

THOMAS KOLLER

Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Strafrechtliche Sanktionen
 - 1. Die strafrechtlichen Sanktionen nach KKG
 - 2. Die strafrechtlichen Sanktionen nach UWG
- III. Die zivilrechtlichen Sanktionen im Überblick
 - 1. Die zivilrechtlichen Sanktionen nach UWG
 - 2. Die zivilrechtlichen Sanktionen nach KKG
 - a) Die Entstehungsgeschichte von Art. 11 KKG
 - b) Rechtsvergleichender Hinweis auf das deutsche Recht
- IV. Die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages nach Art. 11 KKG im einzelnen
 - 1. Die Wirkungen der Nichtigkeit vor Auszahlung der Darlehensvaluta
 - a) Allgemeines
 - b) Die Nichtigkeit von Kreditverträgen im eigentlichen Sinne
 - c) Die Nichtigkeit von Kauf- und Dienstleistungsverträgen mit Kreditierungsabrede
 - 2. Die Wirkungen der Nichtigkeit nach Auszahlung der Darlehensvaluta
 - a) Allgemeines
 - b) Die Folgen der besonderen Nichtigkeit nach Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG
 - 3. Die Auswirkungen der Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages auf die vertraglichen Nebenpflichten
- V. Von Art. 11 KKG nicht erfasste Fälle und ihre Folgen
- VI. Würdigung

I. Einleitung

Das Konsumkreditgesetz bezweckt zur Hauptsache die Schaffung von *Transparenz*. Die Kreditnehmerin oder der Kreditnehmer soll vor allem – wie es in der Präambel der EG-Richtlinie vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit formuliert ist¹ – «... über die Kreditbedingun-

¹ ABl. Nr. L 42/48 vom 12. 2. 1987 (siehe Anhang V S. 144 Mitte); vgl. zum Ziel der Transparenz auch JOHANNES KÖNDGEN, Der Eurolex-Entwurf eines Konsumkreditgesetzes – auch ohne

gen und -kosten sowie über seine Verpflichtungen angemessen unterrichtet werden.» Der 3. Abschnitt des Gesetzes mit den Art. 8 bis 10, der in Anlehnung an diese EG-Richtlinie die Form und den Inhalt der Konsumkreditverträge regelt, dient nichts anderem als der Umsetzung dieses Zweckes in die Praxis. Die Art. 8 bis 10 bilden somit ein *Kernstück* des Konsumkreditgesetzes. Es versteht sich dabei von selbst, dass diese Normen zwingenden Charakter haben, von den Parteien eines konkreten Konsumkreditverhältnisses also nicht vertraglich abgeändert werden können².

Nun ist es eine alte Binsenwahrheit, dass jede Norm, die zwingend etwas vorschreibt, von den Betroffenen in der Regel nur eingehalten wird, wenn die Normverletzung mit Sanktionen bedroht ist. KÖNDGEN hat dieses Phänomen aus gelehrter Sicht so formuliert: «Die Zufügung von Rechtsnachteilen für gesetzwidriges Verhalten hat ... primär die Aufgabe, menschliches Verhalten präventiv in gesetzeskonforme Bahnen zu lenken. Hierzu muss, ökonomisch gesehen, das gesetzwidrige Verhalten mit einem 'Preis' belegt werden, der höher ist als der vom Gesetzesbrecher aus seinem rechtswidrigen Tun erwartete Gewinn.»³ Das gilt auch für das Konsumkreditgesetz. Die vom Gesetzgeber angestrebte Transparenz im Bereiche des Konsumkredits kann nur erreicht werden, wenn die Vorschriften von Art. 8 bis 10 KKG über Form und Inhalt der Verträge von den einzelnen Vertragsparteien auch eingehalten werden. Die Verletzung dieser Vorschriften bedarf daher – soll das Gesetz nicht toter Buchstabe bleiben – der griffigen Sanktion. Art. 14 der erwähnten EG-Richtlinie über den Verbraucherkredit verpflichtet denn auch die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die Kreditverträge von den zur Anwendung dieser Richtlinie ergangenen oder dieser Richtlinie entsprechenden innerstaatlichen Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers abweichen und dass diese Vorschriften nicht durch eine besondere Gestaltung der Verträge umgangen werden⁴. Wie das zu erfolgen hat, welche Sanktionen also im Falle von Verstössen gegen die entsprechenden Verbraucherkreditnormen zum Tragen kommen sollen, regelt die EG-Verbraucherkreditrichtlinie nicht. Es bleibt den einzelnen Mitgliedstaaten anheim gestellt, selbst entsprechende Bestimmungen zu schaf-

EWR ein gutes Gesetz für die Schweiz?, AJP 1993 278 ff., spez. S. 280 und S. 283; ebenso *ders.*, Zur neuen Konsumkreditgesetzgebung, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, hrsg. von Peter Nobel, Bern 1994, S. 31 ff., spez. S. 33.

² Art. 14 der EG-Verbraucherkreditrichtlinie verpflichtet denn auch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass Kreditverträge *nicht zum Nachteil des Verbrauchers* von den zur Anwendung dieser Richtlinie ergangenen oder dieser Richtlinie entsprechenden innerstaatlichen Vorschriften abweichen (ABl. Nr. L 42/52; Anhang V).

Die entsprechenden Normen des Konsumkreditgesetzes haben sogenannt relativ oder einseitig zwingenden Charakter (Art. 18 KKG; vgl. auch KÖNDGEN [Fn. 1], Aktuelle Rechtsprobleme, S. 33). Einseitig zwingende Normen kennt das schweizerische Obligationenrecht bereits seit langem im Mietvertrags- und im Arbeitsvertragsrecht (vgl. dazu nur etwa Art. 362 OR).

³ KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 288.

⁴ ABl. Nr. L 42/52 vom 12. 2. 1987 (Anhang V).

fen⁵. Erforderlich ist nur, dass die vom nationalen Recht geschaffenen Sanktionsregeln genügend «griffig» sind⁶ – was auch immer konkret darunter verstanden werden kann. Denn nur so kommen die Mitgliedstaaten der EG letztlich ihrer Pflicht nach, die EG-Richtlinie über den Verbraucherkredit zum Schutze des Kreditnehmers richtig umzusetzen. Für die Schweiz, die im Bereiche des Konsumkreditgesetzes EG-Recht autonom nachvollzieht, gilt selbstverständlich nichts anderes.

Konsumkreditverträge sind sozialtypisch *Massenverträge*. Der Vertragstext wird nicht vom Konsumenten oder von der Konsumentin, sondern von der Kreditgeberin, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt⁷, formuliert. Der Kreditnehmer ist an der Ausarbeitung des Vertragstextes nicht beteiligt; er hat ihn – wenn er den Kredit will – zu akzeptieren, wie er ihm vorgelegt wird⁸. Diese Erfahrungstatsache sowie der Umstand, dass die Bestimmungen des Konsumkreditgesetzes über Form und Inhalt des Konsumkreditvertrages dem Schutze der Konsumentin oder des Konsumenten, und nicht dem Schutz der Kreditgeberin, dienen, haben Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Sanktionensystems. Rechtsnachteile für Verstösse gegen die Normen des Konsumkreditgesetzes müssen so angelegt sein, dass sie primär die Kreditgeberin, und nicht die Konsumentin oder den Konsumenten, treffen⁹. Von dieser zweckbedingten Einseitigkeit ist im folgenden auszugehen.

Welche Rechtsnachteile zulasten der Kreditgeberin sieht nun das schweizerische Konsumkreditrecht im Falle von Formverstössen vor? Theoretisch kommen zivilrechtliche, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen in Betracht¹⁰. Verwaltungsrechtliche Sanktionen sollen hier nicht behandelt werden. Hinzuweisen wäre in diesem Zusammenhang

⁵ KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 287, spricht in diesem Zusammenhang plastisch von der «plein pouvoir», die die EG-Richtlinie der Ausführungsgesetzgebung einräumt (ebenso *ders.*, [Fn. 1], Aktuelle Rechtsprobleme, S. 45).

⁶ In diesem Sinne auch Bundesrat Koller, Amtl. Bull. StR. 1992 943.

⁷ Art. 2 KKG.

⁸ Der Umstand, dass der Kreditgeber professionell tätig ist und die Verträge ausarbeitet, während der Konsument auf die Vertragsgestaltung keinen Einfluss hat, hat in den parlamentarischen Beratungen zum Konsumkreditgesetz im Rahmen des Eurolex-Paketes eine wichtige Rolle gespielt (Amtl. Bull. NR 1992 1922 ff.; Amtl. Bull. StR 1992 943).

Einen anderen Standpunkt nahm allerdings ein Mitglied der ständerätlichen Kommission ein, das in der Kommissionssitzung vom 13. 8. 1992 die Streichung von Art. 11 KKG mit der Begründung beantragte, sie schaffe «... Raum für Schlaumeier, die einen Kleinkredit aufnehmen, um sich in der Folge auf die Nichtigkeit des Vertrags zu berufen und von einem Gratiskredit zu profitieren.» (Prot. der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 13. 8. 1992, S. 15).

⁹ Auch nach FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN/VOLKER EMMERICH/RONALD KESSLER, Verbraucherkreditgesetz (Kommentar), Köln 1991, § 6 Rz. 3, finden die einseitig den Kreditgeber belastenden Rechtsnachteile bei Formmängeln ihre Rechtfertigung darin, dass es in der Hand des Kreditgebers liege, die Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes zu beachten.

¹⁰ In diesem Sinne auch Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. 5. 1992, BBl 1992 V 1 ff. (im folgenden: Eurolex-Botschaft), spez. S. 159 (vgl. Anhang III).

nur etwa auf die Bestimmungen des Bankengesetzes¹¹ und – soweit dieses Gesetz auf eine konkrete Kreditgeberin anwendbar ist – auf darauf gestützte Massnahmen der Eidgenössischen Bankenkommission, die im Extremfall bis hin zum Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit einer Bank führen können¹². Eingehend darlegen möchte ich die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsnachteile, die eine Kreditgeberin bei Verstössen gegen die Vorschriften des Konsumkreditgesetzes zu gewärtigen hat. Vorneweg ist dabei festzuhalten, dass im Bereiche des Konsumkreditrechts die zivilrechtlichen Sanktionen von erheblich grösserer praktischer Bedeutung sind als die strafrechtlichen. Ich möchte mich daher zuerst kurz diesen letzteren widmen, bevor ich mich mit den wichtigeren, den zivilrechtlichen Sanktionen befasse.

II. Strafrechtliche Sanktionen

1. Die strafrechtlichen Sanktionen nach KKG

Das Konsumkreditgesetz enthält keine Strafsanktionen für den Fall, dass eine Kreditgeberin gegen eine der Vorschriften dieses Gesetzes verstösst. Das ist nicht selbstverständlich, obwohl das Konsumkreditgesetz nur die vertragliche Beziehung zwischen zwei Privatpersonen – d. h. der Kreditgeberin und der Konsumentin oder dem Konsumenten – betrifft. Denn in den letzten Jahrzehnten ist der Gesetzgeber zunehmend dazu übergegangen, *in rein vertragsrechtliche Erlasse auch Strafnormen aufzunehmen*. So sah früher etwa der Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen bei bestimmten Verstössen des Vermieters gegen Vorschriften dieses Beschlusses Strafen vor¹³. Auch unter der Herrschaft des geltenden neuen Mietrechts wird dem Vermieter zum Schutze des Mieters im Sinne von flankierenden Massnahmen für gewisse zivilrechtlich verpönte Verhaltensweisen Haft oder Busse angedroht; so ist es etwa strafbar, dem Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen zu kündigen, weil dieser die ihm nach dem Obligationenrecht zustehenden Rechte wahrnahm oder wahrnehmen wollte¹⁴. Nach dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) wird der Verleiher mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft, wenn er vorsätzlich dem Arbeitnehmer oder dem Einsatzbetrieb den wesentlichen Vertragsinhalt nicht schriftlich oder nicht vollständig mitteilt oder eine gemäss

¹¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. 11. 1934 (Bankengesetz; SR 952.0).

¹² Art. 23^{quinqies} Bankengesetz.

¹³ Vgl. Art. 31 und Art. 32 BMM (AS 1972 1502 ff.; dann SR 221.213.1; seit 1. 7. 1990 aufgehoben).

¹⁴ Art. 325^{bis} StGB, i. K. seit 1. 7. 1990. Zivilrechtlich kann eine entsprechende Kündigung des Vermieters durch den Mieter angefochten werden (vgl. Art. 271a OR).

Arbeitsvermittlungsgesetz unzulässige Vereinbarung trifft¹⁵. All diesen Beispielen ist der Umstand eigen, dass nicht bloss etwa die Verletzung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften – z. B. die Ausübung einer Vermittler-tätigkeit ohne Bewilligung –, sondern die Verletzung von zwingenden privatrechtlichen Normen unter Strafe gestellt wird. Für den Zivilrechtler, der gelernt hat, dass die Verletzung vertragsrechtlicher Normen privatrechtliche Sanktionen nach sich zieht, das Strafrecht aber nicht tangiert – klassisches Beispiel: eine vertragliche Klausel, die gegen zwingendes Gesetzesrecht verstösst, ist schlicht und einfach nichtig –, mag dies eine ungewöhnliche und vielleicht auch beunruhigende Tendenz sein. Wir werden aber wohl in Zukunft mit dieser – durchaus nicht einheitlich verlaufenden¹⁶ – Entwicklung leben müssen.

Unter diesen Umständen mag es erstaunen, dass das Konsumkreditgesetz, welches ja zum Schutze der Konsumentin oder des Konsumenten zahlreiche zwingende Normen über die Ausgestaltung des Kreditvertrages enthält, ohne Strafbestimmungen auszukommen glaubt. Sofort verständlich wird dies, wenn man einen Blick in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes wirft. Der bundesrätliche Entwurf eines Konsumkreditgesetzes aus dem Jahre 1978, der in der Schlussabstimmung im Ständerat im Jahre 1986 gescheitert ist, enthielt zahlreiche Strafbestimmungen¹⁷. Auch der Entwurf des Bundesbeschlusses über den Konsumkredit, den der Bundesrat den eidgenössischen Räten im Rahmen des Eurolex-Paketes vorlegte, wollte die vorsätzliche Verletzung der Vorschriften über Form und Inhalt des Konsumkreditvertrages mit Strafe bedrohen¹⁸. In den Beratungen der eidgenössischen Räte erfolgte daraufhin eine ausgiebige Diskussion über die vom Bundesrat vorgeschlagenen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen bei Verstössen gegen die Vorschriften des Konsumkreditbeschlusses¹⁹. Der Ständerat lehnte dabei auf Antrag seiner Kommission jegliche Strafnormen ab. Er wollte – wie es Ständerat Jagmetti ausdrückte – «nicht das Privatrecht mit Strafrecht durchsetzen müssen»²⁰. Der Nationalrat als Zweitrat schloss sich

¹⁵ Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG (SR 823.11).

¹⁶ So kennt z. B. das Bundesgesetz über die Pauschalreisen vom 18. 6. 1993, in Kraft ab 1. 7. 1994 (AS 1993 3152 ff.) keine Strafnormen. Das Parlament hat die Strafbestimmungen, die im Entwurf des Bundesbeschlusses über Pauschalreisen im Rahmen des Eurolex-Paketes vorgesehen waren (Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht [Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft], S. 756 ff, spez. S. 774 und S. 781/2), im Verlaufe der Beratungen gestrichen.

¹⁷ Vgl. Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. 6. 1978, BBl 1978 II 485 ff. (im folgenden: Konsumkredit-Botschaft), spez. S. 636 ff. mit den vorgeschlagenen Art. 332^{bis}–332^{septies} StGB; zur Kritik an diesen Strafbestimmungen siehe etwa HANS GIGER, Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Kritische Analyse der einzelnen Bestimmungen des bundesrätlichen Entwurfs, Zürich 1980, S. 146 ff.

¹⁸ Art. 17 Abs. 1 lit. a des Bundesbeschlusses über den Konsumkredit (Eurolex-Botschaft [Fn. 10], S. 157 ff. und spez. S. 177).

¹⁹ Vgl. dazu Amtl. Bull. StR 1992 722 f. und 725; Amtl. Bull. NR 1992 1918 ff. und 1922 ff.; Amtl. Bull. StR 1992 943.

²⁰ Amtl. Bull. StR 1992 723.

dieser Auffassung aber nur unter der Bedingung an, dass an der in Art. 11 vorgesehenen zivilrechtlichen Nichtigkeitsfolge im Sinne des bundesrätlichen Vorschlages vollumfänglich festgehalten werde. Das hat der Ständerat im Differenzbereinigungsverfahren getan²¹. In der Folge hat der Bundesrat darauf verzichtet, in den Entwurf des Bundesgesetzes über den Konsumkredit im Rahmen des Swisslex-Pakets Strafbestimmungen aufzunehmen²². Bei diesem Verzicht ist es dann im Gesetzgebungsverfahren geblieben.

Aus dieser Gesetzgebungsgeschichte lässt sich eine wichtige Schlussfolgerung ziehen. *Der Verzicht auf Strafsanktionen im Konsumkreditgesetz ist das Resultat eines gesetzgeberischen Kompromisses*. Strafnormen wurden im Konsumkreditgesetz nur deshalb nicht verankert, weil Art. 11 KKG eine bewusst scharfe zivilrechtliche Sanktion für den Fall vorsieht, dass ein Konsumkreditvertrag den formellen und materiellen Anforderungen des Gesetzes nicht entspricht. Diesen Umstand muss man sich bei der Anwendung von Art. 11 KKG stets vor Augen halten.

2. Die strafrechtlichen Sanktionen nach UWG

Die Tatsache, dass das Konsumkreditgesetz keine Strafsanktionen vorsieht, bedeutet nun aber nicht, dass jeder Verstoss gegen die Normen dieses Gesetzes straffrei wäre.

Ich habe in der Einleitung bewusst nicht den Ausdruck «Konsumkreditgesetz», sondern «Konsumkreditrecht» verwendet. Denn die Gewährung von Konsumkrediten im Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes wird rechtlich nicht nur von diesem Gesetz selbst, sondern auch vom Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG)²³ berührt. Das UWG enthält in Art. 3 zwei spezielle Unlauterkeitstatbestände, die die Kreditgeber von Konsumkrediten betreffen²⁴. Von besonderem Interesse ist hier Art. 3 lit. m UWG. Unlauter handelt gemäss dieser Bestimmung, wer im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit einen Konsumkreditvertrag anbietet oder abschliesst und dabei Vertragsformulare verwendet, die unvollständige oder unrichtige Angaben über den Gegenstand des Vertrags, den Preis, die Zahlungsbedingungen, die Vertragsdauer, das Widerrufs- oder Kündigungsrecht des Kunden oder über sein Recht zu vorzeitiger Bezahlung der Restschuld enthalten²⁵. Eine Verlet-

²¹ Vgl. dazu die in Fn. 19 aufgeführten Nachweise.

²² Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. 2. 1993 (im folgenden: Swisslex-Botschaft), BBl 1993 I 805 ff., spez. 862 ff. und 915 ff. (vgl. Anhang IV).

²³ SR 241.1.

²⁴ Art. 3 lit. l und m UWG in der Fassung vom 18. 6. 1993, in Kraft seit 1. 4. 1994 (AS 1994 375/76). Vgl. zur Revision dieser Bestimmung auch Eurolex-Botschaft (Fn. 10), S. 178 ff., und Swisslex-Botschaft (Fn. 22), S. 865.

²⁵ Art. 3 lit. m UWG in der Fassung vom 18. 6. 1993. Vgl. dazu auch Fn. 24.

zung dieser Norm kann strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Denn wer *vorsätzlich* unlauteren Wettbewerb im Sinne dieser Bestimmung begeht, wird auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis zu 100 000 Franken bestraft²⁶. Bei Widerhandlungen im Geschäftsbereich von juristischen Personen – und das dürften die Kreditgeber im Konsumkreditbereich in der Regel sein – sind diejenigen natürlichen Personen strafbar, welche die Tat verübt haben²⁷. Kommt eine Busse von höchstens 5000 Franken in Betracht, so kann unter bestimmten Umständen auch direkt die juristische Person zur Bezahlung der Busse verurteilt werden²⁸. Strafantragsberechtigt sind nicht nur Konkurrenten, sondern auch die betroffenen Kunden sowie Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, und schliesslich auch Konsumentenschutzorganisationen²⁹. Eine Kreditgeberin, die Vertragsformulare verwendet, welche nicht alle nach UWG notwendigen Angaben korrekt aufführen, muss also damit rechnen, dass nicht nur die Konkurrenz oder ein betroffener Kunde, sondern vor allem auch eine Konsumentenschutzorganisation einen Strafantrag gegen sie stellen wird.

Zwischen dem Konsumkreditgesetz und dem Lauterkeitsrecht manifestiert sich hier eine wichtige Querbeziehung, die strafrechtlich bedeutsam ist. Art. 3 lit. m UWG ist relativ offen formuliert und daher im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nicht unbedenklich³⁰. Den Art. 8 bis 10 KKG, welche detaillierte Vorschriften über Form und Inhalt von Konsumkreditverträgen enthalten, kommt nun in bezug auf Art. 3 lit. m UWG *präzisierende Funktion* zu. Was unter Gegenstand des Vertrages, Preis, Zahlungsbedingungen usw. im Sinne dieser Norm zu verstehen ist, wird bei Verträgen, die in den Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes fallen, durch Art. 8 bis 10 KKG konkretisiert. Welche Verstösse gegen diese Bestimmungen dabei im einzelnen gleichzeitig lauterkeitsrechtlich relevant sind, wird die Gerichtspraxis allerdings erst noch herausarbeiten müssen. Klar dürfte aber auf jeden Fall etwa sein, dass eine Kreditgeberin, die den effektiven Jahreszins nicht gemäss Konsumkreditgesetz berechnet und im Kreditvertrag entsprechend angibt³¹, unrichtige Angaben über den «Preis» für ihre Dienstleistung macht, somit gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs verstösst und daher grundsätzlich strafbar ist.

²⁶ Art. 23 UWG.

²⁷ Art. 26 UWG i. V. m. Art. 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. 3. 1974 (VStrR; SR 313.0).

²⁸ Art. 26 UWG i. V. m. Art. 7 VStrR.

²⁹ Art. 23 i. V. m. Art. 9 und 10 UWG. Zur Aktivlegitimation im Bereiche des UWG vgl. allgemein etwa MARIO M. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992, S. 223 ff.

³⁰ Vgl. zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot etwa STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafrechtbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989, Art. 1 StGB N 20.

³¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b und Art. 16 KKG sowie den Anhang mit der Formel zur Berechnung des effektiven Jahreszinses.

III. Die zivilrechtlichen Sanktionen im Überblick

Verstösst ein konkreter Konsumkreditvertrag gegen Bestimmungen des Konsumkreditgesetzes über Form und Inhalt des Vertrages, so kommt in privatrechtlicher Hinsicht in erster Linie Art. 11 KKG zum Tragen. Diese Bestimmung bildet den eigentlichen Kern der zivilrechtlichen Sanktionen und bedarf daher der eingehenden Darlegung. Daneben können eine Kreditgeberin, die sich regelwidrig verhält, aber unter Umständen auch zivilrechtliche Rechtsnachteile des UWG treffen. Diese lauterkeitsrechtlichen Aspekte gilt es daher kurz zu skizzieren, bevor Art. 11 KKG und seine Auswirkungen ausführlich behandelt werden.

1. Die zivilrechtlichen Sanktionen nach UWG

Wer einen Unlauterkeitstatbestand des UWG erfüllt, muss nicht nur mit strafrechtlichen, sondern auch mit privatrechtlichen Sanktionen rechnen. Begeht z. B. eine Kreditgeberin unlauteren Wettbewerb, indem sie in einem Vertragsformular den effektiven Jahreszins – und damit den Preis im Sinne von Art. 3 lit. m UWG – nicht richtig angibt³², so können Konkurrenten, betroffene Kunden und Konsumentenschutzorganisationen gegen sie zivilrechtlich klagen und vom Richter verlangen, dass er eine (künftige) drohende Verletzung verbiete, die bestehende Verletzung beseitige, die Widerrechtlichkeit der Verletzung feststelle und das Urteil auf Kosten der Kreditgeberin veröffentlichen lasse³³. Dazu bedarf es nicht einmal eines Verschuldens der fehlbaren Kreditgeberin. Hat die Kreditgeberin schuldhaft gehandelt und ist jemandem dadurch ein Schaden erwachsen, so kann sie zudem zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt werden³⁴.

Am interessantesten und rechtlich am heikelsten ist in diesem Zusammenhang der vom UWG gewährte Anspruch auf *Beseitigung* gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG. Über die genaue Tragweite dieses an sich deliktsrechtlichen Anspruchs in bezug auf Verträge besteht soweit ersichtlich keine Klarheit. Feststehen dürfte, dass in der Regel ein Dritter, der nach UWG zur zivilrechtlichen Klage legitimiert ist – also z. B. ein Konkurrent, eine Konsumentenschutzorganisation oder ein Branchenverband –, nicht befugt ist, Verträge anzufechten, mit deren Abschluss die eine Partei unlauter im Sinne des UWG gehandelt hat³⁵. Ein solcher Eingriff in die «Relativität der Vertragsbeziehung» wäre mit unserem privatrechtlichen Vertragsverständ-

³² Art. 3 lit. m UWG in der Fassung vom 18. 6. 1993 (siehe Fn. 24). Vgl. dazu auch oben II.2.

³³ Art. 9 Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 10 UWG.

³⁴ Art. 9 Abs. 3 UWG (dazu PEDRAZZINI [Fn. 29], S. 206 ff.). Ansprüche auf Genugtuung sowie auf Herausgabe des Gewinnes gestützt auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag dürften im hier interessierenden Bereich praktisch kaum je zum Tragen kommen.

³⁵ PEDRAZZINI (Fn. 29), S. 200/1, äussert sich zu dieser Frage nicht. Auch in der Spezialliteratur zum UWG habe ich zu diesem Problem keine Stellungnahme gefunden.

nis unvereinbar und könnte die Rechte der nicht unlauter handelnden Vertragspartei schwer beeinträchtigen. Ausnahmen wären vielleicht in gewissen Sonderfällen denkbar, so etwa wenn beide Vertragsparteien unlauter gehandelt haben oder wenn besondere verfassungsmässige Rechte in Frage stehen³⁶. Fraglich ist aber, ob die Gegenpartei selbst mit Hilfe des Beseitigungsanspruches nach UWG sich aus dem Vertragsnexus lösen kann, falls sie ein Interesse daran hat, an den Vertrag nicht mehr gebunden zu sein. Dieses Problem ist vor allem in denjenigen Fällen von eminenter Tragweite, bei denen eine Vertragspartei im Sinne von Art. 8 UWG vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen in irreführender Weise zum Nachteil der Gegenpartei verwendet hat. In der Literatur ist diese Frage heftig umstritten; Judikatur dazu existiert soweit ersichtlich noch nicht³⁷.

Was bedeuten nun diese Überlegungen für die hier interessierenden Konsumkreditverträge? Für den Kreditnehmer selbst sind die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe des UWG von geringer Bedeutung. Ihm hilft die – nachher eingehender darzustellende³⁸ – besondere Nichtigkeit von Art. 11 KKG. Einer allfälligen lauterkeitsrechtlichen Anfechtung des mangelhaften Kreditvertrages bedarf er daher praktisch nicht. Die Ansprüche auf Unterlassung und Feststellung der Widerrechtlichkeit bleiben zwar beste-

³⁶ Anders entschied allerdings der Appellationshof des Kantons Bern im Zusammenhang mit dem Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV; er verneinte die Klagelegitimation einer aussenstehenden Gewerkschaft zur Anfechtung eines zwischen einer anderen Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband geschlossenen Gesamtarbeitsvertrages (Urteil vom 10. 2. 1994; vgl. «Der Bund» vom 11. 2. 1994, S. 11).

³⁷ Vgl. zu dieser umstrittenen Bestimmung allgemein etwa PEDRAZZINI (Fn. 29), S. 189 ff., sowie CARL BAUDENBACHER, Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), recht 1988 73 ff., spez. 78/9 und 82, sowie BGE 117 II 332 ff.

Vereinzelte Autoren nehmen bei AGBs, die gegen Art. 8 UWG verstossen, gar Teilnichtigkeit des Vertrages an (vgl. etwa LUCAS DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 1988, S. 90/1 Rz. 245; JACQUES GUYET, «Les conditions générales, les conditions commerciales abusives» et l'art. 8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in: Mélanges Assista, Genève 1989, S. 51 ff., spez. S. 62). Mehrheitlich wird die Nichtigkeitsfolge in der Literatur jedoch abgelehnt (vgl. etwa BERND STAUDER, Die AGB-Verbandklage nach dem UWG-Entwurf, in: Konsumentenschutz – wie weiter?, S. 73 ff., spez. S. 87; RAINER GONZENBACH Pacta sunt servanda, ZSR 106 1987 I 435 ff., spez. S. 458; ders. «Einbruchsanlage» – Sirenen und Sirenengesänge für das schweizerische UWG?, SZW 1992 20 ff.; KASPAR SPOENDLIN, SAG 59 1987 112/3; unklar äussern sich etwa FRANÇOIS DESSEMONTET, SAG 59 1987 109; FRANK VISCHER, SAG 59 1987 116/7. Siehe dazu auch FRANÇOIS DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, CEDIDAC Nr. 11, Lausanne 1988, S. 57 ff., spez. S. 83 ff.

Am sachgerechtesten dürfte wohl die Auffassung sein, die Beseitigungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG verschaffe der aus der Verwendung missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen benachteiligten Vertragspartei eine Anfechtungsklage sui generis (so etwa PETER GAUCH, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987 51 ff., spez. 57/8; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Zürich 1991, N 1157; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar Band VI/1/2/1a, Bern 1991, Art. 19/20 OR N 288; PEDRAZZINI [Fn. 29], S. 195/6; ALEXANDER BRUNNER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, Plädoyer 1990 S. 36 f., spez. S. 39; ähnlich wohl auch GÉRARD HERTIG, SAG 59 1987 116).

³⁸ Vgl. unten IV.

hen, sind für ihn aber kaum von Interesse. Bedeutsamer sind dagegen die Klagerechte Dritter. So können etwa Konsumentenschutzorganisationen und Konkurrenten gerichtlich feststellen lassen, dass eine Kreditgeberin mit einem Vertrag, der den effektiven Jahreszins nicht korrekt angibt, unlauteren Wettbewerb begangen habe³⁹. Eventuell wird man hier noch weiter gehen und einen der Sonderfälle annehmen müssen, der ausnahmsweise eine besondere «Vertragsanfechtung» durch einen Dritten erlaubt. Vielleicht werden daher Konsumentenschutzorganisationen, Konkurrenten und gewisse Branchenverbände im Rahmen des Beseitigungsanspruches nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG verlangen können, dass die unlauter handelnde Kreditgeberin ihre Kunden, denen sie den Kredit bereits gewährt hat, in den Genuss der Vorteile von Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG kommen lässt, selbst wenn diese sich nicht auf diese Bestimmung berufen, etwa weil sie unbeholfen sind, ihre Rechte nicht kennen oder Angst vor einem Prozess haben. Denn nur so kann im Grunde der unlautere Wettbewerb, den die betreffende Kreditgeberin z. B. durch eine unrichtige Angabe des effektiven Jahreszinses begangen hat, in seinen Folgen beseitigt werden. Das würde zwar einen Einbruch in das Prinzip der «Relativität des Vertrages» bedeuten, liesse sich hier aber ausnahmsweise deshalb rechtfertigen, weil die Konsumenten dadurch keinen Nachteil erleiden, sondern vielmehr gar in den Genuss eines Vorteils, nämlich eines «Gratiskredites», gelangen würden. Ob der lauterkeitsrechtliche Beseitigungsanspruch von den Gerichten allerdings je so interpretiert werden wird, muss zur Zeit offen bleiben. Fest steht heute nur, dass eine Kreditgeberin mit entsprechenden Risiken rechnen muss, wenn sie gegen die Vorschriften von Art. 8 bis 10 KKG verstösst.

2. Die zivilrechtlichen Sanktionen nach KKG

Die wichtigste Norm, welche zivilrechtliche Sanktionen für den Fall vorsieht, dass ein Konsumkreditvertrag den Anforderungen an Form und Inhalt des Konsumkreditgesetzes nicht entspricht, bildet Art. 11 KKG. Art. 11 KKG ist ein weiteres *Kernstück des Konsumkreditgesetzes*⁴⁰. Diese Bestimmung stipuliert für den Fall der Nichteinhaltung der Art. 8, 9 und 10 Abs. 1, 2 und 4 lit. a KKG die *Nichtigkeit des konkreten Konsumkreditvertrages*. Sie hält zudem weiter fest, dass der Konsument, der den Kredit bereits empfangen hat, diesen bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzahlen hat, aber weder Zinsen noch Kosten schuldet. Das sind für eine Kreditgeberin, die sich nicht an die Vorschriften von Art. 8 bis 10 KKG hält, empfindliche Rechtsnachteile. Um die Bedeutung und Tragweite die-

³⁹ Dazu, dass damit ein Unlauterkeitstatbestand erfüllt ist, vgl. bereits oben II.2. in fine.

⁴⁰ So auch das Votum der Berichterstatterin im Ständerat, Frau Ständerätin Simmen (Amtl. Bull. StR 1992 722).

ser zentralen Bestimmung des Konsumkreditgesetzes besser erfassen zu können, lohnt sich ein Blick in ihre Entstehungsgeschichte sowie ein rechtsvergleichender Hinweis auf das deutsche Recht.

a) Die Entstehungsgeschichte von Art. 11 KKG

Bereits der bundesrätliche Entwurf eines Konsumkreditgesetzes aus dem Jahre 1978 sah ähnliche zivilrechtliche Sanktionen vor, wie sie heute in Art. 11 KKG enthalten sind. So wäre ein Kleinkreditvertrag ebenfalls als nichtig zu betrachten gewesen, wenn er gewisse Mängel aufgewiesen hätte⁴¹. Der Kreditnehmer, der die Kreditsumme bereits empfangen hat, hätte diese bis zum Ablauf der (gesetzlichen) Höchstlaufzeit zurückzahlen müssen, wobei der Richter ihm erst noch Stundung oder andere Zahlungserleichterungen hätte gewähren und dabei die Höchstlaufzeit um bis zu neun Monate verlängern können⁴². Zinsen und Kosten hätte der Kreditnehmer nicht geschuldet⁴³. Der Konsumkreditgesetzentwurf 1978 ging mithin noch erheblich weiter als heute Art. 11 KKG, hätte der Kreditnehmer doch die Kreditsumme allenfalls sogar länger als im Vertrag vereinbart – nämlich bis zur gesetzlichen Höchstdauer – unentgeltlich behalten können. Nach den Ausführungen des Bundesrates sollte diese Sanktion bewusst präventiven Charakter haben⁴⁴.

Im Entwurf eines Konsumkreditbeschlusses im Rahmen des Eurolex-Paketes schlug der Bundesrat den eidgenössischen Räten in Art. 11 eine Norm vor, deren Wortlaut im wesentlichen mit dem nun Gesetz gewordenen übereinstimmt⁴⁵. Im Ständerat stiess diese vorgeschlagene Bestimmung auf heftige Kritik, obwohl zugegeben wurde, dass sie weniger streng sei als der 1978 im Rahmen des damaligen Konsumkreditgesetzentwurfes vorgeschlagene Art. 318e OR⁴⁶. Schliesslich modifizierte der Rat Art. 11 Abs. 2 dahingehend, dass der Kreditnehmer «... von der Nichtigkeit an für die beanspruchte Summe einen Zins von 5 Prozent, aber keine Kosten»

⁴¹ Art. 318f OR (Konsumkredit-Botschaft [Fn. 17], S. 631/2).

⁴² Vgl. dazu Art. 318g OR (Konsumkredit-Botschaft [Fn. 17], S. 632).

«Ist der Vertrag nichtig, so hat der Kreditnehmer die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Höchstlaufzeit zurückzuzahlen; der Richter kann ihm jedoch eine Stundung oder andere Zahlungserleichterungen gewähren und dabei die Höchstlaufzeit um höchstens neun Monate verlängern, wenn wichtige Gründe es rechtfertigen.

Die Kreditsumme ist in gleich hohen Teilzahlungen zurückzuzahlen, die höchstens einen Monat auseinanderliegen dürfen.

Zahlt der Kreditnehmer seine Schuld in einem Mal zurück, so kann er davon für jeden nicht beanspruchten Monat der Höchstlaufzeit 1 Prozent abziehen.»

⁴³ Art. 318g Abs. 3 OR e contrario; so ausdrücklich auch Konsumkredit-Botschaft (Fn. 17), S. 571.

⁴⁴ Konsumkredit-Botschaft (Fn. 17), S. 572; kritisch zu dieser scharfen Sanktion etwa GIGER (Fn. 17), S. 127 ff.

⁴⁵ Eurolex-Botschaft (Fn. 10), S. 167/8 (Begründung) und S. 175 (Wortlaut von Art. 11).

⁴⁶ Votum von Ständerat Jagmetti (Amtl. Bull. StR 1992 723).

schulde⁴⁷. Der Nationalrat als Zweitrat hielt dann aber an der strengeren bundesrätlichen Fassung fest. Mit ausschlaggebend für diesen Entscheid war – wie bereits erwähnt – der Verzicht auf Strafsanktionen⁴⁸. Im Differenzbereinigungsverfahren schloss sich daraufhin der Ständerat dem Nationalrat an⁴⁹.

Im Rahmen des dem Parlament vorgelegten Swisslex-Paketes übernahm der bundesrätliche Entwurf eines Konsumkreditgesetzes im wesentlichen die Fassung, die die eidgenössischen Räte bereits in den Eurolex-Verhandlungen verabschiedet hatten⁵⁰. In den folgenden Beratungen des Parlamentes wurde Art. 11 KKG nicht mehr diskutiert⁵¹. So ist dieses Kernstück des Konsumkreditgesetzes geltendes Recht geworden.

b) Rechtsvergleichender Hinweis auf das deutsche Recht

Auch das deutsche Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 1990⁵², mit dem die EG-Verbraucherkreditrichtlinie in das deutsche Recht umgesetzt wird⁵³, erklärt Kreditverträge, die gegen bestimmte Normen des Gesetzes verstossen, als nichtig⁵⁴. Anders als das schweizerische Recht stipuliert jedoch das deutsche Recht unter gewissen Umständen eine Heilung des an sich nichtigen Vertrages. Im wesentlichen tritt eine solche Heilung ein, wenn der Verbraucher das Darlehen empfängt bzw. wenn ihm bei Teilzahlungsverträgen die Sache übergeben oder die Leistung erbracht wird⁵⁵. Bezweckt wird mit dieser Heilung des Vertrages der Schutz des Verbrauchers. Der deutsche Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass der Kreditnehmer bei der erforderlichen Rückabwicklung des an sich nichtigen Vertrages zur sofortigen Rückzahlung des Empfangenen verpflichtet wird⁵⁶. Ob diese Bedenken allerdings gerechtfertigt waren, sei dahingestellt. Denn schon im Jahre 1939 hat das Reichsgericht entschieden, dass bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines nichtigen Darlehens die Darlehenssumme trotz Nichtigkeit des Vertrages nicht früher zurückverlangt werden kann, als es bei dessen Gültigkeit geschehen könnte⁵⁷. Und an

⁴⁷ Amtl. Bull. StR 1992 722/3.

⁴⁸ Amtl. Bull. NR 1992 1922/3; vgl. dazu bereits vorne unter II.1.

⁴⁹ Amtl. Bull. StR 1992 942/3.

⁵⁰ Swisslex-Botschaft (Fn. 22), S. 862.

⁵¹ Amtl. Bull. StR 1993 202; Amtl. Bull. NR 1993 788.

⁵² BGBl 1990 I 2840 ff.; vgl. auch die (hier nicht interessierende) Änderung vom 27. 4. 1993 (BGBl 1993 I 510/1); siehe Anhang VII.

⁵³ Vgl. dazu das Referat von WALTHER HADDING.

⁵⁴ § 6 Abs. 1 Verbraucherkreditgesetz; vgl. dazu etwa GRAF VON WESTPHALEN/EMMERICH/KESSLER (Fn. 9), § 6 Rz. 1 ff.

⁵⁵ § 6 Abs. 2 und 3 Verbraucherkreditgesetz.

⁵⁶ GRAF VON WESTPHALEN/EMMERICH/KESSLER (Fn. 9), § 6 Rz. 12, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

⁵⁷ RGZ 161 52 ff. Diese Rechtsprechung stützte sich auf § 817 Satz 2 BGB.

dieser Rechtsprechung hat später der Bundesgerichtshof in Zivilsachen soweit ersichtlich konstant festgehalten⁵⁸.

Die Folgen der Heilung werden sodann im Gesetz ausführlich geregelt. Aus schweizerischer Sicht von Interesse ist dabei vor allem der Umstand, dass sich der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz von 4 %⁵⁹ ermässigt, wenn die Angabe des effektiven Jahreszinses im Vertrag überhaupt fehlt⁶⁰. Ist der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der geschuldete Zins dementsprechend proportional⁶¹.

Die Rechtsnachteile, die das deutsche Verbraucherkreditgesetz dem Kapitalgeber im Falle von Form- und Inhaltsfehlern aufbürdet, sind wesentlich weniger streng als die Sanktionsfolgen von Art. 11 KKG⁶². Mit der Reduktion des Zinssatzes auf den gesetzlichen Satz von 4 % für den Fall, dass ein Kreditvertrag überhaupt keine Angabe des effektiven Jahreszinses enthält, weist das deutsche Recht eine ähnliche Regelung auf, wie sie der Ständerat im Rahmen des Eurolex-Paketes für das schweizerische Recht zuerst beschlossen, im Differenzbereinungsverfahren dann aber wieder fallengelassen hat⁶³. Ob die proportionale Reduktion des Zinssatzes für den Fall, dass der im Vertrag angegebene effektive Jahreszins zu niedrig ist, allerdings eine genügend wirksame Massnahme darstellt, darf wohl bezweifelt werden⁶⁴.

IV. Die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages nach Art. 11 KKG im einzelnen

Nach Art. 11 Abs. 1 KKG bewirkt die Nichteinhaltung der Art. 8, 9 und 10 Abs. 1, 2 und 4 lit. a die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages. Die Absätze 2 und 3 von Art. 11 regeln die Folgen dieser «Nichtigkeit» für den Fall, dass der Konsument die Kreditsumme bereits empfangen oder beansprucht hat. Welches die Wirkungen der Nichtigkeit sind, wenn der Konsument die

⁵⁸ Vgl. dazu nur etwa BGHZ WM 1987 463 ff., spez. 465; BGHZ WM 1986 1519 ff., spez. 1520; eingehend dazu JULIUS VON STAUDINGER/KLAUS J. HOPT/PETER O. MÜLBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 1989, § 607 BGB Rz. 333, mit zahlreichen Nachweisen; HARM PETER WESTERMANN, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Aufl. München 1988, § 607 BGB Rz. 29.

⁵⁹ § 288 Abs. 1 BGB.

⁶⁰ § 6 Abs. 2 Satz 2 Verbraucherkreditgesetz.

⁶¹ § 6 Abs. 4 Verbraucherkreditgesetz; vgl. dazu auch das Berechnungsbeispiel bei GRAF VON WESTPHALEN/EMMERICH/KESSLER (Fn. 9), § 6 Rz. 44, mit dem bezweckt wird, den komplizierten Wortlaut von § 6 Abs. 4 Verbraucherkreditgesetz zu verdeutlichen.

⁶² So auch KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 287.

⁶³ Vgl. dazu vorne unter III. 2.a).

⁶⁴ Vgl. zum (theoretischen) Wirkungsmechanismus von Sanktionen bei Normverstössen etwa KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 288.

Darlehensvaluta noch nicht erhalten hat, bestimmt Art. 11 KKG nicht. Im folgenden sind diese beiden Fallkonstellationen getrennt zu behandeln.

1. Die Wirkungen der Nichtigkeit vor Auszahlung der Darlehensvaluta

a) Allgemeines

Nichtigkeit ist im allgemeinen Vertragsrecht ein bekannter Begriff. Ein nichtiger Vertrag ist – so KRAMER – «... in dem Sinne ungültig, als er von vornherein (ex tunc) keine rechtsgeschäftlichen (...) Wirkungen entfaltet.»⁶⁵ Einer Anfechtung des Vertrages durch eine Partei bedarf es zur Feststellung der Nichtigkeit nicht; diese kann jederzeit von jeder Vertragspartei geltend gemacht werden und ist im Prozesse – wenn sich keine Partei darauf beruft – vom Richter gar von Amtes wegen zu beachten⁶⁶. Nichtigkeit ist nach herrschender Meinung schlechterdings unheilbar⁶⁷. Allfälligen Leistungen, die aufgrund eines nur vermeintlich gültigen, in Wirklichkeit aber nichtigen Vertrages erbracht werden, fehlt der erforderliche Rechtsgrund; sie können daher grundsätzlich zurückgefordert werden⁶⁸.

Weder dem Text des Konsumkreditgesetzes noch dessen Entstehungsgeschichte lässt sich ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass mit «Nichtigkeit» im Sinne von Art. 11 Abs. 1 KKG *vor der Auszahlung der Darlehensvaluta* etwas anders gemeint sein könnte, als aus dem allgemeinen Vertragsrecht bekannt. Wohl wurde im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach ausgeführt, bei der Nichtigkeit nach Art. 11 KKG handle es sich um eine besondere Art von Nichtigkeit⁶⁹. Gemeint war damit aber immer der Umstand, dass die Absätze 2 und 3 von Art. 11 KKG spezielle Regeln für den Fall enthalten, dass der gewährte Kredit vom Konsumenten bereits beansprucht worden sei. Wie die Nichtigkeit zu verstehen ist, wenn der

⁶⁵ KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 309; ähnlich GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 681; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 241/2.

⁶⁶ KRAMER, (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 310 ff. und N 316, mit zahlreichen Nachweisen; GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 681; BUCHER (Fn. 65), S. 241/2.

⁶⁷ KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 318; GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 681.

Der Berufung einer Vertragspartei auf die Nichtigkeit eines Vertrages steht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts mit wenigen Ausnahmen (vgl. z.B. BGE 113 II 472 ff.) allerdings das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs gegenüber (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diese Rechtsprechung, die vor allem im Zusammenhang mit der Falschbeurkundung des Kaufpreises bei Grundstückkaufverträgen eine wichtige praktische Rolle spielt (vgl. dazu ausführlich und kritisch etwa THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993, S. 145 ff.), führt im Ergebnis doch zu einer Heilung des nichtigen Vertrages.

⁶⁸ KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 312; GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 681; BUCHER (Fn. 65), S. 242.

⁶⁹ Eurolex-Botschaft (Fn. 10), S. 167; ständerätliche Kommission, Sitzung vom 3. 7. 1992, Prot. S. 3; nationalrätliche Kommission, Sitzung vom 10. 9. 1992 Prot. S. 15/6; Amtl. Bull. StR 1992 722 Votum Ständerätin Simmen.

GIGER (Fn. 17), S. 126, spricht im Zusammenhang mit dem Konsumkreditgesetzentwurf 1978 von einer «Nichtigkeit sui generis».

Konsument die Kreditsumme noch nicht empfangen hat, war nie Gegenstand der Diskussion. Grundsätzlich gilt daher, dass Nichtigkeit nach Art. 11 Abs. 1 KKG vor Auszahlung der Darlehensvaluta im gleichen Sinne zu verstehen ist wie im allgemeinen Vertragsrecht⁷⁰.

b) Die Nichtigkeit von Kreditverträgen im eigentlichen Sinne

Bei Kreditverträgen im eigentlichen Sinne⁷¹ hat die Nichtigkeit gemäss Art. 11 KKG zur Folge, dass *vor der Beanspruchung der Kreditsumme* keine der beiden Vertragsparteien an den Konsumkreditvertrag gebunden ist, wenn dieser den Anforderungen von Art. 8, 9 oder 10 Abs. 1, 2 oder 4 lit. a KKG nicht vollumfänglich entspricht. Weder die Konsumentin oder der Konsument noch die Kreditgeberin sind verpflichtet, irgendwelche Leistungen zu erbringen oder anzunehmen. Praktisch wirkt sich das in diesem Stadium der «Vertragsabwicklung» allerdings nur zugunsten der Kreditgeberin aus. Wohl ist der Konsument nicht verpflichtet, die ihm von der Kreditgeberin angebotene Kreditsumme entgegenzunehmen, d.h. er gerät durch die Nichtannahme des Kredites *nicht in Gläubigerverzug*⁷², doch ist diese sich aus Art. 11 Abs. 1 KKG ergebende Rechtsfolge mehr von theoretischer als von praktischer Bedeutung⁷³. Weiter ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 KKG, dass der Konsument, der nicht nur die angebotene Darlehensvaluta nicht annimmt, sondern im Gegenzug selbstverständlich auch keine Zinsen zu zahlen bereit ist, *nicht in Schuldnerverzug*⁷⁴ gerät. Doch auch das ist nur von theoretischer Bedeutung, weil die Konsumentin oder der Konsument nach der speziellen Regel von Art. 11 Abs. 2 KKG selbst nach Beanspruchung des Kredites keinen Zins und keine Kosten schuldet. Zur Hauptsache hat die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages zu diesem Zeitpunkt zur Folge, dass die Kreditgeberin nicht verpflichtet ist, die dem Konsumenten versprochene Darlehensvaluta auszubahlen, und dass – spiegelbildlich dazu – die Konsumentin oder der Konsument nicht berech-

⁷⁰ Vgl. aber zu einer wichtigen Ausnahme unten 3.

⁷¹ D.h. bei Darlehen, Krediteröffnungsverträgen und dergleichen. Das Konsumkreditgesetz fasst den Begriff des Konsumkreditvertrages bewusst wesentlich weiter (vgl. Art. 1 KKG), weshalb nebst Kreditverträgen im eigentlichen Sinne auch Kauf- und Dienstleistungsverträge, die eine Kreditierungsabrede durch Zahlungsaufschub enthalten, in seinen Anwendungsbereich fallen (vgl. dazu die Referate von WOLFGANG WIEGAND und HEINZ HAUSHEER sowie unten lit. c).

⁷² Art. 91 ff. OR.

⁷³ Theoretisch wäre zwar die Kreditgeberin im Falle eines Gläubigerverzuges berechtigt, die Kreditsumme auf Kosten und Gefahr des Konsumenten zu hinterlegen (HEINZ SCHÄRER, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 1992, Art. 316 N 3); in der Praxis dürfte die Kreditgeberin daran im Regelfall aber kein Interesse haben. Ihr Interesse besteht im wesentlichen darin, den vereinbarten Zins zu erhalten. Eine Annahmepflicht besteht im übrigen ohnehin nur bei einem Darlehensvertrag, nicht aber bei einem blossen Krediteröffnungsvertrag (SCHÄRER, Art. 312 N 28 und Art. 316 N 3).

⁷⁴ Art. 102 ff. OR. Insbesondere schuldet der Konsument beim Krediteröffnungsvertrag auch keine allfällige Bereitstellungskommission (dazu allgemein SCHÄRER [Fn. 73], Art. 312 N 28).

tigt ist, von der Kreditgeberin die Erfüllung des Konsumkreditvertrages zu verlangen.

Auf den ersten Blick mag diese Auswirkung von Art. 11 Abs. 1 KKG seltsam erscheinen. Die Bestimmungen des Konsumkreditgesetzes bezwecken – wie eingangs erwähnt – die Schaffung von Transparenz zugunsten des Konsumenten. Er – und nicht die Kreditgeberin – ist die Vertragspartei, auf deren Schutz die Sanktion von Art. 11 KKG im Grunde abzielen sollte. Steht mit diesem Ziel nicht die Tatsache im Widerspruch, dass die Kreditgeberin aus Art. 11 Abs. 1 KKG Vorteile ziehen kann, indem sie sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft? Und das auch dann, wenn sie – wie dies die Regel sein wird – den Konsumkreditvertrag selbst formuliert und damit die Nichtigkeit selbst verursacht, wenn nicht gar verschuldet, hat? Bei genauerem Hinsehen trifft dies indessen nicht zu. Die Nichtigkeitsfolge, wie sie in Art. 11 Abs. 1 KKG stipuliert wird, darf nicht losgelöst von den speziellen Regeln der Absätze 2 und 3 von Art. 11 KKG betrachtet werden. Abs. 1 gewährt dem Konsumenten nur deshalb keinen besonderen Schutz, weil ihm die Absätze 2 und 3 beträchtliche Vorteile bringen. Ohne diese Bestimmungen könnte der Konsument sehr wohl ein Interesse daran haben, sich bei allfälligen Mängeln des Kreditvertrages, z. B. bei unrichtiger Angabe des effektiven Jahreszinses⁷⁵, auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen und daher nicht zur Bezahlung von Zinsen, Bereitstellungskommissionen, Gebühren usw. verpflichtet zu sein. Im Gegenzug ist es sehr wohl sachgerecht, der Kreditgeberin ebenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die Auszahlung der Kreditsumme zu verweigern, wenn sie noch rechtzeitig entdeckt, dass der Kreditvertrag an einem formellen oder inhaltlichen Mangel leidet.

Je nach den Umständen des Einzelfalls braucht es damit allerdings nicht sein Bewenden zu haben. Es ist denkbar, dass der Konsumentin oder dem Konsumenten durch die Nichtauszahlung der vereinbarten Kreditsumme ein Schaden erwächst. Das kann etwa dann eintreten, wenn der nicht sachkundige Konsument im Vertrauen auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Kreditvertrages mit einem Dritten einen Vertrag über den Kauf einer Sache oder über das Erbringen einer Dienstleistung geschlossen hat und diesen Vertrag nun mangels flüssiger Mittel nicht oder nicht fristgerecht erfüllen kann. Soweit er dem Dritten aus der nichtgehörigen Erfüllung des Vertrages haftet, erleidet er selbst einen Schaden⁷⁶. In solchen Fällen hat die Kreditgeberin nach den Regeln der *culpa in contrahendo* für den der Konsumentin oder dem Konsumenten entstandenen Schaden einzustehen, wenn sie den zur Nichtigkeit des Kreditvertrages führenden Mangel verschuldet hat⁷⁷. Der Massstab für das Verschulden ist dabei im Regelfall

⁷⁵ Art. 8 Abs. 2 lit. b KKG.

⁷⁶ Vgl. zum Haftungsinteresse als Schaden als Beispiel etwa BGE 116 II 441 ff.

⁷⁷ Vgl. zur *culpa in contrahendo* allgemein etwa GAUCH/SCHLUEP [Fn. 37], N 963 ff.; BUCHER (Fn. 65), S. 277 ff.; zur Haftung aus *culpa in contrahendo* für den Fall verschuldet herbeigeführter

streng anzusetzen. Eine Kreditgeberin, die nicht im Rahmen eines Gewerbebetriebes bloss vereinzelt Konsumkredite gewährt, sondern die – wie z. B. eine Bank – professionell Kredite erteilt⁷⁸, wird sich daher einen Verstoß gegen die Bestimmungen von Art. 8 bis 10 KKG stets als Verschulden anrechnen lassen müssen.

c) Die Nichtigkeit von Kauf- und Dienstleistungsverträgen mit Kreditierungsabrede

Das Gesagte gilt grundsätzlich auch für Verträge über den Kauf von Waren oder über das Erbringen von Dienstleistungen, bei denen der Verkäufer oder Dienstleistende dem Kunden durch Zahlungsaufschub Kredit gewährt, soweit kein Ausnahmefall gemäss Art. 6 KKG vorliegt und diese Verträge daher vom Konsumkreditgesetz umfasst werden⁷⁹. Beansprucht ist der Konsumkredit in solchen Fällen dann, wenn der Anbieter seine eigene Leistung ganz oder teilweise erbracht hat. Hat er *überhaupt noch nicht erfüllt*, so kann er sich auf die Nichtigkeit der Kreditvereinbarung berufen und seine eigene Leistung verweigern⁸⁰. Hat der Anbieter seine Leistung bereits *vollumfänglich* erbracht, so finden Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG Anwendung. Schwierigkeiten entstehen, wenn der Anbieter *erst teilweise erfüllt hat*. Dann stellt sich die Frage, ob der Anbieter die noch ausstehenden Leistungen verweigern darf. In solchen Fällen gilt es zu differenzieren. Sind die bereits erbrachten Leistungen für die Kundin oder den Kunden *für sich allein von Nutzen*, so liegt insoweit eine Kreditgewährung vor, die nach Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG zu beurteilen ist; das Erbringen der restlichen Leistungen aber darf der Anbieter verweigern. Heikler ist die Sachlage, wenn die bereits erbrachten Leistungen für die Kundin oder den Kunden *für sich allein nutzlos* sind. Hat der Anbieter den Mangel der

Vertragsnichtigkeit siehe z. B. KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 404/5, mit zahlreichen Nachweisen; BUCHER (Fn. 65), S. 249/250.

⁷⁸ Nach Art. 2 KKG gilt als Kreditgeberin jede natürliche oder juristische Person, die *in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit* einen Kredit gewährt. Kreditgeberin im Sinne dieser Bestimmung ist also nicht bloss, wer Kredite gewerbsmässig erteilt, sondern auch wer gewerbsmässig tätig ist und im Rahmen dieser Tätigkeit vereinzelt einem Kunden einen Kredit gewährt. So fällt etwa auch der Garagier unter das Konsumkreditgesetz, der eine Autoreparatur ausführt und mit dem Kunden ausnahmsweise vereinbart, dass die Rechnung gegen einen Zinszuschlag in fünf Monatsraten (vgl. dazu Art. 6 Abs. 1 lit. g KKG) zu bezahlen sei (so für das deutsche Recht ausdrücklich GRAF VON WESTPHALEN/EMMERICH/KESSLER [Fn. 9], § 1 Rz. 12; vgl. dazu auch die Referate von WOLFGANG WIEGAND und HEINZ HAUSHEER).

⁷⁹ Vgl. dazu oben Fn. 71.

⁸⁰ Die Annahme einer Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR ist allerdings je nach den Umständen möglich. Ist der vereinbarte Zins im Rahmen des ganzen Vertrages von untergeordneter Bedeutung, so ist es denkbar, dass der Vertrag (samt Zahlungsaufschub) vom Anbieter auch ohne Zinsabrede geschlossen worden wäre. Diesfalls hätte der Anbieter seine Leistung zu erbringen, und der Kunde hätte den Preis nach den vereinbarten Zahlungsmodalitäten – aber ohne Zins – zu entrichten. Denn nach Art. 6 Abs. 1 lit. d fallen zins- und gebührenfreie Kredite nicht in den Geltungsbereich des Konsumkreditgesetzes.

Kreditierungsabrede verschuldet, so ist er meines Erachtens zur vollumfänglichen Erfüllung des an sich nichtigen Vertrages verpflichtet, ohne dass die Kundin oder der Kunde einen Zins oder Gebühren schuldet⁸¹. Trifft den Anbieter aber – auch bei Anwendung eines strengen Massstabes – am Vertragsmangel kein Verschulden, so wird sich eine sachgerechte Lösung wohl nur in Anwendung von Art. 4 ZGB finden lassen. Der Anbieter ist diesfalls – wenn es die Kundin oder der Kunde verlangt – zum Erbringen der noch ausstehenden Leistungen verpflichtet, und der Richter hat nach seinem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden, welche Entschädigung die Kundin oder der Kunde dem Anbieter für die Kreditierung schuldet. Solche Fallkonstellationen werden in der Praxis wohl aber selten sein.

2. Die Wirkungen der Nichtigkeit nach Auszahlung der Darlehensvaluta

a) Allgemeines

Leistungen, die aufgrund eines nichtigen Vertrages erbracht werden, erfolgen ohne Rechtsgrund und sind grundsätzlich zu restituieren. Rechtsgrundlose Geldleistungen und Kreditgewährungen sind dabei nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung⁸² rückabzuwickeln⁸³. Der Bereicherungsanspruch des Entreicherten wird sofort fällig. Trägt die Bereicherung dem Bereicherten einen Nutzen ein, so erhöht sich der Rückerstattungsanspruch des Entreicherten um diesen Nutzen⁸⁴; Bestandteil der zurückzuerstattenden Bereicherung bilden an sich auch Zinsen, die der Bereicherte

⁸¹ Dieses Resultat erscheint als sachgerecht. Dogmatisch ist es allerdings nicht leicht zu begründen. Wohl haftet in einer solchen Situation der Anbieter aus culpa in contrahendo (vgl. dazu oben). Aus culpa in contrahendo erwächst jedoch an sich kein Erfüllungsanspruch, sondern bloss ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (sogenanntes negatives Interesse). In den hier interessierenden besonderen Fällen ist es nun wohl richtig, den Vertrauensschaden mit dem Erfüllungsinteresse (sogenanntes positives Interesse) gleichzusetzen. Denn der Kunde, der im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erst einen für sich betrachtet nutzlosen Teil der versprochenen Leistung des Anbieters erhalten hat, kann praktisch nur noch durch das Erbringen der restlichen Leistung so gestellt werden, wie wenn der nichtige Vertrag nie geschlossen worden wäre.

Nach KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 404, wäre der ausnahmsweise zu gewährende Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses im Falle einer Haftung aus culpa in contrahendo in Analogie zu Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 OR generell auf Billigkeitsüberlegungen zu stützen.

⁸² Art. 62 ff. OR; vgl. auch BGE 102 II 409 E. 4 sowie MAX KELLER/PETER C. SCHAUFELBERGER, Das Schweizerische Schuldrecht, Band III: Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. Aufl. Basel und Frankfurt a. M. 1990, S. 10.

⁸³ KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 399.

⁸⁴ BGE 84 II 186 E. 3; 80 II 159 E. 3; 61 II 20; 40 II 259 f.; GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 1525; BUCHER (Fn. 65), S. 69; KELLER/SCHAUFELBERGER (Fn. 82), S. 75.

Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zu Art. 938 ZGB, der den gutgläubigen Fremdbesitzer für den bezogenen Nutzen als nicht ersatzpflichtig erklärt (GAUCH/SCHLUEP [Fn. 37], N 1525; THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. Zürich 1991, S. 212). Sie ist aber sachlich richtig und liegt auch – sieht man von Art. 11 Abs. 2 KKG ab – in der Tendenz der neueren Gesetzgebung (vgl. z. B. Art. 40f Abs. 2 OR).

aus einer ihm rechtsgrundlos zugeflossenen Geldleistung gezogen hat oder hätte ziehen können⁸⁵. Wer Kredit aus einem nichtigen Vertrag erhalten hat, muss ihn somit *nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts* grundsätzlich samt angemessenem Zins zurückerstatten.

Bei *Dauerschuldverhältnissen*, die zwar nichtig sind, von den Parteien aber vorerst als gültig betrachtet und während einer gewissen Zeit faktisch eingehalten werden, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung in bezug auf das Problem der Rückabwicklung in neuerer Zeit allerdings nicht die Regeln des Bereicherungsrechts angewandt, sondern sogenannte *faktische Vertragsverhältnisse* angenommen⁸⁶. So hat auch bei nichtigen Verträgen etwa der Arbeitgeber Lohn⁸⁷, der Mieter eine Art Mietzins⁸⁸ oder der Abzahlungskäufer, der den Kaufgegenstand vor der Rückgabe während bestimmter Zeit gebraucht hat, eine Nutzungsentuschädigung zu bezahlen⁸⁹.

Die dogmatischen und praktischen Unterschiede zwischen faktischen Vertragsverhältnissen und der Rückabwicklung nichtiger Verträge nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung sind hier nicht von Bedeutung. Von Interesse ist vorliegend das gemeinsame Prinzip, welches beiden Rechtsfiguren zugrunde liegt: Wer gestützt auf einen vermeintlich gültigen, in Wirklichkeit aber nichtigen Vertrag von der Gegenpartei eine Leistung erhalten hat, schuldet der Gegenpartei grundsätzlich ein Entgelt für den aus dieser Leistung gezogenen Nutzen⁹⁰.

Die beiden Bestimmungen von Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG stehen nun offenkundig in diametralem Gegensatz zu dieser fundamentalen Regel des allgemeinen Schuldrechts. Art. 11 Abs. 2 KKG verhindert, dass der Konsument, der die Kreditsumme erhalten hat, diese sofort zurückzahlen muss, nachdem die Kreditgeberin die Nichtigkeit des Kreditvertrages entdeckt hat. Abgeschwächt wird diese Norm allerdings durch Art. 11 Abs. 3 KKG, der die Rückzahlung der Kreditsumme in Teilzahlungen selbst für den Fall vorsieht, dass der Kredit gemäss Vertrag am Schluss der Kreditdauer mit einer einmaligen Zahlung zu tilgen gewesen wäre⁹¹. Vor allem aber steht

⁸⁵ So HERMANN SCHULIN, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 1992, Art. 64 N 13. Nach KELLER/SCHAUFELBERGER (Fn. 82), S. 45 und S. 75, schuldet der Bereicherte nur die Herausgabe des *tatsächlich bezogenen Zinses*.

⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 1544 ff.; BUCHER (Fn. 65), S. 274/5; KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 313.

⁸⁷ Art. 320 Abs. 3 OR.

⁸⁸ BGE 108 II 112 ff.; 100 II 330 f. (wobei das Bundesgericht allerdings von einem «mietvertragsähnlichen» Verhältnis spricht).

⁸⁹ BGE 110 II 244 ff.; vgl. zu diesem Entscheid auch MARTIN P. HEDINGER, Leasingvertrag und Abzahlungsgeschäft, recht 1986 26 ff.

⁹⁰ Unzutreffend daher das Votum der Berichterstatterin Danuser im Nationalrat: «Wenn etwas Rechtsfolgen hat – so wie es der Ständerat will –, ist es nicht nichtig.» (Amtl. Bull. NR 1992 1922); ähnlich unzutreffende Voten fielen in der nationalrätlichen Kommission (Sitzung vom 10. 9. 1992, Prot. S. 9, S. 10 und S. 11).

⁹¹ In diesem Sinne auch Eurolex-Botschaft (Fn. 10), S. 168.

Art. 11 Abs. 2 KKG im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz, wonach niemand, der gestützt auf einen nichtigen Vertrag eine Leistung erhalten hat, diese entschädigungslos soll nutzen können. Verschärft wird dabei der Einbruch in dieses Prinzip noch dadurch, dass der Konsument die Kreditsumme nicht nur bis zur Entdeckung der Nichtigkeit, sondern bis zum Ablauf der gesamten vereinbarten Kreditdauer unentgeltlich behalten und nutzen darf. Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG umschreiben somit die Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Konsumkreditvertrages für den Fall, dass die Darlehensvaluta bereits ausbezahlt wurde, klar abweichend von den Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts. Insoweit ist es in der Tat richtig, von einer besonderen Art von Nichtigkeit zu sprechen⁹².

b) Die Folgen der besonderen Nichtigkeit nach Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG

Was von dem Momente an zu geschehen hat, in dem der Vertragsmangel entdeckt wird, ergibt sich aus dem Gesetzestext selbst. Der Konsument muss keine Zinsen und Kosten mehr leisten, und er hat den Kredit in gleich hohen Teilbeträgen bis zum Ablauf der vereinbarten Kreditdauer zurückzuzahlen⁹³. In einem Prozess der Kreditgeberin gegen den Konsumenten auf Zahlung von Zinsen usw. hat der Richter nicht nur auf einen entsprechenden Einwand des Konsumenten hin, sondern gegebenenfalls auch *von Amtes wegen* zu prüfen, ob der Kreditvertrag an einem Mangel leidet und daher im Sinne von Art. 11 Abs. 1 KKG nichtig ist. Trifft dies zu, so hat er die Klage auf Zinszahlung usw. abzuweisen. Von besonderer praktischer Tragweite wird diese Prüfungspflicht in der Regel für den *Rechtsöffnungsrichter* sein. Abweichendes zugunsten der Kreditgeberin würde gelten, wenn der Konsument selbst den Mangel herbeigeführt hat und seine Berufung auf Art. 11 Abs. 2 und 3 KKG daher *rechtsmissbräuchlich* wäre⁹⁴. Solche Fälle dürften indessen selten sein⁹⁵.

Was aber geschieht mit bereits geleisteten Zinsen, Kosten und Ratenzahlungen? Und wie ist die Rechtslage, wenn der Konsument auch nach Entdecken des Vertragsmangels seinen an sich nicht bestehenden vertraglichen Pflichten nachkommt, wenn er also weiterhin Zinsen, Gebühren und

⁹² Vgl. dazu oben bei Fn. 69.

⁹³ Leistet der Konsument die Rückzahlungsraten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 KKG nicht fristgerecht, so gerät er in Schuldnerverzug. Diesfalls schuldet er einen Verzugszins von 5% (Art. 104 OR). Art. 11 Abs. 2 KKG steht dem nicht entgegen.

⁹⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB.

⁹⁵ Im Gegenzug wäre der Kreditgeberin gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Berufung auf die Rückzahlungsmodalitäten nach Art. 11 Abs. 3 KKG zu versagen, wenn die *vertraglichen Rückzahlungsmodalitäten* für den Konsumenten günstiger wären und die Kreditgeberin den Mangel, der zur Nichtigkeit des Kreditvertrages führt, verschuldet hat. Legt man – wie hier postuliert (vgl. dazu vorne IV. 1.b) – einen strengen Massstab an das Verhalten der Kreditgeberin an, so dürften solche Fälle im Rechtsalltag häufig sein. Art. 11 Abs. 3 KKG wird daher in der praktischen Rechtsanwendung wohl oft «modifiziert» werden müssen.

Raten bezahlt? Zinsen und Gebühren sind in solchen Fällen rechtsgrundlos geleistet und daher nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung von der Kreditgeberin zurückzuerstatten. Eine Rückerstattungspflicht der Kreditgeberin entfällt, wenn der Konsument den Mangel des Kreditvertrages gekannt hat und wenn ihm zusätzlich bewusst war, dass er aus diesem Grunde keine Zinsen und Kosten schuldet⁹⁶. Das müsste aber – abweichend von Art. 63 Abs. 1 OR – von der Kreditgeberin bewiesen werden⁹⁷. Die bereits geleisteten Rückzahlungsraten kann der Konsument selbstredend nicht zurückfordern. Besonderheiten ergeben sich, wenn die Ratenzahlungen in kürzeren Abständen als monatlich geleistet wurden oder wenn die vertraglich vereinbarte Ratenhöhe degressiv ausgestaltet ist. Art. 11 Abs. 3 KKG bestimmt, dass die Kreditsumme in gleich hohen Teilzahlungen und – sofern der Vertrag keine längeren Zeitabstände vorsieht – in monatlichen Beträgen erfolgen soll. In den erwähnten Fallkonstellationen hat der Konsument den Kredit im Verhältnis zur Regel von Art. 11 Abs. 3 KKG zu rasch oder in zu hohen Beträgen amortisiert. Diesem Umstand ist in analoger Anwendung von Art. 12 Abs. 2 KKG durch die Zuspreehung eines Zinses an den Konsumenten Rechnung zu tragen.

3. Die Auswirkungen der Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages auf die vertraglichen Nebenpflichten

Synallagmatische Schuldverhältnisse beschränken sich im Regelfall nicht auf den alleinigen Austausch zweier Leistungen. Modernere Vertragsverhältnisse sind in den letzten Jahrzehnten als Spiegelbild der immer komplexer werdenden Wirtschaft zunehmend vielschichtiger geworden. Aus einer vertraglichen Bindung erwachsen denn auch im allgemeinen nicht bloss die von den Parteien zum Kern der Vereinbarung gemachten *Hauptpflichten*, sondern auch zahlreiche *Nebenpflichten* oder – wie sie in neuerer Zeit etwa genannt werden – *Verhaltenspflichten*⁹⁸. Solche Nebenpflichten können sich unter anderem aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus

⁹⁶ Art. 63 Abs. 1 OR. Auf die Entreichereinrede von Art. 64 OR wird sich die Kreditgeberin kaum je berufen können.

⁹⁷ Art. 63 Abs. 1 OR auferlegt an sich dem Rückfordernden die Beweislast dafür, dass er sich über seine Schuldpflicht im Irrtum befunden hat. Diese Beweislastverteilung ist jedoch nicht sachgemäss, wenn ein Gesetz ausdrücklich zum Schutze einer Vertragspartei die Nichtigkeitsfolge an bestimmte Normverstösse knüpft. In diesem Sinne hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rückforderung von Mietzinsen, die vom Vermieter nicht formgerecht erhöht worden waren, zugunsten des Mieters entschieden (BGE 113 II 187 ff., spez. 189 E. 1a). Dieser Grundgedanke muss auch für das Konsumkreditgesetz gelten.

⁹⁸ Vgl. zur Bedeutung der Nebenpflichten allgemein etwa WOLFGANG WIEGAND, Die Verhaltenspflichten, Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: Festschrift für Sten Gagnér, München 1991, S. 547 ff.; ders., in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 1992, Einl. zu Art. 97–109 N 4 und Art. 97 N 34/35; zu Sonderfragen siehe z. B. THOMAS KOLLER, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR 112 1993 I 157 ff.

ausdrücklicher vertraglicher Abrede ergeben. Weitaus bedeutsamer sind indessen die zahlreichen Obhuts- und Schutzpflichten, Mitteilungspflichten, Aufklärungspflichten, Beratungspflichten usw., die zunehmend die heutigen Vertragsverhältnisse prägen und weder aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm noch aus einer besonderen vertraglichen Vereinbarung der Parteien resultieren. Dogmatisch werden solche Nebenpflichten im schweizerischen Recht nach herrschender Lehre aus Art. 2 ZGB abgeleitet und als auf der Pflicht des Schuldners zu einem Verhalten nach Treu und Glauben beruhender *Vertragsbestandteil* betrachtet⁹⁹. Im deutschen Recht wurden diese Pflichten ursprünglich ebenfalls als vertraglicher Natur aufgefasst. In den letzten Jahren wurden indessen die Nebenpflichten (und dabei insbesondere die Schutzpflichten) in der Lehre zunehmend aus ihrer Anknüpfung an das Vertragsrecht gelöst und – ganz ausgeprägt etwa von CANARIS¹⁰⁰ – einem auf § 242 BGB beruhenden *einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis* zugeordnet, das bereits vor Vertragsschluss beginnt, während der Vertragsdauer bestehen bleibt und je nach den Umständen gar die Vertragsabwicklung zeitlich überdauern kann¹⁰¹.

Nebenpflichten unterschiedlichster Art können selbstredend auch bei dem Konsumkreditgesetz unterstehenden Kreditverträgen in unter Umständen erheblichem Umfange bestehen. Von besonderer praktischer Bedeutung dürften dabei Schutz- und Obhutspflichten bei den ebenfalls in den Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes fallenden zahlreichen Kauf- und Dienstleistungsverträgen sein. Ist nun ein konkreter Kreditvertrag im Sinne von Art. 11 KKG nichtig, so stellt sich die Frage, ob damit solche Neben- oder Verhaltenspflichten entfallen.

Das müsste konsequenterweise angenommen werden, wenn diese Pflichten wie bisher in der Schweiz üblich als vertraglicher Natur betrachtet werden; denn aus einem nichtigen Vertrag können an sich keine Vertragspflichten erwachsen. Das wäre indessen nicht sachgerecht. Art. 11 KKG bezweckt zur Hauptsache, die Interessen der Konsumentin oder des Konsumenten zu wahren. In der konsumentenrechtlichen Ungleichgewichtslage dienen die Verhaltenspflichten weit überwiegend ebenfalls dem Schutze der Konsumenten. Mit der *ratio legis* von Art. 11 KKG wäre es daher nicht vereinbar, bei einer im Regelfall ohnehin von der Kreditgeberin verursachten Nichtigkeit des Kreditvertrages zulasten der Konsumentin oder des

⁹⁹ Vgl. etwa HANS MERZ, Berner Kommentar Band I, Bern 1966, Art. 2 ZGB N 260; ERNST KRAMER, Berner Kommentar Band VI/1/1, Bern 1986, Allgem. Einleitung N 96; WIEGAND (Fn. 98), Einl. vor Art. 97–109 N 4 und Art. 97 N 35; differenzierter GAUCH/SCHLUEP (Fn. 37), N 2617.

¹⁰⁰ CLAUD-WILHELM CANARIS, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Sorgfaltspflichtverletzungen, JZ 1965 475 ff.

¹⁰¹ Vgl. dazu eingehend Wiegand, FS Gagnér (Fn. 98), S. 547 ff.; ebenso KRAMER (Fn. 99), Allgem. Einleitung N 142 ff.

Konsumenten einen Wegfall sämtlicher Nebenpflichten der Kreditgeberin anzunehmen. Der gesetzgeberische Grundgedanke, der sich in den Abs. 2 und 3 von Art. 11 KKG manifestiert, kann nur zu einem Ergebnis führen: Die allfällige Nichtigkeit eines Kreditvertrages berührt Bestand und Umfang von Nebenpflichten, die zugunsten des Konsumenten aus Art. 2 ZGB abgeleitet werden, nicht. Auch insoweit kann die Nichtigkeit nach Art. 11 KKG als *Nichtigkeit sui generis* betrachtet werden.

Diese Überlegungen zeigen mit aller Deutlichkeit, dass es auch für das schweizerische Recht von Vorteil wäre, die dogmatische Grundlage der Nebenpflichten – und dabei insbesondere der Schutzpflichten – generell aus ihrer vertraglichen Anknüpfung zu lösen und auf ein *besonderes gesetzliches Schuldverhältnis quasivertraglicher Natur*, beruhend auf geschäftlichem Kontakt, zurückzuführen¹⁰². Damit würden solche Pflichten *grundsätzlich bei Nichtigkeit eines Vertrages nicht entfallen*¹⁰³. Die Annahme einer Nichtigkeit sui generis in besonderen Fällen, die stets mit einem zusätzlichen Begründungsaufwand verbunden ist, wäre diesfalls überflüssig.

V. Von Art. 11 KKG nicht erfasste Fälle und ihre Folgen

Art. 11 KKG bezieht sich nur auf die Art. 8, 9 und 10 Abs. 1, 2 und 4 lit. a KKG. Verstösse gegen Art. 10 Abs. 3 und Abs. 4 lit. b KKG werden von dieser Norm nicht erfasst.

Art. 10 Abs. 3 und 4 lit. b KKG bestimmen, dass bei Krediten auf laufendem Konto bei einem Kredit- oder Geldinstitut während der Vertragsdauer bzw. bei einer stillschweigend akzeptierten Kontoüberziehung die Konsumentin oder der Konsument über Änderungen des Jahreszinses und der in Rechnung gestellten Kosten zu informieren ist. Welche Sanktion die Kreditgeberin trifft, wenn sie dieser Pflicht nicht nachkommt, ist im Konsumkreditgesetz nicht geregelt. Fest steht indessen, dass durch das Unterlassen der nach Art. 10 Abs. 3 und 4 lit. b KKG erforderlichen Informationen der Kreditvertrag nicht nichtig wird. Denn der Gesetzgeber erachtete in solchen Fällen eine Vertragsnichtigkeit als unverhältnismässig, weil der Konsument diesfalls auch den Zins und die Kosten nicht zu bezahlen hätte, die während der Zeit zwischen der Kontoüberziehung und der nicht mitgeteilten Änderung angefallen sind¹⁰⁴. Sachlich richtig und verhältnismässig dürfte es sein, in solchen Fällen in sinngemässer Anwendung von Art. 11 Abs. 2 KKG der Kreditgeberin einen Anspruch auf die verlangte, aber nicht mitgeteilte *Erhöhung* der Zinsen und Kosten zu versagen. Selbstre-

¹⁰² Befürwortend auch KRAMER (Fn. 99), Allgem. Einleitung N 142 ff.

¹⁰³ Dazu einlässlich schon CANARIS (Fn. 100), S. 475 ff., der seine Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis anhand des Beispiels nichtiger Verträge entwickelt hat.

¹⁰⁴ Eurolex-Botschaft (Fn. 10), S. 168.

dend hat der Konsument aber in den Genuss von allfälligen *Zins- und Kostensenkungen* zu gelangen, auch wenn er über diese nicht richtig informiert worden ist.

VI. Würdigung

Weist ein Konsumkreditvertrag im Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes inhaltliche oder formelle Mängel auf, so können die Kreditgeberin verschiedene zivil- und strafrechtliche Sanktionen treffen. Am einschneidendsten sind dabei zweifelsohne die zivilrechtlichen Rechtsnachteile, die für die Kreditgeberin aus Art. 11 KKG resultieren. Das hat der Gesetzgeber, wie die Entstehungsgeschichte des Konsumkreditgesetzes zeigt, bewusst so gewollt.

Wie nicht anders zu erwarten war, ist das rigorose «Sanktionenarsenal»¹⁰⁵ von Art. 11 KKG in der Literatur bereits auch kritisiert worden. KÖNDGEN etwa vertritt die Ansicht, Art. 11 KKG sei sachlich nur richtig, wenn in einem Kreditvertrag der Effektivzins nicht oder nicht richtig angegeben werde oder wenn die (korrekte) Angabe der addierten Gesamtkosten des Kredites fehle; denn hier wäre nicht nur die Gefahr massiver Täuschung des Kunden, sondern auch der mögliche Gewinn aus der Gesetzesverletzung besonders hoch. Für die übrigen Verstösse gegen die Art. 8 ff. KKG erscheine dagegen die vom Ständerat favorisierte Sanktion einer (de facto) Teilnichtigkeit mit Reduktion des Zinssatzes auf 5 % unter Präventionsgesichtspunkten ausreichend und angemessen¹⁰⁶.

Dieser Ansicht kann ich nicht folgen. Meines Erachtens trägt das Sanktionensystem des Konsumkreditgesetzes, flankiert durch die zivil- und strafrechtlichen Behelfe des Wettbewerbsrechts, den Interessen der Beteiligten sachgemäss Rechnung. Die Bestimmungen über den Geltungsbereich des Konsumkreditgesetzes¹⁰⁷ bieten Gewähr dafür, dass das Gesetz weit überwiegend nur dann Anwendung findet, wenn die Kreditgewährung selbst im gewerblichen Rahmen und nicht bloss anlässlich gewerblicher Tätigkeit erfolgt. Insbesondere der Ausschluss zinsfreier Kredite vom Geltungsbereich des Konsumkreditgesetzes¹⁰⁸ wird dazu wesentlich beitragen. Von einer Kreditgeberin aber, die gewerbsmässig Konsumkreditverträge abschliesst, kann und muss erwartet werden, dass sie ohne weiteres in der Lage ist, formelle und inhaltliche Mängel des Vertrages zu vermeiden. Sie dazu im Interesse der von der EG-Verbraucherkreditrichtlinie und vom

¹⁰⁵ Ausdruck nach KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 287.

¹⁰⁶ KÖNDGEN (Fn. 1), AJP 1993 288; ebenso *ders.* (Fn. 1), Aktuelle Rechtsprobleme, S. 46.

¹⁰⁷ Art. 1 bis 3 und insbesondere Art. 6 KKG; vgl. dazu auch die Referate von WOLFGANG WIEGAND und HEINZ HAUSHEER.

¹⁰⁸ Art. 6 Abs. 1 lit. d KKG.

Konsumkreditgesetz angestrebten Transparenz von Konsumkreditverträgen mit einem griffigen Sanktionensystem zu zwingen, lässt sich wohl rechtfertigen. Dazu aber bedarf es gesetzlicher Normen mit genügender *Präventionswirkung*. Dass Art. 11 KKG diese Wirkung haben wird, ist offenkundig. Der «Gedanke der normativen Prävention» ist zwar im kontinentaleuropäischen Privatrecht – anders als etwa im amerikanischen Recht – noch längst nicht unbestritten¹⁰⁹. Gänzlich unbekannt aber waren *Regelungsmechanismen mit spezifischer Präventions- und Abschreckungswirkung* dem Privatrecht schon bisher keineswegs¹¹⁰. Als Beispiel aus dem schweizerischen Recht wären nur etwa die privatrechtlichen Rechtsverletzungsbussen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter fristloser Kündigung eines Arbeitsvertrages zu nennen, die der Gesetzgeber mit Wirkung auf den 1. Januar 1989 in das Arbeitsrecht eingeführt hat¹¹¹. Mit solchen «überkompensatorischen» Sanktionen soll verhindert werden, dass eine Partei gegen gesetzliche Normen verstossende vertragsrechtliche Versuchsballons starten kann, ohne Nachteile zu riskieren, wenn der Versuch scheitert. Überkompensatorischen Rechtsnachteilen für Regelverstösse kommt vor allem bei *sozialtypischen Ungleichgewichtslagen* grosse Bedeutung zu. Das gilt auch für das Konsumkreditgesetz. Der Versuch, die Vorschriften von Art. 8 bis 10 KKG nicht einzuhalten, darf sich für die Kreditgeberin nicht lohnen. Art. 11 KKG mag rigoros sein; einen Fremdkörper in unserem Zivilrecht stellt er aber nicht dar.

¹⁰⁹ Kritisch dazu etwa HERMANN JOSEF BUNTE, Der Gedanke der normativen Prävention im deutschen Zivilrecht, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, S. 55 ff.

¹¹⁰ KRAMER (Fn. 37), Art. 19/20 OR N 27; CLAU-WILHELM CANARIS, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 160, Heidelberg 1983, S. 17 ff.; KOLLER (Fn. 67), S. 168; weitere Hinweise bei BUNTE (Fn. 109).

¹¹¹ Art. 336a und Art. 337c Abs. 3 OR; vgl. dazu z. B. MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar Band VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 336a OR N 1 ff. und Art. 337c OR N 8 ff.

«Überkompensatorische» zivilrechtliche Sanktionen mit präventiver Zwecksetzung lassen sich in verschiedenen nationalen Privatrechtsordnungen in zunehmendem Masse feststellen (vgl. dazu etwa JOHANNES KÖNDGEN, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch?, Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, *RabelsZ* 56 1992 696 ff.).