinweist (vgl. Bericht, S. 6 f), kann dieser Argumentation aber nicht gefolgt werden. Die angeführte Möglichkeit der Gefahr, die Konsumentin bzw. der Konsument falle bei dieser Vertriebsmethode mit dem fehlendem persönlichen Kontakt und der gleichzeitigen Schnelligkeit und Leichtigkeit des Vertragsabschlusses einen vermehrt unüberlegten Entscheid, vermag für die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Änderungen nicht zu überzeugen. Tatsächlich sind denn auch die Ausgangslagen beim Haustürgeschäft und beim Fernabsatz – und damit auch die damit verbundenen Risiken – völlig verschieden. Dieses hier dargelegte angebliche Übervorteilungsrisiko wird in der Erläuterung zu Artikel 40e (Bericht, S. 15) denn auch gleich wieder erheblich entschärft.

Daher handelt es sich beim vorgeschlagenen Widerrufsrecht nach Ansicht der FDP weniger um die gesetzgeberische Voraussicht und Vorsicht zur Abwendung von Risiken auf Grund der technischen Besonderheiten, sondern vielmehr um eine rechtspolitisch begründete Verstärkung bzw. Ausdehnung der konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen sowie der Angleichung an die Richtlinien der EU. Das letztgenannte Motiv wird im Begleitbericht (S. 7 et al.) immerhin mehrfach ausdrücklich erwähnt.

Jedoch stellt sich die FDP – wie oben unter I. Allgemeine Bemerkungen erwähnt – nicht gegen eine sinnvolle und, unter Berücksichtigung der mit Sicherheit zunehmenden Zahl internationaler Fernabsatzgeschäfte, Rechtsgleichheit schaffende Angleichung an diese internationalen Richtlinien. Dabei ist auch zu begrüßen, dass Abweichungen sich am geltenden Recht orientieren (z.B. bei Art. 40e Abs. 2 betr. dem Beginn des Fristenlaufs für das Widerrufsrecht, Art. 107 Abs. 3 über den Rücktritt bei Verzug). Allfällig notwendige Korrekturen im Rahmen der parlamentarischen Beratungen bleiben trotz dieser grundsätzlichen Zustimmung natürlich vorbehalten.

PLS Le point le plus critique est sans doute le droit de révocation prévu à l'article 40 e du projet. Sur le principe, on peut douter du bien-fondé de l'introduction d'un tel droit de révocation en relation avec le commerce électronique. En effet, ce

droit de révocation a été prévu avant tout pour les cas de démarchage à domicile. Or, comme le relève le rapport explicatif, « *les contrats conclus à distance ne présentent certes pas les mêmes risques que les contrats conclus par démarchage* » (rapport explicatif, p. 14). En effet, de manière générale, dans les contrats conclus à distance par la voie du commerce électronique, l'initiative de l'ouverture de discussions contractuelles est prise par l'acheteur potentiel et non par le vendeur. De même, l'acheteur potentiel dans le domaine du « e-commerce » est difficilement soumis à une pression effective exercée par le vendeur, contrairement à ce qui peut se produire en cas de démarchage à domicile. Par conséquent, la situation de départ est très différente dans les deux cas de figure. On ne saurait dès lors prétendre que les contrats à distance présentent de manière générale, pour le consommateur, le « *risque d'une décision irréfléchie* »

SVP Unter dem Titel elektronischer Geschäftsverkehr ist es weder notwendig noch gerechtfertigt, das geltende Recht unter diesen Artikeln zu revidieren.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

Bauernverband Ein grosses Fragezeichen setzen wir hinter die Absicht, den elektronischen Geschäftsverkehr den gleichen, die Konsumenten schützenden Regeln zu unterstellen wie die Haustürgeschäfte. Denn bezüglich des psychologischen Kaufzwanges besteht doch ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Haustürgeschäft, bei dem der Anbieter - bildlich gesprochen - seinen Schuh in der Türangel halten kann, bis der Kunde den Vertrag unterschrieben hat und einer Bestellung auf elektronischem Weg, wo der Käufer in aller Regel zuerst das Gerät einschalten, die zu bestellende Ware auswählen und zuallerletzt erst noch die Bestellung abschicken muss.

CP Le législateur tend à assimiler la protection du consommateur lors de contrats conclus à distance à celle déjà en vigueur lors de démarchage. Nous pensons que cela est erroné. En effet, les situations ne sont pas les mêmes : lors du contrat conclu à distance, le consommateur peut être l'instigateur de l'engagement ce qui n'est pas envisageable dans le démarchage. De plus, la personne qui veut s'engager en utilisant des moyens modernes doit être consciente des risques qu'elle prend et en assumer les conséquences. Il est faux de toujours vouloir protéger les gens contre leurs décisions irréfléchies (d'autant que le projet de loi renforce les obligations d'information du fournisseur, ce que nous estimons être une bonne chose). Chacun doit être responsable de ces actes !

Nous voulons bien accepter le délai de révocation de 7 jours, puisqu'il a cours chez nos voisins européens. En effet, internet implique des échanges transnationaux et il est bon d'avoir certaines normes similaires dans ce domaine. Nous relevons toutefois que le point de départ choisi en droit suisse rendra la révocation difficilement applicable dans la pratique.

economiesuisse Grundsätzlich fraglich ist es, einen Fernabsatzvertrag gleichzubehandeln wie das Haustürgeschäft. Beim Fernabsatzvertrag wird die Willensbildung des Käufers nicht mehr beeinflusst als beim gewöhnlichen Kauf. Das Überraschungselement fällt hier.

Die Gleichstellung von Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen ist verfehlt. Die beiden Geschäftsbereiche unterscheiden sich fundamental betreffend der

Initiative zur Aufnahme von Geschäftsverhandlungen der Überrumpelungssituation und dem faktischen Druck. Verschiedene unserer Mitglieder weisen auch darauf hin, dass diesbezüglich kein zwingender Bedarf für die Anpassung an das europäische Recht besteht. Im Sinne von Eventualanträgen nehmen wir nachstehend zu den einzelnen Bestimmungen Stellung.

EKK La Commission relève la qualité du projet de modification des art. 40 a ss. P-CO pour en étendre le champ d'application aux contrats conclus à distance. Elle émet toutefois deux remarques aux ch. 4 et 5 ci-dessous.

FEA Der elektronische Geschäftsverkehr hat nichts mit dem Haustürgeschäft zu tun. Entsprechende Schutzbestimmungen sind nicht nötig. Ein Widerrufsrecht ist nicht nötig, weil der Kunde hier selber und mit ausreichender Zeit aktiv wird. Er kann zudem jederzeit abbrechen und wird in keiner Weise unter Druck gesetzt. Während beim Haustürgeschäft der Verkäufer Anlauf zu Vertragsverhandlungen nimmt, ist es beim elektronischen Geschäftsverkehr der Käufer, der diesbezüglich aktiv wird. Es wäre völlig verfehlt, die hohe Schnelligkeit der Übermittlung von Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr als Gradmesser für die Willensbildung zu nehmen; sie hat keinerlei Einfluss auf den vom Käufer einmal gefassten Entschluss, einen Vertrag abzuschliessen.

FRI Nous prenons acte avec regret de la volonté d'élargir le champ d'application des articles 40 a et suivants aux contrats conclus à distance dès lors qu'à l'instar des contrats conclus pour démarchage, ceux-ci sont conclus en dehors des locaux commerciaux du fournisseur-vendeur.

Cette assimilation est pernicieuse. Le cas du contrat conclu à distance n'a en effet rien à voir avec le démarchage qui implique obligatoirement que le vendeur soit l'instigateur de la démarche.

L'utilisateur de moyens électroniques doit assumer les risques liés à cette utilisation, d'autant plus que les obligations d'information du vendeur nous paraissent suffisantes (art. 40 d CO).

FSP Le projet est intéressant des lors qu'il protège le consommateur contre lui-même en lui donnant la possibilité de révoquer dans les 7 jours le contrat conclu sous l'emprise d'une décision irréfléchie.

Nous voyons également d'un bon œil les dispositions tendant à favoriser la transparence dans les relations avec le fournisseur.

En effet, notre Fédération constate qu'il s'agit, dans les deux hypothèses, d'un problème sérieux qui se posait déjà avec certaines sociétés de vente par correspondance, lorsque les échanges ne se faisaient encore que par courrier papier.

La question devient encore plus actuelle si l'on considère les transactions effectuées par le truchement de l'Internet, où les consommateurs paient la marchandise commandée avant de l'avoir vue et reçue.

KPMG Il convient tout d'abord de déterminer s'il y a lieu d'octroyer un droit de révocation pour les contrats conclus à distance. En effet, même si ce droit de révocation ne constitue pas une exception proprement dite au principe du respect des contrats ("pacta sunt servanda"), il en constitue toutefois une limite.

A notre sens, la situation diffère manifestement selon que l'on soit en présence d'un démarchage à domicile ou d'un contrat conclu à distance. Certes, dans les

deux cas, le consommateur risque de prendre une décision irréfléchie. Toutefois, en cas de contrat conclu à distance et notamment par un moyen de communication électronique, le consommateur ne subira aucune influence. Du moins ne subira-t-il pas plus d'influence que s'il était dans les locaux commerciaux du fournisseur. D'ailleurs, le message à l'appui de l'introduction des articles 40a et suivants CO¹ distinguait clairement les deux hypothèses en ces termes: il est plus difficile au client de dire "non" à une offre faite sur le pas-de-porte que lorsqu'il a un prospectus ou un étalage qu'il peut examiner à loisir. On ne voit pas en quoi la situation aurait changé depuis lors.

Cela étant, l'on ne saurait ignorer l'évolution du droit, notamment au niveau européen. Partant, et quand bien même les situations appréhendées (démarchage à domicile et contrats conclus à distance) ne sont pas assimilables, nous ne nous opposons pas à l'introduction d'un droit de révocation. Il ne serait cependant pas approprié à notre sens que le rapport explicatif passe sous silence le contenu du message de 1986.

De même nous paraît-il opportun de faire le point de la situation et de recenser les lois qui protègent actuellement le consommateur, ce afin d'éviter toute contradiction entre les modifications proposées et les textes actuellement en vigueur.

Sager Auf Seite 6 des Begleitberichts wird festgehalten, dass der Versandhandel das klassische und älteste Beispiel für den Vertrieb von Waren durch die Verwendung von Fernkommunikationsmittel ist. Gerade diese Feststellung lässt Zweifel aufkommen, weshalb denn nun, nach dem Aufkommen eines neuen Fernkommunikationsmittels (Internet), der Fernabsatz neuen Regeln unterworfen werden soll.

Ich wage zu bezweifeln, dass das Fehlen des direkten Kontakts zwischen Kunden und Lieferanten, die (im Begleitbericht behauptete) beschränkte und oberflächliche Information über das Produkt und die Leichtigkeit und Schnelligkeit, mit der der Vertrag abgeschlossen werden kann, dazu führen, dass der Konsument bei diesen Vertriebsmethoden einen unüberlegten Entscheid fällt. Meines Wissens gibt es hierzu keine wissenschaftlichen Untersuchungen. Realitätsnäher scheint mir vielmehr, dass der Konsument bei den oben beschriebenen Konstellationen eher skeptisch wird und sich nicht leichthin auf einen Vertragsabschluss einlässt.

Auf S. 7 des Begleitberichts wird festgehalten, dass der Entwurf dem Konsumenten, der *unüberlegt gehandelt* habe, eine siebentägige Widerrufsfrist gewährt. Diese Feststellung stimmt nicht mit dem Entwurf überein, da das Widerrufsrecht auch von demjenigen geltend gemacht werden kann, der überlegt gehandelt hat, und dann innert sieben Tagen – aus irgendeiner Laune – seine Meinung geändert hat.

Ebenfalls auf S. 7 wird festgehalten, dass sich bei Verträgen, die ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters geschlossen werden, für den Konsumenten besondere Risiken eines unüberlegten Vertragsabschlusses ergeben. Diese Behauptung stimmt meines Erachtens in dieser Allgemeinheit nicht, da auch bei Vertragsabschlüssen im Verkaufslokal des Anbieters tatsächliche Risiken eines unüberlegten Vertragsabschlusses bestehen.

¹ FF 1986 II 360, 394

SAirGroup Siehe Ziff. 311 / Voir ch. 311 / Vedi n. 311

Die Tarifstruktur der internationalen Fluggesellschaften beinhaltet ein wesentliches Preiselement für die Flexibilität der Sitzreservierung und der Bezahlung des Kaufpreises.

Eine Beförderung von A nach B auf demselben Flug kann deshalb sehr unterschiedliche Preise haben:

Ein Ticket zum vollen Economy Class Tarif ist jederzeit umbuchbar, zurückerstattbar, ein Jahr gültig sowie transferierbar auf eine andere Fluggesellschaft, die dieselben Punkte bedient.

Diese Volltarife schützen die Konsumenten gemäss bestehender Praxis in einem Mass, das weit über die Zielsetzungen der Vorlage hinausgeht: das Widerrufsrecht kann nicht nur während sieben Tagen, sondern während der ganzen Gültigkeitsdauer des Tickets, d.h. während eines ganzen Jahres, ausgeübt werden. Im Gegensatz dazu sind die günstigsten Tarife weder umbuchbar noch rückerstattbar noch können sie zurückgegeben werden. Die Buchung und das Ticketing (=Bezahlung) muss gleichzeitig oder spätestens nach 24 Stunden erfolgen.

Erfahrungsgemäss werden im Internet vornehmlich die billigsten Tarife verkauft, gewisse Anbieter spezialisieren sich nachgerade auf dieses Segment. Die Preise können nur so tief angesetzt werden, weil die Kosten auf einem Minimum gehalten werden: Keine Beratung, keine Inkassogebühren, keine Zinsverluste (Bezahlung nur gegen Kreditkarte), keine Rückgabemöglichkeit.

Mit der Einführung eines Widerrufsrechtes während sieben Tagen für diese Billigtarife würden diese Kostenvorteile entfallen, was zur Folge hätte, dass das Angebot der günstigsten Tarife betriebswirtschaftlich nicht mehr tragbar wäre. Dass die Abschaffung der Billigtarife nicht im Interesse der Konsumenten wäre, bedarf keiner weiteren Erörterungen.

Das Widerrufsrecht schränkt die Wahlmöglichkeiten der Konsumenten massiv ein:

Mit einem Widerrufsrecht innert sieben Tagen würde den missbräuchlichen Buchungen Tür und Tor geöffnet: Ein Kunde könnte beliebig viele Sitze buchen (und damit blockieren) bis er auf irgendeiner Webseite ein noch günstigeres Angebot gefunden hat. In dieser Zeit (d.h. 7 Tage) wären die Wahlmöglichkeiten für andere Konsumenten stark eingeschränkt, da für einen Tarif nur eine beschränkte Anzahl Plätze zur Verfügung stehen und der gewünschte Flug in der entsprechenden Ticket-Kategorie als "ausgebucht" erscheinen würde.

Das Widerrufsrecht führt zu einer Häufung abgewiesener Passagiere mit fester Buchung:

Geradezu kontraproduktiv für den Konsumenten würde sich das Widerrufsrecht im Bereich des "Denied Boarding" (Beförderungsverweigerung wegen Überbuchung eines Fluges trotz fester Buchung des Passagiers) auswirken: Da bei flexiblen Tickets nie Gewissheit besteht, ob der Passagier seine Buchung auch wahrnimmt, müssen die Fluggesellschaften mit ausgeklügelten Überbuchungsprofilen versuchen, möglichst alle Sitze zu verkaufen. Im Gegensatz dazu kann bei nicht flexiblen Tickets davon ausgegangen werden, dass der Passagier seine Beförderung auch wahrnimmt. Ist dies nicht mehr gegeben, wären die Fluggesellschaften gezwungen, mehr zu überbuchen, mit der Konsequenz,

dass des öfters trotz Buchung kein Platz mehr vorhanden ist und die Fluggesellschaften vermehrt mit Schadenersatzforderungen konfrontiert wären.

Das Widerrufsrecht diskriminiert schweizerische Fluggesellschaften gegenüber der ausländischen Konkurrenz:

Naturgemäss tätigen Fluggesellschaften die Masse Ihrer Ticketverkäufe in ihrem Heimmarkt. Aufgrund des aggressiven internationalen Wettbewerbes unter den Fluggesellschaften können wir nicht a priori ausschliessen, dass die in der Schweiz ansässigen Airlines ihre Billigtarife aus Konkurrenzgründen auch bei der Einführung des Widerrufsrechtes für Verkäufe in der Schweiz beibehalten müssten. Da die ausländischen Gesetzgebungen das vorgesehene Widerrufsrecht nicht kennen, würden die schweizerischen Airlines gegenüber ihren Konkurrenten im Ausland diskriminiert. In diesem Fall müssten wir allein für die Swissair mit betriebswirtschaftlichen Schäden in der Höhe von mehreren Millionen Franken rechnen.

SAV Indépendamment de la problématique spécifique aux contrats conclus en ligne, l'absence de droit général de rétractation en droit suisse dans des situations où les parties ne sont pas physiquement en présence l'une de l'autre constitue une carence majeure par rapport au droit communautaire dont la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 protège les consommateurs en matière de contrats conclus à distance. Il n'est dès lors pas étonnant que l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique propose de compléter les articles 40a ss CO sur le démarchage à domicile par des dispositions traitant spécifiquement des contrats conclus à distance.

SBB Aus dem Umstand, dass dem Kunden Waren- oder Dienstleistungen online angeboten werden, kann noch nicht geschlossen werden, dass ihm diese Waren- und Dienstleistungen in überraschender Weise herangetragen worden seien, hat doch der Kunde die entsprechende Website bewusst aufgesucht. Eine generelle Einführung eines Widerrufsrechtes wegen der Gefahr eines unüberlegten Entscheides seitens des Kunden erachten wir als zu weit gehend. Zudem knüpft das geplante Widerrufsrecht zu stark an die Art des Abschlusses an und trägt dem Leistungsinhalt zu wenig Rechnung.

SBV Ein entsprechendes Schutzbedürfnis wie beim Haustürgeschäft gibt es im elektronischen Geschäftsverkehr nicht gleichermassen; denn dem Haustürgeschäft und dem Fernabsatz kommen zwei völlig unterschiedliche Ausgangssituationen zu:

Die Initiative zu konkreter Aufnahme von Geschäftsverhandlungen (Vertragsanbahnung) geht beim Haustürgeschäft vom Verkäufer aus, beim Fernabsatz vom Käufer;

Überrumpelungssituation des Käufers und den faktischen Druck (Zwangslage) – bezüglich Lösung vom „angreifenden“ bzw. anpreisenden Verkäufer - gibt es beim Fernabsatz nicht.

Nun ist es aber wohl das alleinige angestrebte Ziel, vorliegend dem Konsumenten ein Widerrufsrecht einzuräumen – und dies unabhängig davon, ob es sich um eine Sachlage handelt (Überrumpelung, Zwangslage des Konsumenten-

ten), die mit dem Haustürgeschäft vergleichbar ist.² Mit anderen Worten stehen unseres Erachtens die nachfolgenden zwei Motive zur vorliegenden Gesetzesänderung im Vordergrund; mit Elektronischem Geschäftsverkehr hat dies kaum etwas zu tun:

Politisch motiviertes Widerrufsrecht (konsumentenschutzrechtliche Motive)

Angleichung an die in der EU geltenden Bestimmungen zum Fernabsatz, die ebenfalls ein Widerrufsrecht vorsehen.

Im Begleitbericht (S. 6) wird argumentiert, es gehe um den Schutz vor dem Risiko unüberlegter Vertragsabschlüsse, was seinen Grund in folgenden Tatsachen finde: fehlender direkter Kontakt zwischen Konsument und Lieferant, beschränkte bzw. oberflächliche Informationen über das Produkt sowie Leichtigkeit und Schnelligkeit, mit der ein Vertrag abgeschlossen werden könne.³ Dieses Risiko bestehe ungeachtet dessen, von wem aus die Initiative ausgehe. Das Überrumpelungsmoment des Haustürgeschäfts besteht in diesem Fall nicht. Zudem wird die Willensbildung des Käufers grundsätzlich nicht mehr beeinflusst als bei einem gewöhnlichen Kauf.

Ausserdem wird in schwerwiegender Missachtung des herrschenden Rechtssystems und der damit verbundenen praktischen Konsequenzen die Regelung eingeführt, dass sich das Widerrufsrecht unmittelbar gegenüber dem Dritten auswirke, falls dieser „den Vertrag finanziert hat“.

Schlussfolgerung: Aus all diesen Gründen sind wir klar der Meinung, dass es weder eine Notwendigkeit noch eine Rechtfertigung gibt, geschweige den unter dem Titel Elektronischer Geschäftsverkehr, das geltende Recht unter Art. 40a ff OR in dieser Form zu revidieren. Für den Fall, dass jedoch an einer Revision festgehalten wird, bitten wir Sie den nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen nachhaltig Rechnung zu tragen.

SGV Der SGV stellt sich generell klar gegen eine Gleichsetzung des elektronischen Handels mit den Haustürgeschäften, zumal der den Sonderbestimmungen zugrunde liegende Überrumpelungseffekt und damit das qualifizierte Schutzbedürfnis fehlt. Die zu einzelnen dieser Bestimmungen abgegebenen Bemerkungen sind denn auch im Sinne von Eventualanträgen aufzunehmen.

SICTA Ein Widerrufsrecht ist eigentlich unnötig. Der Konsument ist ausreichend informiert, oder er hat auf jeden Fall die Möglichkeit, sich zu informieren. Zudem reichen die üblichen zivilrechtlichen Mittel (Anfechtbarkeit und Nichtigkeit) aus.

Wir sind uns allerdings bewusst, dass sich unser Land den internationalen Entwicklungen nicht verschliessen kann. Dabei erwarten wir, dass das Widerrufsrecht im Fernabsatz allseitig harmonisiert wird. Das bedeutet, dass alle Widerrufsregeln aus dem Konsumentenschutzrecht gleich sein müssen. Im Übrigen darf das Widerrufsrecht nicht weitergehen als in Europa. Die vorgeschlagene Bestimmung würde den E-Commerce behindern.

² Begleitbericht, S. 15: Fernabsatzverträge seien nicht mit denselben Risiken verbunden wie die Haustürgeschäfte; dennoch bestehe die Gefahr einer übereilten Entscheidung.

³ Begleitbericht, S. 7: Gemeinsamkeit bei den Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen liege darin, dass beide ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters abgeschlossen werden, „womit sich für den Konsumenten besondere Risiken eines unüberlegten Vertragsabschlusses ergeben“ würde. – Eine solche (kurzgefasste) Begründung zeigt, dass das wahre Motiv wie bereits ausgeführt wohl wo anders liegt!

SVV Das allgemeine schweizerische Vertragsrecht kennt nur beim Haustürgeschäft besondere Schutzmechanismen des Käufers gegen voreilige Vertragsabschlüsse. Naheliegender aber nicht unproblematisch ist deshalb der Versuch, den Fernabsatz in die Regelungen über das Haustürgeschäft zu integrieren. Während der Konsument beim Haustürgeschäft dem in Verkaufsangelegenheiten geschulten Vertreter gegenüber steht, initialisiert beim Online-Vertrag in der Regel der Konsument die Verhandlungen. Ein erhöhtes Schutzbedürfnis ergibt sich folglich lediglich aus der Geschwindigkeit und dem damit verbundenen Risiko eines Fehlklicks. Abgesehen von diesem Restrisiko, kann sich der Konsument im Vergleich zu anderen Vertriebsformen des Fernabsatzes (insb. des Telefonverkaufs) beim Vertrag übers Internet allerdings die Tragweite seines Handelns beliebig lang überlegen, so dass man sich fragen muss, ob die Absichten des Gesetzgebers nicht auch diesbezüglich zu weit gehen. Dies um so mehr, als die beantragten Änderungen im UWG den Anbieter zu umfangreicher Transparenz verpflichten.

SW Die vorgeschlagene Gleichstellung von Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen ist wegen der unterschiedlichen Ausgangslage – hier aggressive Verkaufspraktiken mit Überrumpelungsgefahr, dort unüberlegter Vertragsabschluss durch den Kunden – nicht ohne Kritik geblieben. Dies umso mehr als durchaus Unterschiede in Kauf genommen werden, so wenn die Initiative zu Vertragsverhandlungen oder zum Vertragsabschluss vom Kunden ausgeht (Art. 40 a Abs. 2 lit. c und d sowie Art. 40 b Abs. 1 E OR) . Mit Recht stellt sich die Frage der Überprüfung und allenfalls Ergänzung, doch möchten wir dazu, aus der Sicht der Kommunikationsbranche keine konkreten Anträge stellen.

Was den Fernabsatz betrifft, anerkennen wir auf Grund der Erfahrungen der Schweizerischen Lauterkeitskommission ein Schutzbedürfnis des Kunden und zwar sowohl für den nicht kaufmännischen wie den kaufmännischen Verkehr. Die moderne arbeitsteilige Welt zeigt sogar, dass Unternehmen mindestens so oft unter dem Zugzwang des elektronischen Geschäftsverkehrs zu „unbedachten“ oder „zu wenig abgesprachene“ Abschlüssen neigen. Dies wiederum soll nicht heissen, „business to business“ wäre in der rechtlichen Ausgestaltung des elektronischen Geschäftsverkehrs ohne Relevanz. Im Gegenteil, ein interessanter Anwendungsfall liefert in diesem Zusammenhang der Grundsatz 4.4 Abs. 2 der Lauterkeitskommission mit der „gesetzlichen“ Vermutung für den kaufmännischen Verkehr.

SWICO Der SWICO ist besorgt über die Aushöhlung des Obligationenrechtes und insbesondere des darin verankerten Grundgedankens der Vertragstreue, des "pacta sunt servanda" durch die Schaffung eines weitgehenden Widerrufsrechtes. Ebenfalls bedenklich ist die Tendenz zur Trennung des Rechts für Kaufleute und Nichtkaufleute, was u.E. ein untaugliches Modell ist, da in der Handelskette sämtliche Bestimmungen, die gegenüber Nichtkaufleuten eingehalten werden müssen, letztlich auch unter den Kaufleuten ihre Reflexwirkung haben werden. Anstelle des übermässig ausgeprägten Konsumentenschutzes sollte in gut schweizerischer Gesetzestradiation eher eine Missbrauchsgesetzgebung eingeführt werden und zudem vermehrtes Gewicht auf die Informationspflicht gegenüber Konsumenten gelegt werden, was gerade im Bereich des Internets mit seiner unendlichen Informationsvielfalt leicht machbar wäre.

Der Fernabsatz über elektronische Mittel ist in keiner Weise vergleichbar mit dem Haustürgeschäft. Wie bekannt ist, liegt insbesondere keine einer Begeg-

nung an der Haustüre vergleichbare physische Zwangssituation beim Abschluss von Geschäften vor. In der Regel sucht vielmehr der Verbraucher den Anbieter in dessen "elektronischen Geschäftsräumen" auf, d.h. die Initiative geht von ihm aus. Aufgrund der schier unbeschränkten Informationsfülle und Preistransparenz im Bereich des elektronischen Waren- und Dienstleistungsangebotes ist es wenig verständlich, dass dem sogenannten "Übereilungsschutz" ein dermassen hohes Gewicht beigemessen wird. Sieht man zudem die sich verbreitenden Einkaufsformen des "Power-Shoppings" (Zusammenschluss von Nachfragern zwecks Ausübung von Nachfragemacht) bzw. "Reverse-Auctioning" (Versteigern von Nachfrage), müsste eigentlich eher von einem "Anbieterschutz" als von einem Übereilungsschutz gesprochen werden. Diese Meinung vertrat auch Prof. Dr. Gerold Herrmann, Leiter der UNCITRAL an der letztjährigen Tagung der Mitglieder des Fachrates des Schweizerischen Forums für Kommunikationsrecht.

Nicht berücksichtigt ist in der vorgesehenen Regelung die Rolle des Vermittlers von Waren und Dienstleistungen, wie dies im E-Commerce immer häufiger vorkommt, insbesondere aber im Bereich M-Commerce gar nicht mehr wegzudenken ist.

swisscom Die Einführung eines Widerrufsrechts für alle Verträge im Bereich des Fernabsatzes und des elektronischen Geschäftsverkehrs führt dazu, dass für eine immer grösser werdende Anzahl von Verträgen, der allgemeine Vertragsgrundsatz „pacta sunt servanda“ nicht mehr gilt. Da als Fernabsatz der Postweg (Drucksachen, vorgefertigter Standardbrief, Pressewerbung mit Bestellschein, Kataloge) als auch jede Kommunikation via Telefon und Fax und Kommunikationsformen im Internet gelten, ist es offensichtlich, dass von der Vorlage weit mehr Verträge betroffen sind, als dies auf den ersten Blick ersichtlich wird. Insbesondere beschränkt sich das Widerrufsrecht nicht auf Verträge des elektronischen Geschäftsverkehrs, wie es der irreführende Titel der Vorlage glauben lässt. Den Grundsatz, dass Verträge nach deren Abschluss verbindlich sind, aufzugeben, ist ein grosser Schritt. Wir erachten es deshalb als angemessen, hierzu ein paar grundsätzliche Überlegungen anzubringen.

Übereilungsschutz kann nicht durch Widerrufsrecht sichergestellt werden

Der sogenannte „Übereilungsschutz“ wird grundsätzlich durch Formvorschriften (Grundstückkauf etc.) und die bestehende Gesetzgebung (z.B. UWG) sichergestellt. Die Frage nach der Notwendigkeit eines Übereilungsschutzes sollte deshalb weiterhin an der Tragweite des Geschäfts oder an das unlautere Verhalten des Anbieters anknüpfen und nicht an den Abschlussformen des Geschäftes.

Allgemeine Irrtumsregeln greifen bei fehlendem Erklärungsbewusstsein

Neben dem Übereilungsschutz will der Entwurf den Kunden auch vor dem „schnellen Mausklick“ schützen. Es soll verhindert werden, dass der Kunde klickt und sich dadurch bindet, ohne dass er sich bewusst ist, dass er damit rechtliche Bindungen eingeht. Es geht also darum, denjenigen Kunden zu schützen, der das Bewusstsein der rechtlichen Tragweite seines Handelns nicht hat (fehlendes Erklärungsbewusstsein). Das Widerrufsrecht ist unseres Erachtens auch für diesen Fall nicht das richtige Mittel; respektive wird durch die Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechts weit über das Ziel hinaus geschossen. Ein adäquates Mittel wäre die Anwendung der allgemeinen

Irrtumsregeln. Die beschriebene Konstellation ist letztlich derselbe Fall, wie das bekannte Schulbeispiel, bei dem an einer Auktion ein Teilnehmer die Hand erhebt, um einen Freund zu grüssen und so den Zuschlag erhält. In einem solchen Fall kommen gemäss Lehre die Irrtumsregeln zur Anwendung. Dieser Schutz, kombiniert mit den Informationspflichten gemäss UWG, sind unseres Erachtens genügend. Zudem wurde unter 2.1 schon gezeigt, dass es sich beim „schnellen Mausklick“ eher um ein Klischee handelt und dass der Kunde, um über Internet einen Vertrag zu schliessen einen ganzen Prozess durchlaufen muss.

Mängelrechte bestehen für den Kunden

Wenn der Kunde nach Erhalt der Sache enttäuscht ist und deshalb kündigen will, geht es um Mängelrechte. Die Mängelrechte stehen dem Kunden selbstverständlich auch bei Fernabsatzverträgen und im elektronischen Geschäftsverkehr zu. Ein generelles Widerrufsrecht für alle, unabhängig davon, ob der Widerrufende fehlendes Erklärungsbewusstsein hatte oder nicht, ist nicht opportun. Eine andere Sicht würde letztlich dazu führen, dass der Widerruf (wegen Übereilung und fehlendem Erklärungsbewusstsein) und die Mängelrechte (weil die Sache anders aussieht, als es die begrenzten "elektronischen" Informationen dargestellt haben) miteinander verquickt würden. Ein allgemeines Widerrufsrecht unterhöhlt letztlich das System der Mängelrechte.

Ein Rücktrittsrecht bei Fernabsatzgeschäften könnte allenfalls dann sinnvoll sein, wenn es um Gegenstände geht, welche der Kunde vor einem Kauf anschauen können sollte. Dies wäre etwa bei Kleidern der Fall. Wie nun die Praxis zeigt, gewähren die heutigen Versandhäuser auf freiwilliger Basis in solchen Fällen ohne Wenn und Aber ein Rücktritts- bzw. Rücksendungsrecht. Da sich der Anbieter in Konkurrenz zu anderen Anbietern befindet, ist er gezwungen, sich an diese Standards zu halten, will er nicht riskieren, sämtliche Kunden zu verlieren. Wie das Widerrufsrecht im Entwurf nun ausgestaltet wird, würde es dem Kunden diesbezüglich im übrigen auch nicht viel bringen. Die Frist beginnt nämlich mit Vertragsschluss bzw. mit Antrag zum Abschluss des Vertrages seitens des Kunden. So kann der Anbieter mit der Zustellung der Sache warten, bis die Frist abgelaufen ist.

Gewünschte Resultate sind durch Informations- und Transparenzpflichten sicherzustellen

Unseres Erachtens kann der erforderliche Konsumentenschutz nur mit Regelungen zugunsten einer klaren, transparenten Gestaltung von Fernabsatzgeschäften (Telebusiness, elektronische Shops usw.) sichergestellt werden. Aus diesem Grund befürworten wir entsprechende Informationspflichten für Anbieter.

Aus all diesen Gründen beantragen wir, die Streichung des Widerrufsrechts für Fernabsatzverträge und aller damit zusammenhängenden Regelungen.

Swissmem Diese Bestimmungen dürfen nicht über die entsprechende EG-Richtlinie betreffend Fernabsatz hinausgehen. Insbesondere muss auch die Liste der Ausnahmen EU-kompatibel sein. Heikel sind die branchenspezifischen Ausnahmen, indem damit einzelne Branchen (Finanzdienstleistungen, Versicherungen) bevorzugt werden, auch wenn spezialgesetzliche Regelungen bestehen.

Uni ZH Informationspflichten und Widerrufsrecht bilden die Eckpunkte der Fernabsatz-RiL. Während die Informationspflichten die freie Willensbildung als eine der wesentlichen Voraussetzungen der Privatautonomie schützen⁴, stellt das Widerrufsrecht einen erheblichen Einbruch in das privatautonome Konsensprinzip dar⁵. Bei jenen stellt sich die Frage nach dem Gegenstand und Umfang und, bei funktionaler Betrachtungsweise, nach der Normzugehörigkeit (OR, UWG); beim Widerrufsrecht ist wegen der Durchbrechung des Prinzips der Privatautonomie ein qualifizierter Rechtfertigungsgrund erforderlich, der angeblich in den Umständen des Fernabsatzes zu finden sein soll. Diese Unterscheidung liegt auch – klarer als in der Fernabsatz-RiL – dem VE zu Grunde: Das Widerrufsrecht ist das zentrale Element der Art. 40a ff. VE-OR; die hier statuierten (vertraglichen) Informationspflichten sind funktionell auf dessen Ausübung ausgerichtet. Vorvertragliche Informationspflichten werden demgegenüber als Gebote der Markttransparenz aufgefasst. Letzteres wird im Folgenden zunächst ausgeklammert und weiter unten behandelt⁶.

Fehlende EU-Kompetenz

Entgegen ihrer offiziellen Bezeichnung⁷ handelt es sich bei der Fernabsatz-RiL *nicht* um Konsumentenschutzrecht⁸. Sie gehört vielmehr zu einer kaum mehr überblickbaren Anzahl regulativer Massnahmen, deren Erlass jeweils mit der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes durch Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten⁹ begründet wurde¹⁰. Als Massnahme i.S.v. Art. 95 Abs. 1 EGV hat sie in erster Linie Harmonisierungsfunktion, nach Abs. 3 im Bereich des Konsumentenschutzes von einem hohen Schutzniveau ausgehend. Für eine bis ins kleinste Detail fixierte Vorgabe der Modalitäten des Vertragsverhandlungsverhältnisses und des Vertragsabschlusses, verbunden mit einem Zwang zur Rechtsangleichung der Mitgliedstaaten, ist diese Norm jedoch keine hinreichende Kompetenzgrundlage. Nach der Entscheidung des EuGH zur Tabakwerberichtlinie¹¹ sind Massnahmen auf der Grundlage von Art. 95 EGV nur zulässig, wenn sie den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern:

„Die blosse Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehender Wettbewerbsverzerrungen reicht nicht aus, um eine Gemeinschaftskompetenz auf der Grundlage von Art. 95 zu rechtfertigen“.

⁴ HARTMANN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Diss. Freiburg 2001, N 19 mNw.

⁵ Statt aller MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl. Freiburg 1992, N 183a.

⁶ Siehe unten V.1.

⁷ „Richtlinie [...] über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz“.

⁸ MICKLITZ, in: Grabitz/Hilf/Wolf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 2, München 2000, Vor A 2 Rdnr. 20.

⁹ Vgl. Art. 95 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV.

¹⁰ So auch die Erwägungsgründe 1 und 3 zur Fernabsatz-RiL.

¹¹ EuGH JZ 2001, 32 m. Anm. Götz.

Art. 95 EGV kommt also als Kompetenzgrundlage nur in Betracht, wenn die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften zu Hindernissen für den Handel oder (zu nicht nur geringfügigen) Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen¹². Die Fernabsatz-RiL hatte demgegenüber von Beginn weg eine rein präventive und innovative Funktion: Prävention im Sinne der Verhinderung, dass unterschiedliche Konsumentenschutzniveaus überhaupt entstehen¹³. *Innovation* insofern, als sie selbst Konsumentenrecht schafft, und zwar nicht als regulativen Eingriff in einen gestörten Markt, sondern zwecks Öffnung des Binnenmarktes für moderne Vertriebsformen durch Schaffung von Konsumentenvertrauen¹⁴ mittels bestimmter Marktverhaltensregeln¹⁵. Das Legitimationsdefizit wird angesichts des Zeitpunkts der Ausarbeitung der Richtlinie offenbar: Internet und E-Commerce standen erst am Anfang ihrer Entwicklung¹⁶. Umso wichtiger wäre Rechtstatsachenforschung gewesen. Denn die Erforschung der Rechtstatsachen sollte jeder Gesetzgebung zugrunde liegen, wenn man auf dem Boden einer liberalen Rechtsordnung¹⁷ bleiben will. Die Erforschung des tatsächlichen Umfelds wurde aber gänzlich unterlassen und liegt bis heute nicht vor¹⁸.

Die EU misstraut a priori einer allokativen Gerechtigkeit durch den Markt¹⁹. Für den Konsumenten als treibenden „Motor der Integration“²⁰ wird vorsorglich ein Gerechtigkeitsmodell bereitgestellt, das mit Attributen wie „auf Flexibilität“ setzendes „Marktverhaltensrecht“²¹ oder „Berufsregeln der sozialen Bindung“²² umschrieben wird. Für solche Massnahmen fehlt der EU-Kommission aber nicht nur jegliche Kompetenz, sie wirft damit auch bisher gültige, aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Grundsätze über Bord, wonach eine Regelung nur insoweit zulässig ist, als im Rahmen der Verhältnismässigkeit²³ tatsächlich (strukturell) Verhandlungsungleichgewicht und Marktversagen zu bekämpfen

¹² Siehe W.-H. ROTH, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, 225, 231 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zum ganzen schon HONSELL, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278.

¹³ GRUNDMANN, Europäisches Schuldvertragsrecht, ZGR-Sonderheft 15, Berlin/New York 1999, 2.02 Rn. 2.

¹⁴ HOFFMANN, Die Europäische Fernabsatzrichtlinie, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz – Electronic Commerce, Stuttgart 1999, 61, 63; GRUNDMANN (Fn 62), 2.02 Rn. 2.

¹⁵ MICKLITZ (Fn 57), Vor A 2 Rdnr. 20.

¹⁶ Man denke nur an Web-Auftritte, wie sie vor vier Jahren üblich waren, oder an Internet-Verbindungen über Modems mit einer Baudrate von 19,2 oder 38,4 bps, die die Abkürzung www für „Welt-weites Warten“ geprägt haben. Das alles sind tempi passati.

¹⁷ Dass das Recht der EU nicht vom liberalen Gedankengut geprägt ist, stellt auch GRUNDMANN ([Fn 62] 1. Teil Rn. 43) fest, nach dem die Vertragsfreiheit „nicht die Regel“ bildet.

¹⁸ Siehe auch HOEREN, Der virtuelle Yeti, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, 275, 294.

¹⁹ MICKLITZ (Fn 57), Vor A 2 Rdnr. 21.

²⁰ GRUNDMANN (Fn 62), § 5 Einl. Rn. 5.

²¹ MICKLITZ (Fn 57), Vor A 2 Rdnr. 20 ff.

²² GRUNDMANN (Fn 62), 1. Teil Rn. 43.

²³ Eingehend DREXL, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, 449 ff.

ist. Der Binnenmarkt nach dem Modell der EU ist ein Markt, der umfassend und bis ins Detail nach EU-Normen geregelt und damit frei von Vorschriften der Mitgliedstaaten ist. Um einen freien Markt handelt es sich dennoch nicht. Angesichts der Verordnungsflut, mit der die EU die Wirtschaft in ein einheitliches Korsett zwingt, grenzt es an Zynismus, der damit verbundenen Freistellung von Vorschriften einzelner Mitgliedstaaten für die Unternehmen und beruflich Tätigen „befreiende Wirkung“ zuzusprechen²⁴. Notwendig ist vielmehr die Rückbesinnung auf liberale Traditionen und eine liberale Rechtsordnung, wie sie die schweizerische (noch) ist. Die Fernabsatz-RiL isoliert als Konsumentenschutzrecht zu betrachten, hiesse, ihr Ziel und die dahinter liegenden Wertungen zu verkennen. Der schweizerische Gesetzgeber sollte deshalb autonom zu prüfen, ob Massnahmen des Konsumentenschutzes im Bereich des Fernabsatzes überhaupt notwendig sind.

Strukturelle Ungleichgewichtslage?

Den rechtlichen Rahmen für Massnahmen zum Schutze der Konsumenten bilden die Art. 97 und 27 BV. Danach hat der Bund die Kompetenz, jene Normen zu erlassen, welche die Interessen der Konsumenten unter Berücksichtigung anderer wesentlicher Interessen betreffen²⁵. Hinsichtlich der Wirtschaftsfreiheit bedeutet dies, dass Eingriffe nur dort zulässig sind, wo ein *strukturelles Ungleichgewicht* zwischen beruflich oder gewerblich auftretenden Anbietern und Konsumenten als Abnehmer besteht²⁶. Ist in Einzelfällen ein Informationsdefizit oder eine andere Unterlegenheit des Konsumenten festzustellen, so rechtfertigt dies noch keine gesetzgeberischen Massnahmen; erst wenn das Ungleichgewicht als „*typischerweise* gegebene *Rechtstatsache*“²⁷ manifest, d.h. im Rahmen einer Rechtstatsachenforschung empirisch nachgewiesen ist, ist dieses strukturell gegeben. Dies ist z.B. bei den Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a ff. OR) der Fall: Hier besteht die Gefahr in unüberlegten, auf *Überrumpelungstaktik* basierenden oder wegen aussergewöhnlicher Vertragsanbahnung unter *psychischem Druck* getätigten Vertragsabschlüssen²⁸. Diese psychologische Unterlegenheit fällt im Fernabsatz von vornherein ausser Betracht. Zwar wird vereinzelt vorgebracht, die Möglichkeit, sich per Mausclick zu verpflichten, berge die Gefahr der Übereilung in sich²⁹. Dabei wird jedoch verkannt, dass sich kein Bestellvorgang auf einen einzelnen Mausclick reduziert, sondern ein Prozedere aus Datenerfassung und etlichen Klicks darstellt. Falls der Kunde sog. „auto-login“ verwendet, macht er das bewusst aus eigenem Beschleunigungsinteresse. Im Übrigen ist das Argument des Übereilungsschutzes in einer Zeit, in der die

²⁴ So aber GRUNDMANN (Fn 62), 1. Teil Rn. 42.

²⁵ BRUNNER, Verfassungsrechtliche und materielle Voraussetzungen des Konsumentenverfahrens in der Schweiz im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, JKR 1999, 3, 9.

²⁶ Dazu statt aller BRUNNER, Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, 31, 45 ff., 49 f.; siehe auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1998, § 23 N 12.

²⁷ BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZSR 118 (1999), I, 305, 310 Fn 44.

²⁸ Statt vieler WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht, Diss. Zürich 1997, 18; DORNIER (Fn 23) N 570 ff.; HONSELL, OR-Novelle zum Konsumentenschutz, AJP 1992, 66, 67.

²⁹ So z.B. noch ARNOLD, Verbraucherschutz im Internet, CR 1997, 526; ebenso der Begleitbericht in Ziff. 122.

„schöne neue Welt“³⁰ Internet nicht mehr ganz so neu und der Umgang mit dem Medium weit verbreitet ist³¹, überholt. Die Gefahr, sich in einem Ladengeschäft von einem Verkäufer zum Vertragsabschluss überreden zu lassen, ist ungleich grösser, der Vertragsabschluss bei den Handgeschäften des täglichen Lebens ungleich schneller.

Weiter wird geltend gemacht, der Handel über Datennetze führe zu geringeren Kontrollmöglichkeiten über Vertragspartner und Ware. Was auf dem Bildschirm oder im Katalog noch als hochwertiges Qualitätsprodukt erscheine, könne sich in natura als Billigware entpuppen³². Dies traf jedoch bereits für den klassischen Versandhandel zu, ohne dass daraus jemals ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf abgeleitet wurde. Dem Nachteil, den Kaufentscheid nicht „goods-in-hand“ treffen zu können, stehen im E-Commerce andere Vorteile gegenüber: Aufgrund der Unabhängigkeit von räumlichen Grenzen verfügt der Konsument über eine grössere Auswahl und über verbesserte Möglichkeiten, sich über Produkte und Dienstleistungen zu informieren und sie zu vergleichen³³. Ist er im Ladengeschäft auf seinen persönlichen Eindruck vom Produkt angewiesen und von den Angaben des Verkaufspersonals abhängig, so stehen ihm im Internet nach wenigen Mausklicks Warentests, Erfahrungen anderer Kunden, Informationen über Konkurrenzprodukte und vieles mehr zur Verfügung. Betrachtet man die Entwicklung der letzten Jahre, so haben sich als Folge einer weitgehenden Professionalisierung³⁴ zahlreiche Standards und Mechanismen der Selbstkontrolle gebildet³⁵. Anbieter im Internet haben längst erkannt, dass sich nur mit klar strukturierten Websites, einem umfassenden und übersichtlichen Informationsangebot sowie etlichen Sonderleistungen wie Rückgaberecht etc. überhaupt ein Umsatz generieren lässt. Dies wird sich mit der sich abzeichnenden technologischen Entwicklung³⁶ noch in zunehmendem Masse verstärken. Entsprechend gilt auf betriebswirtschaftlicher Ebene „customer relationship management“ als neue Maxime, verbunden mit einer immer stärkeren Integration der Kunden in den Leistungsherstellungsprozess

³⁰ Vgl. ROSENTHAL, Internet – Schöne neue Welt?, Zürich 1999.

³¹ Zur Problematik der Medienkompetenz siehe auch ROSENTHAL (Konsumentenschutz im Internet, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, 219, 234 ff.) hin.

³² Siehe Fünfter Zwischenbericht „Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft“ der Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“, BT-Drucks. 13/11003, S. 11 ff. (<http://dip.bundestag.de/btd/13/110/1311003.pdf>; 15.5.2001); ähnlich der 14. Erwägungsgrund der Fernabsatz-RiL.

³³ Siehe Fünfter Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn 81), S. 8 ff.

³⁴ Glaubte man vor vier Jahren noch, jeder könne quasi vom Kinderzimmer aus einen virtuellen Supermarkt betreiben, so zeigt sich mittlerweile aufgrund der hohen Entwicklungs- und Markteinführungskosten für eine entsprechende Plattform ein grundlegend anderes Bild.

³⁵ Im hier relevanten Bereich denke man z.B. an die bedienungssicheren „virtuellen Einkaufskörbe“, an der Bereitstellung von Leser- und Hörerrezensionen sowie Chat-Foren, in denen Kunden unter sich Erfahrungen über Produkte austauschen können. Wirtschaftsverbände planen zudem die Einrichtung von Gütesiegeln und Ombudsstellen (siehe K-Tipp vom 17. Januar 2001, 38).

³⁶ Siehe z.B. HELFENSTEIN, Aufbruch ins Internet der dritten Generation, Finanz und Wirtschaft 6/2001 vom 24.1.2001, S. 30.

(„customer integration“)³⁷, wobei diese Entwicklungen in erster Linie dort stattfinden, wo staatliche Eingriffe in den freien Markt am geringsten sind. So verhindert eine der Fernabsatz-RiL folgende Gesetzgebung innovative und kundenorientierte Geschäftsmodelle, die unterscheiden einerseits zwischen dem Segment der „Ich-weiss-was-ich-will“-Kunden, denen standardisierte Produkt- und Vertriebskonzepte zu deutlich tieferen Prozesskosten angeboten werden, und andererseits jenem der sog. Beziehungskunden, die Zusatzleistungen in Form von Beratung, Rückgaberecht usw. wünschen³⁸.

Hinzu kommen grundlegende Bedenken, die sich gegen einen typisierten Konsumentenschutz in einem so weiten Bereich wie dem Fernabsatz aufdrängen. Nicht jeder, der über Fernkommunikationsmittel einen Vertrag abschliesst, handelt unter einem Informationsdefizit. Wer etwa ein Produkt in einem Ladengeschäft oder bei Bekannten sieht und es anschliessend im Internet beim preiswertesten Anbieter bestellt, kennt das Produkt und braucht kein Widerrufsrecht. Ebenso wenig ist schutzbedürftig, wer telefonisch einen Arzttermin vereinbart³⁹, ein Hotelzimmer reserviert oder via WAP-Handy ein Ticket für Bahnfahrt, Konzert oder Theater bestellt⁴⁰. Eine Kausalität zwischen Wissensstand und Willenserklärung verlangen ohnedies weder die Fernabsatz-RiL noch ihre Umsetzung im VE. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber verfährt nach dem Motto „doppelt hält besser“. So wäre es zunächst nahe liegend, ein allfälliges Informationsdefizit mit entsprechenden Informationspflichten auszugleichen und dem Konsumenten für den Fall, dass der Anbieter diese nicht erfüllt, ein Widerrufsrecht zu gewähren. Nach der Fernabsatz-RiL hingegen besteht das Widerrufsrecht kumulativ zu den Informationspflichten. Deren Verletzung bewirkt nach Art. 6 Abs. 1 lediglich eine Verlängerung der Widerrufsfrist. Dies, obwohl der Anbieter nach Art. 4 Abs. 1 lit. d verpflichtet ist, über wesentliche Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung zu informieren. Die innere Rechtfertigung für die Regelung geht dabei bald einmal verloren.

Fazit

Der Typus des uninformierten und daher schutzwürdigen Konsumenten ist in dieser Pauschalität im Fernabsatz nicht festzustellen. Ein so erheblicher Eingriff in die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, wie das Widerrufsrecht, ist damit nicht gerechtfertigt. Der Umstand allein, dass der Konsument den Vertragsgegenstand nicht in natura besichtigen kann, wird durch andere Vorteile zumindest teilweise kompensiert. Zudem besteht stets die Alternative, mit demjenigen Anbieter einen Vertrag zu schliessen, der von sich aus – als Mittel des Wettbewerbs – ein freies Rückgaberecht gewährt. Darin zeigt sich ein grundlegender Unterschied zum Haustürgeschäft, bei dem der Konsument aufgrund seiner psychologischen Zwangslage einem Vertragsabschluss gerade nicht ausweichen und keine Alternativen prüfen kann.

³⁷ KOLLMANN, Virtuelle Marktplätze, München 2001, 16.

³⁸ Vgl. GERBERICH, Wie das Internet klassische Vertriebsstrukturen verändert, in: Berndt (Hrsg.), E-Business-Management, Berlin/Heidelberg/New York 2001, 211, 216.

³⁹ Offenbar kein Fernabsatzvertrag i.S.d. Fernabsatz-RiL, KOM (92) 11 endg.

⁴⁰ Daher richtigerweise vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-RiL ausgenommen (Art. 3 Abs. 2), nicht aber gemäss VE.

Wie alles staatliche Handeln nach Art. 5 Abs. 2 BV unterliegen auch kompensatorische Massnahmen des Konsumentenschutzes dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Ein bestimmtes Instrument des Konsumentenschutzes - Informationspflichten, Widerrufsrecht, Inhaltskontrolle - darf demnach nicht verwendet werden, wenn es ein im Verhältnis zum Prinzip der formalen Privatautonomie weniger belastendes Instrument gibt, um den Schutzzweck zu erreichen⁴¹. Auch unter dieser Optik erscheint das „Allheilmittel“⁴² Widerrufsrecht mehr als fraglich. Auf die im Zentrum des öffentlichen Diskurses stehenden Fragen des Datenschutzes und der Unsicherheit elektronischer Zahlungssysteme, insbesondere die Gefahr des Kreditkartenmissbrauchs⁴³, hält der vorliegende VE leider keine Lösungen bereit.

Den vorstehenden Ausführungen zufolge würde sich eine eingehende Analyse der Art. 40a ff. VE-OR weitgehend erübrigen. Es ist aber dennoch zweckmässig, diese Bestimmungen unter Zugrundelegung der strukturellen Ungleichgewichtslage, wie sie vielfach geltend gemacht wird, zu analysieren. Auch diesbezüglich sind Verbesserungsvorschläge durchaus möglich. Die folgenden Ausführungen haben zur Absicht, als Anregung und Diskussionsgrundlage für den weiteren Verlauf der Gesetzgebung zu dienen – falls sich die Ansicht der Notwendigkeit einer Rechtsangleichung überhaupt durchsetzen sollte. Insgesamt ist die vom VE eingeschlagene Rechtsentwicklung, auch mit Blick auf „Europa“, aber verfehlt.

VFGI Der VFGI ist besorgt über die Aushöhlung des Obligationenrechtes und insbesondere des darin verankerten Grundgedankens der Vertragstreue, des "pacta sunt servanda" durch die Schaffung eines weitgehenden Widerrufsrechtes. Ebenfalls bedenklich ist die Tendenz zur Trennung des Rechts für Kaufleute und Nichtkaufleute, was u.E. ein untaugliches Modell ist, da in der Handelskette sämtliche Bestimmungen, die gegenüber Nichtkaufleuten eingehalten werden müssen, letztlich auch unter den Kaufleuten ihre Reflexwirkung haben werden. Anstelle des übermässig ausgeprägten Konsumentenschutzes sollte in gut schweizerischer Gesetzestradiation eher eine Missbrauchsgesetzgebung eingeführt werden und zudem vermehrtes Gewicht auf die Informationspflicht gegenüber Konsumenten gelegt werden, was gerade im Bereich des Internets mit seiner unendlichen Informationsvielfalt leicht machbar wäre.

⁴¹ DREXL (Fn 72), 449 f.

⁴² MEENTS, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Diss. Münster 1998, 195.

⁴³ Einer der Hauptgründe, weshalb der E-Commerce in den USA von Beginn weg eine breitere Akzeptanz gefunden hat, liegt im verbesserten Schutz des Kreditkarteninhabers gegen missbräuchliche Verwendung (vgl. Fair Credit Reporting Act amending 15 U.S.C. § 1643, dazu eingehend BOHNET, The Liability of the Holder of a Credit Card for Unauthorized Purchases under Swiss Law: Shall we Follow the American Model?, SZW 2000, 265).

313.3 Kaufrecht / Droit de la vente

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Beim Gewährleistungsrecht in Kaufangelegenheiten (Art. 197 ff. OR) besteht der Bezug zum elektronischen Geschäftsverkehr einzig darin, dass mit der Benutzung des Internets vermehrt grenzüberschreitende Geschäfte abgewickelt werden. In diesem Sinne ist eine Anpassung an die entsprechenden EU-Richtlinien nicht zu beanstanden.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP Wie bereits erwähnt, erachtet es die FDP grundsätzlich als fragwürdig, mit dem vorliegenden Entwurf über den elektronischen Geschäftsverkehr auch Gesetzesänderungen vorzunehmen, die nichts mit dieser Thematik zu tun haben (vgl. oben I.); ein solches Vorgehen ist aus rechtspolitischen Gründen abzulehnen, soweit es sich nicht um absolut unbestrittene und in diesem Sinne marginale Änderungen handelt. Die nachfolgend vorgeschlagenen Änderungen oder Ergänzungen haben zum Teil erhebliche Auswirkungen, so dass sich deren Vorlage in einem gesonderten Erlass mit den entsprechenden Vorabklärungen und Diskussionen aufdrängt.

Aus diesen rechtspolitischen Gründen lehnen wir die vorgeschlagene Revision der genannten Artikel in der vorliegenden Form ab. Diese Änderungen mögen auf Grund der Erfahrungen in Lehre, Praxis oder Rechtsprechung wünschenswert sein. Sie haben jedoch nach Ansicht der FDP mit der Thematik des elektronischen Geschäftsverkehrs keinen unmittelbaren Zusammenhang und sind daher in einer entsprechend vorbereiteten Revision vorzunehmen.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

economiesuisse Siehe / Voir / Vedi 313.1

EKK La Commission apprécie le fait que le projet de loi fédérale sur le commerce électronique ait également tenu compte de la directive mentionnée ci-dessus 1999/44. En effet, il était important d'adapter le droit suisse de la garantie des défauts dans la vente au droit européen.

FRS Es besteht unbestrittenermassen ein enger Zusammenhang zwischen den zentralen Artikeln des Kaufrechts und dem elektronischen Geschäftsverkehr. Jedoch erachten wir das Vorgehen, mit dem im Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr auch die hievor genannten zentralen Artikel - insbesondere jene betreffend den Fahrniskauf - geändert werden sollen, als befremdend und stossend. Es macht den Anschein, als ob für unsere Kreise wichtige Regelungen quasi durch die Hintertür eingeführt werden sollen. Transparenter sowie der politischen Bedeutung der besagten Änderungen angemessener wäre es u.E. gewesen, diese separat in die Vernehmlassung zu schicken statt in den hievor erwähnten Gesetzesentwurf zu integrieren.

kf Wir vermissen die Flexibilität z.B. auch bei Gewährleistungsansprüchen: So können neue Produkte nicht gleich behandelt werden wie Occasionen und Luxusprodukte, Antiquitäten nicht wie Güter des täglichen Bedarfs, alltägliche Verträge nicht wie Spezialverträge seltener Art etc. Wenn dann gleichwohl vereinheitlicht wird, muss wohl der Massstab des Alltäglichen und nicht die Ausnahmesituation geregelt werden, damit nicht der normale Geschäftsverkehr unnötig beeinträchtigt wird.

KPMG Au niveau du droit de la vente, les modifications prévues aux articles 201 et 204 CO nous paraissent soulever plus de questions qu'elles n'en résolvent. En particulier, la restriction du champ d'application de l'article 204 ne nous paraît pas opportune en l'absence de réglementation claire s'agissant de la vente entre particuliers ou de la vente entre un particulier et un professionnel.

Optikerverband Diese Vernehmlassung erfolgt zeitlich äusserst knapp. Es war für Aussenstehende kaum ersichtlich, dass im BG über den elektronischen Geschäftsverkehr auch eine Änderung der Artikel 197ff OR bezüglich Garantiefrieten „versteckt“ war. So wurden auch wir erst durch einen kürzlichen Pressehinweis auf diesen Umstand aufmerksam.

Sager Hierzu erlaube ich mir nur zu bemerken, dass die Änderung des Fahrniskaufrechts nichts mit dem elektronischen Geschäftsverkehr zu tun hat. Der Titel des Gesetzes sollte deshalb geändert werden oder die Revision des Fahrniskaufrechts mittels separater Vorlage erfolgen.

SAV Die in diesen Artikeln enthaltenen geänderten Bestimmungen sind in keiner Art und Weise mit dem Thema "elektronischer Geschäftsverkehr" verbunden oder durch dieses zu rechtfertigen.

Deren Einführung ist integral abzulehnen. Entsprechende Vorlagen sollen ggf. im Rahmen einer separaten Revisionsvorlage unterbreitet werden.

SFMGV Änderungen des Obligationenrechts via Hintertür lehnen wir ab.

Bei diesem Revisionsvorschlag können wir uns des Eindrucks nicht erwehren, dass es hier mehr darum geht, via Hintertür (elektronischer Geschäftsverkehr) vorwiegend Konsumentenschutzanliegen im Obligationenrecht einzuführen. Wir lehnen somit die Einführung der Artikel 197 –210 integral ab. Solche das Kaufrecht betreffenden, weitgehende Änderungen sollten klar und transparent auch als solche angekündigt und zur Begutachtung vorgelegt werden.

Obschon wir dar Meinung sind, dass die vorliegende Vernehmlassung zum elektronischen Geschäftsverkehr nicht dazu missbraucht werden darf, derart tiefgreifende OR-Änderungen einzuführen, somit solche Veränderungen abzulehnen sind, erlauben wir uns einige Bemerkungen anzubringen.

SMBK Antrag: Es seien die bisherigen Artikel 197 - 210 unverändert zu belassen.

SVV Der Vorentwurf plant insgesamt 10 der 13 Artikel zur Gewährleistung im Kaufrecht abzuändern. Wenn auch auf den Kaufvertrag beschränkt und somit höchstens mit einem indirekten Bezug zum Versicherungsgeschäft, lässt sich nicht verschweigen, dass damit einige substantielle Neuerungen verbunden sind. Soweit sich Änderungen durch die Spezialitäten des elektronischen Geschäftsverkehrs ergeben, ist dagegen nichts einzuwenden. Verschiedene Änderungsanträge betreffen aber mehr oder teilweise gar vorwiegend das traditionelle Kaufgeschäft. Sie lassen sich unter dem Titel „elektronischer Geschäftsverkehr“ nicht rechtfertigen und mit der Zielsetzung, den am elektro-

nischen Geschäftsverkehr teilnehmenden Konsumenten gegenüber dem traditionellen Käufer nicht zu benachteiligen, nicht vereinbaren. Andernfalls ist zumindest bei einzelnen Bestimmungen die Vermutung nicht von der Hand zu weisen, dass mit falscher Etikette Verbraucherschutz betrieben wird.

SWICO Zudem erachten wir die weitgehende Änderung des Kaufrechtes zu Gunsten von Konsumentenschutzanliegen unter dem Deckmantel des modernen Begriffes des elektronischen Geschäftsverkehrs als intransparent und mindestens irreführend.

Die in diesen Artikeln enthaltenen geänderten Bestimmungen sind in keiner Art und Weise mit dem Thema "elektronischer Geschäftsverkehr" verbunden oder durch dieses zu rechtfertigen.

Es kann nicht angehen, dass die Grundlagen des Kaufrechtes unter dem Deckmantel der Informationsgesellschaft über die Hintertüre eingeführt werden.

Deren Einführung ist integral abzulehnen. Entsprechende Vorlagen sollen ggf. im Rahmen einer separaten Revisionsvorlage unterbreitet werden. Dessen ungeachtet werden nachfolgend einige summarische Bemerkungen zur Revisionsvorlage gemacht.

UNIGe Un élément essentiel pour favoriser le commerce électronique est de créer ou de renforcer la confiance du consommateur dans les moyens adéquats mis à sa disposition pour faire valoir ses droits en cas d'un problème. Le projet innove avec bonheur en modifiant les règles traditionnelles en matière de défauts de la chose vendue (art. 197 ss CO).

Il faut d'emblée saluer les quatre grandes nouveautés du projet. Il s'agit de l'extension de la garantie aux déclarations de qualité du producteur, notamment dans la publicité ou l'étiquetage (art. 197 al. 3 P-CO), de l'octroi d'un droit à la réparation de la chose (art. 205 al. 1 lit. c P-CO), du prolongement de la prescription à deux ans (art. 210 al. 1 P-CO) et du caractère impératif accordé aux dispositions applicables à la vente aux consommateurs (art. 199 lit. a P-CO).

Dispositions de la Directive sur les garanties non reprises par le projet

La modification prévue à l'art. 209a al. 1 P-CO, de portée générale, est favorable à l'acheteur, en particulier à l'acheteur non consommateur en ce qui concerne le gain manqué. S'il se justifie en cas de vente au consommateur, son application à la vente commerciale est plus discutable. En particulier, le vendeur final, qui, contrairement aux autres intermédiaires de la chaîne de distribution, ne peut pas s'exonérer de la responsabilité causale de l'art. 209a al. 1 P-CO (art. 199 ch. 2 P-CO), est placé dans une situation délicate, tout particulièrement lorsqu'il est tenu à garantie sur la base de l'art. 197 al. 3 P-CO. Pour éviter de peser trop lourdement sur les PME, il conviendrait d'accorder au vendeur final un droit de recours en contre-partie de l'extension de la garantie due fondée sur l'art. 197 al. 3 P-CO. Un alinéa 3 devrait ainsi être ajouté à l'art. 209a afin d'accorder un tel droit de recours au vendeur contre le producteur ou son représentant qui ne sont pas nécessairement les cocontractants du vendeur. Modèle pourrait être pris de l'art. 4 Directive sur les garanties, qui prévoit une action récursoire du vendeur final contre le producteur, le vendeur antérieur placé dans la chaîne contractuelle ou tout autre intermédiaire. Cette disposition devrait être de nature impérative (cf. art. 7 al. 1 Directive sur les garanties).

Art. 5 al. 3 Directive sur les garanties: cf. *infra* ad art. 201 al. 1 et 3.

L'art. 6 Directive sur les garanties, relatif aux garanties volontaires, n'est pas non plus repris par le projet. Une réflexion à ce sujet dans le cadre de la modification de la Loi contre la concurrence déloyale s'impose. Pourrait dès lors constituer un nouveau cas de concurrence déloyale, l'utilisation du terme de garantie, lorsque la garantie promise par le vendeur est inférieure au régime légal.

Conclusion: Les modifications proposées en matière de vente représenteront, compte tenu des clarifications et amendements proposés ci-dessus, une amélioration substantielle et bienvenue des droits de l'acheteur, en particulier du consommateur.

VFGI Zudem erachten wir die weitgehende Änderung des Kaufrechtes zu Gunsten von Konsumentenschutzanliegen unter dem Deckmantel des modernen Begriffes des elektronischen Geschäftsverkehrs als intransparent und mindestens irreführend.

Vorbemerkung zu Art. 197-210

Die in diesen Artikeln enthaltenen geänderten Bestimmungen sind in keiner Art und Weise mit dem Thema "elektronischer Geschäftsverkehr" verbunden oder durch dieses zu rechtfertigen.

Es kann nicht angehen, dass die Grundlagen des Kaufrechtes unter dem Deckmantel der Informationsgesellschaft über die Hintertüre eingeführt werden.

Deren Einführung ist integral abzulehnen. Entsprechende Vorlagen sollen ggf. im Rahmen einer separaten Revisionsvorlage unterbreitet werden. Dessen ungeachtet werden nachfolgend einige summarische Bemerkungen zur Revisionsvorlage gemacht.

313.4 Unlauterer Wettbewerb

Kantone / Cantons / Cantoni

BL: Wir begrüßen das Bestreben, auf dem Weg einer Teilrevision des BG über den unlauteren Wettbewerb auch dort eine erhöhte Transparenz zu schaffen, wo Güter und Dienstleistungen auf elektronischem Weg angeboten werden. Wie schon einleitend festgehalten, muss im Interesse des Ansehens unseres Wirtschaftsstandortes unbedingt unterbunden werden, dass dubiose Anbieter mit anonymen Postfachadressen in der Schweiz zweifelhafte Produkte zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten vertreiben können. Die vorgeschlagenen Neuerungen (Pflicht zur Bekanntgabe von Identität, Adresse und Sitz des Anbieters sowie der Produktpreise plus weitere besondere Informationspflichten) halten wir für geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Wir haben dazu keine Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge anzubringen.

BS: Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des UWG auf Fernkommunikationsmittel erscheint im Hinblick auf die Situation in der Geschäftspraxis folgerichtig und ist unausweichlich.

Für die Staatsanwaltschaft ist wichtig, dass Verstöße gegen das UWG auch weiterhin Antragsdelikte und - nach baselstädtischem Recht - Privatklagedelikte darstellen (§143 lit. e StPO). Damit ist gewährleistet, dass niemand mit einer

blossen Anzeige umfangreiche und regelmässig sehr teure Ermittlungen in Gang setzen kann, ohne dabei ein Kostenrisiko einzugehen.

TG: Die vorgesehenen Änderungen des UWG halten wir für richtig und angemessen.

TI Per quel che concerne la concorrenza sleale, concordiamo con la necessità di estendere la protezione del consumatore e del commerciante e di armonizzare il diritto svizzero con quello internazionale. Condividiamo l'esigenza di trasparenza e di chiarificazione, essenziale per accrescere la fiducia del consumatore nel commercio elettronico.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

CP Nous souscrivons pleinement aux obligations d'information. Cependant, nous notons qu'avec les informations que recevra l'acheteur, il lui sera difficile de prétendre qu'il a pris une décision de manière irréfléchie.

EKK La Commission fédérale de la consommation soutient les modifications apportées à la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Celles-ci reprennent les dispositions les plus pertinentes des directives sur les contrats à distance et sur le commerce électronique.

Ainsi, la confiance du consommateur internaute s'en trouvera renforcée et une vraie sélection des sites commerciaux suisses sur Internet pourra s'opérer, en tenant compte de critères légaux.

FRC Nous saluons la teneur de cette disposition qui vise à empêcher la pratique des «sociétés boîtes-postales», très souvent d'origine étrangère, qui utilisent les lacunes du droit suisse afin de vendre des produits douteux.

Dans nos collaborations avec les associations européennes des consommateurs, nous sommes confrontés à des consommateurs qui sont démarchés par des sociétés soi-disant suisses dont les pratiques commerciales sont douteuses. Nous ne pouvons pas résoudre ce genre de cas parce qu'il s'agit de sociétés boîtes-postales dont on ne connaît ni le véritable siège social ni le nom des administrateurs. Notre sentiment de frustration est augmenté par le fait que les consommateurs européens faisaient jusqu'à présent une très grande confiance à tout ce qui provenait de Suisse. Il est dommage de ternir une réputation qui s'est construite au fil des ans.

FSP Siehe / Voir / Vedi 313.2

kf Wir unterstützen die vorgeschlagenen Änderungen.

Sager Ich kann zwar nicht beurteilen, ob zwischen der Verabschiedung der Fernabsatzrichtlinie und der vermehrten Tätigkeit ausländischer Firmen, welche von der Schweiz aus mittels anonymen Postfachadressen operieren, tatsächlich ein Zusammenhang besteht. Meines Erachtens kann aber auch die Informationspflicht solchen – unlauteren – Machenschaften nicht entgegenwirken, da auch eine Informationspflicht (gewisse) Anbieter nicht hindern wird, unvollständige oder falsche Angaben zu machen.

SAV En relation avec les modifications proposées de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale, nous relèverons que ces dispositions sont certes utiles pour lutter contre certaines fraudes. Elles sont cependant insuffisantes en pratique,

vu que le commerce électronique de masse porte notamment sur des commandes de peu de valeur et que les lésés ne se défendront par conséquent pas s'ils ne disposent pas de moyens de défense faciles et efficaces. Les plaintes aux organismes privés de défense des consommateurs, pour que ceux-ci prennent le relais, ne suffisent pas.

Il faudrait probablement aussi élargir la liste des comportements sanctionnés, par exemple en mentionnant comme comportement déloyal celui qui ne rembourse pas sans délai les marchandises retournées à temps, car violer systématiquement cette obligation peut représenter un avantage concurrentiel indu.

Aux USA, les ventes par correspondance sont surveillées par des "Offices of fair trading" qui sont souvent indiqués dans l'offre ou au plus tard lors de la confirmation de la commande comme des points de contact en cas de plainte pour les ventes de détail à distance.

On peut évidemment se demander si ce type de protection doit et peut être introduit par le biais d'une modification de la LCD. Mais si l'on veut donner une chance aux consommateurs de pouvoir exercer leur droit de plainte, il faudrait au moins prévoir l'obligation de mentionner, parmi les mentions obligatoires, l'adresse à laquelle les plaintes peuvent ou doivent être adressées. Idéalement, cela devrait être à une instance centrale, par exemple au préposé à la surveillance des prix, quitte à ce que cette instance fasse suivre les plaintes à la juridiction compétente. Cette centralisation des plaintes est seule de nature à permettre de détecter assez rapidement les entreprises qui font systématiquement l'objet de plaintes pour non-respect de leurs obligations. Elle n'exclut pas que les cantons restent responsables de l'application de la loi sur la base de leur droit de procédure.

Il s'agit là de dispositions supplémentaires minimum si l'objectif est de lutter un tant soit peu efficacement contre les abus.

SW Dass die vorgeschlagene Teilrevision überhaupt nötig wird, liegt wohl nicht zuletzt am fehlenden Willen der Gerichte, auf neuartige Sachverhalte die Generalklausel des UWG, was ja eigentlich der Sinn einer Generalklausel ist, anzuwenden. Die Frage ist dennoch erlaubt, ob der Gesetzgeber deswegen eine Sondernorm für den Fernabsatz aufzustellen hat und sich nicht mit einer allgemein gültigen Vorschrift beispielsweise durch Ergänzung von Art. 3 b UWG oder durch Einfügung einer separaten Norm, aber für den gesamten Distanzhandel (vgl. unten II 5) zufrieden geben konnte. Denn ein Sondervorschrift untermauert die Annahme, die geforderten Angaben seien bei Angeboten ausserhalb des Fernabsatzes nicht unlauter.

Unklar bleibt auch, wie die neue Bestimmung in der Praxis umgesetzt werden soll. Der Begleitbericht (Ziffer 124) führt aus, die Identität des Anbieters sei oft gar nicht ausfindig zu machen. Gegen wen wird man wohl dann klagen wollen?

swisscom Wie bereits einführend erwähnt, begrüßen wir grundsätzlich die Revision des UWG. Hingegen fordern wir, dass die neu eingeführten Informationspflichten einheitlich ausgestaltet und mit bestehenden Pflichten (Preisbekanntgabeverordnung, Konsumentinformationsgesetz, Handelsregisterverordnung usw.) konsolidiert werden.

UNIGe Les dispositions communautaires sur l'utilisation de certaines techniques de communication à distance (art. 10 Directive sur la vente à distance:

nécessité du consentement préalable du consommateur pour la commercialisation par automate d'appel ou par fax ; possibilité de *opt-out* des consommateurs pour les autres méthodes de communication à distance, en particulier dans les cas de *spamming*, cf. art. 7 Directive sur le commerce électronique) n'ont pas été spécifiquement reprises dans le cadre de la modification de la LCD. Il n'est certes pas exclu que, *de lege lata* déjà, l'art. 3 lit. h et la clause générale de l'art. 2 LCD permettent d'arriver aux mêmes solutions. Mais en l'absence de jurisprudence, il aurait été préférable, pour plus de clarté et pour mieux assurer la sécurité juridique, de définir les conditions du recours à certaines méthodes de communication à distance par le biais d'un acte spécifique de concurrence déloyale.

L'introduction des art. 3 lit. b^{bis} et 6 a P-LCD est heureuse. Leur justification réside moins dans la nécessité de protéger l'image de la Suisse à l'étranger (cf. Rapport explicatif, p. 8, et art. 10 al. 2 lit. c LCD), aspect certes important, mais bien plus dans l'urgence de garantir à tous les consommateurs, y compris suisses, un minimum de transparence des offres faites par des méthodes de commercialisation à distance et en particulier par la voie de l'Internet.

Il faut toutefois rappeler que l'application effective de ces mesures de protection des intérêts collectifs des consommateurs dépendra de l'usage que feront les organisations citées à l'art. 9 LCD de leur qualité pour agir. Or, il est notoire que les organisations de consommateurs ne disposent point des ressources nécessaires pour agir, en dehors de cas particuliers, par la voie de l'action collective contre les actes de concurrence déloyale. Elles devraient se limiter, si elles veulent agir, à déposer plainte pénale. Dès lors, et sous réserve d'une augmentation sensible mais peu probable des subventions accordées aux organisations de consommateurs, l'impact réel des améliorations apportées (et encore à apporter) à la LCD restera probablement très limité.

VSW Als grundsätzlich sinnvoll erachten wir es, wenn das Lauterkeitsrecht der (unseren Mitgliedern sehr wohl bekannten) Praxis dubioser Briefkastenfirmen einen Riegel zu schieben versucht, indem es Transparenzanforderungen an im Fernabsatz tätige Anbieter stellt. Indessen stellen wir uns die Frage, ob dieser Anspruch erfüllt wird.

Das Transparenzgebot (klare und vollständige Angaben des im Fernabsatz tätigen Anbieters über seine Identität, Sitz, Adresse, wesentliche Eigenschaften der angebotenen Produkte, Preise und Kosten sowie Zahlungsbedingungen) des einen anderen Schutzzweck verfolgenden UWG's geht weiter als dasjenige gemäss Art. 40 d E-OR. Allerdings sind, um das Beispiel der produktbezogenen Transparenz zu nehmen, die Anforderungen an lauterer Geschäftsgebaren höchst unklar. Was sind wesentliche Eigenschaften? Es stellt sich die Frage, wie sich die Wesentlichkeit einer Eigenschaft bestimmen lässt. Eine objektive Bestimmung nach der Verkehrssitte ist nicht möglich, da Vertragsparteien im Rahmen des Vertragsschlusses über eine solche beschliessen.

Indem derart unbestimmte Handlungsanleitungen, wie die in den Art. 3 lit. b^{bis} und Art. 6a E-UWG umschriebenen, im Falle der (vorsätzlichen) Missachtung mit strafrechtlichen Sanktionen bedroht sind, bestehen gegenüber diesen Normen auch rechtsstaatliche Bedenken (Legalitätsprinzip, *nulla poena sine lege*).

32 Zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs
Des dispositions particulières de l'avant-projet
Le singole disposizioni dell'avamprogetto

321 Obligationenrecht / Code des obligations / Codice delle obbligazioni

321.01 Art. 4 Abs. 2 / Art. 4 al. 2 / Art. 4 cpv. 2

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Es erscheint fraglich, ob das Kriterium des "Dialogs" genügend klar ist. Für den Vertragsschluss unter Anwesenden ist unabdingbar, dass die Kommunikation in Echtzeit erfolgt und die Parteien das Kommunikationsmittel gleichzeitig benützen. Es sollte deshalb geprüft werden, ob nicht eine präzisere Formulierung gefunden werden kann.

GE: Le concept introduit par le nouvel article 4, al. 2, qui consiste à assimiler un entretien téléphonique à un entretien *"par un autre moyen de communication électronique" si les parties "ont été personnellement en communication"*, risque de présenter des problèmes délicats d'interprétation.

Le rapport explicatif précise bien qu'il devrait s'agir d'une communication personnelle et simultanée qui passerait à travers des moyens de reproduction du son et de l'image.

Dans cette hypothèse, cela correspondrait en tous points à une conversation tenue à distance. Le texte de l'article 4, al. 2 est en revanche plus large, puisqu'il fait abstraction de tout élément de simultanéité et pourrait également couvrir le *"dialogue"* en léger différé, comme cela peut se produire par l'échange d'e-mails.

Il est vrai que les nouveaux systèmes de communications permettent, et vraisemblablement permettront dans le futur, d'envisager des situations nouvelles que l'on pourrait situer à mi-chemin entre une conversation et un échange de correspondance.

VD: La notion d'être «personnellement» en communication n'est pas évidente dans le cadre d'une communication qui utilise les nouvelles technologies. En effet, être personnellement en communication peut s'interpréter comme le fait d'échanger du courrier électronique ou de remplir un formulaire trouvé sur un site Web visité. L'automatisme permet aux ordinateurs connectés sur le réseau mondial de renvoyer des réponses aux formulaires pré-établis et remplis en ligne par les usagers.

Dès lors, la proposition de loi repose sur une fiction juridique au sujet de la présence entre les contractants. La notion d'être personnellement en communication pose ainsi la délicate question de la preuve.

Pour pallier à cet inconvénient, il conviendrait de supprimer du texte de l'article 4 al. 2 P-CO le terme de «personnellement», sauf à prévoir que le contrat est conclu entre absents et de soumettre les contrats conclus à distance à la réglementation y référantes.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

- FDP** Es ist nicht auf Anhieb ersichtlich, in welchen Fällen die elektronische Kommunikation einem Telefongespräch gleichgestellt werden könnte. Insbesondere die einzelnen technischen Einrichtungen der verschiedenen Anbieter gehen von verschiedenen Konzeptionen eines möglichen Vertragsschlusses über Internet aus.
- SVP** Der Versuch, den elektronischen Geschäftsverkehr unter den „Antrag unter Anwesenden“ zu stellen, würde zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Der jetzige Art. 4 Abs. 2 des OR kann analog auf den elektronischen Geschäftsverkehr angewendet werden. Zudem gibt es derzeit nur wenig Fälle, welche die Voraussetzungen erfüllen, um als „unter Anwesenden“ zu gelten. Die Notwendigkeit einer Änderung ist daher nicht ersichtlich.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

economiesuisse Der neu eingeführte Begriff des Dialogs erscheint uns als unklar. Entscheidend für die angestrebte Gleichstellung ist, ob das technische Kommunikationsmittel einen unmittelbaren und ununterbrochenen Willensaustausch ermöglicht. Technische Einschränkungen sollen dabei nicht gewählt werden. Entsprechend schlagen wir Ihnen folgende neue Formulierung vor:

Bedienen sich die Vertragsschliessenden oder ihre Bevollmächtigten eines Kommunikationsmittel, das einen unmittelbaren und ununterbrochenen Willensaustausch ermöglicht, gilt der Vertrag als unter Anwesenden abgeschlossen.

FEA Der geltende Art. 4 Abs. 2 des OR kann auch auf den elektronischen Geschäftsverkehr angewendet werden. Eine Änderung ist nicht erforderlich.

FRC Nous trouvons cette disposition peu claire et, en particulier, la notion de «systèmes qui permettent aux parties de dialoguer entre elles».

Nous exigeons que les contrats conclus par téléphone et par moyen électronique soient considérés comme des contrats conclus entre absents

kf Ein Vertragsschluss mit Hilfe des Computers via Internet kann nicht einem telefonischen Geschäftsabschluss gleichgestellt werden, sondern entspricht einem schriftlichen Vertrag. Die Vertragsschliessenden sind in der Regel nicht gleichzeitig am Computer, das Geschäft kann sich über Tage, ja Wochen oder Monate hinziehen, wenn noch Einzelfragen abgeklärt werden müssen. Wenn der PC mit Sprechmikrofon und Lautsprechern benutzt wird, ist er eine andere Form des Telefons und es genügt der Abs. 2 in der heutigen Formulierung. Wir beantragen deshalb Verzicht auf die Änderung.

kf: Absatz 2 streichen

KPMG L'article 4 alinéa 2 actuel du CO consacre pour les communications téléphoniques une extension exceptionnelle de la notion de présence des interlocuteurs⁴⁴. L'avant-projet propose d'assimiler à ce cas la conclusion de contrats par un autre moyen de communication électronique; le rapport

⁴⁴ P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, 1973, ch. 42. III. Da, p. 142

explicatif⁴⁵ précise que *la condition en est toutefois que ce moyen permette un dialogue entre les parties.*

A notre sens, l'assimilation à la conclusion d'un contrat entre présents en cas de conversation téléphonique repose sur deux principes: l'immédiateté du dialogue et la continuité du dialogue. La présence physique des parties n'est pas nécessaire; seul est essentiel le contact des déclarations (Erklärungskontakt)⁴⁶. S'agissant de la conclusion de contrats par le biais d'Internet, force est de constater que le critère de l'immédiateté n'est le plus souvent pas rempli. Aussi, ce n'est que lorsque le site *offre la possibilité de dialoguer directement par écrit ou au moyen d'un écouteur et d'un microphone branchés sur l'ordinateur* que l'on pourra admettre la conclusion d'un contrat entre présents. En ce sens, le rapport explicatif doit être suivi. Force est toutefois de constater que la nouvelle teneur de l'article 4 alinéa 2 AP-CO, telle que proposée, ne satisfait pas à ces conditions. En effet, la version proposée reprend sans autre la formulation actuelle pour n'exiger que le fait que *les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication*. L'élément d'immédiateté fait défaut. Il n'était pas nécessaire de préciser ce point s'agissant d'une conversation téléphonique puisque l'immédiateté était dans tous les cas remplie.

La doctrine a manifestement appréhendé cette problématique lorsqu'elle a eu à se pencher sur la conclusion d'un contrat par télex pour déterminer si le contrat était conclu entre présents ou entre absents.

Le télex est de nature ambivalente puisqu'il peut, selon le mode d'utilisation, s'apparenter soit au téléphone soit au télégraphe⁴⁷. La même constatation s'applique avec Internet. A notre sens, il faut donc que le critère d'immédiateté soit ajouté dans le projet; afin de lever toute ambiguïté et d'éviter aux juristes qui auront à appliquer cette disposition à l'avenir de devoir recourir à une interprétation téléologique. En effet, une exception à la règle de base doit s'interpréter de manière rigoureuse. A défaut, il ne serait pas insoutenable d'affirmer, au vu du texte proposé, que, par exemple, l'échange de courriers électroniques constitue un contrat conclu entre présents, les parties ayant été personnellement en communication, même si l'acceptation n'a pas immédiatement et directement suivi l'offre. Tel n'est manifestement pas la volonté poursuivie. Nous proposons donc de parler de "communication simultanée".

S'agissant de l'élément de continuité, celui-ci est manifestement présent s'agissant d'une conversation téléphonique. Toutefois, l'interruption, pour des raisons techniques notamment, est possible, en particulier lors de l'utilisation de téléphones portables. La doctrine et la jurisprudence ont considéré en substance que si l'interruption était momentanée et suivie immédiatement d'une reprise de la communication, le contrat était conclu entre présents; à défaut de reprise de communication immédiate, le contrat n'était pas conclu. A notre sens, la doctrine et la jurisprudence ont adéquatement réglé ce problème d'interruptions techniques et cette solution peut être appliquée dans le cadre d'Internet dès lors que des interruptions peuvent également survenir. Aussi, nous proposons

⁴⁵ Rapport, ch. 210.01, p. 5

⁴⁶ Dr. B. Schmidlin, Berner Kommentar, N° 3, ad Art. 4 CO et réf. citées

⁴⁷ Engel, ibidem; Berner Kommentar, ibidem

d'ajouter le critère de la continuité, sans toutefois plus de précision, la doctrine étant suffisamment claire.

Aussi, et sur la base de ce qui précède, nous proposons que l'article 4 alinéa 2 AP-CO ait la nouvelle teneur suivante:

"Les contrats conclus par téléphone ou par un autre moyen de communication électronique sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication simultanée et continue."

Le texte allemand parle de «Dialog». Nous recommandons de modifier ce terme afin d'avoir une uniformité avec le texte français. De plus, le terme «Dialog» se réfère à un échange oral exclusivement, à tout le moins dans le langage courant.

Garder ce terme serait donner raison à ceux qui soutiennent qu'il n'y a pas lieu de modifier l'article. 4 CO car seul un système permettant une communication orale permet de conclure un contrat entre présents ; or un tel système, même s'il a lieu par Internet ou par voie de communication électronique, ne serait rien d'autre que de la téléphonie. Une telle position nous paraît trop réductrice pour deux raisons.

D'une part, c'est ignorer complètement les systèmes de discussion interactive (chats et autres) ; d'autre part, c'est ne pas prendre en compte les développements futurs de la technologie. Dès lors, et sous réserve de nos propositions de modifications, nous sommes d'avis que l'amendement de l'article 4 CO est bien fondé.

On notera enfin qu'à notre sens, les termes "personnellement" et "simultané" ne font pas double usage. En effet, alors que le terme "simultané" fait référence au principe de l'immédiateté et dans une moindre mesure à celui de la continuité, le terme "personnellement" couvre un autre aspect. Il s'agit d'appréhender la problématique liée aux systèmes automatisés. De par l'adjonction de cet adverbe, la conclusion d'un contrat entre présents est exclue si l'une des parties recourt à un système automatisé qui pourrait néanmoins assurer un dialogue (à tout le moins émettre de manière quasi simultanée une confirmation de commande).

Sager Die Gleichstellung von Vertragsabschlüssen per Telefon und persönlichen Dialog der Parteien mittels elektronischen Kommunikationsmitteln ist zu begrüßen. Gleiches gilt für den *e contrario-Schluss*, also die Tatsache dass ein Vertrag als unter Abwesenden geschlossen gilt, sofern kein direkter Dialog (also z.B. Kommunikation per E-Mail) zwischen den Parteien stattfindet.

SAV Les critères traditionnels pour déterminer si l'offre est faite entre présents ou entre absents sont multiples et comprennent notamment le caractère immédiat de la communication. Un contrat serait ainsi conclu entre absents dès qu'il existe un doute quant à la possibilité d'une réponse immédiate. Cela précisé, ce n'est pas la présence physique des acteurs qui importe, mais leur aptitude à rester en contact direct. Un certain décalage n'empêche pas l'application des règles entre présents, pour autant qu'il corresponde au temps nécessaire à la compréhension de la volonté d'autrui et non au délai dû à la transmission de cette volonté.

Dès lors, il faut certainement considérer qu'un contrat conclu sur Internet (par le biais de l'échange de courriers électroniques ou par appui sur une touche lors

de l'affichage d'une page web) suivra en général la réglementation prévue pour les contrats entre absents, dans la mesure où la transmission même des données incorporant les manifestations de volonté n'intervient pas nécessairement sans délai, au contraire du téléphone où un dialogue direct reste toujours possible. Cette solution paraît la plus sûre, sous réserve de situations particulières (*chat rooms, voice over the Internet*).

Selon l'article 4 al. 2 CO tel que modifié, le critère décisif ne serait pas tant celui de l'immédiateté que de la mise en communication personnelle des parties (le Rapport explicatif, sous chiffre 210.01, insiste sur la notion de "dialogue"), ce qui ne paraît pas très adapté aux nouvelles pratiques contractuelles, en particulier automatisées, qui prendront place sur les réseaux.

SBV Begriff „Dialog“: „Ein "Dialog" ist auch unter Abwesenden bzw. im Briefverkehr, per E-Mail oder per Fax möglich. Sowohl E-Mail wie Fax fallen aber zugleich unter den Begriff "andere elektronische Kommunikationsmittel" (und erlauben nach dem Gesagten auch den "Dialog"). - Nun wäre die Regelung wohl verfehlt, inskünftig einen Antrag mit E-Mail, per Fax etc. "dem Antrag unter Anwesenden" zuzuordnen. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, was unter "bedient sich ... persönlich" zu verstehen ist. Soll damit ausgedrückt werden, dass ein Dialog zwischen Mensch und (vorprogrammierter) Maschine von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung ausgenommen wird, was unseres Erachtens in dieser generellen Form aber kaum Sinn machen würde?

Entscheidend ist hier nicht allein die Möglichkeit eines "Dialogs" oder dass die Parteien sich eines "elektronischen Kommunikationsmittels" bedienen, sondern dass ein Kommunikationsmittel eingesetzt wird, als wäre man physisch präsent. Mit anderen Worten müssen unmittelbare und ununterbrochene Reaktion bzw. Gegenreaktion von der Gegenseite zur Kenntnis genommen und darauf reagiert werden können - ein vergleichbarer Zustand wie beim telefonisch geführten Gespräch. Wird aber via Internet-Technologie kommuniziert, hängt es von der Programmierung des Empfängersystems ab, ob eine unmittelbare Kenntnisnahme und Reaktion (kumulativ) möglich und vorgesehen ist. In Zusammenhang mit Letztgenanntem sei auch auf die im vorstehenden Absatz aufgeworfene Frage bezüglich "persönlich" verwiesen.

Stellt man Analogien zum heutigen Alltag her, so gehen wir davon aus, dass es im Internet derzeit nur wenige Fälle gibt, welche die Voraussetzungen erfüllen, damit von einem Angebot unter Anwesenden gesprochen werden kann. Dabei sei z.B. verwiesen auf den Fall, wo der Internet-Benutzer ein Buch bestellen kann. Da die Präsentation der Bücher in aller Regel als Katalog und damit nur als Einladung zur Offertstellung zu qualifizieren ist (siehe dazu auch die Ausführungen zu neu OR Art. 7 Abs. 2 und 3), handelt es sich vorliegend nicht um einen Antrag unter Anwesenden.

Schlussfolgerung: Der Versuch, den elektronischen Geschäftsverkehr gegebenenfalls unter die Regelung „Antrag unter Anwesenden“ zu subsumieren, ist fraglich. Der im Entwurf vorgeschlagene Wortlaut könnte ausserdem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Die Notwendigkeit einer Änderung ist nicht nachvollziehbar. Sollte aber trotzdem an einer Gesetzesrevision festgehalten werden, schlagen wir, gestützt auf die vorerwähnten Überlegungen, folgenden präzisierenden Gesetzeswortlaut vor:

"Wird über Telefon oder ein anderes elektronisches Hilfsmittel kommuniziert, welches einen, vergleichbar zu einem Gespräch unter Anwesenden unmittel-

baren und ununterbrochenen Dialog ermöglicht (online-Dialog), so gilt der Antrag als unter Anwesenden gestellt."

Bemerkt sei, dass geprüft werden müsste, inwiefern das Obligationenrecht in den nachfolgenden Bereichen nicht auch einer Korrektur bedürfte, falls der Antrag bzw. die Annahme zwar elektronisch abgegeben wird, jedoch als unter Abwesenden zu gelten hat: Wann gilt ein E-Mail als zugegangen? - Wenn es in der Mail-Box des Providers liegt oder wenn es vom Client des Kunden abgerufen worden ist? Ist entscheidend, ob die Erklärung auf dem Client des Empfängers abgespeichert wurde oder? Wo Empfangsbedürftigkeit vom Gesetz verlangt ist, genügt der Eingang im Machtbereich des Empfängers und wenn ja, wann ist dies gegeben?

SGV Es stellt sich unsererseits die Frage, inwieweit sich hier im Hinblick auf den elektronischen Geschäftsverkehr eine Anpassung aufdrängt. Falls dem so sein sollte, darf dies sicher nicht über den nun neu eingeführten, unbestimmten Rechtsbegriff des „Dialogs“ erfolgen. Es muss festgehalten werden, dass die Gleichstellung des Vertragsabschlusses unter Einsatz eines Kommunikationsmittels auf dem entscheidenden Kriterium der Unmittelbarkeit, das heisst des ununterbrochenen Willensaustausches beruht. Im Weiteren stellt sich auch die Frage nach der „persönlichen Bedienung“, da der Abschlusswille von der einen oder anderen oder gar beiden Vertragsparteien auf die Maschine programmiert werden kann. Schliesslich stellen sich in diesem Zusammenhang auch weitere Fragen, so insbesondere im Bereiche des Wirkungsbeginnes bei Verträgen, die unter Abwesenden geschlossen werden.

SICTA Die Gleichstellung von elektronischen Kommunikationsmitteln mit dem Telefon ist positiv.

SVV Nach Art. 4 Abs. 2 VE-OR soll ein Vertrag unter Anwesenden abgeschlossen worden sein, wenn ein Telefon oder ein anderes elektronisches Kommunikationsmittel, das einen Dialog ermöglicht, benutzt wird. Gemäss Begleitbericht sollen die Medien erfasst werden, mit denen ein Gesprächsaustausch wie beim Telefon möglich ist. Bereits heute werden allerdings sämtliche Varianten des direkten Dialogs auf Distanz unter den Begriff Telefon subsumiert, selbst wenn andere Technologien im Hintergrund stehen (z.B. Fernsehdialog). Gerade weil uns vermutlich noch einiges an kommunikations-technologischer Entwicklung bevorsteht, erübrigt sich deshalb eine erweiterte gesetzliche Umschreibung. Wird eine Anpassung des Gesetzes dennoch für notwendig erachtet, wäre eine präzisere Beschreibung wünschenswert, da die zur Diskussion stehende Fassung lediglich an der Möglichkeit eines Dialogs anknüpft und somit a priori auch die einseitige Übermittlung per E-mail oder Fax erfasst.

SWICO Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 der E-Commerce Richtlinie ("ECRL") geht der Entwurf von einem Vertrag unter Anwesenden aus, wenn er mittels eines elektronischen Kommunikationsmittels abgeschlossen wird, das einen "Dialog" unter den Vertragsschliessenden ermöglicht. Die im Begleitbericht hierzu erwähnte Kommunikation mittels am Computer angeschalteter Hörer und Mikrofone ist unseres Erachtens der Telefonie zuzuordnen. Der direkte schriftliche Dialog (vergleichbar einem "Chat") ist kaum eine Form, in welcher E-Commerce abgewickelt wird, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass auf Lieferantenseite ein Mensch den Dialog führt.

Wir erachten es deshalb als nicht sinnvoll, den Datenaustausch (selbst wenn er strukturiert erfolgt) als Vertragschluss unter Anwesenden zu betrachten.

swisscom Die Umschreibung „*das einen Dialog unter ihnen ermöglicht*“ ist missverständlich. Der Entwurf will ausdrücken, dass der Austausch der Willenserklärungen „interaktiv“ und „real-time“ geschehen muss. Diese beiden Kriterien sind letztlich entscheidend für das Kriterium „unter Anwesenden“. In Anlehnung an das Fernmeldegesetz, das den Telefondienst, mithin eine Kommunikationstechnik, die genau diese Voraussetzungen erfüllt, als „*fernmeldetechnische Sprachübertragung in Echtzeit*“ definiert, beantragen wir deshalb folgende technologieneutrale Anpassung: „(...) oder einer anderen Kommunikationstechnik, welche zwischen ihnen eine interaktive Verbindung in Echtzeit ermöglicht, (...)“

TCS Le TCS se demande s'il est véritablement judicieux de vouloir qualifier de contrats considérés comme conclus entre présents les contrats par téléphone, les contrats conclus par un moyen de communication électronique (le fax n'en étant pas, alors qu'il est un moyen de communication à distance à en croire le rapport à l'art. 40 c al. 1). Avec pour conséquence que, dans les contrats conclus entre présents, selon CO 4 al. 1, l'auteur de l'offre est délié lorsque l'acceptation n'a pas lieu immédiatement, si aucun délai n'a été fixé pour accepter l'offre. A notre sens, les seuls moyens de communication entre présents sont, la conversation avec présence physique des cocontractants et la conversation téléphonique. Dans les autres moyens de communication à distance, le dialogue peut être immédiat, mais il ne le sera pas nécessairement. C'est précisément le cas, notamment, du courrier électronique.

UNIGe Le Rapport explicatif ad art. 4 al. 2 (p. 9) contient une contradiction dans l'explication des hypothèses de contrats conclus entre absents, soit "lorsque les parties ont été personnellement en communication par un moyen de communication électronique qui ne leur permet pas de dialoguer entre elles". La condition de la communication personnelle permet de distinguer le contrat conclu entre présents du contrat conclu entre absents. Cette conditions n'est précisément pas réalisée si le moyen de communication électronique ne permet pas aux parties de dialoguer entre elles. Le Rapport explicatif (p. 9: 210.01, 2^e alinéa) devrait être corrigé par la suppression du mot "personnellement".

Uni ZH Nach Art. 4 Abs. 2 VE gilt ein Vertrag als unter Anwesenden geschlossen, wenn sich die Parteien des Telefons oder eines anderen *elektronischen Kommunikationsmittels* bedienen, *das einen Dialog unter ihnen ermöglicht*. Angesichts der modernen Kommunikationsmöglichkeiten wird hier sachgerecht auf die direkte Kommunikation, also die Möglichkeit zur direkten Rede und Gegenrede, abgestellt. Dabei kann die Kommunikation auch schriftlich erfolgen, wie dies bei den sog. *Chat-Foren* im Internet der Fall ist. Der VE bringt hier freilich nichts Neues; Art. 4 Abs. 2 OR wurde bereits de lege lata in diesem Sinne ausgelegt⁴⁸, so dass es sich bloss um gesetzgeberische Kosmetik handelt.

VIT Der Begriff des „Dialogs“ ist neu im OR. Wir schlagen statt dessen eine Formulierung vor, welche den entscheidenden Gesichtspunkt in Rahmen der

⁴⁸ Vgl. WEBER, E-Commerce (Fn 12), 317 mNw.

vertrauten OR-Terminologie von Lehre und Rechtsprechung deutlicher zum Ausdruck bringt:

„... Kommunikationsmittel, das einen unmittelbaren und ununterbrochenen Austausch von Willenserklärungen unter ihnen ermöglicht, so“.

Ferner ist zu fragen, ob mit dem Begriff „elektronisches Kommunikationsmittel“ nicht eine zu enge technische Fixierung getroffen wird. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang z.B. auf Art. 3 lit. c FMG, wo der Begriff „fernmeldetechnische Übertragung als „elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden und Empfangen von Informationen über Leitungen und Funk“ definiert wird.

321.02 Art. 6a Abs. 4 / Art. 6a al. 4 / Art. 6a cpv. 4

Kantone / Cantons / Cantoni

- BS:** Der neue Abs. 4 von Art. 6a OR sollte wohl nur auf "die Absätze 1-3" verweisen.
- GR:** Die Gleichstellung der Dienstleistungen mit den Sachen verdient grundsätzlich Zustimmung und auch der Verweis auf die Abs. 1-3 birgt keine unüberwindbaren Hindernisse. Sinnvoll wäre allerdings die Aufnahme eines ausdrücklichen Vorbehalts zugunsten der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.
- NW:** Abschliessend weisen wir darauf hin, dass sich in revArt. 6a Abs. 4 wohl ein kleiner Verschieb eingeschlichen hat. Nach unserem Dafürhalten sollte diese Vorschrift lauten: „Die Absätze 1 - 3 finden sinngemäss Anwendung auf unbestellte Dienstleistungen!“
- VD:** Ce nouvel alinéa prévoit que l'article 6a al. 1 à 3 CO s'applique par analogie à la fourniture de services non commandés. Si l'application de l'alinéa 1 ne pose aucun problème, celle des alinéas 2 et 3 présente des difficultés liées à la spécificité d'Internet. Par exemple, l'application par analogie de l'article 6a al. 3 CO laisse les questions suivantes sans réponse : dans quelle mesure peut-on considérer qu'il y a erreur, dans le cas où le message offrant le service est envoyé à plusieurs personnes à la fois ? A quel moment peut-on reconnaître qu'il y a erreur ? L'utilisateur est-il responsable de ce fait ? peut-on considérer que le fait de transmettre les coordonnées en réponse à l'envoi spontané d'un service est une forme d'acceptation de celui-ci ?
- Il conviendrait ainsi, pour pallier à ces problèmes d'application, de supprimer l'application par analogie de l'article 6a al. 2 et 3 CO à la fourniture de services non commandés.
- ZG:** Der neu in Artikel 6a OR eingefügte Absatz 4 enthält neben einem Verweis auf die Abs. 1 bis 3 auch einen unnötigen Verweis auf sich selbst. Abs. 4 sollte deshalb folgendermassen geändert werden: „Die Absätze 1-3 finden sinngemäss Anwendung auf unbestellte Dienstleistungen.“

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP Der im vorgeschlagenen Text gemachte Bezug auf die bisherigen „Absätze 1 – 4“ ist wohl versehentlich erfolgt, gibt es doch bis anhin nur deren 3.

SVP Auch hier ist keine Korrektur vonnöten. Bereits beim Erlass des jetzigen Art. 6a hat der Gesetzgeber die Dienstleistung wohl bewusst ausgeklammert.

Bei der Zustellung einer Dienstleistung handelt es sich nämlich nicht um eine unmittelbare Entreichung des Absenders, und es verbleibt in der Regel eine Kopie der Dienstleistung oder die für die Dienstleistung aufgewendete Arbeit beim Absender. Deshalb ist heute ein Aktivwerden in Bezug auf eine irrtümlich zugestellte Dienstleistung nicht nötig. Mit der vorgesehenen Korrektur würde sich dies jedoch ändern.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Riteniamo molto positivo il fatto che questo articolo faccia esplicito riferimento anche ai servizi. Si tratta in effetti di un settore in forte espansione anche nel commercio elettronico.

economiesuisse Die vorgeschlagene generelle Gleichstellung von unbestellten Dienstleistungen mit unbestellten Sachen lehnen wir ab. Wie die Schweizerische Bankiervereinigung in der Ihnen direkt zugegangenen Stellungnahme ausgeführt hat, würde die extensive Anwendung zu unabsehbaren und wohl auch nicht gewünschten Konsequenzen führen.

FEA Hier ist keine Korrektur nötig. Wer Dritten eine unbestellte Dienstleistung anbietet, befindet sich im Bezug auf seine Rechtslage eo ipso in der gleichen Situation wie der Anbieter einer Sache. Die wörtliche Nennung in einer besonderen Bestimmung ist daher nicht nötig.

kf Im neuen Absatz 4 kann logischerweise nur auf die vorhergehenden Absätze 1 – 3 verwiesen werden und nicht auf den Absatz 4.

kf: Die Absätze_1 – 3_finden sinngemäss.....

KPMG L'avant-projet propose de compléter le texte actuel de l'article 6a CO pour que celui-ci s'applique également à la fourniture des services non commandés. Sur la forme, un tel complément nécessite que la note marginale soit également complétée pour ne plus se limiter à «l'envoi de choses non commandées».

Par ailleurs et sur le fond, nous approuvons l'application par analogie de l'article 6a aux services. Ceci permettra notamment d'éviter toute discussion sur le point de savoir si dans un cas particulier l'on se trouve en présence d'un bien ou d'un service. Ceci étant, l'application de l'alinéa 3 à des biens ou services non commandés reçus par voie de courrier électronique nous paraît problématique. En effet, compte tenu de la pléthore de courriers électroniques qui circulent, il nous paraîtrait illusoire d'attendre du récipiendaire d'un bien ou d'un service électronique reçu par erreur qu'il en informe l'expéditeur. Par ailleurs, les motifs qui ont conduit à l'origine à l'adoption de cette disposition ne nous paraissent pas exister en cas de courrier électronique.

En effet, et contrairement au canapé livré à la mauvaise adresse, un logiciel adressé à la mauvaise personne n'a pas à être récupéré « physiquement » pour être envoyé au bon destinataire.

Il nous paraît ainsi nécessaire de limiter la portée de l'alinéa 3 à l'envoi d'une chose non commandée (ou la fourniture d'un service non commandé) par un moyen autre que la communication électronique.

Sager Die Gleichstellung von "Zusendung" unbestellter Dienstleistungen mit unbestellten Sachen ist grundsätzlich begrüssenswert, da eine unterschiedliche Wertung zwischen Dienstleistung und Sachen hier nicht gerechtfertigt war.

SBV Die h.L. zum geltenden Recht (vgl. z.B. Basler-Kommentar) geht davon aus, dass der Bestimmung kaum praktische Bedeutung zukomme und dass seit je gegolten habe, dass der Empfänger mit unbestellten Konsumgütern weder eine Vertragspflicht riskiere noch die Sache zurücksenden müsse; die in Abs. 3 stipulierte Benachrichtigungspflicht hätte sich sodann schon bisher aus der culpa-in-contrahendo-Argumentation begründen lassen.

Diese Lehrmeinung gilt u.E. erst recht hinsichtlich unbestellter zugestellter Dienstleistungen⁴⁹. Denn ein entscheidender Unterschied zwischen „Zustellung einer Sache“ und „Zustellung einer Dienstleistung“ besteht darin, dass mit dem Versand (ob elektronisch oder physisch) der Absender bei der Sache unmittelbar entreichert ist – d.h. die einen Wert verkörpernde Sache den Herrschaftsbereich gewechselt hat –, während bei der Dienstleistung eigentlich keine Entreichung erfährt, sondern höchstens ein allfälliger Gewinn für nicht bestellte Arbeit nicht realisiert werden kann – die übersandte Dienstleistung ist hier nur die Verkörperung der Dienstleistung und nicht die geleistete Arbeit als solches; sie wechselt nur bedingt die Herrschaft und es kann mit dem Zurückbehaltenen (Kopie) in aller Regelung vervielfacht weiterverwendet werden.

Bei extensiver Auslegung der geplanten Regelung würde diese nach dem heutigen Verständnis zu absurden Lösungen führen. Erhält jemand ein Horoskop, ein Rechtsgutachten, eine Anlageempfehlung etc., welche der Empfänger nicht bestellt hat, und muss er davon ausgehen, dass dies irrtümlich passiert ist, müsste er zukünftig aktiv werden. Fälle wie dem unmittelbar vorangehend geschilderten dürften sich hier massiv häufen.

⁴⁹ Fokussierung auf den elektronischen Geschäftsverkehr:

Woran denkt man hier überhaupt, wenn man von "Dienstleistungen" spricht? Ist mit dem Versand die Hauptleistung nicht schon erbracht, ohne dass aber dadurch eine Entreichung beim Versender eintritt - dies im Gegensatz zu versandten Sachen?

Wir denken bei "Dienstleistung" über das Web z.B. an Beratungsleistungen, Empfehlungen oder Informationen, die unbestellt erbracht und elektronisch zugestellt/zur Verfügung gestellt werden. Kann hier jedoch von Dienstleistung überhaupt noch gesprochen werden, wenn solche Mitteilungen unbestellt „versandt“ werden?

Passt die Regelung von Abs. 3 - Rücksendung von offensichtlich irrtümlich zugesandten "Dienstleistungen"? Kann man sich durch Benachrichtigung dieser Leistung entledigen bzw. muss sie zwecks Rücknahme aufbewahrt werden müssen?

Oder denkt man vorliegend bei Dienstleistungen z.B. an Programme/Software, die online auf den Client des Kunden geladen werden? (Wäre aber wohl keine Dienstleistung, sondern eher eine "dematerialisierte Sache".)

Schlussfolgerung: Es bedarf u.E. keiner gesetzlichen Korrektur, genügt doch das allgemeine Rechtsverständnis - gegebenenfalls in Ableitung von der vorliegend diskutierten Gesetzesbestimmung.

SGV Auch hier ist keine Korrektur erforderlich, da der gewählten Formulierung in der Praxis ohnehin kaum Bedeutung zukommt. Die „Zustellung einer Dienstleistung“ wird bereits heute der „Zustellung einer Sache“ gleichgestellt.

SVV Die Regelung über unbestellt zugesandte Sachen plant Art. 6a Abs. 4 VE-OR neu auch auf Dienstleistungen anzuwenden. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Vor dem Hintergrund der unzähligen Serviceleistungen, die vorwiegend aus Werbezecken täglich unbestellt an eine grosse Zahl von Adressaten versandt werden, erscheint allerdings die in Abs. 3 statuierte Verpflichtung, wonach der Absender bei offensichtlich irrtümlich zugesandten Sachen benachrichtigt werden muss, als nicht adäquat. Eine Limitierung des Anwendungsbereiches bei Dienstleistungen auf die ersten beiden Absätze rechtfertigt sich um so eher, als der materielle Wert von Dienstleistungen durch den Inhalt verkörpert wird und nicht durch das Medium auf welchem sie festgehalten ist. Der Absender ist trotz der Falschzustellung nämlich nicht wie bei körperlichen Gegenständen entreichert.

SWICO Die Unterstellung von unbestellten Dienstleistungen unter die Bestimmungen von Art. 6a Abs. 1-3 (ein Absatz 4 existiert nicht!) ist unseres Erachtens nicht nötig und sachfremd. Eine Dienstleistung, die auf elektronischem Weg erbracht wird, ist in der Regel mit ihrem Versand bzw. dem Abruf "konsumiert". Ein entscheidender Unterschied zwischen unbestellter Zustellung einer Sache und einer Dienstleistung besteht sicher darin, dass der Absender bei der Sache unmittelbar entreichert ist, d.h. eine einen Wert verkörpernde Sache den alleinigen Herrschaftsbereich gewechselt hat, während bei der Dienstleistung eigentlich keine Entreichung eintritt sondern nur ein beliebig reproduzierbares (und somit auch beim Versender verbleibendes) Arbeitsergebnis übersandt wird. Da unbestellte Dienstleistungen teilweise (ähnlich wie unbestellte Werbung) im Massenversand erfolgen können (Beispiel Horoskope, Anlageempfehlungen, Wettervorhersagen o.ä.), kann es kaum im Interesse des Benutzers sein, den Absender benachrichtigen zu müssen, wenn er zur Ansicht gelangt, dass die entsprechende Leistung irrtümlich an ihn gesandt worden ist. Die gewählte Lösung weicht auch stark von Art. 9 Fernabsatzrichtlinie ab.

swisscom Unseres Erachtens sind Fälle, in denen unbestellte Dienstleistungen zugesandt werden, schwer vorstellbar. Realistische Fälle sind jedoch solche, in denen immaterialgüterrechtlich geschützte Werke (urheberrechtlich geschützte Werke oder Marken) ohne vorgängige Bestellung zugesandt werden und für deren Nutzung vom Empfänger eine Lizenzgebühr verlangt wird. Es ist unklar, ob der Sinn der Bestimmung in Absatz 4 darin liegen sollte, dem Empfänger eine unentgeltliche gesetzliche Lizenz für Immaterialgüterrechte einzuräumen. Ferner ist zudem nicht klar, wie solche Fälle vom Sachverhalt des Spamming abzugrenzen sind.

Der Bereich der Dienstleistungen ist grundsätzlich durch die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, respektive über die Geschäftsanmassung gemäss Artikel 423 OR, abgedeckt.

Unseres Erachtens können die Regelungen von Artikel 6a Absatz 1-3 nicht einfach analog auf Dienstleistungen angewandt werden. Wir beantragen daher:

Artikel 6a) Abs. 4 streichen

TCS Le TCS est d'accord avec le principe selon lequel ce n'est qu'en cas d'erreur manifeste que le client a l'obligation de renvoyer ou de conserver un objet non commandé.

En pratique, toutefois, le TCS estime que, – surtout pour les objets non commandés mis à disposition par la voie électronique -, la réserve de l'erreur risque de rester vaine. Matériellement, les risques d'envois personnels à une fausse adresse électronique sont limités aux cas d'adresses électroniques qui présentent des similitudes. On peut douter qu'une telle réserve soit applicable en cas d'envoi groupé, car l'aspect personnel de l'envoi n'en ressortira que moins.

L'exemple donné, dans le rapport explicatif, de la mise à disposition d'un horoscope est précisément à notre sens, un exemple à effet contraire : les considérations qui y figurent peuvent s'appliquer à différentes personnes (au moins celles du même signe astrologique). De plus, n'étant pas rationnels, ni toujours suffisamment personnalisés, les horoscopes présentent, d'un point de vue commercial, la particularité de pouvoir concerner plusieurs personnes assez différentes. Même au cas où une date de naissance indiquée à un destinataire ne correspondrait pas, ce qui donnerait à penser à une erreur, on ne voit pas pourquoi le consommateur devrait faire des frais de renvoi à l'expéditeur ou conserver longtemps cet horoscope dans ses données. Une conservation semble dénuée de sens pour de telles « informations » dont l'actualité est limitée.

UNIGe La modification de l'art. 6a CO - envoi de marchandises et fourniture de services non commandés - est conforme à l'art. 9 Directive sur la vente à distance. Elle constitue une amélioration de la situation du consommateur en ce qui concerne le fait que l'envoi d'un service non commandé ne peut être pas considéré comme une offre. En revanche l'application par analogie de l'art. 6 al. 3 CO risque d'imposer une charge trop lourde au destinataire. En effet, le destinataire d'un service non commandé, dont le courrier électronique est quotidiennement inondé d'innombrables messages avec ou sans propositions de services, aurait l'obligation de répondre à ceux qui comportent un envoi manifestement dû à une erreur. Il conviendrait donc de supprimer le renvoi à l'alinéa 3.

Uni ZH Ausgangslage

Die Fernabsatz-RiL sieht in Art. 9 einen Schutz des Konsumenten vor unbestellten Waren und Dienstleistungen vor. Danach ist die Zusendung unbestellter Waren oder das Erbringen unbestellter Dienstleistungen unzulässig, sofern damit eine Zahlungsaufforderung verbunden ist. Der Konsument ist in diesem Fall zu keiner Gegenleistung verpflichtet und kann sich einer Reaktion enthalten, ohne dass dies als Zustimmung gilt. Die Thematik ist in erster Linie wettbewerbsrechtlicher Natur⁵⁰, bezüglich der Gegenleistungspflicht mit einer zusätzlichen vertragsrechtlichen Komponente. Der schweizerische Gesetzgeber hat diesbezüglich bereits 1990 Vorarbeit

⁵⁰ Z.B. REICH, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581, 587; SOSNITZA, Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB: Die Reichweite des neuen § 241a BGB, BB 2000, 2317.

geleistet und die Zusendung unbestellter Sachen durch Art. 6a OR geregelt. Diese Bestimmung war bereits Gegenstand der Kritik. Weil sich der Gesetzgeber von rein pragmatischen Gesichtspunkten leiten liess, ist insbesondere die dogmatische Einordnung strittig. In einem ersten Schritt soll deshalb die Stellung von Art. 6a OR im Privatrecht näher betrachtet und danach die vom VE vorgesehene Änderung gewürdigt werden.

Rechtsnatur von Art. 6a OR

Vor Inkrafttreten des Art. 6a OR wurde die Zusendung unbestellter Sachen als Realofferte betrachtet, wobei aus dem Schweigen des Empfängers nicht auf eine Annahme geschlossen werden konnte⁵¹. Da nach dem Kausalitätsprinzip ein derivativer Eigentumserwerb neben der Besitzübergabe stets eine gültige causa erfordert, war für den Empfänger die Sache nach wie vor fremd – Besitz ohne causa – und damit verbunden eine gewisse Unsicherheit bezüglich seiner Rechtsstellung gegenüber dem Absender. Art. 6a OR sollte diese Unsicherheit auf pragmatische Weise beseitigen: Obwohl die Zusendung einer unbestellten Sache lediglich ein faktischer Vorgang ist, wie Abs. 1 ausdrücklich sagt, ist die dadurch herbeigeführte Güterverschiebung eine endgültige, indem der Empfänger nach Abs. 2 frei über die Sache verfügen kann, ohne Gegenleistung⁵². Diese Regelung gab unter dogmatischen Gesichtspunkten Anlass zu Diskussionen. So ist umstritten, welchen Einfluss sie auf die dingliche Rechtsstellung des Absenders hat⁵³. Dabei ist die Frage allerdings falsch gestellt: Das Sachenrecht geht aufgrund seiner Zustandsbezogenheit davon aus, dass der Besitzer einer Sache auch ihr Eigentümer ist (vgl. Art. 930 Abs. 1 ZGB). Entsprechend reicht für die Übertragung von Fahrniseigentum nach Art. 714 Abs. 1 i.V.m. Art. 922 ZGB die Übergabe der Sache. Aufgrund des Kausalitätsprinzips führt jedoch nicht jeder wirtschaftliche Austausch von Sachen zu einem Eigentümerwechsel, sondern nur, wenn dies auch das Obligationenrecht als das „Recht des Güterumsatzes oder der Güterbewegung“⁵⁴ vorsieht. Die Frage lautet daher nicht, wie die Zusendung unbestellter Sachen sachenrechtlich zu qualifizieren ist (zweifelloso Besitzübergabe), sondern ob das Obligationenrecht diese Vermögensverschiebung als endgültig betrachtet, also eine Aussage darüber trifft, wem die Sache gebührt. Dies ist durchaus der Fall: Nach Art. 6a Abs. 2 OR gebührt die Sache grundsätzlich dem Empfänger und nur im Falle einer offensichtlich irrtümlich zugesandten Sache nach Abs. 3 dem Absender. Art. 6a

⁵¹ LAIM, Die „vermutete Dereliktion“ bei Zusendung unbestellter Sachen i.S.v. Art. 6a OR, recht 1995, 188 Fn 7 mNw.

⁵² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A. Zürich 1998, N 430; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A. Bern 2000, N 28.14; A. KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, N 525.

⁵³ Die Botschaft sowie ein Teil der Lehre gehen hier von einer Dereliktion aus (Botschaft BBl 1986 II 354, 385; ebenso A. KOLLER [Fn 17], N 527); a. A. D. PIOTET, Le statut réel des marchandises envoyées sans commande, SJZ 89 (1993) 150; LAIM (Fn 16), 188 ff.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. éd. Berne 1997, 207.

⁵⁴ LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. A. München 1987, 4.

OR stellt deshalb eine gesetzliche causa des Behaltendürfens⁵⁵ dar, sofern der Empfänger gutgläubig ist⁵⁶, und ersetzt damit den fehlenden vertraglichen Rechtsgrund. Der Empfänger ist damit neuer Eigentümer der Sache.

Kritik an der Neuregelung

Der VE sieht nun in einem Abs. 4 vor, dass diese Regelung sinngemäss auch auf „unbestellte Dienstleistungen“ Anwendung finden soll. Die Dienstleistung als Rechtsbegriff wurde erstmals im Rahmen der OR-Novelle zum Konsumentenschutz⁵⁷ in das Obligationenrecht aufgenommen (Art. 40a Abs. 1 und Art. 40f Abs. 3 OR). Sie umfasst alle Verträge, bei denen die typische Hauptleistungspflicht des Anbieters eine entgeltliche Tätigkeit körperlicher oder geistiger Art darstellt⁵⁸. Im Gegensatz zur Frage der Güterzuordnung bei der Sachleistung, die ohne die Regelung des Art. 6a Abs. 2 OR nicht ohne weiteres klar wäre, stellt sich bei der Dienstleistung die Frage nach dem Auslagen- und Verwendungsersatz sowie einem allfälligen Honoraranspruch. Dies ist positivrechtlich klar geregelt: Ein Honorar ist stets nur im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung geschuldet⁵⁹, während ein Anspruch auf Auslagen- und Verwendungsersatz nach Art. 422 Abs. 1 OR auch bei Fehlen einer solchen bestehen kann, sofern die Handlung durch das Interesse des Begünstigten geboten ist⁶⁰. Die Regelung über die echte und berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag schafft hier einen Ausgleich der Interessen der Beteiligten und bezweckt damit die Förderung fremdnützigen Handelns („Menschenhilfe“)⁶¹. Eine Gleichstellung von unbestellten Sach- und Dienstleistungen steht mit diesen Wertungen in unvereinbarem Widerspruch: Die sinngemässe Anwendung von Art. 6a OR auf Dienstleistungen hätte zur Folge, dass der Begünstigte zu keiner Gegenleistung verpflichtet wäre, weder zu einer vertraglichen, weil die Entgegennahme der Leistung nach Abs. 1 keine Annahme darstellt, noch zu einer gesetzlichen, weil diese nach Abs. 2 ausgeschlossen wäre. Im Schulbeispiel des zufällig zu einem Unfall kommenden Arztes könnte sich somit das Opfer stets mit dem Hinweis auf die unbestellte Dienstleistung einem Ersatzanspruch aus Art. 422 Abs. 1 OR widersetzen. Der echten GoA wäre damit der Anwendungsbereich entzogen.

⁵⁵ Behalten dürfen heisst nicht behalten müssen. Der Empfänger muss sich selbstverständlich kein Eigentum aufdrängen lassen, sondern kann den Eigentumserwerb ablehnen. Eigentümer bleibt dann nach wie vor der Absender.

⁵⁶ Der gute Glaube fehlt, wenn der Empfänger erkannt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Ware nicht für ihn bestimmt war oder die Zusendung in der irrigen Annahme einer Bestellung erfolgt ist, also im Falle von Abs. 3 (vgl. jetzt § 241a Abs. 2 BGB).

⁵⁷ BG vom 5. Oktober 1990 über die Änderung des OR, in Kraft seit 1. Juli 1991.

⁵⁸ DORNIER, Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a-g OR), Diss. Freiburg 1994, N 141.

⁵⁹ Siehe z.B. Art. 322 Abs. 1, 363, 394 Abs. 3 OR.

⁶⁰ Reine Nützlichkeit reicht hierfür nicht (BGE 95 II 93, 104; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5. A. Bern 1999, 312; ZK-SCHMID Art. 422 N 11 ff. mNw.).

⁶¹ ZK-SCHMID Vorbemerkungen zu Art. 419-424 N 24; dass aufgrund dieses Interessenausgleichs die Ausgangslage bei Sach- und Dienstleistungen nicht dieselbe ist, wird im Begleitbericht (N 210.02) grundlegend verkannt.

Im Begleitbericht wird diese Problematik freilich nicht thematisiert. Wie die genannten Beispiele⁶² nahelegen, soll lediglich eine Gleichbehandlung der unbestellten Zusendung von digitalisierten Produkten mit der herkömmlichen Sachleistung erreicht werden. Die Qualifikation sämtlicher digitalisierter Produkte als Dienstleistung ist unter Zugrundelegung des herrschenden Dienstleistungsbegriffs verfehlt⁶³. Nach der oben dargelegten Funktion von Art. 6a OR wird zudem grundlegend verkannt, dass bei der Zusendung digitalisierter Produkte in Anbetracht von Art. 713 ZGB nicht die Frage des Eigentums relevant ist, sondern allenfalls urheberrechtliche Aspekte eine Rolle spielen, auf die Art. 6a OR ohnehin keinen Einfluss hat. Letztlich geht es nur um die Frage, ob die Nutzung von unangeforderten Informationen einen Anspruch des Informanten (Absenders) auf Entgelt begründet, was bereits nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen zu verneinen ist, ohne dass es einer verwirrenden Änderung des Art. 6a OR bedürfte. Im Übrigen ist die Thematik sachgerecht im Wettbewerbsrecht anzusiedeln, besteht doch die grundsätzliche Intention der Regelung darin, eine Form anreisserischer Werbung für unzulässig zu erklären⁶⁴. Der Gesetzgeber sollte von einer Umsetzung des Art. 6a Abs. 4 VE-OR absehen.

321.03 Art. 7 Abs. 2 und 3 / Art. 7 al. 2 et 3 / Art. 7 cpv. 2 e 3

Kantone / Cantons / Cantoni

- BS:** Im Begleitbericht zum Entwurf ist festgehalten, dass die Präsentation von individualisierten Waren oder Dienstleistungen nur dann als Antrag gilt, wenn die Zahl der verfügbaren Produkte angegeben ist und bei jeder Bestellung sinkt. Diese Anforderungen lassen sich unseres Erachtens dem Ausdruck "individualisierte Ware oder Dienstleistungen" nicht entnehmen. Auch hier wäre somit eine präzisere Formulierung angebracht.
- GE:** Les modifications proposées aux alinéas 2 et 3 de l'art. 7 CO ne paraissent pas utiles. Le remplacement du mot "exposer" (al. 3) par le mot "proposer" fait perdre sa clarté à la distinction entre le simple "envoi" de tarifs ou autres qui ne constitue pas une offre (al. 2) et "l'exposition" de marchandises mentionnée à l'al. 3, dans la règle tenue pour une offre. Le principe de la confiance fournit un cadre suffisamment souple et connu pour déterminer si une manifestation de volonté constitue ou non une offre, même si elle prend la forme électronique. Aucun critère précis n'ayant été développé quant à la qualification juridique de propositions faites par la voie électronique, il vaut mieux en rester au principe de la confiance, sans modification de l'art. 7 CO.

⁶² Der Begleitbericht nennt das unbestellte Zusenden von Briefköpfen und Horoskopfen (Ziff. 210.02); hier drängt sich zudem die grundsätzliche Frage auf, ob solche Bagatellen überhaupt eine gesetzgeberische Tätigkeit rechtfertigen.

⁶³ Dass Rechtsbegriffe einheitlich zu verwenden sind, postuliert das Bundesamt für Justiz immerhin selbst (Bundesamt für Justiz [Hrsg.], Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes [1995] 307, <http://www.ofj.admin.ch/themen/gesmeth/gleitf-d.pdf>; 15.5.2001); gegen die Gleichstellung von Dienst- und Produktleistung insbesondere im Internet auch ZULAUF, Informationsqualität, Diss. Zürich 2000, 56 f.

⁶⁴ So ausdrücklich der 16. Erwägungsgrund zur Fernabsatz-RiL: „Die Absatztechnik [...] ist als nicht zulässig anzusehen“; ebenso SOSNITZA (Fn 15), 2317.

JU: L'utilité et la nécessité de l'adjonction proposée à l'alinéa 2 paraît peu évidente, la teneur actuelle de la disposition étant suffisamment claire.

Le verbe "proposer" pouvant avoir une signification très proche de celle du verbe "offrir", son emploi dans la rédaction de l'alinéa 3 n'est pas très heureux.

LU: zu Art. 7 Abs. 2 OR: In Gesetzestexten sollten die Worte ausgeschrieben und nicht abgekürzt werden. Die Wendung „an sich“ ist überflüssig, und wenn dennoch daran festgehalten werden soll, ist sie durch „grundsätzlich“ zu ersetzen.

VD: L'article 7 al. 2 et 3 P-CO parle respectivement de l'envoi de tarifs, de prix courants, qui ne constitue pas une offre de contracter, et de la proposition d'un bien ou un service avec une indication de prix qui est tenue dans la règle pour une offre.

Selon le rapport explicatif (p. 10), dans ce deuxième cas, «un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock». Cette disposition est particulièrement restrictive : de nombreuses entreprises qui font du commerce en ligne ne disposent pas des produits commandés dans leur stock, mais fonctionnent selon le système du flux tendu.

En outre, comme on peut le constater à la lecture de l'article 3 let. b^{bis} P-LCD, cet article oblige tout commerçant en ligne à proposer ses biens accompagnés du prix. Autrement dit, l'exploitant d'un site en ligne permettant d'effectuer du commerce en ligne ne pourrait qu'émettre une « offre » en application de l'article 7 al. 3 P-CO, à l'exclusion de tout appel d'offre, sauf à violer l'article 3 let. b^{bis} P-LCD et agir déloyalement.

Il serait préférable de considérer que la présentation de marchandises sur le réseau constitue un appel d'offre, quitte à adopter un nouvel alinéa 4 à l'article 7 CO.

Dans le cas contraire, il serait nécessaire de mentionner dans la loi que le fait de proposer un produit sur le réseau implique sa présence nécessaire en stock.

VS: Art. 7 Abs. 3

Unserer Ansicht nach sind die beiden Gesetzestexte sprachlich besser aufeinander abzustimmen, zumal in der französischen Fassung des Entwurfs der Begriff „individualisiert“ nicht aufgeführt ist und im deutschen Text die Bezeichnung "namentlich" aufgeführt ist, welche im französischen Text fehlt.

ZG: In Art. 7 Abs. 3 OR sollte es heissen „mit Angabe des Preises“ (statt „Angaben“).

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP Die vorgenommenen Unterscheidungen zwischen der Versendung oder Veröffentlichung bzw. der „Präsentation“ erscheint äusserst schwierig. Insbesondere der Unterschied zwischen „Veröffentlichung“ (Abs. 2) und „Präsentation“ (Abs. 3) – gerade wenn wir ans Internet denken – ist nicht klar abgrenzbar und damit rechtstechnisch fragwürdig. Der Abgrenzungsversuch mit dem Zusatz der „individualisierten“ Waren oder Dienstleistungen vermag diese Schwierigkeit nicht zu lösen, sondern schafft eher neue Fragen. Grundsätzlich zu hinter-

fragen bleibt zudem die Ersetzung des bisherigen Begriffs der „Auslage“ (Abs. 3) mit demjenigen der „Präsentation“.

Die Wortwahl mit „namentlich“ unter Verweisung auf den elektronischen Weg ist zu stringent.

Die FDP schlägt daher vor, alle Versendungen oder Veröffentlichungen auf elektronischem Weg generell der heutigen Regelung von Absatz 2 gleichzustellen.

SVP Die vorgesehene Korrektur „namentlich auf elektronischem Weg“ ist unglücklich formuliert und kann auf eine Ausschliesslichkeit des elektronischen Weges hindeuten. Zudem anerkennt die herrschende Lehre bereits heute, dass das sogenannte „Aufschalten auf das Internet“ dem Versenden von Tarifen, Preislisten und dergleichen gleichgestellt werden kann. Deshalb können auch die geltenden Bestimmungen in Art. 7 Abs. 2 und 3 auf den elektronischen Geschäftsverkehr angewandt werden; es drängen sich keine Änderungen auf.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Concordiamo con la proposta che l'invio o la pubblicazione di tariffe, prezzi correnti o simili per via elettronica non costituisca una proposta. Riteniamo tuttavia che il cpv. 3 non chiarisca sufficientemente se la presentazione di merci o servizi personalizzati costituisca o meno una proposta.

Bauernverband OR, Art. 7 Absatz 2 neu fassen, Absatz 3 streichen

Begründung: In vielen Fällen gilt das Angebot für eine ganz bestimmte Menge, z. B. Ferienplatz auf dem Bauernhof, Produkte vom Hof. Da die Präsentation namentlich auf elektronischem Weg mehr oder weniger gleichzeitig mehrere Buchungen/ Bestellungen auslösen kann, können nicht alle erfüllt werden. Der rechtsgültige Vertragsabschluss erfordert daher immer eine Bestätigung. Eine solche Regelung entspricht im übrigen auch der Rechtsnorm anderer Länder, namentlich der EU.

economiesuisse Wir lehnen die Gesetzesänderung ab. Gerade im elektronischen Geschäftsverkehr würde die Änderung nur zu grösseren Verwirrungen und Unklarheiten führen. Es ergäben sich stossende Ungleichheiten zwischen dem elektronischen und dem physischen Handel, etwa für eine Online-Buchhandlung (gilt die elektronische Darstellung als Katalog oder als Präsentation?). Ein Antrag soll dann angenommen werden, wenn die "ausgelegten" oder "präsentierten" Waren und Dienstleistungen unmittelbar mitgenommen bzw. bezogen werden können. Darin und nicht in der Individualisierung liegt der entscheidende Unterschied.

FEA Es ist nicht einzusehen, weshalb eine besondere Erwähnung des elektronischen Versandes im Gesetz Eingang finden soll. Es kann nicht von Belang sein, mit welchen Mitteln ein Anbieter seine Tarife, Preislisten etc. an eine unbestimmte Zahl von Dritten weitergibt. Die geltenden Bestimmungen in Art. 7 Abs. 2 und 3 reichen deshalb unverändert aus.

FRI Selon cet alinéa, le fait de proposer un bien ou un service par voie électronique, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre.

Un problème se posera inéluctablement dans les cas où le bien considéré est disponible en quantité limitée, voire en un exemplaire unique. L'offrant s'expose

au risque de passer des contrats plus nombreux qu'il ne dispose de biens à livrer.

Ainsi, sommes-nous d'avis d'incorporer clairement dans cette disposition l'idée évoquée dans le rapport explicatif selon laquelle un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock.

kf Der Verweis „namentlich auf elektronischem Weg“ ist unnötig. Es ist klar, dass der elektronische Weg auch eine Versendung und Veröffentlichung und eine Präsentation ist; das „namentlich“ macht aus dem elektronischen Weg eine Besonderheit, die er nicht verdient.

kf: Artikel in alter Form belassen

KPMG Les modifications proposées à l'article 7 AP-CO nous paraissent nécessaires afin de clarifier la situation.

Il faut cependant garder à l'esprit que, dans la majorité des cas, l'entreprise qui souhaite vendre des biens ou des services par Internet fera usage de la faculté qui est donnée à l'article 7 alinéa 1 CO, c'est-à-dire qu'elle émettra une réserve afin de ne pas être liée par son offre sans avoir pu au préalable, d'une part, s'assurer de la disponibilité en stock du bien commandé et, d'autre, part de la solvabilité de son cocontractant.

On peut ainsi légitimement se demander s'il ne serait pas plus judicieux de retenir que par principe il n'y a pas offre lorsqu'un fournisseur présente ses biens ou services sur Internet. Si l'on ne souhaite pas aller aussi loin, les remarques suivantes s'imposent.

Le rapport explicatif mentionne la question du stock qui serait indiqué sur le site Internet. Le rapport explicatif expose qu' "*un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock*"⁶⁵. La question de l'existence réelle en stock n'étant pas abordée dans le texte proposé, introduire cette notion dans le rapport explicatif ne peut que conduire à des incertitudes. En effet, se basant sur le rapport explicatif dans sa teneur actuelle, l'on pourrait soutenir qu'à défaut de mentionner sur le site Internet la quantité restant en stock d'un bien déterminé, il n'y aurait pas offre. Ainsi l'exception deviendrait la règle puisque la très grande majorité des sites ne contiennent en général pas une telle indication. Le rapport doit donc être modifié sur ce point.

Enfin, et du point de vue de la systématique de la loi, nous proposons d'inverser les alinéas 2 et 3. Ainsi, l'alinéa 2, devenu 3, constituerait un cas d'application de l'alinéa précédent, ou plus précisément une exception, en ce sens que le simple envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne suffit pas pour qu'il y ait offre.

SAV Selon le texte actuel de l'article 7 CO, le critère de distinction réside dans le fait d'*envoyer* des tarifs pour l'article 7 al. 2 CO et d'*exposer* des marchandises dans le cas de l'article 7 al. 3 CO. Cependant, les notions d'envoi ou d'exposition n'ont guère de sens sur le réseau Internet. Dans les deux cas, les marchandises en question sont affichées à l'écran et sont l'expression visuelle de données numériques sauvegardées, en tous les cas de manière temporaire,

⁶⁵ Rapport, ch. 210.03, p. 10

dans la mémoire de l'ordinateur de celui qui les consulte. Dès lors, une clarification semblait souhaitable.

Cependant, le texte modifié de l'avant-projet se contente de mentionner explicitement la "voie électronique" (alors que son application sur Internet ne faisait aucun doute) et de remplacer la notion "d'exposition" par celle de "proposition", sans apporter de précision quant au critère de distinction qui devrait être retenu. Selon le rapport explicatif toutefois (chiffre 210.03), "un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock. Ce sera par exemple le cas si la quantité disponible est indiquée et diminue à chaque commande effectuée". Ce critère paraît trop strict. Il peut en effet très bien arriver que le vendeur, spécialement dans une économie de "flux tendus" et de "zéro-stock", ne dispose pas (encore) de la marchandise au moment où il s'engage à la vendre (et rien, dans le droit privé suisse, ne l'obligerait d'ailleurs à en être propriétaire au moment de l'acte générateur d'obligation). Ainsi, on peut penser qu'une des conséquences de cette modification sera de généraliser l'article 7 alinéa 2 CO.

De plus, la formulation modifiée a pour conséquence d'obscurcir la distinction en dehors du réseau.

Sager Diese Regelung ist ebenfalls zu begrüßen. Allerdings könnte die Präzisierung im Abs. 2 "namentlich auf elektronischem Weg" zu Missverständnissen führen, da wohl jegliche Versendung oder Veröffentlichung gemeint ist. Aus diesem Grund sollte diese Präzisierung gestrichen werden.

SBV Der Unterschied zwischen Abs. 2 und 3 lag und liegt darin, dass Abs. 2 nicht nur von "Versendung" sondern auch von "Veröffentlichung" handelt, während Abs. 3 von "Präsentation" spricht. Die Abgrenzung von "Veröffentlichung" (neu eingefügt in Abs. 2) und "Präsentation" (neu anstelle von „Auslage“ eingefügt in Abs. 3) ist jedoch in der neuen Technologie nicht klar (vgl. auch die nachfolgenden Bemerkungen "zu Abs. 3").

zu Abs. 2: Die Änderung ist zu ausschliesslich auf den elektronischen Versand fokussiert, wird doch von "namentlich" gesprochen. Tatsächlich müsste die bestehende Bestimmung aber höchstens, hinsichtlich elektronisch versandte Tarife bzw. Preislisten und einer "Veröffentlichung" derselben ergänzt werden, anerkennt doch die herrschende Lehre schon heute, dass das Aufschalten - bzw. Präsentation, Veröffentlichung - auf dem Internet dem Versand von Tarifen und Preislisten gleichzusetzen ist.

zu Abs. 3: Vorweg: Auch hier sind wir der Meinung, dass der Fokus zu ausschliesslich auf dem Elektronischen liegt.

Ausserdem: Der bisher für sich selbstredende Begriff der "Auslage" ist vollständig weggefallen bzw. durch Präsentation ersetzt worden. Soll mit "Präsentation" vom Sinngehalt her dieselbe Aussage wie mit "Auslage" gemacht werden, so stellt sich die Frage, was die Anforderungen an eine Präsentation sind, damit man von einer Präsentation sprechen kann und, worin denn der Unterschied zwischen "Veröffentlichung" und "Präsentation" liegt (bei der neuen Technologie). Eben diese Schwierigkeit will das BGEG durch die Einfügung von "individualisieren" (der Ware bzw. Dienstleistung) lösen, was nicht als tauglich erscheint.

Entscheidend dafür, dass es sich nach dem geltenden Recht um eine „Auslage“ handeln konnte, war, dass die Sache vom potentiellen Käufer unmittelbar

mitgenommen werden konnte. Eben dieses Kriterium müsste wohl, statt „individualisiert“, sinngemäss in die Bestimmung aufgenommen werden. Damit könnten grundsätzlich nur online beziehbare Waren oder Leistungen vorliegend zur Diskussion stehen. Andernfalls setzt ein Angebot von Gütern/Leistungen einen konkreten Angebotswillen voraus, was durch entsprechende technische Prozesse des Systems oder eine entsprechende Formulierung zum Ausdruck gebracht werden muss –(von einer "individualisierten Ware oder Dienstleistung" kann bei Gattungsware aber nicht gesprochen werden). Auch hier entscheidet sich die Frage, ob es sich tatsächlich um ein Angebot oder bloss um eine Einladung zur Offertstellung handelt, nach der h.L. allein danach, wie die Sache bzw. Dienstleistung tatsächlich präsentiert wird (Wortlaut bzw. installierter technischer Prozess); mit "individualisiert" hat dies aber nichts zu tun.

Beigefügt sei, dass die EU-Richtlinie betreffend den elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 11 Abs. 1) den Vertragsschluss auch nicht automatisch eintreten lässt, sondern die Zustellung einer Bestätigung seitens des Anbieters verlangt - und dies wohl in Anerkennung vorerwähnter Problematik.

Schlussfolgerung: Die im Entwurf vorgeschlagenen Texte lehnen wir ab. Ausserdem ist die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung fraglich, kann doch die bestehende Bestimmung problemlos auf die neue Technologie angewendet werden. Falls Abs. 2 trotzdem geändert werden sollte, muss der Fokus dort gelegt werden, wo die Änderung hin zielt. Dieses liegt aber allein auf der Einfügung des Begriffes "Veröffentlichung", unabhängig ob physisch oder elektronisch. Entsprechend würden wir folgende Präzisierung vorschlagen:

²Die Versendung oder Veröffentlichung von Tarifen, Preislisten und dergleichen, ~~namentlich auf elektronischem Weg~~, bedeutet keinen Antrag.

SGV Gerade im elektronischen Geschäftsverkehr ist die vorgesehene Abgrenzung zwischen Katalog und Präsentation kaum zu bewerkstelligen. Unseres Erachtens ist deshalb nicht das unbestimmte Kriterium der Individualisierung, sondern dasjenige der direkten physischen Verfügbarkeit das entscheidende.

SICTA Art. 7 Abs. 2 OR: Der Text ist nicht ausreichend klar. Wir empfehlen, den Ausdruck "an sich" zu streichen. Als dispositive Norm lässt sie sowieso jedem Anbieter die Freiheit, selbst zu bestimmen, wie weit Informationen in Tarifen, Preislisten und ähnlichem verbindlich sind.

Art. 7 Abs. 3 OR: Der Begriff "individualisierte" Ware oder Dienstleistung ist unklar. Die vorgeschlagene Regel würde den E-Commerce behindern.

Die Warenauslage im Schaufenster lässt sich nicht mit der Präsentation im Internet vergleichen. Bei der Warenauslage hat der Käufer die Möglichkeit, gegen Aushändigung des Kaufpreises den Kauf zu vollziehen. Die Trennlinie zwischen verbindlichem und unverbindlichem Angebot müsste die Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs berücksichtigen. Grundsätzlich gehen wir davon aus, dass die Präsentation von Einzelstücken wie von Gattungswaren im Internet nicht als Antrag zu werten ist. Als eigentliche bindende Offerte dagegen könnte ein Angebot angesehen werden, wenn die Leistung direkt in digitalisierter Form gegen Bezahlung (z.B. Kreditkarte) bezogen werden kann. Dazu gehören Informationen (Wirtschaftsauskünfte, News), Software, Bilder, Musik und vieles andere.

Überall dort, wo im Internet ein Zug um Zug Geschäft nicht möglich ist, wäre die Gleichstellung der Präsentation mit einem bindenden Antrag wenig sinnvoll.

Der Anbieter muss nämlich die Möglichkeit haben zu klären, ob die Ware überhaupt geliefert werden kann, ob die Bonität des Kunden stimmt, ob er bezugsberechtigt ist (Medikamente), oder ob der Abnehmer in der Lage ist, mit dem Produkt richtig umzugehen (Sicherheitsaspekte).

SVV Schliesslich soll die Veröffentlichung von Tarifen und Preislisten auf elektronischem Weg der traditionellen Versendung von Tarifen gleichgestellt werden (Art. 7 Abs. 2 VE-OR) und neu auch die Präsentation von Waren oder Dienstleistungen mit individualisierten Preisangaben gleich wie Waren in Auslagen als konkrete Anträge behandelt werden (Art. 7 Abs. 3 VE-OR). Abgesehen davon, dass die Unterscheidung von *veröffentlichten Preislisten* und die *Präsentation von individualisierten Preisangaben* unmotiviert und gerade bei Internetangeboten im Einzelfall schwer zu machen ist, erscheint vor allem die Regelung in Abs. 3 wenig praktikabel und auch in rechtsvergleichender Hinsicht höchst problematisch zu sein. Alle umliegenden Staaten und auch die EU behandelt eine Präsentation, sei dies im Schaufenster oder im Internet, als eine Einladung zur Offerte. Dies macht auch Sinn, denn andernfalls bleibt ein Anbieter solange an sein Angebot gebunden, bis er dieses als nicht mehr gültig bezeichnet resp. vom Internet entfernt. Im Sinne einer Annäherung an die international geltenden Regelungen rechtfertigt sich folglich eine Übernahme des europäischen Konzepts. Einkäufen virtueller Art (wenn z.B. eine Kamera durch das Geschäft führt), wie sie im Internet bereits existieren, kann durch eine extensive Auslegung der bestehenden Bestimmungen genügend Rechnung getragen werden

SWICO Die vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Versenden oder Veröffentlichenden von Preisen und der Präsentation von Waren oder Dienstleistungen mit Preisen ist nicht zweckdienlich. Jegliche elektronische Publikation, welche sich nicht an einen bestimmten Adressaten richtet ("Veröffentlichung"), soll unter die Bestimmung von Abs. 2 fallen. Dies betrifft insbesondere eben auch die "Präsentation" von Waren und Dienstleistungen in einer Electronic Mall. Die vorgesehene Lösung unter Abs. 3 würde dazu führen, dass das elektronische Anbieten jeglicher individualisierter Ware oder Dienstleistung praktisch verunmöglicht würde. So wären z.B. Postings in einer "elektronischen Fundgrube" im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit (z.B. Garagist, Kleingewerbler oder Künstler) oder die oft gebotene Möglichkeit, Gattungsware individuell zu konfigurieren, nicht mehr denkbar, da es dem Anbieter nicht zugemutet werden kann, die aktuelle Verfügbarkeit systemmässig zu kontrollieren. Anders als bei der ursprünglichen Idee der physischen Auslage (deren Verfügbarkeit leicht kontrolliert werden kann), muss der elektronische Vertriebsweg nach den Regeln von Abs. 2 beurteilt werden. Zusammenfassend muss gesagt werden, dass die Abgrenzung eines Sachverhaltes der eine "Veröffentlichung" darstellt zu einem solchen der eine "Präsentation" darstellt, wenig praktikabel und sinnvoll ist, wenn nicht auf ein physisches Element zurückgegriffen werden kann.

swisscom Gemäss bisher in der Schweiz herrschender Expertenmeinung gelten präsentierte Waren und Dienstleistungen in Webseiten nicht als rechtlich bindende Angebote. Gemäss geltendem OR (Artikel 7 Absatz 3 OR) ist entscheidend, dass der Kunde bei einer „Auslage“ die Ware unmittelbar wahrnehmen kann und die Möglichkeit hat, die Sache unverzüglich nach dessen Kauf mitzunehmen. Beides ist bei „Präsentationen“ beispielsweise im Internet, via WAP-Technologie oder via Telebusiness nicht der Fall. Deshalb sollten diese Fälle nicht der „Auslage“ gemäss geltendem Recht gleichgestellt

werden. In der EU gilt gemäss E-Commerce-Richtlinie entsprechend, dass der Vertrag erst zustande kommt, wenn der Nutzer vom Diensteanbieter die Bestätigung des Empfangs seiner Annahme erhalten hat (Artikel 11 E-Commerce-Richtlinie). Es ist nicht einzusehen, wieso die Schweiz hier einen anderen Weg einschlagen will.

Es ist deshalb in Artikel 7 Absatz 2 klar zu stellen, dass Waren und Dienstleistungen die beispielsweise via Internet oder Mobile-Technologie präsentiert werden, lediglich Anträge zur Offertstellung darstellen. Wir beantragen daher folgende Änderungen:

Absatz 2: Die Versendung oder Veröffentlichung von Tarifen, Preislisten u. dgl. sowie die Präsentation von Waren und Dienstleistungen auf elektronischem Weg bedeuten an sich keinen Antrag.

Absatz 3: (geltende Fassung OR) Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag.

Swissmem Art. 7 Abs. 3 OR Abs. 3 ist unglücklich formuliert. Wird ein einziges Exemplar eines individualisierten Werks angeboten, müsste der Anbieter immer den Vermerk "freibleibend" anbringen, um das Risiko auszuschliessen, dass eine Bestellung für ein bereits verkauftes Exemplar erfolgt. Anders ist es, wenn eine Leistung angeboten wird, die aus dem Internet gegen Bezahlung mit Kreditkarte heruntergeladen werden kann: ein solches Angebot müsste bindend sein.

TCS A notre sens, le principe proposé est bon. Toutefois, en pratique, on peut toujours craindre que ceux qui offrent des biens ou services se prémunissent à l'avance contre l'application de ce principe en mentionnant que le prix est indiqué, sous toutes réserves, ou que la description de l'objet n'est pas «contractuelle» ou que «l'aspect de l'objet peut différer quelque peu de la réalité». Le remède pourrait donc consister à rendre la règle impérative. Toutefois, on risquerait alors de provoquer des offres très succinctes voire trompeuses, de par leur capacité publicitaire de suggestion.

D'autre part, à part le cas où le client voit que sa commande modifie le chiffre du stock, le client risque de ne pas avoir d'indication pour pouvoir juger si la marchandise est ou non en stock ou, alors, il ne le saura qu'une fois la commande ferme expédiée (commande qui, seule, modifiera l'état du stock).

UNIGe Les modifications proposées aux alinéas 2 et 3 de l'art. 7 CO ne paraissent pas utiles. Le remplacement du mot "exposer" (al. 3) par le mot "proposer" fait perdre sa clarté à la distinction entre le simple "envoi" de tarifs ou autres qui ne constitue pas une offre (al. 2) et "l'exposition" de marchandises mentionnée à l'al. 3, dans la règle tenue pour une offre. Le principe de la confiance fournit un cadre suffisamment souple et connu pour déterminer si une manifestation de volonté constitue ou non une offre, même si elle prend la forme électronique. Aucun critère précis n'ayant été développé quant à la qualification juridiques de propositions faites par la voie électronique, il vaut mieux en rester au principe de la confiance, sans modification de l'art. 7 CO.

Uni ZH Ausgangslage

Der Inhalt des Vertrages hängt unter Umständen entscheidend davon ab, welche Partei den Antrag gestellt hat, weil Willenserklärungen vom

Empfängerhorizont auszulegen sind. Gerade bei Verhaltensweisen gegenüber einer Mehrzahl von Personen bis hin zu einem unbestimmten Personenkreis kann die Auslegung Schwierigkeiten bereiten. Durften und mussten die Adressaten aus dem Verhalten schliessen, der Anbieter wolle mit jedem einzelnen einen Vertrag des erklärten Inhalts abschliessen, so ist der Anbieter einer ausserhalb seines Einflussbereichs liegenden Anzahl vertraglichen Verpflichtungen ausgesetzt, während er im umgekehrten Fall die Möglichkeit hat, zu entscheiden, ob und mit wem er einen Vertrag schliessen will. Parallel zum Adressatenkreis steigt dabei das wirtschaftliche Risiko des Anbieters: Hat er sich über seine Leistungskapazitäten hinaus verpflichtet, so treten für ihn die Rechtsfolgen der Art. 102 ff., 107 ff. OR ein, insbesondere die Schadenersatzpflicht. Beruhte das Angebot auf einem Fehler, steht ihm zwar die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung offen, allerdings ebenfalls verbunden mit der Schadenersatzpflicht (Art. 26 OR – negatives Interesse)⁶⁶. Diese Risikokonzentration auf Seiten des Anbieters wird durch die Auslegungsregel des Art. 7 Abs. 2 OR weitgehend entschärft. Danach bedeutet die Versendung von Tarifen, Preislisten und ähnlichem als solche keinen Antrag. Der Anbieter hat also die Möglichkeit, die eingegangenen Bestellungen anzunehmen oder abzulehnen. Art. 7 Abs. 3 OR enthält allerdings eine Ausnahme für die Warenauslage: Diese gilt als Antrag, so dass der Anbieter verpflichtet ist, zum angegebenen Preis zu leisten. Da sich das Angebot ausschliesslich auf den ausgestellten Gegenstand bezieht, besteht diese Pflicht auch nur einem Erwerber gegenüber („first come first served“). Anbieter und Kunde tragen in diesem Fall dasselbe wirtschaftliche Risiko, so dass erst weitere Faktoren, wie die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs⁶⁷, die Zuweisung des Risikos zum Anbieter rechtfertigen.

Kritik an der Neuregelung

Dieser Interessenausgleich ist bei Auslegungsregeln für Auskündigungen in elektronischer Form und virtuelle Auslagen ebenfalls massgebend. Präsentationen auf einer Website (im „virtuellen Schaufenster“) erreichen einen unbegrenzten Adressatenkreis und können innerhalb kürzester Zeit zu einer Vielzahl von Bestellungen führen. Stellt das Angebot eine rechtsverbindliche Willenserklärung dar, multipliziert sich eine einzelne Fehlangebotsangabe mit den entsprechenden wirtschaftlichen Konsequenzen. Bekannt ist z.B. der Fall der englischen Handelskette Argos, welche auf ihrer Website einen Fernseher Sony Nicam 21ins. aufgrund eines Softwarefehlers statt für £299.99 für £3 angeboten hat. Innerhalb weniger Stunden, und bevor der Fehler entdeckt wurde, waren bereits Bestellungen im Wert von £1 Mio. eingegangen, darunter mehrere über ein paar Dutzend sowie eine einzelne über 1700 Stück⁶⁸. Buy.com, ein Versandhaus in den USA, bot auf seiner Website einen Hitachi VDU Monitor versehentlich für \$165 statt für \$588 an. Von den 7000

⁶⁶ Nach den in BGE 105 II 23, 27 aufgestellten strengen Kriterien ist im Regelfall von einer Schadenersatzpflicht auszugehen.

⁶⁷ Indem „das Publikum durch Warenauslagen angelockt wird, um es dann für die Erwerbung anderer als der ausgestellten Ware zu gewinnen“ (BGE 80 II 26, 36); GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. Zürich 2000, § 13 N 22; schon BK-BECKER Art. 7 N 8 („dem Versuch illoyaler Konkurrenz entgegenzutreten“); ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Art. 7 N 15 und Art. 48 N 9.

⁶⁸ The Daily Telegraph, September 9, 1999, <http://www.telegraph.co.uk> (15.5.2001).

eingegangenen Bestellungen wurden aufgrund des Lagerbestandes die ersten 143 erfüllt. Die restlichen Käufer erreichten mit einer Sammelklage gegen Buy.com die Bezahlung von \$575'000⁶⁹. Die Lehre geht nicht zuletzt aufgrund dieser Beispiele zutreffend davon aus, dass Präsentationen auf einer Website grundsätzlich nur eine invitatio ad offerendum darstellen. Der Anbieter hat also die Möglichkeit, über eine vertragliche Bindung zu entscheiden⁷⁰. Diese Ansicht ist auch in anderen Rechtsordnungen vorherrschend⁷¹. Eine Ausnahme gilt nur, wenn es sich um ein digitalisiertes Produkt handelt und dieses direkt vom Rechner des Anbieters herunter geladen werden kann⁷². Zwar ist die Lieferbarkeit hier unproblematisch, doch können Fehlanzeigen den Anbieter ebenfalls belasten, wenn er z.B. pro Download Lizenzgebühren an einen Dritten zu entrichtet hat. Eine nachträgliche Ablehnung durch den Anbieter wäre aber dennoch zwecklos, da eine Rückabwicklung praktisch nicht durchführbar ist. Eine weitere Ausnahme rechtfertigt sich bei Internet-Auktionen, weil es hier nur zu einem Vertragsabschluss mit dem Meistbietenden kommt⁷³.

Trotz dieses unstrittigen, aus dem Vertrauensprinzip und den Wertungen des geltenden Rechts abgeleiteten Ergebnisses sieht der Gesetzgeber Handlungsbedarf und schlägt eine Änderung des Art. 7 Abs. 2 und 3 OR vor. Während Abs. 2 lediglich um die überflüssige⁷⁴ Präzisierung „namentlich in elektronischer Form“ ergänzt werden soll, gilt nach Abs. 3 VE „die Präsentation, namentlich auf elektronischem Weg, von individualisierten Waren und Dienstleistungen mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag“. Hier stellt sich zunächst die Abgrenzungsfrage zwischen der elektronischen

⁶⁹ http://www.golds.co.uk/articles/articles_ec_conditions_online_business.htm (15.5.2001).

⁷⁰ ROSENTHAL, Projekt Internet, Zürich 1997, 324; WEBER, Rechtsfragen (Fn 12), 243; ders., E-Commerce (Fn 12), 314; WEBER/JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, 39, 43. Auch aus Sicht des Marktschutzes bedarf es keiner vertraglichen Bindung des Anbieters: Unlauterer Wettbewerb durch falsche Preisangaben wird bereits durch das UWG (Art. 3 lit. b) und die Preisbekanntgabeverordnung sanktioniert.

⁷¹ Aus dem unüberblickbaren Schrifttum jeweils stellvertretend für Deutschland Palandt/HEINRICHS (60. A. 2001) BGB § 145 Rz. 2 und FernAbsG Einf. Rz. 4; STRÖMER, Online-Recht (2. Aufl. 1999) 125; DREXL, Verbraucherschutz im Netz, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte im Netz – Electronic Commerce (1999) 83 mNw.; GIMMY, Vertragsschluss im Internet, in: Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht (2000) 65, 67; WALTL, Elektronischer Rechtsverkehr und EDI, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts (1998) 179, 182; KOEHLER, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289, 290; LAUKTIEN/VARADINEK, Der Vertragsschluss im Internet, ZUM 2000, 466, 467; für Österreich SCHAUER, Electronic Commerce in der EU (1999) 92 mNw.; für Grossbritannien („invitation to treat“) CHISSICK/KELMAN, Electronic Commerce (1999) N 3.30; CHISSICK/VEYSEY, The Perils of On-Line Contracting, C.T.L.R. 2000, 121; MURRAY, Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W., in: Edwards/Waelde, Law & the Internet (2nd ed. 2000) 17, 21 f.; LUBITZ, Electronic Contracts: A view across the Channel –The English Perspective, K&R 2001, 96, 97 mNw.; für die USA PERDUE, Creating Contracts Online, in: Smedinghoff, Online Law (1996) 77, 81.

⁷² WEBER, E-Commerce (Fn 12), 315 mNw.

⁷³ OLG Hamm, ZIP 2001, 291 = EWiR 2001, 213 m. zust. Anm. v. HOEREN; anders noch das viel zitierte Urteil der Vorinstanz LG Münster, MMR 2000, 280 = JZ 2000, 730.

⁷⁴ Die bisherige Formulierung nimmt keinen Bezug auf die Art und Weise der Versendung, so dass sie jene in elektronischer Form selbstverständlich mit umfasst. Zudem hat sich die Norm als genügend flexibel für die Handhabung verschiedenster Formen öffentlicher Anpreisung erwiesen (siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [FN 17] N 374).

Auskündigung und der elektronischen Präsentation. Bisher wurde danach unterschieden, ob der Gegenstand nur bezeichnet oder beschrieben, oder ob er selber zur Schau gestellt wird⁷⁵. Bei der Präsentation in elektronischer Form scheidet dieses Kriterium jedoch von vornherein aus, weil hier stets nur eine Beschreibung der Sache, nie jedoch eine physische „Auslage“ möglich ist. Aus dem Begriff der Versendung in Abs. 2 lässt sich ebenfalls nichts ableiten, da die Informationen stets übermittelt, d.h. als Datenpakete auf den Rechner des Kunden versandt werden. Nach dem Begleitbericht soll deshalb ein Produkt in elektronischer Form dann als veröffentlicht gelten, wenn sich aus seiner Darstellung ergibt, dass es im Stock des Anbieters vorhanden ist⁷⁶. Dies führt jedoch nur zu einem Risikoausgleich bezüglich der Leistungskapazität, nicht jedoch bei Fehlern. Zudem ist in der Praxis die Installation von Echtzeit-Zählern keineswegs gebräuchlich, bei grösseren virtual shops mit einer grossen Bestellfrequenz schlicht untauglich⁷⁷. Für die rechtliche Auslegungsregel auf eine faktische Ausnahme abzustellen, ist gesetzgebungstechnisch verfehlt, zumal auch die einschränkenden Kriterien nicht den geringsten Niederschlag im Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 VE gefunden haben. Da der Gesetzestext ganz allgemein nur von der Präsentation auf elektronischem Weg spricht, ist bei der Auslegung vom allgemeinen Wortsinn und nicht von einem durch historische Auslegung reduzierten Inhalt auszugehen mit der Folge, dass ein Angebot auf einer Website „in der Regel“ eben als verbindliche Offerte gilt. Der Anbieter ist damit gezwungen, seine Angebote ausdrücklich als unverbindlich zu bezeichnen. Das ist zwar ohnehin schon die Regel. Wenn indes diese Erklärung fehlt, bleibt der Anbieter völlig rechtlos. Dieser Aspekt wird im VE nicht berücksichtigt. Dem Konsumentenschutz dient dieses Ergebnis nicht: Das zwangsläufige Anwachsen von an sich überflüssigen Informationen verstellt dem Konsumenten den Blick auf das Wesentliche und führt zur Ignorierung der Information (Kassandra-Effekt)⁷⁸.

Unabhängig von der verfehlten Gleichstellung von virtueller und herkömmlicher Auslage gilt die Auslegungsregel des Art. 7 Abs. 3 - ohnehin eine schweizerische Besonderheit - neu auch für Dienstleistungen, während sie bisher auf die Auslage von Waren beschränkt war⁷⁹. Eine Ausnahmenvorschrift wird unzulässig verallgemeinert. Schliesslich ist Art. 7 Abs. 3 VE redaktionell verunglückt: Individualisierung bedeutet Ausscheidung eines Leistungsstücks aus einer Gattung⁸⁰, was für Präsentationen in elektronischer Form wie auch für Dienstleistungen nicht passt.

Zusammenfassend erweist sich die Änderung des Art. 7 Abs. 2 und 3 OR als verfehlt und unnötig und sollte nicht weiter verfolgt werden.

VIT Betreffend der Verwendung des Begriffes „elektronisch“ vgl. oben die Bemerkungen zu Art. 4 Abs. 2 OR.

⁷⁵ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 7 N 27.

⁷⁶ Begleitbericht Ziff. 210.03.

⁷⁷ Ähnlich LUBITZ (Fn 35), 97.

⁷⁸ „Die Quantität der Information vermag mithin der Qualität abträglich zu sein“ (WEBER, Deregulierung und Konsumentenschutz – Grundlagen, JKR 1996, 13, 58).

⁷⁹ BGE 80 II 26, 35.

⁸⁰ BK-GIGER Art. 185 N 30; OR-KOLLER Art. 185 N 20.

Der Begriff "individualisierte" Ware oder Dienstleistung ist unklar. Die vorgeschlagene Regel würde den E-Commerce behindern.

Die Warenauslage im Schaufenster lässt sich nicht mit der Präsentation im Internet vergleichen. Bei der Warenauslage hat der Käufer die Möglichkeit, gegen Aushändigung des Kaufpreises den Kauf zu vollziehen. Die Trennlinie zwischen verbindlichem und unverbindlichem Angebot muss die Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs berücksichtigen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Präsentation von Einzelstücken wie von Gattungswaren im Internet nicht als Antrag zu werten ist. Als eigentliche bindende Offerte dagegen könnte ein Angebot angesehen werden, wenn die Leistung direkt in digitalisierter Form gegen Bezahlung (z.B. Kreditkarte) bezogen werden kann. Dazu gehören Informationen (Wirtschaftsauskünfte, News), Software, Bilder, Musik und vieles andere.

Überall dort, wo im Internet ein Zug um Zug Geschäft nicht möglich ist, ist die Gleichstellung der Präsentation mit einem bindenden Antrag nicht sachgerecht. Der Anbieter muss nämlich die Möglichkeit haben zu klären, ob die Ware überhaupt (noch) geliefert werden kann (oder ob z.B. ein vorhandener beschränkter Vorrat zwischenzeitlich aufgebraucht worden ist), ob die Bonität des Kunden stimmt, ob der Kunde bezugsberechtigt ist (Medikamente), ob der Abnehmer in der Lage ist, mit dem Produkt richtig umzugehen (Sicherheitsaspekte), etc.

VSW Art. 7 Abs. 3 E-OR (Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage)

Die mit Preisangaben versehene Präsentation, neu auch auf elektronischem Weg, von Waren und, neu, auch von Dienstleistungen, soll als Antrag im Sinne der Art. 3 ff OR gelten. Gemäss geltendem Recht ist die Präsentation von mit Preisen versehenen Dienstleistungen nicht ein Antrag (vgl. Basler Kommentar, N 12 zu Art. 7). Das neue Recht berücksichtigt in unseren Augen zu wenig den fundamentalen Unterschied zwischen standardisierten Waren und tendenziell individualisierten Dienstleistungen. Beim Vertrieb der letztgenannten muss der Anbieter im Rahmen von Vertragsverhandlungen das letzte Wort behalten können. Wir beantragen deshalb, in Art. 7 Abs. 3 das Wort „Dienstleistungen“ zu streichen.

321.04 Art. 13 Abs. 2 / Art. 13 al. 2 / Art. 13 cpv. 2

Kantone / Cantons / Cantoni

GR: Fraglich ist, ob die Streichung dieses Absatzes wirklich notwendig ist. Auch wenn er im Vergleich mit Abs. 1 materiell nichts Neues enthält, kann er dem nicht juristisch Gebildeten durch ein Beispiel anschaulich machen, was in Abs. 1 gemeint ist.

TG: Der Entwurf schlägt die Aufhebung von Art. 13 Abs. 2 OR vor. Gemäss dieser Bestimmung gilt als schriftliche Form auch der Brief oder das Telegramm, vorausgesetzt, dass der Brief oder die Aufgabedepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten. Auch wenn es keine Inlandtelegramme mehr gibt und die Regelung bezüglich des Briefs durch Abs. 1 abgedeckt wird, wonach der Austausch von unterschriebenen Briefen genügt, die Parteien also nicht die gleiche Urkunde unterzeichnen müssen, dient Art. 13 Abs. 2 doch der

Klarstellung. Dieser Austausch mehrerer Dokumente gewinnt im Bereich des elektronischen Vertragsschlusses vermehrt an Bedeutung, weil ein elektronisches Dokument nur von einer Partei signiert werden kann. Statt den Absatz zu streichen, sollte er vielmehr den heutigen Gegebenheiten angepasst werden, indem anstelle des Telegramms ausdrücklich das elektronische Dokument aufgenommen wird.

VD: L'abrogation de cet article est compréhensible dans la mesure où prévoir uniquement une lettre ou un télégramme comme forme écrite ne correspondrait plus à l'état actuel des moyens de communication. Cependant, pour ce qui est de la signature, la loi devrait réserver explicitement l'application de la loi sur la signature électronique.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP: Grundsätzlich ist der Ansicht zuzustimmen, wonach die bisherige Regelung bezüglich Briefen (Abs. 2) ohne weiteres durch Absatz 1 gedeckt ist. Durch eine ersatzlose Aufhebung des ganzen bisherigen Absatz 2 könnte jedoch der Eindruck entstehen, es sei eine Änderung der bisherigen Rechtslage beabsichtigt. Daher würde es genügen, lediglich die Regelung bezüglich des Telegramms zu streichen.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

kf Wir opponieren der Streichung von Art. 13 Abs. 2 nicht. Hingegen hat diese Streichung mit dem elektronischen Geschäftsverkehr nichts zu tun. Es gäbe jedoch Anlass zu überlegen, ob und wieweit Internet-Bestellungen Vertragscharakter haben und mit der digitalen Signatur solche Verträge die gleiche Gültigkeit wie schriftliche Verträge haben sollten.

kf: neuer Abs. 2: „Im elektronischen Geschäftsverkehr muss die Unterschrift durch eine gültige digitale Signatur geleistet werden.“

KPMG Le projet propose l'abrogation de l'article 13 alinéa 2 CO. Si l'on peut admettre la suppression de la référence au télégramme, tel n'est pas le cas s'agissant de la référence à un contrat conclu par échange de lettres. En effet, contrairement à ce que le rapport affirme, l'échange de lettres n'est pas couvert par l'article 13 alinéa 1 CO⁸¹, mais bien par le second alinéa⁸².

Aussi, nous sommes d'avis que cet alinéa doit subsister pour l'échange de lettres ainsi que pour l'échange de courriers électroniques suite à l'introduction de l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature numérique.⁸³ Nous proposons dès lors qu'en lieu et place d'une abrogation, l'article 13 alinéa 2 CO soit modifié comme suit:

⁸¹ Rapport, ch. 210.04, p. 10

⁸² I. Schwenzer, Basler Kommentar, N° 11 et ss ad. art. 13 CO; Engel, p. 174, N° 52 II A

⁸³ Avant-projet de Loi fédérale sur la signature électronique, article 15a nouveau

"Si la loi n'en dispose pas autrement, une lettre ou une communication par voie électronique équivaut à la forme écrite, pourvu que la lettre ou la communication porte la signature des parties qui s'obligent."

SICTA Einverstanden.

SWICO Da sich diese Bestimmung nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr bezieht und auch nicht falsch ist, ist die genannte Streichung nicht erforderlich. Gegenteilig könnte diese Bestimmung allenfalls auch bezüglich der Verwendung von Telefax-Geräten ergänzt werden.

TCS L'abrogation de l'art. 13 al. 2 est justifiée en Suisse où le télégramme n'existe plus. Pour le reste, la nouvelle législation en matière de signature électronique serait applicable.

Or si la nouvelle règle permet d'attribuer à la signature numérique la valeur d'une signature pour les contrats où la loi exige la forme écrite, il existe un flou quant aux contrats pour lesquels ce sont les parties qui conviendraient de la forme écrite. Dans ce cas, la signature figurant sur un fax devrait-elle être considérée comme valable, car il ne s'agit pas là d'une signature numérique.

Par contre il est vrai, comme le remarque le rapport explicatif en p. 3, que l'échange de lettres signées suffit, les parties ne devant pas nécessairement signer un seul et même document.

Uni ZH Ohne besonderen thematischen Bezug und offenbar nur bei Gelegenheit, sieht der VE die Aufhebung von Art. 13 Abs. 2 OR vor. In der Tat ist die Regelung bezüglich des Telegramms heute obsolet; ob Art. 13 Abs. 2 OR darüber hinaus zu Recht jeder Sinn abgesprochen wird, ist nicht ohne weiteres „klar“⁸⁴. Nach h.L. liegt dem „Vertrag“ in Art. 13 Abs. 1 OR die Vorstellung einer einzigen Vertragsurkunde zugrunde (Grundsatz der Urkundeneinheit)⁸⁵. Daher ergibt sich die Möglichkeit, auch mittels Briefwechsel oder dem Austausch von Vertragsdoppeln die Schriftform einzuhalten, aus Abs. 2⁸⁶. Entsprechend hat auch das Bundesgericht für die Beantwortung der Frage, ob ein Erteilungsvertrag durch Briefwechsel zustande kommen könne, Art. 13 Abs. 2 OR herangezogen⁸⁷. Die Aufhebung dieser Bestimmung setzt deshalb unter Annahme der gleichen materiellen Rechtslage eine Abkehr vom Grundsatz der Urkundeneinheit voraus. Darüber hinaus war Abs. 2 aber auch der Anknüpfungspunkt für modernere Kommunikationsformen wie Telex und Telefax⁸⁸, weil hier ebenfalls keine Übermittlung der Originalunterschrift erfolgt. Durch die Aufhebung des Abs. 2 entfällt dieser.

Da für die Aufhebung von Art. 13 Abs. 2 OR jedenfalls kein dringender Anlass besteht, sollte zunächst eine vertiefte Auseinandersetzung mit den materiellrechtlichen Konsequenzen stattfinden, die der Begleitbericht vermissen lässt.

⁸⁴ So aber der Begleitbericht Ziff. 210.04.

⁸⁵ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 13 N 59; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn 17), N 507.

⁸⁶ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 13 N 65 ff.; BK-SCHMIDLIN Art. 13 N 23 ff; SCHWENZER (Fn 17), N 31.08; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn 17), N 507.

⁸⁷ BGE 118 II 395, 397 f.

⁸⁸ Freilich ist hier alles höchst umstritten (siehe OR-SCHWENZER Art. 13 N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Fn 17], N 516 ff. je mNw.).

321.05 Art. 40a

Kantone / Cantons / Cantoni

GE: L'art. 40 a CO du projet fait office de "partie générale" aux articles qui le suivent. En cette qualité, il devrait, pour une meilleure compréhension, mentionner dans son texte même que les art. 40 b à 40 h CO sont applicables aux contrats conclus par démarchage ou à distance.

Article 40 a, alinéa 2

La lettre b exclut sans raison claire de la protection légale les contrats portant sur des services financiers, alors même qu'ils peuvent avoir des conséquences extrêmement importantes pour les consommateurs. Cette exclusion est critiquable. Elle ne pourrait se justifier que dans l'hypothèse où une loi (ou une disposition) spéciale fournirait déjà une garantie adéquate, ce qui n'est pas le cas.

La lettre d, qui exclut du champ d'application des art. 40 b à 40 h CO les contrats portant sur des services personnalisés a une teneur passablement floue, qui peut ouvrir la porte à des abus ou à des incertitudes. On peut par ailleurs douter de son utilité : un service personnalisé ne peut guère s'offrir par démarchage ou à distance; à un certain moment, c'est le client qui demandera les négociations ou rencontrera le prestataire de services.

La lettre e paraît inutile ou malheureuse. Elle est inutile dans la mesure où les loteries traditionnelles offrent rarement des billets d'une valeur atteignant 100 F. Elle est malheureuse dans la mesure où un pari d'une valeur supérieure à 100 F ne justifie pas une moindre protection du consommateur qu'un autre contrat. S'il peut certes arriver qu'un droit de révocation aille à l'encontre du pari lui-même (c'est-à-dire de son caractère aléatoire), une telle hypothèse devrait faire l'objet d'une exception (par exemple à l'art. 40 f); il est également possible de considérer que l'exercice du droit de révocation heurterait le principe de la bonne foi.

GR: Art. 40a Abs. 1

Es besteht grundsätzlich die Gefahr, dass eine Privatperson bei Haustürgeschäften beziehungsweise Fernabsatzverträgen überrumpelt wird, unabhängig vom Umstand, ob der Vertragspartner im Rahmen einer beruflichen beziehungsweise gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat oder nicht. Man könnte sich daher fragen, ob auf die Voraussetzung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Anbieters nicht verzichtet werden könnte, zumal dem Konsumenten der Beweis für eine solche Tätigkeit des Vertragspartners obliegt. Nach Ansicht der Regierung spricht aber für die Beibehaltung dieser Voraussetzung, dass kein absoluter Schutz des Konsumenten angestrebt werden soll. Vielmehr gilt es nur zu verhindern, dass das Gewerbe durch aggressive Werbe- und Verkaufsmethoden die Kunden überrumpeln und vertraglich binden kann. Einem Gewerbebetrieb soll also durch die Praktizierung solcher Methoden kein Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten entstehen und dadurch zur Nachahmung verleiten. Damit wird verhindert, dass sich der einzelne Konsument mit einer Vielzahl solcher Geschäfte konfrontiert sieht. Hingegen darf erwartet werden, dass der Einzelne auch ein gewisses Widerstands-

vermögen besitzt und nicht in allen Fällen eines gesetzlichen Schutzes bedarf. Beispielsweise wäre es nach Ansicht der Regierung verfehlt, von einem Haustürgeschäft zu sprechen, wenn zum Beispiel der Nachbar abends kurz vorbeischaud und im Rahmen eines Gespräches etwas zum Verkauf anbietet, zumal sich wohl beide Parteien kaum darüber im Klaren wären, dass ein Haustürgeschäft vorläge.

Immerhin sollte der Begriff der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit weit ausgelegt werden, um dem Konsumenten den Beweis zu erleichtern. Denkbar wäre auch, festzuschreiben, dass derjenige, der den Anschein erweckt hat, im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zu handeln, denselben Regeln untersteht, was einer Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben gleich käme.

Art. 40a Abs. 2 lit. d

Zentral ist nicht, ob die Dienstleistung objektiv oder subjektiv einem Bedürfnis des Kunden entspricht. Eigentliches Kriterium ist, dass die Dienstleistung nach Angaben des Kunden erbracht wurde (ebenso der Begleitbericht, Seite 11 f.). Lit. d) wäre demnach wie folgt zu formulieren: „über Dienstleistungen, die nach genauen Angaben des Kunden erbracht werden.“

JU: Par souci de clarté et de sécurité juridique, il conviendrait d'indiquer expressément dans le libellé de l'alinéa 1 que "les art. 40b à 40h sont applicables aux contrats conclus par démarchage ou à distance portant ...".

Il est certes vrai que l'article 40a CO (actuel) ne contient pas une telle précision, mais l'article 40b CO (actuel) fait du démarchage une condition expresse du droit à la révocation, ce qui n'est plus le cas dans le projet mis en consultation, les articles 40a et 40b du projet n'ayant plus pour vocation que de définir ce qu'il faut entendre par contrats conclus par démarchage ou à distance.

TI Art. 40 a esclusione: Come già esposto nelle considerazioni generali, il progetto esclude dal suo campo di applicazione gran parte delle transazioni che avvengono su Internet.

Art. 40a cpv. 1: Il primo capoverso assoggetta alla legge i contratti conclusi quando l'offerente ha agito nell'ambito, di un'attività "professionale o commerciale". Tale formulazione comprende le transazioni denominate B2C (*business to consumer*, dal commerciante al consumatore) e B2B (*business to business*, tra commercianti), ma ci si può chiedere se preveda anche quelle che sono concluse tra privati, le cosiddette P2P (*peer to peer*), frequenti in Internet. Il progetto dovrebbe precisare se i contratti tra privati sono assoggettati o no, per evitare ambiguità e incertezze, anche in considerazione dell'estensione della garanzia legale (prevista dall'art. 210 cpv. 1 P).

Art. 40a cpv. 2: Il secondo capoverso, dedicato ai contratti esclusi dal progetto, suscita parecchie perplessità.

Lett. a): Numerosi casi di applicazione commerciale di Internet (acquisti di libri e dischi per importi inferiori a fr. 100.-, ecc.) non sono assoggettati al nuovo diritto.

Lett. b): Nel settore **bancario e finanziario** la protezione del cliente è fondamentale. La Commissione federale delle banche ha emanato il 29 marzo 2001 delle norme minime applicabili alle banche e agli operatori finanziari attivi su Internet. In una conferenza stampa del 26 aprile 2001 la CFB ha comunicato

di aver rilevato alcuni problemi in questo ambito (rapporto di gestione 2000, pag. 160-163) e di aver promosso un adattamento delle direttive e regolamenti vigenti per adattarle alle possibilità tecniche offerte da Internet senza creare distorsioni della concorrenza tra i vari istituti. L'esclusione del settore finanziario e bancario dalla revisione proposta appare quindi giustificata. La Svizzera dovrà tuttavia adeguare con tempestività la propria legislazione alle nuove direttive europee, in particolare a quella prevista sulla vendita di servizi finanziari ai consumatori (Cfr. Comunicazione della Commissione delle comunità europee al Consiglio e al Parlamento europeo, COM 2001 66), per evitare la marginalizzazione della piazza finanziaria nazionale.

Lo scrivente Consiglio si interroga invece sull'esclusione dei **contratti di assicurazione** dalla revisione. La conclusione a distanza di assicurazioni (a domicilio, telefonicamente, per corrispondenza ecc.) è molto diffusa e la posizione del contraente è assimilabile, per l'esigenza di protezione, a quella del consumatore che compera a domicilio o per corrispondenza. La conclusione di assicurazioni complementari per l'assicurazione cassa malati, soggette alla LCA, avviene sovente a domicilio e può comportare per l'assicurato conseguenze finanziarie rilevanti. Non si vede quindi per quale motivo consentire al consumatore a domicilio o a distanza di revocare il contratto entro sette giorni e negare tale opportunità a chi contrae, spesso senza riflettere seriamente, un contratto di assicurazione che lo vincola per periodi prolungati. La legge federale sul contratto di assicurazione (LCA) dovrebbe a nostro avviso essere aggiornata e ripensata alla luce delle nuove possibilità tecniche e dell'evoluzione del settore. Le possibilità di recesso dal contratto di assicurazione consentite dalla LCA sono limitate a ipotesi ben definite (cfr. art. 6, 14 cpv. 1, 28 e 29, 30, 38 cpv. 3, 40, 42 cpv. 3 prima frase, 68 cpv. 2, 75 cpv. 1 LCA) e per l'assicurazione sulla vita il recesso è possibile solo dopo un anno (art. 89 LCA). Per contro, lo stipulante di un contratto di assicurazione sulla vita concluso con un'assicurazione avente sede all'estero beneficia di un diritto di recesso di 14 giorni dopo la conclusione del contratto (art. 89a LCA, introdotto nell'ambito **del pacchetto** Eurolex, poi Swisslex). La migliore protezione dello stipulante consentita dal diritto europeo dovrebbe essere estesa anche a chi stipula contratti con compagnie assicuratrici svizzere.

Lett. d): Il progetto dovrebbe definire in modo più preciso i servizi "chiaramente personalizzati". Nell'ambito delle transazioni via Internet, l'utente acquista sovente sulla base di un suo profilo predefinito (per esempio tutti i dischi di un cantante o i libri che corrispondono a una selezione preventivamente definita dall'utente). A nostro avviso occorre quindi chiarire se questo tipo di ordinazione è assoggettato o no alla legge.

- VD:** Les termes «services personnalisés» mériteraient d'être mieux définis pour éviter tout problème d'interprétation. L'on peut cependant se demander s'il est bien judicieux d'exclure les services de l'application des articles 40a à 40h P-CO, sur la base du droit européen. En effet, il faut rappeler que la CE prépare une directive spéciale en ce domaine. Le droit suisse pourrait prendre une longueur d'avance et soumettre les services aux articles proposés en consultation concernant le commerce électronique.
- VS:** Wir schlagen vor, beim Randtitel anstelle der Formulierung des Entwurfs folgende Oberschrift zu verwenden: "Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und

Fernabsatzverträgen". Zudem ist die Formulierung von Absatz 1 zu überdenken (lehnt sich allzu stark an den heutigen Art. 40 Abs. 1 OR an, welcher die Form der Aufzählung enthält).

Die Finanzdienstleistungen in Absatz 2 Buchstabe b sind analog den Ausführungen im Begleitbericht detaillierter zu definieren, damit insbesondere die Bankdienstleistungen ebenfalls erwähnt werden.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

PLS: la limite de CHF 100.- prévue à l'article 40a alinéa 2 lettre a parait trop basse et se fonde sur une situation qui prévalait au moment de l'entrée en vigueur de l'article 40 a en 1991. Il serait judicieux d'augmenter cette limite à CHF 500.- au moins.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi cpv. 2 lett. a

riteniamo che la cifra di 100 franchi proposta sia troppo elevata. Proponiamo quindi di abbassarla a 50 franchi.

lett. b

Chiediamo che questo paragrafo venga stralciato. In effetti esso esclude dai campo d'applicazione dei contratti a domicilio e a distanza i servizi finanziari in genere e non unicamente i contratti d'assicurazione.

La diffusione sempre maggiore dell'offerta di servizi finanziari via Internet e dei problemi per i consumatori ad essi connessi ci fanno auspicare un rapida adozione di normative relative a questo genere di contratti.

Bauernverband OR, Art. 40 a Absatz 2 neuer Buchstabe f: Geltungsbereich wegbedingen für Güter des täglichen Bedarfs, namentlich Lebensmittel.

Begründung: Ein Widerruf eines solchen Vertrages ist nicht sachgerecht. Es ist nicht einzusehen, warum auch für Güter des täglichen Bedarfs ein Widerrufsrecht innerhalb von 7 Tagen möglich sein soll, handelt es sich doch oft um leicht verderbliche Ware, für die der zeitverzugslose elektronische Geschäftsverkehr an sich eine gute Präsentations- und Vertragsabschlussplattform bieten würde. Infolge ihrer Beschaffenheit müssen solche Waren unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Ernte geplant oder allenfalls kundenbezogen portioniert werden.

OR, Art. 40 a Absatz 2 Buchstaben b, d, e: streichen

Begründung: Die Regeln über die Nichtanwendbarkeit der besonderen Bestimmungen für Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge stehen in einem krassen Missverhältnis. Während die besagte umfassende Informationspflicht und der Widerruf bereits für Warenbezüge ab Fr. 100.-- vorgesehen ist, werden sie für die sehr oft viel einschneidenderen Verträge über Finanz-, und persönliche Dienstleistungen, Wetten und Lotterien ausgeschlossen. Dadurch werden Warengeschäfte auf ungerechtfertigte Weise benachteiligt. Im übrigen geht aus der Formulierung nicht mit der notwendigen Klarheit hervor, ob der Betrag pro Kaufsgegenstand oder pro Vertrag massgebend ist.

OR, Art. 40 a Absatz 2 Buchstabe a: Minimalbetrag wesentlich erhöhen, auf mind. Fr. l'000.--

Begründung: Sofern der elektronische Geschäftsverkehr tatsächlich mit den Haustürgeschäften gleichgestellt werden soll, muss der den Bestimmungen zu Grunde liegende minimale Leistungsumfang wesentlich erhöht werden. Das Widerrufsrecht des Kunden ist ein nicht zu unterschätzendes Hindernis für den elektronischen Geschäftsverkehr. Dieser lebt vor allem von der Geschwindigkeit, auch der Geschwindigkeit der Vertragserfüllung. Wir bevorzugen daher einen möglichst vollständigen Einbezug aller Verträge, welche einen bestimmten minimalen Leistungsumfang annehmen.

economiesuisse Der Ausnahmekatalog muss erweitert werden. Der Betrag von SFr. 100.- ist auf z. B. SFr. 500.- anzuheben um Bagatellgeschäfte vom Widerrufsrecht auszunehmen. Die Rückabwicklung verursacht hier für die beteiligten Personen einen unverhältnismässigen Aufwand. Ferner sind die Finanzdienstleistungen umfassend auszunehmen. Es ist nicht einzusehen, weshalb Versicherungsverträge hier gesondert aufgeführt werden. Ebenfalls soll der Widerruf auch bei Gütern ausgeschlossen sein, deren Preis rasch ändert, wie dies auch in der EU-Richtlinie vorgesehen ist.

Schliesslich muss das Widerrufsrecht auch bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterkunft, Beförderung, Reisen sowie Freizeitgestaltung ausgeschlossen sein. Wir können diesbezüglich auf die Ihnen direkt zugewandene ausführliche Stellungnahme des Schweizerischen Reisebüroverbandes hinweisen, welche wir voll unterstützen.

EKK S'agissant de l'article 40 a al. 2 lit. b P-CO, la Commission constate que l'exclusion des contrats d'assurance, prévue dans le droit actuel, a été étendue à tous les contrats portant sur les services financiers, que le contrat ait été conclu par démarchage ou à distance. Il semblerait que les raisons qui aient motivé cette étendue de l'exclusion soient liées à la préparation d'une directive européenne dans le domaine de la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

Ce faisant, le projet de loi élimine purement et simplement tous les services financiers du champ d'application des contrats conclus par démarchage, alors que la disposition actuelle de l'art. 40 a al. 2 CO n'exclut que les contrats d'assurance. Ainsi, la nouvelle teneur de la disposition légale est contraire au contenu de la directive 85/577 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Ceci est regrettable parce que les art. 40 a ss. CO sont eurocompatibles dans leur teneur actuelle.

La Commission demande que le texte de l'art. 40 a al. 2 lit. b P-CO se lise comme suit : « Portant sur des assurances ou, si le contrat a été conclu à distance, sur des services financiers en général ; »

FRC Nous proposons la suppression des lettres a et b, alinéa 2.

Il est injustifié, en effet que les services financiers soient exclus du champ d'application de la discipline normative sur le démarchage. Cette exclusion, par ailleurs, rendrait le droit suisse euro-incompatible. Les services financiers vont se développer. Dans l'attente que l'Union européenne légifère en matière, nous exigeons dès maintenant que les contrats d'assurance tout comme les services financiers, soient mis au bénéfice du droit de rétractation.

En ce qui concerne l'exclusion du champ d'application de l'article susmentionné des prestations de l'acquéreur qui ne dépassent pas 100 fr., nous pensons qu'un nombre non négligeable de cyberconsommateurs serait ainsi dépourvu de toute protection juridique. Nous rappelons, en effet, qu'un des avantages principaux du commerce électronique est, entre autre, la baisse des prix. En outre, le montant minimum de 100 fr. est déjà présent en matière de vente à domicile et nombreuses sont les entreprises qui n'hésitent pas à en tirer profit en concluant des contrats pour des montants de 90 fr., sans que le consommateur ne puisse se prévaloir de son droit de rétractation.

kf Hier wird generelles Vertragsrecht geändert, das mit dem elektronischen Geschäftsverkehr nichts zu tun hat. Diese Änderungen sollten in einer anderen Vorlage behandelt werden. Andernfalls wäre fairerweise das ganze Vertragsrecht des OR einer Totalrevision zu unterziehen. Im Detail beanstanden wir folgendes:

Versicherungsverträge würden wir – in Abs. 2 lit b – nicht als Finanzdienstleistungen bezeichnen. Dementsprechend wäre von Finanzdienstleistungen und Versicherungsverträgen zu reden

In lit. c wäre statt „gesendet“ das Wort „zurückgegeben“ zu gebrauchen

In lit. d kann auf das Wort „eindeutig“ verzichtet werden

Das Marginale „Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge“ ist unverständlich. Die beiden Vertragsarten sind rein zufällig herausgegriffen; das Haustürgeschäft ist nachfolgend ein falscher Oberbegriff (vgl. nachfolgende Bemerkungen).

KPMG Les articles 40a CO et suivants parlent de l'acquéreur, sous réserve de l'article 40a alinéa 1 qui parle du client. L'article 74 alinéa 2 chiffre 4 AP-CO contient pour sa part le terme "consommateur". A notre sens, cette terminologie doit être unifiée.

A l'instar du droit européen, nous proposons de parler systématiquement de consommateur et de saisir cette opportunité pour modifier l'ensemble des articles 40a et suivants CO. Le rapport explicatif devra lui aussi être harmonisé en ce sens.

Par ailleurs, la directive européenne définit ce qu'elle entend par consommateur, ce que le droit suisse ne fait pas dans le Code des obligations, ni ne prévoit de faire en l'état.

En 1986, lors de l'introduction des articles 40a et suivants CO, la question s'était déjà posée et le législateur, après avoir cité la définition contenue dans la Loi fédérale du 9 juin 1977 sur la métrologie⁸⁹, a estimé qu'une définition légale ne s'imposait pas pour l'application de la loi et a ainsi renoncé aussi bien à une nouvelle définition qu'à un renvoi à la loi sur la métrologie⁹⁰. Aujourd'hui, tenir les mêmes propos nous paraît difficile si l'on souhaite utiliser le terme "consommateur". En effet, outre la loi sur la métrologie, d'autres lois fédérales,

⁸⁹ Dite loi (RS 941.20) contient à son article 11 alinéa 3 la définition suivante: "On entend par consommateur toute personne physique ou morale achetant des marchandises pour son propre usage. N'est pas réputé consommateur celui qui achète des biens à titre professionnel pour les travailler, les transformer ou les revendre à des tiers."

⁹⁰ FF 1986 II 360, 377, ch. 211.1;

telles que la Loi fédérale sur les voyages à forfait⁹¹ ou encore la Loi fédérale sur le crédit à la consommation⁹², contiennent des autres définitions du terme "consommateur".

Par ailleurs, d'autres lois, telles que par exemple la Loi fédérale contre la concurrence déloyale ou la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et consommateurs⁹³ utilisent le terme sans le définir.

Aussi, au vu des divergences du droit actuel, il nous paraît nécessaire de suivre l'exemple du droit européen et de définir, pour le droit privé, le terme «consommateur».

Si toutefois l'on ne souhaitait pas introduire une telle définition dans le Code des obligations, nous serions alors de l'avis de retenir un autre terme que le terme «consommateur» afin d'éviter des discussions doctrinales quant au sens du terme. Aussi, dans un tel cas, nous proposerions de retenir le terme «acquéreur». L'article 74 alinéa 2 chiffre 4 AP-CO devrait donc être modifié et parler de «l'acquéreur».

Quel que soit le vocable unique choisi, nous sommes d'avis que la référence au "client" faite à l'article 40a alinéa 1 doit être supprimée purement et simplement dans la mesure où le sens de la phrase est maintenu nonobstant cette modification. Alternativement, nous proposons d'employer le mot «consommateur», respectivement «acquéreur» en lieu et place de «client».

Sager Die heute geltende Regelung nimmt gemäss Art. 40c OR den "Kunden" vom Widerrufsrecht aus, der Vertragsverhandlungen ausdrücklich gewünscht hat. Diese Bestimmung ist materiell im Entwurf bezüglich Haustürgeschäft beibehalten worden (Art. 40 b E-OR). Sie gilt aber nicht für Fernabsatzverträge. Diese Ungleichbehandlung ist meines Erachtens unbegründet. Schliesslich ist die Ausnahme vom Widerrufsrecht bei Initiierung der Vertragsverhandlung durch den Konsumenten gerechtfertigt, will man das Widerrufsrecht nicht vollends vom Überraschungsgedanken loslösen. Vielmehr wäre es wünschenswert, eine Unterscheidung in angekündigte und unangekündigte bzw. erbetene und unerbetene Haustürgeschäfte/Fernabsatzverträge zu treffen und nur bei unangekündigten bzw. unerbetenen ein Widerrufsrecht zuzulassen.

Der Ausschluss von Finanzdienstleistungen ist sachlich nicht gerechtfertigt. Durch die auch bereits im geltenden Recht bestehende Ausnahme von Versicherungsverträgen verliert die Regelung des Widerrufsrechts vollends an Logik. Gleichzeitig zeigt gerade das Beispiel der Finanzdienstleistungen, dass ein Widerrufsrecht nicht an Vertriebsformen geknüpft werden kann. Warum sollte dem einen Versicherungsnehmer, welcher einen Versicherungsvertrag zu

⁹¹ RS 944.2; L'article 2 alinéa 3 a la teneur suivante: "Par consommateur on entend:

- a. toute personne qui conclut ou s'engage à conclure le forfait ;
- b. toute personne au nom ou en faveur de laquelle le forfait est conclu ou l'engagement de conclure est pris » ;
- c. toute personne à laquelle le forfait est cédé conformément à l'article 17.

⁹² RS 221.214.1; l'article 3 définit le consommateur comme suit: « Par consommateur, on entend toute personne qui conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou industrielle. »

⁹³ RS 944.0

Hause abschliesst, ein Widerrufsrecht zustehen, und derjenige, der den gleichen Vertrag an einer Messe abschliesst, kein solches erhalten. Konsequenz und gerechtfertigt wäre es, jenem Versicherungsnehmer ein Widerrufsrecht einzuräumen, welcher vom Versicherungsagenten überrumpelt wurde.

Zu klären wäre was "im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit" heisst, insbesondere ob darunter auch fachfremde Tätigkeiten fallen sollen.

Begrüssenswert sind die Ausnahmen gemäss lit. c und d. Allerdings ist zu betonen, dass auch ein solcher Vertragsabschluss über das Internet schnell abgeschlossen werden kann (auch hier geschieht er u. U. durch den berühmten Mausclick). Demnach ist der schnelle Abschluss als solches kein taugliches Argument, um die Einführung von Konsumentenschutzbehelfen zu rechtfertigen (so aber z.B. Begleitbericht S. 4).

Nicht einleuchtend ist die Begrenzung auf Waren (was ist mit Güter gemeint?) und unklar auch die Formulierung in lit. d. Fällt nun der Kauf eines Flugtickets, welcher in drei, sieben oder neun Tagen stattfindet in den Anwendungsbereich von Art. 40b – d E-OR oder nicht? Auch Art. 40f E-OR hilft hier nicht unbedingt weiter. Meines Erachtens müssten allgemein Dienstleistungen, die innert sieben Tagen, bzw. innert der Widerrufsfrist, erbracht werden von einer Widerrufsmöglichkeit ausgeschlossen werden.

SAirGroup In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen einer Flugbuchung für den persönlichen bzw. familiären Gebrauch einerseits und dem geschäftlichen Gebrauch andererseits objektiv kaum möglich, da die Beförderungsleistung unabhängig vom Gebrauchszweck absolut identisch ist. Dies im Gegensatz zur Bestellung eines Warenproduktes, bei dem die Eigenart des Produktes Hinweise auf die Verwendungsart "privat" oder "geschäftlich" zulässt (z.B. Bestellung von Haushaltsartikeln für den täglichen Gebrauch). Der Passagier müsste bei jeder Buchung deklarieren, ob er privat oder geschäftlich zu reisen gedenkt. Dies wäre unseres Erachtens ein mindestens problematischer Eingriff in die Privatsphäre des Passagiers. Abgesehen davon könnte eine solche Deklaration in der Praxis gar nicht überprüft werden - dies allein disqualifiziert die Anwendung des Widerrufsrechtes für Flugreisen.

Die Differenzierung zwischen "Dienstleistungen, die eindeutig auf persönliche Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind, "gemäss Art. 40a Absatz 1 lit. d. OR (vgl. 1.2. oben) und solchen, die (nur) für "den persönlichen oder familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind" gemäss Art 40a Absatz 1 OR dürfte in der Praxis zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Die Ausführungen in der Randziffer 210.05 des Begleitberichtes "Man denke beispielsweise an eine Reise, die nach genauen Angaben des Kunden organisiert wird" dürften hier kaum weiterhelfen. Auf den ersten Blick ist jedenfalls nicht klar, ob eine gleichzeitig bei einer Fluggesellschaft getätigte Buchung für Flug, Hotel und Mietauto unter das neue Recht fallen würde oder nicht. Die Frage ist von grosser Bedeutung, da solche kombinierte Buchungen in der Praxis sehr häufig sind.

SAV Exceptions prévues à l'article 40a al. 2 CO. L'exclusion spécifique des services financiers serait justifiée, selon le rapport explicatif (chiffre 210.05), par le traitement séparé que le droit communautaire a également réservé à ce type de transactions, pourtant en plein développement sur Internet, en les excluant du champ d'application de la directive 97/7 et en les soumettant à un régime spécifique qui devrait faire l'objet d'une nouvelle directive encore en discussion. Quant aux exceptions prévues aux lettres c et d, elles seraient justifiées par

l'investissement consenti par le fabricant ou le fournisseur dans sa prestation, en suivant les instructions et *desiderata* du client, pour qui le risque d'une décision précipitée et irréfléchie serait donc moindre alors que le coût de personnalisation supporté par le fabricant ou le prestataire de services serait important. Cette argumentation semble fragile : aujourd'hui, et demain plus encore, chaque vendeur en ligne et chaque prestataire de services sur Internet joue sans réserve la carte de la personnalisation des services en ligne ("*customer relationship management [CRM]*"), rendue possible par la récolte extensive d'informations personnelles et comportementales, notamment par le biais de *cookies*, qui traquent les habitudes de consommation et les goûts du client, parfois à son insu. Ainsi, le risque de décision irréfléchie nous paraît toujours réel. Par ailleurs, le vendeur ou le fournisseur de services en ligne serait évidemment enclin à s'opposer à l'invocation d'un droit de révocation en prétendant avoir "personnalisé" son produit ou sa prestation, alors que cette personnalisation ne s'est pas forcément traduite par un coûteux investissement supplémentaire. C'est en particulier le cas pour des œuvres numériques (par exemple, compilation en ligne de morceaux de musique en format MP3 en fonction des goûts exprimés par le client en visitant un site Internet).

SBB Tritt jemand im Rahmen einer Erwerbstätigkeit als Kunde auf, bleibt er vom Schutzbereich des Widerrufsrechts ausgeschlossen. Im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs wird für den Waren- oder Dienstleister (gerade für einen Anbieter wie die SBB) jedoch schwer erkennbar sein, ob die bestellte Leistung für private oder geschäftliche Zwecke des Kunden dienen soll.

Das Zusammenspiel dieser Bestimmung zum Pauschalreisegesetz ist höchst unklar.

SBV zu Abs. 1:

Der Begriff "Anbieter" ist aufgrund heute geübter Praktiken unseres Erachtens auslegungsbedürftig: Handelt es sich nur um diejenige Person, mit der das Grundgeschäft geschlossen wird oder auch mit Vermittlern, Portalbetreibern, Provider etc., die Leistungen Dritter anbieten, vermitteln oder linken. Eine Klärung wäre sehr erwünscht, so wenigstens in der Botschaft.

zu Abs. 1 und Abs. 2 lit. c:

Hier wird vereinzelt von "Gütern" gesprochen, während Abs. 1 im einleitenden Satzteil von "bewegliche Sachen" spricht. Es wäre sinnvoll, man würde eine einheitliche Terminologie verwenden, damit aufgrund unterschiedlicher Begriffe nicht plötzlich versucht wird, den Unterschied interpretieren zu wollen.

Im Übrigen wäre eine einheitliche Terminologie vom "Konsumentenvertrag" in den verschiedensten Bundeserlassen wünschenswert. Es ist nicht einzusehen, wieso z.B. der Wortlaut von Art. 120 IPRG in Nuancen von Art. 40a OR abweicht.

zu Abs. 2 lit. a:

Wir fragen uns, ob es nicht sinnvoll wäre, den Betrag von Fr. 100.-- bereits heute hinaufzusetzen - z.B. auf Fr. 500.-- -, sind doch seit altrechtlicher Einführung dieses Betrages schon mehr als 10 Jahre verstrichen. Zudem stellt sich bei dieser betraglichen Limitierung die Frage, ob dieser sich auf eine Einzelleistung bzw. auf einen Einzelpreis bezieht oder ob es sich um den Gesamt-

preis für gleichzeitig bestellte mehrere Leistungen (d.h. den Gesamtpreis für den ganzen "Warenkorb") handelt. Eine Klärung hiervon ist unabdingbar.

zu Abs. 2 lit. b:

Der Begleitbericht (S. 11) stellt die Banken und die Versicherungen als gleichwertige Finanzdienstleister dar, so dass es keine Rechtfertigung gibt, nur die Versicherungsverträge unter "namentlich" aufzuführen. Wir schlagen deshalb folgenden neuen Wortlaut für lit. b vor (lit. b soll in zwei lit. aufgeteilt werden, womit die vorgeschlagenen lit. c-e je um einen Buchstaben verschoben würden):

"b. über Finanzdienstleistungen;"

"c. über Versicherungsverträge;"

Sodann wäre erwünscht, in der Botschaft den Begriff der Finanzdienstleistungen, namentlich in Anlehnung an das Bankengesetz und das Geldwäschereigesetz, näher auszuführen.

zu Abs. 2 lit. c:

- Das Wort "angefertigt" deutet zu sehr auf Werkvertrag hin, was aber laut Begleitbericht (S. 11) nicht beabsichtigt ist. Entsprechend schlagen wir vor, dieses Wort durch ein neutraler gefasstes zu ersetzen.
- Wie bereits vorstehend ausgeführt, sollte sodann "Güter" durch "bewegliche Sachen" ersetzt werden.
- Da es nicht nur schnell verderbliche Sachen gibt, sondern auch solche, die ihren Preis je nach Angebot und Nachfrage rasch ändern, wären auch derartige Verträge auszunehmen, so etwa durch Einschub des folgenden Satzteils: "..., ihren Preis rasch ändern können oder ...". Eine sinngemäss vergleichbare Regelung findet sich auch in der EU Richtlinie für den Fernabsatz.

Nach dem vorstehend zu Abs. 2 lit. c Ausgeführten könnte die lit. c gesamthaft wie folgt lauten:

"über bewegliche Sachen, die nach genauen Angaben des Kunden bestimmt werden oder die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht zurückgesendet werden können, ihren Preis rasch ändern können oder schnell verderben;"

zu Abs. 2 lit. d

Die Umschreibung "eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse" ist zu ungenau bzw. zu weit gefasst. So besagt auch der Begleitbericht (S. 12), dass es sich um eine Leistung handle, die in überwiegender Weise vom Kunden zum voraus bestimmt wird. Entsprechend schlagen wir vor, diese Bestimmung z.B. in nachfolgender Weise zu präzisieren:

"über Dienstleistungen, die nach den Weisungen des Kunden auf seine persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind;"

Schlussfolgerung: Unter Vorbehalt der obenerwähnten Änderungen und der einleitenden Bemerkungen zu Art. 40a ff OR ist die vorgeschlagene Bestimmung in Ordnung.

SHV Die EU-Richtlinie 9717 vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz sieht in Art. 3 Ziff. 2 al. 2 eine Ausnahme vor

für „Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen der Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Lieferer bei Vertragsabschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen“. Diese Ausnahme hat auch in die nationalen Gesetzgebungen Eingang gefunden, so zum Beispiel beinahe wörtlich in das deutsche Fernabsatzgesetz vom 27. Juni 2000, wo es heisst: "Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Verträge... über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen der Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsabschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen“.

Der europäische Gesetzgeber hat die Problematik des Geltungsbereiches der Bestimmungen über die Fernabsatzverträge für diese Leistungen klar erkannt und deshalb eine Ausnahmebestimmung erlassen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Schweizer Gesetzgebung hier anders vorgehen sollte. Besonders augenfällig wird die Notwendigkeit dieser Ausnahme im Zusammenhang mit dem 7-tägigen Rücktrittsrecht bei Hotelbuchungen: Hotelbuchungen können regelmässig annulliert werden, ohne dass dem Kunden nennenswerte Kosten daraus erwachsen. Wo dies nicht ausdrücklich vertraglich geregelt ist, bestehen verschiedene allgemeine Vereinbarungen und Usancen. Bei elektronischen Buchungen werden die Annullationsbestimmungen dem Kunden vor Vertragsabschluss bekanntgegeben. Bei SDM (Swiss Destination Management), der bedeutendsten elektronischen Buchungsplattform in der Schweiz, werden zum Beispiel keine Verträge abgeschlossen, ohne dass der Kunde explizit auf die Annullationsbestimmungen aufmerksam gemacht würde. Die Annullationsmöglichkeiten, die ein Kunde bei Hotelbuchungen hat, schützen ihn schon heute in aller Regel besser als das 7-tägige Rücktrittsrecht. Nur bei sehr kurzfristigen Buchungen (später als 7 Tage vor Ablauf der Annullationsfristen) können die Rücktrittsfristen kürzer sein; die schützenswerten Interessen der Anbieter sind in diesen Fällen höher zu veranschlagen: Bei Buchungen in Städten, mit kostenlosen Annullationsmöglichkeiten bis am Vorabend der Anreise und bei „last minute“-Angeboten wird die Leistung ohnehin mehrheitlich vor Ablauf von 7 Tagen nach der Buchung konsumiert. In der Ferienhotellerie ist der Hotelier darauf angewiesen, dass nicht allzu kurzfristige Absagen erfolgen. Die Fristen kostenloser Annullation betragen normalerweise einige Wochen, was die Gäste auch wissen. Es macht schlicht keinen Sinn, ein Gesetz zu erlassen, welches in seiner Konsequenz die Anbieter dazu zwingt, ihre Offerten 7 Tage vor Ablauf der Annullationsfristen von den elektronischen Plattformen zu entfernen oder eine allzu kurzfristige Absage zu riskieren.

Bei Verträgen, wie den hier dargelegten, wo sich der Unternehmer dieser Dienstleistungen verpflichtet, die Leistungen "zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen", wie es die EU-Richtlinie umschreibt, und wo ausserdem klare Annullationsmöglichkeiten bestehen und kommuniziert werden, welche den Kunden in den meisten Fällen besser schützen, sind die Schutzbestimmungen der Fernabsatzverträge, insbesondere das 7-tägige Rücktrittsrecht, nicht angebracht. Wir fordern daher analog der EU-Gesetzgebung eine Ausnahme vom Geltungsbereich für diese Verträge.

Systematisch könnte die Ausnahme auch in Art. 40c untergebracht werden. Da sich die Frage für Haustürgeschäfte aber nicht stellt und es dabei nicht um die Definition des Fernabsatzvertrages, sondern um dessen Geltungsbereich handelt, erscheint sie in Art 40a besser aufgehoben.

SRV In der EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr werden in Art. 3 Abs. 2 Spiegelstrich 2 Dienstleistungen im Bereich von Beförderung, Unterbringung sowie Freizeitgestaltung von der Anwendbarkeit der wichtigsten Bestimmungen der Richtlinie (Art. 4 bis 6, 7 Abs. 1 RL) ausgenommen.

Im bundesrätlichen Entwurf fehlt in Art. 40a Abs. 2 OR (neu) eine entsprechende Bestimmung. Dies hätte zur Folge, dass sämtliche touristische Dienstleistungen, welche über den Fernabsatz vertrieben werden, der 7-Tage-Widerrufsfrist unterstehen würden.

Weshalb die Bestimmung der EU-Richtlinie nicht übernommen worden ist und eine Diskrepanz zum EU-Recht geschaffen werden soll, ergibt sich aus dem Begleitbericht nicht.

Dass auch in der Schweiz die touristischen Leistungen von den neuen Bestimmungen ausgenommen werden sollten, zeigen nachfolgende Überlegungen.

Schutz des Konsumenten

Unüberlegte Vertragsabschlüsse

Die neuen Bestimmungen über den Fernabsatz sollen den Konsumenten, welche unüberlegt gehandelt haben (Begleitbericht S. 7), das Recht zum Widerruf des Vertrages einräumen. Denn der Kunde habe beim elektronischen Vertragsabschluss keine Möglichkeit mehr, seinen Vertragsabschlusswillen zu überdenken (Begleitbericht S. 5).

Reisen bedingen für Konsumenten gewisse Vorbereitungen:

Es müssen die entsprechenden Frei- und Ferientage mit dem Arbeitgeber vereinbart werden; Familie, Betreuung der Wohnung sind zu organisieren; Arzt- und andere Termine sind entsprechend zu planen; die notwendigen finanziellen Mittel müssen zur Verfügung stehen (es gibt keine Reiseanbieter, welche Reisen auf Abzahlung usw. verkaufen); Visa und vorgeschriebene Gesundheitsbestimmungen sind abzuklären (Art. 4 Abs. 3 PRG).

Wie diese Liste zeigt, hat der Konsument vor der Buchung von Reiseleistungen, dies im Gegensatz zu den meisten anderen Konsumentenverträgen, erhebliche „Vorleistungen“ zu erbringen, so dass unüberlegte Vertragsabschlüsse wohl kaum vorkommen dürften.

Information des Konsumenten

Als Risiko des Fernabsatzes wird auch eine beschränkte und oberflächliche Information über das Produkt angeführt (Begleitbericht S. 6).

Die Gesetzgebung im Bereich Reisen ist eine der fortschrittlichsten und konsumentenfreundlichsten, die in der Schweiz besteht. Dies sowohl was das Privatrecht wie das öffentliche Recht angeht.

Auf privatrechtlicher Ebene ist seit dem 1. Juli 1994 das Bundesgesetz über Pauschalreisen in Kraft. Dieses Gesetz wurde bereits unter dem Titel des Konsumentenschutzes vorgestellt und eingeführt (Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, Sonderdruck, S. 83).

In Art. 4 PRG werden dem Reiseveranstalter resp. dem Reisevermittler (Reisebüro) wichtige Informationspflichten auferlegt, welche vor Vertragsabschluss zu erfüllen sind.

Des weiteren bestimmt Art. 3 PRG, dass Prospekte verbindlich sind. Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gedruckte Prospekte usw. sondern auch auf elektronische Medien (Richard Frank, Bundesgesetz über Pauschalreisen, Zürich 1994, Art. 3 N 12; Sandro Hangartner, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss. Zürich 1997, S. 38). Hangartner erwähnt ausdrücklich Internet und Teletext (S 38).

Reisen werden auch durch die Preisbekanntgabe-Verordnung, Art. 10, insbesondere Bst. n, erfasst. Die sich daraus ergebenden Informationspflichten sind im Informationsblatt vom 1. November 1999 betreffend Preisbekanntgabe und Werbung für Reiseangebote detailliert umschrieben. Wer gegen diese Bestimmungen verstösst, unterliegt den Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (Art. 21 PBV).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass durch diese Informationspflichten der Konsument umfassend vor Vertragsabschluss informiert wird und Verstösse gegen die gesetzlichen Bestimmungen durch strafrechtliche Sanktionen geahndet werden. Die durch die neuen Bestimmungen vorgesehene verbesserte Information ist in der Reisebranche bereits seit 1994 verwirklicht. Aus diesem Grund erscheint die Unterstellung von Reisen unter die neuen Bestimmungen als nicht angezeigt.

Zeitpunkt der Erbringung touristischer Leistungen

Touristische Dienstleistungen, insbesondere Reisen werden immer zu vertraglich vereinbarten Zeitpunkten erbracht. Diese Daten können bereits in der Reiseausschreibung enthalten sein oder bei der Buchung mit dem Reisebüro vereinbart werden. Diese Daten sind als notwendiger Vertragsinhalt gesetzlich vorgeschrieben (Art. 6 Abs. 1 Bst. b PRG).

Diese zeitliche Gebundenheit von Reiseleistungen ist einer der grossen Unterschiede zu anderen Vertragsleistungen (wie Kaufverträge mit Lieferung der Ware an den Kunden). Diese Tatsache führt denn auch dazu, dass Reiseleistungen generell von den neuen Bestimmungen ausgenommen werden sollten.

Bisherige Praxis

Die bisherige Praxis zeigt, dass die Reisebranche den Informationspflichten nachkommt und die Konsumenten im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang informiert.

Schon seit Jahren werden Reisen auch über den Telefonverkauf und Direct-Mailings vertrieben. Dem Verband sind bis heute keine Missbräuche dieser Vertriebskanäle bekannt.

Dass die Reisebranche den gesetzlichen Bestimmungen nachlebt, belegt auch die Tatsache, dass nach Einführung des neuen Reiserechtes (1994) die publizierten Gerichtsentscheide nicht zugenommen haben (dies z.B. im Gegensatz zu Deutschland).

Diese Situation unterstreicht die Sachlage, dass die Konsument auch unter dem heutigen Recht einen optimalen Schutz geniessen.

Regelung in Deutschland

Die Ansicht des Verbandes wird auch durch die Gesetzgebung in Deutschland bestätigt.

Deutschland hat den Richtlinien-Text übernommen und in § 1 Abs. 3 Ziffer 3 des Fernabsatz-Gesetzes die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung sowie Freizeitgestaltung von dessen Anwendbarkeit ausgenommen.

Zur Begründung, dass diese Leistungen nicht unter das Fernabsatz fallen sollen, wird im Regierungsentwurf ausgeführt: „Diese Ausnahme vollzieht Nummer 6 unter wörtlicher Übernahme des Artikels nach, weil hier weder die in der Fernabsatzrichtlinie vorgesehenen Informationspflichten noch das Widerrufsrecht zweckmässig sind und der Verbraucher bei solchen Verträgen teilweise zumindest durch die Pauschalreiseverordnung 90/314/EWG und deren Umsetzung in nationales Recht, insbesondere §§ 651a ff. BGB und die Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern vom 14. November 1994 (BGBl. I S. 3436) geschützt wird.“ (BT-Drucksache 14/2658, S. 33).

Deutschland hat somit Reisen von der Anwendbarkeit des Fernabsatz-Gesetzes ausgenommen, weil der Konsumentenschutz bereits verwirklicht ist.

In der Schweiz liegt die gleiche Situation mit dem Bundesgesetz über Pauschalreisen, der Preisbekanntgabe-Verordnung sowie dem Informationsblatt vom 1. November 1999 vor.

Es würde dem Verband unbillig erscheinen, dass in der Schweiz strengere Bestimmungen eingeführt würden, als in Deutschland bestehen

Anbieterseite

Gemäss Vorlage hat der Kunde bei über den Fernabsatz abgeschlossenen Verträgen ein Widerrufsrecht von sieben Tagen.

Würde dieses Widerrufsrecht auf touristische Dienstleistungen Anwendung finden, hätte dies für die gesamte Reisebranche erhebliche Auswirkungen, von denen auch die Konsumenten in negativer Weise betroffen würden.

Reisebüros verfügen in aller Regel nicht über eigene Dienstleistungsunternehmen, vielmehr ziehen sie zur Erbringung ihrer Leistungen Drittunternehmen (wie Fluggesellschaften, Hotels usw.) bei.

Bucht ein Konsument eine Reise, so muss das Reisebüro diese Leistungen unmittelbar nach Vertragsabschluss beim Leistungserbringer definitiv buchen können. Dies damit die notwendigen Kapazitäten bereit gestellt werden und auch eine korrekte Vertragsabwicklung möglich ist. Hat das Reisebüro die Kapazitäten bereits vorher provisorisch gebucht, so muss es bei Vertragsabschluss mit dem Kunden sicher sein, dass dieser Platz verkauft ist (oder im Falle einer Annullationsgebühren gedeckt werden), andernfalls eine Kalkulation der Reisepreise nicht mehr möglich ist.

Könnte der Kunde innert sieben Tagen nach Vertragsabschluss den Vertrag kostenlos auflösen, würde die gesamte Produktion von Reisen gefährdet und dieses Risiko müssten die Reisebüros in den Verkaufspreis einrechnen, so dass die Reisen massiv teurer würden.

Anhand der Flugtarife soll dies näher erläutert werden: Die meisten Flugtarife für Ferienreisen (für Geschäftsreisen kann eine andere Situation vorliegen, die hier jedoch nicht zu betrachten ist, da Geschäftsreisen nicht unter die neuen Bestimmungen fallen würden), sind an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Diese Voraussetzungen werden durch die International Air Transport Association (IATA) mit Sitz in Montreal und Genf festgelegt, welche die Schweiz als internationale Organisation anerkannt hat.

Die Buchungsvoraussetzungen sind je nach Tarif (PEX, APEX usw.) unterschiedlich; zum Beispiel:

Die Flugbuchung kann nur definitiv vorgenommen werden, Annullationen sind kostenpflichtig;

der Flugschein ist sofort bei Buchung (Vertragsabschluss) zahlbar;

der Flugschein ist unmittelbar bei Buchung auszustellen.

Diese Buchungsbestimmungen erlauben den Fluggesellschaften eine optimale Auslastung ihrer Flugzeuge. Und sie können somit die Flugscheine zu günstigen Preisen anbieten, wovon die Konsumenten profitieren. – Diese Tarife und Buchungsbestimmungen werden zudem durch das Bundesamt für Zivilluftfahrt gebilligt.

Aufgrund des Agenturvertrages zwischen den Reisebüros und den IATA-Fluggesellschaften ist das Reisebüro gegenüber der Fluggesellschaft Schuldnerin des Flugscheinpreises. Da es diesen im eigenen Namen einzieht (BGE 108 II 120). Könnte der Kunde nun den Flug innerhalb der 7-Tage-Frist kostenlos annullieren, würde dies dazu führen, dass der Kunde dem Reisebüro den Preis nicht mehr schuldet, das Reisebüro gegenüber der Fluggesellschaft (aufgrund des verwendeten Flugtarifes) jedoch weiterhin zur Preiszahlung verpflichtet wäre (auf die Rechtsbeziehung zwischen Unternehmen kommen die neuen Bestimmungen nicht zur Anwendung). Dadurch entstünden unhaltbare Zustände, und das gesamte (internationale) Tarifwesen müsste der schweizerischen Gesetzgebung angepasst werden.

Bei der Produktion von Reisen würde diese Sachlage dazu führen, dass Reisebüros nicht mehr diese günstigen Tarife für ihre Reisen buchen könnten. Da sie mit kostenlosen Annullationen rechnen müssten, bliebe ihnen nichts anderes übrig, als Flugscheine zu normalen Tarifen, welche erheblich teurer als die angeführten PEX-, APEX-Tarife sind, in die Arrangements aufzunehmen. Dies würde einen massiven Kostenschub im Reisebereich auslösen, von welchem die Konsumenten stark betroffen wären. Zu diesen Fragen kann auch auf die allgemeinen Ausführungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften aus dem Jahre 1992 verwiesen werden. Sie führt zur Problematik von Reservationsen aus: „Die Dienstleistungen im Bereich der Reservierungen stellen aufgrund ihres festen Termins für die Ausführung der Leistungen ein spezielles Problem dar, da der Anbieter besondere Vorkehrungen zur Erfüllung der Leistung zum vereinbarten Termin treffen muss (Flugticket, Hotelzimmer, u.a.m.).“ (Kom (92) 11 endg. S. 17).

Aufgrund der besonderen Sachlage in der Reisebranche sollte diese von der Anwendbarkeit der 7-Tage-Widerrufsregel ausgenommen werden.

SVV Zusammen mit den Finanzdienstleistungen ist der Versicherungsvertrag von den speziellen Regeln zum Fernabsatz ausgenommen. Bezüglich dem Versicherungsvertrag rechtfertigt sich dieser Ausschluss durch die Regeln des VVG, wo der Schutz des Konsumenten bereits angesprochen wird. Im Rahmen der Totalrevision des Gesetzes über die Aufsicht der Versicherungsunternehmen (VAG) steht eine Anpassung einiger Artikel des VVG zur Diskussion. Relevant für den elektronischen Geschäftsverkehr ist insbesondere die geplante Regelung zu den vorvertraglichen Informationspflichten in Art. 3 VE-VVG. Daneben steht demnächst aber auch eine Totalrevision des VVG an, wo die Spezialitäten des elektronisch geschlossenen Vertrags erneut erörtert werden dürften.

Zu der Änderung bezüglich den vorvertraglichen Informationspflichten haben wir uns bereits anlässlich der Vernehmlassung zum VVG ausgesprochen, wobei das im E-Commerce eigentlich selbstverständliche Anliegen im Vordergrund stand, dass zukünftig bei sämtlichen Aktionen von der Aufnahme der Vertragsverhandlung bis zum Abschluss und einer potenziellen Schadenerledigung auf den traditionellen Postverkehr verzichtet werden kann.

Im Vorspann haben wir die geplante systematische Erfassung der Fernabsatzverträge unter das Regime der Haustürgeschäfte bereits angesprochen. Die Art. 40a-g OR erfahren dadurch gewissermassen eine Totalrevision. Die gemeinsame Behandlung beider Vertriebsformen ist nicht unbedenklich, auf Grund der gleichen Zielsetzung, dem Schutz des Konsumenten, aber nachvollziehbar.

Finanzdienstleistungen, somit Verträge im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Banken, Effekthändlern, der Börse und insbesondere auch von Versicherungen, werden, wie bereits angemerkt, durch die vorgesehenen Änderungen des Obligationenrechts gemäss Art. 40a Abs. 2 lit. b VE-OR nicht berührt. Hinsichtlich des Versicherungsvertrages wird damit der speziellen Situation, die dem Abschluss eines auf meist lange Zeit ausgerichteten Vertragsverhältnisses einerseits und dem speziellen Regelungsgegenstand andererseits zugrunde liegt, sinnvollerweise Rechnung getragen. Die Ordnung der Versicherungsverträge durch Spezialgesetze ist auch für die elektronische Geschäftsabwicklung gerechtfertigt. Der Weg ist über eine Weiterentwicklung der vorgenannten spezialgesetzlichen Regelungen zu suchen, die sich in der Praxis bestätigt und entsprechend seit langer Zeit bewährt haben.

SWICO Da die Revision, durch welche Art. 40 a eingefügt wurde, bereits über 10 Jahre zurückliegt und die Kaufkraft sich entsprechend geändert hat, wäre es sinnvoll, den Betrag von Abs. 2 lit. a bereits jetzt zu erhöhen. Wir schlagen eine Erhöhung auf CHF 500.-- vor, auch wenn dieser Betrag die Kaufkraftveränderung der letzten 10 Jahre übersteigt. Es muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass im klassischen Haustürgeschäft typischerweise Ware minderen Wertes gehandelt wurden (wer kauft schon seinen PC an der Haustüre?) und dass das elektronisch angebotene Angebot Änderungen bei der Warenrücknahme mit sich bringen. So sind z.B. elektronische Geräte, für welche das Widerrufsrecht geltend gemacht wird, nach der Rücksendung kaum je in der physisch unversehrten Originalverpackung, was bedeutet, dass sie wieder neu aufbereitet und verpackt werden müssen. Der damit verbundene Aufwand ist häufig höher als der Warenwert, was dazu führt, dass z.B. elektronische Kleingeräte eher entsorgt werden müssen als dass sie wieder in den Verkaufskanal

zurückgeführt werden können. Dass dies zu einer Verteuerung der Ware führt und sich damit zulasten des Konsumenten auswirkt, ist evident. Unklar ist sodann, inwiefern diese Betragslimite den Einzelpreis einer Ware oder aber den Gesamtbetrag des "Warenkorbes" betrifft.

Die Hervorhebung der Versicherungsverträge als besondere Finanzdienstleistungs-verträge ist unglücklich formuliert, statt "namentlich" sollte "einschliesslich" verwendet werden oder dann sollten neben den Versicherungen auch die Bankverträge explizit erwähnt werden.

In lit. c sollte berücksichtigt werden, dass es nicht nur schnell verderbliche Waren gibt, sondern auch solche, die ihren Preis rasch ändern können. Dies ist u.a. in der Fernabsatzrichtlinie (Art. 6 Abs. 3) bezüglich des Widerrufsrechtes explizit berücksichtigt.

Die Vorlage wie auch das Europäische Vorbild (Fernabsatzrichtlinie) unterstellen Fernabsatzverträge demselben Regime, das bei Haustürgeschäften gilt. Unseres Erachtens ist dies schon im Grundsatz falsch, weil bei Haustür- und Fernabsatzverträgen ganz andere Konstellationen bestehen.

Beim Abschluss von Haustürverträgen geht es ausschliesslich um Situationen, welche geeignet sind, die Handlungsfreiheit des Konsumenten einzuschränken. Bei Haustürgeschäften besteht folgende Konstellation: Ein Anbieter nimmt einseitig, d.h. ohne ausdrücklichen Wunsch des Konsumenten, aktiven Kontakt mit diesem auf. Die physische Anwesenheit des Anbieters in den Räumen des Konsumenten ist geeignet auf diesen einen erhöhten Druck zum Vertragsabschluss auszuüben (Gefahr, dass der Konsument nur deshalb kauft, um einen lästigen Vertreter endlich loszuwerden etc.). Ein Widerrufsrecht für den Konsumenten mag deshalb sinnvoll sein, weil seine Handlungsfreiheit durch gewisse aktive Machenschaften des Anbieters eingeschränkt wird.

Bei Fernabsatzgeschäften bestehen mehrere mögliche Konstellationen (in der Folge wird auf die drei wichtigsten Bezug genommen): Das Angebot des Anbieters erfolgt schriftlich via Post, mündlich via Telefon und schriftlich via elektronischem Shop (Internet).

Im Falle, dass dem Kunden ein schriftliches Angebot via Post zugestellt wird, wird seine Handlungsfreiheit unseres Erachtens nicht in einem Mass eingeschränkt, das einen besonderen Schutz erfordert. Der Konsument kann ihm zugesendete Drucksachen ohne weiters vernichten.

Im Telefonbereich gibt es zwei mögliche Konstellationen:

Einerseits kann der Konsument aktiv von einem Händler angerufen und dahingehend bearbeitet werden, einen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag abzuschliessen. Durch die direkt mögliche persönliche Kommunikation zwischen den Parteien kann der Konsumenten zwar beeinflusst werden. Hingegen ist es dem Konsumenten letztlich jederzeit möglich, das Gespräch zu unterbrechen und sich so, leichter als beim Haustürgeschäft, dem Werben des Anbieters zu entziehen.

Andererseits besteht das typische Telebusiness darin, dass der Konsument aus eigener Initiative auf eine Nummer (0900/0901) anruft und dadurch Waren bestellt oder Dienstleistungen bezieht (z.B. Sportnews). Dass er in den Fällen, in denen er bewusst und aktiv Verträge abschliesst, nicht auch noch das Recht haben soll, diese im Nachhinein zu widerrufen, ist unseres Erachtens selbst-

verständlich. Detaillierte Regeln in der Preisbekanntgabeverordnung stellen überdies sicher, dass der Konsument explizit über die Kosten von solchen Mehrwertdienstleistungen aufgeklärt wird. Unseres Erachtens ist damit bereits ein genügender Schutz gegeben.

Die Organisation von elektronischen Shops bzw. die darin implementierten Prozesse sind denjenigen in traditionellen, physischen Ladengeschäften sehr ähnlich. In der Regel sind elektronische Shops dreigeteilt in „Showroom“, „Warenkorb“ und „Check Out“: Der „Showroom“ ist mit dem physischen Ladenlokal an sich vergleichbar, der Warenkorb mit dem traditionellen Einkaufswagen und der „Check Out“ mit der Kasse. Im „Showroom“ wird dem Kunden das Angebot präsentiert, er kann Leistungen, Eigenschaften und Preise von Produkten betrachten. Im Warenkorb kann er Produkte, zu deren Kauf er sich provisorisch entschlossen hat, sammeln und am „Check Out“ bestätigt er den Willen zum Bezug der Produkte aus dem Warenkorb definitiv, nachdem er an diesem Ort zuvor die dort einsehbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptieren oder ablehnen konnte. In diesem letzten Prozesspunkt ist der Kunde aufgefordert, Name und Adresse, (ev. unterschiedliche Liefer- und Rechnungsadresse) und bei Bezahlung mit Kreditkarte seine Kreditkartennummer einzugeben. Erst an diesem Ort kommt der Vertrag zwischen Anbieter und Kunde zustande. Der Kunde hat also vor Vertragsabschluss bereits einige Prozesse durchlaufen, welche eine gewisse Zeit in Anspruch genommen haben.

Telebusiness, bei dem sich der Kunde, geleitet von Sprechtexten („wollen Sie x, drücken sie 1; wollen Sie y, drücken Sie 2“), via Drücken von diversen Telefонтasten durch den Einkaufsprozess bewegt und Einkäufe betätigt, ist vergleichbar konzipiert wie die Prozesse im elektronischen Shop.

Im Gegensatz zu Haustürgeschäften wird bei elektronischen Shops nicht mehr Druck auf den Kunden ausgeübt als in einem gewöhnlichen Laden. Im Gegenteil, der Kunde kann sich in einem elektronischen Shop die Angebote so lange ansehen wie er will, ohne dass er von einem Verkäufer bearbeitet wird. Über-eilung und unüberlegtes Handeln können nur die Folge von Situationen sein, in welchen auf den Kunden ein erhöhter Druck zum Vertragsschluss ausgeübt wurde. Die obige kurze Darstellung, wie ein elektronischer Shop funktioniert, zeigt, dass ein einziger Mausklick bei weitem nicht genügt, um eine Sache zu bestellen. Im weiteren wird sichtbar, dass der Anbieter, infolge der fehlenden persönlichen Beziehung und physischen Anwesenheit keinerlei Möglichkeit hat, auf den Kunden einzuwirken und Druck auszuüben. Der blosse Umstand, dass der Kauf in der Regel mit einem Mausklick abgeschlossen wird, bedeutet an sich nichts. Auch im Laden kann die eigentliche rechtliche Handlung sehr schnell erfolgen („ja“; Unterschrift).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei Fernabsatzverträgen die Gefahr zu unüberlegtem Handeln nicht grösser ist als bei irgendwelchen anderen Geschäften. Im Gegenteil, der Kunde hat im Unterschied zu vielen anderen Geschäften bei all den oben beschriebenen Varianten beliebig viel Zeit für die Prüfung des „Angebotes“ und den Vergleich mit „Konkurrenzangeboten“. Vor unüberlegtem Handeln kann grundsätzlich niemand geschützt werden (höchstens durch Bevormundung). So gibt es denn auch anderswo im Privatrecht nirgends Bestimmungen, die jemandem ermöglichen würden wegen „unüberlegtem Handeln“ von einem Vertrag zurückzutreten oder ein Geschäft anzufechten bzw. ist die herrschende Gesetzgebung diesbezüglich ausreichend

(z.B. Bestimmungen bezüglich Übervorteilung und Willensmängel gemäss OR sowie Bestimmungen gemäss UWG).

Im Begleitbericht zum Entwurf wird im übrigen immer wieder (siehe z.B. Ziffer 122 am Schluss) darauf hingewiesen, dass die Gemeinsamkeit zwischen Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen darin bestehen würde, dass beide ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters abgeschlossen würden. Dass ein Haustürgeschäft im klassischen Sinn ausserhalb von Geschäftsräumen abgeschlossen wird, ist ein Indiz dafür, dass hinsichtlich Geschäftsabschluss Druck auf den Kunden ausgeübt wird. Dies ist jedoch, wie oben dargelegt, bei Fernabsatzverträgen gerade nicht der Fall, weshalb der Vergleich untauglich ist. Die Unterscheidung innerhalb/ausserhalb von Geschäftsräumen gemäss dem Begleitbericht zum Entwurf wird zudem den elektronischen Shops im Internet nicht gerecht, da sich dort der Kunde, zumindest virtuell, eben in einem Geschäftsraum befindet.

Gefahr der Verwässerung des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften

In Ziffer 2.1 haben wir bereits kritisiert, dass Haustürgeschäfte und Fernabsatzgeschäfte einander gleich gestellt werden. Diese Gleichstellung hätte eine weitere Konsequenz, die vermutlich nicht gewollt ist, nämlich die, dass alle Ausnahmen vom Widerrufsrecht, welche auf die Fernabsatzgeschäfte zugeschnitten sind (Artikel 40f), auch für die Haustürgeschäfte greifen würden.

swisscom Abs.1: Klarstellung fehlt: „und die Haustür- oder Fernabsatzgeschäfte darstellen“.

Abs. 2 lit. a): Es ist unklar, worauf sich, beispielsweise beim Einkauf in elektronischen Shops, der Preis bezieht. Ist der Gesamtpreis des Warenkorbs oder der Preis des einzelnen gekauften Gutes gemeint? Wie ist der Preis bei Dienstleistungen, insbesondere bei Dauerschuldverträgen mit z.B. monatlichen oder jährlich wiederkehrenden Gebühren zu berechnen?

Abs. 2 lit. d): Die Umschreibung „*über Dienstleistungen, die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind*“ wird zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Der Begleitbericht spricht davon, dass es nicht um die Tätigkeit als solche gehe, sondern um das Resultat oder das Produkt dieser Tätigkeit; z.B. eine Reise. Wir weisen darauf hin, dass Dienstleistungen oft auf die persönlichen Bedürfnisse der Kunden zugeschnitten sind. So gibt es heute, zumindest im Telekombereich, wenige absolut einheitliche Standard-Dienstleistungen mehr. Dagegen hat der Kunde die Wahl, aus verschiedenen Optionen und Modalitäten auszuwählen und das auf ihn zugeschnittene Paket zusammenzusetzen. So bietet beispielsweise Swisscom verschiedene Natelabonnemente an, welche verschiedene Stufen von Nutzungsgewohnheiten abdecken und zu welchen modulmässig Zusatzdienstleistungen ausgewählt werden können. Dies zeigt auch, dass nicht nur Dienstleistungen, die zu einem Resultat oder Erfolg (z.B. Reise) führen auf die persönlichen Bedürfnisse der Kunden zugeschnitten sein können. Gemäss Interpretation des Entwurfes durch den Begleitbericht würden solche Dienstleistungen jedoch nicht vom Geltungsbereich der Fernabsatzverträge ausgenommen sein. Dies würde die Telekom-Branche klar benachteiligen.

TCS Il est à notre sens discutable de vouloir réglementer de la même manière les contrats conclus par démarchage, où le client est personnellement sous pression du commerçant, et les contrats conclus à distance où le client a la possibi-

lité de ne pas cliquer sur : approbation ou même la possibilité de fermer son poste et de réfléchir. On peut même dire que, dans les contrats conclus à distance, le client est encore moins sous pression que lors d'une conversation téléphonique où il peut être plus dur de raccrocher le téléphone pour couper la conversation, car cela reste contraire aux usages de la politesse, alors que la coupure d'un dialogue électronique pourrait être mis plus facilement au compte d'une défectuosité d'ordre technique que de l'impolitesse.

Al. 1. On a repris la condition qu'il doit s'agir de vendeurs agissant dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale. A vrai dire, on ne voit pas très bien pourquoi il faudrait opposer l'activité professionnelle ou commerciale dans la mesure où il y a vente de prestations. A notre sens, il suffirait qu'il s'agisse d'une activité commerciale professionnelle.

Par contre, pour les contrats par démarchage, le consommateur est souvent tout aussi menacé, si ce n'est plus, par un démarcheur non professionnel. Il lui sera en effet plus difficile de distinguer le professionnel du non professionnel qui exercerait la même activité. Et là, le risque pourrait être encore plus grand que le client signe un contrat pour se débarrasser de l'importun, surtout s'il est peu professionnel, voire désagréable ou même menaçant.

Al. 2, lit. b. La disposition de la lit. b a une relation avec l'art. 40 h. Or cette relation ne ressort pas suffisamment de cette disposition. Pourtant, celle-ci a toute son importance, notamment en matière de contrats de leasing pour véhicules.

Par ailleurs les contrats de financement en matière de leasing seront réglementés par la loi sur le crédit à la consommation, alors que l'art. 40 a al. 2 lit. b pourrait donner à penser qu'il n'y a pas d'autre réglementation applicable.

c) Il serait difficilement compréhensible que la disposition puisse avoir pour effet d'exclure des dispositions un contrat de vente de voiture neuve, au seul motif que l'objet comporterait plusieurs options. Lorsque l'on voit ce que certaines marques proposent comme véhicule sans options on peut se demander si un tel véhicule peut être un produit fini.

d) Le critère de personnalisation des services n'est pas toujours aisé à définir. Ainsi, un voyage combiné selon les vœux du client, mais composé de diverses prestations « standard » serait-il par avance exclu de l'application de telles règles, alors que ce sont précisément les voyages qui peuvent coûter le plus cher et qui pourraient nécessiter réflexions après coup, la transparence des prestations n'étant pas toujours assurée à première lecture ?

UNIGe Le projet définit le consommateur comme l'acquéreur d'une chose mobilière (ou d'un service) "destinée à un usage personnel ou familial" (art. 40a al. 1, 199 lit. b P-CO), ce qui correspond à l'actuel art. 40a al. 1 CO (cf. aussi l'art. 120 al. 1 LDIP). Cette définition positive est plus étroite que la définition négative de l'art. 2 al. 1 Directive sur la protection des consommateurs en

matière de vente à distance⁹⁴, selon lequel est un consommateur "toute personne physique qui, dans le contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale". Le champ d'application de la Directive est restreint aux contrats de vente à distance, alors que les dispositions du projet s'étendent aux contrats conclus par démarchage, même s'il ne s'agit pas de ventes, ainsi qu'aux contrats de vente qui ne sont pas conclus à distance. Ce nonobstant, il aurait été préférable de reprendre la définition plus large du consommateur adoptée par la Directive, l'argument de la cohérence interne ne devant pas servir à perpétuer une définition malheureuse et trop restrictive de la notion de consommateur.

L'art. 40 al. 1 et 199 lit b P-CO s'appliquent à la partie qui agit "dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale", ce qui correspond, à juste titre, exactement à la définition de l'art. 2 c Directive. En revanche, il faut noter une rupture avec la terminologie utilisée ailleurs; ainsi à l'art. 204 al. 1 P-CO qui parle de "professionnels du commerce" ou aux art. 191 al. 2 et 215 al. 1 CO mentionnant les termes "en matière de commerce". Si une interprétation uniforme doit être donnée à ces différentes notions, une terminologie semblable aurait été préférable.

Le producteur est défini à l'art. 1 al. 2 lit. d Directive, mais ne l'est pas par le projet. L'interprète pourra cependant se référer à l'art. 2 LRFP, dont les trois lettres de l'alinéa 1^{er} recoupent les trois catégories de personnes de la disposition européenne (fabricant, importateur, producteur apparent).

Cf. aussi art. 40c.

Uni ZH Der VE sieht eine komplette Neufassung der Art. 40a ff. OR vor. Ohne dass dies im Begleitbericht näher thematisiert wird, findet damit eine zum Teil recht einschneidende Änderung der bisherigen Vorschriften über die Haustürgeschäfte statt, weil der VE beide Bereiche einer einheitlichen Regelung unterwirft, sich dabei aber an den Eigenheiten des Fernabsatzvertrages orientiert. Dies ist allerdings schon vom Ansatz her verfehlt, weil die Schutzbedürftigkeit des Konsumenten auf verschiedenen Ursachen beruht. Beim Fernabsatz wird sie mit der *informationellen Unterlegenheit* begründet, indem der Konsument das Produkt und seine Eigenschaften vor Vertragsabschluss weder selbst in Augenschein nehmen noch gezielte Fragen dazu an das Personal des Unternehmers stellen kann und oftmals sogar die Beschaffung von Informationen über den Vertragspartner und die Vertragsbedingungen schwierig ist⁹⁵. Beim Haustürgeschäft und ähnlichen Verträgen besteht die Gefahr hingegen in unüberlegten, auf *Überrumpelungstaktik* basierenden oder wegen aussergewöhnlicher Vertragsanbahnung unter *psychischem Druck* getätigten Vertragsabschlüssen⁹⁶. Der Konsument befindet sich in einer Verhandlungssituation, in der er in der Verfolgung seiner eigenen Interessen behindert ist. Ursachenbekämpfung bedeutet folglich beim Fernabsatz

⁹⁴ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, JOCE L 144 du 4.6.1997, p. 19ss.

⁹⁵ FUCHS, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273 f.; GÖßMANN, Electronic Commerce, MMR 1998, 88, 89; siehe auch den 14. Erwägungsgrund der Fernabsatz-RiL.

⁹⁶ Statt vieler WEBER-STECHER (Fn 77), 18; DORNIER (Fn 23), N 570 ff.; HONSELL (Fn 77), 67.

Ausgleich der aus dem Medium sich ergebenden Nachteile⁹⁷ durch Gewährleistung von Information, beim Haustürgeschäft die Gewährung einer „cooling-off period“, während der der Konsument seinen Entschluss frei von der psychischen Einwirkung des Anbieters überdenken kann. Indem der VE unter Verkenntung dieser grundlegenden Differenzen⁹⁸ das auf Fernabsatzverträge angelegte Instrumentarium in gleicher Weise auch auf Haustürgeschäfte anwendet, sind hier Unstimmigkeiten vorprogrammiert⁹⁹.

Positive Voraussetzungen

Der gemeinsame Geltungsbereich der Art. 40a ff. bezieht sich unverändert auf Konsumentenverträge in der bisherigen Definition¹⁰⁰. Vorausgesetzt ist nach Art. 40a Abs. 1 OR ein Vertrag über bewegliche Sachen oder Dienstleistungen, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Kunden bestimmt sind, und wenn der Anbieter im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat. Wie bisher bleiben damit Time-Sharing-Geschäfte bedauerlicherweise vom Schutz ausgeschlossen¹⁰¹. Nicht unter den Geltungsbereich fällt auch das Downloading von digitalisierten Produkten wie Software, Ton-, Bild- und Textdateien. Einerseits liegt unstrittig keine bewegliche Sache vor, andererseits handelt es sich um Kauf¹⁰² und nicht um einen Dienstleistungsvertrag¹⁰³. Unanwendbarkeit der Art. 40a ff. ist sachgerecht, weil eine Rücksendung der als Kopie bezogenen Daten sinnlos und für den Anbieter nicht gewährleistet ist, dass sich der Kunde den wirtschaftlichen Wert nicht trotz des Widerrufs aneignet¹⁰⁴. Dasselbe gilt für den Recherchevertrag¹⁰⁵. Es ist deshalb überflüssig, das Widerrufsrecht bei (nur einigen!) digitalisierten Produkten auszuschliessen, wie es der VE in Art. 40f lit. b OR vorsieht, da diese ohnehin nicht unter die Regelung fallen. Allerdings

⁹⁷ ARNOLD (Fn 78), 526.

⁹⁸ Der Begleitbericht rechtfertigt in Ziff. 122 die Integration der Neuregelung über die Fernabsatzverträge in die Bestimmungen über die Haustürgeschäfte mit dem Umstand, dass in beiden Fällen „der Vertrag ausserhalb der Geschäftsräume des Anbieters abgeschlossen wird“. Damit wird aber nur auf einen äusseren Umstand der Ungleichgewichtslage abgestellt, nicht aber auf ihre Ursache!

⁹⁹ Ausführlich MEENTS (Fn 91), 147 und passim.

¹⁰⁰ Zur synonymen Verwendung des Begriffs „Kunde“ im Sinne von „Konsument“ siehe WEBER-STECHER (Fn 77), 20; hingewiesen sei auf die engere Definition des Konsumentenvertrags in Art. 22 Abs. 2 GestG und Art. 120 Abs. 1 IPRG (dazu eingehend DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, Art. 22 N 46 ff.).

¹⁰¹ HONSELL (Fn 77), 67; eingehend KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrags im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995, 133 mNw.; kritisch WEBER-STECHER (Fn 77), 25 ff.

¹⁰² Ausführlich CICHON, Internetverträge, Diss. München 1999, 227 ff.

¹⁰³ Ebenso LORENZ, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833, 840; a.A. Palandt/HEINRICHS (Fn 35) FernAbsG § 3 Rn 6, 9; MEENTS (Fn 91), 221 f.

¹⁰⁴ LORENZ (Fn 101), 840; MEENTS (Fn 91), 222; bei digitalisierten Produkten entfällt deshalb das Widerrufsrecht richtigerweise nach Art. 6 Abs. 3 dritter Spiegelstrich FARL.

¹⁰⁵ WEBER, E-Commerce (Fn 12), 362; HILTY, Die Rechtsbeziehungen rund um den Informationen Highway, in: Hilty (Hrsg.), Information Highway, Bern 1996, 473 f. mNw.; MEIER-HAYOZ, Zum Informationsvermittlungsvertrag, in: FS Schlupe, Zürich 1988, 191, 195, 202; differenzierend nach der Verarbeitungsbedürftigkeit der Informationen ZULAUF (Fn 28), 53 ff.; in Deutschland ist die Qualifikation der Datenbankrecherche umstritten (umfassende Nachweise bei CICHON (Fn 100), 182 ff.).

sollte bei Rechercheverträgen in Form eines Dauerschuldverhältnisses sowie bei Sukzessivlieferungsverträgen über digitalisierte Produkte eine Kündbarkeit ex nunc in Analogie zu den Art. 40a ff. VE-OR erwogen werden. Diese Schutzlücke wird wenigstens teilweise durch Art. 6a VE-UWG relativiert, der einen gewissen Schutz vor übereilten Vertragsschlüssen und des sich „Verklickens“ vorsieht und dem Anbieter ebenfalls Informationspflichten auferlegt¹⁰⁶.

Ein auf bewegliche Sachen und Dienstleistungen beschränkter Anwendungsbereich überzeugt nicht. Sachlich wäre es richtig, in Art. 40a Abs. 1 VE-OR anstelle auf bewegliche Sachen in Analogie zu Art. 2 Ziff. 1 FARL auf den weiteren Begriff des *Ware* abzustellen und damit den Geltungsbereich auch auf digitalisierte Produkte zu erstrecken¹⁰⁷. Damit blieben die Informationspflichten nach Art. 40d VE-OR, deren Verletzung eine Haftung aus culpa in contrahendo auslösen kann¹⁰⁸, sowie diejenigen des Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG erhalten. Der Ausschluss vom Widerrufsrecht ist im Ausnahmekatalog von Art. 40f VE-OR zu gewährleisten¹⁰⁹.

Negative Voraussetzungen

Der VE sieht in Art. 40a Abs. 2 OR eine wesentliche Erweiterung des Negativkatalogs vor, der in gleicher Weise für Haustürgeschäfte und für Fernabsatzverträge gilt.

Der Ausschluss von Bagatellgeschäften unter Fr. 100.-- nach lit. a ist unter ökonomischem Aspekt wie auch dem Primat der Selbstverantwortung an sich richtig¹¹⁰. Die Fernabsatz-RiL hingegen sieht eine solche Mindestsumme nicht vor und verbietet sie damit den Mitgliedstaaten aufgrund des Mindestschutzprinzips. Eine schweizerische Sonderlösung hätte zur Folge, dass beim weitaus überwiegenden Teil der Konsumentenverträge im Fernabsatz¹¹¹ der status quo beibehalten würde, weil diese sich unterhalb der Grenze von Fr. 100.-- bewegen. Dass die EU auch den nicht schutzbedürftigen Verbraucher schützt, ist bedauerlich, bei der Zielsetzung, ein einheitliches Schutzniveau herzustellen und das Betreiben von „Konsumentenschutzdumping“¹¹² von der Schweiz aus zu verhindern, ist es aber wohl oder übel hinzunehmen.

Versicherungsverträge waren schon nach dem bisherigen Art. 40a Abs. 2 OR aufgrund des Einflusses der Versicherungswirtschaft ausgeschlossen. Der VE

¹⁰⁶ Siehe unten V.2.

¹⁰⁷ Entgegen der verbreiteten Terminologie ist der Begriff der Ware nicht von vornherein zwingend auf bewegliche Sachen beschränkt.

¹⁰⁸ HARTMANN (Fn 53), N 412 ff.; a.A. DORNIER (Fn 23), N 465.

¹⁰⁹ Dazu unten III.5.b.

¹¹⁰ Kritisch KOLLER-TUMLER (Fn 99), 132 Fn 207.

¹¹¹ Einer Studie des Gottlieb Duttweiler Lehrstuhls für internationales Handelsmanagement zufolge (Internetnutzung Schweiz 2001, S. 26, abrufbar unter <http://gd-lehrstuhl.imh.unisg.ch>) ist der Anteil der Produkte, die über Fr. 100.—kosten, verschwindend klein.

¹¹² Begleitbericht Ziff. 32.

ändert dies trotz vielseitiger Kritik¹¹³ nicht, sondern sieht in lit. b den Ausschluss aller Finanzdienstleistungen vor. Eine sachlich überzeugende Begründung gibt es dafür nicht.

Der Ausschluss von Verträgen über „Güter, die nach den genauen Angaben des Kunden angefertigt wurden“ (lit. c), wird in der Praxis zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten führen¹¹⁴. Dabei ist nicht zu übersehen, dass die Integration der Kunden in den Leistungsherstellungsprozess („customer integration“) ein Charakteristikum des E-Commerce ist¹¹⁵. Da die Bestellung des Kunden in digitaler Form vorliegt, kann diese im Rahmen eines vollständig elektronisch gesteuerten Geschäftsvorgangs individuell ausgerichtete Prozesse in Gang setzen und ermöglicht so eine individuelle, genau den Wünschen des Kunden entsprechende Produktion¹¹⁶. Nicht selten kann der Kunde verschiedene Komponenten des Angebots zu einer seinen Vorstellungen entsprechenden Sache zusammenfügen¹¹⁷. Weshalb der Kunde in diesem Fall weniger schutzwürdig sein soll, ist nicht ersichtlich. Zwar hat er die Ware genau bestimmt, doch kann er sie ebenfalls nicht besichtigen. Das Argument, es bestehe für den Kunden hier kein Risiko, einen übereilten Entscheid zu treffen, weil er selbst bestimmt, was er will¹¹⁸, überzeugt nicht. Allerdings stehen Individualisierung und anderweitige Verwertbarkeit in einem reziproken Verhältnis zueinander. Die Parallelnorm des dt. FernAbsG (§ 3 Abs. 2 Ziff. 1 1. Alt.) wird deshalb dahingehend ausgelegt, dass eine Ware dann nach Kundenspezifikation angefertigt ist, wenn sie wegen der Berücksichtigung der Wünsche des Kunden anderweitig nicht oder nur mit einem unzumutbaren Preisnachlass abgesetzt werden kann¹¹⁹. Damit ist sie aber zugleich eine Ware, die aufgrund ihrer Beschaffenheit „nicht für eine Rücksendung geeignet“¹²⁰ ist. Mit dieser Formulierung werden zugleich Güter erfasst, die „schnell verderben“¹²¹.

Art. 40a Abs. 2 lit. d VE-OR schliesst Verträge über „Dienstleistungen, die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind“, vom Anwendungsbereich aus. Die Bestimmung ist so weit gefasst, dass ein

¹¹³ So GONZENBACH, *Pacta sunt servanda*, ZSR NF 107 (1987), I, 435, 467 („lex Versicherungsgesellschaften“); OR-GONZENBACH Vorbem. zu Art. 40a – 40g N 4; DORNIER (Fn 23), N 671 ff.; HONSELL (Fn 77), 67; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn 17), N 477; SCHWENZER (Fn 17), N 28.66; A. KOLLER (Fn 17), N 509; ENGEL (Fn 18), 310; GUHL/KOLLER (Fn 31), §13 N 38; KOLLER-TUMLER (Fn 99), 130 Fn 198 mNw.

¹¹⁴ In der Fernabsatz-RiL heisst es „Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind“ (Art. 6 Abs. 3 dritter Spiegelstrich); ablehnend MICKLITZ, *Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG*, ZEuP 1999, 875, 887.

¹¹⁵ KOLLMANN (Fn 86), 16.

¹¹⁶ KRANCKE, *Marktordnung und Barrieren im grenzüberschreitenden Handel mit Kommunikationsdienstleistungen: Dienstleistungen der Informationstechnologie*, Kiel 2000, 23 (<http://www.uni-kiel.de:8080/lfW/pub/kap/2000/kap1008.pdf>; 15.5.2001).

¹¹⁷ So z.B. in der Computerbranche.

¹¹⁸ Begleitbericht Ziff. 210.05.

¹¹⁹ Palandt/HEINRICHS (Fn 35), FernAbsG § 3 Rn 8.

¹²⁰ So die Formulierung in Art. 6 Abs. 3 dritter Spiegelstrich FARL.

¹²¹ Da es sich richtigerweise nur um Ausnahmen vom Widerrufsrecht handelt, wird unten (III.5.b) nochmals darauf zurückgekommen.

Grossteil der Dienstleistungsverträge darunter fällt. Dabei hat der Kunde gerade bei Dienstleistungen, die auf seine persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind, ein qualifiziertes Informationsbedürfnis. Auch sind die Interessen des Anbieters ausreichend gewahrt: Er hat sowohl de lege lata nach Art. 40f Abs. 3 OR i.V.m. Art. 402 OR als auch nach Art. 40g Abs. 3 VE-OR einen Anspruch auf Auslagen- und Verwendungsersatz, sofern ein Widerruf nicht ohnehin nach Art. 40f lit. a VE-OR¹²² ausgeschlossen ist. Inwiefern das „Resultat“ der Dienstleistung noch eine Rolle spielen soll, ist schleierhaft¹²³. Der VE öffnet hier geradezu groteske Schutzlücken: So hat z.B. der Kunde, dem an der Haustüre eine kostspielige Hausreinigung aufgeschwatzt wird (Werkvertrag), kein Widerrufsrecht mehr. Der VE geht sogar noch weiter: Selbst wenn man diesen Fall nicht unter Art. 40a Abs. 2 lit. d VE-OR subsumieren würde, so entfiel das Widerrufsrecht nach Art. 40f lit. a VE-OR, weil der Anbieter dem Kunden unter Hinweis auf die Notwendigkeit und günstige Gelegenheit leicht einen ausdrücklichen Verzicht auf das Widerrufsrecht entlocken und sogleich mit der Arbeit beginnen wird. Art. 40f lit. a VE-OR passt deshalb für Haustürgeschäfte nicht und sollte ausdrücklich auf Fernabsatzverträge beschränkt werden. Art. 40a Abs. 2 lit. d VE-OR ist ersatzlos zu streichen.

Vergleicht man den Ausschlusskatalog mit der Fernabsatz-RiL, so fällt auf, dass es sich dort mit Ausnahme der Bagatellgeschäfte um eine selektive Zusammenstellung von Verträgen handelt, die entweder nach Art. 3 FARL von deren Geltungsbereich oder nach Art. 6 Abs. 3 lediglich vom Widerrufsrecht ausgeschlossen sind. Auch hier überzeugt der VE nicht: Bei keinem der in Art. 40a Abs. 2 lit. a bis e VE-OR aufgezählten Fälle ist schlüssig begründbar, weshalb die Information des Konsumenten entbehrlich sein soll. Mit Ausnahme der Finanzdienstleistungen, die wohl nicht zuletzt als „Produkt gezielter Lobbypolitik“¹²⁴ vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-RiL ausgenommen wurden und nun Gegenstand einer eigenen Richtlinie werden sollen¹²⁵, sind daher sämtliche dieser Ausnahmen nach der Fernabsatz-RiL (ebenso nach § 3 Abs. 3 des deutschen Fernabsatzgesetzes) lediglich vom Widerrufsrecht ausgeschlossen. Daran sollte sich grundsätzlich auch der schweizerische Gesetzgeber orientieren, soweit sich eine Streichung von Art. 40a Abs. 2 VE-OR aufgrund der obigen Kritik nicht ohnehin aufdrängt.

VIT Grundsätzlich zur Ablehnung des Einbezugs des Konsumentenschutzes in die Gesetzgebung betreffend den E-Commerce, vgl. oben Ziffer 1 Punkt 2.

Es ist fraglich, ob die Gleichstellung von Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften gerechtfertigt ist. Beim Fernabsatz, jedenfalls im Internet, ist die Verkaufssituation weder bezüglich der Ergreifung der Initiative zum Vertragsabschluss (es fehlt insbesondere der Überrumpelungseffekt), noch die Möglichkeit zur Ausübung von Druck auf den Käufer mit den Haustürgeschäften auch nur entfernt vergleichbar. Das Bedürfnis einer „cooling-off phase“, welche mit dem Widerrufsrecht im Sinne von Art. 40a ff. OR dem Konsumenten

¹²² Diese Bestimmung passt allerdings für Haustürgeschäfte nicht, siehe unten III.5.b.

¹²³ Unklar hierzu auch der Begleitbericht Ziff. 210.05.

¹²⁴ MICKLITZ (Fn 112), 878.

¹²⁵ Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, KOM (1999) 385 endg.

gegeben werden soll, ist für Vertragsabschlüsse im Internet daher nicht gegeben.

Bezüglich des Ausnahmekatalogs von Absatz 2 ist in lit. a eine Erhöhung des Mindestbetrages von CHF 100 auf mindestens CHF 500 erforderlich; dies insbesondere im Hinblick auf die kostenträchtigen Umtriebe, welche mit dem Widerrufsrecht verbunden sind, und sich daher für Verträge mit einem geringeren Wert nicht rechtfertigen lassen.

Der Ausnahmekatalog ist ferner zu ergänzen um Güter, deren Preise rasch ändern, da anderenfalls das dem Konsumenten eingeräumte Widerrufsrecht diesem die Möglichkeit gibt, auf Kosten des Lieferanten zu spekulieren. Hierzu besteht jedoch unter dem Gesichtspunkt des Konsumentenschutzes weder ein Bedürfnis noch eine Rechtfertigung.

VSW Wir regen an, den Geltungsbereich der Konsumentenschutzbestimmungen der Art. 40 a bis 40 h E-OR auf Verträge einzuschränken, die für Konsumenten tatsächlich eine spürbare Belastung darstellen. Dies könnte getan werden, indem Verträge, bei denen die Leistung des Kunden neu Fr. 200.—nicht übersteigt, nicht in den Geltungsbereich der Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge fallen.

321.06 Art. 40b

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi cpv 2

Proponiamo che questo capoverso venga stralciato. Riteniamo che anche i contratti firmati a uno stand di un mercato o di una fiera debbano poter essere revocati. Si tratta in effetti di situazioni particolari in cui il consumatore rischia di subire pressioni analoghe a quelle cui è sottoposto in caso di vendita a domicilio.

kf Wir opponieren generell der Gleichstellung von Haustürgeschäften mit Fernabsatzverträgen. Diese Vertragsarten unterscheiden sich in wesentlichen Punkten. Der Fernabsatzvertrag geht auf einen völlig freien Willensentscheid des Kunden zurück, ein Geschäft tätigen zu wollen. Er wird nicht unerwartet „überfallen“. Zudem fehlt die körperliche Nähe eines drängelnden Verkäufers. Im Fernabsatz ist der Verkäufer oder Dienstleister nur „graphisch“ oder quasi „virtuell“ vorhanden und drängt nicht auf einen Vertragsabschluss, dafür fehlt dem Käufer die Möglichkeit, die Qualität der Produkte zu beurteilen.

Die Einführung des Wortes „Haustürgeschäfte“ ist absurd. Der Begriff war schon bisher als Marginale willkürlich. Wenn Angebote an Arbeitsplätzen oder in öffentlichen Verkehrsmitteln gemacht werden, versteht darunter kein Mensch ein „Haustürgeschäft“. Der bisherige Artikel war da viel logischer, indem gar nicht versucht wurde, diese Verträge unter einen Titel zu stellen. Falls dennoch ein gemeinsamer Titel gewünscht wird, kämen z.B. in Frage: „unerwünschte Verträge“ oder „unverlangte Verträge“. Hingegen ist die Ausnahme von Abs. 2 angesichts der gelegentlich marktschreierischen Angebote an Messen und Märkten nicht unbedingt zum Schutz des Konsumenten.

Absatz 2 streichen. Stattdessen neuer Abs. 1d: an Messen und Märkten.

Sager Die materielle Beibehaltung von Art. 40c OR ist begrüssenswert. Sie sollten aber logischerweise auch auf Fernabsatzverträge ausgeweitet werden.

In Abs. 1 wird der Terminus "Angebot" verwendet. Ist dieser als juristischer Begriff im Sinne von Art. 4 ff. OR zu verstehen? Dazu wäre zu beachten, dass u. U. auch der Kunde (welcher die Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich gewünscht hat) offerieren kann. Sollte dieser Sachverhalt nicht mehr von der Bestimmung umfasst werden?

Gemäss der vorliegenden Formulierung kann auch die direkte telefonische oder elektronische Kommunikation, welche die Erfordernisse von lit. a erfüllen (also z.B. Telefonverkauf, sofern der Kunde sich in seinen Wohnräumen befindet), als Haustürgeschäft (und gleichzeitig als Fernabsatzvertrag) angesehen werden. Eine Präzisierung, ob ein Haustürgeschäft (die Bezeichnung "Haustüre" ist sowieso zu ungenau) auch ein Fernabsatzvertrag sein kann oder ob sie sich gegenseitig ausschliessen, wäre begrüssenswert. Eine Abgrenzung der beiden Institute muss auch exakt vorgenommen werden können, da die jeweiligen Rechtsfolgen (z.B. Art. 40g V E-OR; 3 lit. b^{bis} E-UWG (?)) nicht immer identisch sind.

Uni ZH Der Begriff des Haustürgeschäfts wird trotz berechtigter Kritik¹²⁶ unverändert übernommen. Lediglich formell werden die bisherigen Art. 40b und 40c OR in einem Artikel zusammengefasst (Art. 40b VE-OR). Materiell ändert sich nichts.

321.07 Art. 40c

Kantone / Cantons / Cantoni

GE: Article 40 c, alinéa 1

A l'alinéa 1, la définition du contrat conclu à distance prévoit que le fournisseur " a agi dans le cadre *d'un système* de commercialisation utilisant une ou plusieurs techniques de communication à *distance*". Cet élément de définition exclurait, selon le Rapport explicatif, la conclusion d'un contrat à distance si le fournisseur utilise d'une façon épisodique les techniques de communication modernes.

Il est à craindre qu'une incertitude plane sur l'applicabilité des dispositions protectrices prévues, dans la mesure où le client pourrait être bien en peine de savoir si son fournisseur dispose et, qui plus est, utilise en règle générale un "système de commercialisation".

Une condition s'ajoutant aux autres conditions d'application ressortant des articles 40a, alinéa 1 et 40c, alinéa 1 proposés n'en est pas moins nécessaire, car il s'agit de ne pas étendre le champ d'application de ces dispositions au-delà de ce que requiert une saine protection des consommateurs. On peut se demander si cette exigence supplémentaire ne pourrait pas être l'inscription au Registre du commerce ou dans un registre professionnel, soit une exigence aisément vérifiable s'harmonisant au surplus avec l'idée exprimée à l'article 40a, alinéa 1 que l'un des contractants, à savoir le fournisseur de biens ou de

¹²⁶ Siehe DORNIER (Fn 23), N 682 ff.

services, doit agir "dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale".

L'article 40c, alinéa 1 in fine aboutit à étendre considérablement le champ d'application des normes protectrices considérées (en particulier le droit de révocation), dès lors que les "techniques de communication à distance" visées ne recouvrent pas uniquement les moyens électroniques, mais en définitive tous autres modes de communication que des parties non physiquement en présence l'une de l'autre peuvent utiliser pour leurs échanges de manifestations de volontés, comme les échanges épistolaires ou téléphoniques. Ce projet revient donc à modifier substantiellement le système général de la conclusion des contrats, alors que le projet législatif soumis à consultation porte sur le commerce électronique. Il siérait, déjà dans le Rapport explicatif, d'explicitier davantage tant la portée que la justification de modifications de cette envergure.

Article 40 c, alinéa 2

L'exclusion totale du champ d'application des ventes aux enchères telle qu'elle est prévue à la lettre a ne se justifie pas. Le consommateur a besoin d'une information objective précontractuelle comme dans n'importe quelle transaction à distance. Seul le droit de révocation doit être exclu, car il est incompatible avec le mécanisme de la vente aux enchères.

Les exclusions prévues aux lettres b et c sont peu claires. Le Rapport explicatif n'est pas non plus d'un grand secours.

L'exclusion prévue à la lettre b vise les contrats conclus "au moyen" de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés. Ce serait donc le "moyen" utilisé pour conclure le contrat qui déterminerait son exclusion de la catégorie de contrats conclus à distance.

En revanche, l'exclusion prévue à la lettre c vise les contrats conclus "avec des fournisseurs de services de télécommunications du fait de l'utilisation de *téléphones publics*".

Dans cette hypothèse, ce serait l'activité du co-contractant (*fournisseur de services de télécommunications*) qui déterminerait l'exclusion du contrat. Une qualification plus précise des exclusions serait souhaitable.

A propos des exceptions prévues dans cet alinéa, il conviendrait d'être plus précis. Si la révocation par le consommateur n'est pas envisageable dans certaines situations, il serait alors plus approprié de prévoir une exclusion de la révocation plutôt que de considérer que ces contrats ne sont pas des contrats conclus à distance.

GL: Art. 40c Abs. 1

Diese Bestimmung ist schwer verständlich. Einfacher und klarer würde man sie wohl wie folgt formulieren: "Als Fernabsatzverträge gelten Verträge, die von den Vertragsparteien ausschliesslich unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationsmitteln abgeschlossen werden und zu deren Erfüllung sich der Anbieter eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems bedient." Selbst dann wirft diese Bestimmung jedoch noch Fragen auf:

Vergleicht man sie mit der Definition der Haustürgeschäfte (Art. 40b), so fällt auf, dass Art. 40b Haustürgeschäfte, Art. 40c Fernabsatzverträge definiert. Es

erscheint gesetzestechisch nicht sinnvoll, in Art. 40c einen neuen Vertragstyp zu definieren. Einerseits wäre die Definition eines neuen Vertragstyps systematisch in die zweite Abteilung des Obligationenrechts einzureihen. Andererseits soll mit der neuen Bestimmung kein neuer Vertragstyp geschaffen werden, sondern es sollen alle möglichen Nominat- und Innominatkontrakte, die gewisse Voraussetzungen erfüllen, den Regeln der Art. 40a ff. unterworfen werden. Es geht also in Art. 40c nur darum, diese Voraussetzungen zu nennen. Der Begriff des "Fernabsatzgeschäftes" wäre daher zutreffender.

Beim Vergleich der Definitionen des Fernabsatzvertrages und des Haustürgeschäftes fällt weiter auf, dass bei den Haustürgeschäften ausschliesslich darauf abgestellt wird, wo dem Kunden das Angebot gemacht wird. Unerheblich ist, wie dem Kunden dann die Waren zugestellt beziehungsweise die Dienstleistungen erbracht werden. Im Gegensatz dazu stellt die Art der "Regelerfüllung" über ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem eine der Voraussetzungen dar, unter welchen die Art. 40a ff. auf Fernabsatzgeschäfte anzuwenden sind. Es stellt sich somit die Frage, ob eine solche Einschränkung Sinn macht.

Wie sich dem Begleitbericht zum Entwurf (Seite 13) entnehmen lässt, sollen Rechtsgeschäfte mit Gewerbetreibenden dann nicht unter die Art. 40a ff. fallen, wenn sich der Gewerbetreibende nur gelegentlich der Fernkommunikationsmittel bedient, also wenn er zum Beispiel nur ausnahmsweise eine Bestellung entgegennimmt. Nur wenn er eine Infrastruktur unterhalte, die den Fernabsatz seiner Güter oder Dienstleistungen ermögliche, oder der Fernabsatz regelmässige Praxis geworden sei, unterständen die Rechtsgeschäfte mit ihm den Art. 40a ff. Bereits der Begleitbericht ist in gewisser Weise widersprüchlich, wenn einerseits blosse Ausnahmetatbestände im Sinne des genannten Beispiels avisiert werden, andererseits aber bloss Betriebe mit regelmässigem Fernabsatz oder gar eigenem Vertriebssystem (eigentlicher Versandhandel) unter die Bestimmungen der Art. 40a ff. fallen sollen. Die gesetzliche Bestimmung selbst enthält nur das Kriterium des Vertriebssystems für den Fernabsatz, das eigentlich eher darauf hindeutet, dass nur Betriebe, die regelmässig Verträge über Telekommunikationsmittel abschliessen, ihre Waren über ein Vertriebssystem zum Kunden bringen und damit einen erheblichen Teil ihres Umsatzes erwirtschaften (eigentlicher Versandhandel), unter die Bestimmungen der Art. 40a ff. fallen sollen - dies im Gegensatz zu Gewerbebetrieben, die sich bloss gelegentlich solcher Vertriebssysteme bedienen. Begleitbericht und Gesetz stehen also offenbar noch nicht im Einklang und liessen einen sehr weiten Interpretationsspielraum offen. Nach Ansicht der Regierung wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutze des Konsumenten und des Anbieters notwendig, im Gesetz und in der Botschaft dazu eindeutiger und klarer Stellung zu beziehen. Die Regierung ist jedenfalls der Ansicht, dass die Anwendung der Art. 40a ff. OR nicht bloss auf den eigentlichen Versandhandel beschränkt werden soll. Vielmehr sollte sich jeder Anbieter von Waren oder Dienstleistungen beim Fernabsatz an die vorgeschlagenen Regelungen halten müssen, es sei denn, es handle sich tatsächlich um eine blosse Ausnahme in dem Sinne, dass der Betreffende ein Geschäft betreibt, das auf "Laufkundschaft" beruht, und bloss hin und wieder Aufträge eines Kunden, etwa weil dieser krank ist o.ä., annimmt.

Der jetzige Vorschlag ist schliesslich auch noch in folgender Hinsicht problematisch: So wie Art. 40c Abs. 1 formuliert ist, hätte der Kunde in einem Zivil-

prozess den Beweis zu erbringen, dass der Anbieter über ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem verfügt. Ohne weiteres kann der Kunde zwar nachweisen, wie sein Produkt zu ihm gelangt ist. Er wird in vielen Fällen jedoch kaum ohne Hilfe des Anbieters nachweisen können, dass sich dieser eines Vertriebssystems zum Fernabsatz bedient. Dies gilt vor allem dann, wenn dieser seinen Sitz im Ausland hat oder den Versand über Dritte (Post etc.) abwickelt. Um den Konsumenten vor solchen Beweisschwierigkeiten, die seinen Schutz gefährden, zu bewahren, sollte der Nachweis, dass ein Ausnahmetatbestand vorliegt, durch Beweislastumkehr oder die Schaffung einer gesetzlichen Vermutung dem Anbieter überbunden werden.

Die vorstehenden Ausführungen liessen sich in etwa wie folgt in einer Bestimmung zusammenfassen:

Abs. 1: "Als Fernabsatzgeschäfte gelten Verträge, die von den Vertragsparteien ausschliesslich unter Zuhilfenahme von elektronischen Kommunikationsmitteln abgeschlossen werden, sofern der Anbieter nicht nachweist, dass er den Vertrag bloss ausnahmsweise mittels elektronischer Kommunikationsmittel abgeschlossen hat [oder:, dass er die bloss ausnahmsweise auf elektronischem Wege übermittelte Offerte des Kunden angenommen hat]."

LU: zu Art. 40c Abs. 2b OR: Der Passus ist sprachlich unglücklich formuliert. Es fragt sich, ob es nicht genügt, lediglich auf die Automaten hinzuweisen („Verträge, die unter Verwendung von Automaten abgeschlossen werden“.

TI Art. 40 c: Nella definizione di contratti a distanza rientra la vendita conclusa tramite mezzi di comunicazione a distanza (posta, telefono e Internet). Suscita qualche interrogativo la difficoltà di interpretare nozioni quali "distributore automatico" o "locali commerciali automatizzati".

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

PLS les notions suivantes, contenues dans l'article 40c mériteraient d'être clairement définies, étant précisé que le rapport explicatif ne donne que peu de détails à ce sujet :

- distributeurs automatiques et locaux commerciaux automatisés;
- fournisseurs de services de télécommunications du fait de l'utilisation de téléphones publics.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi cpv. 2 lett. a

Riteniamo che anche per le vendite all'asta debbano essere fissati criteri precisi (ad esempio sui diritto d'informazione). Proponiamo quindi di integrare questo capoverso nell'art. 40 cpv. 2.

economiesuisse Die Begriffe "Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen" sind, wie die Reaktionen unserer Mitgliederorganisationen zeigen, offensichtlich missverständlich. Hier ist eine klarere Abgrenzung notwendig. Eine zu restriktive Auslegung würde die entsprechende Geschäftstätigkeit in der Schweiz verunmöglichen.

kf Der Entwurf spricht auch von Fernabsatzverträgen, wenn der Computer als Telefon genutzt wird. Dies ist absurd. Alle Eigenarten des Telefongeschäfts bleiben erhalten, wenn statt des traditionellen Apparates ein PC mit Mikrofon und Lautsprecher benützt wird. Diese Differenzierung ist unnötig.

KPMG L'article 40c AP-CO définit les contrats conclus à distance. Selon le rapport explicatif, la définition correspond à celle de la directive européenne. On ne peut pas adhérer à cette affirmation: le rapport expose expressément que les contrats où les moyens de communication à distance qui n'ont été utilisés que durant une partie du processus contractuel ne sont pas considérés comme des contrats conclus à distance. Ceci correspond à la définition de la directive européenne. Force est toutefois de constater que cet élément ne ressort pas du texte proposé.

En effet, la version proposée, contrairement au texte de la directive européenne, ne recourt pas à l'adjectif "exclusivement". Nous nous demandons s'il ne serait pas explicitement opportun d'ajouter ce terme, afin d'une part de ne pas s'écarter de la directive européenne, et d'autre part d'éviter là encore, une divergence entre le rapport explicatif et le texte proposé dans le cadre de l'avant-projet.

Ainsi, il faudrait parler d'un "système de commercialisation utilisant exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance".

Il nous paraît au surplus utile de mentionner clairement dans le rapport explicatif que le juge appréciera librement si l'on est ou non en présence d'un système de commercialisation répondant à la définition légale.

Enfin, et dans tous les cas, nous recommandons d'ajouter « les parties ou leurs mandataires », à l'instar du texte de l'article 4 alinéa 2 CO, ce afin d'éviter toute discussion ou interprétation sur le terme « partie ».

KVN Buchstabe a schliesst ein Widerrufsrecht von Versteigerungen aus, und zwar mit der Begründung, dass der Abschluss dieser Verträge zu sehr eingeschränkt würde.

U.E. ist der Konsument bei den Versteigerungen via Internet dem Anbieter extrem ausgesetzt, da es für den Ersteigerer nicht möglich ist, Wert und Zustand des zu ersteigernden Artikels via Internet nachzuprüfen. Durch das Ausschliessen des Widerrufsrecht wird dem Anbieter die Möglichkeit gegeben, den Konsumenten schadlos über den Tisch zu ziehen.

Wir fordern deshalb, dass für die Verbraucher bei Versteigerungen via Internet genügend gesetzliche Handhabe gegen unlautere Angebote geschaffen wird.

Nach Buchstabe c sind Verträge vom Widerrufsrecht ausgeschlossen, die mit Betreibern von Fernmeldeanlagen im Fall der Benutzung öffentlicher Telefone abgeschlossen werden.

Diese Formulierung ist unklar und sollte konkretisiert werden.

Sager Nicht einsichtig ist auch die unterschiedliche Wertung von Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen. Während beim ersteren – richtigerweise – ein Widerrufsrecht nicht besteht, wenn die Initiative zu Vertragshandlungen vom Kunden ausgegangen sind, soll dies bei Fernabsatzverträgen kein entscheidendes Kriterium sein. M.E. ist es nicht einsichtig, wenn die Rechtsordnung den Abnehmer vor einen schnellen

Vertragsabschluss bei gewissen Methoden schützen soll, insbesondere dort wo keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen.

Wie bereits erwähnt, fehlt in dieser Bestimmung die Ausnahme des Geltungsbereiches von Fernabsatzverträgen, wenn der "Kunde" die Vertragsverhandlungen ausdrücklich gewünscht hat.

Nicht klar ist zudem was ein "im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystem" heisst. Im Begleitbericht auf Seite 13, drittunterster Abschnitt, sollen damit die Fälle der bloss gelegentlichen Verwendung einer Fernkommunikationstechnik ausgeschlossen werden. Diese Ausnahme wird wohl selten zum Tragen kommen, das die meisten in der Wirtschaft tätigen Unternehmen zum Vertrieb ihrer Waren auch die herkömmliche Post benutzen. Sollten sich dennoch auch solche Unternehmen auf den Ausnahmetatbestand stellen dürfen, müsste die Norm anders formuliert werden.

Zudem scheint mir dieses Kriterium in der Praxis schwierig anwendbar zu sein. Wie soll der Konsument wissen, ob er ein Widerrufsrecht hat. Muss er zuerst die betriebliche Praxis des Anbieters studieren, um zu erfahren, ob er sein (siebentägiges!) Widerrufsrecht zu Recht ausüben kann? Kann er das Widerrufsrecht bedingt ausüben? Was geschieht in der Zwischenzeit mit den Waren?

Wiederum nicht einzusehen ist – zumindest aus systematischer Sicht – warum gerade Versteigerungen, welche wohl am ehesten eine latente Überrumpelungsgefahr aufweisen, nicht unter das Widerrufsrecht fallen sollten. Wäre es tatsächlich der Wille des Gesetzgebers, unüberlegte Vertragsabschlüsse zu verhindern, müsste er konsequenterweise auch hier ein Widerrufsrecht einführen. (Als Gegner des grundsätzlichen Widerrufsrechts ist mir natürlich eine solche Ausnahme dennoch genehm.) Aus dieser Formulierung geht jedenfalls hervor, dass der Gesetzgeber auf sehr willkürliche Art und Weise bestimmt, welche Vertragsabschlussmethoden ein Widerrufsrecht mit sich bringen und welche nicht. Dies widerspricht aber einer liberalen Wirtschaftsordnung.

Auch die Ausnahmen gemäss lit. b und c erscheinen mir zum einen unklar und zum anderen unlogisch. Zudem gibt es viele andere Verträge, die im Fernabsatz sofort erfüllt werden.

SAirGroup Der Begleitbericht zur Vorlage verschweigt, dass der Entwurf teilweise weitergeht als das geltende EU-Recht (vgl. Randziffer 5). Das im Vergleich zur Schweiz stark ausgebaute Konsumentenschutzrecht der EU kennt bei den Fernabsatzverträgen kein Widerrufsrecht für Buchungen im Reisemarkt. Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 97/7 EG (Dokument 3971-0007) über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz schliesst das Widerrufsrecht u.a. aus für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Lieferer bei Vertragsabschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu erbringen". Es scheint, dass die Gesetzesvorlage diesen Ansatz teilweise übernommen, jedoch nicht konsequent zu Ende gedacht hat, indem es in Art. 40a Absatz 2 lit. a-c. OR zwar schnell verderbliche Güter nicht den neuen Bestimmungen unterstellt, dabei aber verkennt, dass es auch schnell verderbliche Dienstleistungen gibt wie Flugbeförderungen, Hotelübernachtungen und Automieten, die in einem zum voraus genau bestimmten Zeitpunkt erbracht werden müssen (Ein aufgrund einer Annulation leer bleibender Passagiersitz

auf einem Flug kann nach dem Reisedatum nicht mehr verkauft werden). Es ist nicht einzusehen, dass hier der Gesetzgeber in der Schweiz unter dem Titel Konsumentenschutz - einmal mehr - ein Sonderzüglein zu fahren versucht und zwar paradoxerweise sowohl zu Ungunsten der Konsumenten als auch der Fluggesellschaften.

SAV Définition des contrats conclus à distance (art. 40c CO). Selon le Rapport explicatif (chiffre 210.07), le critère déterminant serait l'absence de rencontre physique entre les parties. Ainsi, les contrats conclus à distance couvriraient également les ventes par correspondance, par téléphone, par la télévision en plus de la véritable vente en ligne, par Internet. Le Rapport explicatif précise encore, sous chiffre 210.07, que le fabricant / fournisseur doit avoir mis en place un tel système de commercialisation à distance pour que l'éventuel droit de révocation s'applique. Dès lors, selon le rapport explicatif, "un commerçant qui prend exceptionnellement une commande par téléphone ou par courrier électronique ne tombera pas dans le champ d'application de la loi" (chiffre 210.07). L'application pratique de ce critère semble pourtant problématique.

L'article 40c CO exclut encore de la définition des contrats conclus à distance les "ventes aux enchères" sans autre précision. Si l'on comprend immédiatement le souci légitime du législateur de ne pas permettre l'annulation rétroactive de transactions passées dans le cadre de ventes aux enchères publiques traditionnelles, la formulation retenue n'est pas heureuse. En effet, la majorité des fraudes en ligne surviennent précisément dans le cadre d'achats effectués sur des sites auto-proclamés de "ventes aux enchères" dont la qualification juridique n'est pas certaine.

SBB Die Frage, ob überhaupt ein Fernabsatzvertrag vorliegt (andernfalls kein Widerrufsrechts gegeben ist; neuer Art. 40c Abs. 2 OR) sowie die Frage der Ausnahmen zum Widerrufsrecht selbst (neuer Art. 40f OR) werden durch die vorgesehenen Regelungen in der Praxis auf die Ebene der Kundenreklamationen verlagert. Deren kundenfreundliche Behandlung aus geschäftspolitischen Gründen durch die Waren- und Dienstleistungsanbieter wird in der Folge zu einer indirekten Einführung eines Vertragsaufhebungsrechts führen. Die wirtschaftliche Tragweite dieser Bestimmungen ist daher nicht zu unterschätzen.

Wir beantragen folgende Ergänzung: "Verträge, die unter Verwendung von Waren-, *Dienstleistungs*automaten oder automatisierten Geschäftsräumen abgeschlossen werden;".

Wir denken hier an den Verkauf von Tickets.

SBV Begriffsmerkmale der geplanten Gesetzesbestimmung scheinen zu sein:

Ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit (= fehlende physische Begegnung);

Ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwenden;

Für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem des Anbieters.

Im Unterschied zum Haustürgeschäft scheint im Fernabsatzvertrag der Vertragsabschluss, der auf Kundeninitiative zurückzuführen ist, das Recht auf Widerruf nicht entfallen zu lassen - dies , obwohl von einer Überrumpelung nicht mehr die Rede sein kann.

Vom Geltungsbereich werden drei Sachverhalte ausgenommen. Dabei verdient Abs. 2 lit. b (Verträge unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierte Geschäftsräume) ein besonderes Augenmerk.

Was ist unter "Automat" bzw. "Warenautomat" zu verstehen und was unter "automatisierten Geschäftsräumen"? - Fernabsatzverträge, bei denen der Anbieter nicht menschlich gezielt, sondern computergesteuert kommuniziert (es wird kein individueller Dialog geführt), würden nach dem heutigen Sprachgebrauch ganz generell unter diese Ausnahme fallen; m.a.W. fallen sogenannte "virtuelle Geschäftsstellen" von Banken unter den Begriff "automatisierte Geschäftsräume". Sollte dem nicht so sein, wäre hier eine Präzisierung bzw. Erläuterung in der Botschaft zwingend erforderlich.

Mit "Warenautomat" können diejenigen Automaten nicht erfasst werden, die Dienstleistungen erbringen, was korrigiert werden muss, es sei denn, für sie sei der Begriff "automatisierte Geschäftsräume" eingeführt worden (vgl. aber obige Ausführungen).

Nicht minder unklar ist die Ausnahme in lit. c: Was heisst hier "öffentliches Telefon"? Was versteht man unter "Verträge mit Betreibern von Fernmeldeanlagen".

Zudem müsste in Anlehnung an die EU Richtlinie der Ausnahmekatalog um weitere Sachverhalte ergänzt werden (z.B. um Verträge über geringwertige Güter des täglichen Bedarfs - vgl. dazu die obigen kritischen Bemerkungen zur betraglichen Ausnahmeregelung).

Schlussfolgerung: Eine Korrektur dieser Bestimmung sowie eine Erläuterung in der Botschaft scheinen uns vorliegend unumgänglich.

SGV Es gibt keinen Grund hier nebst den öffentlichen Telefonen nicht auch andere Dienstleistungsautomaten, wie zum Beispiel die Billetautomaten von Verkehrsbetrieben, von dem Schutzbedürfnis auszunehmen. Die diesbezügliche Unterscheidung zwischen der physischen Abwicklung am Schalter und der automatisierten Abwicklung an der elektronischen Verkaufsstelle muss als willkürlich bezeichnet werden. Es sind daher alle Verträge, welche über Automaten abgeschlossen werden, von den Bestimmungen der Fernabsatzverträge auszunehmen, da diese als solche standortgebunden und nicht den Fernkommunikationsmittel zugeordnet werden können.

SHV Siehe Ziff. 311 / Voir ch. 311 / Vedi n. 311

Die Definitionselemente der Fernabsatzverträge haben wir schon oben als zu ungenau und weitreichend bemängelt. Gemäss Begleitbericht orientieren sie sich an der EU-Richtlinie. Wir begrüssen in diesem Zusammenhang die einfachere Fassung der Vorlage, ist doch Art. 1 der Richtlinie mit seinem Verweis auf eine "beispielhafte Liste im Anhang" zu umständlich und anfechtbarer. Wir sind trotzdem der Ansicht, dass eine Beschränkung der Anwendung auf Verträge unter Abwesenden (Art. 5 OR) weniger berechtigte Konsumentenschutzanliegen tangieren würde, als ein Einschluss Unsicherheit in Abgrenzungsfragen bei heute unproblematischen Geschäften mit sich bringen würde.

Eventualiter könnte die Definition Verträge unter Anwesenden nur dann erfassen, wenn die Initiative zum Vertragsabschluss (über das letztlich eingesetzte Fernmedium) vom Anbieter ausgeht.

SICTA Art. 40c Abs. 2 Bst. c OR: Diese Bestimmung ist unklar.

SW Man kann sich füglich fragen, warum plötzlich der bundesdeutsche Terminus Fernabsatz verwendet wird, während bisher in der Schweiz vom Distanzhandel gesprochen wurde. Wenn wir dennoch diesen neuen Begriff befürworten, so mit Blick auf das EU-Recht und um sicherzustellen, dass die beiden Wendungen auseinandergehalten werden. Denn Fernabsatz liegt nur vor, wenn „der Anbieter über ein organisiertes Vertriebssystem verfügt und ausschliesslich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet.“ (Art. 40 c Abs. 1 E OR). Dies ist beim herkömmlichen Distanzhandel oder Distanzkauf nicht ausnahmslos der Fall (vgl. auch unten II 5). Aus diesen Erwägungen hat auch die Lauterkeitskommission den Begriff „Fernabsatz“ in ihre Grundsätze aufgenommen.

Art. 40c Abs. 2 E OR Es ist nicht recht einzusehen, warum lediglich Verträge, die unter Verwendung von Warenautomaten abgeschlossen werden, nicht als Fernabsatzverträge gelten sollen (Art. 40c Abs. 2 lit. b E OR), während bei Dienstleistungsautomaten nur die öffentlichen Telefone ausgeschlossen sein sollen. Es gibt aber auch immer mehr Dienstleistungsautomaten, z.B. für irgendwelche Billette (Fahrkarten, Kinobillette). Warum soll etwa ein Retourbillet, das am Bahnschalter bezogen wird, nicht widerrufen werden können, während das gleiche Retourbillet, das am Automaten auf dem Perron bezogen wird, widerrufen werden kann? Oder ein Kinobillet, das für einen späteren Tag an einem Automaten bezogen wird? Die Unterscheidung zwischen Waren- und Telefonautomaten einerseits und Dienstleistungsautomaten andererseits erscheint in der heutigen Zeit als nicht mehr sinnvoll.

Es wird daher vorgeschlagen, dass *alle* Verträge, die an Automaten abgeschlossen werden, nicht als Fernabsatzverträge gelten sollen. Denn, streng genommen, passen die Automatenverträge ohnehin nicht unter die Umschreibung des Fernabsatzvertrages, zumal der Automat generell kein Fernkommunikationsmittel im hier verstandenen Sinn darstellt (vgl. auch Grundsatz der Schweizerischen Lauterkeitskommission 4.1).

SWICO Die Aufzählung der Ausnahmen der Subsumierung unter dem Begriff "Fernabsatzvertrag" entspricht nur teilweise Art. 3 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie. So fehlen etwa Werkverträge über Bauten. Die eins-zu-eins Übernahme von lit. c des Abs. 2 aus der Fernabsatzrichtlinie sollte sachlich wie sprachlich überdacht werden. Insbesondere ist in Zeiten der modernen Telekommunikation die Bedeutung des Begriffes "öffentlicher Telefone" zu hinterfragen bzw. es sollte klar gestellt werden, dass jegliche Telekominfrastruktur gemeint ist.

Die Übernahme des Begriffes der "automatisierten Geschäftsräume" sollte überdacht oder mindestens erläutert werden. Die Ungleichbehandlung von Terminals abhängig von deren Standort, ist nicht zwingend. Auch der Begleitbericht ist zu diesem Punkt nicht erhellend.

swisscom Abs. 1: Die unseres Erachtens unklare Umschreibung „ausschliesslich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet“ wird in der Praxis zu grossen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Wir beantragen deshalb die Abänderung in:

„(...) und bei denen der Anbieter innerhalb eines Fernabsatzkanals mit den Kunden ausschliesslich über Fernkommunikationsmittel kommuniziert.“

Abs. 2 lit. c): Es ist nicht einzusehen, wieso die Verträge, die Kunden mit Swisscom durch die Benutzung öffentlicher Telefone abschliessen, separat vom Geltungsbereich ausgenommen worden sind. Es ist weiter nicht klar, ob auch Mehrwertdienste (z.B. Abfrage von Sportnews, Anruf auf Erotiknummer), die vom Kunden via öffentliche Telefone abgerufen werden und von Swisscom abgerechnet werden (d.h. Vertragsschluss mit Swisscom), davon erfasst wären. Diesfalls gäbe es unterschiedliche Regelungen, je nachdem, ob ein Kunde von einem öffentlichen Telefon anruft oder von seinem Anschluss zu Hause aus. Dass dies wohl keinen Sinn machen kann, ist offensichtlich. Die Idee hinter dieser Bestimmung ist wohl die, dass derjenige, der die Dienstleistung bezieht, und deren Genuss sofort hat (sofortige Erfüllung der Verträge), wie dies bei öffentlichen Telefonen der Fall ist, sich nachher nicht auf den Widerruf berufen können soll. Dies ist aber bei einer Reihe von Dienstleistungen der Fall. Wir beantragen deshalb, dass Dienstleistungen, die sofort erfüllt werden, vom Geltungsbereich der Fernabsatzverträge ausgenommen werden. Gleichzeitig sind die nachfolgenden Artikel dahingehend anzupassen, als sie bereits durch diese Bestimmung erfasst sind (insbesondere Artikel 40f und 40g).

Artikel 40a lit. c) ist deshalb wie folgt zu ändern:

c. Dienstleistungsverträge, die vom Anbieter sofort erfüllt werden;

Swissmem Art. 40c Abs. 2 lit. c OR Diese Bestimmung ist völlig unklar. Danach könnte z.B. Swisscom Haartrockner vertreiben, ohne dass diese Geschäfte unter die Bestimmungen für Fernabsatzverträge fallen. Oder wenn Swisscom ein Mobiltelefon von Siemens aufgrund eines Anrufs aus einer Telefonkabine verkauft, soll dann das Widerrufsrecht wegfallen? Der Wortlaut muss klargestellt werden, und es darf dadurch keine Bevorzugung einer bestimmten Branche erfolgen. Auch der Kommentar trägt leider nicht zur Klärung bei.

UNIGe Les règles proposées sur la transparence de l'offre s'appliquent aux contrats conclus à distance. La définition de l'art. 40c P-CO correspond au droit communautaire. Toutefois, trois remarques critiques doivent être faites :

- 1) L'exclusion totale du champ d'application des ventes aux enchères ne se justifie pas. Le consommateur a besoin d'une information objective précontractuelle comme dans n'importe quelle transaction à distance. Seul le droit de révocation doit être exclu, car il est incompatible avec le mécanisme de la vente aux enchères.
- 2) L'exclusion, par l'art. 40a al. 2 lit. b P-CO, des services financiers peut se comprendre par un souci d'eurocompatibilité, en attendant que la directive sur la vente à distance de services financiers soit adoptée. Toutefois, rien ne justifie l'annulation implicite, par la même disposition, du droit de révocation du consommateur en cas de démarchage de services bancaires et d'investissement tel qu'il existe déjà aujourd'hui.

Le projet exclut de son champ d'application les contrats conclus à distance dont la rémunération est inférieure à 100 francs (art. 40a al. 2 lit. a). Cet écart par rapport au droit communautaire qui ne connaît pas un tel montant minimum n'est pas justifié. En effet, on voit mal pourquoi dans des transactions fréquentes, mais de moindre importance financière, le consommateur ne devrait pas être informé avant de conclure le contrat et serait privé de son droit de révocation, ni pourquoi les règles de concurrence loyale que le projet

entend introduire ne seraient pas applicables.

Uni ZH Der vom VE und auch vom deutschen FernAbsG verwendete Begriff des Fernabsatzvertrages ist unpräzis. Er könnte zu der falschen Annahme verleiten, damit werde ein eigener Vertragstypus kreiert. Die Fernabsatz-RiL verwendet diesen Terminus nicht, sondern spricht treffender von „Vertragsabschlüssen im Fernabsatz“.

Der Begriff des Fernabsatzvertrages setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Zum einen ist der Vertrag ausschliesslich auf dem Wege der Fernkommunikation zustande gekommen, zum andern, weil der Anbieter über ein Vertriebssystem verfügt, das auf den Fernabsatz seiner Produkte ausgerichtet ist¹²⁷. Art. 40c Abs. 1 VE-OR bringt dies nur ungenügend zum Ausdruck, indem als Fernabsatzverträge diejenigen Verträge gelten, „die ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien abgeschlossen werden und bei denen der Anbieter im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems ausschliesslich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet.“ Die ausschliessliche Verwendung der Fernkommunikationsmittel bezieht sich nicht auf den Vertragsabschluss¹²⁸, sondern auf den Vertrag als solchen. Nach dem Wortlaut müsste also auch die Vertragserfüllung über Fernkommunikationsmittel erfolgen. Richtig müsste es deshalb heissen: „Verträge, die ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien unter ausschliesslicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel abgeschlossen werden“.

Das Tatbestandselement des für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems hat wegen seiner begrifflichen Unschärfe Anlass zu Kritik gegeben¹²⁹. Fällt z.B. eine Telefonistin in einem Hotel oder eine Arztgehilfin, die einen auf die telefonische Terminvereinbarung eingerichteten Arbeitsplatz hat, darunter? Die in der Literatur aufgeführten Beispiele zeigen illustrativ, wie willkürlich Abgrenzungen letztlich ausfallen¹³⁰. Dabei ist der Ansatz durchaus richtig: Der Zweck liegt darin, denjenigen Anbieter, der seine Geschäfte üblicherweise in seinem Ladengeschäft abschliesst und nur gelegentlich Bestellungen per Telefon, Telefax oder E-Mail entgegennimmt, von fernabsatzspezifischen Sonderregelungen freizustellen¹³¹, zumal hier der Konsument üblicherweise sowohl Anbieter als auch Produkt kennt. Da der VE auf eine

¹²⁷ Siehe Art. 2 Ziff. 1 FARL; BÜLOW/ARTZ, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, 2049, 2053.

¹²⁸ Deutlich § 1 Abs. 1 FernAbsG: „Verträge [...], die [...] unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden“.

¹²⁹ MEENTS (Fn 91), 184 ff.; BÜLOW/ARTZ (Fn 125), 2053; MICKLITZ ([Fn 57] A 3 Rdnr. 10) hält lang andauernde rechtliche Auseinandersetzungen für vorprogrammiert.

¹³⁰ Folgende Beispiele für ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem finden sich bei MICKLITZ ([Fn 57] A 3 Rdnr. 10 und [Fn 51] 136): Ein Zahnarzt, der seine Leistungen über das Internet anbietet, weil er sich davon eine Steigerung seiner Patientenzahlen und eine Verbesserung seiner wettbewerbsrechtlichen Ausgangssituation verspricht; ein Anbieter von Reparaturdiensten rund um die Uhr, sofern aus der Werbung erkennbar wird, dass der Dienstleister seine Fahrzeuge auf Abruf bereit hält, um das via Fernkommunikationstechnik gegebene Versprechen – „wir kommen sofort“ – auch einlösen zu können (nicht aber, wenn er seinen Service nur in den „Gelben Seiten“ unter Angabe einer Telefonnummer anbietet!).

¹³¹ Begleitbericht Ziff. 210.07; siehe auch BÜLOW/ARTZ (Fn 125), 2053; Palandt/HEINRICHS (Fn 35), FernAbsG § 1 Rn 7.

Begriffsdefinition verzichtet, wird bei der Auslegung die – zur Zeit noch fehlende – Judikatur zur Fernabsatz-RiL und deren nationale Umsetzungen zu berücksichtigen sein¹³². Problematisch ist das Kriterium des für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems allerdings dann, wenn der Konsument dessen objektives¹³³ Vorhandensein nachzuweisen hat. Das ist nach Art. 2 Ziff. 1 FARL und Art. 40c Abs. 1 VE-OR der Fall. Der deutsche Gesetzgeber hat demgegenüber in § 1 Abs. 1 FernAbsG dem Anbieter die Beweislast auferlegt, indem er das Nichtvorhandensein des für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems als Ausnahmetatbestand formuliert hat¹³⁴. Diese Lösung verdient den Vorzug, weil vom Konsumenten die Beweisführung über Fragen der Betriebsorganisation des Anbieters nicht verlangt werden kann.

Art. 40c Abs. 1 VE-OR sollte daher lauten: „Als Fernabsatzverträge gelten Verträge, die ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien unter ausschliesslicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsabschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.“

Nicht als Fernabsatzverträge gelten nach Art. 40c Abs. 2 VE-OR Versteigerungen (lit. a), Verträge, die unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen (lit. b) oder mit Betreibern von Fernmeldeanlagen durch Benutzung öffentlicher Telefone (lit. c) abgeschlossen werden. Die nach lit. b und c ausgenommenen Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf einen sofortigen Leistungsaustausch gerichtet sind. Das Auferlegen von Informationspflichten und die Einräumung eines Widerrufsrechts wären daher nicht sinnvoll. Der Ausschluss von Online-Auktionen ist ebenfalls sachgerecht. Hier handelt es sich nicht typischerweise um Konsumentenverträge, sondern es werden Geschäfte in allen Bereichen (C2C, C2B, B2B, B2C) abgeschlossen, ohne dass dies für die Beteiligten erkennbar wäre. Hier den Bereich B2C einer Sonderregelung zu unterstellen, wäre deshalb gekünstelt¹³⁵.

Die Fernabsatz-RiL sieht in Art. 3 Abs. 2 weitere Ausnahmen vor, die im VE nicht oder nicht ausdrücklich enthalten sind. Dies betrifft Verträge über die Lieferung von Lebensmitteln und Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die von Händlern im Rahmen häufiger und regelmässiger Fahrten geliefert werden, sowie Verträge über Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen sowie Freizeitgestaltung, sofern es sich um Fixgeschäfte handelt. Erstere werden nach dem VE wohl regelmässig unter die Bagatellgeschäfte fallen; nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Mindestleistung jedoch

¹³² Vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 193 Fn. 684.

¹³³ A.A. REICH ([Fn 15] 583), der für die Beurteilung des Vertriebssystems auf den subjektiven Eindruck des Konsumenten abstellen möchte; dagegen zutreffend MEENTS (Fn 91), 185 f.

¹³⁴ Statt aller Palandt/HEINRICHS (Fn 35), FernAbsG § 1 Rn 7.

¹³⁵ Dennoch nimmt z.B. das deutsche FernAbsG nach § 3 Abs. 2 Ziff. 5 Verträge, die bei einer Versteigerung abgeschlossen werden, nur vom Widerrufsrecht aus; die Informationspflichten bleiben damit anwendbar (zust. MEENTS (Fn 91), 216 f.). Unklar ist dabei, wer die Informationspflichten zu erfüllen hat. Nach SPINDLER/WIEBE (Internet-Auktionen, München 2001, 91) soll diese Pflicht den Einlieferer treffen. Mit der verbreiteten und allgemein akzeptierten Anonymität der Beteiligten ist dies allerdings nicht vereinbar.

abzulehnen¹³⁶. Dennoch drängt sich ein Ausschluss vom Anwendungsbereich auf, weil hier ein Informationsdefizit des Konsumenten aufgrund des Fernabsatzes wohl nicht auszumachen ist und die Hauslieferdienste der Gefahr schikanöser Retouren ausgesetzt wären. Die zweite Kategorie von Verträgen ist nach dem VE dagegen regelmässig nicht vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Anbieter vorherige Dispositionen treffen muss. Ein Widerrufsrecht hätte hier insbesondere zur Folge, dass er sämtliche aufgrund der Reservierung vorgenommenen Massnahmen rückgängig machen müsste, was dem Anbieter nicht zuzumuten ist¹³⁷. Zudem handelt es sich um Verträge, die bereits vor dem Aufkommen neuer Telekommunikationsmittel im „Fernabsatz“ abgeschlossen wurden (telefonische Hotelreservierungen etc.), ohne dass sich hier ein Regelungsbedarf herauskristallisiert hat. Die Abweichung des VE von der Fernabsatz-RiL überzeugt diesbezüglich nicht.

VIT zu Art. 40c Abs. 2 lit. c OR

Es ist nicht ersichtlich, was mit „Warenautomat“ und „automatisierten Geschäftsräumen“ gemeint ist.

Wie sind sogenannte „Agenten“ zu behandeln, das heisst Programme, die im Internet Angebote für den Konsumenten nach von diesem vorgegebenen Kriterien automatisch aufspüren und Bestellungen tätigen?

Die Regelung ist neu und präziser zu formulieren.

VSW Die positive Umschreibung eines Fernabsatzvertrages in Abs. 1 hinterlässt uns ratlos betreffend der Frage, wie „das für den Fernabsatz organisierte Vertriebssystem“ (Gesetzestext) bzw. die „Infrastruktur, die den Fernabsatz der Güter und Dienstleistungen ermöglicht“ (Begleitbericht zum Entwurf) beschaffen sein muss, damit die Tatbestandsmässigkeit gegeben ist. Genügt dafür beispielsweise – Stichwort Dienstleistungsvertrieb – bereits eine einfache Website ?

Bei der negativen Umschreibung in Abs. 2 (Ausnahmen vom Geltungsbereich) sagt der Begleitbericht in Bezug auf lit. c (Verträge, die mit Betreibern von Fernmeldeanlagen bei Benutzung öffentlicher Telefone abgeschlossen werden), ein Widerrufsrecht sei nicht vorstellbar, da diese Verträge sofort erfüllt werden. Wir regen an, generell festzuhalten, sofort erfüllte Verträge nicht den Fernabsatzverträgen zu unterstellen.

ww&pEGV Wir begrüssen den Ausschluss der Versteigerungen aus der Umschreibung der Fernabsatzverträgen in Art. 40c VE OR. In der Tat würde die Anwendung der geplanten Vorschriften über Fernabsatzverträge, insbesondere das Widerrufsrecht, dem Wesen der Versteigerungen, nämlich den verbindlichen Zuschlag an den Meistbietenden, widersprechen.

¹³⁶ Siehe oben III.2.c.

¹³⁷ MEENTS (Fn 91), 218 f.

321.08 Art. 40d

Kantone / Cantons / Cantoni**BS:** Zu Art. 40d Abs. 1 lit. c. OR

Buchstabe b verlangt die Angabe des Preises in Schweizer Franken. Buchstabe c verlangt die Angabe der Höhe der Gebühren und Kosten. Nach dem vorliegenden Wortlaut genügt der Hinweis nicht, dass noch die üblichen Gebühren und Kosten hinzukommen, sondern deren "Höhe" muss angegeben werden. Das kann nur in Form eines Betrages in einer Währung erfolgen. Da nur in Buchstabe b die Angabe des Preises in Schweizer Franken verlangt wird, hingegen nicht in Buchstabe c, kann die Angabe der Höhe der Gebühren und Kosten in einer andern Währung erfolgen. Aus den im Begleitbericht zu Artikel 40d Abs. 1 Buchstabe b angestellten Überlegungen sollte verlangt werden, dass auch die Höhe der Gebühren und Kosten in Schweizer Franken angegeben werden:

die Höhe **in Schweizer Franken** der Gebühren und Kosten, die dem Kunden entstehen;

LU: zu Art. 40d Abs. 1b OR: Es ist zu überlegen, ob nicht auch die Währung, die für den Vertrag massgebend ist (so genannte Vertragswährung), anzugeben ist. So liessen sich möglicherweise Irrtümer vermeiden. Die Bestimmung würde wie folgt lauten: „b. den Preis der Ware oder Dienstleistung in Vertragswährung und in Schweizer Franken“.

SG: Der Entwurf sieht in Art. 40d Abs. 1 lit. c vor, dass der Anbieter dem Kunden Angaben machen muss über die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden entstehen. Der Begleitbericht geht davon aus, dass unter Art. 40d Abs. 1 lit. c alle Arten von Gebühren und Kosten fallen, die das Gut oder die Dienstleistung verteuern, z.B. auch Zollgebühren. Das würde bedeuten, dass ein Unternehmer, der seine Produkte z.B. im Internet anbietet, seinen potentiellen Kunden aus allen möglichen Ländern exakte Informationen über die Zollvorschriften ihrer Staaten liefern muss. Diese Pflicht des Anbieters erscheint zu weit gefasst; es darf nicht verlangt werden, dass der Anbieter die *exakte* Höhe der Zollgebühren angeben muss.

TI Art. 40 d: L'obbligo di informare dell'offerente è essenziale per la protezione del consumatore. Non si vede però come può essere sanzionata l'inosservanza del diritto di informare, poiché il contratto rimane valido e l'offerente inadempiente si espone solo ad azioni fondate sulla legge contro la concorrenza sleale. Gli offerenti con sede all'estero, in particolare in Stati che non hanno sottoscritto convenzioni internazionali, potrebbero sottrarsi agli obblighi di legge senza difficoltà.

L'indicazione del prezzo in franchi svizzeri (cpv. 1 lett. b) e l'ammontare delle tasse doganali svizzere (cpv. 1 lett. c, vedi rapporto pag. 14) sono esigenze molto restrittive nell'ottica di un commercio internazionale senza frontiere, come quello di Internet, al quale del resto si riferisce esplicitamente il rapporto esplicativo. Una simile formalità può tradursi in una penalizzazione per il consumatore svizzero. D'altra parte l'offerente può limitarsi ad indicare le

informazioni prescritte nella fattura (art. 40e cpv. 2 P), senza che ciò pregiudichi il consumatore per l'esercizio del diritto di revoca (art. 40e cpv. 2 P).

VD: Article 40d lett. a P-CO

Selon le rapport explicatif (p. 14), «la lettre b vise à ce que le prix soit indiqué en francs suisses. Cela concerne particulièrement les sites Internet étrangers où les prix sont indiqués dans les monnaies étrangères dont le cours ne sera pas nécessairement connu du consommateur». Il est difficile de s'imaginer que les millions de titulaires de sites étrangers permettant d'effectuer des transactions en ligne vont avoir connaissance de cette disposition et la respecter, notamment afficher le prix des produits offerts en francs suisses. De plus, la sanction du non-respect de ces obligations sera particulièrement difficile à appliquer.

Eu égard à cette nouvelle disposition, il conviendrait d'examiner si l'article 120 de la loi fédérale sur le droit international privé ne devrait pas être complété et mentionner le commerce électronique.

Concernant les autres informations que le pourvoyeur de services se doit de donner au consommateur, le Conseil d'Etat ne peut que saluer cette volonté de clarté. Il remarquera néanmoins que ces règles protègent également le fournisseur puisque l'inscription permanente de ces indications sur son site lui permettra d'établir plus facilement la preuve exigée par l'article 40e al. 3 P-CO.

ZG: Die Auferlegung minimaler Informationspflichten auf die Anbieterinnen und Anbieter entsprechend Art. 40d E-OR und die Bestrafung bei Unterlassung der Angabe der gesetzlich verlangten Informationen nach den Vorschriften von Art. 6a und Art. 23 UWG erscheint sinnvoll.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Riteniamo che questo articolo andrebbe completato come segue: al cpv. 1 lett. a "il suo nome, il suo indirizzo, **il suo numero di telefono e fax, il suo e-mail**". Andrebbe inoltre aggiunta una lett. e che renda obbligatorio indicare "**le caratteristiche essenziali del prodotto e dei servizi offerti, compresa la garanzia e il servizio dopo-vendita**".

AGVS Art. 40d lit. c

Zur Präzisierung schlagen wir folgende Ergänzung vor:

Antrag: die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden neben dem eigentlichen Preis für den Erwerb des Gutes oder der Dienstleistung unmittelbar entstehen;

economiesuisse Es muss klargestellt sein, dass die Informationspflicht auch im Rahmen einer einmaligen Rahmenvereinbarung für alle künftigen Transaktionen abgegeben werden können.

EKK La Commission, dans sa recommandation du 7 décembre 1999 concernant le commerce électronique, était d'avis que le consommateur, avant toute conclusion du contrat, devrait bénéficier, notamment, des informations concernant les caractéristiques essentielles et détaillées des biens de consommation et des services.

Dès lors, la Commission demande que l'art. 40 d al. 1 P-CO soit modifié, en ce sens qu'une nouvelle lit. b soit insérée, décalant les lit. existantes. Ainsi, les lit. du projet b à d deviennent c à e. La nouvelle lit b doit se lire comme suit : « Les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; ».

FRC Nous estimons qu'une lettre e doit être ajoutée comme suit: "Les caractéristiques du bien ou service".

Nous saluons le fait que l'obligation d'information du fournisseur a été étendue. En effet, il est très important pour le consommateur qu'une telle indication soit contenue dans l'offre commerciale puisqu'il s'agit d'un point essentiel du contrat d'achat.

FRS Ergänzungsantrag:Der Anbieter muss dem Kunden folgende Angaben liefern: die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden nebst dem eigentlichen Preis für den Erwerb des Gutes oder der Dienstleistung unmittelbar entstehen.

kf Wenn der Kunde nach Art. 40g für den allfälligen Gebrauch einer Sache einen Mietzins zahlen muss, sollten dies und seine ungefähre Höhe im voraus angegeben werden.

Ebenso wäre es analog EU für die Konsumenten von grosser Wichtigkeit, wie lange ein Angebot oder ein Preis gelten (Aktionen etc.) vor allem in Anbetracht des Artikels 197 Abs. 3 „...dass er sie korrigiert hat.“

Bei gewissen Gütern wird der Anbieter nach siebentägigem Gebrauch eine Vergütung verlangen z.B. nach Benutzung eines Autos etc. Somit wäre festzulegen, wie diese Kosten bekannt gegeben werden.

kf: d:(neu) die Vergütung der Gebrauchskosten bei Rückgabe innert 7 Tagen

kf: e statt d: die Lieferfrist

Viele Preise werden zeitlich angepasst, sei es weil die Produkte verbessert werden, die Währungsrelationen sich ändern, oder der Anbieter seine Preispolitik ändert. Der Kunde sollte deshalb wissen, wie lange ein Angebot gültig ist.

kf: f. (neu): Gültigkeitsdauer des Angebots und des Preises sowie ggf. Mindestdauer des Vertrages

Wie Untersuchungen zeigen, wünschen Konsumenten in E-Shops verschiedene Zahlungsarten und auf jeden Fall die Möglichkeit der Rechnungsstellung. Im EU-Gesetz wird das ebenfalls festgelegt,...Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung...

kf: Abs. 3 neu: Er muss dem Kunden die möglichen Zahlungsarten bekannt geben.

Abs. 3 wird zu Abs. 4

KPMG Dans la mesure où le devoir d'information imposé aux fournisseurs est traité tant à l'article 40d AP-CO qu'à l'article 3 AP-LCD, des remarques communes s'imposent.

S'agissant du devoir d'information, on ne peut qu'approuver la volonté législative d'instaurer des obligations minimales. Ceci permettra notamment de renforcer le sentiment de sécurité des utilisateurs du net, en garantissant aux consommateurs une plus grande protection. On regrettera cependant que le rapport explicatif ne discute pas les recommandations émises par le conseil de

l'OCDE relatives aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique.

De même, le rapport explicatif passe totalement sous silence le fait que la législation suisse actuellement en vigueur contient déjà une réglementation minimale quant aux informations qu'un fournisseur doit communiquer. En effet, les articles 16 et 17 de la loi contre la concurrence déloyale et l'Ordonnance sur l'indication des prix¹³⁸ contiennent d'ores et déjà des obligations minimales quant à l'obligation d'indiquer les prix. Il nous paraît indispensable de coordonner l'avant-projet avec ces textes. Une réflexion s'impose dès lors sur ce point.

Selon les articles 4 et 5 de la directive européenne, l'information doit être soit préalable à la conclusion du contrat avec confirmation postérieure, soit postérieure à la conclusion. Le moment de l'information n'a pas été déterminé à l'article 40d AP-CO.

Par contre, l'article 3 LCD prévoit un devoir pré-contractuel d'information en cas d'offre à distance, sous peine de comportement déloyal. En d'autres termes, en cas de contrat conclu à distance, le fournisseur doit remplir son devoir d'information au plus tard lors de son offre (entendue au sens large). Par contre, le fournisseur qui agit par démarchage n'est pas tenu d'informer préalablement le consommateur. Cette différenciation n'est pas justifiée.

D'ailleurs, le rapport explicatif ne se détermine pas sur ce point. De plus, l'on s'écarte ici une fois de plus du droit européen, malgré la volonté de principe de ne pas le faire sans raison.

Partant, nous proposons de compléter l'article 3 let. b^{bis} AP-LCD en incluant dans son champ d'application le cas du démarchage à domicile.

A tout le moins faut-il prévoir que, dans le cas du démarchage à domicile, l'acquéreur doit être informé de son droit de révocation et des autres éléments prévus à l'article 40c AP-CO au plus tard au moment où il donne son consentement. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'à l'origine l'article 40d CO avait été rédigé¹³⁹. Un tel système permettrait de plus d'avoir une certaine uniformité que le fournisseur aurait à remplir un devoir pré-contractuel conforme à ce qui existe déjà en matière de voyage à forfait. En effet, selon l'article 4 de la Loi fédérale sur les voyages à forfait¹⁴⁰, l'organisateur ou le détaillant doit communiquer par écrit au consommateur toutes les clauses du contrat (de voyage à forfait) avant sa conclusion.

A supposer que l'on ne souhaite pas imposer un devoir pré-contractuel en cas de démarchage à domicile, ni exiger que les informations requises soient communiquées au plus tard lors de la conclusion du contrat, à tout le moins nous paraît-il impératif de prévoir un délai maximum pour que le fournisseur remplisse ses devoirs. En effet, l'on ne saurait se satisfaire de l'absence de délai maximum pour remplir ce devoir d'information en arguant du fait que l'article 40e prévoit que le droit de révocation ne commence à courir que lorsque les informations ont été fournies. Une telle solution minimaliste reviendrait

¹³⁸ OIP; RS 942.211

¹³⁹ FF 1986 II 360, 401, ch. 222.5

¹⁴⁰ RS 944.3

à admettre qu'un contrat, pourtant valablement conclu selon les articles 1 et suivants CO, reste en quelque sorte suspendu dans le temps en raison de l'absence d'une information prévue à l'article 40d. Certes, le but de protection du consommateur serait atteint et il appartiendrait au fournisseur de supporter le risque. Cependant, le principe « pacta sunt servanda » serait non plus limité, mais bel et bien ignoré pour certains types de contrats. Il est donc impératif de prévoir au minimum le moment auquel l'information doit être donnée au plus tard et de prévoir les conséquences de l'absence d'une telle information. Il apparaît que, pour sa part, le droit européen a clairement appréhendé cette problématique puisque la directive prévoit à son article 6 un délai maximum de trois mois. Pour reprendre les termes du message, le droit suisse ne doit pas s'écarter sans raison du droit européen. En l'espèce, tel est le cas.

Bien plus, il faut même s'en rapprocher sous peine de remettre en cause l'un des principes fondamentaux du droit suisse.

Nous proposons donc de prévoir une réglementation similaire à celle du droit européen qui prévoit un délai maximum de trois mois pour informer le consommateur, respectivement pour que celui-ci exerce son droit. On limite ainsi l'atteinte portée au principe « pacta sunt servanda ». Quant au fournisseur qui ne fournirait pas les informations requises, il s'exposerait manifestement aux sanctions prévues dans la loi contre la concurrence déloyale.

KVN Die in diesem Artikel aufgeführten Angaben, müssen vom Anbieter hervorgehoben werden und dürfen nicht als Kleingedrucktes untergehen, damit sämtliche Vertragsbedingungen vom Konsumenten nicht übersehen werden können.

Sager Die genügende Angabe von Informationen durch den Anbieter sollte eine Selbstverständlichkeit sein. In den meisten Fällen wird der Anbieter diesem Erfordernis nachkommen, insbesondere deshalb, weil sich dadurch seine Produkte und Dienstleistungen einfacher verkaufen lassen. Natürlich finden sich auch andere Anbieter, welche einem genügenden Informationserfordernis nicht nachkommen. Fehlen genügende Angaben, sollte beim mündigen Konsumenten die "Alarmglocken" unweigerlich läuten. (Wer gibt schon seine Kreditkarteninformationen an einen Anbieter, von dem er nicht einmal eine Adresse hat.) Meines Erachtens läuft aber der an sich aufgeklärte Konsument bei der Einführung einer Informationspflicht Gefahr, nun nicht mehr die Spreu vom Weizen trennen zu können. Geht man davon aus, dass sich alle (oder die meisten) von der Schweiz aus handelnden Anbieter an die Informationspflicht halten, so hat der Konsument dennoch keine Gewissheit, dass die vom Anbieter gemachten Informationen der Wahrheit entsprechen. Zudem besteht wohl auch weiterhin die Gefahr, dass es immer noch Anbieter geben wird, die unvollständige Informationen angeben. Der unmündige Konsument wird denn auch weiterhin von diesen Anbietern Waren und Dienstleistungen beziehen wollen. Meines Erachtens wäre es sinnvoller, die Konsumenten allgemein zu mündigen Konsumenten zu "erziehen" als die "unmündigen" vor allen möglichen Gefahren schützen zu wollen.

Allgemein stellt sich die Frage, was die Rechtsfolge der Missachtung der Informationspflicht (ausser die Verknüpfung der Widerrufsfrist gemäss Art. 40e E-OR) darstellt.

Lit. b verlangt die Angabe des Preises der Ware oder Dienstleistung in CHF. Dies betreffe – so der Begleitbericht S. 14 – insbesondere ausländische Internet-Seiten. Zur Begründung wird angegeben, dass dem Konsumenten der

Wechselkurs nicht unbedingt bekannt sei. Auch hier handelt es sich m.E. um eine übertriebene Bevormundung des Konsumenten. Wenn ein Schweizer ins Ausland reist, schützt ihn auch niemand vor seiner möglichen Unkenntnis des Wechselkurses. Die vorgeschlagene Regelung ist m.E. mindestens vom Erfordernis der Währungsangabe in CHF zu reduzieren. Zudem widerspricht es der grundsätzlichen Ordnung des OR, dass sich die Parteien nur über die wesentlichen Punkte einigen müssen. Der Preis muss nicht unbedingt ein wesentlicher Punkt sein.

Lit. c ist grundsätzlich zu begrüssen. Allerdings sollte m.E. diese Gebühren und Kosten nur dann in einer gesetzlichen Erwähnungspflicht münden, sofern deren Höhe besonderes hoch sind oder sonst eine unerwartetes Ausmass annehmen.

Lit. d erscheint mir als zwingende Informationspflicht unnötig, da sie oft nicht als wesentlicher Vertragspunkt angesehen wird. (Warum soll z.B. der Buchhändler im Internet einem Kunden die Lieferfrist des Buches angeben müssen, während der Laden-Buchhändler, der ein Buch nicht vorrätig hat, von dieser Informationspflicht befreit ist?) Zudem sind nicht nur bei Fernabsatzverträgen die Lieferfristen unterschiedlich, sondern bei allen möglichen Versandgeschäften. Sofern es für den Kunden ein subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt, wann ein Produkt geliefert wird, soll er sich im vorhinein darüber vergewissern.

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Informationspflicht m. E. im Obligationenrecht nicht verankert werden sollte. Hingegen ist die Missachtung von wesentlichen Informationspflichten u.U. lauterkeitsrechtlich relevant.

SBB Wir beantragen eine Ergänzung mit einem lit. e (neu): "*die für den Vertragsabschluss zur Verfügung stehenden Sprachen*".

Wir beantragen folgende Ergänzung: "Er muss den Kunden zudem über das Widerrufsrecht *und dessen Ausnahmen* sowie über Form und Frist des Widerrufs unterrichten".

SBV Bei der Informationspflicht handelt es sich offensichtlich um eine reine Obliegenheit. Folge ihrer Missachtung ist, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt. In diesem Licht ist auch die vorliegend vorgeschlagene Gesetzesrevision des UWG zu sehen, wo die Missachtung der vorvertraglichen Informationspflicht zu unlauterem Wettbewerb führt (Art. 3 lit. b^{bis} und Art. 6a neu-UWG: zu erwähnen ist, dass der Umfang jener Informationen nicht identisch mit dem vorliegenden ist).

Wir regen bezüglich Abs. 2 dieser Bestimmung folgende Korrekturen an: Aus systematischen Überlegungen würden wir den Inhalt von Abs. 2 als lit. e von Abs. 1 einfügen. In lit. c sollten auch Mehrwertsteuern aufgeführt werden.

Auch wenn es sich um eine altrechtliche Bestimmung handelt, ist nicht klar, was unter "Identifizierung des Vertrages" verstanden werden muss; eine Präzisierung bzw. eine Erläuterung in der Botschaft wäre wünschbar.

Schliesslich stellt sich unseres Erachtens auch die Frage: Können Informationen, die genereller Natur sind - wie etwa Name, Adresse, ev. generelle Regelung der Gebühren (z.B. Wegfall oder Prozentregelung), Lieferfrist sowie die Existenz des Widerrufsrechts -, mit Kunden in einer einmaligen Rahmenvereinbarung für alle künftigen Transaktionen derart geregelt werden, dass diese

Informationen nicht in jedem Einzelfall erneut geliefert werden müssten? Sollte dem nicht so sein, wäre dies entsprechend zu präzisieren bzw. zu erläutern.

Schlussfolgerung: Die Abgrenzung zwischen Art. 3 lit. b^{bis} UWG und Art. 6a UWG bzw. Art. 40d OR ist ausserdem ungelöst (vgl. Bemerkungen zu UWG Art. 6a). Eine Anpassung wäre äusserst wünschbar.

- SGV** Die Informationspflicht muss auch im Rahmen einer Rahmenvereinbarung erfüllt werden können. Im Weiteren wird beantragt, Art. 40d Abs. 1 lit. c wie folgt zu ergänzen: „Die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden neben dem eigentlichen Preis für den Erwerb des Gutes oder der Dienstleistung unmittelbar entstehen;“.
- SHV** Wir unterstützen grundsätzlich Transparenz im Geschäftsverkehr, so auch die Informationspflicht von Art. 40d und die neuen Bestimmungen des UWG. Die einzige Frage stellt sich zu Abs. 3. Es kann sicherlich nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, dass ein Kunde alle diese Angaben inklusive die Unterrichtung über das Widerrufsrecht anlässlich jeden Geschäfts schriftlich oder per e-mail usw. erhält, wenn das Geschäft ausschliesslich und üblicherweise per Telefon erfolgt. Auch dieses Problem könnte mit einer klareren und etwas restriktiveren Definition in Art. 40c behoben werden.
- SICTA** Art. 40d Abs. 1 Bst. b OR: Die Vorschrift, dass im Konsumgeschäft der Preis der Ware oder der Dienstleistung "in Schweizerfranken" anzugeben ist, taugt nicht fürs Internet. Das globale Netz überstrahlt Grenzen. Der französische oder der deutsche Anbieter von Konsumgütern wird künftig seine Preise in Euro (€) angeben. Dabei müsste er sich gemäss Art. 120 IPRG an schweizerisches Recht halten. Eine bestimmte Währung vorzuschreiben, wäre diskriminierend.
- Art. 40d Abs. 1 Bst. c OR: Der Anbieter von Konsumgütern im Fernabsatz muss "die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden entstehen", angeben. Genaue Beträge zu nennen, ist aber bei vielen Angeboten, namentlich für Produkte-Pakete, bei denen der Kunde die Leistung weitgehend selbst zusammenstellen kann, schwierig.
- Problematisch ist vor allem die Anwendung in der Praxis. Es wäre eine Erleichterung, wenn nur die ungefähre Höhe oder die Gebührenart und Kostenart anzugeben wären. Die Umsetzung des Transparenzerfordernisses aber dürfte so oder so einiges Kopfzerbrechen bereiten und wir wären dankbar, wenn die gesetzliche Formulierung den praktischen Schwierigkeiten ein Stück entgegen käme.
- Überdies sollte das Obligationenrecht (Art. 40d OR) textlich und inhaltlich mit dem Lauterkeitsrecht (Art. 3 Bst. b^{bis} UWG) abgestimmt sein.
- SMU** Art. 40d lit. c: Zur Präzisierung schlagen wir folgende Ergänzung vor:
- Antrag: die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden neben dem eigentlichen Preis für den Erwerb des Gutes oder der Dienstleistung unmittelbar entstehen;
- SVV** Immerhin gilt es bei der praktischen Umsetzung der Unterscheidungen Rechnung zu tragen, denn es kann ja nicht sein, dass dem Anbieter im Haustürgeschäft zukünftig anheimgestellt ist, den Kunden elektronisch statt wie bis anhin schriftlich über das Widerrufsrecht zu orientieren.

SWICO Diese Informationsliste sollte nochmals überarbeitet werden, insbesondere auch im Hinblick auf die lauterkeitsrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 3 lit. b^{bis} (neu) und Art. 6a UWG.

Die Pflicht zur Angabe der Preise in Schweizer Franken ist wenig e-commerce-freundlich.

Es wäre sehr begrüssenswert, wenn klargestellt würde, dass die Informationspflicht rechtsgenügend auch durch vorab geschlossene Rahmenverträge und andere Vertragsbeziehungen oder generell gehaltene Disclaimers - soweit der Informationsinhalt nicht einzeltransaktions-spezifisch ist - erbracht werden kann.

swisscom Wie bereits erwähnt, begrüssen wir den Ansatz, die Anbieter zur Information und Transparenz zu verpflichten. Insbesondere im Bereich Internet werden diese Pflichten von seriösen Anbietern bereits heute ohne weiteres erfüllt.

Unseres Erachtens sollten sich die Informationspflichten jedoch nicht im OR, sondern im UWG befinden. Im übrigen wird davor gewarnt, Informationspflichten auf sehr viele Gesetze aufzusplittern und uneinheitlich (z.B. Regeln der Preisbekanntgabeverordnung betreffend Preise und Artikel 40d Absatz 1 lit. b) auszugestalten. Es sei auch darauf hingewiesen, dass die Regelung der Lieferfrist nicht notwendig ist. Gemäss Art. 75 OR kann nämlich die Erfüllung, sofern nicht anders vereinbart, sofort gefordert werden. Daraus folgt, dass die Anbieter, die sich vor zu kurzen Lieferfristen schützen wollen, aus eigenem Interesse Liefertermine definieren werden. Die Angabe von Lieferfristen braucht somit nicht gesetzlich vorgeschrieben zu werden.

Abs. 3: Falls die Angaben dem Kunden in „*elektronischer Form*“ mitgeteilt werden, stellt sich uns die Frage, ob hierbei eine aktive Mitteilung (z.B. E-Mail) gefordert ist, oder ob ein Hinweis auf der Website genügt. Ferner fragen wir uns insbesondere, wie diese Pflicht bei Angeboten im Telefoniebereich (0900/0901 Telebusiness) umgesetzt werden kann.

Die Lösung könnte die Formulierung der Fernabsatzrichtlinie in Art. 5 Abs. 2 bringen (die jedoch lediglich die Ausnahme zur schriftlichen Bestätigung der Information und nicht die Ausnahme zur Informationspflicht als solche) enthält. Gemäss dieser Bestimmung ist die Pflicht nicht anwendbar *„auf Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz einer Fernkommunikationstechnik erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber einer Kommunikationstechnik abgerechnet werden. Allerdings muss der Verbraucher in jedem Fall die Möglichkeit haben, die geografische Anschrift der Niederlassung des Lieferers zu erfahren, bei denen er seine Beanstandung vorbringen kann.“*

Aus diesen Gründen beantragen wir:

Artikel 40 d ist zu streichen. Die Informationspflichten sind, unter Berücksichtigung der obigen Punkte, im UWG oder in sich darauf beziehenden Rechtsakten zu regeln.

Swissmem Art. 40d OR Mindestens während der Widerrufsfrist müsste jederzeit wieder auf die Bestelldaten und die anwendbaren Vertragsbedingungen zurückgegriffen werden können. Mindestens sollten aber die Bedingungen gemäss Art. 10 der Richtlinie 2000/31/EG über die Informationspflichten erfüllt

sein.

UNIGe Le projet, contrairement aux directives communautaires, divise les informations à fournir au consommateur en deux catégories : celles qui sont nécessaires pour l'exercice du droit de révocation et les autres considérées comme indispensables pour l'information du consommateur. Il les règle d'une part in art. 40d P-CO et d'autre part in art. 3 lit. b^{bis} et art. 6a P-LCD. Cette répartition des éléments d'information à mettre à disposition des consommateurs dans deux textes législatifs différents paraît peu cohérente. Pour le surplus, les sanctions du non-respect relèvent soit du droit contractuel (protection des intérêts individuels des consommateurs) soit du droit de la concurrence déloyale (protection des intérêts collectifs des consommateurs). Il conviendrait de revoir le projet sur ce point et de regrouper dans le Code des obligations toutes les obligations d'information, que celles-ci soient nécessaires à l'exercice du droit de révocation ou qu'elles visent à garantir une décision rationnelle du consommateur, afin de permettre au consommateur, le cas échéant, de faire valoir ses droits par les mécanismes qu'offre le droit des contrats. Cette protection des intérêts individuels des consommateurs devrait être renforcée par les mécanismes de la protection de leurs intérêts collectifs conformément à la LCD telle que complétée par le projet.

L'information précontractuelle, à régler dans l'art. 40d P-CO à compléter, devrait porter en particulier sur :

- l'identification du fournisseur (telle que prévue in art. 3 lit. b^{bis} et art. 6a P-LCD). En effet, la seule adresse (surtout électronique) ne suffit pas. Le consommateur doit savoir, avant de contracter, par exemple si le fournisseur a son siège à l'étranger ou non (accès à la justice en cas de litige, etc.) ;
- les caractéristiques essentielles du bien ou du service (ainsi art. 4 al. 1 lit. b directive vente à distance). Le projet écarte cette information au motif que ces caractéristiques constituent des éléments essentiels sans lesquels un contrat n'est pas conclu (Rapport explicatif, p. 13). Or, c'est méconnaître le sens de la disposition communautaire dont la portée n'est nullement limitée aux *essentialia negotii* comme semble le suggérer le rapport mais va bien au-delà de la définition de l'objet du contrat et du prix pour englober par exemple les caractéristiques techniques d'un bien ;
- les étapes techniques à suivre pour conclure le contrat et les moyens techniques permettant de corriger les erreurs commises dans la saisie des données (actuellement in art. 6a P-LCD). Le consommateur a besoin de ces indications. Il ne suffit pas que l'absence de ces indications puisse seulement être sanctionnée comme un acte de concurrence déloyale ;
- l'archivage du contrat par le fournisseur et son accessibilité pour le consommateur ; la reproductibilité des conditions générales du contrat par le consommateur (éléments d'information non repris de l'art. 10 al. 1 lit. b, al. 3 Directive sur le commerce électronique).

En principe, ces informations devraient être fournies avant la conclusion du contrat (art. 4 Directive sur la vente à distance) afin de permettre au consommateur la prise d'une décision bien réfléchie. L'art. 40d P-CO ne donne aucune indication quant au moment de la fourniture de l'information. Celle-ci

peut donc intervenir avant aussi bien qu'après la conclusion du contrat. Toutefois, cette solution est conforme à la directive dans la mesure où le droit de révocation ne commence à courir qu'à partir du moment où le consommateur a connaissance des informations prévues à l'art. 40d P-CO (art. 40e al. 2 lit. b P-CO). Elle mérite d'être maintenue également dans la perspective d'un élargissement des exigences d'information dans le CO. En effet, l'absence d'information pertinente avant la conclusion du contrat peut être la source d'une décision irréfléchie. Le droit de révocation permet cette réflexion. Le délai de révocation peut dès lors ne commencer à courir qu'à partir du moment où les éléments d'une décision réfléchie ont été fournis au consommateur.

Uni ZH Einen Eckpfeiler der Fernabsatz-RiL bilden die umfangreichen Informationspflichten des Anbieters. Kennzeichnend für die europäische Regulierungstechnik ist ein zweistufiges Informationsverfahren¹⁴¹. In einer ersten Stufe hat der Anbieter vor Vertragsabschluss alle Informationen über die *essentialia negotii* sowie über weitere Umstände bereitzustellen, die für die Willensbildung des Kunden typischerweise relevant sind (Art. 4 FARL). In einer zweiten Stufe – nach Vertragsschluss – sind die wichtigsten dieser Informationen zu bestätigen und weitere, für die Vertragsdurchführung erforderliche Informationen zu liefern (Art. 5 FARL). Die vertraglichen Informationspflichten dienen der umfassenden Unterrichtung des Kunden über seine Rechte aus dem bereits abgeschlossenen Vertrag¹⁴². Art. 5 Abs. 1 FARL sieht deshalb vor, dass der Kunde die Informationen rechtzeitig während der Erfüllung, i.d.R. spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung, schriftlich oder auf einem anderen für ihn „verfügbaren dauerhaften Datenträger“ zu erhalten hat, soweit sie ihm nicht bereits vor Vertragsabschluss in dieser Form erteilt wurden. Für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten sieht die Fernabsatz-RiL keine besonderen Sanktionen vor¹⁴³; die Verletzung vertraglicher Informationspflichten hat eine Verlängerung der Widerrufsfrist um drei Monate zur Folge (Art. 6 Abs. 1 FARL).

Der VE sieht im Vergleich zur Fernabsatz-RiL in geringerem Umfang Informationspflichten vor. Nach dem Begleitbericht sind die Informationen funktionell auf die Ausübung des Widerrufsrechts ausgerichtet. Daher sind nur jene Informationen zu übermitteln, die für den Entscheid und die Ausübung des Widerrufsrechts wesentlich sind. Auf Informationen über die *essentialia* wurde, anders als bei der Fernabsatz-RiL, ausdrücklich verzichtet¹⁴⁴. Nach Art. 40d VE-OR hat der Anbieter dem Kunden lediglich seinen Namen und seine Adresse, den Preis sowie die Höhe zusätzlicher Gebühren und Kosten und die Lieferfrist bekannt zu geben und ihn über das Widerrufsrecht sowie dessen Ausübungsmodalitäten zu informieren. Angaben über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung, den Kundendienst und geltende

¹⁴¹ MICKLITZ, (Fn 51), 139.

¹⁴² MEENTS (Fn 91), 196.

¹⁴³ MEENTS ([Fn 91], 195) spricht von einem „verbraucherschutzrechtlichen Sahnehäubchen ohne echte selbständige Bedeutung“; es wird allerdings vertreten, Art. 4 FARL gewähre dem Kunden einen *vorvertraglichen Informationsgewährungsanspruch*, so dass der Anbieter je nach Art der nicht erteilten Information entweder nicht angegebene Kosten nicht verlangen kann oder schadenersatzpflichtig wird (MICKLITZ [Fn 57], A 3 Rdnr. 37 ff. und Vor A 2 Rdnr. 23 ff.).

¹⁴⁴ Begleitbericht Ziff. 210.08.

Garantiebestimmungen sowie die Kündigungsbedingungen bei unbefristeten oder Dauer- und Sukzessivlieferungsverträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr sind im Gegensatz zur Fernabsatz-RiL¹⁴⁵ nicht zu übermitteln. Dies hat zur Folge, dass das Fehlen dieser Angaben keinen Einfluss auf die Widerrufsfrist hat (vgl. Art. 40e Abs. 2 lit. a VE-OR). Unbefriedigend ist dies insbesondere bei fehlenden Angaben über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung: Ihre Ausgleichsfunktion für die fehlende Möglichkeit, die Ware vor Vertragsabschluss in Augenschein zu nehmen, wird dadurch komplett unterlaufen, zumal die Widerrufsfrist nicht mit Erhalt der Ware, sondern spätestens bei Vertragsabschluss zu laufen beginnt¹⁴⁶. Die Regelung wird damit sinnentleert.

Andererseits schiesst die Informationspflicht über Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden entstehen (lit. c), über das Ziel hinaus. Der ausländische Anbieter hat keine ausreichende Kontrolle über die Höhe von Zollgebühren, sofern Schweizer Recht überhaupt *lex causae* ist¹⁴⁷. Fehlende Angaben über die Höhe von Transportkosten sollten nicht mit dem Widerrufsrecht, sondern mit der Gültigkeit der Überwälzungsvereinbarung verknüpft werden. Hierzu wäre Art. 189 OR um einen Absatz 1^{bis} zu ergänzen:

„Bei Fernabsatzverträgen im Sinne von Art. 40c trägt der Käufer die Transportkosten in der Höhe des vereinbarten Betrages.“

Auch redaktionell weist Art. 40d VE-OR einige Mängel auf. So muss es in Abs. 1 lit. a statt „Namen“ und „Adresse“ „Identität“ und „Anschrift“ heissen, weil der Name als Rechtsbegriff (Art. 29 ZGB) weder Firma noch Geschäftsbezeichnung umfasst und Adresse auch im Sinne der „Internet-Adresse“ verwendet wird; gemeint ist aber die geographische Anschrift (vgl. Art. 5 Abs. 1 FARL). Der privatrechtliche Zwang zur Preisangabe in Schweizer Franken (lit. b) ist in einem globalen Netz wie dem Internet nicht sinnvoll. Zudem fehlt auf Seiten des Kunden die Schutzbedürftigkeit, die ein (unbefristetes!) Widerrufsrecht wegen Preisangaben in anderen Währungen rechtfertigen würde, und ausländische Websites sind wegen der regelmässigen Nicht-Anwendbarkeit schweizerischen Rechts¹⁴⁸ auf die Vertragsbeziehung entgegen dem Begleitbericht von dieser Informationspflicht gerade nicht betroffen. Unklar ist auch die Formulierung in Abs. 3. Dieser sieht vor, dass die Angaben dem Kunden „auf Papier oder in elektronischer Form“ mitzuteilen sind. Dies bedeutet, dass ein anderer körperlicher Informationsträger nicht zulässig ist, aber z.B. die Mitteilung via Audio-Streaming oder als SMS. Klarer wäre die Formulierung¹⁴⁹:

¹⁴⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 FARL.

¹⁴⁶ Siehe unten III.5.a.

¹⁴⁷ Sowohl nach der Regelanknüpfung gemäss Art. 117 IPRG als auch nach Art. 120 IPRG wird der Vertrag regelmässig ausländischem Recht unterliegen (dazu ARTER/JÖRG/GNOS, Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, AJP 2000, 277, 287 ff.; WEBER, E-Commerce [Fn 12], 43 ff.).

¹⁴⁸ Siehe Fn 142.

¹⁴⁹ In Anlehnung an Art. 9 Abs. 2 lit. a. GestG und den unsäglichen „verfügbaren dauerhaften Datenträger“ mehrerer EU-Richtlinien.

„Diese Angaben sind dem Kunden in einer dauerhaft verfügbaren Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, mitzuteilen“.

Trotz ihrer Ausrichtung auf den Fernabsatz gelten diese Informationspflichten auch für Haustürgeschäfte und ähnliche Verträge. Findet ein unmittelbarer Leistungsaustausch statt, so sollten sich jedoch die Informationspflichten auf jene des geltenden Art. 40d Abs. 1 OR beschränken (Adresse, Widerrufsrecht und dessen Form und Frist). Hier sind also noch Differenzierungen erforderlich.

VIT Es muss sichergestellt sein, dass die Informationen gemäss Art. 40d OR auch auf einer rahmenvertraglichen Basis erfolgen kann und in diesem Fall nicht für jedes Einzelgeschäft, welches mit dem gleichen Konsumenten abgeschlossen wird, zu wiederholen ist.

zu Art. 40d Abs. 2 lit. b OR

Die Vorschrift, dass im Konsumgeschäft der Preis der Ware oder der Dienstleistung "in Schweizer Franken" angegeben werden muss, ist im Internet nicht praktikabel. Dieses ist international. Ausländische Anbieter von Konsumgütern, die gemäss IPRG Art. 120 bei Verkäufen an Kunden in der Schweiz dem Schweizerischen Recht unterstehen, werden ihre Preise zum Teil (wenn sie eine speziell an das Publikum in der Schweiz gerichtete Website betreiben), in der weitaus überwiegenden Mehrheit jedoch nicht in CHF angeben. Die Vorschrift ist nicht durchsetzbar und deshalb abzuändern.

zu Art. 40d Abs. 2 lit. c OR

Der Anbieter von Konsumgütern im Fernabsatz muss gemäss dieser Bestimmung "die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden entstehen", angeben. Genaue Beträge zu nennen ist aber bei vielen Angeboten, namentlich für Produkte-Pakete, bei denen der Kunde die Leistung weitgehend selbst zusammenstellen kann, nur schwer oder gar nicht möglich. Dasselbe gilt auch für Leistungen, die gebrauchtsabhängig bemessen werden und allenfalls, je nach Zeitpunkt, in welchem sie genutzt werden, zu unterschiedlichen Tarifen in Rechnung gestellt werden, wie z.B. die Gebühren für Fernmeldedienstleistungen.

Versandgebühren sind ferner häufig gewichtsabhängig und lassen sich kaum im voraus genau angeben.

Die Praktikabilität der Regelung ist daher fraglich. Es muss genügen, wenn nur die ungefähre Höhe oder die Gebührenart und Kostenart angegeben werden. Die Umsetzung des Transparenzerfordernisses dürfte ohnehin auch so noch einiges Kopfzerbrechen bereiten.

Überdies sollte das Obligationenrecht (Art. 40d OR) textlich und inhaltlich mit dem Lauterkeitsrecht (Art. 3 lit. b^{bis} UWG) abgestimmt sein.

VSAI zu Art. 40d Abs. 2 lit. c zur Präzisierung schlagen wir folgende Ergänzung vor:

Antrag: die Höhe der Gebühren und Kosten, die dem Kunden neben dem eigentlichen Preis für den Erwerb des Gutes oder der Dienstleistung unmittelbar entstehen;

VSW Gemäss Begleitbericht zum Entwurf soll die Informationspflicht des Anbieters ausgedehnt werden um den spezifischen Risiken des Konsumenten beim Abschluss von Fernabsatzverträgen Rechnung zu tragen. Dies betrifft unternehmens-, produkte- und lieferspezifische Informationen. Generell

glauben wir, dass mit zu weit gefassten Informations- und „Impressums“pflichten des Anbieters eine Überregulierung stattfindet, die den Verbraucher eher abstumpft und dazu führt, dass dieser wegen der Fülle der Daten nicht mehr in der Lage ist, die für ihn tatsächlich relevanten Informationen zu begreifen. Im Vergleich mit dem europäischen Recht (RL über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.6.2000, Fernabsatz-RL vom 20.5.1997) attestieren wir dem Gesetzesentwurf eine wohlthuende Zurückhaltung bezüglich der Informationspflichten. Dennoch ist für die Mitglieder unseres Verbandes beispielsweise nicht klar, wie der „Impressumspflicht“ des Anbieters in komplexen Vertriebssystemen in rechtsgenügender Weise nachgelebt werden kann.

321.09 Art. 40e

Kantone / Cantons / Cantoni

- JU:** S'agissant du point de départ du délai de révocation, la solution préconisée paraît adéquate et doit être approuvée. En effet, il ne se justifierait de fixer ce point de départ au moment de la livraison que si l'on avait en vue de protéger le consommateur d'achats inappropriés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Au vu du but poursuivi, qui est de prémunir le consommateur d'achats irréfléchis, l'octroi d'un délai commençant à courir lors de la conclusion du contrat ou au plus tard lors de la communication des informations obligatoires est parfaitement fondé.
- SG:** In Art. 40e Abs. 3 und 4 des Entwurfs wird festgehalten, dass der Beweis des Widerrufs dem Kunden obliegt und die Widerrufsfrist eingehalten ist, wenn die Widerrufserklärung am siebten Tag der Post übergeben oder auf elektronischem Weg gesendet wird. Die Beweislage bei einem Widerruf mit elektronischen Mitteln ist insofern schwierig, als die Abgabe eines Widerrufs z.B. per E-Mail fälschbar ist. Zudem sind die Übertragung und die Ankunft einer elektronischen Meldung nicht gesichert. Daher sollte das Gesetz vorschreiben, die technisch verfügbaren Hilfsmittel zur Beweissicherung anzuwenden. Der Beweis des Widerrufs sollte z.B. mittels Empfangsbestätigung und allenfalls eindeutigen Zeitstempel und elektronischer Signatur gesichert werden.
- TI** Art. 40 e: Il diritto di revoca contenuto nel progetto costituisce una garanzia minima per il consumatore, perché le ditte affermate presenti sul mercato (per esempio amazon.com, bol.com, stauffacher.ch, intershop.it, le.shop.ch, ecc.) consentono al consumatore un diritto di restituzione della merce acquistata che in taluni casi va al di là dei sette giorni.
- VD:** Le Conseil d'Etat se rallie à la proposition d'introduire un délai de révocation de 7 jours dans le cadre du commerce à distance, conformément au droit européen. Il n'est cependant pas certain que le point de départ de ce délai soit décrit de manière suffisamment précise à l'article 40e al. 2 P-CO.
- ZG:** Zu den in Art. 40e Abs. 3 E-OR genannten Beweisregeln wäre als Ergänzung zu Gunsten des Anbieters angebracht, dass nicht allein der Beweis des Zeitpunkts, in dem die Kundin oder der Kunde von den Angaben nach Artikel 40d Kenntnis erhalten hat, ausreichen sollte. Vielmehr sollte der Kundin oder dem Kunden auch eine gewisse Sorgfaltspflicht auferlegt werden, um allfälligen Missbräuchen von Kundenseite vorzubeugen. Dies könnte mit folgender For-

mulierung erreicht werden: „Der Beweis des Widerrufs obliegt dem Kunden; derjenige des Zeitpunkts, in dem der Kunde von den Angaben nach Artikel 40d Kenntnis erhalten hat oder mit der gebotenen Aufmerksamkeit hätte erhalten müssen, obliegt dem Anbieter.“

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

PLS l'article 40 e ne précise pas à partir de quel moment on doit admettre que l'acquéreur «a eu connaissance des informations prévues à l'art. 40d». On peut difficilement admettre qu'il faille apporter la preuve que l'acquéreur a effectivement eu connaissance de ces informations. En effet, cela pose un problème évident compte tenu du fait que le fardeau de la preuve incombe au vendeur qui aura de la difficulté à prouver la prise de connaissance effective par l'acquéreur et laisse ainsi à ce dernier la possibilité de retarder abusivement le point de départ du délai de révocation de 7 jours. Il faudrait donc prévoir expressément dans la loi que la preuve doit porter sur le fait que les informations en question étaient disponibles pour l'acquéreur, à savoir qu'elles étaient parvenues dans sa sphère d'influence.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi cpv. 2

Questo capoverso dovrebbe distinguere tra la consegna di beni e la **stipulazione di contratti relativi alla prestazione di servizi**. Il termine per far valere il diritto di revoca andrebbe calcolato dal momento in cui il bene viene consegnato al cliente, rispettivamente dalla conclusione del contratto di prestazione di servizi.

Chiediamo inoltre che il termine di 7 giorni venga prolungato e portato a 14 giorni. La nostra esperienza diretta con il centro di consulenze Infoconsumi ci porta in effetti a sostenere che spesso il termine attuale è troppo stretto per permettere ai consumatori di far valere i suoi diritti.

AGVS Den Kunden vor Übereilung zu schützen, ist ein langjähriges Anliegen gewisser Konsumentenschutzkreise. Die Frage stellt sich jedoch, ob das Widerrufsrecht des Kunden hier wirklich ein taugliches Mittel darstellt. Unsere Erfahrungen zeigen nämlich, dass in der Praxis zum Teil grosse Verwirrung darüber herrscht, bei welchen Vertragsarten dem Kunden ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht und, falls es ein solches gibt, innert welcher Frist dieses ausgeübt werden kann. Ebenfalls mussten wir feststellen, dass die Kunden im Falle eines Widerrufsrechts häufig Verträge abschliessen, ohne sich die eingegangenen Verpflichtungen genau überlegt zu haben, weil sie den Vertrag ja annullieren können, wovon dann auch oft Gebrauch gemacht wird. Solche Leerläufe kosten die Unternehmer Zeit und Geld und sollten von der Gesetzgebung her nicht noch gefördert werden. Aus dieser Argumentation folgt die eigentliche Streichung von Art. 40e. Da wir aber annehmen, dass eine Grundsatzdiskussion zu dieser Problematik an dieser Stelle nicht Platz gehabt hat oder nicht Platz hat, ist wenigstens zu überlegen, wie die negativen Folgen am besten abgefedert werden können. Dazu kommt, dass das Widerrufsrecht für den Kunden auch klare Nachteile aufweisen kann: Für den Fall, dass er

nicht darauf verzichtet, wird er die zu erwerbende Dienstleistung oder das gewünschte Gut wahrscheinlich erst nach Ablauf der siebentägigen Widerrufsfrist in Gebrauch nehmen können. Wenn er dies nicht wünscht, weil er sich den abgeschlossenen Vertrag reiflich überlegt hat, soll er unserer Meinung nach als mündiger Konsument selber entscheiden können, auf das Widerrufsrecht zu verzichten. Deshalb plädieren wir dafür, dass der Kunde auf sein Widerrufsrecht verzichten kann und stellen den Antrag, den genannten Artikel um folgenden neuen Absatz zu erweitern:

Antrag:neu (3) Der Kunde kann den Verzicht auf sein Widerrufsrecht auf Papier oder in elektronischer Form erklären.

Es wäre allenfalls auch denkbar, den Verzicht an strengere Bedingungen zu knüpfen wie z.B., dass er in vorgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers nur gültig ist, wenn er speziell hervorgehoben ist.

economiesuisse Der Beginn des Fristenverlaufs mit "Kenntniserhalten der notwendigen Informationen" ist unklar. Es darf nicht der Fall sein, dass ein unredlicher Kunde die Widerrufsfrist unbeschränkt ausdehnen kann oder dass die Beweislast völlig beim Anbieter verbleibt. Gerade beim Versandhandel ist es andererseits richtig, dass die Widerrufsfrist mit Beantragung bzw. Annahme des Vertrages und nicht mit Lieferung zu laufen beginnt. Würde die Frist ab Lieferung zu laufen beginnen, so wäre der Lust und Laune des Konsumenten Tür und Tor geöffnet, jedes Geschäft rückgängig zu machen, welches eine unnötige und schwerwiegende Belastung des in der Schweiz schon rückläufigen Versandhandels darstellen würde. Die Kosten hätten die an der ordnungsgemässen Abwicklung interessierten Kunden zu tragen.

EKK La Commission regrette que la solution choisie à l'art. 40 e al. 2 P-CO s'écarte de celle de la directive européenne prévue à l'art. 6 ch. 1 al. 2, 1^{er} tiret. En effet, selon la directive précitée, le délai de révocation de 7 jours court, pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'art. 5 ont été remplies.

Le système retenu par le projet pourrait inciter le fournisseur à ne livrer systématiquement ses biens qu'après le délai de 7 jours. De plus, actuellement, la plupart des maisons de vente par correspondance admettent déjà, dans leurs conditions générales, que le délai court dès la réception par le consommateur du bien à son domicile.

La Commission demande que l'art. 40 e al. 2 P-CO soit modifié comme suit : « Le délai de révocation commence à courir : a) Pour les biens, à compter du jour de leur réception par l'acquéreur lorsque ce dernier a eu connaissance des informations prévues à l'art. 40 d ; b) pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat lorsque l'acquéreur a eu connaissance des informations prévues à l'art. 40 d. »

FRC Nous estimons que l'alinéa 1 doit être modifié comme suit : « l'acquéreur peut révoquer son offre ou acceptation, sur papier ou sous forme électronique, dans un délai minimum de 7 jours » et que la lettre a, alinéa 2 doit être modifiée comme suit « Le délai de révocation commence à courir dès que la livraison du bien a eu lieu ou la prestation du service a été effectuée".

Nous nous étonnons que la disposition en question s'écarte de façon considérable du droit européen (Art. 6, ch. 1, al. 2, 1^{er} tiret directive 97/7/CE, JO L 144/19 du 20 mai 1997). Nous considérons que le but de protection des con-

sommateurs contre des décisions irréfléchies dans le cadre des achats on-line ne peut pas être ainsi atteint.

Faire partir le délai de réflexion au moment où le consommateur suisse clique avec sa souris, équivaut à le priver d'un droit largement acquis en droit européen et en matière de vente à distance suisse et européenne. Nous rappelons, enfin, que l'exercice de l'action en garantie ne vise pas le même but juridique que le droit de rétractation (à savoir la protection des consommateurs contre des achats irréfléchis) et par conséquent, il s'agit d'un instrument juridique absolument hors contexte.

FRS Der Kunde kann den Verzicht auf sein Widerrufsrecht auf Papier oder in elektronischer Form erklären.

Begründung: Es wäre allenfalls auch denkbar, den Verzicht an strengere Bedingungen zu knüpfen. Zum Beispiel: In vorgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers ist der Verzicht nur dann gültig, wenn dieser speziell hervorgehoben ist.

Es entspricht einem langjährigen Anliegen gewisser Konsumentenschutzorganisationen, den Kunden vor übereilten Vertragsabschlüssen zu bewahren. Es stellt sich diesbezüglich jedoch die Frage, ob das Widerrufsrecht des Kunden tatsächlich ein taugliches Instrument darstellt. Erfahrungen in der Praxis zeigen nämlich, dass zum Teil grosse Verwirrung darüber herrscht, bei welchen Vertragsarten dem Kunden ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht und -- falls dies der Fall ist - innert welcher nützlicher Frist dieses ausgeübt werden kann. Ebenfalls musste in der Praxis festgestellt werden, dass die Kunden beim Bestehen eines Widerrufsrechts häufig Verträge abschliessen, ohne sich im voraus die eingegangenen Verpflichtungen genau überlegt zu haben. Der Grund dafür liegt eben darin, dass die Kunden den Vertrag ja noch annullieren können. Davon wird in der Folge denn auch rege Gebrauch gemacht. Dies sind Leerläufe, welche die Unternehmer Zeit und Geld kosten und die vom Gesetzgeber nicht noch gefördert werden sollten. Das Widerrufsrecht weist für den Kunden nicht nur Vor-, sondern auch Nachteile auf. Gemäss dem Fall, der Kunde will nicht auf das Widerrufsrecht verzichten, wird er die zu erwerbende Dienstleistung bzw. das gewünschte Gut vermutlich erst nach Ablauf der sieben-tägigen Widerrufsfrist in Gebrauch nehmen können. Falls er diese Karenzfrist - da er sich den abgeschlossenen Vertrag reiflich überlegt hat - nicht wünscht, soll er nach unserer Auffassung als mündiger Konsument selber entscheiden können, ob er auf das Widerrufsrecht verzichten will oder nicht. Deshalb plädieren wir dafür, einen entsprechenden neuen Absatz 5 in Artikel 40e OR aufzunehmen.

kf Die Formulierung: „auf Papier“ wirkt eher befremdlich. Normalerweise wird von „schriftlich“ gesprochen. Wenn per e-mail korrespondiert wird, müsste dies auch als schriftlich gelten. Es fragt sich, ob das an geeigneter Stelle verankert werden müsste.

Konsequenterweise müsste hier die Widerrufsfrist analog der EU sieben Arbeitstage nach Erhalt der Ware betragen. Sonntage werden somit nicht mitgezählt. Wie wird bei elektronischem Verkehr das Datum festgehalten? Hier besteht Regelungsbedarf.

kf: ¹ ...innerhalb sieben "Arbeitstagen" auf ...

Im EU-Recht wird der Sinn eines Widerrufsrecht korrekt erläutert: „Der Verbraucher hat in der Praxis keine Möglichkeit, vor Abschluss des Vertrages das Erzeugnis zu sehenDaher sollte ein Widerrufsrecht bestehen,...“ Es ist unsinnig, bei Waren auf den Vertragsabschluss abzustellen. Die Anbieter werden einfach später als 7 Tage liefern, um das Widerrufsrecht zu umgehen. Entscheidend muss sein, wann die Ware eintrifft. Mit der Erneuerung sollte die Attraktivität der neuen Medien gefördert werden und nicht das Gegenteil. Konsumenten schätzen am Kauf im Internet vor allem die Schnelligkeit der Lieferung – damit würde ein wichtiger Vorteil wegfallen. Erst wenn der Kunde die Ware prüfen kann, darf die Widerrufsfrist zu laufen beginnen.

kf: Abs. 2 a: die Ware beim Kunden eingetroffen

Abs. 2 b: bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses

Abs. 4: Es ist eine Regelung nötig, wie das Datum beim elektronischen Verkehr festgehalten wird.

KPMG En sus de la question du moment où l'information doit être donnée, se pose celle du point de départ du délai du droit de révocation.

La solution proposée s'écarte de celle de la directive européenne. Comme l'expose le rapport explicatif, le point de départ prévu dans le droit européen pour les contrats portant sur des biens, est le moment de l'exécution, soit celui de la réception du bien par l'acquéreur. Ceci permet notamment à l'acquéreur de voir le bien comme lorsqu'il se rend dans les locaux commerciaux du fournisseur. Le rapport estime qu'il faut s'écarter de la directive européenne pour trois raisons: d'une part, pour les biens standardisés, le consommateur peut facilement se faire une idée sur la nature du bien qu'il achète même sans l'avoir vu; d'autre part, selon les cas, le consommateur peut invoquer la mauvaise exécution ou l'inexécution; enfin, et toujours selon le rapport explicatif, les parties sont libres de prévoir la possibilité de renvoyer le bien, si une telle solution s'impose pour des raisons pratiques.

Procédant d'une manière itérative inverse, force est de constater tout d'abord qu'il n'est pas satisfaisant en soi de se référer à la possibilité que les parties ont de prévoir un droit de retour. En effet, si l'on souhaite suivre cette voie, pourquoi ne pas remettre en cause le principe même du droit de révocation: pourquoi ne pas laisser la pratique se forger? Manifestement tel n'est pas le but.

N'est pas non plus acceptable, sur le principe, l'argument qui consiste à soutenir que le consommateur peut, si le bien ne correspond pas à ce qui est convenu, demander l'exécution ou invoquer une mauvaise exécution ou l'existence d'un défaut. En effet, c'est renvoyer le consommateur aux dispositions ordinaires et donc le contraindre à des procédures longues, fastidieuses et coûteuses, alors que le but était de le protéger et de lui permettre de révoquer le contrat sans motif.

Enfin, la référence à des produits standardisés que le consommateur connaîtrait parfaitement, de sorte qu'il n'aurait pas besoin de les voir, n'est guère convaincante. En effet, d'un point de vue dogmatique, cette argumentation tombe à faux: si les biens ne sont pas standardisés, c'est qu'ils sont confectionnés selon les spécifications de l'acquéreur; on tombe alors dans l'hypothèse visée à l'article 40a alinéa 2 lettre c AP-CO, ce qui exclut l'application des articles 40a et suivants AP-CO.

Vouloir protéger le consommateur contre une décision irréfléchie et ne pas lui permettre de voir le bien avant d'exercer son droit de révocation paraît être une demi-mesure. On peut même se demander si cette mesure ne restera pas lettre morte dans les faits, car il est vraisemblable qu'un fournisseur s'empres- sera de fournir les informations prévues à l'article 40d AP-CO, puis attendra sept jours au moins avant de livrer le bien commandé. C'est déjà le cas dans le cadre de la vente par démarchage à domicile¹⁵⁰. Ainsi, de facto le consom- mateur ne pourra plus exercer son droit de révocation, même s'il constate a poste- riori que le bien qu'il a commandé ne correspond pas à ses attentes. Dans un tel cas et à défaut de droit de révocation, le consommateur pourra soit invoquer une mauvaise exécution du contrat ou des défauts, soit invoquer une publicité trompeuse. Dans les deux cas toutefois, il devra recourir aux moyens ordinaires d'action, avec les incertitudes, les longueurs et les coûts qui y sont liés.

Certes, certains biens n'ont pas à être vus préalablement pour que le consom- mateur s'en fasse une idée. Cependant, il s'agira ici en général de biens de peu de valeur, soit des livres, des disques ou des objets similaires. Si ces biens ont une valeur inférieure à CHF 100.--, ils seront de toute façon exclus du champ d'application des articles 40a et suivants AP-CO. De plus, les enregistrements audio ou vidéo et les logiciels informatiques sont également exclus du champ d'application des articles 40a et suivants AP-CO.

Compte tenu des remarques qui précèdent, nous sommes d'avis qu'à l'instar du droit européen, le délai d'exercice du droit de révocation ne doit commencer à courir, pour les biens, qu'au plus tôt lors de la livraison de ceux-ci et pour autant que les informations prévues à l'article 40d AP-CO aient été transmises. Si tel n'est pas le cas, le délai ne commencera à courir qu'une fois dites informations communiquées.

L'avant-projet prévoit que la révocation peut être communiquée sur papier ou sous forme électronique. Selon le rapport explicatif, le texte proposé reprend le droit actuel; ce qui serait uniquement nouveau c'est la faculté offerte d'exercer son droit de révocation également sous forme électronique. Cette affirmation est erronée, ou à tout le moins elle ne reflète qu'imparfaitement les modifi- cations proposées. Certes, l'on souhaite offrir la faculté d'exercer son droit de révocation également sous forme électronique; le projet semble cependant aller plus loin puisqu'il permet une révocation sur papier. Le droit actuel prévoit la forme écrite. En matière contractuelle, la forme écrite et l'utilisation d'un support papier ne sont pas similaires. Au contraire, quand bien même une télécopie repose généralement sur un support papier, la forme écrite n'est pas respectée. Le même principe vaut pour le dépôt d'un acte de recours.

En l'espèce, l'on aurait pu penser que la volonté était de protéger le consom- mateur et de faciliter l'exercice de son droit; en d'autres termes de lui permettre notamment d'utiliser le fax. Force est toutefois de constater à la lecture de l'article 40e alinéa 4 AP-CO que ce que l'on vise c'est bien la forme écrite (envoi par la poste) ou l'utilisation d'un moyen de communication électronique.

Au vu de ce qui précède, nous recommandons donc de laisser la version origi- nelle qui prévoit l'utilisation de la forme écrite. Quant à l'utilisation de moyen de communication électronique, dans la mesure où l'équivalence entre la signature

¹⁵⁰ Rapport, ch. 210.11, p. 16

manuscrite et la signature électronique est prononcée, cette adjonction est superfétatoire.

Alternativement, si l'on souhaite réellement faciliter au consommateur l'exercice de son droit de révocation, et donc de maintenir l'alinéa 1 dans sa nouvelle teneur, il faut alors d'une part modifier l'alinéa 4 et d'autre part le rapport explicatif afin que la partie de la modification soit clairement exposée.

Sager Die Verankerung eines zusätzlichen Widerrufsrecht verstösst erneut gegen den wichtigen vertragsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda*. Zudem geht die Verknüpfung des Widerrufsrecht mit relativ willkürlich auserwählten Vertriebsmethoden von falschen Annahmen aus. Die (weit verbreitete) Annahme, dass der Vertrieb mittels Haustürgeschäften und Fernabsatzmethoden zu unüberlegteren Vertragsabschlüssen führt, ist meines Wissens nie durch wissenschaftliche Untersuchungen belegt worden. Zudem ist es m.E. eher schwieriger, Produkte, ohne dass man sie und den Verkäufer sieht, im Fernabsatz zu verkaufen. Gleiches gilt auch für Dienstleistungen. Weiter wird auch der Überraschungseffekt dieser Methoden als Grund angefügt, weshalb sie besonders gefährlich seien oder den Konsumenten leichter beeinflussen könnten. Dies mag zum Teil stimmen, zum Teil wird durch diesen Überraschungseffekt aber auch gerade die besonders kritische Haltung des Konsumenten bewirkt. Zudem können auch andere Vertriebsmethoden oder unsachliche Beeinflussungen zur Überraschung des Konsumenten führen (z.B. der aufdringliche Verkäufer im Laden). Wie bereits mehrfach erwähnt, erscheint mir die (sehr undifferenzierte) Anknüpfung an gewisse Vertriebsmethoden für die Einführung von – an sich systemwidrigen – Widerrufsrechten schlecht gewählt.

Der Begleitbericht fügt auf Seite 15 zur Begründung des Widerrufsrechts an, dass die Fernkommunikationsmittel das Verfahren bis zum Vertragsabschluss erheblich beschleunigen, u.a. wegen dem Mausclick innert Sekundenfrist. Hierzu ist zu bemerken, dass dies nicht für alle Fernabsatzmethoden stimmt (bei der Briefpost steht dem Konsumenten sogar noch die Widerrufsmöglichkeit von Art. 9 Abs. 1 OR zur Verfügung). Zudem wird auch der Vertragsabschluss im Laden ebenfalls innert Sekundenfrist geschlossen. Eine unterschiedliche Wertung dieser Vorgänge erscheint mir ungerechtfertigt.

Die weitere Begründung auf Seite 15 des Begleitberichts vermischt zudem Sinn und Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform mit Fernabsatzverträgen, bei welchen es sich in vielen Fällen um Verträge handelt, welche keiner besonderen Form bedürfen. Dies sollte m.E. auch so bleiben.

Art. 40e Abs. 2 E-OR bestimmt, dass die Widerrufsfrist u.U. dann zu laufen beginnt, wenn der Kunde den Vertrag beantragt hat und von den Angaben nach Art. 40d E-OR Kenntnis erhalten hat. Hierzu wäre allenfalls eine Präzisierung wünschenswert, ob bei mehrfachen Bestellungen dem Kunden jedesmal erneut die Informationen bekannt zu geben sind oder ob es mit der erstmaligen Informationspflicht getan ist.

Art. 40e Abs. 4 E-OR lässt die Frage offen, ob es für die Einhaltung der Frist genügt, wenn der Absender den Widerruf per E-Mail versendet, dann aber (insbesondere nach Ablauf der siebentägigen Frist) eine Fehlermeldung erhält.

SAV Toujours pour ce qui est de l'exercice du droit de révocation, l'article 40e al. 3 CO prévoit que "*la preuve de la révocation incombe à l'acquéreur*" alors que "*la*

*preuve du moment où l'acquéreur a reçu les informations prévues à l'article 40d CO incombe au fournisseur". Si l'équilibre ainsi trouvé paraît adéquat, il reste que la preuve concrète de la réception des informations par l'acquéreur sera techniquement difficile (au contraire de celle de l'envoi), dans la mesure où le moment précis de la réception d'informations électroniques (par exemple dans un système de messagerie) échappe au contrôle de l'expéditeur, lequel n'aura d'autre solution que de demander systématiquement un accusé de réception électronique, pourtant inapte à apporter la preuve recherchée si l'adresse électronique indiquée par l'acquéreur n'est pas personnelle et individualisée (par exemple, *webmaster@*, *info@*, *geneva@*, etc...).*

SBV Im Bericht lässt sich keine Antwort finden, wie die Worte „Kenntnis erhalten hat“ zu interpretieren sind. Es geht unseres Erachtens nicht an, dass vorausgesetzt wird, dass der Konsument von den Informationen tatsächlich Kenntnis genommen hat; ein derartiger Beweis wäre in vielen Fällen kaum zu erbringen. Vielmehr muss es genügen, dass die Informationen dem Konsumenten zur Verfügung standen. Will man einen Schritt weiter gehen, müsste der Zugang genügen (im Machtbereich des Konsumenten liegen - Zugangsprinzip) womit er unbestreitbar auch die Möglichkeit erhalten hat, von den Informationen Kenntnis zu nehmen.

Die Regelung, wonach der Konsument von den Informationen Kenntnis erhalten haben müsse, ist, namentlich auch unter beweisrechtlichen Überlegungen, im Fernabsatz äusserst fragwürdig. Denn die Beweislast hierzu trägt der Anbieter, was zur Folge hat, dass die Lieferung der Informationen in qualifizierter Übermittlungs-Form zu erfolgen hat, andernfalls er den Beweis nicht erbringen kann. Auch dürfte dies die Schnelligkeit des Elektronischen Geschäftsverkehrs lähmen. - Konsequenz der Beweislastverteilung in Verbindung mit der Voraussetzung der Kenntnisnahme: Es würde dazu führen, dass der unredliche Konsument die Frist zum Widerruf beliebig ausdehnen könnte.

Im Zusammenhang mit der vorerwähnten Problematik der Voraussetzung des Erhaltes der Informationen zeigt sich das erwähnte Bedürfnis, weitere Bestimmungen des Obligationenrechts für den Elektronischen Geschäftsverkehr zu revidieren (so der Annahmeverzug): Was, wenn der Konsument sich gewollt oder ungewollt weigert, die ihm elektronisch zugestellten Informationen entgegen zu nehmen (sei es, weil er abwesend ist, sein Computer oder die Software Störungen aufweist oder er sich bei der Mail-Box nicht einwählt bzw. nicht mehr einwählen kann; etc.)? Gibt es hier tatsächlich eine Rechtfertigung, die Frist nicht beginnen zu lassen?

Schlussfolgerung: Auch wenn sich diese Regelung weitgehend mit der bisherigen Rechtslage im Haustürgeschäft deckt, sollten die obenerwähnten Korrekturen mindestens hinsichtlich des Fernabsatzes vorgenommen werden.

SGV Die praktische Problemstellung zeigt sich in Abs. 2 lit. b, wonach die Widerrufsfrist zu laufen beginnt, sobald der Kunde von den Angaben nach Art. 40d Kenntnis erhalten hat. Gerade im elektronischen Geschäftsverkehr wird es dem Anbieter nur schwer gelingen, den Zugang dieser Angaben an den Kunden zu beweisen. Daraus ist zu schliessen, dass der Kunde diese relative Frist beliebig ausdehnen kann. Mindestens wäre noch eine absolute Fristsetzung zu definieren. Auch hier ist die Gleichsetzung mit dem Haustürgeschäft nicht opportun.

SICTA Art. 40e Abs. 2 OR: Die Terminologie ist unbefriedigend. Was heisst "einen Vertrag beantragen". Zudem dürfte es unpraktisch sein, wenn kumulativ sowohl der Vertragsschluss wie auch die Kenntnis von den Informationen für den Beginn des Fristenlaufes notwendig sind. Fristen müssen von den Parteien ohne lange Diskussionen berechnet werden können.

Art. 40e Abs. 3 OR: Diese Beweisregel ergibt sich aus Art. 8 ZGB.

Art. 40e Abs. 4 OR: Diese Bestimmung verlängert die Widerrufsfrist, ist unnötig und bringt dem Anbieter wenig Geschäftsklarheit. Der Widerruf entspricht einer Kündigung. Solche sind in unserem Recht grundsätzlich empfangsbedürftige Mitteilungen. Es geht nicht an, die Dauer der Übermittlung den Anbietern anzulasten. Wenn Anbieter deswegen die Lieferfristen verlängern, haben die Kunden wenig davon.

SMU Den Kunden vor Übereilung zu schützen, ist ein langjähriges Anliegen gewisser Konsumentenschutzkreise. Die Frage stellt sich jedoch, ob das Widerrufsrecht des Kunden hier wirklich ein taugliches Mittel darstellt. Erfahrungen in unseren Branchen zeigen, dass in der Praxis teils grosse Verwirrung darüber herrscht, bei welchen Vertragsarten dem Kunden ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht und, falls es ein solches gibt, innert welcher Frist dieses ausgeübt werden kann oder muss. Zudem stellen wir fest, dass die Kunden im Falle eines Widerrufsrechts häufig Verträge abschliessen, ohne sich die eingegangenen Verpflichtungen genau überlegt zu haben, weil sie den Vertrag ja annullieren können, wovon dann auch oft Gebrauch gemacht wird.

Derartige Leerläufe kosten die Unternehmer Zeit und Geld und sollten von der Gesetzgebung her nicht noch gefördert werden. Wir sind der Ansicht, dass der Gesetzgeber den Konsumenten nicht noch vor seiner eigenen Verpflichtung, Vertragsverhandlungen in Treu und Glauben zu führen, befreien sollte.

Diese Überlegungen lassen eigentlich nur die Forderung auf ersatzlose Streichung von Art. 40e zu. Wir glauben aber, dass damit weder den Konsumenten, noch den Betrieben gedient wäre, da Missbrauch nicht auszuschliessen ist. Demzufolge scheint es uns wichtig, den Art. 40e im Sinne einer Abfederung zu ergänzen. Dazu kommt, dass das Widerrufsrecht für den Kunden klare Nachteile aufweisen kann, denn für den Fall, dass er nicht auf sein Widerrufsrecht verzichtet, wird er die zu erwerbende Dienstleistung oder das gewünschte Gut wahrscheinlich erst nach Ablauf der siebentägigen Widerrufsfrist in Gebrauch nehmen können. Wenn er dies nicht wünscht, weil er sich den abgeschlossenen Vertrag reiflich überlegt hat, soll er unserer Meinung nach als mündiger Konsument selber entscheiden können, auf das Widerrufsrecht zu verzichten, wobei dieser Verzicht allenfalls an strengere Geschäftsbedingungen (die speziell hervorzuheben sind) zu knüpfen.

Wir fordern deshalb, dass der Kunde auf sein Widerrufsrecht verzichten kann und stellen den Antrag, den genannten Artikel um folgenden neuen Absatz zu erweitern:

Antrag: neu (3) Der Kunde kann den Verzicht auf sein Widerrufsrecht auf Papier oder in elektronischer Form erklären.

SW Art. 40e Abs. 2 E OR Im Unterschied zum EU-Recht soll in der Schweiz die Widerrufsfrist schon zu laufen beginnen, sobald der Anbieter seiner Informationspflicht nachgekommen ist, d.h. unter Umständen schon vor der Auslieferung der bestellten Waren. Diese Regelung widerspricht Grundsatz Nr. 4.3

der Lauterkeitskommission. Die Botschaft weist zwar darauf hin, dass der Kunde, falls das gelieferte Gut nicht dem vertraglich versprochenen Gut entspreche, die Rechte aus nicht gehöriger Vertragserfüllung geltend machen oder sich auf das Bestehen eines Mangels berufen könne (Begleitender Bericht S. 18 oben). Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Rechtsbehelfe im täglichen Geschäftsverkehr wenig taugen; gerade deshalb soll ja überhaupt auch das Widerrufsrecht eingeführt werden. Zudem werden dem Kunden mit dem vorzeitigen Fristenlauf alle Möglichkeiten genommen, um sich gegen eine verspätete Vertragserfüllung zu wehren. Falls die versprochene Lieferfrist 50 Tage statt nur 10 Tage beträgt, werden die meisten Kunden Mühe haben, einen Schaden zu beweisen und geltend zu machen. Demgegenüber wäre es bedeutend einfacher, bei Lieferverspätungen vom Widerrufsrecht Gebrauch zu machen, sei es schon vor Ausführung der verspäteten Lieferung, oder auch erst innert 7 Tagen danach. Es ist nicht einzusehen, warum die Lösung gemäss EU-Richtlinie (Art. 6 Ziff. 1 Abs. 2 erster Spiegelstrich) über das Ziel hinaus schiessen würde (vgl. Begleitbericht S. 16 oben).

SWICO Das Widerrufsrecht ist angesichts der unterschiedlichen Situation gegenüber dem Haustürgeschäft sowie der eingangs erwähnten stattfindenden Tendenz zur Verstärkung der Nachfragermacht u.E. nicht notwendig.

Sollte das Widerrufsrecht aus politischen Gründen dennoch eingeführt werden, sind u.E. jedenfalls die folgenden Änderungen vorzunehmen:

Abs. 2 lit. b darf nicht auf die Kenntnisnahme abstellen, sondern allein auf den Zugang in der vom Verbraucher angegebenen Mailbox. Wird die entsprechende Information vom Verbraucher nicht abgerufen oder stellt er eine Mailbox zur Verfügung, welche einen Overflow von Nachrichten verhindert (typischerweise bei Gratis-Mailboxen) darf dies nicht zum Nachteil des Anbieters gereichen. Zudem darf auch die Beweislast für den Empfang keinesfalls beim Anbieter liegen. Auch hier sollten unbedingt die bewährten Regeln aus der Praxis von EDI (wie sie auch von der UNCITRAL geregelt werden) berücksichtigt werden.

Auf jeden Fall ist die Zugangsregelung in Abs. 2 wie Abs. 4 gleich zu handhaben.

Was unseres Erachtens zusätzlich aufgenommen werden muss, ist eine Maximalmitte für die Geltendmachung des Widerrufsrechtes im Falle nichtgehöriger oder nichtbeweisbarer Mitteilung der Widerrufsfrist. Diese Limite für die Geltendmachung des Widerrufsrechtes sollte spätestens mit Lieferung der Ware oder des Vertragsabschlusses für Dienstleistungen beginnen und 30 Tage nicht überschreiten.

Dass der Beweis der Kenntnisnahme dem Anbieter obliegt, ist völlig praxisfremd. Es muss hier davon ausgegangen werden, dass es reicht, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Kunde von den Angaben nach Art. 40d Kenntnis nehmen können. Im traditionellen Fernabsatz würde der jetzige Entwurf praktisch den Versand mittels Lettre Signature verlangen und im Bereich des kommenden M-Commerce kann diese Bestimmung ebenfalls nicht sinnvoll umgesetzt werden. (Es sei denn, diese Angaben können wie vorgängig erwähnt, zum Voraus gültig in einer Rahmenvereinbarung oder sonstigen vertraglichen Kundenbeziehung geregelt werden.)

swisscom Es sei darauf hingewiesen, dass der Beweis, wann der Kunde Kenntnis der Informationen erhalten hat, dem Anbieter nicht gelingen wird. Es ist beispielsweise nicht ersichtlich, wie dies bei Telefonieangeboten sichergestellt werden könnte.

Swissmem *Art. 40e OR*: Ob ein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen mit Verbrauchern eingeführt werden soll, ist umstritten. Es könnte - wie einleitend erwähnt- dazu führen, dass bei gewissen Geschäften die Lieferung erst nach Ablauf der Widerrufsfrist erfolgt. Abgesehen davon drängt sich eine Harmonisierung der Widerrufsfristen in der schweizerischen Gesetzgebung auf. Der Widerruf kann für den Lieferanten mit erheblichem Aufwand verbunden sein. Wird oft davon Gebrauch gemacht, werden die Kosten von den Verbrauchern, die den Vertrag einhalten, querfinanziert, was nicht verbraucherfreundlich ist. Generell ist die Tendenz unverkennbar, den Grundsatz "pacta sunt servanda" aufzuweichen. Schliesslich könnte die Einführung des Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen mit Verbrauchern ein Präjudiz für die generelle Einführung des Widerrufsrechts sein. Die damit zusammenhängenden volkswirtschaftlichen Kosten sind in der Vorlage nicht berücksichtigt.

UNIGe L'art. 40e P-CO étend le droit de révocation existant dans les cas de démarchage aux contrats conclus à distance. Il reprend ainsi le principe d'un droit de révocation tel qu'il figure dans la directive sur la vente à distance.

1. Toutefois, en assimilant aux contrats conclus par démarchage les contrats conclus à distance, le projet sous-estime les différences notables qui existent entre ces deux hypothèses de conclusion du contrat.

Certes, dans les deux cas, la conclusion du contrat a lieu en dehors des établissements commerciaux du fournisseur. Il est vrai également que, dans les deux hypothèses, les risques d'une décision irréfléchie du consommateur existent (cf. Rapport explicatif, p. 14). Et ce risque augmentera encore si, comme le prévoit le projet de loi fédérale sur la signature électronique (art. 15a P-CO), les contrats de consommation actuellement soumis à la forme écrite peuvent être valablement conclus moyennant une signature électronique remplaçant la signature manuscrite. En effet, la protection contre une décision hâtive (*Übereilungsschutz*) ne pourra plus être assurée, car le clic de la souris ne constitue pas, au même titre que la signature manuscrite, une mise en garde suffisante. La *Warnfunktion* de l'exigence de la forme écrite aura disparu ou du moins ne subsistera que dans une faible mesure. Un droit de révocation, compensant l'absence de sérénité d'une décision de contracter, peut donc être justifié.

Toutefois, le consommateur qui achète sur Internet ne se trouve pas dans la même situation qu'un acheteur surpris par le fournisseur à son domicile ou à sa place de travail. L'initiative de la transaction ne vient pas toujours du fournisseur, mais souvent du consommateur lui-même. C'est la raison pour laquelle le législateur communautaire, tout en introduisant des obligations étendues (et même plus larges que ne le fait le projet suisse) d'information à charge du fournisseur, justifie le droit de rétractation avant tout par l'impossibilité pour le consommateur « de voir le produit in concreto ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat » (considérant 14). Par voie de conséquence, le point de départ du droit de rétractation n'est en principe pas le moment de la conclusion du contrat,

mais celui du jour de la réception du bien (art. 6 Directive sur la vente à distance).

Or, dans le projet, par un souci de parallélisme législatif, les règles sur le droit de révocation sont les mêmes pour les contrats conclus par démarchage que pour ceux conclus à distance. Le point de départ du délai dans lequel le droit de révocation doit être exercé est celui de la conclusion du contrat. Cet écart volontaire de la réglementation communautaire est tout d'abord justifié par la nature standardisée des biens de consommation (Rapport explicatif, p. 15). Mais il est faux de prétendre que le consommateur soit en mesure, sur la seule base d'une description et d'une présentation en image du bien sur une page du net, de se faire une idée suffisante des caractéristiques essentielles de ce bien. L'argument supplémentaire selon lequel le consommateur disposerait de moyens de droit au cas où le bien ne correspondrait pas à ce qui a été prévu dans le contrat méconnaît la finalité du droit de révocation. Il doit exister, pendant un délai très bref en principe, même si le bien correspond à ce qui a été convenu dans le contrat. Il compense l'absence d'une véritable possibilité d'appréciation du bien avant la conclusion du contrat par un droit de renvoyer le bien qu'il soit conforme ou non-conforme au contrat.

Il est donc indispensable que l'art. 40e P-CO soit modifié dans le sens de la réglementation communautaire, quitte à différencier, sur la question du point de départ du délai de révocation, les cas de contrats conclus par démarchage et ceux conclus à distance.

Uni ZH Voraussetzungen

Das Widerrufsrecht bildet das „Herzstück“¹⁵¹ auch des schweizerischen Regelungsmodells. Nach Art. 40e Abs. 1 VE-OR kann der Kunde seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung („seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung“) innerhalb von sieben Tagen widerrufen. Die dogmatische Konstruktion des Widerrufsrechts lässt der VE offen. Der Widerruf hat „auf Papier oder in elektronischer Form“ zu erfolgen; gemeint ist wohl auch hier „in einer dauerhaft verfügbaren Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht“¹⁵², da das Formerfordernis einzig unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist¹⁵³. Der Beweis des Widerrufs obliegt dem Kunden (Art. 40e Abs. 3 VE-OR). Die Widerrufsfrist beginnt zu laufen mit Antrag oder Annahmeerklärung des Kunden und dessen Kenntnisnahme der vom Anbieter nach Art. 40d VE-OR gelieferten Angaben (Art. 40e Abs. 2 VE-OR). Hier zeigt sich der Hauptmangel des VE, findet doch das Widerrufsrecht seine einzige, hier allerdings nicht als ausreichend erachtete¹⁵⁴, Rechtfertigung in dem Umstand, dass der Kunde das Produkt und seine Eigenschaften vor Vertragsabschluss nicht selbst in Augenschein nehmen kann¹⁵⁵ und es sich im Nachhinein als Billigware entpuppen könnte. Dem Kunden soll deshalb ermöglicht werden, seinen Entschluss „goods-in-

¹⁵¹ MICKLITZ (Fn 57), A 3 Rdnr. 66.

¹⁵² Dazu oben III.4.

¹⁵³ Ähnlich schon DORNIER (Fn 23), N 438; genügt ein E-Mail, lässt sich von einem Übereilungsschutz wohl nicht mehr sprechen.

¹⁵⁴ Siehe oben III.1.d.

¹⁵⁵ Nachweise in Fn 93.

hand“ zu treffen, d.h. gelieferte Waren zu prüfen und dann innerhalb kurzer Frist zu entscheiden, ob er sie behalten oder zurückgeben will¹⁵⁶. Nach Art. 6 Abs. 1 FARL beginnt die Widerrufsfrist bei Waren daher erst zu laufen, wenn diese beim Kunden eingetroffen sind. Der VE lässt demgegenüber den Kunden bloss weitere sieben Tage im Ungewissen und höhlt den vorgegaukelten Schutz gänzlich aus. Gerade die Anbieter von Produkten, bei denen der Kunde von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen würde, werden mit dem Versand bis zum Ablauf der Widerrufsfrist zuwarten, ihren Informationspflichten aber umgehend per E-Mail nachkommen. Die Gründe, die der Begleitbericht¹⁵⁷ ins Feld führt, belegen, auf welch schwachen Beinen die gesamte Regelung steht. Hier sollte der Gesetzgeber Farbe bekennen: Entweder stellt er ein Widerrufsrecht bereit, das im konkreten Fall die erwartete Wirkung zeigt, oder es ist - nach der hier vertretenen Auffassung - darauf zu verzichten. Zahnlose Papiertiger schwächen lediglich das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung.

Das Widerrufsrecht ist zeitlich unlimitiert, solange der Anbieter seine Informationspflichten aus Art. 40d VE-OR nicht erfüllt¹⁵⁸. Im Gegensatz dazu verlängert sich nach Art. 6 Abs. 1 FARL die Widerrufsfrist auf drei Monate. Aus Gründen der Rechtssicherheit verdient eine zeitliche Befristung den Vorzug.

VIT Ein Widerrufsrecht ist insbesondere für Verträge, die über das Internet abgeschlossen werden, nicht nötig, da wie erwähnt, diese Verträge in einer ganz anderen Situation abgeschlossen werden als Haustürgeschäfte.

Der Konsument ist ausreichend informiert, oder er hat auf jeden Fall (dies im Unterschied zu den Haustürgeschäften) die Möglichkeit, sich zu informieren. Es reichen daher die üblichen zivilrechtlichen Mittel (Anfechtbarkeit und Nichtigkeit) aus.

Die vorgeschlagene Bestimmung würde den E-Commerce behindern. Keinesfalls dürfen jedoch die Lieferanten durch das Widerrufsrecht stärker belastet werden als im EU-Recht.

zu Art. 40e Abs. 2 OR

Die Terminologie ist unbefriedigend. Was heisst "einen Vertrag beantragen"?

Zudem dürfte es unpraktisch sein, wenn kumulativ sowohl der Vertragsschluss wie auch die Kenntnis von den Informationen für den Beginn des Fristenlaufes notwendig sind. Fristen müssen von den Parteien ohne lange Diskussionen berechnet werden können.

zu Art. 40e Abs. 3 OR

Die Regel, wonach der Lieferant den Erhalt der Information gemäss Art. 40d OR durch den Konsumenten zu beweisen hat, ist nicht praktikabel. Sofern dieser Beweis nicht gelingt - er kann insbesondere bei elektronischer Übermittlung der nach Art. 40d OR geforderten Informationen in der Regel nicht sicher geführt werden - würde diese bedeuten, dass die Widerrufsfrist nie

¹⁵⁶ BÜLOW (Fn 5), 1294; MICKLITZ (Fn 57), A 3 Rdnr. 72.

¹⁵⁷ Ziff. 210.09.

¹⁵⁸ Nach DORNIER ([Fn 23] N 476 ff.) unterliegt das Widerrufsrecht der 10-jährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR.

begonnen hat zu laufen und der Konsument könnte zu jedem beliebigen Zeitpunkt vom Vertrag zurücktreten. Dies ist nicht akzeptabel.

Es muss genügen, wenn der Anbieter im E-Commerce nachweist, dass er die technischen und organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, damit die verlangten Informationen den Kunden im Normalfall zur Verfügung stehen, sei es z.B. durch Einblenden am Bildschirm oder die Aufnahme der entsprechenden Informationen in ein Bestätigungs-E-Mail über den Vertragsabschluss.

Das Risiko, dass im Einzelfall diese Information durch den Kunden nicht zur Kenntnis genommen werden konnte, z.B. wegen besonderen Einstellungen am Browser des Kunden oder wegen Problemen des Kunden beim E-Mail-Empfang, darf nicht auf den Anbieter abgewälzt werden. Der Konsument hat für allfällige Fehler der von ihm benutzten Hard- und Software sowie Telekommunikationsmittel selber einzustehen.

zu Art. 40e Abs. 4 OR

Diese Bestimmung verlängert die Widerrufsfrist, ist unnötig und verhindert für den Anbieter die für diesen notwendige Geschäftsklarheit. Der Widerruf entspricht einer Kündigung. Solche sind in unserem Recht grundsätzlich empfangsbedürftige Mitteilungen. Es geht nicht an, das Risiko der Übermittlung den Anbietern anzulasten. Zur Minimierung ihres Risikos wären die Anbieter gezwungen, die Lieferfristen zu verlängern, womit der überwiegenden Mehrzahl der Konsumenten, nämlich denjenigen, die vom Widerrufsrecht keinen Gebrauch machen, nicht gedient ist.

VSAI Den Kunden vor Übereilung zu schützen, ist ein langjähriges Anliegen gewisser Konsumentenschutzkreise. Die Frage stellt sich jedoch, ob das Widerrufsrecht des Kunden hier wirklich ein taugliches Mittel darstellt. Unsere Erfahrungen zeigen nämlich, dass in der Praxis zum Teil grosse Verwirrung darüber herrscht, bei welchen Vertragsarten dem Kunden ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht und, falls es ein solches gibt, innert welcher Frist dieses ausgeübt werden kann. Ebenfalls mussten wir feststellen, dass die Kunden im Falle eines Widerrufsrechts häufig Verträge abschliessen, ohne sich die eingegangenen Verpflichtungen genau überlegt zu haben, weil sie den Vertrag ja annullieren können, wovon dann auch oft Gebrauch gemacht wird. Solche Leerläufe kosten die Unternehmer Zeit und Geld und sollten von der Gesetzgebung her nicht noch gefördert werden. Aus dieser Argumentation folgt die eigentliche Streichung von Art. 40e. Da wir aber annehmen, dass eine Grundsatzdiskussion zu dieser Problematik an dieser Stelle nicht Platz gehabt hat oder nicht Platz hat, ist wenigstens zu überlegen, wie die negativen Folgen am besten abgefedert werden können. Dazu kommt, dass das Widerrufsrecht für den Kunden auch klare Nachteile aufweisen kann: Für den Fall, dass er nicht darauf verzichtet, wird er die zu erwerbende Dienstleistung oder das gewünschte Gut wahrscheinlich erst nach Ablauf der siebentägigen Widerrufsfrist in Gebrauch nehmen können. Wenn er dies nicht wünscht, weil er sich den abgeschlossenen Vertrag reiflich überlegt hat, soll er unserer Meinung nach als mündiger Konsument selber entscheiden können, auf das Widerrufsrecht zu verzichten. Deshalb plädieren wir dafür, dass der Kunde auf sein Widerrufsrecht verzichten kann und stellen den Antrag, den genannten Artikel um folgenden neuen Absatz zu erweitern:

Antrag: neu (3) Der Kunde kann den Verzicht auf sein Widerrufsrecht auf Papier oder in elektronischer Form erklären.

Es wäre allenfalls auch denkbar, den Verzicht an strengere Bedingungen zu knüpfen wie z.B., dass er in vorgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers nur gültig ist, wenn er speziell hervorgehoben ist.

VSW Der Kunde soll seinen Antrag zum Vertragsschluss oder seine Annahmeerklärung innerhalb von sieben Tagen widerrufen können. Grundsätzlich erachten wir das Widerrufsrecht als ein dem schweizerischen Privatrecht fremdes Institut, weil es das Prinzip der Vertragsfreiheit aushöhlt, und lehnen deshalb dessen weitere Ausdehnung von den Haustürgeschäften auf die Fernabsatzverträge ab. Immerhin nehmen wir davon Kenntnis, dass es im schweizerischen Recht restriktiver gehandhabt werden soll als im europäischen Recht (beispielsweise Nutzungsentschädigung für gebrauchte, aber zurückerstattete Lieferungen, Art. 40 g Abs. 2 E-OR, anders Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Fernabsatzrichtlinie)

Das Widerrufsrecht soll in Fällen nicht möglich sein, in denen seine konkrete Ausübung nicht möglich ist, so gemäss lit. b bei Verträgen über Dienstleistungen, die vom Anbieter vor Ablauf der Widerspruchsfrist erbracht werden, sei dies auf Wunsch des Kunden oder wegen ihrer Natur. Im ersten Fall muss der Kunde vorgängig auf das Bestehen eines Widerrufsrechts aufmerksam gemacht worden sein und ausdrücklich darauf verzichtet haben, im zweiten Fall ist dies nicht nötig. Weiter sollen auch Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software grundsätzlich nicht widerrufen werden können. In unseren Augen ist diese Aufzählung allerdings unvollständig. Zu denken ist generell an den Fall von bezahlten Informationen in gedruckter oder elektronischer Form, die ohne dass sie überhaupt kopiert zu werden brauchen, vom Kunden konsumiert werden können (vgl. Schlagwort von Amazon als der virtuellen Buchhandlung, die zur elektronischen Leihbücherei mutiert).

321.10 Art. 40f

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Weshalb soll nicht auch der Käufer einer Ware auf das Widerrufsrecht verzichten können, wenn er die Ware entgegen der Praxis des Lieferanten noch vor Ablauf der Widerrufsfrist geliefert haben möchte?

VD: Article 40 f lett a P-CO

Le type de service visé à cet article n'est pas suffisamment bien décrit. En effet, le rapport explicatif donne comme exemple le cas de l'appel d'un médecin qui semble pourtant offrir un service personnalisé ... donc exclu du champ d'application des articles 40a à 40h P-CO par l'article 40a P-CO.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS Uns leuchtet nicht ein, warum diese Ausnahmen nur für Dienstleistungen gelten und nicht generell auf alle Vertragsgegenstände ausgeweitet werden. Wir beantragen folgende Erweiterung:

Antrag: lit. a: über eine Dienstleistung oder Ware

economiesuisse Der Widerruf muss nicht nur bei Dienstleistungen, sondern auch bei Warenlieferungen durch einen ausdrücklichen Verzicht des Kunden ausgeschlossen werden können, um eine sofortige Lieferung zu ermöglichen.

FRS Ergänzungsantrag: Der Widerruf ist ausgeschlossen bei Verträgen über: über eine Dienstleistung oder Ware, die bei ausdrücklichem Verzicht des Kunden auf sein Widerrufsrecht vor Ablauf der Widerrufsfrist erbracht wurde (...)

Bemerkung: Es ist nicht einzusehen, weshalb die Ausnahmen ausschliesslich für Dienstleistung gelten und nicht generell auf alle Vertragsgegenstände ausgeweitet werden sollen.

KPMG L'article 40f lettre a AP-CO contient une exception pour les services exécutés avant l'expiration du délai de révocation. Le rapport explicatif¹⁵⁹, à l'instar du droit européen¹⁶⁰, parle de services dont l'exécution a commencé avant l'expiration du délai.

La nuance n'est pas sans importance et le texte de loi doit donc être modifié. Nous proposons ainsi que le terme « exécuté » soit remplacé par « dont l'exécution a commencé ». A défaut, le rapport doit être modifié pour reprendre les termes exacts de la loi ; de plus, il y aura lieu de motiver les raisons pour lesquelles le droit suisse s'écarte du droit européen.

Sager Die Ausnahmen der Widerrufsmöglichkeit sollte m.E. auch auf Produkte, die bereits konsumiert oder verarbeitet wurden, ausgeweitet werden oder welche vor Ablauf der siebentägigen Frist zu liefern sind.

Zudem sollte auf das Erfordernis des ausdrücklichen Verzichts des Kunden auf sein Widerrufsrecht bei vor Ablauf der Widerrufsfrist zu erbringen Dienstleistungen verzichtet werden. Der implizite Verzicht sollte bereits genügen. Demnach wäre m.E. das Wort ausdrücklich zu streichen.

SAV Le projet d'article 40f CO contient une liste de cas où le droit de révocation est exclu. A la lettre a, il s'agit d'un "*service exécuté avant l'expiration du délai de révocation à condition que l'acquéreur ait renoncé expressément à son droit de révocation ou qui doit être exécuté avant l'expiration du délai*". Cette exception est bien entendu justifiée et devrait recouvrir un certain nombre de transactions électroniques, dont la plupart des transactions financières en ligne, dont la mention spécifique à l'article 40a al. 2 lettre b CO se justifie d'autant moins. Toutefois, la deuxième exception prévue à l'article 40f CO est plus discutable: le droit de révocation serait également exclu si le contrat porte "*sur des enregistrements audio ou vidéo ou des logiciels informatiques scellés par l'acquéreur, qui peuvent être téléchargés ou auxquels l'acquéreur peut avoir accès*" (lettre b). Selon le rapport explicatif (chiffre 210.10), cette disposition a pour but d'exclure l'application d'un droit de révocation pour "les biens dont le contenu peut être facilement copié", ce qui ne serait pas le cas s'ils étaient maintenus "scellés". L'argument semble éloigné du fondement de l'introduction du droit de révocation, à savoir la protection du consommateur contre un engagement irréfléchi. De plus, une révocation ne serait possible qu'avant l'utilisation du bien en question, ce qui limite évidemment considérablement son attrait. Par

¹⁵⁹ Rapport, ch. 210.10, p. 16

¹⁶⁰ Article 6 chiffre 3, Directive 97/7/CE

ailleurs, la formulation utilisée n'est pas très claire lorsqu'elle se réfère à tout enregistrement audio ou vidéo ainsi qu'à tout logiciel informatique pouvant être téléchargé ou accessible. A lire cette disposition, il semblerait que 98% du commerce électronique en ligne à l'heure actuelle soit tout simplement exclu du champ d'application du droit de révocation: qu'est-ce qui peut être téléchargé sans être soit un logiciel soit un enregistrement audio ou vidéo ? Des images fixes ? Enfin, le recours à la notion "d'enregistrement" nous paraît source de confusion, dans la mesure où elle ne recouvre pas forcément les dernières techniques de transmission de données (par exemple, *streaming*, *webcasting*, ...). Pourquoi ne pas exclure alors toute transmission numérique en ligne ?

SBB Siehe Art. 40c / Voir art. 40c / Vedi art. 40c

Wir beantragen folgende Änderung bzw. Ergänzung: *“Das Widerrufsrecht ist ausgeschlossen in jenen Fällen, in denen seine konkrete Ausübung nicht möglich ist, sowie bei Verträgen, die auf eine sofortige Vertragserfüllung zielen.”*

Den Widerruf auszuschliessen bei ausdrücklichem Verzicht des Kunden auf das Widerrufsrecht ist u.E. unrealistisch, wird dieser doch kaum auf dieses Recht verzichten wollen.

SBV Ist der Geltungsbereich nach Art. 40a-c grundsätzlich erfüllt, kann trotzdem das Widerrufsrecht entfallen, und zwar in den von Art. 40f OR aufgeführten Fällen. Dies gilt u.a. wenn Dienstleistungen vor Ablauf des Widerrufsrechts erbracht werden müssen (lit. a), falls gestützt auf ausdrückliche Vereinbarung der Erfüllung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist: hier muss der Konsument aber auf das Widerrufsrecht hingewiesen und sodann von diesem ausdrücklich darauf verzichtet worden sein; gestützt auf die Natur der Dienstleistung, die umgehend - also vor Ablauf der Widerrufsfrist - zu erfüllen ist (z.B. eine unmittelbar über das Internet zu erbringende Dienstleistung; oder Dienstleistung, die ihre Bedeutung verlieren würde, würde sie nicht vor Ablauf des Widerrufsrechts erbracht – Anruf eines Notfallarztes oder Krankenwagens): hier bedarf es keines Verzichtes auf das Widerrufsrecht.

Wir schlagen vor, diese Bestimmung derart zu präzisieren, dass wirklich auch ersichtlich ist, dass es sich um die Natur der Dienstleistung handelt, so etwa mit folgendem Einschub: *“... oder vor Ablauf dieser Frist der Natur der Sache nach erbracht werden muss,”*

Sodann sind wir der Meinung, dass die für Dienstleistungen vorgesehene Regelung sinngemäss auch für Lieferung von Gütern aufzunehmen wäre, d.h. dass der Konsument auf das Widerrufsrecht ausdrücklich verzichten kann, falls er darauf besteht, dass die Lieferung vor Ablauf der Widerrufsfrist zu erfolgen habe.

SGV Für den SGV gibt es keinen Grund hier nicht auch für die Lieferung von Waren den ausdrücklichen Verzicht aufzuführen, insbesondere für Lieferungen, welche vor Ablauf der Widerrufsfrist zu erfolgen haben.

SICTA Die Fälle, bei denen das Widerrufsrecht ausgeschlossen werden soll, sind unklar und unpraktisch. Überall dort, wo der Konsument die Leistung bereits bezogen und benutzt hat, ist das Widerrufsrecht auszuschliessen, und zwar ohne "ausdrücklichen Verzicht auf das Widerrufsrecht".

Auszuschliessen ist das Widerrufsrecht auch dann, wenn der Kunde die Originalverpackung öffnet, und er dabei entweder den Inhalt kopieren kann oder das

Produkt nicht mehr als neuwertig gilt. Wer ein Produkt oder eine Dienstleistung nutzt oder in ihrem Wert mindert, soll nicht später nochmals darauf zurückkommen können. So lange nämlich Unsicherheiten über das Widerrufsrecht bestehen, werden sich die Anbieter hüten, ihre Produkte zu liefern. Diese Verzögerungen können nicht im Interesse der Konsumenten liegen.

Weshalb nur bei Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software, die vom Kunden entsiegelt (was heisst entsiegelt?) wurden, heruntergeladen werden können, oder auf die der Kunde Zugriff nehmen kann, das Widerrufsrecht ausgeschlossen werden soll, lässt sich nicht erklären. Das Widerrufsrecht muss bei allen Produkten und Dienstleistungen, die direkt in digitalisierter Form aus dem Internet gezogen werden können (z.B. Informationen), wegfallen. Das gilt aber auch bei anderen Lieferungen im Fernabsatz, welche Zug um Zug erfolgen.

SMU Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese Ausnahmen nur für Dienstleistungen gelten und nicht generell für alle Vertragsgegenstände! Wir beantragen deshalb den Artikel wie folgt zu ergänzen.

Antrag: lit. a: über eine Dienstleistung oder Ware ...

SW Art. 40f lit. a E OR Es ist nicht einzusehen, warum der Kunde nur bei Dienstleistungsverträgen auf sein Widerrufsrecht verzichten können soll. Es gibt nicht nur Dienstleistungen, die vor Ablauf der Widerrufsfrist erbracht werden müssen, sondern auch Waren, die vor Ablauf der Widerrufsfrist geliefert werden sollten. So werden Ersatzteile oder Zubehör für Motorfahrzeuge, Fernseher, PC und andere elektronische Geräte sehr oft per Internet bestellt und sollten möglichst rasch geliefert werden. Es geht nicht an, dass ein Interessent solche Ersatzteile z.B. bei sieben verschiedenen Internet-Anbietern bestellt und sieht, welches er zuerst geliefert erhält, die Bestellung für die andern sechs aber in der Folge widerruft.

SWICO Die Liste der Ausnahmen vom Widerrufsrecht ist ungenügend. Es fehlt insbesondere die Bestimmung, dass das Widerrufsrecht nicht besteht bei

Dienstleistungen und Warenlieferungen aus Segmenten mit volatilen Preisen, wie dies Art. 6 Abs. 3 Fernabsatzrichtlinie vorsieht: "Verträge zur Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen, deren Preis von der Entwicklung der Sätze auf den Finanzmärkten, auf die der Lieferer keinen Einfluss hat, abhängt.

Verträge zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten.

Die Formulierung gem. Art. 40f lit. a ist zudem ein Beispiel des überschüssigen Gehorsams: Das Erfordernis des "ausdrücklichen Verzichtes auf das Widerrufsrecht" ist in der Fernabsatzrichtlinie nicht vorgesehen. Diese sieht vor, dass das Widerrufsrecht nicht ausgeübt werden kann bei "Verträgen zur Erbringung von Dienstleistungen, deren Ausführung mit Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Frist von 7 Werktagen gemäss Abs. 1 begonnen hat." Diese Formulierungsdifferenz ist substantieller Art und schafft in der Schweizer Version unnötige neue Hürden in der Vertragsabwicklung. Der Begleitbericht erläutert nicht, wo hier "die Not" ist (nachdem in den Vorbemerkungen des Begleitberichtes darauf verwiesen wird, dass nicht ohne Not von den EU-Richtlinien abgewichen würde). Auch die Aufzählung in lit. b des Entwurfes ist zu eng gefasst.

Wir schlagen folgende Regelung vor:

- a) über Güter, die auf Wunsch des Kunden und unter ausdrücklichem Verzicht auf das Widerrufsrecht vor Ablauf der 7-tägigen Widerrufsfrist geliefert werden;
- b) über eine Dienstleistung, deren Ausführung mit Zustimmung des Kunden vor Ablauf der Widerrufsfrist erfolgte, oder die ihrer Natur nach vor Ablauf dieser Frist erbracht wird;
- c) über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, deren Preis von der Entwicklung der Sätze auf den Finanzmärkten, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat, abhängt;
- d) über digitale Informationen wie Multimedia, Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software, die vom Kunden entsiegelt wurden, heruntergeladen werden können oder auf die der Kunde Zugriff nehmen kann.

swisscom Das Verhältnis von Artikel 40f zu Artikel 40c ist zu klären und die Bestimmungen sind miteinander abzugleichen.

lit. a): Es ist nicht klar, welches die Anforderungen sind, die an den „*ausdrücklichen Verzicht*“ zu knüpfen sind. Um ein Widerrufsrecht nicht völlig auszuhöhlen, müsste die Schwelle relativ hoch angesetzt sein. Gleichzeitig wird es bei allzu strengen Anforderungen an das Widerrufsrecht dazu führen, dass der Anbieter vor Beginn des Dienstleistungsvertrags immer eine Art Sperrfrist von sieben Tagen einbaut und den Vertrag immer erst dann beginnen lassen wird, wenn die Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts abgelaufen ist. Dies wäre nicht kundengerecht, denn in der Regel wollen diese eine Leistung möglichst sofort. Im übrigen würde es bei Diensten, die dringend geleistet werden müssen, sogar zu grotesken Ergebnissen führen. Beim Anruf eines Arztes oder eines Krankenwagens etwa, müsste der Arzt dem Anrufenden erst erklären, dass dieser grundsätzlich ein Widerrufsrecht habe, dass er aber erst ausdrücklich darauf verzichten müsse, bevor der Krankenwagen vorbeikommen könne.

Im übrigen sei auch hier wieder darauf hingewiesen, dass Dauerschuldverträge nicht einfach „*erbracht*“ werden. Während der Widerrufsfrist werden lediglich Teilleistungen erbracht. Die Begrifflichkeit und Konzeption dieser Bestimmung passt auch hier wieder lediglich auf solche Bereiche von Dienstleistungen, die in einem Erfolg respektive Resultat enden. Die meisten von Swisscom zu erbringenden Dienstleistungen, erschöpfen sich jedoch nicht in einem Erfolg, sondern beinhalten eine kontinuierliche Leistung (z.B. Swisscom Hosting-Dienstleistungen/HostCenter, bei denen der Vertragsschluss online erfolgt).

lit. b): Hier sollen Datenträger, welche leicht kopiert werden können (CDs usw.), vom Widerrufsrecht ausgenommen werden. Eine solche Ausnahme sollte allgemeiner und technologie-neutral im Sinne von „*elektronische Datenaufzeichnungen, die leicht kopierbar sind*“ formuliert werden.

Sofern die nachstehenden Fälle nicht schon durch Artikel 40c Abs. 2 lit. c. vom Fernabsatzgeschäft ausgenommen sein sollten, müssten sie an dieser Stelle noch vom Widerrufsrecht ausgeschlossen werden. Insbesondere handelt es sich dabei um Verträge, welche vom Anbieter sofort erfüllt werden, namentlich solche Verträge, bei welchen der Kunde eine Leistung sofort online bezieht (z.B. Download von Software, Musikdateien (MP3-Files) usw.).

Aus diesen Gründen beantragen wir:

Artikel 40f ist unter Berücksichtigung der obigen Punkte zu überarbeiten.

Swissmem Art. 40f lit. b und 40g OR Wir sind mit dem Kommentar zu diesem Artikel einverstanden, doch kommt der Tatbestand im Gesetzestext nur ungenügend zum Ausdruck und muss deshalb besser formuliert werden. Art. 40b lit f. sollte auf sämtliche Informationsangebote ausgedehnt werden, die elektronisch heruntergeladen werden können.

Das Recht zum Widerruf muss entfallen, wenn die Originalverpackung geöffnet wurde (und damit der Inhalt kopiert werden konnte oder das original verpackte Produkt nicht mehr als neuwertig verkauft werden kann). Der Gebrauch eines Produkts muss den Widerruf ebenfalls ausschliessen. Ferner muss der Kunde das Risiko und die Kosten tragen. Es genügt nicht, wenn der Kunde dem Anbieter einen angemessenen Mietzins schuldet (Wer setzt diesen fest? Wie hoch ist der tägliche Mietzins für eine CD?); vielmehr muss der Ersatz der Wertminderung verlangt werden.

Uni ZH Ausnahmen

Art. 40f VE-OR nimmt bestimmte Verträge vom Widerrufsrecht aus, die aber in den Anwendungsbereich der Art. 40a ff. OR fallen. Die Informationspflichten bleiben damit erhalten, doch kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine Rückgabe nicht überall durchführbar ist oder zu wirtschaftlich unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Hierfür sind vor allem Praktikabilitätsgesichtspunkte entscheidend. Kein Widerrufsrecht besteht „bei Verträgen über eine Dienstleistung, die bei ausdrücklichem Verzicht des Kunden auf sein Widerrufsrecht vor Ablauf der Widerrufsfrist erbracht wurde oder die vor Ablauf dieser Frist erbracht werden musste“ (lit. a). Ebenso „bei Verträgen über Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software, die vom Kunden entsiegelt wurden, heruntergeladen werden können oder auf die der Kunde Zugriff nehmen kann“ (lit. b). Für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz reicht dies nicht. Das Widerrufsrecht muss auch ausgeschlossen sein bei Lebensmitteln, Drucksachen, bei möglicher missbräuchlicher Ausübung zu Spekulationszwecken (vgl. Art. 6 Abs. 3 FARL) und nach der hier vertretenen Auffassung bei den in Art. 40a Abs. 2 VE-OR ausgeschlossenen Verträgen¹⁶¹. Bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen widersprechen der Ausnahmekatalog und die Möglichkeit des Verzichts auf das Widerrufsrecht aber der Schutzbedürftigkeit des Kunden aufgrund seiner psychischen Zwangslage¹⁶². Das ist vom Gesetzgeber klarzustellen.

Der Gesetzgeber sollte jedoch vermeiden, die Geschwätzigkeit der EU-Richtlinien und ihre Methode der detaillierten Aufzählung ins schweizerische OR zu übertragen. Angemessene Lösungen lassen sich hier mit Generalklauseln erzielen:

„Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ist der Widerruf ausgeschlossen bei Fernabsatzverträgen:

¹⁶¹ Siehe oben III.2.c a.E.

¹⁶² Siehe oben III.2.c.

- a. über die Erbringung einer Dienstleistung, deren Ausführung mit Zustimmung des Kunden vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen hat;
- b. über die Lieferung von Waren, die für eine Rücksendung nicht geeignet sind, namentlich weil sie schnell verderben, nicht ohne Verlust anderweitig veräusserlich sind oder sich der übliche Beschaffungszweck für den Kunden erfüllen konnte;
- c. wenn der Preis von der Entwicklung der Sätze auf den Finanzmärkten abhängt.“

Die Formulierung in lit. a ist klarer, weil sie auf den Beginn des Tätigwerdens abstellt und nicht auf die Beendigung. Lit. b trägt dem Umstand Rechnung, dass nicht alle Waren für die Rücksendung geeignet sind. Daran fehlt es einerseits, wenn sie nach Kundenspezifikationen angefertigt wurden und deshalb nicht oder nicht ohne Verlust anderweitig veräußert werden können, andererseits, wenn sich für den Kunden der Zweck, zu dem er die Ware erworben hat, trotz Rückgabe erfüllen kann. Dies ist z.B. der Fall, wenn Software entsiegelt wurde und deshalb kopiert werden konnte, desgleichen bei Büchern, Zeitschriften usw. Im Gegensatz zum VE sind aber auch in diesem Fall die Informationspflichten anwendbar. Mit lit. c wird verhindert, dass der Kunde sein Widerrufsrecht zu Spekulationszwecken einsetzen kann.

- VIT** Die Fälle, bei denen das Widerrufsrecht ausgeschlossen werden soll, sind unklar und unpraktisch. Überall dort, wo der Konsument die Leistung bereits bezogen und benutzt hat, ist das Widerrufsrecht auszuschliessen, und zwar ohne "ausdrücklichen Verzicht auf das Widerrufsrecht".

Auszuschliessen ist das Widerrufsrecht auch dann, wenn der Kunde die Originalverpackung öffnet, und er dabei entweder den Inhalt kopieren kann oder das Produkt nicht mehr als neuwertig gilt. Auf eine „Entsiegelung“. wie sie in Absatz 3 für Audio- und Videoprodukte und Software erwähnt ist, kann es dabei nicht ankommen, da nicht klar ist, was darunter zu verstehen ist.

Wer ein Produkt oder eine Dienstleistung nutzt oder in ihrem Wert mindert, soll nicht später nochmals darauf zurückkommen können. Andernfalls werden sich die Anbieter hüten, ihre Produkte zu liefern, solange Unsicherheiten über das Widerrufsrecht bestehen. Diese Verzögerungen können nicht im Interesse der Konsumenten liegen.

Weshalb nur bei Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software, die vom Kunden entsiegelt (was heisst entsiegelt?) wurde und welche heruntergeladen werden können, oder auf die der Kunde Zugriff nehmen kann, das Widerrufsrecht ausgeschlossen werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

Das Widerrufsrecht muss bei allen Produkten und Dienstleistungen, die direkt in digitalisierter Form aus dem Internet bezogen werden können (z.B. Texte, Datenbankabfragen, sonstige Informationen aller Art) wegfallen. Das gilt aber auch bei anderen Lieferungen im Fernabsatz, welche Zug um Zug erfolgen.

- VSAI** Uns leuchtet nicht ein, warum diese Ausnahmen nur für Dienstleistungen gelten und nicht generell auf alle Vertragsgegenstände ausgeweitet werden. Wir beantragen folgende Erweiterung:

Antrag: lit. a: über eine Dienstleistung oder Ware.

321.11 Art. 40g

Kantone / Cantons / Cantoni

GL: Zur Nummerierung: Statt römische Zahlen könnten die arabischen Ziffern 3 und 4 verwendet werden, wodurch die Artikel 40g und 40h in engeren Bezug zum Widerruf gebracht würden, enthalten sie doch auch Bestimmungen über die Folgen des Widerrufs und dessen Wirkung gegenüber Dritten.

TI Art. 40 g: Il consumatore che revoca un contratto a distanza concluso con un offerente all'estero deve sopportare le spese di spedizione al mittente, che possono essere gravose, a dipendenza dell'oggetto da restituire e del luogo di spedizione. Tenuto conto del valore minimo di fr. 100.- proposto dall'art. 40a cpv. 2 lett. a P, tuttavia, questa norma non dovrebbe rivelarsi fonte di costi sproporzionati per il consumatore che recede dal contratto.

VD: Même remarque que pour l'article 40f CO.

ZG: Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen wird in den Art. 40e-40h materiell einheitlich geregelt. Die Gesetzesmarginalien dieser Artikel widersprechen dem Inhalt aber insofern, als die Art. 40e und 40f mit der arabischen Nummerierung „1.“ und „2.“ und Art. 40g und 40h mit der römischen Nummerierung „V.“ und „VI.“ auf eine unterschiedliche systematische Einordnung schliessen lassen. Die Gesetzesmarginalien der Art. 40g und 40h sollten deshalb mit den arabischen Zahlen „3.“ und „4.“ versehen werden.

In Art. 40g OR sollen die Folgen des Widerrufs von Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen geregelt werden. Abs. 5 sieht diesbezüglich vor, dass beim Widerruf eines Fernabsatzvertrags die Kundin oder der Kunde die Kosten für die Rücksendung zu tragen hat. Unseres Erachtens scheint aber in dieser Frage eine Ungleichbehandlung von Kundinnen und Kunden von Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen nicht gerechtfertigt. Beide Geschäfte sind in ihrer Art vergleichbar, weshalb die Kundin oder der Kunde von Haustürgeschäften bei einem Widerruf die Kosten für die Rücksendung der Ware auch selber tragen sollte. Schliesslich sind sie es, die vom Widerruf profitieren, weshalb auch sie die durch den Widerruf verursachten Kosten tragen sollten. Es ist nicht einzusehen, weshalb Kundinnen und Kunden bezüglich der Kosten beim Widerruf eines Haustürgeschäfts nicht gleich behandelt werden sollten wie beim Widerruf eines Fernabsatzvertrages.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate**AGVS** Art. 40g Abs. 2

Sollte unseren Anträgen zu Art. 40e und f nicht Rechnung getragen werden, so dass der Kunde auf sein Widerrufsrecht nicht verzichten kann, so ist Art. 40g Abs. 2 zum Schutze der Verkäufer unbedingt dahingehend zu erweitern, dass der Verkäufer eine allfällige massive Entwertung der bereits gebrauchten Sache ebenfalls geltend machen kann. Konkret plädieren wir dafür, dass der Kunde, falls er die Sache vor dem Vertragswiderruf bereits gebraucht hat, dem Anbieter nicht nur einen angemessenen Mietzins, sondern je nach Art der

Sache auch eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs schuldet. Denn gerade in unserer Branche, speziell im Fahrzeughandel, erleidet ein neues Fahrzeug mit der ersten In-Verkehrsetzung einen erheblichen Wertverlust. Dieser ist mit dem Mietzins allein in keiner Weise abgegolten. Deshalb regen wir folgende Ergänzung des genannten Absatzes an:

Antrag: (2) Hat der Kunde eine Sache bereits gebraucht, so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen Mietzins sowie eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs, sofern diese mit dem Mietzins nicht bereits abgegolten ist.

FRC Nous demandons que le premier alinéa soit modifié comme suit: «Le fournisseur doit rembourser le consommateur dans les plus brefs délais et, en tout cas, dans les trente jours»

Nous demandons aussi que le dernier alinéa soit modifié comme suit: «Les frais de renvoi du bien peuvent être à la charge du consommateur»

A notre avis, le consommateur ne doit pas être pénalisé, sous aucune forme, dans l'exercice de son droit de révocation.

FRS Ergänzungsantrag: Hat der Kunde eine Sache bereits gebraucht, so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen Mietzins sowie eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs, sofern diese mit dem Mietzins nicht bereits abgegolten ist.

Bemerkung: Falls unseren Anträgen betreffend Art. 40e und 40f nicht Folge gegeben wird, ist der Schutz des Verkäufers dahingehend zu erweitern, dass dieser eine allfällige (massive) Entwertung der bereits gebrauchten Sache ebenfalls geltend machen kann. Konkret heisst dies: Der Kunde hat - falls er die Sache vor dem Vertragswiderruf bereits gebraucht hat - dem Anbieter nicht nur einen angemessenen Mietzins, sondern je nach Art der Sache auch eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung infolge Gebrauchs zu entrichten. Gerade in der Automobilbranche, insbesondere im Fahrzeughandel, erleidet ein neues Fahrzeug mit der ersten Inverkehrsetzung einen erheblichen Wertverlust. Mit dem Mietzins allein ist dieser in keiner Art und Weise abgegolten.

kf Ob hier von Miete gesprochen werden kann ist fraglich. Es handelt sich um einen Gebrauch spezieller Art, der auch so bezeichnet werden müsste. Wie wir in Art. 40 d festgehalten haben, braucht es dazu eine vorgängige Information des Anbieters, damit der Kunde weiss, was er beim Widerruf zu gewärtigen hat.

kf:so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen Ersatz für die Gebrauchsüberlassung.

Sager Abs. 2: Was soll geschehen, wenn der Kunde die Sache bereits verbraucht hat?

Abs. 3: Warum soll dem Anbieter keine angemessene Vergütung zustehen?

SBV zu Abs. 3:

Folgt man der Regelung des Auftragsrechtes, so müssten nicht nur die Auslagen und Verwendungen ersetzt werden, sondern der Anbieter auch von allfälligen, gegenüber Dritten bereits eingegangenen Verbindlichkeiten befreit werden (Art. 402 OR).

Schlussfolgerung: Dieser Absatz sollte wie folgt ergänzt werden: „... (Art. 402 OR) ersetzen und den Anbieter von gegenüber Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten befreien.“

SGV Art. 40g Abs. 2

In der Regel werden Güter, welche zum Verkauf vorgesehen sind, beim erstmaligen Gebrauch massiv entwertet. Diese Entwertung kann nicht mit einem vergleichbaren Mietzins abgegolten werden. Demnach ist die Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs zusätzlich zur Miete aufzunehmen.

Art. 40g Abs. 3

Der Verweis auf das Auftragsrecht soll explizit auch die Befreiung des Anbieters von allfälligen, gegenüber Dritten bereits eingegangenen Verbindlichkeiten umfassen.

SICTA Der Gebrauch des Produktes muss die Widerrufsmöglichkeit ausschliessen. Damit entfällt auch eine Entschädigung im Sinne eines Mietzinses oder nach Auftragsrecht. Auf jeden Fall müsste die Wertminderung durch die Benutzung miteinberechnet werden. Zudem hat der Kunde beim Widerruf nicht nur die Kosten, sondern auch das Risiko der Rücksendung zu tragen.

SMU Art. 40g Abs. 2: Falls unseren Anträgen zu Art. 40e und f nicht Rechnung getragen wird, der Kunde also nicht freiwillig auf sein Widerrufsrecht verzichten kann, ist Art. 40g Abs. 2 zum Schutze der Verkäufer unbedingt zu erweitern. Die Ausdehnung des Verkäuferschutzes zielt insbesondere auf die Geltendmachung einer allfälligen, massiven Entwertung der bereits gebrauchten Sache

Konkret plädieren wir dafür, dass der Kunde, sollte er die Sache vor dem Vertragswiderruf in Gebrauch nehmen, dem Verkäufer nicht nur einen angemessenen Mietzins, sondern je nach Art der Sache auch eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs schuldet.

In der unserer Branche erleidet ein neue Fahrzeug oder damit verbundene landtechnische Gerätschaften, mit der ersten In-Verkehrsetzung einen erheblichen Wertverlust. Dieser kann mit einem Mietzins allein nicht abgegolten werden.

Wir schlagen Ihnen deshalb folgende Ergänzung des genannten Absatzes an:

Antrag: (2) Hat der Kunde eine Sache bereits gebraucht, so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen Mietzins sowie eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs, sofern diese mit dem Mietzins nicht bereits abgegolten ist.

SVV Hingewiesen sei lediglich auf die wenig praktikable Lösung in Art. 40g Abs. 2 VE-OR, wo im Falle eines Widerrufs die Bezahlung einer Miete vorgesehen ist, falls die Ware bereits gebraucht worden ist. Der Situation würde eine Vertragsauflösung ex nunc viel eher gerecht.

SWICO Die Terminologie ("Mietzins") aus dem alten Haustür-Verkaufsrecht sollte überdacht werden. Es sollte vielmehr auf den Terminus "angemessene Vergütung" zurückgegriffen werden, da es durchaus sein kann, dass man nicht von einer Miete spricht sondern eine Sache in der 7-tägigen Frist teilweise verbraucht wird. Es sei hier z.B. auf die Bestellung eines Zeitungsabonnements

über Internet verwiesen, welches nach 7-tägigem "Verbrauch" widerrufen wird. Die während der 7 Tage bezogene Leistung kann nicht mit einer Miete verglichen werden.

Mit dem Terminus "angemessene Vergütung" soll auch sichergestellt werden, dass das "Anbrauchen" einer Sache, welche etwa über 3 Jahre abgeschrieben wird (z.B. Personal Computer), angemessen entschädigt wird. Es kann nicht angehen, dass die sehr hohen mit der Auslieferung und der Rücknahme verbundenen Kosten mit etwa 7‰ "entschädigt" wird. Abs. 3 ist bezüglich Dienstleistungen auch falsch und unsachgemäss. Im Fernabsatz erbrachte Dienstleistungen können ebenfalls sehr wohl konsumiert werden, was bedeutet, dass der blosser Auslagenersatz nicht sachgerecht ist.

Zudem enthält Abs. 3 eine unvollständige Verweisung auf Art. 402. Die Bestimmungen von Art. 402 wären allenfalls vollumfänglich zu übernehmen.

Abs. 5 muss auch die Risikotragung zulasten des Rücksenders regeln.

swisscom Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften wurde für den Modellfall Sachkauf entwickelt. Die Umsetzung erfolgt dadurch, dass der Vertrag *ex-tunc* aufgelöst wird und die gekaufte und bereits übergebene Sache zurückgegeben wird. Im modernen Geschäftsverkehr und insbesondere im elektronischen Geschäftsverkehr werden schergewichtig Dauerschuldverträge, seien es Dienstleistungsverträge oder Lizenzverträge über immaterielle Güter, abgeschlossen. Meist dauern solche Verträge auf unbestimmte Zeit und können mit einer Kündigungsfrist entweder jederzeit oder nach Ablauf einer Mindestvertragsdauer gekündigt werden. In all diesen Fällen ist der Widerruf mit anschliessender *ex-tunc*-Rückabwicklung der Verträge nicht opportun. Aus Sicht des Konsumentenschutzes würde es ja primär darum gehen, eine zu lange Bindung des Kunden an den Anbieter zu verhindern. Sollte der Kunde bereits eine gewisse Zeit von der Leistung des Anbieters profitiert haben, ist es auch sachgerecht, dass er während dieser Zeit an den Vertrag gebunden ist. Nur eine vorzeitige *ex-nunc* Kündigungsmöglichkeit würde im Bereich der Dauerschuldverträge zu sachgerechten Ergebnissen führen. Eine analoge Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag ist daher nicht nötig.

UNIGe Le droit de révocation doit pouvoir être exercé sans que le consommateur n'encoure de « pénalités » (art. 6 al. 1 Directive sur la vente à distance). La réglementation actuelle sur les effets d'une révocation en matière de démarchage devrait à l'avenir s'appliquer également à la révocation d'un contrat conclu à distance (art. 40g P-CO). En vertu de cette disposition, le fournisseur d'une chose aura droit à un « loyer approprié » et celui d'un service pourra réclamer le remboursement des avances et frais conformément à l'art. 402 CO. Selon l'interprétation qu'on donnera à ces règles, le fournisseur obtiendra pratiquement ce à quoi il aurait eu droit si le contrat n'avait pas fait l'objet d'une révocation. L'exercice du droit de révocation se trouverait *de facto* difficile voire impossible. Et cette conséquence juridique devrait s'appliquer également dans l'hypothèse où la révocation n'interviendrait qu'un certain temps après la conclusion du contrat puisque, en l'absence d'information sur le droit de révocation que le fournisseur aurait dû donner (art. 40d P-CO), le délai de révocation n'aura pas pu courir (art. 40e al. 2 P-CO). Le fournisseur ayant violé des devoirs légaux d'information serait dans la réalité privilégié face à un consommateur de bonne foi qui, au vu des conséquences légales, devrait

renoncer à exercer son droit de révocation. Afin de ne pas rendre illusoire le droit de révocation, les al. 2 et 3 de l'art. 40g P-CO devraient être revus et corrigés à la lumière du principe, énoncé dans la directive, selon lequel l'exercice du droit de révocation ne devrait pas entraîner pour le consommateur de conséquences financières (à l'exception des frais de renvoi de la marchandise, art. 40g al. 5 P-CO).

Uni ZH Die Rechtsfolgen des Widerrufs entsprechend denjenigen des bisherigen Art. 40f OR¹⁶³. Als Neuerung sieht der VE lediglich vor, dass bei Widerruf eines Fernabsatzvertrages der Kunde die Kosten für die Rücksendung der Ware tragen muss (Art. 40g Abs. 5 VE-OR). Dogmatisch lässt sich dies nicht erklären, da nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR eine Holschuld vorliegt¹⁶⁴. Es sollte daher noch klargestellt werden, dass der Kunde die Sache zurückzusenden hat, also eine Schickschuld vorliegt. Nach Art. 6 Abs. 2 FARL kann der Anbieter die Rücksendekosten dem Kunden auferlegen, was die Regel sein wird¹⁶⁵. Insofern entspricht hier der VE der Praxis, lässt aber Raum für abweichende Vereinbarungen, wenn diese für den Kunden günstiger sind. Die Rücksendung erfolgt auf Gefahr des Anbieters¹⁶⁶. Nicht schlüssig ist, weshalb Art. 40g Abs. 5 VE-OR nur für Fernabsatzverträge gilt.

VIT Der Gebrauch des Produktes muss die Widerrufsmöglichkeit ausschliessen. Mit dem Ausschluss des Widerrufsrechts bei Gebrauch der Sache oder bei Bezug der Dienstleistung entfällt auch eine Entschädigung im Sinne eines Mietzinses oder nach Auftragsrecht.

Auf jeden Fall müsste die Wertminderung durch die Benutzung miteinberechnet werden. Zudem hat der Kunde beim Widerruf nicht nur die Kosten, sondern auch das Risiko der Rücksendung zu tragen.

VSAI zu abs. 2 : Sollte unseren Anträgen zu Art. 40e und f nicht Rechnung getragen werden, so dass der Kunde auf sein Widerrufsrecht nicht verzichten kann, so ist Art. 40g Abs. 2 zum Schutze der Verkäufer unbedingt dahingehend zu erweitern, dass der Verkäufer eine allfällige massive Entwertung der bereits gebrauchten Sache ebenfalls geltend machen kann. Konkret plädieren wir dafür, dass der Kunde, falls er die Sache vor dem Vertragswiderruf bereits gebraucht hat, dem Anbieter nicht nur einen angemessenen Mietzins, sondern je nach Art der Sache auch eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs schuldet. Denn gerade in unserer Branche, speziell im Fahrzeughandel, erleidet ein neues Fahrzeug mit der ersten In-Verkehrsetzung einen erheblichen Wertverlust. Dieser ist mit dem Mietzins allein in keiner Weise abgegolten. Deshalb regen wir folgende Ergänzung des genannten Absatzes an:

¹⁶³ Siehe DORNIER (Fn 23), N 493 ff.; OR-GONZENBACH Art. 40f N 1 ff.; HUGUENIN JACOBS, Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP 1994, 691, 696 f.

¹⁶⁴ Vgl. zum vergleichbaren Fall der Wandelung beim Kaufvertrag BK-GIGER Art. 208 N 10.

¹⁶⁵ Nach § 361a Abs. 2 BGB dürfen dem Kunden nur bei einer Bestellung bis zu einem Betrag von 40 Euro die Rücksendekosten auferlegt werden. Zudem stellt diese Bestimmung klar, dass dies nur für die „regelmässigen Kosten“ gilt (Mehrkosten durch Einschaltung aufwendiger Abholdienste gehen zu Lasten des Anbieters, Palandt/HEINRICHS (Fn 35), § 361 Rn. 33).

¹⁶⁶ So ausdrücklich § 361a Abs. 2 BGB.

Antrag: (2) Hat der Kunde eine Sache bereits gebraucht, so schuldet er dem Anbieter einen angemessenen Mietzins sowie eine Entschädigung für eine allfällige Entwertung der Sache infolge der Ingebrauchnahme, sofern diese mit dem Mietzins nicht bereits abgegolten ist.

321.12 Art. 40h

Kantone / Cantons / Cantoni

GL: Zur Nummerierung: cf. 40g

Auf Seite 17 des Begleitberichtes wird angeführt, dass der "Dritte, der vom Widerruf Kenntnis genommen hat, [...] das Konto des Kunden nicht mehr belasten [darf] oder [...] die bereits erfolgten Belastungen rückgängig machen bzw. das Geld zurückzahlen [muss]." Diese Ausführungen sind missverständlich, denn es kann nicht sein, dass der Herausgeber einer Kunden- oder Kreditkarte verpflichtet werden soll, Geldleistungen, die er dem Anbieter erbracht hat, von diesem zurückzuerlangen und dem Kunden zu erstatten. Art. 40h soll offensichtlich nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das Kundenkonto durch den Kreditkartenherausgeber noch nicht belastet worden ist beziehungsweise belastet worden ist, aber der Betrag dem Konto des Anbieters noch nicht gutgeschrieben worden ist. Hat der Anbieter die Geldleistung bereits erhalten, soll der Kunde nach Art. 40g vorgehen.

TI Art. 40 h: Questa norma precisa un aspetto rilevante delle transazioni effettuate tramite Internet, sovente pagate con una carta di credito. Da rilevare nondimeno che taluni offerenti (p. es. Amazon.com) offrono già attualmente la possibilità di ottenere bonifici in caso di restituzione dell'oggetto acquistato. Osserviamo che vi potrebbero essere difficoltà qualora il finanziatore avesse la sua sede all'estero.

VD: Cette disposition confère à l'acheteur le droit de se voir rembourser le prix d'achat auprès de l'émetteur de la carte de crédit qui n'est pourtant pas lié au contrat de vente qui unit l'internaute au vendeur. Il faut en effet rappeler que les opérations de paiement par carte de crédit se font assez rapidement et il est difficile pour le client qui a transmis ses coordonnées bancaires d'arrêter l'opération de paiement. Le fournisseur qui a reçu les données personnelles de l'acquéreur et qui les transmet à l'établissement bancaire ne peut pas agir non plus pour bloquer la transaction puisqu'il est souvent trop tard. Il est donc difficile d'envisager une telle obligation pour un tiers au contrat qui n'a fait qu'exécuter avec diligence les ordres qu'il a reçus.

Le projet de loi devrait se limiter à exiger du fournisseur la communication de la révocation à l'établissement bancaire aussitôt qu'elle lui est parvenue. Dans certains cas, cela pourrait permettre d'interrompre l'opération avant l'encaissement effectif des fonds.

ZG: Zur Nummerierung: cf. 40g

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

PLS L'article 40 h ne saurait être maintenu dans le projet. En effet, il est inconcevable de faire supporter à un tiers non-impliqué dans le contrat de vente, à

savoir l'émetteur d'une carte de crédit, les risques liés à la révocation du contrat. En effet, l'émetteur de la carte de crédit devrait alors non seulement supporter des frais administratifs mais aussi les risques liés à la procédure de recours contre le vendeur (solvabilité du vendeur, doute possible sur le fait de savoir si la révocation a ou lieu et, temps utile, etc ...), étant précisé que le projet de loi ne prévoit rien à ce sujet et crée ainsi une insécurité juridique préjudiciable, susceptible de ralentir le développement du commerce électronique. On peut enfin relever que l'article 40 h ne définit pas clairement la notion de « tiers *quia financé le paiement* ».

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Riteniamo che questo articolo sia fondamentale in quanto spessissimo i pagamenti vengono effettuati tramite la carta di credito. Senza l'introduzione di questa norma il diritto di revoca rischia di non poter essere esercitato concretamente dai consumatori.

economiesuisse Wir weisen diese Bestimmung entschieden zurück. Die ausführliche Begründung findet sich in der Ihnen von der Schweizerischen Bankiervereinigung direkt zugestellten Stellungnahme; dieser haben wir nichts beizufügen. Die Beibehaltung dieser Bestimmung würde gerade den Kreditkartenverkehr schwerwiegend beeinträchtigen.

FEA Die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, gegenüber einem finanzierenden Drittunternehmen, das in keiner Weise im Grundgeschäft involviert ist, einen Widerruf geltend zu machen, erachten wir als heikel.

Sager Aus der Formulierung dieser Bestimmung geht m. E. nicht der im Begleitbericht erklärte Wille hervor. Insbesondere fehlt die Formulierung, dass der Kunde innert gleicher Frist und in gleicher Form auch gegenüber dem Dritten den Widerruf geltend zu machen hat.

SAV A première vue en tous les cas, l'article 40h CO constitue une grande nouveauté, puisqu'il permet à l'acquéreur de "*faire valoir la révocation à l'encontre d'un tiers qui a financé le paiement du bien ou du service, notamment l'émetteur d'une carte de crédit ou d'une carte de client*". Si cette disposition est adoptée, elle faciliterait évidemment considérablement la tâche du consommateur, mais compliquerait singulièrement celle de l'émetteur de cartes de crédit qui, selon le rapport explicatif (chiffre 210.12), "*ne pourra plus débiter le compte du consommateur ou devra recrediter les montants déjà débités ou restituer les sommes reçues*". On imagine cependant volontiers qu'un tel tiers ne procédera pas de la sorte sans s'être assuré au préalable auprès du fournisseur du bien-fondé de la révocation invoquée...

SBB Die Umsetzung dieser Bestimmung in jenen Fällen, in denen das Widerrufsrecht ausdrücklich ausgeschlossen ist, dürfte in der Praxis erheblich Probleme nach sich ziehen.

SBV Der Einbezug des Dritten, der absolut nichts mit dem zu widerrufenden (Grund-)geschäft zu tun hat, kann unter keinem Rechtstitel gerechtfertigt werden. Hinzu tritt, dass nebst administrativem Aufwand dem Dritten auch das Risiko für den erfolgreichen Regress beim Anbieter (Bonität, Widerspenstigkeit, Unsicherheit über die Rechtzeitigkeit des Widerrufs, Prozessrisiko) anfällt.

Vorgängige Spezialabreden mit dem Anbieter sind völlig undenkbar (mit Ausnahme nachstehender Sachlage), müsste doch der Dritte mit jedem potentiellen Anbieter weltweit eine entsprechende Vereinbarung treffen.

Im Zusammenhang mit den vorstehenden Überlegungen steht die Frage, wer denn überhaupt Dritter sein kann. M.a.W. interessiert, was unter „finanziert“ in dieser Bestimmung zu verstehen ist? Das Gesetz spricht von „namentlich gegenüber dem Herausgeber von Kredit- oder Kundenkarten“. - Unseres Erachtens geht es vorliegend sicherlich nicht um Fälle, wo der Dritte bloss den Zahlungsfluss sicherstellt. Ausserdem ist aus den vorerwähnten Überlegungen auszuschliessen, dass jede kontoführende Bank (Konto des Konsumenten), die ihrem Kontoinhaber im Rahmen des Kontokorrent- und Girovertrages eine Kontoüberziehung gewährt oder eine Überziehungslimite bzw. eine Kreditlimite eingeräumt hat, nun plötzlich als "finanzierender Dritter" i.S. der hier diskutierten Bestimmung gilt. Denn damit würden der ganze Zahlungsverkehr und die Gewährung von Krediten an Konsumenten zum Erliegen kommen. Auch für die Herausgeber von Kredit- und Kundenkarten ist aus den besagten Überlegungen diese Bestimmung vollständig inakzeptabel. So ist namentlich zu beachten, dass Kreditkartenherausgeber (Issuer) und Unternehmungen, welche mit den Anbietern Verträge schliessen (Acquirer), in der Regel verschiedene Unternehmen sind, dass mithin ein Issuer keinerlei direkte Kontakte mit den Anbietern haben muss und selbst in denjenigen Fällen, wo sich ein Issuer auch als Acquirer betätigt, das Acquiring immer nur auf ein isoliertes Marktgebiet beschränkt und in der Regel nicht exklusiv ist, d.h. dass im gleichen Marktgebiet auch noch andere Acquirer für dieselbe Kreditkartenmarke tätig sind. Adäquat wäre - wenn überhaupt - eine solche gesetzliche Drittwirkung eines Widerrufs höchstens dann, wenn zwischen Anbieter, finanzierendem Dritten und Kunden gleichsam ein geschlossenes System besteht, d.h. wenn im betreffenden Abrechnungs- bzw. Zahlungssystem ausnahmslos zwischen allen Anbietern und dem Kartenherausgeber unmittelbar eine vertragliche Beziehung besteht. Dies dürfte höchstens bei sogenannten Kundenkarten der Fall sein.

Obwohl aus dem Wortlaut der vorliegenden Gesetzesbestimmung verstanden werden könnte, der Widerruf könne auch gegenüber dem Dritten erklärt werden, der die Bezahlung finanziert hat, ist dem nicht so. Dies ergibt sich einerseits aus der Randmarginalie „Wirkungen gegenüber Dritten“, andererseits aus dem Begleitbericht (S. 17). - Stattdessen besagt diese Bestimmung, dass der Widerruf seine Folgen unmittelbar auch gegenüber dem Dritten zeitige. Dies soll laut Begleitbericht (S. 17) bedeuten, dass mit Mitteilung an den Dritten, es sei gegenüber dem Anbieter das Geschäft widerrufen worden, der Dritte allfällige ausstehende Zahlungen nicht mehr erbringen dürfe bzw. allfällige bereits geleistete Zahlungen zurück zu vergüten hätte. Wird nun in einem Gesetz aber eine Drittwirkung vorgesehen, müsste konsequenterweise doch auch der Rückgriff des finanzierenden Dritten auf den Anbieter gesetzlich geregelt werden.

Die vorgesehene Regelung hätte ausserdem zur Folge, dass sich der Schwebezustand beim finanzierenden Dritten unerträglich in die Länge zöge, ist der Dritte doch auf die Mitteilung (über den erklärten Widerruf) des Konsumenten bzw. des Anbieters angewiesen. Entsprechend wäre in Art. 40h OR auch diesem Aspekt Rechnung zu tragen.

Schlussfolgerung: Wir weisen mit Nachdruck darauf hin, dass diese Bestimmung ersatzlos gestrichen werden müsste. Wird auf die Streichung der Bestimmung nicht verzichtet, wäre diese im Sinne der diskutierten Problemkreise in nachfolgendem Sinne zwingend zu korrigieren:

„¹Ist ein Widerruf erfolgt, zeitigt dieser auch gegenüber einem Dritten seine Wirkung, falls der Dritte die Bezahlung im Rahmen eines geschlossenen Abrechnungs- bzw. Zahlungssystems ganz oder teilweise finanziert hat, vorausgesetzt die Drittfinanzierung erfolgt aufgrund einer, direkt zwischen dem Anbieter und dem Dritten geschlossenen Vereinbarung.

²Der Kunde hat den finanzierenden Dritten gleichen Tags über die Erklärung des Widerrufs zu informieren, ansonsten er keinerlei Folgen aus dem Widerruf gegenüber dem Dritten geltend machen kann.

„³Geht die Mitteilung des Widerrufs beim Dritten erst nach Auslösung der Zahlung an den Anbieter ein, entfaltet der Widerruf gegenüber dem Dritten keinerlei Wirkung.“

SGV Die seit Jahren angespannte Liquiditätslage, gerade bei KMU, würde durch die Umsetzung dieser Bestimmung auf ein unerträgliches Mass strapaziert. Die finanzierenden Institute würden die Gutschrift blockieren, und eine Freigabe wäre nur mit einem erneuten, hohen administrativen Aufwand zu erreichen. Diese Bestimmung ist demnach ersatzlos, weil überflüssig, zu streichen.

SICTA Dieser Vorschlag ist unpraktisch und unrealistisch. Ein Kreditkarten-Herausgeber kann und darf sich nicht ins Grundgeschäft einmischen. Seine Haftung gegenüber Kunden und Lieferanten würde unzählige ungelöste Fragen aufwerfen.

Zudem hätte die Bestimmung zur Folge, dass der Kunde so lange auf sein Produkt warten muss, bis geklärt ist, dass ein Widerruf über den Kreditkarten-Herausgeber nicht mehr möglich ist. Solche Abklärungen wären kostenintensiv, was schliesslich der Kunde zu bezahlen hat. Art. 40h OR verhindert E-Commerce!

SWICO Die Bestimmung von Art. 40h OR mit ihrer vorgesehenen Drittwirkung des Widerrufs ist unsachgemäss und stossend. Es kann nicht angehen, dass der den Verbraucher finanzierende Dritte nicht nur das Bonitätsrisiko seines Vertragspartners tragen soll, sondern auch jenes eines beliebigen Anbieters, mit dem er in keinerlei direkter Vertragsbeziehung steht. Auch diese Regelung geht wieder weit über diejenige der EU hinaus.

Die Frage stellt sich, was unter dem Begriff "finanziert" zu verstehen ist. Der Entwurf ist hierzu auslegungsbedürftig bzw. unsachgemäss offen, denn er spricht von "namentlich" den Herausgebern von Kredit- und Kundenkarten. Es kann nicht angehen, dass normale Bankkredite auch unter diese Bestimmung fallen. Damit würde der Zahlungsverkehr und die Gewährung von Krediten an Kontoinhaber verunmöglicht.

Aber auch gegenüber den Herausgebern von Kredit- und Kundenkarten ist diese Bestimmung unsachgemäss. Die vorgesehene Lösung der gesetzlichen Drittwirkung kann allerhöchstens dann Sinn machen, wenn zwischen dem Anbieter, dem finanzierenden Dritten und dem Kunden ein geschlossenes System vorliegt, in welchem zwischen allen Parteien direkte vertragliche Beziehungen bestehen. Dies ist allenfalls bei der Kundenkarte der Fall.

Die direkte Geltendmachung des Widerrufs gegenüber dem Dritten, der die Bezahlung finanziert hat, ist wohl kaum die richtige Lösung, dieser ist allenfalls von den Folgen des Widerrufs betroffen. Soweit eine solche Drittwirkung wirklich vorgesehen wäre, müsste konsequenterweise auch der Rückgriff des finanzierenden Dritten auf den Anbieter gesetzlich geregelt werden. Auch die EU hat diese Regelung nicht in dieser Form aufgenommen, sondern hat einen Hinweis auf die Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Lieferer aufgenommen. (Art. 6, Abs. 4 Fernabsatzrichtlinie: "Wenn dieser Preis vollständig oder zum Teil durch einen Kredit finanziert wird, der dem Verbraucher von einem Dritten aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Lieferer gewährt wird.")

Jede andere direkte Drittwirkung müsste auf eine betrügerische Verwendung, wie dies Art. 8 der Fernabsatzrichtlinie vorsieht, beschränkt werden.

Die Folge der jetzigen Regelung würde plötzlich dazu führen, dass ein Kunde, welcher auf Kredit Waren oder Dienstleistungen bezieht, gegenüber dem Kunden, welcher bar bezahlt, besser gestellt wird, was unsachgemäss ist.

swisscom Hier sei darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung nicht nur für Kreditkartenherausgeber, sondern je nachdem auch für E-Commerce-Dienstleistungsanbieter relevant sein kann. Für Swisscom beispielsweise könnte diese Bestimmung bei E-Commerce Geschäften relevant werden, wenn sie Leistungen von Dritten an Konsumenten vermittelt und dafür das Inkasso für den Dritten macht.

Wir stehen dieser Bestimmung grundsätzlich kritisch gegenüber, da sie einen Eingriff ins Privatrecht bedeutet, welcher nicht nötig ist. Da ja gesichert wird, dass ein Anbieter seine Identität korrekt deklariert, kann der Kunde einen allfälligen Widerruf direkt gegenüber diesem erklären. Für allfällige Dritte, welche an einem Geschäft mitwirken, wäre es administrativ sehr aufwändig, gewissermassen für den Kunden das Rücktrittsrecht zu bewältigen. Unseres Erachtens würde es genügen, den Dritten zu involvieren, sofern der Anbieter sich nicht vorschriftsgemäss identifiziert hat, diesfalls könnte der Dritte verpflichtet werden, dem Kunden die Identität des Anbieters bekannt zu geben. Die im Entwurf vorgesehene Bestimmung ist weiter problematisch, da sie darauf abstellen will, ob ein Dritter das Geschäft finanziert hat. Damit hängt die Pflicht des Dritten zur Entgegennahme der Erklärung des Widerrufs offenbar davon ab, ob er dem Kunden längere Zahlungsfristen gewährt, als der Anbieter ihm gegenüber. Zudem erhält der Kunde in der Regel die Rechnung eines Dritten (z.B. Kreditkartenrechnung) meist erst, nachdem die Frist für einen allfälligen Widerruf längst abgelaufen ist.

UNIGe L'art. 40h P-CO vise, de manière heureuse, une autre hypothèse, complémentaire à celle non réglée de l'utilisation frauduleuse d'une carte de crédit, à savoir le droit pour le consommateur de faire valoir la révocation d'un contrat conclu par démarchage ou à distance à l'égard d'un tiers qui aurait financé le paiement de cette transaction.

Il est donc proposé de compléter l'art. 40h P-CO par un deuxième alinéa qui reprendrait les principes de l'art. 8 Directive sur la vente à distance.

Uni ZH Unter der Marginalie „Wirkungen gegenüber Dritten“ sieht der VE vor, dass der Kunde seinen Widerruf gegenüber einem Dritten geltend machen kann, der die Bezahlung der Ware oder Dienstleistung finanziert hat,

namentlich gegenüber dem Aussteller einer Kredit- oder Kundenkarte (Art. 40h VE-OR). Damit soll verhindert werden, dass das Konto des Kunden trotz Widerrufs belastet oder eine bereits erfolgte Belastung nicht rückgängig gemacht wird, weil der Dritte hierfür vom Anbieter eine Bestätigung verlangt, die dieser nicht erteilt¹⁶⁷. Der Kunde kann sich direkt an den Dritten wenden und ihm den erfolgten Widerruf mitteilen. Die Formulierung ist sehr offen; zwischen Anbieter und Drittem ist weder ein Zusammenwirken wie beim Abzahlungsvertrag (Art. 226m Abs. 2 OR) noch eine Abmachung wie beim Konsumkredit (Art. 15 Abs. 1 lit. a KKG) erforderlich. Dritter im Sinne des VE ist somit neben den Kreditkartenausstellern insbesondere auch jede Bank, die eine Giroüberweisung durchführt. Das geht eindeutig zu weit und führt zu erheblichen Unsicherheiten im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Die Inpflichtnahme des Dritten widerspricht auch der in Art. 468 Abs. 1 OR festgelegten Abstraktheit der Anweisung¹⁶⁸ und führt zu Friktionen mit dem Widerruf nach Art. 470 Abs. 2 OR. Ob der Widerruf im Valutaverhältnis form- und fristgerecht erfolgt ist, ja ob überhaupt ein Widerrufsrecht bestanden hat, braucht den Dritten grundsätzlich nicht zu kümmern¹⁶⁹. Der bargeldlose Zahlungsverkehr basiert auf der Grundlage, dass der Dritte in das Valutaverhältnis nicht involviert ist, sondern blosse Zahlungsfunktion ausübt. Der Kunde, der mittels Kreditkarte zahlt, soll nicht besser gestellt sein, als derjenige, der bar bezahlt. Hat der Kunde die Möglichkeit, eine von ihm veranlasste bargeldlose Bezahlung nachträglich einseitig zu widerrufen, wird damit auch dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Die Rückabwicklung hat daher stets im Valutaverhältnis zu erfolgen. Es ist widersinnig, dem Dritten das Insolvenzrisiko des Empfängers zu überbinden mit der Folge, dass die Geschäftsmodalitäten und die Rahmenbedingungen für den Einsatz von Kreditkarten grundlegend und im Ergebnis zu Lasten des Kreditkarteninhabers geändert werden.

Leider haben es die Verfasser des Vorentwurfs versäumt, den Schutz des Kreditkarteninhabers im Falle einer betrügerischen Verwendung zu verbessern, wie es Art. 8 FARL vorsieht¹⁷⁰.

VIT Dieser Vorschlag ist unpraktisch und unrealistisch. Ein Kreditkarten-Herausgeber kann und darf sich nicht ins Grundgeschäft einmischen. Seine Haftung gegenüber Kunden und Lieferanten würde unzählige ungelöste Fragen aufwerfen.

Zudem hätte die Bestimmung zur Folge, dass der Kunde so lange auf sein Produkt warten muss, bis geklärt ist, dass ein Widerruf über den Kreditkarten-Herausgeber nicht mehr möglich ist. Solche Abklärungen wären kostenintensiv,

¹⁶⁷ Begleitbericht Ziff. 210.12.

¹⁶⁸ Siehe BGE 124 III 253, 256 f.; HONSELL (Fn 25), 346; TH. KOLLER/KISSLING, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag Bd. 7: Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Bern 2000, 23, 34 f.

¹⁶⁹ „Die mit der Überweisung beauftragte Bank hat sich um die zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Begünstigtem grundsätzlich nicht zu kümmern, zumal sie regelmässig keinen hinreichenden Einblick in die Absichten und Dispositionen des Auftraggebers hat“ (BGE 124 III 253, 257).

¹⁷⁰ Dazu BOHNET (Fn 92), 272 ff.

was schliesslich der Kunde zu bezahlen hat. Art. 40h OR verhindert E-Commerce!

321.13 Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 / Art. 74 al. 2, ch. 4 / art. 74 cpv. 2 n. 4

Kantone / Cantons / Cantoni

- BS:** Wenn es, wie der Begleitbericht nahelegt, nur darum geht zu regeln, dass bei den Fernabsatzverträgen der Anbieter die Lieferkosten zu tragen hat, so genügt eine Ergänzung in Art. 189 OR. Soll jedoch bei den Fernabsatzverträgen im Gegensatz zu den übrigen Fahrniskäufen der Erfüllungsort wirklich anders geregelt werden, so sollte genau untersucht werden, welche Folgen sich daraus ergeben können und ob in der Systematik noch alles übereinstimmt. Wenn die Sachschuld zu einer Bringschuld wird, ist es dann noch logisch, wenn die Gefahr bereits bei der Abgabe der Sache zur Versendung auf den Käufer übergeht? Sollte dieser Zeitpunkt nicht vielmehr auf das Eintreffen der Ware am Erfüllungsort verlegt werden?
- JU:** La proposition de fixer le lieu de l'exécution d'un contrat conclu à distance au domicile du consommateur est opportune. Ne sera-t-elle cependant pas susceptible de poser problème lorsque le consommateur fera usage de son droit de révocation, par exemple s'il déclarait tenir la chose à son domicile à la disposition du vendeur ?

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

- SVP** Unter dem Titel elektronischer Geschäftsverkehr ist es weder notwendig noch gerechtfertigt, das geltende Recht unter diesen Artikeln zu revidieren.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

- FEA** Wir verweisen auf unsere grundsätzlichen Erwägungen zum vorliegenden Entwurf die - logischerweise zum gleichen Ergebnis führende - Auslegung in der Rechtsan dung. Die explizite Erwähnung im Gesetz ist daher nicht nötig.
- FRI** Le contrat conclu à distance au sens de l'article 40 c CO du projet rend nécessaire l'ajout d'une précision concernant le lieu de l'exécution. La solution retenue, qui consiste à privilégier le domicile de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat, nous paraît raisonnable. Le fait de ne pas rendre cette solution impérative sous réserve du respect de l'article 40 d al. 1 litt. c (indication expresse) rencontre également notre adhésion.
- kf** In den Erläuterungen wird generell davon ausgegangen, dass der Kunde bezahlt hat, bevor die Lieferung erfolgt ist. Dies ist praxisfremd. Wir legen Wert darauf, dass nach den üblichen Gepflogenheiten Zug um Zug erfüllt wird. Es ist somit so zu legiferieren, dass nicht die Vorauszahlung des Kunden als Normalfall suggeriert wird.
- Sager** Genügt diese Regel den internationalen Anforderungen? Wird sie nicht durch den "gespalteten" Erfüllungsort des Lugano Übereinkommens verwässert?

SAV Der Begleitbericht zur OR-Revision weist darauf hin, dass es um drei Regelungsbereiche gehe, nämlich den Vertragsabschluss, die Haustürgeschäfte (bzw. Fernabsatzgeschäfte) und die Revision des Kaufrechts. Genau betrachtet sind aber vier Regelungsbereiche angesprochen, nämlich zusätzlich noch die Erfüllungs- und Nichterfüllungsregeln, konkret OR 74 Abs. 2 Ziff. 4 und OR 107 Abs. 3.

Mit OR 74 Abs. 2 Ziff. 4 will das BJ einen neuen Erfüllungsort einführen, und zwar am Sitz des Konsumenten. Diese Regelung ist europarechtlich nicht so vorgegeben, drängt sich somit unter dem Harmonisierungsgesichtspunkt nicht auf. Die neu vorgeschlagene Bestimmung ist eine klare Konsumentenschutzbestimmung, die letztlich rechtspolitisch zu beurteilen ist. Faktisch führt der neue Vorschlag dazu, dass bei Warenlieferungen der „übliche“ Erfüllungsort gemäss OR 74 Abs. 2 Ziff. 2 (Ort der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses) weitgehend aus den Angeln gehoben wird, weil für Konsumentengeschäfte diesfalls die Sonderregel gilt und in betrieblichen Geschäften wohl regelmässig ohnehin eine vertragliche Absprache getroffen wird. Zwar lässt sich sagen, dass im Bereich des IPR und des IZPR ebenfalls ähnliche Konsumentenschutzbestimmungen, die am Erfüllungsort anknüpfen, gelten, doch stellt sich die Frage, ob trotz Fehlens einer europarechtlichen Vorgabe eine Notwendigkeit besteht, im materiellen Schuldrecht entsprechendes zwingendes Recht einzuführen.

Darüber hinaus ist es grundsätzlich in Frage zu stellen, ob für Fernabsatzverträge ein zusätzlicher Erfüllungsort stipuliert werden soll. Lieferkonditionen sind regelmässig Teil des Angebotes und werden gemäss Art. 40d des Entwurfes auch spezifisch vom Anbieter verlangt. Diese Regelung ist völlig ausreichend.

SBV Vorweg sei erwähnt, dass die neue Bestimmung aus systematischen Überlegungen nicht als neue Ziff. 4 in Abs. 2, sondern zwischen den bestehenden Ziff. 2 und 3 eingefügt werden sollte.

Aufgrund der Definition des Fernabsatzvertrages in Art. 40c neuOR handelt es sich bei der vorliegenden Änderung von Art. 74 OR wiederum um eine rein konsumentenschutzrechtlich motivierte Gesetzesänderung. Mit dem Elektronischen Geschäftsverkehr hat dies somit kaum etwas zu tun.

Die neu zu regelnden Fernabsatzverträge (Verträge mit Konsumenten über bewegliche Sachen und Dienstleistungen) sollen neu von der Holschuld (bisherige Ziff. 3) zur Bringschuld werden, was sich u.a. auf die Frage rechtzeitiger Lieferung bzw. des Verzuges sowie die Begründung eines Gerichtsstandes unmittelbar auswirkt. Die Auswirkungen hinsichtlich des Verzuges sind insbesondere auch in Zusammenhang mit der Revision von Art. 107 Abs. 3 OR zu sehen. Eine solche Änderung wirkt sich ausserdem auf eine ganze Reihe anderer Bestimmungen aus – so etwa bei der Festsetzung der Geschäftszeit (Art. 79 OR) und des Bestehens von Feiertagen sowie bei der Festsetzung des Überganges von Nutzen und Gefahr (Art. 185 OR) und der Zuordnung der Transportkosten (Art. 189 OR). Ausserdem dürfte sich diese Änderung auf eine ganze Reihe weiterer bisher geltenden Regeln auswirken (so namentlich auch ausserhalb des Kaufvertragsrechts).

Sodann sei darauf hingewiesen, dass es neben der Bring- und Holschuld auch die sogenannte Versendungs- oder Schickschuld gibt (auch als qualifizierte Holschuld bezeichnet), die Pflicht beinhaltet, die Leistung vom Lageort der

Sache an den vom Gläubiger bezeichneten Lieferungsort zu senden, was bedeutet, dass der Schuldner mit ordnungsgemässer Versendung seine Leistung erfüllt hat.

Schlussfolgerung: Angesichts des geltenden Rechts und aus der wachsenden Bedeutung des Fernabsatzes ist zwar eine Korrektur in Art. 74 OR durchaus überlegenswert, doch muss sie der geltenden Praxis gerecht werden. Entsprechend wäre die vorgeschlagene Bringschuld durch eine Versendungs- oder Schickschuld zu ersetzen

SGV Auch diese, für den Anbieter mit weitgehenden Konsequenzen behaftete Bestimmung hat primär nicht zwingend mit dem elektronischen Geschäftsverkehr zu tun. Sie ist daher als rein konsumentenschutzorientierte Verschiebung der Hol- zur Bringschuld entschieden abzulehnen. Wenn schon, gerade in diesem Bereich, kann man sich allenfalls über eine Qualifizierung der Hol- zur Versendungs- oder Schickschuld Gedanken machen.

SHV Wie wir schon in den Allgemeinen Erwägungen ausführten, geht die Vorlage meist auch gedanklich von Sachgeschäften aus. Art. 74 Abs. 2 iFF. 4 ist dafür ein Beispiel. Wir gehen davon aus, dass es sich in diesem Fall um einen reinen redaktionellen Fehler handelt. Bei Dienstleistungen ergibt sich der Ort der Erfüllung fast immer aus der Natur des Geschäftes und ist mehrheitlich der Ort des Anbieters. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 kann in dieser Form nur für Sachgeschäfte gelten.

SVV Ergänzend zu den Regelungen zum Ort der Erfüllung wird in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR eine Regelung statuiert, wonach bei Fernabsatzverträgen im Sinne von Artikel 40c VE-OR die Verbindlichkeit des Anbieters an dem Orte zu erfüllen ist, wo der Kunde zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hat. Aus der Optik des Versicherungsgeschäfts ist gegen diese Regelung grundsätzlich nichts einzuwenden, können die Vertragsparteien doch eine abweichende Regelung treffen. Was das Inland-Versicherungsgeschäft anbelangt, enthält Art. 46a VVG i.V.m. den Art. 26ff. VAG zudem ohnehin eine Spezialnorm zum Erfüllungsort.

Nach Art. 40a Abs. 2 VE-OR ist der Versicherungsvertrag dazu von den Bestimmungen 40b-h VE-OR ausgenommen. Dies betrifft folglich auch die Definition des Fernabsatzvertrages in Art. 40c VE-OR. Zumal auch Versicherungsverträge im Fernabsatz abgeschlossen werden können, fragt sich, ob die Definition in 40c VE-OR nicht analog auch auf den Versicherungsvertrag Anwendung finden wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine Klärung dieser Frage in den Materialien wünschenswert

SWICO Dass Fernabsatzverträge neu von einer Holschuld zur Bringschuld werden, was sich unsachgerecht auf die Folgen des Verzuges auswirkt, ist mehr als fraglich. Dasselbe gilt für die Festlegung, dass der Erfüllungsort da sein soll, wo der Kunde zur Zeit des Vertragsabschlusses, und nicht etwa zur Zeit der Erfüllung, seinen Wohnsitz hat. Jeglicher Umzug eines Kunden zwischen Bestellung und Erfüllung soll also zulasten des Lieferanten gehen, was mehr als stossend ist. Es ist also grundsätzlich in Frage zu stellen, ob für Fernabsatzverträge ein zusätzlicher Erfüllungsort stipuliert werden soll. Die Lieferkonditionen sind ja regelmässig Teil des Angebotes und werden gemäss Art. 40d des Entwurfes auch spezifisch vom Anbieter verlangt. Diese Regelung ist völlig ausreichend.

Sollte mit dieser Bestimmung ein neuer Gerichtsstand geschaffen werden, würde dies besser im Gerichtsstandgesetz vorgenommen.

Swissmem Diese Bestimmung begründet auch den Gerichtsstand am Wohnsitz des Kunden, analog Art. 22 Gerichtsstandsgesetz.

Uni ZH Der VE sieht vor, dass bei Fernabsatzverträgen die Verbindlichkeit des Anbieters an dem Orte zu erfüllen ist, wo der Kunde zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hat. In Abweichung von Art. 74 Abs. 2 und 3 OR handelt es sich somit stets um Bringschulden¹⁷¹. Der Fokus wird entgegen der im Verkehr üblichen Betrachtungsweise, mit dem die juristische Terminologie des Versandkaufs, Distanzkaufs oder der Schickschuld¹⁷² korreliert, weg vom Versandhandel als Wegersparnis des Kunden auf den Anbieter gesetzt, als begeben sich dieser zum Kunden. Der Versandhändler wird damit quasi zum Hausierer. Daraus ergeben sich auch tiefgreifende rechtliche Konsequenzen, die vom Begleitbericht¹⁷³ nicht zur Sprache gebracht werden. Dieser nimmt lediglich Stellung zu den Lieferkosten, welche neu (dispositiv) vom Anbieter zu tragen sind (Art. 189 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR). Die Hauptbedeutung des Erfüllungsortes liegt jedoch darin, dass der Schuldner dort zu leisten hat, und zwar rechtzeitig¹⁷⁴. Daneben ist er nach Art. 212 Abs. 1 OR massgebend für die Feststellung der tatsächlichen Preisverhältnisse, begründet einen *Gerichtsstand* nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ¹⁷⁵ oder ist etwa Anknüpfungspunkt für zwingende Normen (*lex loci solutionis*)¹⁷⁶. Eine Verlegung des Erfüllungsortes an den Wohnsitz des Kunden stellt für den Anbieter von Waren oder Dienstleistungen in globalen Netzen wie dem Internet einen erheblichen Unsicherheitsfaktor dar, der stets durch Vereinbarung – standardisiert in den AGB – beseitigt werden wird. Damit entfällt aber gleichzeitig die gewünschte Klarstellung bezüglich der Lieferkosten. Im Ergebnis bringt diese Regelung dem Kunden nichts, sondern führt nur zu weiteren, durch eine weder sach- noch interessengerechte Gesetzgebung verursachten Informationen. Im E-Commerce ist es mittlerweile üblich, dass der Anbieter den Kunden per E-Mail benachrichtigt, wenn die Sache versandt wurde. Nach allgemeiner Verkehrsanschauung ist der Anbieter damit seinen Verpflichtungen nachgekommen. Weshalb das schweizerische Recht von einer international einheitlichen Regelung, wonach sich der Erfüllungsort stets am Wohnsitz des Schuldners bzw. am Lageort der Sache zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befindet¹⁷⁷, abweichen soll, ist nicht ersichtlich, zumal sich der VE ausschliesslich zu Lasten des inländischen Anbieters auswirkt¹⁷⁸: Dieser kann am jeweiligen Wohnsitz seines ausländischen Kunden verklagt werden.

¹⁷¹ Vgl. BK-WEBER Art. 74 N 38.

¹⁷² Vgl. BK-GIGER Art. 184 N 44.

¹⁷³ Ziff. 210.13.

¹⁷⁴ BK-WEBER Art. 74 N 16.

¹⁷⁵ SR 0.275.11.

¹⁷⁶ So z.B. nach englischem Recht zur Anknüpfung für die Vertragsgültigkeit, siehe VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. Bern 2000, N 915 mNw.

¹⁷⁷ Vgl. Deutschland: § 269 BGB; Österreich: § 905 ABGB; Frankreich: Art. 1247 cc; Italien: Art. 1182 cc; England: Sale of Goods Act 1979, s 29(2).

¹⁷⁸ Siehe oben Fn 142.

Bezweckt der VE lediglich die Tragung der Lieferungskosten durch den Anbieter, so ist hierfür eine Änderung des Art. 189 OR die richtige Lösung¹⁷⁹. Am Grundsatz der Schickschuld ist jedoch festzuhalten.

VIT Es handelt sich hier wiederum um eine Regel des Konsumentenschutzes, welche im Hinblick auf die Anpassung des OR an den E-Commerce nicht erforderlich ist und daher abzulehnen ist.

321.14 Art. 107 Abs. 3 / Art. 107 al. 3 / Art. 107 cpv. 3

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

FDP Die FDP begrüsst die vorgeschlagene Lösung unter Abweichung von der EU-Richtlinie. Der geltende Verzugsmechanismus des OR vermag den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs durchaus zu genügen. Ebenso zu begrüßen ist die vorgeschlagene Regelung der gesetzlichen Vermutung auf Erfüllungsverzicht nach vorgenommener Mahnung.

SVP Auch diese Bestimmung hat kaum etwas mit dem elektronischen Geschäftsverkehr zu tun und ist rein konsumentenschutzrechtlich motiviert.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

FEA Siehe Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Zudem ist anzunehmen, dass diese Bestimmung rein konsumentenschutzrechtlich motiviert ist.

FRC Nous soulevons la question de l'opportunité de réviser le mécanisme suisse de mise en demeure prévu par les articles 102 ss CO, qui, à présent, n'est pas en conformité avec le droit européen. Nous pensons, en effet, que le système suisse est quelque peu laborieux et formaliste et en contradiction avec l'esprit de simplification formelle du commerce électronique.

kf Wir sehen diese Sonderbehandlung der Fernabsatzverträge nicht ein. Der Kunde hat auch bei dieser Vertragsart durchaus die identische Interessenlage, d.h. er kann auch mit verspäteter Erfüllung einverstanden sein. Da er über e-mail gleich wie mit Papier reagieren kann und selbstverständlich auch telefonische Abklärungen üblich sein werden, ist der neue Absatz 3 unnötig.

kf. Abs. 3 streichen

SAV Das Verhältnis des neu vorgeschlagenen Abs. 3 zur Inverzugsetzung bzw. Ansetzung einer Nachfrist ist nicht eindeutig und sollte dahingehend präzisiert werden, wie dies im Begleitbericht ausgeführt wird.

OR 107 Abs. 3 legt in der vorgeschlagenen Version fest, dass bei Fernabsatzverträgen ein Verzicht des Kunden auf Erfüllung vermutet wird. Das EU-Recht geht weiter und nimmt, nach Ablauf einer 30-tägigen Frist, eine Vertragsaufhebung ex lege an. Die gesetzliche Vermutung halten wir für die sinnvollere Variante. Der Vorschlag des BJ entspricht auch der Realität; in den meisten Fällen fehlt es an einem praktischen Bedürfnis für die heute geltende Vermutung zugunsten der Erfüllung. Immerhin könnte man sich fragen, ob die vorge-

¹⁷⁹ Siehe oben III.4.

schlagene Einschränkung auf Fernabsatzverträge sinnvoll ist, insbesondere wenn die allgemeine Revision des Kaufrechts in Betracht gezogen wird: Gute (praktische) Gründe sprechen dafür, OR 107 allgemein den heutigen Gegebenheiten (Vermutung für Verzicht auf Erfüllung) anzupassen.

SBV Aufgrund der Definition des Fernabsatzvertrages in neu OR Art. 40c handelt es sich bei der vorliegenden Änderung von OR 107 wiederum um eine rein konsumentenschutzrechtlich motivierte Gesetzesänderung. Mit dem Elektronischen Geschäftsverkehr hat dies somit kaum etwas zu tun.

Unseres Erachtens geht aus der vorgeschlagenen Gesetzesänderung bzw. deren Einfügung in einem separaten Absatz nicht schlüssig hervor, dass die vorgeschlagene Rechtsfolge (Vermutung des Verzichts auf Erfüllung) erst eintritt (siehe Begleitbericht S. 18/19 bzw. vorstehende Zusammenfassung), wenn der Konsument vorerst eine Mahnung abgegeben hat und (kumulativ) der Schuldner sodann innert der damit beginnenden „Gnadenfrist“ seine Leistungspflicht nicht erfüllt.

Schlussfolgerung: Der Gesetzeswortlaut ist so zu präzisieren, dass daraus ersichtlich ist, dass diese Rechtsfolgen erst nach ungenutzter Nachfrist (ausgelöst mit der Mahnung) eintritt.

SGV Es gilt das im vorgehenden Abschnitt einleitend Gesagte. Sie ist daher ersatzlos zu streichen.

SICTA Wir fragen uns, ob diese Bestimmung systematisch am richtigen Ort steht. Zudem haben wir Bedenken mit den Auswirkungen. Diese müssten genau geklärt werden.

Davon abgesehen erinnern wir an Art. 190 OR, welcher eine ähnliche gesetzliche Vermutung für den kaufmännischen Verkehr aufstellt. Art. 190 OR aber ist weitgehend toter Buchstabe geblieben, denn die gesetzliche Vermutung wird in sehr vielen Fällen durch die Usanzen umgestossen.

Unseres Erachtens besteht kein Bedürfnis. Wir empfehlen daher, Art. 107 Abs. 3 (neu) OR wegzulassen.

SVV Antrag: Streichung

Begründung: In Art. 107 Abs. 3 VE-OR propagiert der Vorentwurf, dass der Kunde bei Fernabsatzverträgen vermutungsweise auf die Erfüllung verzichtet, wenn der Lieferant im Verzug ist. Damit orientiert sich der Vorentwurf an der im OR heute bestehenden Lösung. Im Vergleich zu den Regeln, welche die EU im Rahmen des Fernabsatzes vorsieht resp. bei den Finanzdienstleistungen im Fernabsatz anstrebt, gelangt der Schuldner also nur unter der Voraussetzung einer vorherigen Mahnung in Verzug. Es wird mit Blick auf Europa weiter auch nicht der automatische Rücktritt vom Vertrag angenommen, sondern lediglich der Verzicht auf die nachträgliche Leistung vermutet. Unter Vorbehalt der in Art. 108 OR aufgezählten Fällen, kommt der Gläubiger mithin nicht um die Ansetzung einer Nachfrist (Art. 107 Abs. 1 OR) herum, wenn er seine Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR ausüben will. Erst nach Ablauf dieser Frist greift die vorgeschlagene Vermutung, die dann zwar immer noch durch die unverzügliche Wahl der Klage auf Erfüllung umgangen werden kann.

Während die Regelung in der EU als ein in sich geschlossenes System betrachtet werden kann, wird in Art. 107 Abs. 3 VE-OR also lediglich ein Teilaspekt der Verzugsfolgen angesprochen. Auf den ersten Blick spräche folg-

lich einiges für die Übernahme der Regelung der EU. Da damit eine totale Neudefinition der heutigen Verzugsfolgen verbunden wäre, lässt sich ein so drastischer Eingriff unter dem Titel elektronischer Geschäftsverkehr aber nicht rechtfertigen. Zu Recht übernimmt der Vorentwurf die Regelung der EU also nicht. Damit bleibt einzig fraglich, ob eine Änderung wegen elektronisch geschlossener Verträge überhaupt angebracht ist.

Wie dem Begleitbericht entnommen werden kann, ist beim Fernabsatz davon auszugehen, dass das „(Erfüllungs-)Interesse bei einem Konsumenten, der die Mahnungen nach Art. 102 Abs. 1 und 107 Abs. 1 OR vorgenommen hat, nicht mehr besteht“. Ohne Begründung wird daraus geschlossen, dass sich folglich eine Vermutung in diesem Sinne rechtfertigt. Dem Konzept liegt offenbar die Hypothese zu Grunde, dass sich der Kunde vorab wegen der Unmittelbarkeit zum elektronischen Geschäftsabschluss entscheidet und a priori an einer verspäteten Lieferung kein Interesse mehr hat. Diese Annahme deckt sich kaum mit der Realität. In der überwiegenden Zahl der Fälle entscheidet sich der Kunde zum Geschäftsabschluss über Internet, weil er ihn von zu Hause erledigen kann, weil er sich davon einen Preisvorteil verspricht oder weil das Angebot nur über das Netz erhältlich ist. Da viele Verträge zudem mit einer anschliessenden Zustellung der bestellten Ware auf dem Postweg verbunden sind, kann davon ausgegangen werden, dass das Zeitmoment bei Online-Verträgen gar eine untergeordnete Rolle spielt. Das Interesse an einer verspäteten Lieferung ist folglich nicht anders zu beurteilen, wie bei normalen Verträgen. Eine Änderung an den bestehenden Verzugsfolgen ist deshalb unter dem Titel elektronischer Geschäftsverkehr nicht gerechtfertigt. Die Bestimmung ist abzulehnen.

SWICO Das Verhältnis des neu vorgeschlagenen Abs. 3 zur Inverzugsetzung bzw. Ansetzung einer Nachfrist ist nicht eindeutig und sollte dahingehend präzisiert werden, wie dies im Begleitbericht ausgeführt wird, d.h. dass die vorgesehenen Rechtsfolgen erst nach ungenutztem Verstreichen einer angesetzten Nachfrist eintritt.

Uni ZH Leistet der Schuldner im Verzug bei zweiseitigen Verträgen auch innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist nicht, ist der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt, weiterhin Erfüllung nebst Verspätungsschaden zu verlangen, oder er kann, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Verträge zurücktreten. Bei Verträgen im Fernabsatz soll neu vermutet werden, dass der Kunde auf die Erfüllung verzichtet hat (Art. 107 Abs. 3 VE-OR). Damit soll verhindert werden, dass der Kunde, der den Leistungsverzicht oder Rücktritt nicht unverzüglich erklärt hat, die Erfüllung durch den Anbieter weiterhin akzeptieren muss¹⁸⁰. Offen bleibt, ob der Kunde am Vertrag festhält oder zurücktritt. In der Regel darf davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger auf die Erfüllung verzichtet¹⁸¹, so dass eine entsprechende Rechtsvermutung sachlich richtig ist¹⁸². Nach der ratio von Art.

¹⁸⁰ Begleitbericht Ziff. 210.14.

¹⁸¹ BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, 371 f. Fn 168.

¹⁸² Vgl. auch § 326 BGB.

107 Abs. 2 OR¹⁸³ wird der Gläubiger, der die Erfüllung verlangt, dies unverzüglich zu erklären haben. Nicht schlüssig begründbar ist aber, weshalb dies nur für Verträge gelten soll, die im Fernabsatz abgeschlossen wurden. Verzugsfolgen haben einheitlich für alle Verträge zu gelten, unabhängig davon, auf welchem Weg der Vertragsabschluss stattgefunden hat. Die Änderung des Art. 107 OR drängt sich im Zusammenhang mit Fernabsatz und E-Commerce jedenfalls nicht auf. Dies könnte im Rahmen einer allfälligen Revision des Verzugsrechts geschehen, bei der insbesondere die Unstimmigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses von Schadenersatz und Rücktritt beseitigt werden sollten¹⁸⁴.

VIT Die Tragweite der Regelung ist unklar.

Unseres Erachtens besteht kein Bedürfnis. Auf Art. 107 Abs. 3 (neu) OR ist zu verzichten.

321.15 Art. 197 Abs. 3 / Art. 197 al. 3 / Art. 197 cpv. 3

Kantone / Cantons / Cantoni

JU: La solution préconisée apporte une réponse intéressante à de nombreux cas de tromperie face auxquels l'acheteur est la plupart du temps démuni. Elle implique certes en contrepartie des charges nouvelles pour le vendeur, mais les limites prévues les rendent tout à fait acceptables.

LU: Es würde der Klarheit dienen, wenn der letzte Satzteil der Bestimmung folgendermassen lauten würde: „...dass er sie nicht kennen konnte oder dass er sie für den Kunden erkennbar korrigiert hat“.

NE: Cette disposition est intéressante à mesure qu'elle oblige le vendeur à répondre des qualités que le producteur ou son représentant ont attribuées à la chose dans leurs déclarations publiques, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Le vendeur ne pourra donc plus dorénavant être un acteur passif dans les transactions commerciales. Il devra informer l'acquéreur de la qualité réelle du produit qu'il vend, étant même contraint, sous peine d'en répondre, de rectifier, voire même d'infirmer les exagérations publicitaires relatives au produit vendu.

TG: Der vorgeschlagene neue Abs. 3 von Art. 197 OR, wonach der professionelle Verkäufer für das Fehlen von Eigenschaften haftbar gemacht wird, die der Hersteller oder sein Vertreter zugesichert hat, ist sinnvoll. Entsprechende Werbung des Herstellers wird vom Konsumenten in der Regel als Zusicherung einer

¹⁸³ Der Gläubiger hat seinen Verzicht deshalb „unverzüglich“ zu erklären, weil einerseits der Schuldner Klarheit benötigt, ob er sich weiterhin um die reale Leistungserbringung bemühen soll oder auf die Erfüllung eines Ersatzanspruches vorbereiten muss, und andererseits der Gläubiger bei schwankendem Wert der ausgebliebenen Leistung nicht zu Lasten des Schuldners spekulieren darf (BK-WEBER Art. 107 N 142 mNw.); die gleiche ratio liegt § 326 Abs. 1 BGB zugrunde, der den Erfüllungsanspruch ex lege ausschliesst (LARENZ [FN 19], 356). Art. 107 Abs. 2 OR ist demgegenüber flexibler und lässt noch Raum für den Parteiwillen.

¹⁸⁴ Siehe GLÄTTLI, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Diss. Zürich 1998, 141 ff. und passim. Auch die geplante Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland lässt künftig positives Interesse und Rücktritt nebeneinander zu.

Eigenschaft empfunden und die geltende strenge Rechtsprechung daher in der Regel nicht verstanden.

TI Art. 197 cpv. 3: Lo scrivente Consiglio condivide la necessità di meglio proteggere il consumatore che acquista sulla base di qualità della cosa promesse dalla pubblicità, sovente suggestiva e che può indurre in errore il consumatore.

VD: Cette nouvelle disposition aggrave notablement la responsabilité du vendeur professionnel dès lors que ce dernier répondrait dorénavant des qualités que le producteur ou son représentant aurait, par hypothèse, attribuées à l'objet vendu. Cette aggravation n'est pas dictée par la prise en compte, dans notre ordre juridique, de l'accroissement des possibilités de vente à distance. Si l'on peut comprendre le souhait du législateur de ne pas laisser l'acheteur dépourvu de tout moyen d'action, on doit cependant s'interroger sur la position du vendeur, notamment dans le cas où l'acheteur découvre les défauts alors que le délai d'action en garantie des défauts du vendeur à l'encontre du fournisseur est prescrit. En outre, le vendeur ne peut maîtriser les messages publicitaires du fournisseur (surtout dans le cadre du commerce à distance) et ne devrait pas en être tenu pour responsable.

Enfin, la distinction entre vendeur professionnel et vendeur non professionnel semble peu judicieuse et ne renforce pas la protection du consommateur. Au contraire, la sécurité du droit en souffrira systématiquement.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP Es ist absolut unverständlich, weshalb eine solche Regelung überhaupt und vor allem in bezug auf den elektronischen Geschäftsverkehr getroffen werden muss.

Sowohl der Negativbeweis wie auch das Entstehen für Handlungen Dritter sind dem schweizerischen Rechtssystem grundsätzlich fremd. Die SVP weist diesen vorgesehenen Abs. 3 entschieden zurück.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Riteniamo che la formulazione " a meno che non provi che non era o non poteva..." lasci al venditore un margine di manovra troppo ampio e che non protegga quindi sufficientemente i consumatori.

AGVS Damit nicht wörtlich zu nehmende, marktschreierische Werbeaussagen nicht zu einer missbräuchlichen Haftung führen können, regen wir zu folgender Präzisierung des genannten Absatzes entsprechend Artikel 2 Abs. 2 lit. d der "Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter" an:

Antrag:(3) Der Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, haftet auch für die konkreten Eigenschaften der Sache, die der Hersteller ... dass er sie korrigiert hat.

economiesuisse Die Ausdehnung der Haftung für Erklärungen von Dritten weisen wir aus grundsätzlichen Überlegungen zurück. Derartige Erklärungen entziehen sich dem Herrschaftsbereich des Verkäufers weitgehend. Wenn schon müsste eine derartige Bestimmung auf Fälle beschränkt werden, wo eine wesentliche Differenz zwischen werbemässigen "Zusicherungen" des Herstellers und der tatsächlichen Qualität der Sache bestehen würden. In diesem Falle erscheinen uns aber die Bestimmungen von Art. 23 ff (Irrtum) anwendbar. Damit erübrigt sich eine Gesetzesänderung von Art. 197.

FEA Diese Regelung kann, sollte sie tatsächlich eingeführt werden, nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr beschränkt werden. Es ist zudem nicht einzusehen, weshalb eine solche Form des Negativbeweises, der aus guten Gründen unserem Rechtssystem fremd, eingeführt werden soll. Der Beweis von Nichtwissen macht keinen Sinn. Die Vorschrift gehört nicht in schweizerisches Recht.

FRI Cette nouvelle disposition aggrave notablement la responsabilité du vendeur-professionnel dès lors que ce dernier répondrait dorénavant des qualités que le producteur ou son représentant aurait, par hypothèse, attribuées à l'objet vendu (article 197 al. 3 CO).

Cette aggravation n'est pas dictée par la prise en compte, dans notre ordre juridique, de l'accroissement des possibilités de ventes à distance. Le rapport explicatif n'apporte du reste aucun élément permettant de démontrer la justification d'une telle aggravation lorsque le vendeur agit dans le cadre d'une activité professionnelle.

FRS Ergänzungsantrag: Der Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, haftet auch für die konkreten Eigenschaften der Sache (...)

Bemerkung: Wir fordern die o.g. Präzisierung gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. d der "Richtlinie 1999/4/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter". Dadurch ist gewährleistet, dass nicht wörtlich zu nehmende und marktschreierische Werbeaussagen zu einer missbräuchlichen Haftung führen können.

kf Hier fehlt nach unserer Meinung dringend eine Präzisierung: Ergänzungsvorschlag: "...oder dass er sie vor Abschluss des Vertrages korrigiert hat."

KVN Wir befürworten die Aufnahme dieser beiden neuen Absätze wie vorgeschlagen.

SAP Eine Haftung des Lieferanten für Äusserungen des Herstellers oder dessen Vertreters ist unzulässig (Art. 197 Abs. 3 OR), ebenso auch das Verbot jeder Haftungseingrenzung im Konsumgeschäft (Art. 199 Bst. b OR).

SAV Diese Bestimmung übernimmt willkürlich den Inhalt von Art. 2 Abs. 2 lit. d sowie die Ausnahmen hierfür gemäss Art. 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüter-Richtlinie, ohne jedoch die Ausnahmen vollständig darzustellen. So fehlt insbesondere die Bestimmung, dass sich der Verkäufer enthaften kann, wenn er nachweist, dass die betreffende Äusserung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls vom Hersteller berichtet war oder er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äusserung beeinflusst sein konnte.

Die vorgesehene Haftungskaskade ist auch sachlich nicht gerechtfertigt und wird sich in der Praxis nicht zum Vorteil des Konsumenten auswirken, da sich solche zusätzlichen Haftungsrisiken negativ auf den Preis auswirken werden.

Es ist unverständlich, weshalb der Verbraucher als so unmündig angeschaut wird, dass er durch dermassen einschränkende zwingende Bestimmungen geschützt werden sollte. Es ist u.E. immer noch so, dass ein mündiger Bürger selbst unterscheiden kann, was Werbung und Verkaufssprache ist, bzw. was zugesicherte Eigenschaften sind. Der UWG-Schutz reicht aus, um sicherzustellen, dass keine Übervorteilung der Verbraucher stattfindet.

SBV Ist es wirklich richtig, dass der Verkäufer einen Negativbeweis erbringen muss, wonach er beweisen muss, dass er etwas nicht gekannt habe bzw. nicht habe kennen müssen? Mit anderen Worten soll vertraglich für ein Verhalten eines Dritten gehaftet werden, für das man sonst nicht einzustehen hätte. Sowohl der Negativbeweis wie auch das Entstehen für Handlungen Dritter ist u.E. dem schweizerischen Rechtssystem weitgehend fremd.

Soll ein Schutz des Käufers hier geschaffen werden, müsste doch vielmehr neu eine Regelung geschaffen werden, wonach jeder Werber für seine Werbung auch einzustehen hat. Dabei kann es nicht nur um den werbenden Hersteller gehen, sondern auch andere Anbieter. Wie soll der Käufer in jedem Fall wissen, dass es sich um den Hersteller und nicht einen Mitbewerber handelt? Kann der Käufer nicht ebenso gut mit der Werbung von Mitbewerbern irreführt werden?

Wenn jemand haften müsste, dann kann es doch wohl nur der Werbende/Hersteller sein. Dieser ist es denn auch, der die Veröffentlichung oder Werbung macht bzw. die Etikette auf dem Produkt anbringt - also Verhaltensweisen eines Dritten, die sich dem Herrschaftsbereich des Verkäufers weitestgehend entziehen. An dieser Stelle kann auch auf die Regelung im Produkthaftpflichtrecht verwiesen werden, wo primär der Hersteller haftet.

Ist die vorgeschlagene Bestimmung zwingender Natur – so gemäss geänderter Bestimmung von Art. 199 OR bei Konsumentenkaufverträgen -, lässt sie sich in diversen Bereichen tatsächlich gar nicht rechtfertigen.

Hier stellt sich sodann die Frage, unter welchen Voraussetzungen konkret von einer "Zusicherung" die Rede sein kann, wenn von "öffentlichen Äusserungen, namentlich in der Werbung" die Rede ist.

Schlussfolgerung: Wir können der Argumentation im Begleitbericht (S. 20) nicht folgen, weshalb eine derartige Regelung getroffen werden muss, und dies noch weniger unter dem Gesichtspunkt des Elektronischen Geschäftsverkehrs. Wir weisen aus obigen Überlegungen diese Gesetzesänderung umfassend zurück. Sollte trotzdem an einer Gesetzesrevision festgehalten werden, meinen wir, dass die Haftung auf Fälle beschränkt werden müsste, wo eine wesentliche Differenz zwischen werbemässigen "Zusicherungen" des Herstellers und der tatsächlichen Qualität der Sache bestehen würde.

SFMGV Der vorgeschlagene Absatz ist ein Beispiel dafür, wie in der Schweiz strengere Vorschriften als in der EU eingeführt werden sollen. Man nimmt u.E. Bezug auf die Verbrauchsgüter-Richtlinie, allerdings ohne die dortigen Ausnahmen vollständig zu integrieren. So fehlt insbesondere die Bestimmung, dass sich der Verkäufer enthaften kann, wenn er nachweist, dass die betreffende Äusserung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls vom Hersteller

berichtigt war oder er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äusserung beeinflusst sein konnte. Die weitergehenden Vorschriften (gegenüber dem EU-Recht) gehen immer zu Lasten der Hersteller und Händler. Durch solche unverantwortlichen Regelungen würden wir bald Zustände wie in Amerika haben, wo auch erpresserische Forderungsprozesse an der Tagesordnung sind.

Weiter verweisen wir darauf, dass die als Vorbild hingestellten EU-Bestimmungen nur auf Verbraucher Anwendung finden, während der schweizerische Vorschlag diese Regelungen auch im kommerziellen Bereich einführen möchte. Es geht nicht an, dass wir unsere Gewerbetreibenden ständig mit noch strengeren Vorschriften als die EU-Vorbilder gängeln wollen.

SGV Auch hier zielt die Vorlage an der Realität des elektronischen Geschäftsverkehrs vorbei, zumal in diesem Bereich die Bewerbung primär über das Direktmarketing stattfindet. Sodann ist der Negativbeweis und das Entstehen für Handlungen Dritter mit dem schweizerischen Rechtssystem nicht vereinbar. Der SGV weist darum auch diese Gesetzesänderung entschieden zurück.

SICTA Die Risiken, welche mit der vorgeschlagenen Bestimmung auf die Lieferanten zukommen, sind nicht abzusehen. Vorab müsste der Rückgriff des Lieferanten auf den Hersteller oder dessen Vertreter, welche öffentlich Äusserungen zur Ware machen, gesichert sein. Zudem kann der Lieferant gar nicht wissen, was irgendwo auf der Welt und in welchem Zusammenhang gesagt wurde. So ist es ohne Weiteres möglich, dass im Ausland auf Grund unterschiedlicher Zulassungsvorschriften Erklärungen abgegeben werden, die für den schweizerischen Markt nicht zutreffen.

Die Bestimmung ist unnötig. Der Konsument ist bereits über das Wettbewerbsrecht genügend geschützt, wenn Äusserungen täuschend oder irreführend sind. Dazu spielen hier die Selbstregulierungskräfte des Marktes. Die vorgeschlagene Bestimmung ist falsch verstandener Konsumentenschutz, da beim Handling Mehrkosten entstehen würden. Dem E-Commerce dient eine solche Regel sicher nicht!

SMBK Der vorgeschlagene Absatz geht weiter als die Vorschriften in der EU. Es wird Bezug auf die Verbrauchsgüter-Richtlinie genommen, allerdings ohne die dortigen Ausnahmen vollständig zu integrieren. So fehlt insbesondere die Bestimmung, dass sich der Verkäufer enthaften kann, wenn er nachweist, dass die betreffende Äusserung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls vom Hersteller berichtigt war oder er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äusserung beeinflusst sein konnte. Die weitergehenden Vorschriften (gegenüber dem EU-Recht) gehen immer zu Lasten der Hersteller und Händler. Weiter verweisen wir darauf, dass die als Vorbild hingestellten EU-Bestimmungen nur auf Verbraucher Anwendung finden, während der schweizerische Vorschlag diese Regelungen auch im kommerziellen Bereich einführen möchte. Wir sind dagegen, dass unsere Gewerbetreibenden ständig noch strengere Vorschriften als die EU-Vorbilder zu beachten haben sollen.

SMU Damit nicht wörtlich zu nehmende, marktschreierische Werbeaussagen nicht zu einer missbräuchlichen Haftung führen können, regen wir zu folgender Präzisierung des genannten Absatzes entsprechend Artikel 2 Abs. 2 lit. d der „Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu

bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ an:

Antrag: (3) Der Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, haftet auch für die konkreten Eigenschaften der Sache, die der Hersteller ... dass er sie korrigiert hat.

SVV Antrag: Streichung von Abs. 3

Begründung: In Art. 197 Abs. 3 OR wird neu die Haftung des Verkäufers auf die Eigenschaften des Kaufgegenstandes ausgedehnt, die der Hersteller oder sein Vertreter in öffentlichen Äusserungen zugesichert hat. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit der beantragten Neuerung im UWG zu sehen (vgl. Pkt. 6). Darin wird der Verkäufer im Fernabsatz zu Transparenz verpflichtet, indem er umfassend über sich und die feilgebotenen Produkte Auskunft geben muss. Obwohl die Zielsetzung des UWG nicht unbedingt derjenigen des Kaufrechts entspricht, kommt Art. 197 Abs. 3 OR folglich im elektronischen Geschäftsverkehr nur reduzierte Bedeutung zu. Hingegen sind die Auswirkungen im traditionellen Geschäftsverkehr weitreichend. Während der Verkäufer heute nur für die Eigenschaften haftet, die er selbst zusichert, müsste er zukünftig auch für die Werbung und Etikettierung des Produzenten einstehen. Dies ist abzulehnen, denn im Rahmen des BG über den elektronischen Geschäftsverkehr ist den Gefahren zu begegnen, die sich durch die spezifischen Besonderheiten des neuen Mediums ergeben. Wir beantragen deshalb die Streichung der Neuerung in Abs. 3.

SW Dass werbliche Angaben für die Sachgewähr nicht nur im Kaufrecht(!) von Bedeutung sein können, ist nicht neu (vgl. u.a. Heft 2: Die Werbeaussage und ihre Rechtsfolge, Schriftenreihe der Schweizerischen Lauterkeitskommission). Wir möchten aber davor warnen, die Werbung in dieser Umschreibung als namentliches Beispiel der öffentlichen Äusserung aufzuführen und zwar aus folgenden Gründen:

Die (klassische) Werbung ist nur eine Form der kommerziellen Kommunikation. Dazu zählen heutzutage neben der Werbung die Verkaufsförderung, das Direktmarketing, das Sponsoring und die Öffentlichkeitsarbeit (vgl. Grundsatz 1.2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission). In der Umgangssprache wird zwar häufig die Werbung als Sammelbegriff verwendet, doch sollte damit in einem Gesetzestext nicht Vorlieb genommen werden.

Im Recht der kommerziellen Kommunikation wird unterschieden zwischen einer (beweispflichtigen) Angabe als Tatsachenbehauptung (Angabe tatsächlichen Inhalts) einerseits und einer (als solcher erkennbarer und mithin nicht beweispflichtigen) Übertreibung oder einem (nicht beweisbaren) Appell an die Ästhetik oder Hinweis auf den (nicht objektivierbaren) Geschmack andererseits. Alle diese Angaben sind „Werbeäusserungen“ (wohl zutreffender Angaben) und stellen teils „Werbung im engeren Sinn“, teils „Werbung im weiteren Sinn“ dar. Die Tatsachenbehauptung kann für die Sachgewähr von Relevanz sein, die übrigen Aussagen oder Anpreisungen sind es in der Regel nicht.

Die Auslegung allein den Gerichten zu überlassen, scheint uns nicht sinnvoll. Gerade das Direktmarketing steht im Zentrum des elektronischen Geschäftsverkehrs, und es wäre kaum verständlich, diese Form der kommerziellen Kommunikation unerwähnt zu lassen, sich mit der (klassischen) Werbung zu begnügen und damit eine Gesetzeslücke zu schaffen. Das Gleiche gilt eben-

falls in Bezug auf die Präzisierung des Tatsacheninhaltes einer „Werbearbeit“, zumal die Werbung als Vorkehr des Wettbewerbsrechtes erst zum Vertragsabschluss hinführt, selbst aber nicht Bestandteil des Schuldrechtes ist und deshalb, soweit nicht tatsächliche Angabe, ohne verbindliche Aussagekraft bleibt.

SWICO Diese Bestimmung übernimmt willkürlich den Inhalt von Art. 2 Abs. 2 lit. d sowie die Ausnahmen hierfür gemäss Art. 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüter-Richtlinie, d.h. ohne etwa die Ausnahmen vollständig darzustellen. So fehlt insbesondere die Bestimmung, dass sich der Verkäufer enthaften kann, wenn er nachweist, dass die betreffende Äusserung zum Zeitpunkt des Vertragschlusses allenfalls **vom Hersteller** berichtet war oder er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äusserung beeinflusst sein konnte. Es ist zudem festzuhalten, dass auch hier wieder in überschüssiger Übernahme der EU-Gesetzgebung die Bestimmungen nicht nur gegenüber dem Verbraucher zur Anwendung kommen, wie dies bei der übernommenen Bestimmung der Verbrauchsgüterrichtlinie der Fall ist, sondern sie auch im kommerziellen Bereich gelten sollen.

Es ist unverständlich, wieso der Verbraucher als so unmündig angeschaut wird, dass er durch dermassen einschränkende zwingende Bestimmungen geschützt werden sollte. Es ist u.E. immer noch so, dass ein mündiger Bürger selbst unterscheiden kann, was Werbung und Verkaufssprache ist, bzw. was zugesicherte Eigenschaften sind. Der bestehende UWG-Schutz reicht völlig aus, um sicherzustellen, dass keine Übervorteilung der Verbraucher stattfindet. Mit der vorgesehenen Bestimmung wird Tür und Tor für oft erpresserische Forderungsprozesse im amerikanischen Stil geöffnet. Dies muss auf jeden Fall vermieden werden.

swisscom Die Regelung, dass der Verkäufer für Drittverhalten haftet, ist zu weitgehend. Im weiteren ist sie im OR am falschen Ort. Sie stellt primär Werbeverhalten dar, welches grundsätzlich im UWG zu regeln ist. Falls eine solche Bestimmung eingeführt würde, müsste sie zwingend auch ein Regressrecht des Verkäufers gegen den Hersteller, der die Zusicherung abgegeben hat, einführen. Andererseits besteht die Gefahr, dass der Verkäufer in eine Sandwich-Position gerät und sich nicht mehr schadlos halten kann. Ferner ist die Formulierung „*Zusicherung von Eigenschaften*“ zu weitgehend und zudem ist unklar, welche Anforderungen an den Entlastungsbeweis des Verkäufers gestellt werden.

Swissmem Diese Bestimmung geht zu weit, zumal sie keinen gesetzlichen Rückgriff des Verkäufers auf den Hersteller vorsieht. Sie ist aber auch deshalb untauglich, weil der Verkäufer auf Aussagen des Herstellers behaftet werden kann, die dieser u.U. im Ausland gemacht hat und die allenfalls für den schweizerischen Markt nicht zutreffen (z.B. aufgrund unterschiedlicher technischer Zulassungsvorschriften). Der Globalisierung der Märkte und dem internationalen Kontext wird nicht Rechnung getragen. Die Bestimmung dürfte zudem dazu führen, dass inskünftig sämtliche Werbeunterlagen einer juristischen Feinprüfung bedürfen.

UNIGe L'art. 2 al. 2 lit. d Directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO n° L 171 du 07/07/1999 p. 12-16, ci-après: Directive sur les garanties), qui est à l'origine de cette nouvelle disposition, a été qualifié de "*sensationnel*" par SCHÖNLE (Zum

schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, p. 345 ss, 358). Vu l'opacité actuelle de la chaîne de distribution des produits de consommation et la difficulté de distinguer les différents partenaires de la chaîne, une telle extension de la garantie est justifiée par les attentes légitimes des consommateurs.

La version allemande pose cependant un problème terminologique. Elle mentionne les qualités qui sont "*zugesichert*" par le producteur, ce qui provoque une confusion avec la notion de qualités promises, par opposition à celle de qualités attendues de l'actuel alinéa 1^{er} (art. 197 al. 1 CO: "qualités promises", "*zugesicherte Eigenschaften*"); en français, l'usage du mot "attribué" évite cette confusion.

L'art. 197 al. 3 *in fine* P-CO impose au vendeur une garantie résultant des déclarations du producteur, "à moins que le vendeur ne démontre qu'il ne connaissait pas ou ne devait pas connaître ces affirmations ou à moins qu'il ne les ait rectifiées". Dans l'hypothèse où le vendeur rectifie les affirmations émanant du producteur, une libération ne doit pas être possible si cette rectification intervient après la conclusion du contrat. A défaut de préciser dans le texte légal, comme le fait l'art. 2 al. 4 Directive sur les garanties, que les affirmations doivent être rectifiées "au moment de la conclusion du contrat", il serait opportun de le mentionner dans le message.

L'actuel art. 197 al. 1 CO distingue l'absence des qualités promises de celle des qualités attendues, soit des "défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure". Aucune modification de cette disposition n'est prévue. Les termes de celle-ci correspondent aux hypothèses prévues par l'art. 2 al. 2 a à c Directive sur les garanties sous deux réserves.

- La question, controversée en doctrine (cf. SCHÖNLE, op. cit., p. 363 ss et réf. cit), de l'*aliud* n'est pas résolue. La Directive sur les garanties couvre ce cas particulier de mauvaise exécution du contrat (comp. art. 35 al. 1 et 2 Convention de Vienne), alors que les art. 197 ss CO continueront de ne pas lui être applicables, ce qui cause de délicats problèmes de délimitation (cf. ATF 121 / 1995 III 453, JdT 1997 I 199). Ne pourrait-on pas saisir l'occasion d'une révision de ces dispositions pour étendre expressément la notion de défaut à la livraison d'une autre chose que celle convenue ? Cette solution aurait l'avantage d'assurer une double harmonisation, avec la Directive sur les garanties et la Convention de Vienne (SCHÖNLE, op. cit., p. 363, propose la solution inverse, soit de soumettre la garantie pour les défauts aux règles générales des art. 97 ss CO; celles-ci devraient cependant être modifiées pour qu'une telle solution soit envisageable, ce qui dépasserait le cadre de la présente réforme).
- Dans l'hypothèse de l'absence d'une qualité attendue, les **défauts mineurs** - qui diminuent la valeur ou l'utilité de la chose dans une mesure non notable - sont exclus de la garantie du vendeur (art. 197 al. 1 CO). La Directive sur les garanties tire une seule conséquence du fait que le défaut est qualifié de mineur: le moyen de la résolution du contrat n'est pas ouvert (art. 3 al. 6), mais n'exclut pas d'emblée le défaut mineur de la protection légale. Cette solution est préférable du point de vue du consommateur, car la distinction entre défauts mineurs et autres défauts risque d'inciter le

vendeur à opposer à une réclamation de l'acheteur le fait que celui-ci se prévaut d'un défaut mineur. Une modification du texte de l'art. 197 al. 1 CO sur ce point dans le sens de la Directive sur les garanties est souhaitable et ne porterait pas une atteinte excessive aux intérêts du vendeur. En effet, si le défaut est effectivement mineur, le vendeur pourra s'opposer avec succès à la résolution (art. 205 al. 2 CO, inchangé); la réparation ne pourra être réclamée que dans la mesure où elle ne s'avèrerait pas disproportionnée (art. 205 al. 1 lit. c P-CO); subsisteraient alors la réduction du prix, subordonnée à l'existence d'une moins-value, et le remplacement de la chose défectueuse, qui n'est soumis à aucune condition supplémentaire, sous réserve de la limite générale de l'abus de droit. Les conditions particulières de chacun des moyens à disposition de l'acheteur suffisent à éviter les prétentions excessives découlant d'un défaut mineur de la chose vendue¹⁸⁵. Il conviendrait par conséquent de modifier l'art. 197 al. 1 CO pour éviter l'exclusion du défaut mineur du champ de la garantie du vendeur.

Par ailleurs, le projet omet une règle utile au consommateur figurant à l'art. 5 al. 3 Directive sur les garanties, selon lequel les défauts qui apparaissent dans un délai de six mois dès la livraison sont présumés exister à ce moment, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien ou celle du défaut. Il vaudrait la peine de reprendre cette règle qui évite à l'acheteur la difficulté de devoir prouver que le défaut existait déjà au moment du transfert des risques et interdit au vendeur de prétendre que l'apparition du défaut est postérieure au transfert des risques, donc n'est pas couvert par la garantie, sous réserve de la preuve de ce fait par le vendeur.

Uni ZH In Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 lit. d VerbrGK-RiL wird in Art. 197 Abs. 3 OR die Sachmängelhaftung des professionellen Verkäufers umständlich und unklar auf Eigenschaften erstreckt, „die der Hersteller oder sein Vertreter in öffentlichen Äusserungen, namentlich in der Werbung oder bei der Etikettierung, zugesichert hat, es sei denn, dass er beweist, dass er diese Zusicherung nicht kannte, dass er sie nicht kennen konnte oder dass er sie korrigiert hat.“ Bisläng galten reklamehafte Anpreisungen nicht als Zusicherung¹⁸⁶. Anders als nach der VerbrGK-RiL muss der Käufer in diesem Fall nicht Verbraucher sein. Problematisch ist schliesslich, dass die generellen Neuerungen nur für den Kaufvertrag gelten, nicht aber für den Werkvertrag, wo die Problematik vielfach ähnlich ist. Die bisherige Parallelität zwischen den beiden Vertragstypen ist damit weitgehend aufgegeben.

VFGI Art. 197 Abs. 3 (neu)

Diese Bestimmung übernimmt willkürlich den Inhalt von Art. 2 Abs. 2 lit. d sowie die Ausnahmen hierfür gemäss Art. 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüter-Richtlinie, d.h. ohne etwa die Ausnahmen vollständig darzustellen. So fehlt insbesondere

¹⁸⁵ Même solution pour la Convention de Vienne: l'art. 35 CV définit le défaut par référence à ce qui est contractuellement prévu; certains des moyens dont dispose l'acheteur sont soumis à l'exigence d'une contravention essentielle (remplacement, art. 46 al. 1, résolution, art. 49 al. 1 lit a CV), parfois à une autre condition (réparation, à moins que cela ne soit déraisonnable, art. 46 al. 3 CV), la réduction du prix n'est soumise à aucune condition relative à l'importance du défaut (art. 50 CV).

¹⁸⁶ BGE 80 II 416; OR-HONSELL Art. 197 N 16; BK-GIGER Art. 197 N 15.

die Bestimmung, dass sich der Verkäufer enthaften kann, wenn er nachweist, dass die betreffende Äusserung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls vom Hersteller berichtigt war oder er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch die betreffende Äusserung beeinflusst sein konnte. Es ist zudem festzuhalten, dass auch hier wieder in überschüssender Übernahme der EU-Gesetzgebung die Bestimmungen nicht nur gegenüber dem Verbraucher zur Anwendung kommen, wie dies bei der übernommenen Bestimmung der Verbrauchsgüterrichtlinie der Fall ist, sondern sie auch im kommerziellen Bereich gelten sollen.

Es ist unverständlich, wieso der Verbraucher als so unmündig angeschaut wird, dass er durch dermassen einschränkende zwingende Bestimmungen geschützt werden sollte. Es ist u.E. immer noch so, dass ein mündiger Bürger selbst unterscheiden kann, was Werbung und Verkaufssprache ist, bzw. was zugesicherte Eigenschaften sind. Der bestehende UWG-Schutz reicht völlig aus, um sicherzustellen, dass keine Übervorteilung der Verbraucher stattfindet. Mit der vorgesehenen Bestimmung wird Tür und Tor für oft erpresserische Forderungsprozesse im amerikanischen Stil geöffnet. Dies muss auf jeden Fall vermieden werden.

VIT Es handelt sich hier erneut um eine Regel des Konsumentenschutzes, welche im Hinblick auf die Anpassung des OR an den E-Commerce nicht erforderlich ist und daher abzulehnen ist.

Die Risiken, welche mit der vorgeschlagenen Bestimmung auf die Lieferanten zukommen, sind nicht abzusehen. Vorab müsste der Rückgriff des Lieferanten auf den Hersteller oder dessen Vertreter, welche öffentlich Äusserungen zur Ware machen, gesichert sein. Zudem kann der Lieferant gar nicht wissen, was irgendwo auf der Welt und in welchem Zusammenhang gesagt wurde. So ist es ohne weiteres möglich, dass im Ausland auf Grund unterschiedlicher Zulassungsvorschriften Erklärungen abgegeben werden, die für den schweizerischen Markt nicht zutreffen.

Die Bestimmung ist unnötig. Der Konsument ist bereits über das Wettbewerbsrecht genügend geschützt, wenn Äusserungen täuschend oder irreführend sind. Dazu spielen hier die Selbstregulierungskräfte des Marktes.

Sofern die Regelung trotzdem eingeführt werden sollte, müsste sie unbedingt in Anlehnung an das EU-Recht dahingehend ergänzt werden, dass der Anbieter auch dann nicht haftet, wenn der Hersteller oder dessen Vertreter selber eine Aussage zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits berichtigt hatte. Und ferner auch dann nicht, wenn die betreffende Äusserung des Herstellers oder von dessen Vertreter für den Kaufentscheid des Kunden nicht relevant war.

VSAI Damit nicht wörtlich zu nehmende, marktschreierische Werbeaussagen nicht zu einer missbräuchlichen Haftung führen können, regen wir zu folgender Präzisierung des genannten Absatzes entsprechend Artikel 2 Abs. 2 lit. d der „Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ an:

Antrag: (3) Der Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, haftet auch für die konkreten Eigenschaften der Sache, die der Hersteller ... dass er sie korrigiert hat.

321.16 Art. 199

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Zu Art. 199 lit. b OR

Hier sollten unbedingt Ausnahmen für die Verwertung in Zwangsvollstreckungsverfahren und für den Handel mit gebrauchten Gütern vorgesehen werden. Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses wäre für die Zwangsvollstreckung verheerend. Beim Handel mit gebrauchten Gütern kann der Verkäufer nicht unbedingt besser als der Käufer erkennen, ob ein versteckter Mangel vorliegt. Von der zwingenden Gewährleistung wäre insbesondere die Privatperson betroffen, die ein Gebrauchtgut über den professionellen Handel veräussert, weil der Händler die Gewährleistung auf sie überwälzen kann und auch wird. Allerdings ist die Kritik im Begleitbericht an Gewährleistungsausschlüssen mittels Allgemeinen Geschäftsbedingungen berechtigt. Deren Anwendung sollte deshalb einschränkend geregelt werden.

JU: Le Gouvernement de la République et Canton du Jura approuve la proposition d'étendre la nullité de toute clause supprimant ou restreignant la garantie lorsque la vente est conclue par un vendeur professionnel et a pour objet une chose mobilière destinée à un usage personnel ou familial de l'acheteur. Il est en effet patent que le consommateur se trouve dans une position de faiblesse pour négocier sur ce point.

LU: zu Art. 199 Unterabs. b OR: Die Bestimmung ist sprachlich zu überarbeiten. Was den Inhalt betrifft, so ist festzuhalten, dass es sich um eine sehr weitgehende Regelung handelt, die im Widerspruch zum tragenden Grundsatz der Vertragsfreiheit im OR steht. Aus dem Gesichtswinkel der Angleichung unserer Rechtsordnung an das EU-Recht muss die Änderung wohl in Kauf genommen werden.

NE: Nous sommes favorables à la nullité qui frappe toute suppression ou restriction de la garantie pour les choses mobilières destinées à l'usage personnel ou familial de l'acheteur. Il est en effet très important que l'exclusion de toute garantie pour les défauts, dans le domaine de la vente, deviennent l'exception et non pas la règle, comme cela avait tendance à être le cas dans de nombreux secteurs de l'activité commerciale.

TG: Es erscheint als angemessen, bei Konsumentenverträgen die Möglichkeit der vertraglichen Einschränkung der Gewährleistung auszuschliessen.

TI Concordiamo con la proposta di ritenere nullo ogni patto di esclusione o riduzione della garanzia, in particolare per le cose mobili destinate all'uso personale o familiare del compratore. Osserviamo nondimeno che l'esclusione della garanzia prevista in un contratto concluso tra privati (P2P) è valida, poiché la revisione dichiara nulla l'esclusione solo nell'ambito di un contratto tra un consumatore e un venditore agente a titolo professionale.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP Die CVP begrüsst hingegen eine einschränkende Wegbedingungsmöglichkeit. Die längste Frist nützt dem Konsumenten wenig, wenn in der Praxis die Gewährleistungsrechte sowieso wegbedungen werden. Hier sieht die CVP

Handlungsbedarf zugunsten der Konsumenten, aber auch für die Produzenten. Können diese nämlich hinter der Qualität der von ihnen angebotenen Produkte stehen, so werden sie kein Problem haben auf die Wegbedingung der Garantie zu verzichten, sondern eintreten für eine Garantie, die auch durchsetzbar ist.

SVP Von einem generellen Verbot einer Beschränkung der Gewährleistung ist Abstand zu nehmen. Dies vor allem auch deshalb, weil die Einfügung von lit. b vor allem Auswirkungen auf das generelle Kaufrecht und nicht ausschliesslich auf den elektronischen Geschäftsverkehr hat. Derart weitreichende Fragen bedürfen einer detaillierten Prüfung.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS Der in lit. b vorgenommene Ausschluss der Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht halten wir für sehr gefährlich und regen deshalb dringend an, diesen zu streichen. Würde man ihn nicht weglassen, hätte dies in unserem Gewerbe zu Folge, dass vor allem die Occasionsverkäufe künftig vermehrt über Private anstelle des Fachhandels abgewickelt würden. Dass sich dies negativ auf die Fahrzeugsicherheit auswirken kann, muss nicht näher erläutert werden. Die gezeigte Verlagerung wird deshalb stattfinden, weil beim Verkauf durch eine Privatperson die Gewährleistungspflicht wie bis heute eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann und somit der Kaufpreis tiefer ausfällt, als wenn der gewerbliche Verkäufer während, wie im Entwurf vorgesehen, zwei Jahren für allfällige Mängel einzustehen hat. Zudem muss der Käufer unseres Erachtens den Entscheid, ob er für eine "Garantie" etwas bezahlen will, oder ob er das Risiko eines Mangels selber tragen möchte, allein fällen. (Eine Beschränkung der Gewährleistung aufgrund arglistigen Verschweigens eines Mangels ist ja ohnehin ungültig.) Aus den erwähnten Gründen schlagen wir nachfolgende Streichung vor:

Antrag: lit. b ersatzlos streichen.

Eventualiter: Wir stellen den Eventualantrag, dass die Gewährleistungspflicht zumindest für gebrauchte Güter im gegenseitigen Einverständnis der Vertragsparteien eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden darf. Dies aus folgenden Gründen:

Bei Occasionen handelt es sich um Unikate, die im allgemeinen nicht ersetzbar sind. Deshalb hat der Verbraucher bei diesen Gütern in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung. Weiter muss sich eine längere Gewährleistungsfrist bekanntlich unmittelbar in einem höheren Kaufpreis niederschlagen. Es sind jedoch sehr wohl Fälle denkbar, in denen der Käufer gern eine kürzere Gewährleistungsfrist in Kauf nimmt, wenn er dafür einen tieferen Kaufpreis bezahlen muss. Dieser Entscheid hat beim Käufer zu liegen. Überdies hätte die Beibehaltung der zweijährigen Gewährleistungspflicht für gebrauchte Güter eine in Anbetracht der Sicherheit unerwünschte Verlagerung der Occasionsverkäufe vom Fachhandel hin zum privaten Handel zur Folge (vgl. hierzu auch die oben gemachten Ausführungen), die es zu vermeiden gilt. Deshalb schlagen wir vor, lit. b wie folgt zu ändern:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt

hat, getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Subeventualiter: Wir beantragen subeventualiter, dass die Parteien die Gewährleistungsfrist für gebrauchte Güter analog von Art. 7 Abs. 1 der "Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter" vertraglich von 2 auf 1 Jahr beschränken können. Diese Beschränkung ist z.B. auch in Deutschland und Österreich, die zu unseren grössten Handelspartnern zählen, zulässig. Aus den genannten Gründen schlagen wir folgende Anpassung vor:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich,, getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, ... bestimmt ist.

neu lit. c: die Vereinbarung über die Gewährleistungsfrist von weniger als einem Jahr anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine gebrauchte bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

CP Pour ce qui est de l'article 199 CO, nous estimons qu'il est faux de vouloir faire une distinction entre les vendeurs professionnels et les non professionnels. La sécurité du droit en souffrira systématiquement.

economiesuisse Das Verbot der Wegbedingung der Gewährleistung bei Konsumentenverträgen erscheint uns ein zu weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit. Hier erschwert beispielsweise auch der Occasionshandel (z. B. Brockenhaus) über Gebühr. Missbräuche bei der Wegbedingung von Gewährleistungsansprüchen sind sachgerecht über das UWG (Art. 8) zu lösen.

FEA Auch hier muss beachtet werden, dass der Vorschlag sich nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr, sondern auf das allgemeine Kaufrecht bezieht. Es gibt keinen Grund, die geltende Regelung in diesem Bereich abzuändern.

FRI Nous ne pouvons que regretter l'abandon partiel du caractère dispositif des articles 197 à 210 CO sur la garantie en raison des défauts de la chose. De plus, nous déplorons le fait d'établir une distinction entre vendeurs-professionnels et non professionnels.

FRS Ersatzlos streichen.

Begründung: Den Ausschluss der Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht erachten wir als sehr gefährlich. Würde die von uns beantragte Streichung nicht erfolgen, hätte dies im Autogewerbe zur Konsequenz, dass vor allem Occasionsverkäufe künftig in grösserem Ausmass über Private statt über den Fachhandel abgewickelt würden. Dass sich dies negativ auf die allgemeine Sicherheit im Strassenverkehr auswirken wird, liegt auf der Hand. Die besagte Verlagerung wird deshalb stattfinden, weil beim Verkauf durch eine Privatperson die Gewährspflicht wie bis anhin eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Damit wird der Kaufpreis tiefer ausfallen als jener des gewerblichen Verkäufers, da letzterer gemäss vorliegendem Entwurf während zwei Jahren für allfällige Mängel einzustehen hat. U.E. soll der Entscheid dem

Kunden überlassen werden, ob er für eine "Garantie" etwas bezahlen oder ob er das Risiko eines allfälligen Mangels selber tragen will. Ohnehin ungültig ist ja eine Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht auf Grund arglistigen Verschweigens eines Mangels.

Eventualantrag: (...) und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Begründung. Eventualiter muss u.E. die Gewährspflicht zumindest betreffend gebrauchte Güter im gegenseitigen Einverständnis der Vertragsparteien eingeschränkt oder ausgeschlossen werden dürfen - und zwar aus folgenden Gründen: Bei Occasions handelt es sich um Unikate, die im allgemeinen nicht ersetzbar sind. Der Verbraucher hat daher bei diesen Gütern in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung. Im weiteren schlägt sich eine längere Gewährspflicht bekanntermassen in einem höheren Kaufpreis nieder. Es sind durchaus Fälle vorstellbar, in denen der Käufer eine kürzere Gewährspflicht in Kauf nimmt, wenn er im Gegenzug einen tieferen Kaufpreis bezahlen muss. Die diesbezügliche Wahlfreiheit muss u.E. dem Käufer zugestanden werden. Ausserdem hätte das Festhalten an der zweijährigen Gewährspflicht betreffend gebrauchte Fahrzeuge - wie hievor bereits erwähnt - eine für die Insassen- und Verkehrssicherheit kontraproduktive Verlagerung der Occasionsverkäufe weg vom Fachhandel hin zum privaten Handel zur Folge. Dies gilt es nach unserem Dafürhalten unbedingt zu vermeiden.

Subeventualantrag: *Art. 199 Bst. b*

Wie Eventualantrag.

Art. 199 Bst. c (neu)

die Vereinbarung über die Gewährleistungsfrist von weniger als einem Jahr anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine gebrauchte bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Begründung: Subeventualiter sollen die Parteien die Gewährleistungsfrist analog Art. 7 Abs. 1 der "Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter" vertraglich von zwei Jahren auf ein Jahr beschränken können. Diese Beschränkung ist z.B. auch in den Bundesrepubliken Deutschland und Österreich, die zu den grössten Handelspartnern der Schweiz gehören, zulässig.

kf In lit b ist zu kompliziert formuliert worden. Der Unterschied von „beruflich“ und „gewerblich“ ist nicht klar.

kf: b. die Vereinbarung mit einem Verkäufer getroffen wurde, der im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, und der Vertrag.....

Konferenz Die Gewährleistung bei Zwangsversteigerungen ist in Art. 234 Abs. 1 OR seit langem befriedigend geregelt und wird auch von der beabsichtigten Revision nicht betroffen.

In Konkursverfahren ist zwar die öffentliche Versteigerung nach wie vor die überwiegende Verwertungsart, doch werden immer mehr Vermögenswerte

durch sog. Freihandverkäufe veräussert, so vor allem Grundstücke und ganze Komplexe (z. B. ganze Werkstatteinrichtung pauschal). Diese Verwertungen unterstehen den Regeln des Kaufvertrages. Der bisherige Art. 199 OR gab der Konkursverwaltung die Möglichkeit, die Gewährleistung auszuschliessen ohne befürchten zu müssen, später, unter Umständen erst nach Abschluss des Konkursverfahrens, mit Gewährleistungsansprüchen konfrontiert zu werden. Bei der neuen lit. b von Art. 199 OR stellt sich die Frage, ob die Konkursverwaltung als "Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat", betrachtet wird. Da dies für die Konkursverwaltungen wesentlich ist und sich weder aus dem Entwurf noch aus dem Begleitbericht zum Entwurf eine - Klärung dieser Frage entnehmen lässt, regen wir die Schaffung einer lit. c in Analogie zu Art. 234 Abs. 1 OR an: *der Ausschluss der Gewährleistung soll auch möglich sein bei Verkäufen im Zuge eines Zwangsverwertungsverfahrens.*

SAP Siehe Art. 197 Abs. 3 / Voir art. 197 al. 3 / Vedi art. 197 cpv. 3

SAV Wie der Begleitbericht richtig festhält, ist das Kaufrecht dispositiver Natur. Dies sollte es auch bleiben. Es muss dem Verkäufer oder Lieferanten weiterhin freigestellt sein, sich über verschiedene Leistungen zu differenzieren, worunter auch die Garantiebestimmungen gehören. Als Beispiel seien hier etwa Elektronikgeräte erwähnt, deren Garantie heute von 3 Monaten bis zu 3 Jahren geht.

Es würde für den angestrebten Zweck durchaus ausreichen, wenn eine entsprechende Haftungsbeschränkung klar und unmissverständlich darzustellen wäre.

SBV Neu ist nur die lit. b:

Damit soll die Möglichkeit der Wegbedingung der Gewährleistung in Konsumentenverträgen (Käufer ist Konsument; Verkäufer ist Gewerbetreibender) ausgeschlossen werden; Rechtsfolge bei Verletzung dieser Bestimmung wäre die Nichtigkeit solcher Wegbedingung.

Mit anderen Worten geht es hier um reinen Konsumentenschutz! Und dies im Zusammenhang mit einer Bestimmung, die wiederum nicht ausschliesslich etwas mit dem Elektronischen Geschäftsverkehr zu tun hat.

Schlussfolgerung: Unseres Erachtens muss auf das generelle Verbot einer Beschränkung der Gewährleistung verzichtet werden. Stattdessen könnte die Beschränkung insofern vorgesehen werden, als dass sie nur dann gültig vereinbart werden könnte, falls die Beschränkung ausdrücklich, klar und unmissverständlich formuliert wäre.

SFMGV Bisher galt der Grundsatz „pacta sunt servanda“ und das Obligationenrecht enthielt weitestgehend dispositives Recht.

Der neue Artikel würde es u.a. auch unserer Branche verunmöglichen, beim Verkauf von Occasionsfahrzeugen, eine realistische Gewährleistungsgrenze zu vereinbaren. Gemäss dem neuen Art. 210 müsste auf Occasionen neu eine Garantiefrist von zwei Jahren gewährt werden. Ein Ding der Unmöglichkeit, wenn nicht die Verkaufspreise entsprechend gravierend angehoben werden, was kaum realistisch sein dürfte.

Mit dem Artikel 199 werden bisherige, in der Praxis gut eingespielte, realistische Garantiebegrenzungen (eine kürzere Garantiedauer oder eine bestimmte Kilometerleistung) für Fachgeschäfte verunmöglicht und nur noch

Privaten die Möglichkeit offen stehen, die Gewährleistung vertraglich auf ein realistisches Mass zu begrenzen. Sollen unsere Mitglieder in Zukunft nur noch Vermittler für private Occasionsverkäufe sein? Dies würde eine gravierende Verschlechterung der Verkehrstauglichkeit der Fahrzeuge mit sich bringen, denn Occasionsfahrzeuge wurden bisher vom Fachhandel nach bestem Wissen und Gewissen in Stand gestellt und zwar so, dass zudem eine nach menschlichem und technischem Ermessen vernünftige Garantiedauer angeboten werden konnte. Für zwei Jahre kann wohl kaum eine Gewährleistung für ein Occasionsfahrzeug gewährt werden, ohne dass ein immenser Wartungsaufwand betrieben wird, der die Verkaufspreise in die Höhe von Neufahrzeugen katapultiert.

Wenn schon etwas geändert werden soll, wäre es realistischer, eine neue Vorschrift zu erlassen, die zwingend vorschreibt, dass Gewährleistungsbeschränkungen klar und deutlich vorzunehmen sind.

SGV Ebenfalls in diesem Punkt geht es rein nur um Konsumentenschutz. Die Wegbedingung der Gewährleistung steht mit dem elektronischen Geschäftsverkehr in keinem zwingenden Zusammenhang. Der SGV setzt sich einem generellen Verbot einer Beschränkung der Gewährleistung mit Nachdruck entgegen. Dies u.a. auch, weil die Bestimmung geradezu geeignet ist, den Occasionsmarkt in den deutlich unsichereren Bereich des privaten Handels zu verdrängen.

SHV Aus grundsätzlichen Erwägungen sind wir dagegen, den Konsumenten zu bevormunden. Ein genereller Ausschluss der Möglichkeit, vertraglich die Gewährleistungspflichten einzuschränken, wie es Art. 199 lit. b vorsieht, lehnen wir ab. So kann es zum Beispiel im Gebrauchtwarengeschäft durchaus wünschenswert sein, die Gewährleistungspflichten anders zu vereinbaren, als es das Gesetz vorsieht. Eventualiter könnte auch hier mit einer weniger weitreichenden, konkreteren Bestimmung oder erschwerten Formvorschriften für die Beschränkung der Gewährleistung den wirklich berechtigten Schutzinteressen der Konsumenten gedient werden.

SICTA Art. 199 Bst. b OR: Auch diese Bestimmung geht viel zu weit. In dieser umfassenden Form jede Haftungseingrenzung im Konsumgeschäft auszuschliessen, könnte schwerwiegende Folgen haben und die Produkte unnötig verteuern. Zu bedenken ist beispielsweise, dass auch für Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) keine Haftungseingrenzung mehr möglich wäre. Insbesondere bei internationaler Beschaffung wären die Folgen unübersehbar.

Die Bestimmung geht übrigens weit über die Europäische Verbrauchsgüter-Richtlinie 1999/44/EG hinaus (insbesondere Art. 7). Eine Beschränkung von Haftungseingrenzungen wäre lediglich im "europäischen Mass" diskutabel.

SMBK Bisher galt der Grundsatz "pacta sunt servanda" und das Obligationenrecht enthielt weitestgehend dispositives Recht. Der neue Artikel würde vor allem Branchen mit Occasionsgeräten (Autos, Lastwagen, Kühlvitriolen und dergleichen) verunmöglichen, beim Verkauf von Occasionsfahrzeugen bzw. -geräten, eine realistische Gewährleistungsgrenze zu vereinbaren. Gemäss dem neuen Art. 210 müsste auf Occasionen neu eine Garantiefrist von zwei Jahren gewährt werden. Bei der Auto- und Zweiradbranche wohl ein Ding der Unmöglichkeit, wenn nicht die Verkaufspreise entsprechend massiv angehoben werden, was kaum realistisch sein dürfte. Mit dem Artikel 199 werden bisherige, in der Praxis gut

eingespielte, realistische Garantiebegrenzungen (z.B. im Autohandel eine kürzere Garantiedauer oder eine bestimmte Kilometerleistung) für Garagen verunmöglicht und nur noch Privaten die Möglichkeit offen stehen, die Gewährleistung vertraglich auf ein realistisches Mass zu begrenzen. Sollen unsere Mitglieder ihre Last- und Lieferwagen oder Kühlgeräte inskünftig nur bei sog. Privatpersonen erstehen können, die die Garantie reduzieren dürfen im Gegensatz zu den Garagen und Fachhändlern, die angesichts der Risiken viel höhere Preise verlangen müssten?

SMU Wir sind der Meinung, dass der in lit. b vorgenommene Ausschluss der Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht sehr gefährlich ist und daher zu streichen ist. Würde man ihn nicht weglassen, hätte dies sowohl für das Gewerbe als auch für den Konsumenten zur Folge, dass sich vor allem der Occasionsmarkt zunehmend über Private anstelle des Fachhandels abwickelt.

Diese Verlagerung wirkt sich negativ auf die Fahrzeugsicherheit aus und kann deshalb weder im Sinne des Gesetzgebers, noch im Sinne des Konsumenten sein und braucht nicht näher erläutert zu werden.

Dass die Verlagerung stattfindet begründet sich in der Tatsache, dass beim Verkauf durch eine Privatperson die Gewährleistungspflicht wie bis heute eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann und somit der Kaufpreis tiefer ausfällt, als wenn der gewerbliche Verkäufer, wie dies im Entwurf vorgesehen ist, während zwei Jahren für allfällige Mängel einzustehen hat.

Kommt hinzu, dass der Käufer unseres Erachtens den Entscheid, ob er für eine „Garantie“ etwas bezahlen will, oder ob er das Risiko eines Mangels selber tragen möchte, allein fällen. (Eine Beschränkung der Gewährleistung aufgrund arglistigen Verschweigens eines Mangels ist ja ohnehin ungültig.)

Aus den erwähnten Gründen schlagen wir nachfolgende Streichung vor:

Antrag: lit. b ersatzlos streichen.

Eventualiter: Wir stellen den Eventualantrag, dass die Gewährleistungspflicht zumindest für gebrauchte Güter im gegenseitigen Einverständnis der Vertragsparteien eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden darf. Dies aus folgenden Gründen:

Bei Occasionen handelt es sich um Unikate, die im allgemeinen nicht ersetzbar sind. Deshalb hat der Verbraucher bei diesen Gütern in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung.

Weiter muss sich eine längere Gewährleistungsfrist bekanntlich unmittelbar in einem höheren Kaufpreis niederschlagen. Es sind jedoch sehr wohl Fälle denkbar, in denen der Käufer gern eine kürzere Gewährleistungsfrist in Kauf nimmt, wenn er dafür einen tieferen Kaufpreis bezahlen muss. Dieser Entscheid hat beim Käufer zu liegen.

Überdies hätte die Beibehaltung der zweijährigen Gewährleistungspflicht für gebrauchte Güter eine in Anbetracht der Sicherheit unerwünschte Verlagerung der Occasionsverkäufe vom Fachhandel hin zum privaten Handel zur Folge (vgl. hierzu auch die oben gemachten Ausführungen), die es zu vermeiden gilt. Deshalb schlagen wir vor, lit. b wie folgt zu ändern:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit

gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Subeventualiter: Wir beantragen subeventualiter, dass die Parteien die Gewährleistungsfrist für gebrauchte Güter analog von Art. 7 Abs. 1 der „Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ vertraglich von 2 auf 1 Jahr beschränken können. Diese Beschränkung ist z.B. auch in Deutschland und Österreich, die zu unseren grössten Handelspartnern zählen, zulässig. Aus den genannten Gründen schlagen wir folgende Anpassung vor:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich ..., ..., getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, ... bestimmt ist.

neu lit. c: die Vereinbarung über die Gewährleistungsfrist von weniger als einem Jahr anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine gebrauchte bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

SVV Antrag:

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn:

der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat;

die Vereinbarung anlässlich eines im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrags zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine bewegliche Sache zum Gegenstand hat, ~~die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.~~

Begründung: Gemäss Entwurf wird neu die Wegbedingung der Gewährleistung im kommerziellen Geschäftsbereich in Konsumentenverträgen für ungültig erklärt. Begründet wird diese Änderung mit einer Anpassung an das Verbraucherrecht der EU. Aus der Optik des Konsumschutzes ist ein solches Verbot der Freizeichnung durchaus diskussionswürdig. Wie wir bereits verschiedentlich festgehalten haben, verwehren wir uns aber einer generellen Revision des Kaufrechts unter dem Titel des elektronischen Geschäftsverkehrs. Mit einer Beschränkung des Verbots auf Fernabsatzverträge wird der elektronische Geschäftsverkehr erfasst. In diesem Bereich rechtfertigt sich auch eine besondere Regelung für die Freizeichnung am ehesten. Wir beantragen deshalb eine entsprechende Begrenzung auf Verträge die im Fernabsatz abgeschlossen worden sind.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Beschränkung der Freizeichnung auf Konsumentenverträge. Damit geht der Verkäufer seiner Regressrechte verlustig, wenn sein Lieferant die Gewährleistungsansprüche vertraglich wegbedungen hat. Gerade in Anbetracht der neu angestrebten Regelung in Art. 197 Abs. 3 VE-OR kann es nicht sein, dass der Anbieter einerseits für öffentlich zugesicherte Äusserungen des Herstellers einzustehen hat, auf diesen dann aber nicht zurückgreifen kann, wenn sie sich als falsch erweist. Die Einschrän-

kung auf den persönlichen oder familiären Gebrauch einer Kaufsache ist deshalb nicht gerechtfertigt.

SWICO Wie der Begleitbericht richtig festhält, ist das Kaufrecht dispositiver Natur. Dies sollte es auch bleiben. Es muss dem Verkäufer oder Lieferanten weiterhin freigestellt sein, sich über verschiedene Leistungen zu differenzieren, worunter auch die Garantiebestimmungen gehören. Als Beispiel seien hier etwa Elektronikgeräte erwähnt, deren Garantie heute von 3 Monaten bis zu 3 Jahren geht.

Es würde für den angestrebten Zweck durchaus ausreichen, wenn eine entsprechende vertragliche Gewährleistungsbeschränkung klar und unmissverständlich darzustellen wäre.

Was völlig ausser Acht gelassen wird, ist die Tatsache, dass die zwingende Regelung der Gewährleistungen gegenüber den Konsumenten natürlich auch durch die ganze Handelskette hindurch Reflexwirkungen zeigen werden. Damit wird einzig erreicht, dass die erhöhte Haftung und erweiterte Gewährleistung letztlich zu einer Verteuerung der Ware in der Handelskette führen wird.

swisscom Das absolute Verbot der Wegbedingung der Gewährspflicht in Konsumentenkaufverträgen ist auf jeden Fall zu weitgehend. Selbst gestützt auf das Europäische Vorbild kann der Verkäufer Schadenersatz wegbedingen, solange er für alle anderen Gewährleistungspflichten einsteht. Es gibt keinen Grund hier weiter zu gehen als in der EU.

Im übrigen besteht auch hier wieder, ohne eine zwingende Regressmöglichkeit gegen den Lieferanten, die Gefahr, dass der Verkäufer in eine Sandwich-Position gerät und am Schluss das Delta zwischen seiner Verpflichtung dem Konsumenten gegenüber und seinen Ansprüchen gegen den Lieferanten selber zu tragen hat.

Swissmem Dieser Artikel ist abzulehnen, da er über die Bestimmungen von Art. 7 der Richtlinie 1999/44/EG hinausgeht.

UNIGe La nouvelle lettre b rend impératives les règles sur la garantie dans les ventes aux consommateurs, conformément à l'art. 7 al. 1 Directive sur les garanties. L'art. 8 LCD s'étant avéré insuffisant (Ernst A. KRAMER, AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz ?, RDS 118 / 1999 I 295 ss, 297 s.), l'amélioration de la situation des consommateurs n'est pas possible à moins d'accorder un caractère impératif aux art. 197 ss CO. La modification doit donc être saluée.

Cf. aussi 40a.

Uni ZH In Konsumentenverträgen darf die Sachmängelhaftung nicht wegbedungen werden (Art. 199 lit. b OR, analog zu Art. 7 VerbrGK-RiL), eine Neuregelung, die bei gebrauchten Sachen problematisch ist; denn bislang galt es für den Verkäufer einer gebrauchten Sache geradezu als Gebot wirtschaftlicher Vernunft, die Gewährleistung auszuschliessen oder einzuschränken.

VFGI Wie der Begleitbericht richtig festhält, ist das Kaufrecht dispositiver Natur. Dies sollte es auch bleiben. Es muss dem Verkäufer oder Lieferanten weiterhin freigestellt sein, sich über verschiedene Leistungen zu differenzieren, worunter auch die Garantiebestimmungen gehören. Als Beispiel seien hier etwa Geräte erwähnt, deren Garantie heute von 3 Monaten bis zu 3 Jahren geht.

Es würde für den angestrebten Zweck durchaus ausreichen, wenn eine entsprechende vertragliche Gewährleistungsbeschränkung klar und unmissverständlich darzustellen wäre.

Was völlig ausser Acht gelassen wird, ist die Tatsache, dass die zwingende Regelung der Gewährleistungen gegenüber den Konsumenten natürlich auch durch die ganze Handelskette hindurch Reflexwirkungen zeigen werden. Damit wird einzig erreicht, dass die erhöhte Haftung und erweiterte Gewährleistung letztlich zu einer Verteuerung der Ware in der Handelskette führen wird.

VIT Auch bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Regel des Konsumentenschutzes, weshalb sie im Hinblick auf die Anpassung des OR an den E-Commerce nicht erforderlich und daher abzulehnen ist.

Die vorgesehene, umfassende Form des Ausschlusses von Haftungsbegrenzungen im Konsumgeschäft könnte schwerwiegende Folgen haben und die Produkte unnötig verteuern. Zu bedenken ist beispielsweise, dass auch für Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen) keine Haftungsbegrenzung mehr möglich wäre. Insbesondere bei internationaler Beschaffung wären die Folgen unübersehbar.

Die Bestimmung geht weit über die Europäische Verbrauchsgüter-Richtlinie 1999/44/EG hinaus (insbesondere Art. 7). Eine Beschränkung von Haftungsbegrenzungen wäre, wenn überhaupt, nur im "europäischen Mass" diskutabel.

VSAI Der in lit. b vorgenommene Ausschluss der Aufhebung oder Beschränkung der Gewährleistungspflicht halten wir für problematisch und regen deshalb dringend an, diesen zu streichen. Würde man ihn nicht weglassen, hätte dies in unserem Gewerbe zu Folge, dass vor allem die Occasionsverkäufe künftig vermehrt über Private anstelle des Fachhandels abgewickelt würden. Dass sich dies negativ auf die Fahrzeugsicherheit auswirken kann, muss nicht näher erläutert werden. Die gezeigte Verlagerung wird deshalb stattfinden, weil beim Verkauf durch eine Privatperson die Gewährleistungspflicht wie bis heute eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann und somit der Kaufpreis tiefer ausfällt, als wenn der gewerbliche Verkäufer während, wie im Entwurf vorgesehen, zwei Jahren für allfällige Mängel einzustehen hat. Zudem muss der Käufer unseres Erachtens den Entscheid, ob er für eine „Garantie“ etwas bezahlen will, oder ob er das Risiko eines Mangels selber tragen möchte, allein fällen. (Eine Beschränkung der Gewährleistung aufgrund arglistigen Verschweigens eines Mangels ist ja ohnehin ungültig.)

Aus den erwähnten Gründen schlagen wir nachfolgende Streichung vor:

Antrag: lit. b ersatzlos streichen.

Eventualiter: Wir stellen den Eventualantrag, dass die Gewährleistungspflicht zumindest für gebrauchte Güter im gegenseitigen Einverständnis der Vertragsparteien eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden darf. Dies aus folgenden Gründen:

Bei Occasionen handelt es sich um Unikate, die im allgemeinen nicht ersetzbar sind. Deshalb hat der Verbraucher bei diesen Gütern in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung. Weiter muss sich eine längere Gewährleistungsfrist bekanntlich unmittelbar in einem höheren Kaufpreis niederschlagen. Es sind jedoch sehr wohl Fälle denkbar, in denen der Käufer

gern eine kürzere Gewährleistungsfrist in Kauf nimmt, wenn er dafür einen tieferen Kaufpreis bezahlen muss. Dieser Entscheid hat beim Käufer zu liegen. Überdies hätte die Beibehaltung der zweijährigen Gewährleistungspflicht für gebrauchte Güter eine in Anbetracht der Sicherheit unerwünschte Verlagerung der Occasionsverkäufe vom Fachhandel hin zum privaten Handel zur Folge (vgl. hierzu auch die oben gemachten Ausführungen), die es zu vermeiden gilt. Deshalb schlagen wir vor, lit. b wie folgt zu ändern:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Subeventualiter: Wir beantragen subeventualiter, dass die Parteien die Gewährleistungsfrist für gebrauchte Güter analog von Art. 7 Abs. 1 der „Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ vertraglich von 2 auf 1 Jahr beschränken können. Diese Beschränkung ist z.B. auch in Deutschland und Österreich, die zu unseren grössten Handelspartnern zählen, zulässig. Aus den genannten Gründen schlagen wir folgende Anpassung vor:

Antrag: lit. b: die Vereinbarung anlässlich ..., ..., getroffen wurde und der Vertrag eine neue bewegliche Sache zum Gegenstand hat, ... bestimmt ist.

neu lit. c: die Vereinbarung über die Gewährleistungsfrist von weniger als einem Jahr anlässlich eines Vertrages zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat, getroffen wurde und der Vertrag eine gebrauchte bewegliche Sache zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

321.17 Art. 201 Abs. 1 und 3 / Art. 201 al. 1 et 3 / Art. 201 cpv. 1 e 3

Kantone / Cantons / Cantoni

GE: La modification du délai pour signaler les défauts est une excellente chose, dans la mesure où bien des acheteurs victimes de tels défauts se sont vu opposer avec succès la tardiveté de leur avis. L'art. 201 CO est actuellement un véritable piège pour le consommateur.

Il serait souhaitable de modifier également l'art. 370 CO : l'avis des défauts devrait aussi pouvoir intervenir dans un "délai raisonnable" (et non plus "aussitôt") dans le contrat d'entreprise, à tout le moins lorsque le maître de l'ouvrage n'est pas un professionnel.

GL: Die Anzeige des Mangels an den Verkäufer soll neu nicht mehr sofort, sondern innert angemessener Frist erfolgen. Diese Verlängerung der Anzeigefrist ist grundsätzlich zu begrüssen. Immerhin kann man sich fragen, ob nicht eine klare Zeitangabe (z.B. innert 14 Tagen) mehr Rechtssicherheit brächte. Begründet wird die vorgeschlagene Regelung zwar damit, dass allein der Richter entscheiden könne, ob in einem konkreten Fall der Zeitraum von der Entdeckung des Mangels bis zu dessen Anzeige sich negativ auf die Interessen des Verkäufers ausgewirkt habe. Nach Ansicht der Regierung erscheint eine

derart starke Gewichtung der Interessen des Verkäufers zumindest nicht zwingend. Hier wird nämlich dem Kunden ein nicht unerhebliches Mass an Rechtsunsicherheit zugemutet, obwohl er den Mangel nicht zu vertreten hat. Aber auch der Verkäufer wüsste nie genau, ob Mängel rechtzeitig angezeigt worden sind oder nicht.

- JU:** Il convient ici d'admettre que le délai accordé actuellement à l'acheteur pour annoncer le défaut au vendeur peut se révéler parfois rigoureux, en particulier lorsque l'acheteur n'est pas lui-même commerçant. Dans ce sens, l'octroi d'un délai raisonnable à l'acheteur pour annoncer le défaut paraît être une solution acceptable, avec toutefois l'incertitude planant au-dessus de la notion de délai raisonnable. Quoi qu'il en soit, une telle solution devrait de toute manière être préférée à celle consistant à introduire un délai fixe de deux mois, tel que le prévoient les directives européennes.
- LU:** Es wäre wünschenswert, wenn die Formulierungen in den Art. 367 Abs. 1 und 370 Abs. 3 OR (Gewährleistungsregeln im Werkvertragsrecht) gleich lauten würden wie im neuen Art. 201 OR.
- SG:** Der Entwurf sieht in Art. 201 Abs. 1 vor, dass der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem innert angemessener Frist Anzeige machen soll. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es vorzuziehen, wenn sich der Käufer innert einer für ihn klaren Zeitspanne nach der Entdeckung des Mangels überlegen muss, ob er die Sache genehmigen oder dem Verkäufer die Mängel anzeigen will. Die in den EU-Richtlinien vorgesehene Lösung, dass die Anzeige des Mangels innert einer Frist von zwei Monaten seit Entdeckung erfolgen muss, ist darum der Lösung des Entwurfes vorzuziehen.
- TG:** Falsch wäre es, den Käufer bei Entdeckung von Mängeln nicht mehr zu deren sofortiger Anzeige, sondern zur Anzeige innert angemessener Frist zu verpflichten. Wohl entspricht diese Lösung dem Wiener Kaufrecht, doch ist nicht zu erkennen, weshalb nach erfolgter Entdeckung des Mangels mit der Anzeige sollte zugewartet werden können. Es dient nicht der Rechtssicherheit, wenn vom Richter nicht nur die Frist, innert welcher nach dem üblichen Geschäftsgang die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen ist, sondern auch jene, innert welcher Anzeige des entdeckten Mangels gemacht werden muss, jeweils nach den konkreten Umständen zu bestimmen sind. Die bisherige klare Regelung sollte beibehalten werden.
- TI** La sostituzione del termine "immediato" con uno "congruo" per far valere i difetti della cosa acquistata è a favore del consumatore. Il compratore non ha però parametri oggettivi per sapere entro quale termine deve reagire e corre il rischio di perdere i suoi diritti nel caso in cui l'apprezzamento del giudice non corrisponda al suo. La soluzione prevista dall'art. 5 paragrafo 2 della direttiva europea (termine di due mesi dalla constatazione dei difetti) è invero più rigida, ma offre ai contraenti una migliore sicurezza giuridica, perché è chiara e non abbisogna di interpretazioni. La Convenzione di Vienna, che prevede un "congruo" termine, disciplina le vendite tra commercianti e la trasposizione pura e semplice della sua soluzione non sembra adeguata ai rapporti contrattuali tra commercianti e consumatori. Siamo quindi dell'opinione che la sicurezza del diritto e l'esigenza di trasparenza richiedano la fissazione di un termine ben

preciso, come del resto, è proposto per il diritto di revoca (sette giorni) e la prescrizione (due anni).

- VD:** Le maintien de l'obligation de l'acheteur de vérifier la chose reçue semble naturel. En revanche, concernant l'avis des défauts, le terme actuel « sans délai » est préférable à la version proposée de « délai raisonnable ». Cette dernière laisse une grande marge d'interprétation, notamment au juge, et semble favoriser l'acheteur négligent.
- VS:** Wir sind der Ansicht, dass die bisherige Formulierung "sofort" anstelle von "innert angemessener Frist" beibehalten werden sollte. Dies daher, da die "angemessene Frist" für den Verkäufer und Käufer nicht zwingend immer gleich lang sein muss und somit mit dieser Formulierung einer unterschiedlichen Auffassung betreffend der "angemessenen Frist" Vorschub geleistet wird.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

- SVP** Mit der vorgesehenen Änderung dieses Artikels soll die Rüge- und faktisch auch die Prüfungspflicht verlängert werden. Dass die sofortige Rüge zu strikt sei, erweist sich klar als Widerspruch: Gerade in der heutigen schnelllebigen Zeit ist nicht einzusehen, weshalb von der Pflicht, Mängel sofort rügen zu müssen, abgewichen werden sollte. Auch diese Korrektur bezieht sich in keiner Weise auf den elektronischen Geschäftsverkehr und ist wiederum bloss konsumentenschutzrechtlich motiviert. Auch diese Änderung ist abzulehnen.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

- CP** Nous ne pouvons suivre le projet lorsqu'il tend à remplacer, lors de la vérification de la chose et l'avis au vendeur, le « sans délai » par la mention « d'un délai raisonnable ». En effet, la sécurité des transactions pourrait en pâtir et la porte est ainsi ouverte à tous les abus.
- EKK** La Commission apprécie notamment la mention de « délai raisonnable » de l'article 201 al. 1 i.f. P-CO. Cette solution est en effet moins rigide que celle du délai de deux mois prévu par la directive européenne pour les défauts qui peuvent surgir plus tard.

S'agissant de défauts présents dès l'achat du bien, la solution du droit suisse permet surtout de responsabiliser le consommateur et d'empêcher ainsi des abus de droit. Admettre que l'acheteur peut systématiquement attendre deux mois pour aviser le vendeur de défauts de conformité ouvre en effet la porte à une grande insécurité juridique pour les parties au contrat de vente, surtout pour le vendeur.

Pour le surplus, elle constate que, bien que l'art. 5 ch. 3 de la directive n'ait pas été repris dans le projet susmentionné, les dispositions concernant l'avis des défauts et l'action en garantie paraissent offrir des garanties de procédure suffisantes à l'acheteur.

Il convient, premièrement, de limiter fortement la portée pratique de l'article précité de la directive. La présomption que les défauts de conformité apparus dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien existent au moment de la délivrance de celui-ci n'est pas générale. En effet, elle ne s'applique pas

lorsqu'elle n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité. Cette restriction risque bien, dans la pratique, de mettre à néant la présomption.

Deuxièmement, l'art. 201 al. 1 P-CO prévoit que l'acheteur doit vérifier aussitôt qu'il le peut l'état de la chose reçue et signaler dans un délai raisonnable tous les défauts. Ces incombances sont en harmonie avec le principe de la bonne foi. L'écrit est bien évidemment à conseiller à l'acheteur pour la preuve de l'avis des défauts. Ainsi, plus consciencieusement et plus vite agira l'acheteur, mieux il pourra faire valoir et prouver ses droits. Comme mentionné ci-dessus et au ch. 7, le système de délais de deux, respectivement six mois, retenu par la directive en son art. 5 ch. 2 et 3, est un système qui n'apporte aucune sécurité juridique suffisante pour les deux parties au contrat de vente. De plus, il n'encourage pas assez la bonne foi et la responsabilité personnelle de l'acheteur.

Troisièmement, s'il s'agit d'un défaut important, l'acheteur pourra toujours faire constater ce défaut par un tiers, qu'il soit expert ou non. Il aura ainsi une preuve du défaut.

FEA Warum soll von der Pflicht, Mängel sofort rügen zu müssen, abgewichen werden? Die Korrektur kann nicht mit den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehr begründet werden: Sie ist daher wiederum ausschliesslich konsumentenschutzrechtlich motiviert. Die Änderung ist abzulehnen.

FRC Nous relevons, encore une fois, le manque de conformité du droit suisse par rapport au droit européen. Même s'il est vrai que la directive 1999/44/CE prévoit un système assez rigide, puisqu'elle impose un renversement du fardeau de la preuve en faveur du consommateur pendant un délai de 6 mois et un délai de 2 mois pour l'avis de défauts, nous nous interrogeons sur les conséquences pour les consommateurs suisses.

Dans un contexte de complexité technologique accrue des biens de consommation, en effet, nous estimons que l'établissement de la preuve du défaut, élément nécessaire pour l'exercice de l'action en garantie, est loin d'être aisée. La présomption de conformité et un délai de 2 mois pour l'avis de défaut apparaissent, par conséquent, comme les seuls moyens à disposition des consommateurs pour obtenir satisfaction dans le cas de défaut ou manque de qualités promises de la chose vendue.

FRI Le maintien de l'obligation de l'acheteur de vérifier la chose reçue nous semble naturel. En revanche, concernant l'avis des défauts, le terme actuel "sans délai" nous semble préférable à la version proposée de "délai raisonnable", cette dernière étant sujette à interprétation.

kf Die ungenaue Formulierung "innert angemessener Frist" im Abschnitt 1 hilft weder den Konsumenten noch den Anbietern, wird aber zu viel Ärger und vor allem unnötigen Kosten (Gericht) führen. Wir fordern die Dauer im Abschnitt 1 wie in der EU auf "2 Monate nach Erhalt der Ware" festzulegen, ebenfalls in Abschnitt 3.

kf: ¹ diesem innert 2 Monaten nach Erhalt der Ware Anzeige machen.

³ ...so muss die Anzeige innert 2 Monaten erfolgen, andernfalls die.....

KPMG L'avant-projet propose de remplacer les termes "sans délai" et "immédiatement" par "dans un délai raisonnable". L'avantage serait de ne pas

pénaliser inutilement le consommateur inexpérimenté tout en tenant compte des intérêts légitimes du vendeur. En outre, seul le juge serait à même de déterminer si, dans un cas d'espèce, le délai dans lequel l'avis a été donné a porté préjudice aux intérêts du vendeur, ce délai raisonnable variant donc selon la qualité des parties en présence.

Certes la modification proposée est attrayante de prime abord. On peut toutefois légitimement s'interroger sur le point de savoir si elle n'est pas contre-productive, voire même dangereuse. En effet, un consommateur inexpérimenté, puisque c'est de lui et uniquement de lui qu'il s'agit, pourrait penser, suite à une lecture rapide des textes de loi, qu'il n'a pas à réagir dans les meilleurs délais, mais qu'au contraire on lui offre un temps de réflexion. Créer une telle impression irait manifestement à l'encontre de l'intérêt que l'on souhaite protéger, à savoir celui du consommateur.

Par ailleurs, il nous paraît excessif de modifier de manière générale la loi pour un cas particulier (celui de la protection des consommateurs). En effet, il nous serait préférable, si l'on souhaite réellement modifier la loi, de prévoir une disposition spéciale pour les consommateurs.

A notre sens toutefois le texte actuel de l'article 201 CO permet la flexibilité voulue.

En effet, le juge, s'il est saisi, devra en tous les cas déterminer si l'annonce des défauts a eu lieu en temps utile.

Les remarques qui précèdent ne doivent cependant pas conduire à rejeter la modification proposée. Au contraire, l'on peut se demander si l'on ne souhaite pas offrir de manière générale un bref délai de réflexion, qui pourrait le cas échéant notamment favoriser des solutions amiables. Il s'agit de choisir dès lors une autre optique.

Dans un tel cas, il s'agirait donc de reformuler le rapport explicatif pour souligner la volonté de se rapprocher des textes internationaux afin de limiter les effets pervers d'une divergence entre les textes s'appliquant en cas de vente internationale (Convention de Vienne) et ceux réglementant une vente interne.

SAV Bereits die "Tunlichkeit" nach dem "üblichen Geschäftsgang" bietet dem Käufer genügend Spielraum. Die Frist zur Anzeige sollte gegenüber dem bestehenden Recht nicht geändert werden, da angesichts der ebenfalls vorgeschlagenen 2-jährigen Verjährungsfrist die Angemessenheit sich möglicherweise nach dieser Dauer richten wird, was für den Verkäufer eine ungerechtfertigte Verschlechterung seiner Situation darstellt.

Das zu Abs. 1 Gesagte gilt auch für Abs. 3.

SBV Diese Änderung steht wiederum in keiner Weise in Bezug mit dem Elektronischen Geschäftsverkehr, sondern ist wiederum konsumentenschutzrechtlich motiviert.

Mit der neuen Bestimmung soll die Rügefrist verlängert werden, indem nur noch innert einer „angemessenen Frist“ nach Erkennen des Mangels gerügt werden muss - statt wie bisher "sofort". Damit soll aber die Pflicht zur Prüfung des Käufers innert tunlicher Frist nicht ausgedehnt werden. - Doch faktisch wird mit der Verlängerung der Rügefrist auch die Prüfungsfrist ausgedehnt, kann doch faktisch nicht mehr überprüft bzw. überwacht werden, ob der tunlichen Prüfungspflicht in zeitlicher Hinsicht nachgekommen wurde.

Schlussfolgerung: Sowohl aufgrund der einen wie der anderen Überlegung sind diese Änderungen abzulehnen.

SFMGV Bisher waren Mängel sofort geltend zu machen. Die vorgeschlagenen beiden Absätze enthalten die Gefahr, dass die „angemessene Frist“ sich plötzlich an der im neuen Art. 210 stipulierten zweijährigen Frist orientiert, was für die Verkäufer eine extreme und ungerechtfertigte Verschlechterung darstellen würde.

SGV Auch diese Korrektur kann nicht mit den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs begründet werden. Die Verlängerung der Rüge- und damit auch der Prüfungspflicht ist wiederum einseitig konsumentenschutzrechtlich motiviert.

SICTA Wir begrüßen die Änderung.

SMBK Bisher waren Mängel sofort geltend zu machen. Die vorgeschlagenen beiden Absätze enthalten die Gefahr, dass die "angemessene Frist" sich plötzlich an der im neuen Art. 210 stipulierten zweijährigen Frist orientiert, was für die Verkäufer eine extreme und ungerechtfertigte Verschlechterung darstellen würde.

SVV Zu keinem Kommentar Anlass geben die Neuerungen in Art. 201 VE-OR und in Art. 204 VE-OR. Im ersten Fall wird die gängige Gerichtspraxis übernommen und im zweiten ist keine materielle Änderung erkennbar. Die Einführung eines Nachbesserungsrechts, wie in Art. 205ff. VE-OR vorgeschlagen, halten wir grundsätzlich für begrüßenswert. Da aber auch diese Änderungen in keinem Zusammenhang mit den Besonderheiten des Online-Geschäfts stehen, sind sie in eine Revision des Kaufrechts und nicht im Rahmen der Vorlage über den elektronischen Geschäftsverkehr einzubringen.

SWICO Bereits die "Tunlichkeit" nach dem "üblichen Geschäftsgang" bietet dem Käufer genügend Spielraum. Die Frist zur Anzeige sollte gegenüber dem bestehenden Recht nicht geändert werden, da angesichts der ebenfalls vorgeschlagenen 2-jährigen Verjährungsfrist die Angemessenheit sich möglicherweise nach dieser Dauer richten wird, was für den Verkäufer eine ungerechtfertigte Verschlechterung seiner Situation darstellt.

Das zu Abs. 1 Gesagte gilt auch für Abs. 3.

UNIGe Le projet propose le remplacement de l'avis immédiat des défauts, par un avis donné dans un délai raisonnable. Si une telle règle convient parfaitement à la vente commerciale (dans ce sens, l'art. 39 al. 1 CV), il n'en va pas de même pour la vente civile. En effet, l'absence d'avis donné à temps est l'un des motifs principaux (avec la brièveté du délai de prescription) pour lesquels, dans la pratique, l'acheteur échoue le plus souvent dans son action en garantie (SCHÖNLE, op. cit., p. 359 ss; KRAMER, op. cit., 301). Il conviendrait donc de supprimer à la fois l'exigence de la vérification et celle du délai raisonnable d'avis dans la vente civile. Si toutefois, ces incombances devaient être maintenues, il serait opportun, conformément à l'art. 5 al. 2 Directive sur les garanties, d'admettre la validité d'un avis donné dans les deux mois à compter de la date à laquelle l'acheteur a constaté le défaut, dans le but d'assurer une protection efficace au consommateur.

Uni ZH Die Untersuchungs- und Rügepflicht nach Art. 201 OR gilt für alle Kaufverträge, auch für den Konsumentenvertrag. Während früher die

Mängelanzeige gemäss Art. 201 Abs. 3 OR sofort zu machen war, soll es künftig genügen, wenn dies in angemessener Frist geschieht. Nicht angepasst ist dieser Neuregelung Art. 204 Abs. 2 OR, der verlangt, dass der Käufer den Tatbestand *ohne Verzug* gehörig feststellen lässt. Die Zweimonatsfrist von Art. 5 Abs. 2 VerbrGK-RiL erschien dem Gesetzgeber zu starr

VFIG Bereits die "Tunlichkeit" nach dem "üblichen Geschäftsgang" bietet dem Käufer genügend Spielraum. Die Frist zur Anzeige sollte gegenüber dem bestehenden Recht nicht geändert werden, da angesichts der ebenfalls vorgeschlagenen 2-jährigen Verjährungsfrist die Angemessenheit sich möglicherweise nach dieser Dauer richten wird, was für den Verkäufer eine ungerechtfertigte Verschlechterung seiner Situation darstellt.

Das zu Abs. 1 Gesagte gilt auch für Abs. 3.

321.18 Art. 204

Kantone / Cantons / Cantoni

LU: zu Art. 204 Abs. 3 OR: Der Begriff „...so zeitig als tunlich...“ wirkt reichlich antiquiert. Besser ist der übliche Ausdruck „...innert angemessener Frist...“. Wir verweisen beispielsweise auf die neue Formulierung in Art. 201 Abs. 1 OR.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP Diese Bestimmung soll – wohl aus konsumentenschutzrechtlichen Gründen – auf Kaufverträge unter Kaufleuten beschränkt werden. Entgegen dem Erläuternden Bericht erachtet die SVP die geltende Regelung als nicht zu streng und weist deshalb die vorgesehene Korrektur zurück.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS Art. 204 Abs. 3

Uns ist nicht klar, welche Aussage mit dem letzten Nebensatz des erwähnten Absatzes"- hat aber bei Vermeidung von Schadenersatz den Verkäufer so zeitig als tunlich hievon zu benachrichtigen" gemacht werden soll. Deshalb bitten wir um eine klare Formulierung der zitierten Passage.

FEA Diese Bestimmung soll - wohl aus konsumentenschutzrechtlichen Gründen - auf Kaufverträge unter Kaufleuten beschränkt werden. Wir erachten die geltende Regelung als nicht zu streng.

FRS Art. 204 Abs. 3 Verfahren bei Übersendung von anderem Ort

Bemerkung: Die Bedeutung des letzten Nebensatzes dieses Absatzes hat sich für uns auch nach mehrmaligen Durchlesen nicht erschlossen. Wir beantragen deshalb, die Aussage „(...) hat aber bei Vermeidung von Schadenersatz den Verkäufer so zeitig als tunlich hievon zu benachrichtigen" so zu formulieren, dass sie verständlich und vor allem interpretierbar wird.

Art. 204 Abs. 4 Verfahren bei Übersendung von anderem Ort

Ergänzungsantrag: Wird die Nachbesserung vom Verkäufer schlecht, verspätet oder nicht vorgenommen, so kann der Käufer, nachdem er den Verkäufer in Verzug gesetzt hat, auf die Sache verzichten (...)

Begründung: Das im vorliegenden Entwurf stipulierte Recht des Käufers, im Falle einer Sachmängelgewährleistung Nachbesserungen an der Sache verlangen zu können, begrüssen wir sehr. Bereits heute wird diese Möglichkeit in vielen Verträgen vereinbart. Gemäss der heutigen Rechtssprechung lebt das Recht auf Wandelung und Minderung wieder auf, obschon diese zu Gunsten der Nachbesserung vertraglich ausgeschlossen wurden, falls es dem Verkäufer nicht gelingt, einen bestimmten Mangel beim dritten Reparaturversuch zu beheben. Demgegenüber bedeutet der im jetzigen Entwurf gemachte Vorschlag eine Verschärfung, die zu unverhältnismässigen Ansprüchen des Kunden führen könnte. Dieser könnte unter Umständen Wandelung oder Minderung geltend machen, nachdem der Verkäufer beispielsweise bei einer mehrere Tage dauernden Reparatur bloss eine Stunde in Verzug ist. Aus diesem Grund darf u.E. der Kunde erst dann eine Preisminderung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, nachdem er dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Mängelbehebung gesetzt hat. Die von uns beantragte Präzisierung ist ganz im Sinne eines klaren rechtlichen Ablaufs und trägt damit zu grösserer Rechtsicherheit bei.

KPMG L'avant-projet propose de limiter l'application de l'article 204 CO aux ventes conclues entre professionnels du commerce. Le souci serait, selon le rapport explicatif, de limiter les devoirs qui s'imposent au consommateur et lui permettre de rejeter immédiatement un bien affecté d'un défaut. Quel sens faut-il donner au terme "rejet"? Est-ce une résolution du contrat? S'agit-il d'une sorte de droit de révocation? Veut-on attendre ce droit de révocation également en l'absence de contrats conclus à distance stricto sensu, mais où seul le bien serait expédié d'un autre lieu? L'acquéreur peut-il renvoyer sans autre le bien?

L'avant-projet dans sa teneur actuelle ne règle pas ces questions; pas plus qu'il ne règle le sort d'un objet affecté de défaut en cas de vente à distance entre deux particuliers. Ce dernier type de vente risque toutefois de se développer rapidement compte tenu du succès remporté par certains sites de ventes aux enchères. Y a-t-il lacune de la loi ou doit-on parler de silence qualifié? A notre sens cette discussion ne doit pas avoir lieu, mais le projet de modification doit au contraire clairement appréhender les devoirs de l'acheteur non professionnel en cas de vente à distance.

SBV Einmal mehr handelt es sich um eine Änderung der Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

Die Bestimmung wird aus Überlegungen des Konsumentenschutzes auf Kaufverträge unter Kaufleuten beschränkt, während das geltende Recht derzeit für alle Arten von Verträgen anwendbar ist. Die Änderung wird damit begründet, die geltende Regel sei für den Konsumenten zu streng und die Bestimmungen in Art. 201 und Art. 207 Abs. 3 OR würden dem Verkäufer genügend Schutz bieten. Diese Meinung können wir nicht teilen.

Schlussfolgerung: Sowohl aufgrund der einen wie der anderen Überlegung sind diese Änderungen abzulehnen.

- SFMGV** Neu soll diese Vorschrift nur noch „im Falle eines Vertrages unter Kaufleuten“ gelten. Wir können nicht nachvollziehen, warum es einem Privaten nicht auch weiterhin zuzumuten ist, eine Mängelrüge zu erheben und zur Schadensminderung beizutragen. Soll es in unserem Land nur noch geschützte Privatkäufer geben? Dies wäre für die Verkäufer eine ungerechtfertigte Verschlechterung. Zudem finden wir auch dem Begriff „Vertrag unter Kaufleuten“ nirgendwo sonst im Obligationenrecht.
- SICTA** Aus unserer Sicht besteht kein Bedürfnis für eine Rechtsänderung, aber wir erheben gegen den neuen Vorschlag auch keine Einwendungen.
- SMBK** Neu soll diese Vorschrift nur noch "im Falle eines Vertrages unter Kaufleuten“ gelten. Wir können nicht nachvollziehen, warum es einem Privaten nicht auch weiterhin zuzumuten ist, eine Mängelrüge zu erheben und zur Schadensminderung beizutragen. Soll es in unserem Land nur noch geschützte Privatkäufer geben? Dies wäre für die Verkäufer eine ungerechtfertigte Verschlechterung. Zudem finden wir auch dem Begriff "Vertrag unter Kaufleuten“ nirgendwo sonst im Obligationenrecht.
- SMU** Uns ist nicht klar, welche Aussage mit dem letzten Nebensatz des erwähnten Absatzes „... hat aber bei Vermeidung von Schadenersatz den Verkäufer so zeitig als tunlich hievon zu benachrichtigen“ gemacht werden soll. Deshalb bitten wir um eine klare Formulierung der zitierten Passage.
- SVV** Siehe Art. 201 Abs. 1 und 3 / Voir art. 201 al. 1 et 3 / Vedi art. 201 cpv. 1 e 3
- SWICO** Die im Begleitbericht ausgeführte Begründung, dass die Bestimmungen des geltenden Art. 204 für Distanzkäufe mit einem Privaten zu streng sind, kann nicht nachvollzogen werden. Auch ein Privater sollte in der Lage sein, eine Mängelrüge zu erheben, bevor die Sache retourniert wird. Ebenso ist die Feststellung des Mangels "zur Zeit der Empfangnahme" durch einen Dritten über den Frachtführer möglich und zumutbar. Es ist weiter festzustellen, dass der Begriff des "Vertrages unter Kaufleuten" in der schweizerischen Gesetzgebung u.W. nirgendwo erscheint oder definiert ist und demzufolge vermieden werden sollte.
- Swissmem** Für diese Erleichterung zugunsten der Verbraucher wird kein Bedürfnis nachgewiesen.
- UNIGe** La terminologie française risque de provoquer une confusion entre la "vente à distance" (art. 204 P-CO, titre marginal inchangé) et le contrat "conclu à distance" (art. 40c P-CO). Ce risque n'existe pas en allemand qui distingue entre *Fernabsatz* (art. 40c P-CO) et *Verfahren bei Übersendung von anderem Ort* (art. 204 P-CO, titre marginal inchangé). La limitation de la norme à la vente commerciale peut être approuvée.
- VFGI** Die im Begleitbericht ausgeführte Begründung, dass die Bestimmungen des geltenden Art. 204 für Distanzkäufe mit einem Privaten zu streng sind, kann nicht nachvollzogen werden. Auch ein Privater sollte in der Lage sein, eine Mängelrüge zu erheben, bevor die Sache retourniert wird. Ebenso ist die Feststellung des Mangels "zur Zeit der Empfangnahme" durch einen Dritten über den Frachtführer möglich und zumutbar. Es ist weiter festzustellen, dass der Begriff des "Vertrages unter Kaufleuten" in der schweizerischen Gesetzgebung u.W. nirgendwo erscheint oder definiert ist und demzufolge vermieden werden sollte.

VSAI Zu Abs. 3: Uns ist nicht klar, welche Aussage mit dem letzten Nebensatz des erwähnten Absatzes „... hat aber bei Vermeidung von Schadenersatz den Verkäufer so zeitig als tunlich hievon zu benachrichtigen“ gemacht werden soll. Deshalb bitten wir um eine klare Formulierung der zitierten Passage.

321.19 Art. 205 Abs. 1 und 4 / Art. 205 al. 1 et 4 / Art. 205 cpv. 1 e 4

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Unseres Erachtens sollte auch Art. 205 Abs. 2 an die neue Möglichkeit der Nachbesserung der Sache angepasst werden. Das Gericht sollte also statt auf Wandelung auf Minderung oder Nachbesserung erkennen können.

In Abs. 4 hat sich wohl ein Redaktionsfehler eingeschlichen. So soll der Käufer wohl nicht auf die Sache, sondern auf die Nachbesserung verzichten und die anderen Ansprüche nach Abs. 1 geltend machen können.

NE: Il est temps d'introduire dans notre législation la possibilité donnée à l'acheteur d'exercer une action tendant à exiger la réparation de la chose. Cette possibilité est attendue par les milieux économiques. De plus, une telle action en réparation est conforme à la législation européenne.

TG: Die in Art. 205 und 206 OR vorgesehene Einführung des Nachbesserungsrechts zugunsten des Käufers erscheint sachgerecht und ist zu begrüßen.

TI Il diritto di ottenere la riparazione della cosa difettosa, riservata l'impossibilità o la sproporzione dell'intervento, consente al compratore di conservare l'oggetto, adeguatamente riparato. Questa innovazione, come quella di ottenere la sostituzione di cose fungibili, permette al compratore di allargare il ventaglio di scelte a sua disposizione e merita pertanto approvazione.

VD: L'ajout de l'action en réparation aux actions ouvertes actuellement à l'acheteur correspond à une récente directive européenne. Le Conseil d'Etat est favorable à cette harmonisation de notre droit national.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP Auch diese Änderung ist nicht durch den elektronischen Geschäftsverkehr bedingt und ist deshalb auch nicht in diesem Rahmen vorzunehmen. Immerhin ist aber zu erwähnen, dass die Einführung einer Nachbesserungspflicht unter gegebenen Umständen zu prüfen wäre.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi lett. c

Riteniamo che la lett. c dovrebbe essere completata con l'aggiunta: "**senza spese supplementari** a carico del compratore".

AGVS *Art. 205 Abs. 4*

Das im. Entwurf vorgesehene Recht des Käufers, im Falle einer Sachmängelgewährleistung Nachbesserung der Sache verlangen zu können, begrüßen wir sehr. Diese Möglichkeit wird ja bereits heute in vielen Verträgen vereinbart.

Gemäss der heutigen Rechtsprechung lebt das Recht auf Wandelung und Minderung wieder auf, auch wenn diese zu Gunsten der Nachbesserung vertraglich ausgeschlossen wurden, sofern es dem Verkäufer nicht gelingt, einen bestimmten Mangel nach dem dritten Reparaturversuch zu beheben. Der im Entwurf gemachte Vorschlag ist demgegenüber eine Verschärfung und könnte zu unverhältnismässigen Ansprüchen des Kunden führen. Z.B. könnte ein Kunde unter Umständen Wandelung oder Minderung geltend machen, nachdem der Verkäufer beispielsweise bei einer mehrere Tage dauernden Reparatur bloss eine Stunde in Verspätung ist.

Aus diesem Grund schlagen wir vor, dass der Käufer erst eine Preisminderung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann, nachdem er dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Mangelbehebung gesetzt hat.

Im Sinne eines klaren rechtlichen Ablaufs und somit im Sinne vermehrter Rechtssicherheit regen wir zu folgender Präzisierung von Absatz 4 an:

Antrag:(4) Wird die Nachbesserung vom Verkäufer schlecht, verspätet oder nicht vorgenommen, so kann der Käufer, nachdem er den Verkäufer in Verzug gesetzt hat, auf die Sache verzichten und... geltend machen.

CP Nous souscrivons pleinement à l'action en réparation.

economiesuisse Der Einführung eines Nachbesserungsanspruches stimmen wir zu.

EKK La Commission regrette qu'il ne soit pas fait mention, dans le texte du projet, que la réparation ou le remplacement du bien défectueux n'occasionne aucun frais pour l'acheteur, comme cela est mentionné expressément à l'art. 3 ch. 2, 3 et 4 de la directive.

Elle demande dès lors que l'art. 205 al. 1 lit. c P-CO soit modifié comme suit : « Exiger la réparation de la chose, sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné. ». Elle propose aussi un nouvel art. 206 al. 3 P-CO qui se lise comme suit : « Le remplacement de la chose vendue est effectué sans frais pour l'acheteur. »

FEA Auch diese Änderung ist nicht durch den elektronischen Geschäftsverkehr bedingt und ist deshalb auch nicht in diesem Rahmen vorzunehmen. Die Einführung einer Nachbesserungspflicht könnte aber bei einer Revision des Kaufrechtes geprüft werden.

FRC Nous demandons que l'alinéa 1, lettre c de l'article 205 soit modifié comme suit: «exiger la réparation de la chose vendue sans frais pour le consommateur, ni de réparation, ni de port» et l'ajout d'un nouvel alinéa à l'art. 206 comme suit : «le remplacement de la chose vendue est effectué sans frais, ni de réparation, ni de port pour le consommateur».

FRI Le projet d'article 205 CO ajoute l'action en réparation aux actions ouvertes actuellement à l'acheteur en cas de défaut de la chose, à savoir l'action en résolution du contrat et en réduction de prix.

Cet ajout permet d'harmoniser notre législation à une récente directive européenne.

Cette nouvelle action nous paraît être source de nombreuses complications, dès lors que les questions concernant la nature, la possibilité et la proportionnalité de la réparation revendiquée devront préalablement être réglées, le cas échéant par le juge. Le fait que le vendeur ne soit pas, dans la plupart des

cas, celui qui effectue la réparation nous fait également douter de l'applicabilité de cette nouvelle action.

KVN Siehe Art. 197 Abs. 3 / Voir art. 197 al. 3 / Vedi art. 197 cpv. 3

SBV Wiederum handelt es sich um die Änderung einer Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

Vorweg bemerkt sei, dass in Abs. 4 des Entwurfes ein Schreibfehler enthalten ist: Statt „Sache“ müsste es doch wohl „Nachbesserung“ heissen. Denn wird z.B. Minderung verlangt, verzichtet der Käufer nicht auf die Sache, sondern verlangt letztlich lediglich die Herabsetzung des Entgeltes.

Die Überlegungen der Ergänzung des Wahlrechts mit der Option der „Nachbesserung“, verbunden mit deren Einschränkung auf „mögliche und nicht unverhältnismässige“ könnten allenfalls sinnvoll sein. Auch die Ergänzung, wonach bei erfolglos verlangter Nachbesserung auf das Wahlrecht zw. den verbleibenden 2 Optionen zurückgekommen werden kann (neuer Abs. 4), wäre bei einer allfälligen Änderung wohl zu unterstützen.

Immerhin sei zu Letzterem beigefügt, dass diese Bestimmung allgemeiner abgefasst sein sollte, nämlich derart, dass nicht nur im Falle der erfolglosen Nachbesserung, sondern auch bei erfolgloser Geltendmachung einer andern Option das Wahlrecht wieder aufflackern würde.

SFMGV Schon der Gesetzgeber hatte seinerzeit erkannt, dass mit der Gewährung eines Nachbesserungsanspruches praktische Probleme entstünden. Der neue Vorschlag löst diese Probleme nicht, sondern fördert Prozesse, bei denen der Richter abklären lassen müsste, ob eine Nachbesserung unmöglich oder unverhältnismässig sei.

Ein Nachbesserungsrecht des Käufers ist weiterhin abzulehnen.

SGV Die hier zur Diskussion gestellte Einführung eines Nachbesserungsanspruches steht wiederum in keinem direkten Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr, könnte jedoch aus Sicht des SGV bei einer grundsätzlichen Revision des Kaufrechtes näher geprüft werden.

SMBK Schon der Gesetzgeber hatte seinerzeit erkannt, dass mit der Gewährung eines Nachbesserungsanspruches praktische Probleme entstünden. Der neue Vorschlag löst diese Probleme nicht, sondern fördert Prozesse, bei denen der Richter abklären lassen müsste, ob eine Nachbesserung unmöglich oder unverhältnismässig sei. Ein Nachbesserungsrecht des Käufers ist weiterhin abzulehnen.

SMU Das im Entwurf vorgesehene Recht des Käufers, im Falle einer Sachmängelgewährleistung Nachbesserung der Sache verlangen zu können, begrüssen wir sehr. Diese Möglichkeit wird ja bereits heute in vielen Verträgen vereinbart.

Gemäss der heutigen Rechtsprechung lebt das Recht auf Wandelung und Minderung wieder auf, auch wenn diese zu Gunsten der Nachbesserung vertraglich ausgeschlossen wurden, sofern es dem Verkäufer nicht gelingt, einen bestimmten Mangel nach dem dritten Reparaturversuch zu beheben.

Der im Entwurf gemachte Vorschlag ist demgegenüber eine Verschärfung und könnte zu unverhältnismässigen Ansprüchen des Kunden führen. So könnte ein Kunde unter Umständen Wandelung oder Minderung geltend machen, nachdem der Verkäufer beispielsweise bei einer mehrere Tage dauernden

Reparatur bloss eine Stunde in Verspätung ist. Aus diesem Grund schlagen wir vor, dass der Käufer erst eine Preisminderung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann, nachdem er dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Mangelbehebung gesetzt hat.

Im Sinne eines klaren rechtlichen Ablaufs und somit im Sinne vermehrter Rechtssicherheit regen wir zu folgender Präzisierung von Absatz 4 an:

Antrag: (4) Wird die Nachbesserung vom Verkäufer schlecht, verspätet oder nicht vorgenommen, so kann der Käufer, nachdem er den Verkäufer in Verzug gesetzt hat, auf die Sache verzichten und ... geltend machen.

SVV Siehe Art. 201 Abs. 1 und 3 / Voir art. 201 al. 1 et 3 / Vedi art. 201 cpv. 1 e 3

SWICO Die im Begleitbericht ausgeführten Gründe, warum der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und ein grosser Teil der Lehre einen Anspruch des Käufers auf Nachbesserung ablehnen, sind selbsterklärend. Das genannte Praxisproblem wird durch die Ergänzung von lit. c nicht gelöst. Es soll nach wie vor - wie dies die Praxis ist - dem Verkäufer anheim gestellt sein, ob er den Aufwand einer Nachbesserung auf sich nimmt oder Ersatzlieferung anbietet. Das Wahlrecht seitens des Käufers ist also unsachgemäss und sollte geändert werden und es soll nicht am Verkäufer sein, nachzuweisen, dass eine Nachbesserung unverhältnismässig ist.

Zudem ist die Formulierung in Abs. 4 unklar. Wenn wirklich gemeint ist, dass der Käufer "auf die Sache" verzichten kann, sollte richtigerweise nur noch die Wandelung nach lit. a möglich sein. Ist hingegen die Meinung, dass der Käufer "auf die Nachbesserung" verzichtet, müsste auch Minderung gem. lit. b möglich sein.

swisscom Artikel 205 Abs. 1 lit. c): Wir begrüssen die Einführung des Nachbesserungsrechts für Konsumenten. Dieses muss aber zwingend auch mit einem Nachbesserungsrecht des Verkäufers verbunden werden.

Swissmem Gegen die generelle Einführung des Rechts auf Nachbesserung beim Fahrniskauf ist nichts einzuwenden. Es entspricht weitgehend der Praxis, nicht nur bei Geschäften mit Verbrauchern (vgl. Allg. Bedingungen für Maschinen und Anlagen des VSM, Ziff. 13) und hat sich bewährt.

UNIGe Le projet ajoute un moyen nouveau à ceux dont bénéficie l'acheteur, à savoir la réparation de la chose défectueuse. Cette innovation bienvenue correspond à la tendance internationale (art. 3 al. 2 et 3 Directive sur les garanties, art. 46 al. 3 CV) et aux vœux d'une partie de la doctrine (KRAMER, op. cit, p. 298 s.; SCHÖNLE, op. cit, p. 350 ss, 362). En outre, le projet renonce, à juste titre, à la hiérarchie des moyens prévue par l'art. 3 al. 3 et 5 Directive sur les garanties, qui introduit une complication inutile de l'exercice de la garantie.

Le projet ne mentionne pas que la réparation doit être gratuite (art. 3 al. 3 Directive sur les garanties). Il serait opportun de le préciser et d'ajouter les mots "sans frais" à l'art. 205 al. 1 lit. c P-CO après "Exiger la réparation de la chose".

L'art. 205 al. 1 P-CO conserve, aux lettres a et b, la terminologie actuelle qui se réfère à "l'exercice" de "l'action" rédhibitoire ou en réduction du prix, alors que la lettre c donne à l'acheteur le droit d'"exiger" la réparation de la chose. Il aurait mieux valu uniformiser les textes tout en tranchant la controverse entre les auteurs exigeant que la résolution ou la diminution du prix soit prononcée

par le juge (Hans GIGER, Kauf und Tausch - Die Schenkung (art. 184-252 CO), Berner Kommentar, Berne 1977, N 12 ad art. 205 CO) et ceux qui permettent à l'acheteur d'exercer un droit formateur tendant à la résolution ou à la diminution du prix par une simple déclaration unilatérale de volonté sujette à réception (Pierre TERCIER, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Zurich 1995, N 455; dans ce sens, ATF 126 / 2000 III 83, SJ 2001 I ...). La seconde solution mérite la préférence pour trois motifs: elle maintient la cohérence avec les règles de la demeure du débiteur (art. 107 al. 2 et 109 CO) et avec celles relatives à l'invalidation pour vices du consentement (art. 21, 31 ss CO); elle est plus simple, sans nuire aux intérêts du vendeur qui, par son simple désaccord, peut rendre une action judiciaire nécessaire; elle correspond à la tendance internationale (art. 3 al. 3, 5 et 6 Directive sur les garanties, art. 46, 49 et 50 CV). Une légère modification du texte de l'art. 205 al. 1 P-CO serait nécessaire.

Proposition (art. 205 al. 1):

Dans les cas de garantie en raison des défauts de la chose, l'acheteur peut, à son choix, exercer le droit de:

a) résoudre de la vente;

b) exiger la réduction du prix;

c) exiger la réparation de la chose sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné.

ad a): il est généralement reconnu qu'il s'agit d'une résolution et non d'une résiliation de la vente

ad b): il vaut mieux éviter l'expression "indemnité pour la moins-value" qui provoque une confusion entre la diminution du prix et les dommages-intérêts. Le premier moyen n'est pas soumis à la faute, alors que le second l'est, du moins en ce qui concerne le dommage indirect (art. 209a al. 2 P-CO)

ad c): cf. *supra*.

L'art. 205 al. 4 P-CO précise la portée du troisième moyen, en permettant à l'acheteur de "renoncer à la chose et recourir aux autres moyens prévus à l'al. 1" si le vendeur exécute mal ou tardivement la réparation ou s'il ne l'exécute pas. Le but de cet alinéa est d'éviter d'obliger l'acheteur à procéder selon les art. 107-109 CO contre le vendeur défaillant (Rapport explicatif, p. 23 s.). Le texte contient cependant une contradiction interne: les "autres moyens prévus à l'al. 2" sont la résolution et la réduction du prix. Or "renoncer à la chose" aurait pour effet de limiter les droits de l'acheteur à la résolution, ce qui ne correspond pas à la volonté affichée par le Rapport explicatif (p. 24: "l'acheteur peut opter pour la réduction du prix, cas échéant, pour la résolution de la vente).

Il conviendrait de modifier un mot du texte: "..., l'acheteur peut renoncer à la réparation et recourir aux autres moyens prévus à l'al. 1".

L'art. 205 al. 4 P-CO est notamment applicable si le vendeur exécute "tardivement" la réparation. On peut hésiter sur le sens à donner à l'adverbe "tardivement". Les mots "dans un délai raisonnable" figurant à l'art. 3 al. 3 Directive sur les garanties ont l'avantage d'être courants et sont utilisés dans le même contexte (art. 201 al. 1 et 3 P-CO). Ils sont préférables:

"Si le vendeur n'exécute pas la réparation, ne l'exécute pas dans un délai raisonnable ou l'exécute mal, ...".

Uni ZH Neu eingeführt wird das in praxi verbreitete, aber im Obligationenrecht nicht vorgesehene Nachbesserungsrecht (Art. 205 Abs. 1 und 4 OR). Insoweit vollzieht der VE nur, was längst Praxis ist.

VFGI Die im Begleitbericht ausgeführten Gründe, warum der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und ein grosser Teil der Lehre einen Anspruch des Käufers auf Nachbesserung ablehnen, sind selbsterklärend. Das genannte Praxisproblem wird durch die Ergänzung von lit. c nicht gelöst. Es soll nach wie vor - wie dies die Praxis ist - dem Verkäufer anheim gestellt sein, ob er den Aufwand einer Nachbesserung auf sich nimmt oder Ersatzlieferung anbietet. Das Wahlrecht seitens des Käufers ist also unsachgemäss und sollte geändert werden und es soll nicht am Verkäufer sein, nachzuweisen, dass eine Nachbesserung unverhältnismässig ist.

Zudem ist die Formulierung in Abs. 4 unklar. Wenn wirklich gemeint ist, dass der Käufer "auf die Sache" verzichten kann, sollte richtigerweise nur noch die Wandelung nach lit. a möglich sein. Ist hingegen die Meinung, dass der Käufer "auf die Nachbesserung" verzichtet, müsste auch Minderung gem. lit. b möglich sein.

VIT Grundsätzlich ist die Einführung eines Nachbesserungsrechtes für den Käufer zu begrüssen. Gerade bei Fernabsatzverträgen muss es jedoch möglich sein, die Nachbesserung auszuschliessen. Dies wird jedoch durch Art. 199 lit. b OR ausgeschlossen, was erneut die Unangemessenheit dieser Regelung aufzeigt.

VSAI Abs. 4 : das im Entwurf vorgesehene Recht des Käufers, im Falle einer Sachmängelgewährleistung Nachbesserung der Sache verlangen zu können, begrüssen wir sehr. Diese Möglichkeit wird ja bereits heute in vielen Verträgen vereinbart.

Gemäss der heutigen Rechtsprechung lebt das Recht auf Wandlung und Minderung wieder auf, auch wenn diese zu Gunsten der Nachbesserung vertraglich ausgeschlossen wurden, sofern es dem Verkäufer nicht gelingt, einen bestimmten Mangel nach dem dritten Reparaturversuch zu beheben. Der im Entwurf gemachte Vorschlag ist demgegenüber eine Verschärfung und könnte zu unverhältnismässigen Ansprüchen des Kunden führen. Z.B. könnte ein Kunde unter Umständen Wandlung oder Minderung geltend machen, nachdem der Verkäufer beispielsweise bei einer mehrere Tage dauernden Reparatur bloss eine Stunde in Verspätung ist. Aus diesem Grund schlagen wir vor, dass der Käufer erst eine Preisminderung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann, nachdem er dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Mangelbehebung gesetzt hat.

Im Sinne eines klaren rechtlichen Ablaufs und somit im Sinne vermehrter Rechtssicherheit regen wir zu folgender Präzisierung von Absatz 4 an:

Antrag: (4) Wird die Nachbesserung vom Verkäufer schlecht, verspätet oder nicht vorgenommen, so kann der Käufer, nachdem er den Verkäufer in Verzug gesetzt hat, auf die Sache verzichten und ... geltend machen.

Kantone / Cantons / Cantoni**BS:** Zu Art. 206 Abs. 2 OR

Die vorliegende Revision könnte dazu benutzt werden, die Beschränkung auf den Platzkauf fallen zu lassen, da sie angesichts moderner Transportverhältnisse wohl nicht mehr zeitgemäss ist. Die herrschende Lehre gewährt dem Verkäufer das Nachlieferungsrecht auch beim Distanzkauf (Komm. Honsell, Art. 206 OR, N 1; BK Giger N 19; ebenso Bucher, BT 117).

TG: cf. art. 205.**TI** Siehe Art. 205 / Voir art. 205 / Vedi art. 205Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate**acsi** cpv. 1 e 2

Analogamente, anche l'art. 206 cpv. 1 e 2 andrebbe completato con l'aggiunta: "**senza spese supplementari a carico del compratore**".

SBV Einmal mehr handelt es sich um die Änderung einer Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

zu Abs. 1: Wird Art. 205 OR in vorgeschlagener Form geändert, dürfte wohl diese Anpassung sinnvoll sein.

zu Abs. 2: Redaktionelle Änderungen wie die Streichung des Schadenersatzes bzw. die Umplazierung in einen neuen Artikel (Art. 209a OR) sollten nicht unbegründet und ohne Not gemacht werden. Zudem scheint uns, dass in Art. 209a die Haftung ausgedehnt wird (vgl. auch hinten zu Art. 209 OR). Ob sodann diese Ausdehnung gerechtfertigt ist, bezweifeln wir; hingegen sind wir der Meinung, dass eine saubere Regelung in einer gemeinsamen Bestimmung Sinn machen könnte.

SFMGV Da wir ein zwingend vorgeschriebenes Nachbesserungsrecht des Käufers ablehnen (vgl. unsere Bemerkungen zu Artikel 205), lehnen wir mit der gleichen Begründung auch Artikel 206 ab.**SMBK** Da wir ein zwingend vorgeschriebenes Nachbesserungsrecht des Käufers ablehnen (vgl. unsere Bemerkungen zu Artikel 205), lehnen wir mit der gleichen Begründung auch Artikel 206 ab.**SWICO** Mit der Ablehnung des zwingenden Nachbesserungsrechtes nach Art. 205 ist auch Art. 206 abzulehnen.**swisscom** Artikel 206 Abs. 1: Der Verkäufer muss auch hier das Recht und nicht nur die Pflicht haben, eine Ersatzleistung zu erbringen.**UNIGe** L'art. 206 reproduit une imprécision terminologique du droit actuel. Il mentionne les "choses fongibles" au début de l'alinéa 1er, les "autres choses recevables du même genre" *in fine*. L'unanimité règne sur le fait que l'actuel art. 206 CO n'est pas limité aux choses fongibles, comme son texte l'indique, mais s'applique aux choses de genre, l'important n'étant pas qu'on puisse peser et mesurer les choses vendues, mais qu'elles ne soient décrites que par les

caractéristiques de leur genre. Il faudrait par conséquent éviter l'utilisation du terme "fongible".

Modification proposée: "*Lorsque la vente porte sur des choses de genre, ...*".

Les art. 205 et 206 P-CO perpétuent la distinction entre corps certain et choses de genre, qui n'est pas nécessairement fondée. Le garagiste vendant une voiture d'une certaine marque dont il dispose en stock et que l'acheteur a choisie, est parfaitement en mesure de remplacer celle-ci, quoiqu'il s'agisse d'un corps certain. Or, lorsque le remplacement est possible, il n'y a aucune raison de ne pas accorder ce droit à l'acheteur. Le droit au remplacement pourrait ainsi figurer à l'art. 205 lit. d, pour l'hypothèse où le vendeur dispose d'autres choses recevables du même genre. Il ne resterait à l'art. 206 que l'alinéa 2 P-CO accordant au vendeur le droit de se libérer en livrant immédiatement à l'acheteur des choses du même genre.

Uni ZH Nicht einleuchtend ist es allerdings, wenn mit der VerbrGK-RiL beim Gattungskauf dem *Käufer* die Wahl zwischen Nachbesserung und Nachlieferung zustehen soll (Art. 206 VE-OR); dieser wird häufig auf der Ersatzleistung insistieren. Der Käufer hat Anspruch auf ordnungsgemässe, fehlerfreie Erfüllung. Wie diese bewerkstelligt wird, sollte man dem Verkäufer überlassen.

VFGI Mit der Ablehnung des zwingenden Nachbesserungsrechtes nach Art. 205 ist auch Art. 206 abzulehnen.

321.21 Art. 208 Abs. 2 und 3 / Art. 208 al. 2 et 3 / Art. 208 cpv. 2 e 3

Kantone / Cantons / Cantoni

TG: Die Streichung der Abs. 2 und 3 von Art. 208 und die generelle Regelung der Schadenersatzansprüche in einem neuen Art. 209a OR erscheint als sachgerecht. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer bei fehlendem Verschulden nur im Fall der Wandelung den unmittelbaren Schaden zu ersetzen hat.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP Auch bei diese Bestimmung handelt es sich um Änderungen, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt sind.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

FEA Auch bei diesen Bestimmungen handelt es sich um Änderungen, die nicht durch den elektronischen Geschäftsverkehr bedingt sind. Sie sind deshalb hier abzulehnen und in eine Revision des Kaufrechtes einzubeziehen.

SBV Einmal mehr handelt es sich um die Änderung einer Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

SFMGV Bisher konnte Schadenersatz nur in Fällen von Minderung geltend gemacht werden. Wir sind gegen eine Ausweitung des Schadenersatzes.

SGV Die Änderung steht wiederum in keinem direkten Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr und ist daher abzulehnen.

SMBK Bisher konnte Schadenersatz nur in Fällen von Minderung geltend gemacht werden. Wir sind gegen eine Ausweitung des Schadenersatzes.

SWICO Es erscheint uns nicht sachgerecht, dass der Schadenersatz nun gegenüber dem alten Recht auch für Fälle der Minderung eingeführt wird.

Es ist u.E. zudem fraglich, ob diese Umstrukturierung dogmatisch richtig ist und nicht zu einer Erweiterung der Haftung des Käufers führt. In der Botschaft muss mindestens festgehalten werden, dass diese Gesetzesbestimmung dispositiver Natur ist.

Zudem sollte in Art. 209a, Abs. 2 terminologisch von mittelbarem statt von weiterem Schaden gesprochen werden.

Swissmem Diese Änderung ist im Zusammenhang mit der Einführung der Nachbesserungspflicht des Verkäufers zu sehen. Bis jetzt galt die Regelung, insbesondere die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, nur bei der Wandelung; jetzt ist sie auch bei der - neu eingeführten - Nachbesserung anwendbar.

UNIGe Le remaniement systématique concernant la réparation du dommage, moyen exclu de l'art. 208, mais mentionné à l'art. 209a P-CO, a l'avantage de clarifier les rapports entre les dommages-intérêts et les autres prétentions de l'acheteur. Il doit être pleinement approuvé.

VFGI Es erscheint uns nicht sachgerecht, dass der Schadenersatz nun gegenüber dem alten Recht auch für Fälle der Minderung eingeführt wird.

Es ist u.E. zudem fraglich, ob diese Umstrukturierung dogmatisch richtig ist und nicht zu einer Erweiterung der Haftung des Käufers führt. In der Botschaft muss mindestens festgehalten werden, dass diese Gesetzesbestimmung dispositiver Natur ist.

Zudem sollte in Art. 209 a, Abs. 2 terminologisch von mittelbarem statt von weiterem Schaden gesprochen werden.

321.22 Art. 209a

Kantone / Cantons / Cantoni

BS: Diese neue Regelung ist sehr zu begrüßen. Schade ist jedoch, dass der Gesetzesentwurf nicht von den unklaren Begriffen des unmittelbaren und mittelbaren Schadens abrückt. Eine Klarstellung, für welche Schadensposten eine Kausalhaftung und für welche eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast zu gelten hat, wäre hier am Platz.

TG: cf. art. 208.

TI L'interpretazione della nozione di "danno diretto" e di "danno indiretto" è oggetto di controversie dottrinali, come per altro rilevato dal rapporto esplicativo. Lo scrivente Consiglio osserva che il consumatore dovrà in ogni modo provare la causalità tra la non conformità della cosa e l'asserito danno

subito, ciò che potrà comportare, a seconda del caso concreto, non poche difficoltà.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

SVP cf. art. 208.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

FEA Siehe Art. 208 / Voir art. 208 / Vedi art. 208

SBV Einmal mehr handelt es sich um die Änderung einer Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

Wäre es nicht sinnvoll, Abs. 1 derart zu ergänzen, dass unzweifelhaft aus der Bestimmung hervorgeht, dass es für die Ersatzpflicht keines Verschuldens bedarf? Im Zusammenhang mit der Terminologie direkter oder unmittelbarer Schaden bzw. indirekter, mittelbarer oder weiterer Schaden liesse es sich wohl rechtfertigen, ein einheitliches Terminologie-Paar bei diesen beiden Absätzen zu verwenden, so etwa "unmittelbar" und "mittelbar".

Schlussfolgerung: Solche weitgreifenden Änderungen sollten nicht ohne detailliertester Prüfung gemacht werden, weshalb wir diese Änderung mit Nachdruck zurück weisen.

SFMGV Siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 / Voir art. 208 al. 2 et 3 / Vedi art. 208 cpv. 2 e 3

SGV Abgesehen davon, dass die vorgeschlagene Änderung nichts mit dem elektronischen Geschäftsverkehr zu tun hat, weist der SGV diese äusserst weitgehende Anpassung zurück.

SMBK Siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 / Voir art. 208 al. 2 et 3 / Vedi art. 208 cpv. 2 e 3

SWICO Siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 / Voir art. 208 al. 2 et 3 / Vedi art. 208 cpv. 2 e 3

Swissmem Siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 / Voir art. 208 al. 2 et 3 / Vedi art. 208 cpv. 2 e 3

UNIGe Cette disposition, consacrée aux dommages-intérêts, maintient la distinction actuelle entre le dommage direct, réparable même sans faute du vendeur (al. 1 P, art. 208 al. 2 CO), et le dommage indirect dont la réparation est soumise à la faute (présumée) du vendeur (al. 2 P, art. 208 al. 3 CO). Le droit suisse va ici plus loin que la Directive sur les garanties qui, en donnant un cadre à une protection minimale de l'acheteur, ne prévoit pas expressément la réparation du dommage au nombre des droits de l'acheteur (art. 3 al. 2).

Les notions de dommage direct et indirect sont excessivement controversées (cf. SCHÖNLE, op. cit., p. 346 ss; TERCIER, op. cit., N 478 ss; Heinrich Honsell, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (art. 1-529 CO), 2^e éd., Bâle, etc. 1996, N 8 ss ad art. 208 CO), même si les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer fréquemment sur cette base. Par ailleurs, le bien-fondé de l'exception que constitue la responsabilité causale du vendeur pour le

dommage direct subi par l'acheteur d'une chose défectueuse peut être contesté (par ex., Herbert SCHÖNLE, Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO, in Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle, etc. 1995, p. 127 ss, 143 et Semaine Judiciaire 1977 465 ss, 485). Si ce privilège - dont ne dispose pas le maître d'ouvrage (art. 368 CO) - doit être maintenu, il est important que les notions sur lesquelles il repose soient claires. Il n'y a ainsi pas nécessairement correspondance entre le dommage direct, l'intérêt positif et le gain manqué (*lucrum cessans*; non augmentation du patrimoine), ni entre le dommage indirect, l'intérêt négatif et la perte éprouvée (*damnum emergens*; diminution du patrimoine). La distinction entre le dommage direct et indirect tient à la longueur de la chaîne de causalité séparant le défaut du dommage; l'intérêt à la bonne exécution du contrat est qualifié d'intérêt positif, l'intérêt négatif étant défini comme l'intérêt à la non conclusion du contrat¹⁸⁷. Il faut souligner que toutes les combinaisons sont possibles.

L'acheteur dispose d'une liberté totale de choix entre les différents moyens (Rapport explicatif, p. 26). S'il a perdu tout intérêt à la chose, il choisira la voie de la résolution qui lui permet de restituer la chose au vendeur et de réclamer la réparation de son dommage; celui-ci sera cependant limité à l'intérêt négatif, comprenant le bénéfice manqué sur une affaire qui n'a pas pu être conclue du fait du contrat portant sur la chose défectueuse. Lorsque l'acheteur entend être indemnisé du dommage correspondant à l'intérêt positif (bénéfice manqué sur l'objet de la vente), il peut renoncer à exercer l'un des moyens prévus par les art. 205 et 206 P-CO et se borner à réclamer des dommages-intérêts. Dans tous ces cas, il obtiendra réparation, même si le vendeur n'est pas en faute, pour autant que le dommage soit en lien de causalité directe avec le défaut, à la condition, donc, qu'aucun fait ne vienne s'interposer, dans la chaîne de causalité, entre le défaut et le dommage allégué par l'acheteur. Etant donné l'exception aux principes généraux que constitue la responsabilité sans faute du vendeur, cette condition devra être appréciée avec une certaine rigueur (ATF 79 / 1953 II 376, 389 c. 3).

Uni ZH Die Schadenersatzansprüche nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR werden unverändert in einen neuen Art. 209a Abs. 1 und 2 gestellt. Diese Änderung soll klarstellen, dass Schadenersatz nicht nur bei Wandlung (Art. 208 Abs. 1) geltend gemacht werden kann¹⁸⁸. Leider versäumt es der VE, endlich die alte Streitfrage zu klären, ob Mängelfolgeschäden unter Abs. 2 oder Abs. 3 fallen, ob sie also Verschulden voraussetzen. Art. 209a OR belässt es bei dem schiefen Gegensatz zwischen unmittelbaren und weiteren Schäden. Unverändert beibehalten bleibt auch die alte Fehlentscheidung von Art. 207 Abs. 1 OR, wonach auch ein zufälliger Untergang der Sache beim Käufer die Wandlung nicht ausschliesst.

VFGI Siehe Art. 208 Abs. 2 und 3 / Voir art. 208 al. 2 et 3 / Vedi art. 208 cpv. 2 e 3

¹⁸⁷ A noter que, dans bon nombre d'hypothèses, l'intérêt négatif et l'intérêt positif se recouvrent: lésion d'autres biens de l'acheteur du fait de la livraison défectueuse (ex.: troupeau infecté par la bête vendue, lésions corporelles subies par l'acheteur du fait du défaut de l'échelle vendue). Dans les cas mentionnés, le dommage est indirect.

¹⁸⁸ Nach der Rechtsprechung ist Art. 208 Abs. 2 nur bei Wandlung anwendbar, nicht aber bei Minderung (BGE 107 II 165).

321.23 Art. 210

Kantone / Cantons / Cantoni

- BS:** Es geht vorliegend um zwei Fristen : Die Verwirkungsfrist, innerhalb derer die Mängel entdeckt und nach den Vorschriften des Art. 201 OR gerügt sein müssen, und die Verjährungsfrist, innerhalb derer die Gewährleistungsansprüche gesetzlich geltend gemacht werden müssen. Wenn nun beide Fristen auf zwei Jahre verlängert werden, so wird das Problem, dass der Käufer / Weiterverkäufer, der seinen Käufer hat entschädigen müssen, wegen Verjährung seiner Regressklage häufig leer ausgehen wird, nur hinausgeschoben, aber nicht gelöst. Es wäre deshalb sinnvoller, die Verwirkungsfrist bei einem Jahr zu belassen und die Verjährungsfrist auf zwei Jahre zu verlängern - oder aber die Verwirkungsfrist auf zwei Jahre und die Verjährungsfrist auf fünf Jahre zu verlängern.
- JU:** Le Gouvernement de la République et Canton du Jura approuve la prolongation du délai de prescription de l'action édilicienne de un an à deux ans.
- LU:** Die Regelung der Verjährung im Werkvertrag richtet sich nach den Bestimmungen über den Kauf (vgl. Art. 371 Abs. 1 OR mit Verweis auf Art. 210 OR). Art. 210 OR sieht neu eine 2-jährige Verjährungsfrist vor. Es stellt sich die Frage, ob diese Änderung im Werkvertragsrecht tatsächlich gewollt ist. Unter dem Blickwinkel der Wiener Konvention, die lediglich auf Warenkäufe Anwendung findet (vgl. Ausführungen im Begleitbericht), ist eine Änderung im Werkvertragsrecht jedenfalls nicht erforderlich.
- NE:** L'allongement de la prescription des actions en garantie pour les défauts de la chose vendue à deux ans ne soulève aucune remarque ou critique particulière. Ce délai semble être un bon compromis entre les intérêts de l'acheteur et du vendeur, compte tenu de l'évolution des techniques et de la qualité de plus en plus remarquable des choses vendues actuellement.
- TG:** Die vorgesehene Verlängerung der Verjährungsfrist gemäss Art. 210 OR von einem auf zwei Jahre in Übereinstimmung mit dem Wiener Kaufrecht ist notwendig.
- TI** Il progetto propone di prolungare il termine di prescrizione da uno a due anni. Oltre a favorire il compratore, tale disposizione consente di armonizzare il diritto svizzero a quello delle Comunità europee e alla Convenzione di Vienna, a tutto vantaggio dell'economia svizzera. Così come formulata, la norma si applica a tutti i contratti di compravendita, anche a quelli relativi ad oggetti usati. Ciò comporta un indubbio aggravio per i commercianti di questo settore, che non possono escludere la loro garanzia (art. 199 lett. b P). Auspichiamo quindi che il settore del commercio, usato non sia penalizzato rispetto ai concorrenti europei e che le norme sulla garanzia relative ad oggetti usati non siano più severe di quelle vigenti nelle Comunità europee.
- ZG:** Die Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre für Klagen auf Gewährleistung von Mängeln einer gekauften Sache (Art. 210 Abs. 1 OR) und die zwingende Natur dieser Norm für Fahrniskäufe von Konsumenten (Art. 199 Bst. b E-OR) wird ausdrücklich begrüsst.

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP Die vorliegende Gesetzesvorlage enthält vorab Änderungen, die konsumentenrechtlich motiviert sind. So zum Beispiel bei den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Fahrniskauf. Im Zentrum der dort vorgeschlagenen Änderungen steht das Gewährleistungsrecht. Neben der Wandlung und Minderung kann der Käufer neu auch Nachbesserung verlangen. Zudem wird die Verjährungsfrist auf zwei Jahre verlängert (vgl. Art. 210 E-OR) und im Verhältnis zum Konsumenten für zwingend erklärt. So hebt man zudem den schweizerischen Standard des Konsumentenschutzes auf dasjenige der Europäischen Union (EU-Richtlinien und Wiener Konvention).

Die CVP Schweiz spricht sich gegen eine Ausweitung der Verjährungsfrist der Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel an der Sache auf zwei Jahre aus, wie es in Art. 210 E-OR vorgeschlagen wurde. Sie tut dies aus folgenden Gründen: Rechtssicherheit für den Käufer heisst im vorliegenden Fall Rechtsunsicherheit für den Verkäufer. Das ist im Sinne einer umfassend verstandenen Rechtssicherheit abzulehnen. Je länger die Garantiezeit nämlich dauert, umso schwieriger wird es sein, die Abgrenzung zwischen „gewährleistungspflichtigem Mangel“ und Schäden aus dem Gebrauch zu vollziehen; dies ist vor allem bei Gütern der Fall, die einer erheblichen Abnutzung unterliegen. Die Beweisproblematik würde sich zudem zuungunsten des Konsumenten auswirken, sind sie doch beweispflichtig sowohl für das Vorhandensein eines Mangels, für die rechtzeitige Rüge und das Einhalten der Gewährleistungspflicht.

SVP cf. art. 208.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

AGVS Die von uns in Artikel 199 OR vorgeschlagenen Änderungen bedürfen folgender Anpassungen von Art. 210:

Antrag:(1) Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten Sachgewährleistungsfrist entsprechend Art. 199 OR nach deren Ablieferung an den Käufer, für längere Zeit übernommen hat.

(2) Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Sachgewährleistungsfrist gemäss Absatz 1 die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

(3) Die mit Ablauf von der in Abs. 1 erwähnten Frist eintretende Verjährung kann der Verkäufer... Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

Bauernverband OR, Art. 210 Absätze 1, 2, 3: Verjährungsfrist wie bisher 1 Jahr

Begründung. Der elektronische Geschäftsverkehr erfordert keine Verlängerung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsklagen und Mängelrügen. Im Gegenteil, der elektronische Geschäftsverkehr ist ein zusätzliches Mittel, welches erlaubt, die bestehenden Fristen einzuhalten.

Wir danken Ihnen nochmals bestens für die Gelegenheit, unsere Meinung äussern zu können und bitten Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, unsere Überlegungen in der definitiven Fassung der Vorlagen zu berücksichtigen.

CP En ce qui concerne la prescription, le projet prévoit de passer à deux ans au lieu d'un an. Nous regrettons cet allongement du délai. En effet, la sécurité du droit et l'administration des preuves en pâtiraient, d'autre part nous sommes dans un domaine, internet, où les transactions se font de manière rapide. Il serait donc paradoxal de ne pas en tenir compte lors de la prescription ! Cependant, nous nous inclinons face à nos obligations internationales et acceptons ce délai uniquement parce qu'il figure dans la Convention de Vienne et que nous y avons souscrit.

economiesuisse Die Verdoppelung der gesetzlichen Garantiefrist wird von unseren Mitgliedern mehrheitlich abgelehnt. Sie geht in der Sache unnötig und in der Auswirkung einseitig zu Lasten vom Produzent, Importeur oder Händler und verursacht neuen administrativen Aufwand. Die 2-jährige Gewährleistungsfrist ist sodann gerade bei gebrauchten Artikeln völlig unverhältnismässig.

FEA In keinem Fall sind überzeugende sachliche Gründe erkennbar, um im Zusammenhang mit der Regelung des elektronischen Geschäftsverkehrs die Frist für die gesetzliche Sachgewährleistung generell auf zwei Jahre auszudehnen.

Besondere Beachtung verdient die Bestimmung über die Ausdehnung der Sachgewährleistung auf zwei Jahre. Es handelt sich auch hier um eine allgemeine Änderung des Kaufrechtes in Anlehnung an eine EU-Richtlinie, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, entsprechendes Recht auf den 1. 1.2002 umzusetzen. Dabei wundert nicht, dass die Schweiz einmal mehr weiter gehen will als die EU. So fehlt in der vorgesehenen Regelung eine Frist für die Geltendmachung des Anspruchs. Die EU-Richtlinie sieht demgegenüber eine Begrenzung auf 2 Monate vor. Zudem werden auch die Regeln über die Beweislastverteilung, sowie sie sich zugunsten des Verkäufers auswirken können, sowie über den Vorrang des Reparaturangebots vor dem Ersatzanspruch nicht übernommen. Hier zeigt sich, wie bereits oben erwähnt, dass die angestrebte EUAnnäherung im vorliegenden Falle, auf Grund der konzeptionellen Rechtsunterschiede, eine unzumutbare Benachteiligung der schweizerischen Wirtschaft und damit ein unnötiges und unerwünschtes nicht tarifarisches Handelshemmnis im internationalen Wettbewerb bringen würde.

Die Ausdehnung der Garantie auf 2 Jahre wäre zwar ein konsumentenpolitisch nachvollziehbares Anliegen; sie ist indessen sachlich nicht begründet und wirkt sich aus folgenden Gründen im Endeffekt zulasten der Konsumenten aus:

Material- und Konstruktionsschäden tauchen im ersten Jahr eines Geräteinsatzes auf. Das geltende Kaufrecht baut auf dieser Tatsache auf, weshalb der Gesetzgeber durchaus zurecht und sinnvollerweise die geltende Regelung getroffen hat.

Die Ausdehnung der Sachgewährleistungsfrist würde uferlose Diskussionen über die Frage provozieren, ob es sich im Einzelfall um einen klassischen Garantiefall oder um einen Schaden aus unsachgemäßem Einsatz des Gerätes handle. Das gilt insbesondere für wasserführende Geräte die - je nach Wasserhärte - gepflegt werden müssen. Der Vorschlag würde beiden Wirtschaftspartnern, den Anbietern wie auch den Anwendern, eine unzumutbare Last von Aktivitäten und Streitigkeiten um die Gewährleistungspflicht oktroyieren.

Von entscheidender Tragweite ist der in Konsumentenkreisen ebenfalls notorisch unterschätzte Umstand, dass sich alle bei einer Ausdehnung der Sach-

gewährleistungsfrist entstehenden Mehrkosten zwangsläufig auf die Preise niederschlagen würden, mit einem unerwünschten und nicht zu rechtfertigenden Sozialisierungseffekt: Die langjährige Erfahrung der Haunche zeigt dass Produktemängel innert kürzester Zeit - längstens innert 12 Monaten - zum Vorschein treten und durch die Garantie gedeckt sind. Nach Ablauf eines Jahres sind Störungen und Ausfälle praktisch ausnahmslos auf die unterschiedliche Nutzung, auf die unterschiedliche Produktebeanspruchung und auf die unterschiedliche Sorgfalt im Umgang mit einem Gerät zurückzuführen. Eine Ausdehnung der Garantiedauer hätte zur Folge, dass der sorgfältige Anwender bestraft würde und die Kosten aus einem unsachgemässen, unzweckmässigen, übernässigen oder unsorgfältigen Geräteeinsatz anderer Konsumenten tragen müsste. Die einjährige Frist begrenzt dieses Risiko, verhindert Benachteiligungen und Kostenfolgen auf dem Buckel der Mehrheit der Konsumenten, beugt kostspieligen und ärgerlichen Auseinandersetzungen vor und entspricht daher durchaus den richtig verstandenen Interessen der mehrheitlich sorgfältigen schweizerischen Konsumenten.

Die vorgeschlagene Regelung ist abzulehnen und es ist an der Einjahresfrist festzuhalten.

FRS Die hievon in Art. 199 OR beantragten Änderungen erfordern die hienach beantragten Ergänzungen in Art. 210 OR:

Art. 210Abs. 1 Verjährung

Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten Sachgewährleistungsfrist entsprechend Artikel 199 nach deren Ablieferung an den Käufer (...)

Art. 210Abs. 2 Verjährung

Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel der Sache bleiben bestehen, wenn innerhalb gemäss der in Absatz 1 genannten Sachgewährleistungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

Art. 210Abs. 3 Verjährung

Die mit Ablauf von der in Absatz 1 genannten Sachgewährleistungsfrist eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen (...)

kf Die Verjährung von Mängeln generell auf 2 Jahre festzusetzen führt gerade bei Gütern des täglichen Bedarfs, die einer erheblichen Abnutzung unterliegen, zu schwierigen und kostspieligen Abgrenzungen zwischen einem "gewährleistungspflichtigen Mangel" und Schäden aus dem Gebrauch. Sie ist insbesondere bei gebrauchten Gütern (Occasionen) nicht durchführbar oder unverhältnismässig kostspielig, und diese Einschränkung ist deshalb auch in der EU-Raum möglich. Bei Verdoppelung der bisherigen Frist, die in unserer Beratungspraxis nicht als zu kurz bezeichnet wurde, besteht die Gefahr, dass die Anbieter sich zusätzlich absichern müssen, was zur Verteuerung der Produkte führen wird. Ein übermässiger Konsumentenschutz für wenige könnte damit zu einem Kostenpunkt für alle werden. Zudem wird die bisher geübte Kulanz tendenziell eingeschränkt werden. Kulante Abwicklung von Schadenfällen ist aber wichtiger als kostspielige sogenannte Konsumentenrechte. Wir unterstützen jede freiwillige Vereinbarung und Branchenlösungen, solange der Konsument

offen informiert wird und die Wahlfreiheit hat. Die Übernahme des EU-Rechts scheint uns hier nicht dringlich und tendenziell kaum vorteilhaft.

kf: Artikel 210 belassen

Optikerverband Die Änderung der Gewährleistungspflicht auf neu 2 Jahre ist aus der Sicht des augenoptischen Fachhandels recht problematisch. Schwierigkeiten sehen wir insbesondere im Bereiche der Brillenfassungen. Jeder namhafte Modeschöpfer (nebst vielen anderen) kreiert heutzutage zumeist in relativ kleinen Stückzahlen als modische Accessoires auch eine eigene Brillenfassungskollektion. Die Modelle sind meistens nach einem Jahr nicht mehr erhältlich, da diese dem ständigen Wandel der Mode unterworfen sind. In der Schweiz ist der Anteil modischen Fassungen besonders hoch (Kaufkraft, Modebewusstsein, etc.).

Wird nun z.B. im zweiten Jahr ein Garantiefall geltend gemacht – und ein identischer Ersatz bzw. eine Nachbesserung ist nicht möglich – muss die Brillenfassung vom Augenoptiker/Importeur/Hersteller durch ein anderes Modell von gleicher Qualität und in gleicher Preislage ersetzt werden. Das Problem stellt sich nun bei den Brillengläsern, die individuell und präzise in die bestehende Brillenfassung eingepasst wurden und demzufolge nur in äusserst seltenen Fällen für das Ersatzmodell verwendet werden können. Dies hat zur Folge, dass neue Brillengläser gefertigt werden müssen, was wertmässig insbesondere bei Gleitsichtgläsern – jedes dritte in der Schweiz verkaufte Brillenglas ist ein solches Mehrstärkenglas – ein Mehrfaches des Fassungspreises ausmachen kann. Der Hersteller/Importeur/Augenoptiker müsste somit im Garantiefall nebst der beanstandeten Brillenfassung auch noch die viel teureren Brillengläser ersetzen. Dies zwingt ihn unweigerlich, diese Kosten den neuen Garantiefristen entsprechend in seine Kalkulation einzurechnen.

Davon betroffen sind aber nicht nur die „kurzlebigen“ modischen Fassungen, sondern auch solche aus kostengünstiger Produktion, die sich dem Wandel der Mode ebenso rasch anpassen. Ist in diesen Fällen Ersatz durch ein gleiches Modell nicht möglich, können die Kosten wegen des Ersatzes der Brillengläser ein Vielfaches des Fassungs Wertes erreichen.

Summa summarum ist davon auszugehen, dass eine Verdoppelung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht in unserer Branche ein beträchtliches Preiserhöhungspotential zur Folge haben wird. Zudem besteht die Gefahr, dass Brillenfassungen aus dem Günstigbereich kaum mehr angeboten werden können.

SAP Problematisch scheint die Ausdehnung der Verjährungsfrist im Kaufrecht auf zwei Jahre (Art. 210 OR).

SBB Bezüglich der zweijährigen Garantiefrist vermissen wir Übergangsbestimmungen (Dauer der Verjährungsfrist bei bereits abgeschlossenen Verträgen usw.).

SBV Einmal mehr handelt es sich um die Änderung einer Bestimmung, die nicht durch den Elektronischen Geschäftsverkehr bedingt ist.

Sodann sei darauf hingewiesen, dass insbeso. bei Gütern des täglichen Bedarfs, die einer erheblichen Abnutzung unterliegen, die Abgrenzung zwischen "gewährleistungspflichtigem Mangel" und Schäden aus dem Gebrauch äusserst schwierig sein dürfte, je länger die Garantiezeit andauert.

Auch dürfte der Anbieter gegenüber seinen Lieferanten/Herstellern auf entsprechenden, rückversichernden Garantiebestimmungen beharren müssen, die der wirtschaftlichen Fortentwicklung diverser Unternehmen im Wege stehen dürften.

Schlussfolgerung: Aufgrund der in Art. 199 OR vorgesehenen Änderung sowie den Ausführungen im Begleitbericht (S. 7, N. 123) soll die Gewährleistungsfrist bei Konsumentenverträgen zur zwingenden Bestimmung werden. Sollte dem nicht so sein, wäre entsprechend Klarheit zu schaffen. Bleibt die Regelung hingegen zwingender Natur, ist die Ausdehnung der Gewährleistungsfrist vollumfänglich zurückzuweisen.

SFMGV Wir lehnen die Einführung einer zweijährigen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche ab. Eine Übernahme der zweijährigen Frist gemäss Verbrauchsgüter-Richtlinie sowie Wiener Kaufrecht (mit zwingender Anwendbarkeit auf Verbraucherverträge) lässt sich nicht rechtfertigen. Zudem wird das Wiener Kaufrecht in internationalen Handelsverträgen in der Regel ausgeschlossen. Somit sollte es auch für uns im eigenen Land dispositives Recht bleiben.

Wie bereits in den Bemerkungen zu Artikel 199 dargelegt, würde es der neue Artikel 199 unserer Branche verunmöglichen, beim Verkauf von Occasionsfahrzeugen, eine realistische Gewährleistungsgrenze zu vereinbaren. Der Neuvorschlag von Artikel 210 könnte von Zweiradspezialisten nicht vertraglich ausser Kraft gesetzt werden, womit in Zukunft auf Occasionen neu eine Garantiefrist von zwei Jahren gewährt werden müsste: Ein Ding der Unmöglichkeit, wenn nicht die Verkaufspreise entsprechend gravierend angehoben werden, was kaum realistisch sein dürfte.

Aufgefallen ist uns auch, dass die Ansprüche bei dem ebenfalls zur Vernehmlassung stehenden Bundesgesetz über die elektronische Signatur (BGES) gemäss Art. 19 eine Verjährung von einem Jahr vorgesehen ist. Den nicht elektronisch Kaufenden wird demgegenüber mit der gleichzeitigen Vernehmlassung zum elektronischen Geschäftsverkehr eine zweijährige Frist für Gewährleistungsansprüche angeboten.

SGV Für den SGV von zentraler Bedeutung ist sicher auch die unter dem Deckmantel „elektronischer Geschäftsverkehr“ eingeführte Verdoppelung der Garantiezeit, welche einmal mehr nicht durch die Anpassung an die neuen Kommunikationsmittel bedingt ist. Diese Absicht wird vom SGV umso mehr zurückgewiesen, als gemäss der in Artikel 199 OR vorgesehenen Änderung die Gewährleistungspflicht bei Konsumentenverträgen zur zwingenden Bestimmung werden soll. Diese einseitige Vorschrift ist insbesondere im Bereiche des Occasionshandels als unverhältnismässig zurückzuweisen.

SICTA Es ist schwierig, die Folgen der zweijährigen Verjährungsfrist abzuschätzen. Bedenken haben wir insbesondere bei Produkten mit Softwarekomponenten. Zudem ist uns bekannt, dass die Industrie regelmässig vertraglich kürzere Fristen eingehen muss, was zusätzliche Diskrepanzen beim Rückgriff ergibt.

Die Europäische Union kennt die zweijährigen Fristen nur im Konsumbereich, und selbst da können sie noch vertraglich verkürzt werden. Lange Garantiedauern für Konsumenten führen übrigens zu höheren Kosten. Eine Verlänge-

zung der bestehenden Gewährleistungsfrist kommt für uns nur im Konsumgeschäft und im "europäischen Umfang" in Frage.

SMBK Wir lehnen die Einführung einer zweijährigen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche ab. Eine Übernahme der zweijährigen Frist gemäss Verbrauchsgüter-Richtlinie sowie Wiener Kaufrecht (mit zwingender Anwendbarkeit auf Verbraucherverträge) lässt sich nicht rechtfertigen. Zudem wird das Wiener Kaufrecht in internationalen Handelsverträgen in der Regel ausgeschlossen. Somit sollte es auch für uns im eigenen Land dispositives Recht bleiben.

Wie bereits in den Bemerkungen zu Artikel 199 dargelegt, würde es der neue Artikel 199 einigen Branchen verunmöglichen, beim Verkauf von Occasionsgeräten oder -fahrzeugen, eine realistische Gewährleistungsgrenze zu vereinbaren. Der Neuvorschlag von Artikel 210 könnte von Garagen und spezialisierten Händlern nicht vertraglich ausser Kraft gesetzt werden, womit in Zukunft auf Occasionen neu eine Garantiefrist von zwei Jahren gewährt werden müsste, was höhere Preise bedingt, die unsere Branche angesichts des schon bestehenden enormen Konkurrenzkampfes gegenüber den Grossverteilern kaum positiv bewerten könnte

SMU Die von uns in Artikel 199 OR vorgeschlagenen Änderungen bedürfen folgender Anpassungen von Art. 210:

Antrag: (1) Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten Sachgewährleistungsfrist entsprechend Art. 199 OR nach deren Ablieferung an den Käufer, ..., ..., ... für längere Zeit übernommen hat.

(2) Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Sachgewährleistungsfrist gemäss Absatz 1 die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

(3) Die mit Ablauf von der in Abs. 1 erwähnten Frist eintretende Verjährung kann der Verkäufer ... Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

SVV Gleiches gilt auch für die Verdoppelung der Verjährungsfrist von einem auf zwei Jahre in Art. 210 VE-OR. Obgleich gegen diese Ausdehnung der Gewährspflicht unter dem Aspekt einer Vereinheitlichung mit der zukünftigen Regelung in der EU grundsätzlich nichts einzuwenden wäre, darf eine derartige Änderung nicht unter dem Titel des E-Commerce eingeführt werden. Die Auswirkungen betreffen wiederum hauptsächlich das normale Kaufgeschäft. Im Übrigen erscheint die zweijährige Frist bei Gebrauchsgütern übertrieben lang und gerade im Hinblick auf die Neuerung bezüglich der Wegbedingung der Gewährleistung als nicht praktikabel. Auch in der EU ist eine diesbezügliche Beschränkung auf ein Jahr vorgesehen.

SWICO Die Übernahme der zweijährigen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche aus der Verbrauchsgüter-Richtlinie sowie dem Wiener Kaufrecht (mit zwingender Anwendbarkeit auf Verbraucherverträge) ist nicht zu rechtfertigen. Nachdem das Wiener Kaufrecht in internationalen Handelsverträgen in der Regel ausgeschlossen wird, soll es für Binnensachverhalte in jedem Fall ebenfalls dispositiv bleiben. Zudem muss nochmals wiederholt werden, dass die Verbrauchsgüterrichtlinie die entsprechende Garantiefristverlängerung nur gegenüber dem Konsumenten vorsieht, was im Entwurf zu Art. 210 nicht der Fall ist.

swisscom Wir möchten darauf hinweisen, dass eine zwingende Garantiefrist von zwei Jahren im Konsumentenbereich für die meisten der von Swisscom verkauften Endgeräte ein relativ grosser Eingriff wäre. Zwei Jahre entsprechen beispielsweise ungefähr der Lebensdauer eines Mobiltelefons. Dies wird dazu führen, dass die Anbieter letztlich gezwungen sind, die Garantiekosten von Anbeginn auf den Preis zu schlagen. Gerade im Bereich von Geräten, die der Konsument relativ rasch auswechselt (z.B. Mobiltelefon), ist das nicht sinnvoll.

Swissmem Die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren wird aus dem EU-Recht übernommen. Sie muss aber - wie in der EU - auf Geschäfte mit Verbrauchern beschränkt bleiben und muss deshalb in der vorgeschlagenen Form abgelehnt werden. Obwohl das Wiener Kaufrecht eine zweijährige Rügefrist kennt, ist heute im kaufmännischen Verkehr in allen europäischen Ländern eine einjährige (oder sogar kürzere), dispositive gesetzliche Gewährleistungsfrist üblich. Daran ist festzuhalten. Bei Anlagengeschäften und in Zulieferverträgen muss eine dem einzelnen Geschäft angepasste vertragliche Regelung und Risikoverteilung getroffen werden können, was übrigens im Einzelfall auch zu längeren Gewährleistungsfristen führen kann.

UNIGe Le délai de prescription court du droit actuel est porté à deux ans par l'art. 210 P. Cette prolongation du délai est entièrement justifiée, tant du point de vue de l'acheteur (cf. *supra* ad art. 201 al. 1 et 3) et du vendeur, dont le recours dans la chaîne de distribution est renforcé, que du point de vue de l'harmonisation nécessaire du droit suisse avec la Convention de Vienne (art. 39 al. 2) et la Directive sur les garanties (art. 5 al. 1).

Uni ZH Die für bewegliche Sachen geltende Gewährleistungsfrist von 1 Jahr soll auf 2 Jahre verlängert werden. Für kurzlebige Konsumgüter erscheint eine solche Frist zu lang.

VFGI Die Übernahme der zweijährigen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche aus der Verbrauchsgüter-Richtlinie sowie dem Wiener Kaufrecht (mit zwingender Anwendbarkeit auf Verbraucherverträge) ist nicht zu rechtfertigen. Nachdem das Wiener Kaufrecht in internationalen Handelsverträgen in der Regel ausgeschlossen wird, soll es für Binnensachverhalte in jedem Fall ebenfalls dispositiv bleiben. Zudem muss nochmals wiederholt werden, dass die Verbrauchsgüterrichtlinie die entsprechende Garantiefristverlängerung nur gegenüber dem Konsumenten vorsieht, was im Entwurf zu Art. 210 nicht der Fall ist.

VIT Die Konsequenzen der zweijährigen Verjährungsfrist sind schwer abzuschätzen. Bedenken bestehen insbesondere bei Produkten mit Softwarekomponenten. Zudem entstehen Probleme im Zusammenhang mit der Möglichkeit zum Rückgriff auf Zulieferer, da die Industrie regelmässig vertraglich kürzere Fristen eingehen muss.

Die EU kennt zweijährige Fristen nur im Konsumbereich, und selbst da können sie noch vertraglich verkürzt werden. Lange Garantiedauern für Konsumenten führen übrigens zu höheren Kosten. Eine Verlängerung der bestehenden Gewährleistungsfrist kann daher nur im Konsumgeschäft und im "europäischen Umfang" in Frage kommen.

VSAI Die von uns in Artikel 199 OR vorgeschlagenen Änderungen bedürfen folgender Anpassungen von Art. 210:

Antrag: (1) Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten Sachgewährleistungsfrist entsprechend Art. 199 OR nach deren Ablieferung an den Käufer, ..., ..., ... für längere Zeit übernommen hat.

(2) Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Sachgewährleistungsfrist gemäss Absatz 1 die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.

(1) Die mit Ablauf von der in Abs. 1 erwähnten Frist eintretende Verjährung kann der Verkäufer ... Täuschung des Käufers nachgewiesen wird.

VSW Die Mitglieder unseres Verbandes schliessen mit Inserenten, auch online, Insertionsverträge, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung als dem Werkvertragsrecht (Art. 363 ff OR) unterliegend qualifiziert hat (BGE 115 II 59). Via Art. 371 Abs. 1 OR finden nun die in Art. 210 E-OR geänderten kaufrechtlichen Verjährungsregeln für Sachmängel von neu zwei Jahren auch im Werkvertragsrecht Anwendung. Jedenfalls was den Tätigkeitsbereich unserer Mitglieder betrifft ist diese zweijährige Verjährungsfrist nicht sachgerecht.

322 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

322.1 Art. 3 Bst. b^{bis} / Art. 3 let. b^{bis} / Art. 3 lett. b^{bis}

Kantone / Cantons / Cantoni

JU: Les informations requises par cette nouvelle disposition paraissent utiles, même s'il est difficile de voir à première vue en quoi le fait de ne pas les donner constituerait une indication inexacte ou fallacieuse. La question pourrait ainsi se poser de savoir si de telles informations ne devraient pas également être requises de personnes effectuant du démarchage à domicile ou d'autres activités similaires.

NE: Cette nouvelle disposition, très précise, est appelée à combler la lacune dont le rapport dit qu'elle a malheureusement été exploitée jusqu'ici au détriment de notre place économique par l'usage de société écran ou "boîtes postales".

SG: Diese neuen Bestimmungen sollten dahingehend ergänzt werden, dass (wie bei Verletzung der Informationspflicht gemäss Art. 40d Abs. 1 OR) auch derjenige unlauter handelt, der nicht auf das Widerrufsrecht im Sinn von Art. 40e OR hinweist.

TI Il progetto prevede l'adeguamento delle norme attuali alle nuove esigenze del commercio elettronico. Lo scrivente Consiglio condivide questo obiettivo e non ha particolari osservazioni da formulare, se non che ritiene essenziale il coordinamento a livello internazionale, per evitare discriminazioni degli offerenti operanti in Svizzera e dei consumatori e commercianti svizzeri con le inevitabili distorsioni della concorrenza.

VD: Voir notamment les remarques formulées à l'article 7 P-CO. Pour le surplus, cette disposition, qui va moins loin que l'article 4 de la directive européenne sur les contrats à distance, correspond dans sa ratio au point 3 du Code de conduite adopté par la Ligue internationale du droit de la concurrence.

VS: Wir sind der Ansicht, dass ebenfalls die Nichtbekanntgabe des Widerrufsrechts in den Katalog der unlauteren Handlungen aufgenommen werden sollte, da ansonsten die Bedeutung des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen geschmälert werden könnte.

ZG: cf. art. 40d.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

economiesuisse Wir verweisen bezüglich dieser Aspekte auf die Ihnen direkt zugegangene Stellungnahme der Schweizer Werbung. Die vorgeschlagenen Änderungen könnten wohl auch durch eine sachgerechte Auslegung der Generalklausel des UWG's gelöst werden.

KVN Hier sollte unbedingt nachfolgende Ergänzung eingeschlossen worden, und zwar für den elektronischen wie für den konventionellen Geschäftsverkehr:

Im weiteren handelt unlauter insbesondere, wer Wettbewerbe mit Bestellzwang und/oder mit irreführenden Gewinnversprechungen anbietet.

Sager Grundsätzlich ist die Verankerung des Informationsgebotes im Lauterkeitsrecht richtig. Richtig wird auch festgestellt, dass sich gewisse Transparenzgebote aus der Generalklausel von Art. 2 UWG und aus dem Irreführungsverbot von Art. lit. b UWG ableiten lassen (m.E. teilweise sogar aus Art. 3 lit. h UWG). Nicht ganz klar erscheint mir allerdings die Feststellung im Begleitbericht auf S. 28, dass es offensichtlich sei, dass sich bei nicht physisch anwesenden Parteien, andere Anforderungen an die Transparenz des Anbieters und der von ihm angebotenen Waren und Leistungen stellen als bei Vertriebsmethoden, bei denen die Parteien anwesend sind. Zwar mag es richtig sein, dass bei gleichzeitig anwesenden Parteien die Identität des Anbieters oftmals – sicher aber nicht immer – bekannt ist. Unbegründet scheint mir aber, dass bei anwesenden Parteien immer Klarheit über die Transparenz der Waren und Dienstleistungen besteht. Aus diesem Grund ist es für mich nicht einsichtig, weshalb nur "Waren, Werke und Leistungen im Fernabsatz" unter das neue Informationsgebot fallen sollen.

Die gewählte Formulierung "Waren, Werke und Leistungen im Fernabsatz, einschliesslich des elektronischen Geschäftsverkehrs" scheint mir in mehrfacher Hinsicht unklar:

Hat hier Fernabsatz eine andere Bedeutung als in Art. 40c E-OR? Die Formulierung "einschliesslich des elektronischen Geschäftsverkehrs" deutet jedenfalls darauf hin, dass Fernabsatz gemäss UWG grundsätzlich nicht den elektronischen Geschäftsverkehr beinhaltet. Dies wird zwar im Begleitbericht auf S. 28 f. widerlegt. M.E. sollte dies bereits aus dem Gesetzeswortlaut hervorgehen.

Warum wird hier von Waren, Werken und Leistungen gesprochen, im E-OR hingegen von Waren und Dienstleistungen?

Die Informationspflicht unterscheidet sich von jener in Art. 40c E-OR (dort fehlt die Verpflichtung zur Angabe von Sitz oder Wohnsitz sowie die wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Produkte). Der Klarheit halber sollten beide Bestimmungen (Art. 40c E-OR und Art. 3 lit. b^{bis} E-UWG) die selben Anforderungen an die Informationspflicht des Anbieters stellen. Die Unterscheidung in vorvertragliche (UWG) und obligationenrechtliche (OR) Phase liefert m.E. kei-

nen Grund für eine unterschiedliche Betrachtungsweise, zumal die vorvertraglichen Informationspflichten teilweise weitergehen.

SBV Zu den Informationsanforderungen können folgende Bemerkungen gemacht werden:

- Ist der Begriff „Identität“ vorliegend der richtige; versteht jedermann darunter das Richtige?
- Sollte die Angabe von Sitz bzw. Wohnsitz nicht aufgrund der Angabe der Adresse fallen gelassen werden? Damit wäre auch eine Abstimmung mit Art. 40d neuOR gegeben.

Laut Begleitbericht fallen unter den Fernabsatz nicht nur die modernen Kommunikationsmittel, sondern auch die bisherigen, konventionellen. Dabei stellt sich die Frage wie z.B. beim Einsatz des Telefons oder des WAP diesen Informationspflichten nachgekommen werden kann. Wichtig zu wissen wäre hier, ob diese Aufklärungspflicht durch z.B. blosses Aufschalten von Disclaimern im Internet bzw. durch generell geschlossene Rahmenvereinbarungen (unter Verzicht künftiger einzeltransaktionsweiser Informationslieferung) rechtsgenügend gelöst werden kann (vgl. unsere Bemerkungen vorne zu Art. 40d OR).

Die Abgrenzung zwischen Art. 3 lit. b^{bis} UWG und Art. 6a UWG bzw. Art. 40d OR ist u.E. ungelöst: vgl. Bemerkungen zu Art. 6a UWG.

SFMGV Wir fragen uns, ob mit den unklaren Begriffen „wesentliche Eigenschaften“ und „klare und vollständige Angaben“ nicht vis-à-vis der Strafnorm von Art. 23 UWG, die Gefängnis oder Busse bis zu Fr. 100'000.-- vorsieht, das strafrechtliche Gebot „nulla poena sine lege stricta“ (keine Strafe ohne klare Gesetzesbestimmung) verletzt wird.

SGV Betreffend die Art. 3 und 6a UWG verweisen wir auf die Stellungnahme der Schweizer Werbung SW.

SICTA Unklar ist, ob diese Bestimmung auch im kaufmännischen Verkehr gilt. Der Begriff "Fernabsatz" wird überall nur im Konsumrecht benutzt. Hier aber fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf Art. 40d OR.

Wie bereits zu Art. 40d OR ausgeführt, dürfte es Probleme in der Praxis geben. Namentlich der Begriff "sämtliche Kosten zu Lasten des Kunden" ist schwierig zu konkretisieren. Wir empfehlen, den Sachverhalt nur auf Konsumgeschäfte anzuwenden.

SVV In Art. 3b^{bis} VE-UWG werden für den Fernabsatz und in Art. 6a VE-UWG spezifisch für den elektronischen Geschäftsverkehr neue Unlauterkeitstatbestände begründet. Im Hinblick auf eine erhöhte Transparenz werden seitens des Anbieters umfassende Angaben über sich selbst und die Produkte verlangt, die er vertreibt. Damit werden konkrete Aufklärungspflichten untypischerweise dem Lauterkeitsrecht unterstellt. Die Folgen sind entsprechend weitreichend, denn die Verletzung der Aufklärungspflicht stellt bereits per se, unabhängig vom Abschluss eines konkreten Vertrages, wettbewerbswidriges und damit rechtswidriges Verhalten dar. Die dafür vorgesehenen Sanktionen sind nicht nur zivilsondern auch strafrechtlicher Natur und der Kreis der möglichen Kläger erweitert sich auf potenzielle Abnehmer, Konsumentenorganisationen und Konkurrenten.

Wie bereits in den Bemerkungen zu Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR festgehalten, fragt sich aus der Optik des Versicherungsgeschäfts zudem, inwiefern die neue Bestimmung in Art. 3a UWG überhaupt auf die Verträge Anwendung finden, die laut Art. 40a VE-OR von weiteren Bestimmungen über das Haustürgeschäft und die Fernabsatzverträge ausgeschlossen sind. Im Begleitbericht wird für die Definition des Fernabsatzes nämlich wie im Text von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR auf Art. 40c VE-OR verwiesen, was zumindest in einer grammatikalischen Interpretation so verstanden werden müsste, dass die Bestimmungen keine Anwendung auf die Verträge finden, die auch von Art. 40c VE-OR nicht erfasst werden. Zum gleichen Resultat würde ausserdem eine systematische Interpretation führen, da Art. 6a VE-UWG im Gegensatz zu Art. 3b^{bis} VE-UWG nur den elektronischen Geschäftsverkehr nicht aber den Fernabsatz gemeinhin anspricht und dadurch ohne Bezug zu Art. 40c VE-OR steht.

Die fraglichen Bestimmungen decken sich im übrigen qualitativ mit der beantragten Änderung in Art. 40d VE-OR und, was Versicherungen anbelangt, der in der Revision des VVG zur Diskussion stehenden vorvertraglichen Informationspflichten. Es werden Teilelemente von Art. 3b^{bis} VE-UWG aber auch in Art. 6a VE-UWG wiederholt. Trotz dieser parallelen Behandlung der gleichen Thematik an verschiedenen Stellen, haben es die Verfasser unterlassen, die Bestimmungen inhaltlich und terminologisch zu koordinieren. So wird in Art. 40d VE-OR bezüglich der Identität des Anbieters die Angabe des Namens und die Adresse verlangt, in Art. 3b^{bis} UWG daneben die Bekanntmachung des Sitzes oder des Wohnsitzes, Art. 6a lit. a UWG spricht von einer Kontaktadresse und verlangt zusätzlich die Angabe der elektronischen Adresse und im VVG wird ohne genauere Angabe auf Information über die Identität des Versicherers verwiesen. Dieser Zustand ist der Rechtssicherheit abträglich. Wir beantragen deshalb eine terminologische Abstimmung der genannten Artikel.

Gerade im Hinblick auf ihre strafrechtliche Anwendung steht aber auch das Erfordernis der Bestimmtheit zur Diskussion. So sieht Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG vor, dass der Anbieter im Fernabsatz, einschliesslich dem elektronischen Geschäftsverkehr, klare und vollständige Angaben unter anderem über „die wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Produkte“ zu machen hat. In Art. 6 a VE-UWG wird weiter verlangt, dass angemessene technische Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen der Kunde Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann. Damit werden dem Anbieter keine genügenden Anhaltspunkte über die zu liefernden Informationen gemacht. Eine Konkretisierung ist unbedingt anzustreben.

SW Dass werbliche Angaben für die Sachgewähr nicht nur im Kaufrecht(!) von Bedeutung sein können, ist nicht neu (vgl. u.a. Heft 2: Die Werbeaussage und ihre Rechtsfolge, Schriftenreihe der Schweizerischen Lauterkeitskommission). Wir möchten aber davor warnen, die Werbung in dieser Umschreibung als namentliches Beispiel der öffentlichen Äusserung aufzuführen und zwar aus folgenden Gründen:

Die (klassische) Werbung ist nur eine Form der kommerziellen Kommunikation. Dazu zählen heutzutage neben der Werbung die Verkaufsförderung, das Direktmarketing, das Sponsoring und die Öffentlichkeitsarbeit (vgl. Grundsatz 1.2 der Schweizerischen Lauterkeitskommission). In der Umgangssprache wird zwar häufig die Werbung als Sammelbegriff verwendet, doch sollte damit in einem Gesetzestext nicht Vorlieb genommen werden.

Im Recht der kommerziellen Kommunikation wird unterschieden zwischen einer (beweispflichtigen) Angabe als Tatsachenbehauptung (Angabe tatsächlichen Inhalts) einerseits und einer (als solcher erkennbarer und mithin nicht beweispflichtigen) Übertreibung oder einem (nicht beweisbaren) Appell an die Ästhetik oder Hinweis auf den (nicht objektivierbaren) Geschmack andererseits. Alle diese Angaben sind „Werbeäusserungen“ (wohl zutreffender Angaben) und stellen teils „Werbung im engeren Sinn“, teils „Werbung im weiteren Sinn“ dar. Die Tatsachenbehauptung kann für die Sachgewähr von Relevanz sein, die übrigen Aussagen oder Anpreisungen sind es in der Regel nicht.

Die Auslegung allein den Gerichten zu überlassen, scheint uns nicht sinnvoll. Gerade das Direktmarketing steht im Zentrum des elektronischen Geschäftsverkehrs, und es wäre kaum verständlich, diese Form der kommerziellen Kommunikation unerwähnt zu lassen, sich mit der (klassischen) Werbung zu begnügen und damit eine Gesetzeslücke zu schaffen. Das Gleiche gilt ebenfalls in Bezug auf die Präzisierung des Tatsacheninhaltes einer „Werbeangabe“, zumal die Werbung als Vorkehr des Wettbewerbsrechtes erst zum Vertragsabschluss hinführt, selbst aber nicht Bestandteil des Schuldrechtes ist und deshalb, soweit nicht tatsächliche Angabe, ohne verbindliche Aussagekraft bleibt.

SWICO Es ist fraglich, ob es zur Erreichung des an sich unbestrittenen angestrebten Zweckes effektiv einen neuen Art. 3 b^{bis} braucht. Die Elemente der Identität, der Adresse sowie der wesentlichen Eigenschaften könnten durchaus in die bestehende lit. b eingefügt werden. So würde vermieden, dass der Punkt "Preise" redundant verwendet würde und die Ungenauigkeit bezüglich "wesentliche Eigenschaften der angebotenen Produkte" (es sind ja auch Dienstleistungen) könnte vermieden werden. Es ist zudem grundsätzlich in Frage zu stellen, ob angesichts der Wichtigkeit der Informationen nicht eine gemeinsame Bestimmung für die detaillierte Informationspflicht aufgestellt würde, wie dies etwa bei der Preisbekanntgabeverordnung der Fall ist. Bei der vorgesehenen Regelung ist nämlich durchaus (neben der Unsicherheit UWG/OR) auch noch Spielraum bezüglich Weisungen der Lauterkeitskommission vorhanden.

Die Verwendung der verschiedensten unklaren Begriffe wie "wesentliche Eigenschaften", "klare und vollständige Angaben" führen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Strafnorm von Art. 6a zu einer Verletzung eines wesentlichen Rechtsgrundsatzes des schweizerischen Strafrechtes, des "nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia".

Eine weitere Unklarheit besteht bezüglich der Begriffsverwendung "im Fernabsatz" in Art. 3b Bst. b^{bis}. Da Fernabsatzverträge nur in Art. 40c OR definiert sind, dieser Artikel nach Art. 40a aber nur für den Verkehr mit Konsumenten gedacht ist, haben wir hier wohl einen ungewollten Widerspruch. In Art. 40a müsste die Aufzählung demgemäss heissen: "Die Art. 40b und d bis h sind auf Verträge ..."

Art. 3 lit. b könnte allenfalls wie folgt lauten: "über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seinen Sitz und Adresse, seine Waren, Werke oder Leistungen mit deren wesentlichen Eigenschaften, deren Preise und Lieferbedingungen, die vorrätige Menge oder seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt;"

Uni ZH Während die Fernabsatz-RiL die vorvertraglichen Informationspflichten der individuellen Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Konsument zuordnet („individuelle Konsumenteninformation“¹⁸⁹), integriert sie der VE als wettbewerbsrechtliche Verhaltenspflichten ins UWG („kollektive Konsumenteninformation“¹⁹⁰). Wer Waren, Werke oder Leistungen im Fernabsatz, einschliesslich des elektronischen Geschäftsverkehrs, anbietet und es dabei unterlässt, klare und vollständige Angaben über seine Identität, seinen Sitz oder Wohnsitz, seine Adresse, die wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Produkte, deren Preise, sämtliche zu Lasten des Kunden gehenden Kosten und¹⁹¹ die Zahlungsbedingungen zu machen, handelt gemäss Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG unlauter. Nach dem Begleitbericht¹⁹² soll damit den besonderen Anforderungen, die der Fernabsatz an das Transparenzgebot stellt, Rechnung getragen werden. Über die Lieferfrist muss der Anbieter aber nicht informieren¹⁹³, obwohl diese für die Willensbildung des Kunden durchaus relevant ist und durch entsprechende Angaben vor Vertragsabschluss Transaktionskosten gespart werden können. Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG weist aber noch weitere, zum Teil erhebliche Mängel auf: An Unklarheit kaum zu überbieten ist bereits der Anwendungsbereich. Die Verfasser des VE glauben, auf eine Legaldefinition des Fernabsatzes verzichten zu können, weil der Begriff des Fernabsatzvertrages in Art. 40c VE-OR „einige Kriterien“ enthalte, die auch für das Lauterkeitsrecht „brauchbar“ seien¹⁹⁴ - nota bene ohne Legalverweis und auch ohne klares Ergebnis¹⁹⁵. Entgegen dem Begleitbericht darf es keine Rolle spielen, ob der Anbieter über ein Fernvertriebssystem verfügt, weil das Lauterkeitsrecht an der Wettbewerbshandlung anknüpft¹⁹⁶, die nach herkömmlichem Verständnis nicht regelmässig zu erfolgen hat¹⁹⁷. Obwohl Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG inhaltlich eindeutig auf den Abschluss von Konsumentenverträgen zugeschnitten ist, soll er auch auf B2B-Geschäfte Anwendung finden¹⁹⁸. Interessengerecht ist dies nicht. Auch lässt die Norm offen, wo der Anbieter die geforderten Angaben zu machen hat. Problematisch ist dies etwa, wenn der Kunde auf eine Werbung in Radio oder Fernsehen hin eine Bestellung via Handy aufgibt. Es existieren bereits Geschäftsmodelle, bei denen der Kunde, der ein Musikstück im Radio hört, lediglich während der Spielzeit ein SMS an eine bestimmte Nummer sendet und daraufhin die

¹⁸⁹ Siehe BRUNNER (Fn 75), 54.

¹⁹⁰ Ebd.

¹⁹¹ Im VE heisst es hier fälschlicherweise „oder“.

¹⁹² Ziff. 221.

¹⁹³ Vgl. demgegenüber Art. 4 Abs. 1 lit. e FARL: „Einzelheiten hinsichtlich [...] der Lieferung oder Erfüllung“.

¹⁹⁴ So lapidar der Begleitbericht in Ziff. 221.

¹⁹⁵ Anders die Schweizerische Lauterkeitskommission: „Fernabsatz ist die kommerzielle Kommunikation, die mit Hilfe eines oder mehrerer Kommunikationsmittel einen Vertragsabschluss ohne physische Anwesenheit der Parteien ermöglicht“ (Grundsatz Nr. 4.1).

¹⁹⁶ Dazu statt aller BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Vor Art. 2 N 2 ff. mNw.

¹⁹⁷ MÜLLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1: Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a. M. 1998, 11.

¹⁹⁸ Begleitbericht Ziff. 221.

entsprechende CD per Post zugesandt erhält, entweder mit Einzahlungsschein oder unter Belastung des Kaufpreises auf der Telefonrechnung. Soll es hier genügen, dass der Anbieter die Informationen auf dem Internet, das in diese Transaktion nicht einbezogen ist, also quasi *irgendwo* bereithält? Oder ist der Konsument vor solchen Geschäftsmodellen zu schützen, indem diese wettbewerbsrechtlich verhindert werden?

Eine allgemeine Preisbekanntgabepflicht gegenüber Konsumenten besteht bereits nach Art. 3 Abs. 1 PBV¹⁹⁹; Angebote im Internet fallen problemlos unter die PBV²⁰⁰, insbesondere unter Art. 7 Abs. 2 und Art. 13 ff. Zusätzlich finden auch die Art. 16 ff. UWG Anwendung, so dass das geltende Recht hier keine Lücken aufweist. Der VE führt vielmehr zu unnötigen Friktionen mit den allgemeinen Grundsätzen der Preisbekanntgabe in der Werbung (Art. 13 ff. PBV i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. b UWG)²⁰¹, weil eine Zuwiderhandlung gegen dieselben regelmässig auch eine Verletzung von Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG darstellt, für den aber eine erheblich schärfere Strafandrohung vorgesehen ist (Art. 23 VE-UWG). Auch dies haben die Verfasser des VE offenbar nicht gesehen.

Nicht angemessen ist es, den Anbieter, der gegen Art. 3 lit. b^{bis} VE-UWG verstösst, mit Gefängnis oder Busse bis 100'000 Franken zu bestrafen (Art. 23 VE-UWG). Strafrechtliche Sanktionen sollten auf Tatbestände der Irreführung beschränkt bleiben, die bei Nichterfüllung der Informationspflichten nicht vorliegt. Problematisch ist insbesondere das Tatbestandsmerkmal „klare und vollständige Angaben über [...] die wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Produkte“. Eine dermassen vage Umschreibung eines Deliktstatbestandes ist mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar. Nicht nur ist unklar, welches die jeweils wesentlichen Eigenschaften sind, auch der Grad der Vollständigkeit ist nicht justiziabel. Die Fernabsatz-RiL setzt deshalb nicht auf Vollständigkeit der Information, sondern im Sinne der Transparenz auf *Verständlichkeit*, wobei die Art und Weise der Informationserteilung an das verwendete Kommunikationsmittel anzupassen ist

VFGIEs ist fraglich, ob es zur Erreichung des an sich unbestrittenen angestrebten Zweckes effektiv einen neuen Art. 3 b bis braucht. Die Elemente der Identität, der Adresse sowie der wesentlichen Eigenschaften könnten durchaus in die bestehende lit. b eingefügt werden. So würde vermieden, dass der Punkt "Preise" redundant verwendet würde und die Ungenauigkeit bezüglich "wesentliche Eigenschaften der angebotenen Produkte" (es sind ja auch Dienstleistungen) könnte vermieden werden. Es ist zudem grundsätzlich in Frage zu stellen, ob angesichts der Wichtigkeit der Informationen nicht eine gemeinsame Bestimmung für die detaillierte Informationspflicht aufgestellt würde, wie dies etwa bei der Preisbekanntgabeverordnung der Fall ist. Bei der vorgesehenen Regelung ist nämlich durchaus (neben der Unsicherheit UWG/OR) auch noch Spielraum bezüglich Weisungen der Lauterkeitskommission vorhanden.

¹⁹⁹ Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (SR 942.211).

²⁰⁰ ROSENTHAL (Fn 34), 190; SUTTER, Die Preisbekanntgabepflicht als Instrument der Konsumenteninformation, JKR 1999, 199, 210.

²⁰¹ Dazu SUTTER (Fn 194), 225 ff.

Die Verwendung der verschiedensten unklaren Begriffe wie "wesentliche Eigenschaften", "klare und vollständige Angaben" führen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Strafnorm von Art. 6 a zu einer Verletzung eines wesentlichen Rechtsgrundsatzes des schweizerischen Strafrechtes, des "nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia".

Eine weitere Unklarheit besteht bezüglich der Begriffsverwendung "im Fernabsatz" in Art. 3 b Bst. b bis. Da Fernabsatzverträge nur in Art. 40 c OR definiert sind, dieser Artikel nach Art. 40 a aber nur für den Verkehr mit Konsumenten gedacht ist, haben wir hier wohl einen ungewollten Widerspruch. In Art. 40 a müsste die Aufzählung demgemäss heissen: "Die Art. 40 b und d bis h sind auf Verträge ..."

Art. 3 lit. b könnte allenfalls wie folgt lauten: "über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seinen Sitz und Adresse, seine Waren, Werke oder Leistungen mit deren wesentlichen Eigenschaften, deren Preise und Lieferbedingungen, die vorrätige Menge oder seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt;"

VIT Unklar ist, ob diese Bestimmung auch im kaufmännischen Verkehr gilt. Der Begriff "Fernabsatz" wird überall nur im Konsumrecht benutzt. Hier aber fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf Art. 40d OR.

Sofern überhaupt im Rahmen der Revision des OR der Konsumentenschutz ausgebaut wird, ist Art. 3 lit. b^{bis} auf Geschäfte mit Konsumenten einzuschränken.

Wie bereits zu Art. 40d OR ausgeführt, dürfte es Probleme in der Praxis geben. Namentlich der Begriff "sämtliche Kosten zu Lasten des Kunden" ist schwierig zu konkretisieren.

Nicht unproblematisch ist bei der gegebenen Unklarheit der Formulierung und den zu erwartenden Umsetzungsproblemen die Strafbarkeit bei Verletzungen dieser Bestimmung. Dies gilt vor allem dann, wenn der Vorsatz breit ausgelegt wird (in Kauf nehmen).

322.2 Art. 6a

Kantone / Cantons / Cantoni

NE: Le contenu de cette disposition n'appelle aucune remarque de notre part. En revanche, sa place ne nous semble pas très heureuse. Son rattachement à l'article 6 qui concerne la violation de secrets de fabrication ou d'affaires est artificiel et ne trouve de justification ni dans la systématique de la loi ni dans le rapport explicatif. Cette disposition pourrait figurer comme nouvelle lettre *n* dans la longue énumération de l'article 3 qu'elle ne ferait donc que compléter. Si l'idée est de mettre un accent particulier sur les devoirs d'information en matière de commerce électronique, sa place pourrait alors être après l'article 8.

SG: cf. art. 3 let. b^{bis}.

TI Siehe Art. 3 Bst. b^{bis} / Voir art. 3 let. b^{bis} / Vedi art. 3 let. b^{bis}

VS: Der Begriff "Leistungen" ist durch den Begriff "Dienstleistungen" zu ersetzen, damit eine einheitliche Terminologie innerhalb der Art. 40a ff. E OR und des in Frage stehenden Artikels gewährleistet werden kann.

ZG: cf. art. 40d.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

acsi Per concludere, riteniamo che la revisione della legge contro la concorrenza sleale risponda correttamente alle esigenze di trasparenza e di correttezza del consumatore on line, soprattutto, laddove si richiede l'identità e la sede dell'offerente, nonché la distinzione delle varie "fasi tecniche che portano alla conclusione del contratto" (art. 6a), onde limitare al massimo la possibilità di errore da parte del consumatore.

economiesuisse Wir verweisen bezüglich dieser Aspekte auf die Ihnen direkt zugegangene Stellungnahme der Schweizer Werbung. Die vorgeschlagenen Änderungen könnten wohl auch durch eine sachgerechte Auslegung der Generalklausel des UWG's gelöst werden.

Sager Die Einführung einer solchen Bestimmung ist begrüssenswert. Nicht klar ist mir, was der Unterschied zwischen der Kontaktadresse (Art. 6a E-UWG) und der Adresse (Art. 3 lit. b^{bis} E-UWG) ist. Der Anbieter ist bereits gemäss Art. 3 lit. b^{bis} E-UWG zur Angabe der Adresse verpflichtet, so dass Art. 6a lit. a heissen könnte "klare und vollständige Angaben über die Adresse seiner elektronischen Post zu machen;".

Lit. b scheint mir unklar formuliert. Erst der Begleitbericht machte klar, was mit dieser Bestimmung gemeint ist. M. E. sollte die Bestimmung etwa wie folgt formuliert werden: "den letzten technischen Schritt zum Vertragsschluss klar als solchen bezeichnen;".

Lit. c ist m. E. ebenfalls zu begrüssen. Ist hier der Terminus Bestellung als technischer Begriff zu verstehen oder soll er den letzten möglichen Schritt vor der Abgabe einer bindenden Erklärung darstellen?

SAP Abgelehnt wird die Bestimmung, dass beim elektronischen Geschäftsverkehr "auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen, hinzuweisen" ist (Art. 6a Bst. b UWG)

SBV Laut Begleitbericht fallen unter diese Bestimmung – im Gegensatz zu Art. 3 lit. b^{bis} UWG – nur Systeme des Elektronischen Geschäftsverkehrs und nicht generell der Fernabsatz. Dabei stellt sich die Frage wie z.B. beim Einsatz des WAP diesen Informationspflichten nachgekommen werden kann. Wichtig zu wissen wäre hier, ob diese Aufklärungspflicht durch z.B. blosses Aufschalten von Disclaimern im Internet bzw. durch generell geschlossene Rahmenvereinbarungen (unter Verzicht künftiger einzeltransaktionsweiser Informationslieferung) rechtsgenügend gelöst werden kann (vgl. unsere Bemerkungen vorne zu Art. 40d OR).

Abgrenzung zwischen Art. 3 lit. b^{bis} UWG und Art. 6a UWG bzw. Art. 40d OR ist uns nicht klar. Dabei muss festgestellt werden, dass diese Regeln nicht aufeinander abgestimmt sind, so dass Widersprüche entstehen können, in Sachverhalten, wo mehrere Normen zur Anwendung kommen (vgl. z.B. auch nachfolgende Bemerkung): Art. 40d OR verlangt alternativ irgendeine Kon-

taktadresse. Wird nun hier „einschliesslich derjenigen der elektronischen Post“ verlangt, ist diese Regelung nicht mit Art. 40d OR kompatibel, was unbedingt vermieden und deshalb korrigiert werden sollte.

Wichtig ist, dass die Informationen dem Konsumenten mit demselben technischen Kommunikationsmittel zur Verfügung gestellt werden muss, wie dieses für den elektronischen Geschäftsverkehr eingesetzt wird. Dass dem nicht in allen Fällen so sein muss, müsste wohl festgehalten werden, denke man doch nur an feste Geschäftsbeziehungen bei denen im Rahmen „geschlossener Systeme“ regelmässig ein allgemein gültiger „Rahmenvertrag“ vorerst geschlossen wird.

SGV Siehe Art. 3 Bst. b^{bis} / Voir art. 3 let. b^{bis} / Vedi art. 3 let. b^{bis}

SICTA Die Texte von Bst. b und c sind der Europäischen Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr entnommen. Die Ausdrücke decken sich nicht mit dem schweizerischen Sprachgebrauch (technische Mittel sind Hardware und Software). Dennoch würden wir nicht ohne zwingenden Grund von den europäischen Formulierungen abweichen.

Die Problematik dieses Artikels besteht insbesondere in der Strafbarkeitsvoraussetzung. Nur allzu leicht nimmt ein Richter Vorsatz an, und so würde sich heute fast jeder strafbar machen, welcher Produkte im Internet anbietet. Die "einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen", sind nämlich auf einer guten Webseite so selbstverständlich, dass nicht besonders darauf "hingewiesen" wird!

SW Es ist nicht zu übersehen, dass viele Anbieter von elektronischen Geschäften im Ausland sitzen und sich kaum um schweizerische Vorschriften kümmern werden. Daher fragt sich namentlich, ob es unter Art. 6a lit. a E UWG überhaupt einer positiven Vorschrift bedarf, im elektronischen Geschäftsverkehr eine E-Mail Adresse anzugeben. Wem die Internet-Angebote zu wenig klar sind und nähere Auskünfte braucht, ist nicht unbedingt auf eine E-Mail Adresse angewiesen. Natürlich ist es angenehm, über dieses technische Mittel zu verfügen, doch geht es zu weit, das Fehlen eines solchen als unlauteren Wettbewerb zu betrachten. Überdies würde es genügen, den neuen Artikel 3b^{bis} E UWG dahingehend zu ergänzen, nicht nur die Adresse, sondern gegebenenfalls auch die Bezeichnung des elektronischen Postfaches anzugeben.

Hinweise auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen sollen (Art. 6a lit. b E UWG) dürften, wenn überhaupt, oft in einer in der Schweiz nicht gesprochenen Sprache gegeben werden und sind dann nicht immer sinnvoll.

Auch das Vorhandensein von Mitteln, mit denen der Kunde Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann (Art. 6a lit. c E UWG), ist angesichts des gleichzeitig einzuführenden Widerrufsrechts nicht von eminenter Bedeutung. Wer Fehler bei der Eingabe gemacht hat, kann nach Erhalt der Bestätigung seine Bestellung immer noch widerrufen, weshalb Korrekturmöglichkeiten nicht von fundamentaler Wichtigkeit sind.

So wie die Vorschrift steht, hegen wir Zweifel an ihrer praktischen Bedeutung und strafrechtlichen Durchsetzung. Aber gerade die tatsächliche Durchsetzung einer materiellen Norm spricht auch erst für ihre Glaubwürdigkeit. Die grenzüberschreitenden Ausmasse der angestrebten Regelung dürfen dabei nicht

verkannt werden, ebensowenig wie die Unzulänglichkeit rein nationaler Vorschriften in der heutigen globalisierten Welt.

SWICO Die Übernahme der vorgesehenen Bestimmungen aus der ECRL kann durchaus vorgesehen werden. Es ist indes fraglich, ob hierzu systematisch das UWG der richtige Ort ist oder ob nicht eine einheitliche Regelung im OR anzustreben ist. Aus der Sicht von Art. 40d (Entwurf) ergibt sich die unbefriedigende Situation, dass der Rechtsuchende, welcher sich an die Bestimmungen von Art. 40d (Entwurf) richtet und die dortigen Informationspflichten erfüllt, gleichzeitig gegen das UWG verstösst und gemäss Entwurf mit Gefängnis oder Busse bis zu CHF 100'000.-- rechnen muss.

Bezüglich lit. c ist auch eine Lösung vorzusehen, bei welcher Willenserklärungen über M-Commerce Eingabegeräte abgegeben werden können.

swisscom Artikel 6a lit. b) und c): Bei den Bestimmungen von lit. b) und c) stimmt der Bezug zum „*elektronischen Geschäftsverkehr*“ in seiner Gesamtheit nicht mehr. Diese Regeln sind auf den Modellfall des elektronischen Shops zugeschnitten. Wenn zwei Parteien jedoch beispielsweise via E-Mail einen Vertrag schliessen, kann nicht verlangt werden, dass die eine Partei die andere darauf hinweist, unter welchen „*einzelnen technischen Schritten*“ nun der Vertrag tatsächlich zustande kommt oder dass sie sogar „*technische Mittel*“ zur Verfügung stellt, mit denen Eingabefehler erkannt und korrigiert werden können. Wir beantragen deshalb, dass die Informationspflichten dahingehend unterschieden werden, ob der Anbieter ein passives und automatisiertes System (z.B. elektronischer Shop) zur Verfügung stellt oder ob die Parteien die Möglichkeit haben, interaktiven Kontakt (z.B. via E-Mail) zu haben.

Im übrigen ist fraglich, ob es sinnvoll ist, die Technik zu betonen („*technische Schritte*“ erklären, die zum Vertragsschluss führen bzw. „*technische Mittel*“ zur Verfügung stellen). Der Anbieter sollte einfach die Schritte, welche zum Vertragsschluss führen erklären. Lit. c) sollte zudem mit Vorteil negativ formuliert werden, indem der Anbieter verpflichtet wird, jegliche Massnahmen oder Machenschaften zu vermeiden, welche den Kunden täuschen könnten. Alles andere führt zu weit. Falls ein Kunde irrt, kann das grundsätzlich nicht erkannt werden. Es ist denn auch im Laden nicht üblich, nachzufragen, ob er nun wirklich ein „Natel swiss“ oder ein „Natel budget“ wolle.

Aus diesen Gründen beantragen wir: Die Bestimmungen des UWG sind unter Berücksichtigung der obigen Punkte zu überarbeiten.

Uni ZH Im Anschluss an die E-Commerce-RiL²⁰² der EU sieht der VE in einem Art. 6a UWG Informationspflichten des Anbieters von Waren oder Dienstleistungen vor, die ausschliesslich den elektronischen Geschäftsverkehr betreffen. Gefordert sind klare und vollständige Angaben über eine Kontaktadresse einschliesslich E-Mail (lit. a), Hinweise über die einzelnen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen (lit. b) und die zur Verfügung Stellung angemessener technischer Mittel, mit denen der Kunde Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann (lit. c). Im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 1 der E-Commerce-RiL lässt der VE keinen Raum für abweichende Vereinbarungen unter gewerblichen Anbietern. Die Informationspflichten erhöhen die Transparenz bezüglich des technischen

²⁰² Richtlinie 2000/31/EG (ABI EG 2000 Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1-16).

Ablaufs des Vertragsabschlusses; zusätzlich wird ein gewisser Schutz vor übereilten Vertragsabschlüssen und des sich „Verklickens“ gewährt. Die Regelung ist grundsätzlich zu begrüssen, doch ist wiederum die angedrohte Strafsanktion (Art. 23 VE-UWG) nicht angemessen.

Leider wurden andere Regelungspunkte der E-Commerce-RiL nicht übernommen, insbesondere nicht die Informationspflichten für kommerzielle Kommunikation nach Art. 6 und 7. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in digitalen Netzen das Trennungsgebot keinen ausreichenden Schutz vor Irreführung bietet und deshalb ein allgemeines Transparenzgebot erforderlich ist²⁰³. Transparenz bedeutet hier u.a., dass jede kommerzielle Kommunikation²⁰⁴ klar als solche erkennbar sein muss (Art. 6 lit. a der E-Commerce-RiL; ebenso Art. 4 Abs. 2 und 3 FARL). Diese Grundsätze sollten auch im schweizerischen UWG verankert werden

VFGI Die Übernahme der vorgesehenen Bestimmungen aus der ECRL kann durchaus vorgesehen werden. Es ist indes fraglich, ob hierzu systematisch das UWG der richtige Ort ist oder ob nicht eine einheitliche Regelung im OR anzustreben ist. Aus der Sicht von Art. 40 d (Entwurf) ergibt sich die unbefriedigende Situation, dass der Rechtsuchende, welcher sich an die Bestimmungen von Art. 40 d (Entwurf) richtet und die dortigen Informationspflichten erfüllt, gleichzeitig gegen das UWG verstösst und gemäss Entwurf mit Gefängnis oder Busse bis zu CHF 100'000.-- rechnen muss.

Bezüglich lit. c ist auch eine Lösung vorzusehen, bei welcher Willenserklärungen über M-Commerce Eingabegeräte abgegeben werden können.

VIT Die Texte von lit. b und c sind der Europäischen Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr entnommen. Die Ausdrücke decken sich nicht mit dem schweizerischen Sprachgebrauch (technische Mittel sind Hardware und Software).

Die Problematik dieses Artikels besteht insbesondere in der Strafbarkeitsvoraussetzung.

Nur allzu leicht wird (Eventual-)Vorsatz angenommen, und so würde sich heute fast jeder strafbar machen, der Produkte im Internet anbietet. Die "einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen", sind nämlich auf einer guten Webseite so selbstverständlich, dass nicht besonders darauf "hingewiesen" wird!

Was unter „angemessenen technischen Mitteln“ in lit. c zu verstehen ist, ist unklar. An die Auslegung dieses Begriffes, der sich mit der technischen Entwicklung laufend ändern wird, die Strafbarkeit zu knüpfen, ist fragwürdig bzw. nicht akzeptabel.

²⁰³ JÖHRI, Werbung im Internet, Diss. Zürich 2000, 165; WEBER, E-Commerce (Fn 12), 285.

²⁰⁴ Nach Art. 2 lit. f der E-Commerce-RiL umfasst dies „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt“.

ww&pEGV Hingegen muss der vorgeschlagene Art. 6a UWG präzisiert werden: Dieser Artikel könnte so ausgelegt werden, dass der Anbieter von Waren über Online Auktionen seine vollständige Adresse einschliesslich E-Mail Adresse angeben muss. U.W. ermöglichen jedoch alle Online-Auktionen die Verwendung von selbstgewählten Pseudonymen als Benutzername. Dieser Benutzername erscheint zusammen mit dem Angebot. Bei Ricardo.ch wird zusätzlich die Postleitzahl des Anbieters angegeben. Diese Anonymität ist aus datenschutzrechtlichen Gründen zwingend, um dem Missbrauch der persönlichen Daten der Auktionsteilnehmer, insbesondere der E-Mail Adressen, vorzubeugen. Sobald die Auktion abgeschlossen ist, erhalten Käufer und Verkäufer die vollständige Adresse der jeweils anderen Partei per E-Mail zugestellt. Damit wird sowohl der Informationsbedarf der Teilnehmer wie auch der Schutz ihrer Daten optimal sichergestellt. Am Rande sei angemerkt, dass bei klassischen Auktionen eine Anonymität sowohl des Käufers wie der Verkäufers möglich ist.

Wir schlagen daher vor, Art. 6a VE UWG so abzuändern, dass in einem Absatz 2 die Anwendung auf Online-Auktionen ausgeschlossen wird.

322.3 Art. 23

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

SAP Die Strafbarkeitsregeln im UWG sind fragwürdig, namentlich wenn die Strafbarkeitsvoraussetzungen unklar sind.

SFMGV Siehe Art. 3 Bst. b^{bis} / Voir art. 3 let. b^{bis} / Vedi art. 3 lett. b^{bis}

SICTA Nicht unproblematisch scheint uns die Strafbarkeit, dies vor allem dann, wenn der Vorsatz breit ausgelegt wird (in Kauf nehmen), und wenn die Strafbarkeitsbestimmung zu wenig genau definiert ist.

SWICO Die Ergänzung um die Strafnorm bezüglich Art. 6a entfällt, wenn Art. 6a systematisch im OR eingebaut wird.

VFGI Die Ergänzung um die Strafnorm bezüglich Art. 6a entfällt, wenn Art. 6a systematisch im OR eingebaut wird.

33 Weitere Vorschläge / Autres propositions / Altre proposte

Kantonen / Cantons / Cantoni

TI Il progetto non modifica la situazione esistente per la competenza internazionale e per il diritto applicabile al commercio tra persone residenti in diversi Stati, come è il caso per il commercio a distanza. Visto l'intreccio delle numerose norme legali applicabili al commercio internazionale, è auspicabile un intenso lavoro di coordinazione a livello internazionale, per garantire al consumatore una protezione efficace oltre le frontiere politiche. La revisione del Codice delle obbligazioni proposta con il progetto è parziale e sarà necessario un ulteriore adeguamento quando saranno adottate le modifiche in elaborazione a livello internazionale. La Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Lugano) è in fase di revisione e non è escluso, di conseguenza, un futuro adattamento della Legge federale sul diritto

internazionale privato. Sarà in particolare importante adeguare tempestivamente il diritto svizzero alla direttiva europea concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori (cfr. Comunicazione della Commissione delle comunità europee al Consiglio e al Parlamento europeo, COM 2001 66). Come rileva anche il rapporto pubblicato nel marzo 2001 dall'Ufficio federale per il consumo, la coordinazione internazionale è fondamentale proprio per la natura stessa di Internet, che non conosce frontiere.

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

FSP Cependant, nous demandons aux autorités fédérales compétentes de régler une question importante qui ne trouve réponse ni dans le rapport explicatif ni dans le projet de loi : celle de la compétence des tribunaux en cas de litige. Il s'agit en effet là d'un problème épineux qui n'est pas non plus résolu dans les pays ou une réglementation sur le commerce électronique existe déjà.

C'est ce que relève la Presse de ces derniers jours qui précise "qu'il est extrêmement difficile de localiser une transaction qui se fait sur Internet (...)». Au sujet de l'identité et de la résidence des personnes qui prennent part au E-commerce, ce même article relève que "(...) de fausses informations peuvent être fournies et cet état de fait ne simplifie nullement la problématique de la compétence des tribunaux " (europolitique no 2572 du 28 février 2001).

La Suisse doit donc éviter que sa propre législation contienne les mêmes erreurs et les mêmes lacunes constatées dans celle des pays de l'Union européenne. En réglant à satisfaction cette question, elle aura su tirer profit des expériences vécues hors de ses frontières.

kf In den EU-Richtlinien werden die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung einer Klage- oder Verwaltungsbeschwerdemöglichkeit für Verbraucher bei grenzüberschreitenden Problemen aufgerufen. Wir möchten diese Idee aufnehmen und schlagen vor, ein System einzuführen, das auf die bereits bestehenden Beschwerdemöglichkeiten einzelner Branchen (z.B. Chemisch Reinigung) abstellt. Unsere Beratungsstellen könnten als offizielle Schlichtungsstellen für Konsumentenstreitigkeiten im elektronischen Handel gelten, und nicht nur wie geplant im Rahmen der Vertrauensoffensive e-comtrust eine sinnvolle Triage der Anfragen und gleichzeitig die Funktion einer Informationsstelle übernehmen. Für schwierige Fälle wäre ein Ombudsmann oder eine Ombudsfrau mit der nötigen Befugnis und für Fachfragen, eine Vertretung der betroffenen Branche, einsetzbar.

Sager Auf Seite 9 des Begleitberichts wird ausgeführt, dass der Bund insoweit klageberechtigt sei, als er es zum Schutz des Ansehens der Schweiz im Ausland als nötig erachtet und wenn die klageberechtigten Personen im Ausland ansässig seien. Dies ist grundsätzlich richtig. Gerade diese Bestimmung ist allerdings recht unklar und führt teilweise zu ungelösten Widersprüchen. In meiner Dissertation habe ich hierzu folgendes ausgeführt:

"Damit der Bund aktivlegitimiert ist, muss er die Klage für nötig erachten, um das Ansehen der Schweiz im Ausland zu schützen. Dabei steht ihm ein weiter Ermessensspielraum zu. In der Praxis wird das Seco dann tätig, wenn es eine gewisse Anzahl von Beschwerdeschreiben aus dem Ausland erhalten hat

(KNAAK/RITSCHER, N. 325; Botschaft, BBl. 1992 I 358.). Er darf aber nur dann klagen, wenn (auch) Personen von unlauteren Aktivitäten betroffen werden, die im Ausland ansässig sind, also ihren Sitz, Niederlassung oder auch nur eine Repräsentanz in jenem Land haben, wo sich das unlautere Wettbewerbsverhalten (auch) auswirkt. Zudem verlangt Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG, dass die im Ausland betroffenen Personen ihrerseits klageberechtigt sind, womit die Aktivlegitimation gemäss Art. 9 Abs. 1 oder Art. 10 Abs. 1 UWG zu verstehen ist (PEDRAZZINI, UWG, S. 233; RAUBER, S. 267; bestätigt in BGE 126 III 200 - Loto Score). Ein bislang ungelöstes Problem stellt sich, wenn sich unlautere Direktmarketingaktionen (oder allgemeiner: unlautere Handlungen) ausschliesslich an ausländische Rezipienten richten. An sich ist das UWG wegen Art. 136 IPRG bei der ausschliesslichen Auslandsauswirkung der Handlung nicht mehr anwendbar, womit auch die Klageberechtigung des Bundes dahinfallen würde. Dennoch entschied das Zürcher Handelsgericht, dass dem Bund auch in diesen Fällen ein Klagerecht zustehe (HGer. ZH, SMI 1995, S. 408 - World Telefax Edition; so wohl auch DAVID, Rechtsschutz, S. 65.). Das BGer. hat dieses Problem ebenfalls erkannt, liess aber die Frage offen (BGE 126 III 201 - Loto Score). Damit der Bund solche Fälle mit Gewissheit verfolgen kann, ist mit RAUBER (S. 267) eine Einführung einer materiellen Norm zu postulieren, welche die Beeinträchtigung des guten Rufs der Schweiz im Ausland durch Versenden von irreführenden Werbebotschaften an ausländische Abnehmer für unlauter erklärt. Ob sich eine solche Norm, welche den guten Ruf der Schweiz und nicht das Funktionieren des Wettbewerbs schützen will, allerdings mit dem funktionalen Ansatz des UWG vereinbaren lässt, ist zumindest in Frage zu stellen. Immerhin lässt sich argumentieren, dass der gute Ruf eines Wirtschaftsstandorts als notwendige Voraussetzung für einen funktionierenden Markt angesehen werden kann."

Die vorliegende Revision könnte und sollte dieses Problem lösen.

SAP Die Thematik der unerbetenen elektronischen Werbung ist zu regeln, und zwar analog zu den europäischen Bestimmungen.

SBB Der durch die vorliegende Gesetzesrevision möglich werdende elektronische Geschäftsverkehr kann nur dann vollständig elektronisch abgewickelt werden, wenn die Schritte, die zu diesem Geschäftsverkehr führen (namentlich durch die Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens), ebenfalls online abgewickelt werden können. Unsere Geschäftsleitung hat aus diesem Grunde den Bund in einem Schreiben an das Eidg. Finanzdepartement dringend gebeten, das Thema "rechtliche Grundlage für e-Procurement" prioritär an die Hand zu nehmen (Kopie des Schreibens vom 30.1.2001 in der Beilage). Insbesondere bedarf es einer Gesetzesgrundlage, welche eine gemeinsame Beschaffung (Pooling, Beschaffungsplattform) mit Firmen erlaubt, welche entweder einem anderen Beschaffungsrecht unterstellt sind oder dem Beschaffungsrecht gar nicht unterstehen. Gedankenaustausche haben bereits stattgefunden und entsprechende Arbeiten sind im Gange. Dies begrüssen wir sehr, hoffen jedoch auch hier auf ein rasches Inkrafttreten der neuen Bestimmungen.

Die SBB, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen sind (Art. 3 Abs. 3 SBB-Gesetz), haben ihre Leistungen auch im Verkehrsbereich auf die Marktbedürfnisse im Gesamtsystem öffentlicher Verkehr auszurichten. Der Bund hat sich gegenüber den SBB verpflichtet, faire Wettbewerbsbedingungen und unternehmerischen Freiraum zu gewähren (Art. 3 Leistungsvereinbarung).

Im Rahmen dieser Voraussetzungen beantragen wir eine dringende Änderung der **schweizerischen Transportgesetzgebung**:

Personenverkehr: Aufgrund der heutigen Rechtslage haben die Eisenbahnen für ihre Leistungen Tarife aufzustellen, welche sie sowohl auf internationaler Ebene (CIV = Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen und Gepäck = Anhang 1 zum COTIF, Convention Internationale sur les transports internationaux ferroviaires vom 9.5.1980) als auch in der Schweiz (Transportgesetz) gegenüber jedermann gleich anwenden müssen. Diese Regelung gilt heute in der Schweiz zwingend für den *regelmässigen* Personenverkehr; für den *nicht regelmässigen* Personenverkehr gilt sie jedoch nicht.

Die Eisenbahnen können sowohl international als national ermässigte Preise vorsehen (Ausnahmetarife) oder durch Sonderabmachungen Preisermässigungen oder andere Vergünstigungen gewähren. Nehmen sie diese Möglichkeit wahr, so haben sie Kunden in vergleichbarer Lage vergleichbare Bedingungen zu gewähren.

Die heutigen Gesetze wurden in einer Zeit erlassen, in der man noch in keiner Weise an das Internet dachte. Die jetzige Rechtslage stellt für den nationalen regelmässigen Personenverkehr einen Wettbewerbsnachteil gegenüber dem Flugverkehr dar und hindert den Aufbau des E-Commerce für die Bahnen (bildet somit ein rechtliches Handelshemmnis). Insbesondere können für den regelmässigen Personenverkehr keine Last-Minute-Angebote online angeboten werden, was die Expansion der SBB im E-Commerce erschwert.

Praxis international: Obwohl die heutige CIV international noch die erwähnte Gleichbehandlung postuliert, wird ihr in der Praxis nicht mehr konsequent nachgelebt, weil die neue (noch nicht in Kraft getretene) CIV die obgenannten Anforderungen gar nicht mehr erwähnt. Nachforschungen haben ergeben, dass man anlässlich der Revision der CIV sämtliche öffentlichrechtlichen Vorschriften (namentlich die Bedingung der Gleichbehandlung der Kunden) fallen lassen will, um den Eisenbahnen volle Freiheit im Markt zu gewähren und ihnen die Möglichkeit zu bieten, Transportleistungen zu ermässigten Preisen über nur ein *einziges* Medium und nicht zwingend in *allen* Verkaufskanälen anzubieten. Die bestehende CIV wird deshalb bereits heute im internationalen Bereich weit ausgelegt, d.h. der Beförderer kann die Bedingungen des Transportes sowie den Träger dieser Bedingungen frei festlegen; er kann einen elektronischen Beförderungsausweis vorsehen sowie ermässigte Transportleistungen online anbieten, ohne sie gleichzeitig auch am Schalter anbieten zu müssen.

Praxis in der Schweiz: Eine analoge Praxis in der Schweiz für den regelmässigen Personenverkehr scheitert heute rein formell an der rechtlichen Natur der gesetzlichen Regelung (es handelt sich um eine zwingende Vorschrift). Wir beantragen deshalb eine rasche Revision des Transportgesetzes in Anlehnung an die neue CIV (Wegfall eines rechtlichen Handelshemmnisses), damit die Bahnunternehmen in der Schweiz dieselbe rechtliche Stellung erhalten, wie sie sie international geniessen.

Güterverkehr: In den gültigen Bestimmungen über den Gütertransport und im Speziellen über den Frachtvertrag im Transportgesetz wird zwar festgelegt, dass die Tarife vorsehen können, "dass gewisse Transporte ohne Transporturkunde ausgeführt werden" (Art. 28 Abs. 3 TG). Heute findet denn auch

fast nur noch der elektronische Frachtbrief Anwendung, und mit der Aufhebung der Tarifpflicht wurde diese Bestimmung ohnehin obsolet.

Auch im Entwurf einer neuen CIM (die zur CIV analogen Vorschriften für den Güterverkehr) wurde die Anerkennung eines elektronischen Frachtvertrages ausdrücklich vorgesehen. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut: "Der Frachtbrief einschliesslich des Frachtbriefdoppels kann auch in elektronischen Datenaufzeichnungen bestehen, die in lesbare Schriftzeichen umwandelbar sind. Die zur Aufzeichnung und Verarbeitung der Daten verwendeten Verfahren müssen, insbesondere hinsichtlich der Beweiskraft des verkörperten Frachtbriefes, funktional gleichwertig sein."). Wir beantragen eine Änderung des Transportgesetzes in diesem Sinn.

SICTA E-Werbung: Nach unserer Auffassung fehlt eine Bestimmung zur elektronischen Werbung, was in der Terminologie der Europäischen Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG (Art. 6 und 7) "Kommerzielle Kommunikation" heisst.

In unserer Branche besteht das Bedürfnis, dass einigermaßen vorgezeichnet ist, unter welchen Voraussetzungen man ungefragt Werbung zustellen darf. Dabei würden wir es begrüßen, wenn die bisher verstreuten Regeln (Kleber auf dem Briefkasten im Postverkehrsgesetz, * des Telefonbuches in der Fernmeldedienste VO) einer generellen Lösung zugeführt werden. Diese passt am ehesten ins UWG.

Als Ansatz für die Lösung könnte Art. 7 der Europäischen Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG dienen. Danach müsste die Werbesendung klar und unzweideutig als solche erkennbar sein. Sie wäre zu verbieten an Personen, die sich in sogenannten Opt-out-Registern oder Robinsonlisten eintragen liessen. Zudem müsste man die Anbieter einfach identifizieren können.

SVV Zivilprozessuale Fragen

Mit Hinweis auf die Revision des Lugano-Übereinkommens spricht die Vorlage schliesslich Fragen der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts nicht an. Dies ist zu begrüßen, zumal darüber auch in der EU im Zusammenhang mit der Fernabsatzrichtlinie über Finanzdienstleistungen noch debattiert wird. An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass ein Verweis auf das Landesrecht und die Zuständigkeit des Richters des Konsumenten bezüglich dem elektronischen Geschäftsverkehr kritische Fragen aufwirft, denn gerade diese Vertriebsform eignet sich für internationale Verhältnisse. Es kann dem Anbieter nur schwerlich zugemutet werden, sich am jeweiligen Landesrecht des Konsumenten orientieren zu müssen. Wir bevorzugen eine Regelung, die an das Herkunftsland-Prinzip anknüpft, wie dies auch die E-Commerce Richtlinie der EU vorsieht.

swisscom Auf der anderen Seite ist die Vorlage auch relevant, weil Swisscom Dienstleistungen anbietet, die es Kunden ihrerseits wieder ermöglicht, Fernabsatzverträge zu schliessen respektive elektronischen Geschäftsverkehr zu betreiben (z.B. Dienstleistung 0900/0901 Telebusiness für Telefoniedienstleistungen, SMS InfoService für Mobiletelefoniedienstleistungen, Hosting- und E-Commerce-Solutions für Internetdienstleistungen, conextrade B2B-Marktplatz). Die Erfahrung hat gezeigt, dass sich Endkunden insbesondere bei auftretenden Problemen mit den Anbietern im Telefonbereich (0900/0901 Num-

mern) oft mit Reklamationen an Swisscom wenden und dadurch unsere Supportstellen über Gebühr belasten. Aus diesem Grund ist Swisscom an gesetzlichen Regeln interessiert, die unseriöse Angebote möglichst verhindern. Zudem versucht Swisscom, durch besondere Pflichten in ihren Vertragsbedingungen solche Angebote soweit möglich auszuschalten.

Die zuletzt beschriebenen Beispiele zeigen, dass die mit der Vorlage adressierten Problemfelder eng und untrennbar mit der Frage nach der Verantwortlichkeit der Telekom- und Internet Provider für das Verhalten und den Inhalt ihrer Kunden oder anderer Dritter verknüpft ist. Folgerichtig wurden diese Problembereiche auch als zentrale Punkte in der EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (nachfolgend immer: E-Commerce-Richtlinie) angesprochen und geregelt. Für Swisscom ist es deshalb wichtig, dass eine Gesetzesvorlage, die sich schwergewichtig mit dem elektronischen Geschäftsverkehr befasst, auch die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Provider regelt.

ww&pEGV 2. Probleme mit dem aktuellen rechtlichen Rahmen für Internet-Auktionen

Konzeptuell und im Ergebnis unterscheiden sich Online-Auktionen auf dem Internet nicht von gewöhnlichen Versteigerungen: Der Bieter mit dem höchsten Preisangebot erhält den Zuschlag. Im technischen Ablauf bestehen jedoch erhebliche Unterschiede: Die Online-Auktion ist in aller Regel eine automatisierte Versteigerung. Das Auktionshaus stellt eine Plattform zur Verfügung, auf der die Kauf- und Verkaufinteressenten ihre Versteigerungen durchführen können. Der Zuschlag erfolgt nicht durch einen Versteigerungsleiter, sondern automatisiert durch das Auktionsprogramm. Weiter erstreckt sich die Online-Auktion in der Regel über einen grösseren Zeitraum als eine gewöhnliche Versteigerung, und die Teilnehmer sind nicht unmittelbar oder mittelbar (über Telefon) an einem Ort anwesend, sondern interagieren mit dem Auktionsprogramm auf der elektronischen Plattform. Zum Thema vgl. auch Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, S.382 f.. Es ist naturgemäss auch unmöglich für den Anbieter der Auktions-Plattform, die versteigerten Gegenstände zu überprüfen, da keine eigentliche Einlieferung der zu versteigernden Gegenstände stattfindet.

Online-Auktionen sind freiwillige öffentliche Versteigerungen i.S.v. Art. 229 ff. OR (Weber, a.a.O., S. 390 f.), da sie folgende Merkmale aufweisen:

- Freiwilligkeit der Versteigerung: Es handelt sich ausnahmslos um freiwillige Versteigerungen;
- öffentliche Auskündigung der Versteigerung: Diese erfolgt durch die Ausschreibung der Angebote für alle einsehbar im Internet;
- Bekanntgabe der Versteigerungsbedingungen: Diese erfolgt zum Zeitpunkt der Registrierung als Benutzer der Online-Auktionsplattform, die sowohl für Verkäufer wie für Käufer obligatorisch ist;
- Öffentlichkeit der Versteigerung: Grundsätzlich darf jedermann, wenn er sich an die Auktionsbedingungen hält, an der Versteigerung teilnehmen.

Grundsätzlich genügt die Regelung von Art. 229 ff. OR den Bedürfnissen der Teilnehmer an Online-Auktionen, zumal sie durch die Auktionsbedingungen ergänzt und präzisiert werden kann.

Hingegen erweist sich der Vorbehalt von kantonalen Vorschriften in Art. 236 OR als für Online-Auktionen völlig inpraktikabel (s. auch Weber, a.a.O., S. 392 f.). In der Tat haben die meisten Kantone gestützt auf diese bundesrechtliche Ermächtigung Vorschriften über die Durchführung von freiwilligen öffentlichen Versteigerungen erlassen. Diese kantonalen Vorschriften sind für Online-Auktionen von vornherein ungeeignet, da sich diese Online-Auktionen schlecht in einem Kanton lokalisieren lassen. Auf den Kanton des Standortes des Servers oder des Sitzes des Auktionshauses abzustellen, ist keine sachgerechte Lösung, da die Bieter an einem anderen Ort ihren Wohnsitz haben können bzw. von einem anderen Ort aus an der Auktion teilnehmen können. Weiter sind diese Vorschriften für Online-Auktionen sachlich völlig ungeeignet und undurchführbar. In der Tat verlangen diese Vorschriften meistens, dass die Auktion in einer bestimmten Form, z.B. im Amtsblatt, innerhalb einer gewissen Frist im Voraus angekündigt wird, und dass eine Amtsperson an der Auktion anwesend ist. Solche Anforderungen kommen einem Verbot der Online-Auktionen gleich. Es ist nur auf die Einsicht und Toleranz der kantonalen Behörden zurückzuführen, dass bisher u.W. keine rechtlichen Schritte auf Durchsetzung dieser kantonalen Vorschriften gegenüber den Betreibern von Online-Auktionen unternommen wurden.

3. Vorgeschlagene Ergänzung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr

Die Anwendung der kantonalen Vorschriften über freiwillige öffentliche Versteigerungen auf Online-Auktionen muss ausgeschlossen werden. Angesichts der schwierigen Lokalisierung von Online-Auktionen scheint es sachlich, diesbezüglich eine Regelung auf Bundesebene einzuführen und nicht auf eine entsprechende Anpassung der 26 kantonalen Vorschriften zu hoffen. Es ist auch daran zu erinnern, dass die Regelung von Versteigerungen grundsätzlich Sache des Bundes ist und die Kantone nur auf Grund des Vorbehaltes in Art. 236 OR ermächtigt sind, eigene ergänzende Vorschriften aufzustellen.

Wir schlagen daher vor, Art. 236 OR wie folgt abzuändern:

"Art. 236 - Kantonale Vorschriften

Die Kantone können in den Schranken der Bundesgesetzgebung weitere Vorschriften über die öffentliche Versteigerung aufstellen. Diese kantonalen Vorschriften sind auf öffentliche Versteigerungen, die ausschliesslich unter Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen, nicht anwendbar."

Wir glauben, dass mit dieser Bestimmung eine sachgerechte Lösung gefunden wird, die einerseits die Entwicklung von modernen Versteigerungsverfahren ermöglicht, andererseits den berechtigten Anliegen der Kantone für die Durchführung von klassischen Auktionen Raum lässt.