
Überlegungen zu einer Sonderanknüpfung immobilienbezogener Konsumentenverträge im schweizerischen IPR

LEANDER D. LOACKER

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen	59
II.	Grundsätzliche Kritik an der Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge gem. Art. 120 IPRG	62
	1. Unnötig verkürzter situativer Anwendungsbereich, mangelnde Flexibilität der Rechtsfolgenanordnung	62
	2. Wenig überzeugendes Üblichkeitskriterium	67
III.	Revision des Sonderanknüpfungsregimes für Konsumentenverträge?	73
	1. Konsequenzen der Nichterfassung immobilienbezogener Konsumentenverträge durch Art. 120 IPRG	74
	2. Der Vorschlag von Schnyder/Liatowitsch	79
	3. Eigener Vorschlag	83

I. Vorbemerkungen

Im Zentrum des vorliegenden Beitrages steht die Frage, inwiefern Verträge, deren Gegenstand die verpflichtungsrechtliche Übertragung oder der Gebrauch von Immobilien ist (im Folgenden: *immobilienbezogene Verträge i.e.S.*), im schweizerischen Kollisionsrecht eine Sonderbehandlung erfahren sollten, wenn sie unter Konsumentenbeteiligung geschlossen werden.

Aus dieser Fragestellung folgen vier thematische Abgrenzungen: Erstens wird ausschliesslich die Ermittlung des für das jeweilige Verpflichtungsgeschäft, nicht aber des für dingliche Rechte an Immobilien massgeblichen Rechts erörtert; es geht also um internationales Vertrags-,¹ nicht um internationales Sachenrecht.² Zweitens sollen allgemeinere Fragen, wie etwa jene

¹ Zu Fragen des internationalen Erbrechts siehe den Beitrag von LIATOWITSCH in diesem Band.

² Zu Letzterem allg. etwa SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2006, N. 692 ff. sowie SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 2002, 177 ff.

der Handlungsfähigkeit und der gewillkürten Stellvertretung³ ebenso ausser Betracht bleiben wie jene der Formgültigkeit von Verträgen⁴ – sie alle weisen keine Besonderheiten auf, die aus der Beteiligung von Konsumenten folgen würden. Drittens sollen *immobilienbezogene Verträge i.w.S.*, hier verstanden als solche, die wie insbesondere Architekten-, Makler-, Bau-, Liegenschaftsverwaltungs-, hypothekarisch gesicherte Darlehensverträge udgl. zwar mit Immobilien zu tun haben, bei denen Rechte *an* diesen im Vergleich zu den bereits genannten Immobilienverträgen i.e.S. jedoch im Hintergrund stehen oder überhaupt irrelevant sind, gesondert thematisiert werden. Viertens soll die Darstellung auf die schweizerische Rechtslage fokussiert sein, während Bezugnahmen auf die unionsrechtlich einschlägige Rom I-Verordnung⁵ nur dort erfolgen, wo ein Vergleich der jeweiligen Anknüpfungsregimes lohnt.⁶ Dass dies bei dem gegenständlichen Thema bloss ausnahmsweise der Fall ist, liegt daran, dass auf unionsrechtlicher Ebene eine sehr klare, wenngleich keineswegs unproblematische Regelung getroffen wurde:

Gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. c der Rom I-Verordnung sind «Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen oder die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben» von der Sonderanknüpfung für Verbraucherverträge generell ausgenommen. Eine Gegen Ausnahme wird lediglich für Verträge über Teilzeitnutzungsrechte im Sinne der (nunmehrigen) Richtlinie 2008/122/EG⁷ vorgesehen.

Mag diese Regelung aufgrund ihrer Unmissverständlichkeit der Erörterung des gegenständlichen Themas auf unionsrechtlichem Terrain auch den Boden entziehen, so sieht sich die allgemeine Ausnahme von immobilienbezo-

³ Vgl. aus kollisionsrechtlicher Sicht zu beidem SCHWANDER, Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht, in: A. Koller, Der Grundstückkauf, 2. Aufl. 2001, § 9 N. 20 ff.

⁴ Vgl. SCHWANDER (Fn. 3), N. 34 ff.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

⁶ *Hinweis*: Um die terminologischen Usancen zu wahren, wird im Folgenden bei Ausführungen zum europäischen Kollisionsrecht jeweils vom «Verbraucher» gesprochen, während bei solchen zum schweizerischen IPR am dort etablierten Begriff des «Konsumenten» festgehalten wird.

⁷ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. 2009 L 33/10.

genen Verträgen i.e.S. (auch dort) stichhaltiger Kritik ausgesetzt. Nur zwei Aspekte sollen hier erwähnt werden: Zunächst ist nicht zu übersehen, dass im Fehlen jeglichen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes bei kurzfristigen Gebrauchsüberlassungen etwa eines Ferienhauses⁸ ein offenkundiger *Wertungswiderspruch*⁹ gegenüber der expliziten Tatbestandsöffnung für Timesharing-Verträge begründet ist, der faktisch wohl nur auf die in diesem Bereich besonders stark ausgeprägten Legislativaktivitäten zurückgeführt werden kann.¹⁰ Sodann ist es alles andere als selbsterklärend, warum der Verbraucher bei den u.a. ebenfalls ausgenommenen Mietverträgen über Wohnraum keines wie auch immer gearteten Kollisionsrechtsschutzes bedürfen und die *uneingeschränkte Wählbarkeit* jedes beliebigen Rechtes gänzlich unproblematisch sein sollte.¹¹

Klar ist jedoch, dass auf Unionsebene die Würfel gegen eine Sonderbehandlung von unter Verbraucherbeteiligung zustande gekommenen Immobilienverträgen i.e.S. gefallen sind. Demgegenüber weniger klar ist, wie es sich insofern im Anwendungsbereich des IPRG verhält oder zumindest verhalten sollte.

⁸ Anmerkung: Bei der objektiven Anknüpfung ist freilich die Sonderregelung des Art. 4 Abs. 1 lit. d Rom I zu beachten.

⁹ So zu Recht SOLOMON, Verbraucherverträge, in: Ferrari/Leible, Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, 89, 100, der sich den diesbezüglich schon früher von LEIBLE, Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand, IPRax 2006, 365, 368 erhobenen Bedenken anschliesst.

¹⁰ Bemerkenswert ist schliesslich auch, dass der europäische Gesetzgeber immobilienbezogene Konsumentenverträge i.e.S. auffallend oft vom sachlichen Anwendungsbereich seiner Richtlinien ausnimmt. Nicht immer ist dafür jedoch ein überzeugender Grund erkennbar – dies gilt etwa für die in Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen enthaltene Ausnahme. Tatsächlich ist nämlich nicht erkennbar, warum sich an den mit der berühmt-berüchtigten «Haustürsituation» verbundenen Gefahren etwas ändern sollte, wenn es um den Abschluss von immobilienbezogenen Verträgen geht (a.A. wohl VON VOGEL, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, 2006, 114). Richtigerweise sind solche Verträge deshalb etwa von der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken durchaus erfasst (vgl. Art. 2 lit. c) und auch der (allerdings in Revision begriffliche) Vorschlag für Rechte von Verbrauchern KOM (2008) 614 sieht in seinem Art. 20 Abs. 1 lit. a eine Erfassung (u.a.) von Immobilienmietverträgen vor.

¹¹ Siehe die pointierte Kritik bei MANKOWSKI, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101, 105: «Es gibt wenig, das wichtiger wäre als das Dach über dem Kopf.»

II. Grundsätzliche Kritik an der Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge gem. Art. 120 IPRG

1. Unnötig verkürzter situativer Anwendungsbereich, mangelnde Flexibilität der Rechtsfolgenanordnung

Überlegungen zur Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Sonderbehandlung von immobilienbezogenen Verträgen, die unter Konsumentenbeteiligung geschlossen wurden, gegenüber solchen, bei denen es an einer solchen Beteiligung fehlt, nehmen ihren Anfang naheliegenderweise bei der bestehenden Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge nach Art. 120 IPRG.

Die Bestimmung, die im Rahmen der seinerzeitigen Kodifikationsarbeiten fundamentale Opposition hervorgerufen hatte,¹² weist eindeutige Parallelen zur Regelung des Art. 5 des Römer Schuldvertragsübereinkommens (EVÜ)¹³ aus dem Jahre 1980 auf. Diese Verwandtschaft¹⁴ bringt es allerdings mit sich, dass die gegenwärtige Regelung des IPRG auch viele jener Mängel¹⁵ nach wie vor aufweist, die auf europäischer Ebene durch die Nachfolgebestimmung des Art. 6 Rom I mittlerweile behoben wurden.

Zunächst gilt dies für den *situativen* Anwendungsbereich, der eine Sonderanknüpfung gem. Art. 120 Abs. 2 IPRG nur unter drei sehr engen Voraussetzungen¹⁶ gebietet. Ihnen gemein ist, dass sich der Konsument zum Vertragsschluss entweder nicht aus dem Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts hinausbegeben darf (lit. a und b) oder vom Anbieter gezielt zum Vertragsschluss ins Ausland verbracht wurde (lit. c).¹⁷ Dieser wesentlichen Einschränkung der Reichweite des kollisionsrechtlichen Konsumentenschutzes liegt das Leitbild des *passiven Verbrauchers*¹⁸ zugrunde, der grundsätzlich nicht selbst als Nachfrager auf ausländischen Märkten auftritt, sondern typi-

¹² Siehe nur Amtl. Bull. Nationalrat 1986, 1284, 1356 und Amtl. Bull. Ständerat 1985, 158 ff. sowie die Darstellungen bei SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag (1995) 98 ff. und ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 1 ff.

¹³ Dazu eingehend LOACKER, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht (2006).

¹⁴ Vgl. etwa SCHMELZER (Fn. 12) 108.

¹⁵ Anschaulich W.-H. ROTH, Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft, in: FS Sonnenberger, 2004, 591, 594 ff.

¹⁶ Vgl. Art. 120 Abs. 1 lit. a bis c IPRG.

¹⁷ Zur vergleichbaren Rechtslage im Anwendungsbereich des EVÜ siehe HEISS, in: Czernich/Heiss, EVÜ-Kommentar (1999) Art. 5 N. 28 ff.

¹⁸ Krit. dazu W.-H. ROTH (Fn. 15) 600 ff.

scherweise innerhalb seines «Heimatmarktes» verharrt und vor den dort agierenden, ausländischen Anbietern geschützt werden muss;¹⁹ und zwar geschützt in seinem – vorvertraglich²⁰ begründeten – Vertrauen²¹ auf die (Fort-)Geltung seines Heimat- oder moderner: seines Umweltrechtes.

Die Annahme des stets passiven Konsumenten, der nur in Ausnahmefällen eines kollisionsrechtlichen Schutzes bedarf, hat sich mittlerweile als korrekturbedürftig²² herausgestellt. Dementsprechend kommt es nach Art. 6 Abs. 1 Rom I zumindest nur mehr darauf an,²³ ob der Anbieter im Staat des gewöhnlichen Konsumenten Aufenthalts entweder eine beruflich-gewerbliche Tätigkeit ausübt oder sie zumindest dorthin ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.²⁴ Auslöser für die Sonderanknüpfung ist damit auf europäischer Ebene ein *Marktbeeinflussungsmoment*,²⁵ wie es aus dem Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts²⁶ hinlänglich bekannt ist, während es auf den Ort der Abgabe der Vertragserklärung des Konsumenten nicht mehr ankommt.²⁷

Art. 120 IPRG hat demgegenüber bisher keine solche Entschärfung²⁸ des aufgrund seines (noch zu erörternden) beschränkten sachlichen Anwen-

¹⁹ Vgl. den Überblick bei LOACKER (Fn. 13) 45 ff. sowie FETSCH, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, 258 f.

²⁰ Vgl. allg. BSK IPR-BRUNNER, Art. 120 N. 27 f.

²¹ Vgl. für das IPRG: ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 4; für das EVÜ: LOACKER, (Fn. 13) 83 ff.

²² Vgl. etwa die Schilderung der gegenwärtigen Anwendungsprobleme des Art. 120 IPRG bei SIEHR (Fn. 2) 278.

²³ Zum Aspekt des «Ausrichtens» siehe BITTERICH, Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Standards: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, RIW 2006, 262, 266 f.; RÜHL, Das neue europäische Kollisionsrecht für Verbraucherverträge: Zur vorgeschlagenen Kombination von Ausrichtungskriterium und subjektiver Schutzklausel, GPR 2006, 196, 197 f.; LEIBL/LEHMANN (Fn. 39) 538 sowie den Nachweis in Fn. 27.

²⁴ Art. 6 Abs. 1 letzter Halbsatz Rom I.

²⁵ Vgl. SIEMS, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz: Gibt es ein Patentzept?, GPR 2005, 158, 162, der das Kriterium allerdings in der Folge ablehnt.

²⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO/rev. LugÜ.

²⁷ Zur Richtigkeit dieses Ansatzes etwa MANKOWSKI, Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?, ZVglRWiss 105 (2006) 120, 129 f.

²⁸ So treffend unter Bezugnahme auf die Rom I-Verordnung HEISS, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch «Rom I», JBl 2006, 750, 763.

dungsbereiches²⁹ ohnehin bereits sehr defensiven Schutzansatzes³⁰ erfahren. Schon in Anbetracht dieses doppelt (i.S.v. situativ und sachlich) verkürzten Schutzbereiches drängt sich der Bedarf einer gesetzgeberischen Optimierung des Art. 120 IPRG geradezu auf.

Und selbst die *Rechtsfolgenanordnung* der Bestimmung ist – so sie denn in der Praxis überhaupt einschlägig wird – alles andere als unproblematisch. Normiert wird nämlich ein generelles Rechtswahlverbot³¹ und damit eine radikale Lösung,³² die ausschliesslich das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Konsumenten zur Anwendung beruft. Eine solche Lösung ist unnötig, inadäquat und beruht auf einem (im Bereich des europäischen Schuldvertragsrechts schon seit dem Inkrafttreten des EVÜ überwundenen) Prinzip der *Abschlusskontrolle* von Rechtswahlvereinbarungen.³³ Anstatt die von den Vertragsparteien³⁴ getroffene Rechtswahl im Rahmen einer *Inhaltskontrolle* dort einzuschränken, wo es das Schutzbedürfnis des typischerweise verhandlungs- und durchsetzungsschwachen Konsumenten gebietet,³⁵ wird der Gebrauch der Parteiautonomie *per se* untersagt und dem Konsumenten damit im Ergebnis eine nur beschränkte Geschäftsfähigkeit zugebilligt.³⁶

²⁹ Siehe dazu ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 14 ff.; BSK IPR-BRUNNER, Art. 120 N. 24 ff.; VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2000, § 1 N. 724 ff.; SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 755.

³⁰ So (für den – aus anderen Gründen einen verkürzten Anwendungsbereich aufweisen – Art. 5 EVÜ) HEISS (Fn. 17) N. 2.

³¹ Vgl. Art. 120 Abs. 2 IPRG.

³² So WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht, 1997, 256 und STOLL, Zur Neuordnung des internationalen Verbrauchervertragsrechts, in: BASEDOW/DROBNIG/ELLGER/HOPT/KÖTZ/KULMS/MESTMÄCKER, Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, 463, 470.

³³ Siehe nur E. LORENZ, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569, 571.

³⁴ Zu den Ursachen der Tatsache, dass eine Rechtswahl *in praxi* ganz überwiegend vom Anbieter und nicht vom Konsumenten angeregt wird, zuletzt BASEDOW, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RebelsZ* 75 (2011) 32, 49.

³⁵ Zu diesem Konzept E. LORENZ (Fn. 33) 571. Allgemein zu Interessenkonflikten bei der Frage der Zulässigkeit von Rechtswahlvereinbarungen für Konsumentenverträge schon LANDO, *Consumers contracts and party autonomy in the conflict of laws*, *Nordic Tidsskrift Int'l Ret* (42) 1972, 208, 215 f.

³⁶ So zu Recht E. LORENZ (Fn. 33) 571. Siehe im Übrigen auch BASEDOW (Fn. 34), der nach einer eingehenden Analyse der gegen die Rechtswahlfreiheit gemeinhin vorge-

Nicht zu verschweigen ist indes, dass es auch auf Unionsebene beinahe zu einem Rückschritt in Richtung einer Abschlusskontrolle gekommen wäre, wie sie das schweizerische IPRG immer noch vorsieht. Denn Art. 5 des ursprünglichen Vorschlags³⁷ für die Rom I-Verordnung sah ebenfalls eine starre Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Verbraucheraufenthaltsort vor.

Wenngleich manche dies vor allem unter Berufung auf die «unübertreffliche Einfachheit» und «Orientierungssicherheit»³⁸ begrüßten,³⁹ die ein Totalausschluss der Rechtswahl mit sich bringe, haben andere zu Recht darauf hingewiesen, dass die Abkehr von der bloss rechtswahlergänzenden und die Hinwendung zu einer rechtswahlverbietenden Verbrauchervertragsanknüpfung in klarem Widerspruch zu der Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers stand,⁴⁰ die Parteiautonomie als *das* Kernprinzip des internationalen Schuldvertragsrechts zu stärken.⁴¹

Im Übrigen erscheint es durchaus hinterfragenswert, inwiefern *Orientierungssicherheit für den Anbieter* ein Massstab ist, der für eine gerade den Schutz seines Gegenübers bezweckende Norm entscheidend sein sollte. Ferner ist nicht zu übersehen, dass jedes Vorhersehbarkeitsargument schon dadurch an Kraft verliert, indem es der auf höchstmögliche Planbarkeit versessene Unternehmer unstrittig selbst in der Hand hat, ob es überhaupt zu einem Günstigkeitsvergleich kommt: Sowohl nach dem EVÜ als auch nach der Rom I-Verordnung muss er dazu einfach *nichts* tun. Denn ausgelöst wird die Inhaltskontrolle nur durch denjenigen Unternehmer, der selbst aktiv wird, eine Rechtswahlklausel ausarbeitet und auf deren Zugrundelegung bei Vertragsschluss besteht.

brachten Einwände (40 ff.) zu dem Ergebnis gelangt, dass die kategorische Ablehnung der Rechtswahl auf tönernen Füßen stehe (50).

³⁷ Vorschlag für eine Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) KOM (2005), 650 endg.

³⁸ Vgl. MANKOWSKI (Fn. 27) 150 f.

³⁹ Siehe nur MANKOWSKI (Fn. 27) 150 ff. und LEIBLE/LEHMANN, Die Verordnung über das auf Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom I), RIW 2008, 528, 538.

⁴⁰ Vgl. BITTERICH (Fn. 23) 268, der dem Rechtswahlausschluss im Ergebnis allerdings positiv gegenübersteht. Wie hier ablehnend demgegenüber KIENINGER, Der Rom-I-Vorschlag: eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?, EuZ 2007, 22, 26 f. Für die schweizerische Rechtslage stellt WEBER-STECHER (Fn. 32) 259 treffend fest: «Das absolute und pauschale Rechtswahlverbot hat aber vor allem unübersehbare *Nachteile*». (Hervorhebung im Original)

⁴¹ So BITTERICH (Fn. 23) 268 mit Verweis auf Erwägungsgrund 7 des damaligen Vorschlags (Fn. 37).

Auch mag man fragen, ob die praktische Handhabung einer Verweisungsregel auf diese Weise nicht über ihr eigentliches Kernanliegen, nämlich der Vermeidung des *Miss-* und nicht schlechthin des *Gebrauchs* der Parteiautonomie gestellt wird. Nicht umsonst wird auf der Ebene des sachrechtlichen Konsumentenschutzes regelmässig (bloss) halbzwingenden Normen der Vorzug vor absolut zwingenden Bestimmungen gegeben – ganz im Sinne eines grösstmöglichen Schutzes bei gleichzeitig höchstmöglicher Flexibilität.⁴² Für den kollisionsrechtlichen Konsumentenschutz sollte als Leitmaxime nichts anderes gelten.⁴³

Wer demgegenüber die Konsumentenrechtsordnung generell für ausschliesslich massgeblich erklärt, wird dem Konsumenten nicht selten einen Bärendienst erweisen. Dies gilt nicht nur für die nicht zu unterschätzende Zahl der Fälle, in denen der Konsument gerade aufgrund seiner schwachen Verhandlungsposition sein Gegenüber nicht zu einem Einlassen auf «seine» Rechtsordnung bewegen wird können⁴⁴ und ein Vertragsschluss deshalb scheitern muss,⁴⁵ sondern auch für all jene Fälle, in denen er an der ausschliesslichen Geltung seines Umweltrechts gar kein Interesse hat, weil ihm die ausländische Rechtsordnung ohnehin gleich viel oder mehr an Schutz bietet. Gerade für die schweizerische Rechtsordnung, deren Konsumentenschutzniveau gegenüber jenem der EU-Mitgliedstaaten teilweise schroff abfällt, ist die Prämisse, dass das Umweltrecht des hiesigen Konsumenten diesen besser schütze als jedes andere, reichlich verfehlt.⁴⁶

Im gegenständlichen Bereich braucht man dazu lediglich an die Gruppe der *Timesharing-Verträge* zu denken, hinsichtlich derer ungeachtet des völligen Fehlens spezifischer Regelungen zum Schutz der Konsumenten nach einem Bericht des Bundesrates «ein [... legislativer] Handlungsbedarf [...] nicht

⁴² Siehe LOACKER (Fn. 13), 186.

⁴³ Ebenso wohl WEBER-STECHER (Fn. 32) 259. Eindeutig und überzeugend für ein Günstigkeitsprinzip KIENINGER, (Fn. 40), 27. Ebenso (mit spezifischem Blick auf Art. 120 IPRG) SCHMELZER (Fn. 12) 114 ff. und SIEHR (Fn. 2) 279.

⁴⁴ MANKOWSKI (Fn. 27), 155 weist berechtigtermassen darauf hin, dass der typische Konsument sich freilich gar keine Gedanken über die Rechtswahl und noch viel weniger über einen Günstigkeitsvergleich machen wird. Insofern ist das Problem nicht nur in einem Nicht-Können, sondern auch in einem Nicht-Wollen begründet.

⁴⁵ Kritisch daher LOACKER (Fn. 13), 186.

⁴⁶ Siehe nur VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 718: «Die Durchsetzung des schweizerischen Rechts bei gewöhnlichem Aufenthalt des Konsumenten in der Schweiz führt im europäischen Kontext in der Tat nur zu einem *minimalen* Schutz [...]». (Hervorhebung im Original).

auszumachen»⁴⁷ sei. Unabhängig davon, wie man zu derartigen Schutzlücken des schweizerischen Sachrechts stehen mag – ein Grund, sie kollisionsrechtlich auch dann zu perpetuieren,⁴⁸ wenn ein günstigeres ausländisches Recht Abhilfe böte, ist nicht erkennbar.⁴⁹ Daran ändert sich auch nichts, wenn im Einzelfall eine Ergebniskorrektur über den Umweg der Eingriffsnormen in Betracht kommt.

Insgesamt überrascht es daher kaum, dass sich eine Radikalentscheidung gegen die Parteiautonomie auf Unionsebene nicht durchsetzen hat können⁵⁰ und in der Schweiz berechtigter Kritik ausgesetzt ist.⁵¹

2. Wenig überzeugendes Üblichkeitskriterium

Abgesehen von der gegenüber dem (gegenwärtigen wie vormaligen) europäischen Verbraucherkollisionsrecht unterschiedlichen Konzeption auf *Rechtsfolgenseite* weist Art. 120 IPRG auch eine auffallend andere Umschreibung der von ihm *sachlich erfassten Verträge* auf.

⁴⁷ Bericht des Bundesrates vom 31. Mai 2000 zu Postulat 98.3488 (BRUNO FRICK): Schutz vor dubiosen Geschäftspraktiken beim Handel mit Wohnrechten vom 8.10.1998, S. 18. Davon abgesehen wurde zuletzt die auf eine Angleichung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveau abzielende parlamentarische Initiative «Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien: Konsumentenschutz» (JEAN-NILS DE DARDEL) am 22. Juni 2007 vom Nationalrat abgeschrieben. Ein Überblick über die in der Schweiz bisher samt und sonders gescheiterten Bemühungen um die Einführung von Sonderbestimmungen im Bereich des Timesharing findet sich unter http://www.ejpd.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/-konsumentenschutz_immo.html.

⁴⁸ Freilich besteht hinsichtlich der Frage, ob Timesharing-Verträge überhaupt einer Sonderanknüpfung nach Art. 120 IPRG zugänglich sind (anders als nach Art. 6 Rom I), beträchtliche Unklarheit – vgl. die Nachweise in Fn. 129.

⁴⁹ Anderes gilt freilich, wenn man (wie es wohl dem ursprünglichsten Verständnis von Art. 120 IPRG entspricht) exklusiv auf Aspekte des Vertrauens- und nicht des Konsumentenschutzes i.e.S. abstellt.

⁵⁰ Siehe die nunmehrige Fassung des Art. 6 Rom I.

⁵¹ Vgl. WEBER-STECHER (Fn. 32) 259 ff.; KREN, Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss 88 (1989) 48, 56 f. Für eine teilweise Zulassung einer Rechtswahl schon vor dem Inkrafttreten des IPRG KELLER, Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, in: BÖCKLI/EICHENBERGER/HINDERLING/TSCHUDI, FS Frank Vischer, 1983, 175, 186. Gegen ein generelles Rechtswahlverbot auch SIEHR (Fn. 2), 279.

So kommt es zumindest nach seinem Wortlaut zunächst nicht darauf an, ob die *Lieferung beweglicher Sachen* oder die *Erbringung von Dienstleistungen* den Vertragsgegenstand bildet. Stattdessen ist ausschlaggebend, ob eine «*Leistung des üblichen Verbrauchs*» vorliegt.

Verglichen mit Art. 5 EVÜ scheint eine solch allgemeine Umschreibung auf den ersten Blick geradezu befreiend, sprengt sie doch das unerträglich eng geschnürte Korsett an Vertragstypen,⁵² das dort aus Sicht des Verbraucherschutzes bis zur Ablösung durch Art. 6 Rom I so viel an Bauchschmerzen⁵³ verursacht hat.⁵⁴ Gleichzeitig erscheint es in Anbetracht des Alters des schweizerischen IPRG bemerkenswert progressiv, die Sonderanknüpfung grundsätzlich unabhängig von der *Art* des Verbrauchervertrages eingreifen zu lassen. Mit Blick auf die vergleichsweise späte Verwirklichung desselben Ansatzes auf europäischer Ebene, wo allerdings nach wie vor ein Ausnahmekatalog an Vertragstypen beachtet werden muss,⁵⁵ ist man deshalb anfangs geneigt, von einer Vorreiterrolle des schweizerischen IPRG auszugehen und umso beeindruckter zu sein. Allerdings: Die Freude über den mutmasslich nur zweckbestimmten Anwendungsbereich des Art. 120 ist eine kurz währende.

Zunächst wird der Begriff der «Leistung» i.S.d. Art. 120 Abs. 1 IPRG nämlich von der ganz h.M.⁵⁶ so ausgelegt, dass er dieselbe wesentliche Einschränkung erhält, die sich schon aus Art. 5 EVÜ (dort allerdings *expressis verbis*) ergibt, nämlich dass er sich doch nur auf *Waren* und *Dienstleistungen* beziehen könne. Mit einem solcherart restriktiven Verständnis ist frei-

⁵² Im Detail etwa KLAUER, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer-EVÜ und EG-Richtlinien, 2002, 163 ff.; HEISS (Fn. 17) Art. 5 N. 14 ff.; LOACKER (Fn. 13), 75 ff. und 107 ff.; STOLL (Fn. 32) 467 ff.; BASEDOW, Internationales Verbrauchervertragsrecht: Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform, in: MANSEL/PFEIFFER/KOHLER/KRONKE/HAUSMANN, FS Erik Jayme, Bd. I, 2004, 3, 6 ff.; KLUTH, Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, 2009, 78 ff.

⁵³ Zu denken ist etwa an die besonders missliche Einschränkung des Art. 5 EVÜ, wonach nur solche Finanzierungsverträge einer Sonderanknüpfung zugänglich waren, die jeweils der Finanzierung eines Dienstleistungs- oder Warenlieferungsvertrages dienten. Krit. zu dieser Zweckbindung etwa LOACKER (Fn. 13), 121 ff. Im Übrigen siehe HEISS (Fn. 17) Art. 5 N. 27 und BASEDOW (Fn. 52) 7 f.

⁵⁴ Anders wohl G.-P. CALLIESS, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, 78 ff.

⁵⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 4 Rom I.

⁵⁶ Für viele SIEHR (Fn. 2) 277; VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 724; BSK IPR-BRUNNER, Art. 120 N. 24; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 18.

lich unweigerlich auch das Aus für eine Sonderanknüpfung der hier interessierenden Immobilienverträge i.e.S.⁵⁷ verbunden, deren Vertragsgegenstand weder Wareneigenschaft aufweist noch durch Dienstleistungserbringung geprägt wird.⁵⁸ Wirklich überraschend ist dieses Aus allerdings insofern nicht, als der Wortlaut des Art. 120 IPRG, der ja einen «Verbrauch» der erfassten Leistungen vorsieht,⁵⁹ letztlich zu keinem anderen Ergebnis führen kann, denn Immobilien lassen sich typischerweise nicht verbrauchen und Grund und Boden sind ohnehin unverbrauchbar.⁶⁰ Freilich ist mit solchen wortlautbezogenen Überlegungen noch nichts über die Richtigkeit und Wünschenswertigkeit der Ausnahme solcher Verträge gesagt.⁶¹

Art. 120 IPRG hält allerdings noch eine weitere, aus Sicht des europäischen Kollisionsrechts gänzlich unbekanntes Einschränkung parat: Die Rede ist vom Vorbehalt der *Üblichkeit* der mit einem Konsumentenvertrag zu befriedigenden Bedürfnisse. Nach renommierter und wohl herrschender Ansicht⁶² erfüllen dieses Kriterium lediglich Verträge, die zur «Deckung der Grundbedürfnisse» dienen, was wohl gemerkt bei Gütern wie Schmuck, Pelzen und Luxusautos nicht (mehr) der Fall sei. «Extravaganzen»⁶³ seien nicht erfasst, heisst es.

Der schweizerische Gesetzgeber hat den Rechtsunterworfenen mit der Einführung des Üblichkeitsvorbehalts keinen Gefallen erwiesen; er lässt sich wohl am ehesten auf die turbulente Kodifikationsgenese zurückführen.⁶⁴ Klar ist, dass damit Probleme in das IPRG hineingetragen werden, die (wenngleich in anderer Gestalt) eigentlich nur aus dem EVÜ bekannt sind: So kam dort etwa die Anknüpfung selbständiger, also nicht an Waren- oder

⁵⁷ Zur hier vorgenommenen Determinierung dieses Begriffs, siehe oben Abschnitt I.

⁵⁸ Zum gegenteiligen Vorschlag von SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 755 siehe unten Abschnitt III.2.

⁵⁹ KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, 1995, 164 f., weist allerdings insofern zu Recht darauf hin, dass der Terminus «Verbrauch» nicht mit «Substanzverzehr» gleichgesetzt werden darf, will die Bestimmung doch unstrittig *nicht* auf Vertragsgegenstände wie Lebensmittel und Brennstoff eingegrenzt sein. Auch SCHMELZER (Fn. 12) 212 f. empfiehlt daher eine «semantische Distanz» hinsichtlich des Verbrauchsbegriffes.

⁶⁰ BASEDOW (Fn. 52) 8 (mit Blick auf Art. 5 EVÜ).

⁶¹ Dazu unten Abschnitt III.1.

⁶² VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 729.

⁶³ So explizit SIEHR (Fn. 2), 277.

⁶⁴ Vgl. KOLLER-TUMLER (Fn. 59) 162.

Dienstleistungsfinanzierung gebundener *Darlehen* über Art. 5 nach h.M. grundsätzlich nicht in Frage.⁶⁵

Aufgrund der demgegenüber erfreulich offenen Umschreibung des Art. 120 IPRG müssten solche bedauerlichen Schutzlücken dem schweizerischen Konsumentenkollisionsrecht eigentlich fremd sein. Stattdessen führt der Üblichkeitsvorbehalt des IPRG regelmässig in dieselbe Sackgasse der Nichterfassung schutzwürdiger Verträge: So soll es etwa nach einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn⁶⁶ «höchst fraglich» sein, ob ein 1975 geschlossener Darlehensvertrag über DM 12'000.– das Üblichkeitskriterium erfülle. Andere⁶⁷ plädieren dafür, die ungeschriebene Wertgrenze in Art. 120 IPRG parallel zu jener des KKG zu ziehen,⁶⁸ während wiederum andere⁶⁹ zwar ebenfalls einschränkend, aber betragsmässig etwas offener von «Kleinkreditverträgen»⁷⁰ sprechen. An weiteren Vorschlägen fehlt es nicht.⁷¹

Der vom Bundesgericht⁷² zur Klärung der Frage, «ob ein Geschäft den Rahmen des üblichen Bedarfs spreng[e]»,⁷³ u.a. ausdrücklich herangezogene

⁶⁵ Siehe dazu etwa LOACKER (Fn. 13), 120 ff. m.w.N.

⁶⁶ SOG 1993 Nr. 8, 2b.

⁶⁷ VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 724.

⁶⁸ Art. 7 Abs. 1 lit. f KKG sieht eine Nichterfassung von Kreditverträgen über 80'000.– CHF vor.

⁶⁹ ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 21 a.E.

⁷⁰ Zu beachten ist, dass der Typus des «Kleinkreditvertrags» zwar in Art. 122 des Entwurfs zum IPRG noch enthalten, in der späteren Fassung des Art. 120 IPRG jedoch fallen gelassen wurde. Vgl. dazu etwa die rechtsvergleichende Darstellung von COESTER-WALTJEN, Der Eskimo-Mantel aus Spanien: Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestrikt?, in: PFISTER/WILL, FS W. LORENZ, 1991, 297, 305 m.w.N.

⁷¹ So hat etwa HIRT, in: SVIT, Maklerrecht in der Immobilienwirtschaft, 2005, 208, vorgeschlagen, man solle die in Art. 1 der (mittlerweile ausser Kraft getretenen) Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs (SR 944.8) enthaltene Streitwertgrenze von CHF 20'000.– als Anhaltspunkt für den (noch) üblichen Verbrauch heranziehen; ebenso zuletzt (wenngleich in Bezug auf den vormaligen Art. 22 Abs. 2 GestG) BGer 4A 432/2007, E. 4.2.2 (die Erwägung ist in der publizierten Fassung BGE 134 III 218 nicht abgedruckt). Gegen die Heranziehung dieses Wertes wiederum BSK IPR-BRUNNER, Art. 120 N. 24.

⁷² Anmerkung: Das Bundesgericht bezog sich in der in der folgenden Fn. zitierten Entscheidung auf den (im hier interessierenden Punkt gegenüber Art. 120 IPRG wortgleichen) Art. 22 Abs. 2 GestG.

⁷³ BGE 132 III 268, E.2.2.3.

*Wert des Vertragsgegenstandes*⁷⁴ ist nach hier vertretener Auffassung sachlich wenig überzeugend (der *Zweck* und nicht der *Wert* des Geschäftes sollten für den kollisionsrechtlichen Schutz entscheidend sein⁷⁵).

Die gegenteilige Auffassung führt, wie schon erwähnt, insbesondere im Bereich der Bankgeschäfte zu ähnlich problematischen Schutzlücken⁷⁶, wie sie unter dem Regime des Art. 5 EVÜ beklagt wurden.⁷⁷ Sie sind im Anwendungsbereich des IPRG lediglich auf die (letztlich unklare) Wertgrenze anstatt (wie im Anwendungsbereich des EVÜ) auf die – immerhin im Vorhinein klare – Zweckbindung zurückzuführen.

Darüber hinaus ist die Situation im Anwendungsbereich des IPRG bisweilen sogar noch unbefriedigender als in jenem des Art. 5 EVÜ, wenn man bedenkt, dass schon der blosse Wert eines – grundsätzlich eindeutig einer Qualifikation als Konsumentengeschäft zugänglichen – Autokaufs die Sonderanknüpfung verhindern kann.⁷⁸

Die mit dem Üblichkeitsvorbehalt verbundene, gravierende Rechtsunsicherheit führt teilweise auch zu beträchtlichen Fehlvorstellungen bei den Normadressaten. So wurde in einem Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug dem Mieter eines Wohnmobils tatsächlich entgegengehalten, das Vertragsverhältnis diene nicht der Deckung der regelmässigen Grundbedürfnisse.⁷⁹ Dies obwohl die h.M.⁸⁰ die Miete beweglicher Sachen grundsätzlich als von Art. 120 IPRG erfasst sieht. Und auch in der Literatur befleissigt man sich

⁷⁴ BGE 132 III 268, E.2.2.3 und E. 2.2.4.

⁷⁵ Gegen Wertgrenzen im Verbraucherkollisionsrecht überzeugend SACHSE, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht, 2006, 217.

⁷⁶ Vgl. ROMY, Revidierter Konsumentengerichtsstand – eine Gefahr für Finanzdienstleister, in NIEDERER/KRAFT/FREY, Das schweizerische Prozessrecht im Umbruch, 2010, 118, 123 dortige Fn. 18, nach der der Üblichkeitsvorbehalt im Bankdienstleistungsbereich zu starken Einschränkungen der Anwendbarkeit von Art. 22 Abs. 2 GestG und Art. 114 IPRG führe. Aufgrund seines wortidenten Vorbehalts kann für Art. 120 IPRG nichts anderes gelten.

⁷⁷ So wurde in BGE 132 III 268, E. 2.2.4 (wenngleich wiederum hinsichtlich Art. 22 Abs. 2 GestG) die Qualifikation eines Bankdepotvertrags insbesondere mit Blick auf das zugrunde liegende Geschäftsvolumen verneint. Dem zustimmend BSK IPR-BRUNNER, Art. 120 N. 24.

⁷⁸ So (allerdings mit Blick auf Art. 22 Abs. 2 GestG) geschehen in BGE 134 III 218. Zugrunde lag dem Fall der Kauf eines Mercedes Benz im Wert von CHF 191'300.–.

⁷⁹ Vgl. ZGGVP 2004, 189. Das Kantonsgerichtspräsidium hat sich dieser Sicht richtigerweise nicht angeschlossen.

⁸⁰ VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 730; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 21.

mitunter gerne und extensiv des Üblichkeitskriteriums: Auf diese Weise wurde in einer jüngeren Fachpublikation⁸¹ die Erfassung des unter Konsumentenbeteiligung geschlossenen *Maklervertrages für Liegenschaften* schon deshalb bestritten, weil das Entgelt für denselben die Grenze des Üblichen «im Normalfall weit überschreiten» würde.⁸²

Nach hier vertretener Auffassung ist es demgegenüber abzulehnen, sogar die dienstleistungsgeprägten Immobilienverträge i.w.S. unter Berufung auf die fehlende Grundbedürfnisbefriedigung (die im Übrigen bei der Wohnraumvermittlung besonders fragwürdig ist⁸³) des kollisionsrechtlichen Konsumentenschutzes verlustig gehen zu lassen.

Wie ungeeignet das Üblichkeitskriterium als Entscheidungskriterium für oder gegen einen Konsumentenvertrag ist, zeigt sich nicht zuletzt auch bei *Anwaltsverträgen*, bei denen schon die «ausserordentliche Situation»,⁸⁴ die dem Beizug eines Anwalts typischerweise vorangehe, gegen eine Leistung des üblichen Verbrauchs sprechen soll.⁸⁵ Mag es auch gewiss zutreffen, dass z.B. einer Scheidung i.d.R. eine «ausserordentliche Situation»⁸⁶ vorangeht, so erschliesst sich nicht, warum dadurch eine Sonderanknüpfung, die selbst im Rahmen des eng gefassten Art. 5 EVÜ unstrittig möglich war,⁸⁷ nach Art. 120 IPRG ausgeschlossen sein sollte.⁸⁸

⁸¹ HIRT (Fn. 71) 219.

⁸² Folgte man dieser Ansicht, so entstände im Übrigen die bemerkenswerte Situation, dass zwar *Ehe-* (ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 21) nicht jedoch *Immobilienmaklerverträge* als «Leistungen des üblichen Verbrauchs» erachtet würden.

⁸³ Vgl. das Zitat in Fn. 11.

⁸⁴ So (mit Blick auf Art. 22 Abs. 2 GestG) der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, GVP 2008 Nr. 68, Pkt. 4.

⁸⁵ Ebenso VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 731 a.E.

⁸⁶ In dem in Fn. 84 genannten Verfahren ging es demgegenüber um die anwaltliche Interessenwahrnehmung mit Blick auf ein Bauvorhaben.

⁸⁷ Dazu LOCKER (Fn. 13), 119 m.w.N.

⁸⁸ Zuletzt klar a.A. hingegen KINDLER/MILANI, in: Truniger, Internationales Privatrecht, 2011, N. 417, nach denen es unter Verweis auf ein «intensives Vertrauensverhältnis» und die Kennzeichnung von Anwaltsverträgen durch das Vorhandensein «grundsätzlich[er] Interessenparallelität» zwischen den Vertragsparteien «nicht ersichtlich [sei], wo sich ein allfälliges Ungleichgewicht [...] befinden sollte». Weshalb gerade ein intensives Vertrauensverhältnis den Beratern weniger schutzwürdig machen soll, ist allerdings ebenso wenig erkennbar wie die Annahme überzeugend ist, dass die Interessen von Anwalt und Mandant in der Realität notwendig in jeder Hinsicht parallel gelagert wären.

Im Übrigen ist abschliessend darauf hinzuweisen, dass die Abhängigkeit der Qualifizierung als Konsumentengeschäft vom *Wert* desselben schon deshalb höchst problematisch ist,⁸⁹ weil sie dazu führt, dass der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz jeweils dort, wo ein besonders hohes Schutzbedürfnis besteht,⁹⁰ nämlich beim Auf-dem-Spiel-Stehen erheblich(st)er finanzieller Interessen gerade *nicht* greift.⁹¹

Umso bedenklicher mutet die jüngst erfolgte Übernahme des Üblichkeitsvorbehalts, der neben seiner Verankerung in Art. 120 und (kraft Verweises) in Art. 114 IPRG auch in Art. 22 Abs. 2 GestG normiert war, in Art. 32 Abs. 2 ZPO an. Sie erfolgte unbeeindruckt von der Tatsache, dass dem zeitgleich in Kraft getretenen Art. 15 revLugÜ einen solcher Vorbehalt fremd ist⁹² und dort stattdessen – zu Recht – ausschliesslich auf den *Zweck* des Geschäfts abgestellt wird.

III. Revision des Sonderanknüpfungsregimes für Konsumentenverträge?

Schon aus den oben dargestellten Gründen ist Art. 120 IPRG nach hier vertrittener Auffassung ein Sanierungsfall für den Gesetzgeber. Allgemein wird angenommen, die Bestimmung sei (ebenso wie die des Art. 114 IPRG) vor allem seit dem Inkrafttreten des revidierten Lugano-Übereinkommens «unter Revisionsdruck»⁹³ geraten. Dass dies jedoch keine verlässliche Gewähr dafür bietet, dass die Sonderanknüpfung *insgesamt* der dringend angezeigten Überarbeitung unterzogen wird, zeigt das eben genannte Beispiel aus dem Zuständigkeitsrecht.

⁸⁹ Zu Recht ablehnend auch SCHMELZER (Fn. 12) 213, der ein «vornehmes Schweigen» der Literaturstimmen zum Üblichkeitsvorbehalt konstatiert und zutreffend festhält, dass es keinen Grund gäbe, «die (gescheiterten) Luxusverbote über das IPR wieder aufleben zu lassen».

⁹⁰ Ähnlich SACHSE (Fn. 75), 221.

⁹¹ Ungeachtet dessen wurde der Üblichkeitsvorbehalt des Art. 120 IPRG vereinzelt auch im Ausland begrüsst – so etwa von STOLL (Fn. 32) 469, der meint: «Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser einschränkenden Klausel sollten in Kauf genommen werden.»

⁹² Vgl. ROMY (Fn. 76) 123.

⁹³ So BRUNNER, Neue Entwicklungen im Konsumrecht, SJZ (97) 2001, 241, 248. Sich anschliessend ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 22.

Nichtsdestotrotz soll angesichts der zunehmend unvermeidbar werdenden Revision der gegenwärtigen Fassung des Art. 120 IPRG am Ende dieses Beitrages ein Vorschlag *de lege ferenda* unterbreitet werden. Zuvor sind allerdings die Gründe für eine kollisionsrechtliche Sonderbehandlung immobilienbezogener Konsumentenverträge ebenso darzutun wie zu einem jüngeren Interpretationsvorschlag der Lehre Stellung zu nehmen ist, der schon *de lege lata* auf eine deutliche Verbesserung des Konsumentenschutzniveaus im hier interessierenden Bereich hinauslaufen würde.

1. Konsequenzen der Nichterfassung immobilienbezogener Konsumentenverträge durch Art. 120 IPRG

Nach ganz herrschender Meinung sind Immobilienverträge i.e.S., also jene, die auf die Begründung dinglicher oder die Einräumung obligatorischer Rechte an Immobilien abzielen, einer Anknüpfung nach Art. 120 IPRG *nicht* zugänglich.⁹⁴ Ungeachtet einer Konsumentenbeteiligung und der Verwirklichung der spezifischen situativen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 120 Abs. 1 IPRG sind damit etwa Liegenschafts Kauf- ebenso wie Mietverträge über Wohnraum nach Art. 119 IPRG zu beurteilen. Danach unterliegen die genannten Verträge entweder dem Recht des Staates, in dem der jeweilige Vertragsgegenstand belegen ist (Abs. 1), oder dem von den Parteien frei gewählten Recht (Abs. 2). Das solcherart bestimmte Recht ist in der Folge für alle Fragen des Konsenses, der Gültigkeit, der Erfüllung, des Verzugs, der Gewährleistung, des Gefahrüberganges usw. massgeblich.⁹⁵

Eine Abweichung von der objektiven⁹⁶ Anknüpfung an die *lex rei sitae* ist bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 IPRG⁹⁷

⁹⁴ Vgl. etwa ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 21 und 47; VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 728 und 730; STEFANI, Grundstücksverkehr in der Schweiz, Deutschland und Italien, 2000, 155; WEBER-STECHER (Fn. 32) 51; SCHWANDER (Fn. 3) N. 30 a.E. Noch unter Bezugnahme auf den Entwurf zum IPRG offener hingegen CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, 1987, 75 f.

⁹⁵ Vgl. BSK IPR-KNELLER, Art. 119 N. 13; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N. 16; SCHWANDER (Fn. 3) N. 18.

⁹⁶ Zum Ausschluss der Ausweichklausel bei Vorliegen einer Rechtswahl siehe Art. 15 Abs. 2 IPRG.

⁹⁷ Zum Gehalt dieser Ausweichklausel umfassend SCHNYDER, Ausweichklausel und Verbraucherschutz: Herausforderungen des Schweizer Internationalprivatrechts, in: Schnyder/Heiss/Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht, 1995, 57, 64 ff.

zwar vorstellbar, *in praxi* allerdings unbedeutsam.⁹⁸ In diesem Sinne hat das Bundesgericht erst in einem jüngeren Entscheid⁹⁹ in Fortführung früherer Rechtsprechung¹⁰⁰ ausdrücklich betont, dass etwa bei einem Grundstückskauf «die Grundlage für die regelmässige Anknüpfung fast ausnahmslos gegeben [ist und ...] andere Elemente *in aller Regel* keinen engeren Zusammenhang zu einer anderen Rechtsordnung schaffen können».¹⁰¹ In Anbetracht dieser – nur vereinzelt kritisierten¹⁰² – überwiegenden Verneinung einer Abweichung vom Belegenheitsrecht kraft anderem engerem¹⁰³ Zusammenhang wird hier nicht weiter darauf eingegangen.

Generell erscheint die *objektive* Anknüpfung immobilienbezogener Konsumentenverträge i.e.S. nach Art. 119 Abs. 1 IPRG letztlich ebenso unproblematisch wie ihre Abänderung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls. Während Letztere theoretisch geblieben ist, lässt sich hinsichtlich Ersterer nämlich nicht in Abrede stellen, dass die fraglichen Verträge eine *besonders ausgeprägte Beziehung zum Recht des Belegenheitsstaates* aufweisen. Bei Kaufverträgen zeigt sich dies schon an der Involvierung der typischerweise vorhandenen (Grundbuch-)Registereinrichtung¹⁰⁴ sowie an

⁹⁸ Vgl. auch ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N. 11 und SCHWANDER (Fn. 3) N. 33, die jeweils von einer (sehr) geringen Rolle in der Praxis ausgehen.

⁹⁹ 4C 99/2002 vom 11. Juli 2002.

¹⁰⁰ Siehe BGE 82 II 550, E. 4.

¹⁰¹ 4C 99/2002, E. 1.2 (Hervorhebung hinzugefügt). Konkret wurde bei einer bolivianischen Liegenschaftsbelegenheit ein Abweichen vom objektiv massgeblichen, bolivianischen Vertragsstatut abgelehnt, obwohl beide Vertragsparteien ihren Wohnsitz in der Schweiz hatten, der Vertragsschluss in der Schweiz erfolgte und auch die Übergabe der entsprechenden Urkunden und Dokumente dort zu realisieren war.

¹⁰² Siehe aber (noch unter Bezugnahme auf den Entwurf zum IPRG) CORNUT (Fn. 94) 74. Offen gegenüber einer Anknüpfung über Art. 15 Abs. 1 IPRG auch SIEHR (Fn. 2) 187 (bejaht bei gemeinsamem gewöhnlichem Aufenthalt von Mieter und Vermieter in einem Staat).

¹⁰³ Nicht eingegangen wird hier auch auf den bislang nie entscheidungsbedürftig gewordenen Disput, ob für eine Abweichung im gegebenen Zusammenhang ein «engster» (i.S.v. Art. 117 Abs. 1 IPRG) oder ein «viel engerer» (i.S.v. Art. 15 Abs. 1 IPRG) Zusammenhang zu einem anderen Recht gegeben sein müsste – offengelassen auch in BGer 4C 99/2002, E. 1.2.

¹⁰⁴ Vgl. auch RAGNO, The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation, in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, 129, 142.

speziellen Form- und Beurkundungsvorschriften.¹⁰⁵ Bei Mietverträgen bestehen materiell-rechtlich vor Ort regelmässig zahlreiche, zwingend ausgestaltete Vorschriften, die den Schutz des Mieters im Fokus haben und kollisionsrechtlich oft in Gestalt von Eingriffsnormen¹⁰⁶ selbst dann Geltung beanspruchen, wenn grundsätzlich ein anderes als das Belegenheitsrecht massgeblich ist. Zu denken wäre etwa an Bestimmungen, die vor missbräuchlichen Mietzinsen oder ungerechtfertigter Kündigung schützen.

Eine echte Gefährdung legitimer Konsumenteninteressen und -erwartungen kann indes von ganz anderer Warte drohen, nämlich bei der *subjektiven* Anknüpfung. Zwar greifen als Eingriffsnormen qualifizierte Bestimmungen – neben den bereits angesprochenen des Mietrechts können dies im gegenständlichen Bereich vor allem Form- und Publizitätsvorschriften, aber auch Sondervorschriften¹⁰⁷ für den Grundstückserwerb durch Ausländer¹⁰⁸ sein¹⁰⁹ – auch in Rechtswahlfällen, doch ist deren Handhabung erfahrungsgemäss mit allerlei Unwägbarkeiten verbunden.¹¹⁰

Insgesamt verwundert, warum etwa der Wohnraummieter einer vermierterseitig lancierten Rechtswahl ohne Einschränkung ausgeliefert ist, während der Gesetzgeber bei Vertragstypen, die oft weit geringere existenzielle Wir-

¹⁰⁵ Zur Form der Immobilienverträge aus kollisionsrechtlicher Sicht etwa SCHWANDER (Fn. 3) N. 34 f. Aus sachrechtlicher Sicht SCHÖBI, Schweizerischer Grundstückskauf und europäisches Recht, 1999, 134 ff. und 376 ff.

¹⁰⁶ Zur Qualifikation von Mieterschutznormen als Eingriffsrecht siehe etwa SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 214; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N. 19, 14; SCHWANDER (Fn. 3) N. 31; HEISS, in CZERNICH/HEISS (Fn. 17) Art. 7 N. 24 (mit Blick auf das EVÜ). Für das vergemeinschaftete IPR FREITAG, Eingriffsnormen, Berücksichtigung ausländischer Devisenvorschriften, Formvorschriften in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, N. 568; kritisch hingegen MANKOWSKI, Grundstücksmitte und Grundstückspacht, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, N. 1743.

¹⁰⁷ In der Schweiz sind diese im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41) bekannt markant formuliert – vgl. Art. 1 BewG: «Dieses Gesetz beschränkt den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, *um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern.*» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁸ Zur Sonderfrage des Grunderwerbs durch schweizerisch beherrschte jur. Personen im EU-Ausland zuletzt EuGH vom 11.2.2010, Rs. C-541/08 (*Fokus Invest AG ./ FIAG*).

¹⁰⁹ Vgl. jeweils SCHWANDER (Fn. 3) N. 31.

¹¹⁰ Auch im Bereich des vergemeinschafteten Kollisionsrechts wird eine Lösung über Eingriffsnormen etwa von SOLOMON (Fn. 9), 100 «nur als Notlösung in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Regelung» in Betracht gezogen.

kung zeigen, eine Rechtswahl ganz generell für unzulässig erklärt.¹¹¹ Der darin zu sehende Wertungswiderspruch¹¹² dürfte nicht leicht begründbar sein. Zu präzisieren ist allerdings, dass der gegenwärtige Konflikt bestimmt nicht in der Zulässigkeit einer Rechtswahl *per se* begründet liegt. Es kann nämlich – etwa in oben beschriebenen Sachverhaltskonstellationen¹¹³ – im Einzelfall durchaus Sinn machen, das Belegenheitsrecht zugunsten eines anderen, den Parteien näher stehenden Rechts abzuwählen.¹¹⁴ Problematisch wird das allerdings dort, wo entweder ein keinerlei Beziehung zum sonstigen Sachverhalt aufweisendes und/oder ein nur die Interessen bspw. des Vermieters wahrendes Recht gezielt für anwendbar erklärt wird.¹¹⁵

Die rechtspolitischen Zweifel an der Adäquanz einer solch unbeschränkten Rechtswahlmöglichkeit vermögen durch den blossen Verweis auf die Korrektur durch Eingriffsnormen und den diesfalls entstehenden *law mix* nicht nachhaltig zerstreut zu werden. Stattdessen weist gerade die Häufung und Prägung von Immobilienverträgen i.e.S. durch solche Eingriffsnormen klar den Weg zu jenem Recht, das (wie hier allerdings einschränkend ergänzt wird: *bei privatem Vertragszweck*) als *Referenz-* und *Kontrollmassstab* für Fälle abweichender Rechtswahl herangezogen werden sollte – die Rede ist natürlich von der *lex rei sitae*.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass überall dort, wo die Leistung des Anbieters nicht ausreichend tätigkeitsbezogen ist,¹¹⁶ um als Dienstleistung qualifiziert zu werden, eine Sonderanknüpfung nach Art. 120 IPRG von vorneherein¹¹⁷ nicht in Frage kommt. Prototypisch gilt dies für die genannten, i.e.S immobilienbezogenen Konsumentenverträge. Nicht leer laufen sollte der *de lege lata* ohnehin reichlich engmaschige Schutz aber zumindest dort, wo eine solche Leistung vorliegt. Nach richtiger (im Detail

¹¹¹ Die Erfüllung der situativen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 120 Abs. 1 IPRG wird hierbei einmal unterstellt.

¹¹² Vgl. SOLOMON (Fn. 9), 99 m.w.N.

¹¹³ Vgl. Fn. 101.

¹¹⁴ Ebenso SCHWANDER (Fn. 3) N. 12.

¹¹⁵ Vgl. etwa MANKOWSKI (Fn. 121) N. 4321, der am Beispiel von Timesharing-Verträgen (dazu sogleich oben im Text) von einer gehäuften Wahl des Rechts der *Isle of Man* berichtet. Zu einer solchen Konstellation siehe auch DENS., Timesharingverträge und Internationales Vertragsrecht, RIW 1995, 364, 366.

¹¹⁶ Zur notwendigen Tätigkeitsbezogenheit von Dienstleistungen vgl. BGE 121 III 336, 340 (hinsichtlich Art. 13 Abs. 1 LugÜ und in explizitem Anschluss an BGH, IPRax 1994, 449).

¹¹⁷ Auf die noch hinzukommende Problematik durch den Vorbehalt des «üblichen Verbrauchs» wurde bereits hingewiesen (siehe Abschnitt II.2.).

allerdings strittiger¹¹⁸) Auffassung trifft dies bei i.w.S. immobilienbezogenen Verträgen regelmässig zu, weshalb etwa Verträge mit Maklern, vertragserrichtenden oder sonst in Immobilienfragen beratenden Rechtsanwälten,¹¹⁹ der Architektenvertrag sowie Bau- oder Gebäudereparaturverträge ebenso einer Sonderanknüpfung nach Art. 120 IPRG grundsätzlich¹²⁰ zugänglich sein sollten wie die gewerbliche Vermittlung von Ferienwohnungen.

Was schliesslich die Gruppe der bekanntlich in der Praxis äusserst verschiedenartig ausgestalteten Timesharing-Verträge¹²¹ betrifft, also jener Verträge mit der üblicherweise für eine längere Vertragslaufzeit ein wiederkehrendes, befristetes Nutzungsrecht an Teilen einer Ferienanlage oder Ähnlichem eingeräumt wird,¹²² so wird man anhand der etablierten Dreiteilung¹²³ differenzieren müssen.¹²⁴

Bei den im Vergleich wohl selteneren, *dinglichen* Ausgestaltungsformen wird *de lege lata* hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts regelmässig kein Weg an Rechtswahl und bei deren Fehlen an der objektiven Anknüpfung gem. Art. 119 IPRG vorbeiführen.¹²⁵ Auch bei der *gesellschafts-* oder *vereinsrechtlichen* Ausgestaltung (bei der typischerweise der «Timesharing-Club» Inhaber der dinglichen Rechte bleibt und seinen Mitgliedern nur obligatorische Rechte einräumt) wird die Anknüpfung der Folgen eines Gesell-

¹¹⁸ Siehe dazu oben Abschnitt II.2. (insbesondere zu den Makler- und Anwaltsverträgen).

¹¹⁹ Anders jedoch der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (Fn. 84).

¹²⁰ Die Verwirklichung der situativen Anwendungsvoraussetzungen wird wiederum unterstellt.

¹²¹ Dazu aus schweizerischer Sicht eingehend SCHALCH, Time-Sharing an Ferienimmobilien, 1990 und LOBSIGER, «Time Sharing» von Ferienimmobilien aus schweizerischer internationalprivatrechtlicher und zivilprozessualer Sicht, AJP 1994, 556 ff. Im Übrigen siehe nur MANKOWSKI, Timesharingvertrag, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, N. 4281 ff.

¹²² Vgl. zum Timesharing aus verfahrensrechtlicher Sicht K. MÜLLER, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano Übereinkommen (LuGÜ), 2008, Art. 16 Nr. 1 N. 37 ff.

¹²³ Im Detail MANKOWSKI (Fn. 121) N. 4381; übersichtlich MARTINY, in: MüKo-BGB, Internationales Privatrecht 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom I, N. 108 ff.

¹²⁴ Zu zuständigkeitsrechtlichen Aspekten dieser Dreiteilung im (auf das revLugÜ übertragbaren) Anwendungsbereich der EuGVVO anschaulich HÜBTEGE, Clubmitgliedschaften und Teilzeitwohnrechte im Anwendungsbereich des Art. 16 Nr. Eug-VÜ/Art. 22 Nr. 1 S. 1 EuGVVO, IPRax 2006, 124, 126.

¹²⁵ Für den Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung entsprechend MANKOWSKI (Fn. 121) N. 4329.

schafts- oder Vereinsbeitritts naheliegenderweise nach dem jeweiligen Verbandsstatut erfolgen müssen.¹²⁶ Lediglich bei der *schuldrechtlichen* Variante erschiene theoretisch Raum für eine Sonderanknüpfung und auch das nur dann, wenn man den Charakter von oft bloss untergeordneten Begleit-Dienstleistungen gleichsam «im Dienst der guten Sache» überbewerten würde, um den Anwendungsbereich des Art. 120 doch noch irgendwie zu öffnen. Im deutschen Schrifttum¹²⁷ ist allerdings völlig zu Recht darauf hingewiesen worden, dass etwa die Reinigung der Anlage oder deren Bewachung regelmässig nicht ausreichen wird, um das Dienstleistungselement gegenüber der Immobiliennutzung in den Vordergrund zu rücken.¹²⁸ Insofern bleibt eine solche Lösung trotz ihrer vielleicht hehren Motive vielfach unsauber und methodisch wenig überzeugend. Es überrascht daher nicht, dass sie sich in der Schweiz nicht hat durchsetzen können.¹²⁹ Im praktischen Ergebnis ist dies für Konsumenten mit dortigem gewöhnlichem Aufenthalt insofern verschmerzbar, als es dem schweizerischen Sachrecht an spezifischen Schutzbestimmungen bisher wie erwähnt mangelt.¹³⁰

2. Der Vorschlag von Schnyder/Liatowitsch

Angesichts der beschriebenen Unzulänglichkeiten und Probleme, die derzeit im Bereich der zu privaten Zwecken geschlossenen, immobilienbezogenen Verträge zu beklagen sind, besteht Bedarf an einem neuen Konzept, das die bestehenden Schutzdefizite möglichst überzeugend behebt. Und in der Tat ist in einem der führenden Lehrbücher zum schweizerischen IPR unlängst ein innovativer Vorschlag präsentiert worden.¹³¹ Dort heisst es: «Gemäss Wortlaut und Zielsetzung von Art. 120 IPRG ist [...] nicht einzusehen, warum gerade Verträge über unbewegliche Sachen nicht in den Anwendungsbereich der Verbraucherkollisionsnorm fallen sollten. Ein bezüglichlicher Aus-

¹²⁶ Für den Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung entsprechend MANKOWSKI (Fn. 121) N. 4332.

¹²⁷ Vgl. MANKOWSKI (Fn. 27), 128.

¹²⁸ Gegen eine Sonderanknüpfung nach (vormaliger) deutscher Rechtslage daher auch KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 52 V.1. a.E. Vgl. im Übrigen MANKOWSKI (Fn. 106) N. 1708 f.

¹²⁹ Pauschal gegen eine Anwendbarkeit etwa LOBSIGER (Fn. 121) 563 (dortige Fn. 68) und 564; VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 728. A.A. hingegen SCHALCH, EG-Gesetzgebung betreffend Time-Sharing, AJP 1996, 679, 688 nach dem Timesharing-Verträge von Art. 120 IPRG erfasst würden.

¹³⁰ Dazu oben Abschnitt II.1.

¹³¹ Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 751 und 755.

schluss hätte – nicht zuletzt auch aus systematischen Gründen – in Art. 119 IPRG ausdrücklich statuiert werden müssen.»¹³² Im Ergebnis spreche deshalb nichts dagegen, Art. 120 als *lex specialis* gegenüber Art. 119 IPRG den Vorrang einzuräumen¹³³ und somit grundstücksbezogene Verträge nach der Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge zu beurteilen, sofern deren sonstige Voraussetzungen erfüllt seien.

Die Urheber des Vorschlags räumen zwar ausdrücklich ein, dass sich typischerweise der kollisionsrechtliche Schwerpunkt solcher grundstücksbezogener Verträge am Lageort der Liegenschaft befinde, doch lasse die von Art. 120 vorausgesetzte Binnenmarktbeziehung zum gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten jedenfalls den ausschliesslichen Bezug zum Grundstücksstaat entfallen.¹³⁴ Prominente Gefolgschaft erfährt der Vorschlag von Seiten der *Groupe Européen de droit international privé*, die ihren seinerzeitigen Vorschlag für eine modifizierte Verbrauchervertragsanknüpfung explizit (auch) auf unbewegliche Sachen erstreckte.¹³⁵

Davon abgesehen ist der Vorschlag schon deshalb besonders verdienstvoll, weil er in überzeugender Weise das notwendige Problembewusstsein für die sonst im Konsumentenschutzbereich gern als «systemwidriger Sonderfall» abgetanen Immobilienverträge schafft. Ein Problembewusstsein, das etwa von deutschen Literaturstimmen schon wiederholt eingefordert und dessen offenkundiges Fehlen bei der Schaffung von Art. 6 Rom I moniert wurde.¹³⁶

Fände der Vorschlag Gefolgschaft, so würde etwa dem Schutzbedürfnis des Wohnungsmieters in den problematischen Rechtswahlfällen (bei Vorliegen

¹³² SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 751 und 755.

¹³³ Hingegen im Anschluss an SCHWANDER, Besprechung des Entscheids des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 2.7.1993, SZIER 1995, 260, 261 diametral entgegengesetzt etwa VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), § 9 N. 677 und ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 47.

¹³⁴ SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 755 a.E.

¹³⁵ Art. 5 Abs. 1 der GEDIP zur Abänderung des Art. 5 EVÜ lautete: «This Article applies to a contract the object of which is the supply of property, *whether movable or immovable*, or of services to a person (the consumer) for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, by a person who is acting in the course of his trade or profession (the supplier).» (Hervorhebung hinzugefügt). Der gesamte Vorschlag ist abrufbar unter <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-14ce.html>.

¹³⁶ Vgl. etwa MANKOWSKI (Fn. 27), 127; DENS., Die Rom I-Verordnung: Änderungen im Europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133, 143; LEIBLE (Fn. 9) 368; SOLOMON (Fn. 9), 98 ff.

der situativen Voraussetzungen des Art. 120 IPRG) wesentlich besser Rechnung getragen, als dies bisher der Fall ist. Auch spricht für den Vorschlag, dass er einerseits als *one-rule-fits-it-all-approach* vom Zauber der Einfachheit und Schlichtheit umgeben wird und andererseits Massnahmen *de lege ferenda* weitgehend zu erübrigen scheint.

Nichtsdestotrotz sind die Probleme, mit denen sich ein solcher Vorschlag konfrontiert sieht, keineswegs zu unterschätzen. Schon der im Tatbestandswortlaut explizit verankerte und in der geschilderten Rechtsprechung wiederholt herangezogene *Vorbehalt des üblichen Verbrauchs* schafft die Basis für beachtliche Gegenargumente. Auch ändert der Vorschlag nichts an den bedauerlichen Defiziten, die der unnötig verkürzte *situative Anwendungsbereich* der derzeitigen Fassung der Sonderanknüpfung mit sich bringt. Vor allem aber ist nach hier vertretener Auffassung zu bezweifeln, ob die *Rechtsfolgenanordnung* des Art. 120 Abs. 2 IPRG (absolutes Rechtswahlverbot) für immobilienbezogene Verträge i.e.S. passend ist.¹³⁷ Zuletzt ist fraglich, ob der Vorschlag in seiner Entschiedenheit – er beschränkt sich ja nicht etwa nur auf den Fall der Wohnraummiete, sondern erstreckt sich schlicht auf *alle* grundstücksbezogenen Verträge, insbesondere auch auf den Kaufvertrag – nicht doch über das Erforderliche hinausgeht.¹³⁸

Zur Illustration seien an dieser Stelle zwei beispielhafte Anmerkungen und ein weiterführender Hinweis gestattet:

- a) Angenommen, jemand mit gewöhnlichem Aufenthalt in Lörrach/BRD plant einen Umzug nach Zürich. Aus diesem Grund liest er täglich die Immobilieninserate in der *Badischen Zeitung* und stösst dabei auf ein Angebot für eine Zürcher Wohnung, das ein gewerbsmässiger Zürcher Vermieter dort geschaltet hat. Der Leser reagiert auf die Annonce, es kommt zu Vertragsverhandlungen und der mieterseitig unterfertigte Vertrag wird schlussendlich per Post von Lörrach nach Zürich geschickt.

In diesem Fall unterläge – nach dem von SCHNYDER/LIATOWITSCH präsentierten Vorschlag – das gesamte Mietverhältnis hinsichtlich der Zürcher Wohnung zwingend¹³⁹ deutschem Recht, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass der Mieter sich im (kollisionsrechtlich entscheidenden¹⁴⁰) Zeitpunkt gerade noch in Deutschland befand und unmittelbar danach

¹³⁷ Dazu auch unten Abschnitt III. 3. (i).

¹³⁸ Dazu auch unten Abschnitt III. 3. (ii).

¹³⁹ Eingriffsnormen sollen an dieser Stelle einmal beiseitegelassen werden.

¹⁴⁰ Für viele ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 32.

seinen Wohnsitz dauerhaft nach Zürich verlegt und dort während der gesamten mehrjährigen Mietdauer aufhältig war.

Es fragt sich, ob ein (*realiter* überhaupt gegebenes?) Vertrauen des Konsumenten auf die Fortgeltung deutschen (Miet-)Rechts in dieser Konstellation tatsächlich schützenswert ist.

- b) Sodann ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn man dem Vorschlag von SCHNYDER/LIATOWITSCH folgt, ausser Frage steht, dass die *Form* von i.e.S. immobilienbezogenen Konsumentenverträgen weiterhin nach Art. 119 Abs. 3 IPRG zu beurteilen ist und nur für die i.w.S. immobilienbezogenen Verträge Art. 124 IPRG einschlägig sein kann. Der von den Urhebern des Vorschlags betonte, spezialitätsbedingte Vorrang des Art. 120 IPRG¹⁴¹ ist daher insofern einschränkungsbedürftig, als er sich allenfalls auf die ersten beiden Absätze des Art. 119 IPRG beziehen kann.

Nur am Rande sei erwähnt, dass ein Verweis auf die Rechtslage im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 6 EVÜ bzw. des Art. 11 Abs. 5 Rom I, nach der für Formfragen von Verbrauchergeschäften jeweils die Massgeblichkeit des Verbraucher-Umweltrechts angeordnet wird, schon deshalb ausscheiden muss, weil Verbrauchergeschäfte i.S.d. EVÜ/Rom I Immobiliengeschäfte i.e.S. unstrittig *nicht* erfassen.¹⁴² Genau entgegengesetzt verhält es sich, wenn man dem von SCHNYDER/LIATOWITSCH unterbreiteten Vorschlag folgt.

Trotz der hier angeregten Einschränkung bleibt ein gewisses Unbehagen: Die Gefahr, dass der Rechtsanwender bei einer Beurteilung nach Art. 120 IPRG den «Rumpfatbestand» des Art. 119 Abs. 3 IPRG übersieht und stattdessen für Formfragen irrig Art. 124 IPRG heranzieht, scheint durchaus nicht unrealistisch.

- c) Zuletzt sei noch zu bedenken gegeben, dass jedes geänderte (nach dem Vorschlag also: deutlich erweiterte) Verständnis des Art. 120 Abs. 1 IPRG insofern auch *zuständigkeitsrechtliche Auswirkungen* zeigt, als es auf den autonomen Verbrauchergerichtsstand des Art. 114 IPRG¹⁴³ zurückwirkt, der seinerseits auf einen Konsumentenvertrag nach Art. 120 Abs. 1 abstellt. Ob ein damit verbundener Sonderweg des schweizeri-

¹⁴¹ Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 751 a.E.

¹⁴² Vgl. Art. 5 Abs. 1 EVÜ (arg. «bewegliche Sachen») sowie Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I (mit einer Rückausnahme für Timesharing-Verträge).

¹⁴³ Dazu eingehend etwa WEBER-STECHER (Fn. 32) 189 ff.

schen Zuständigkeitsrechts überzeugend legitimierbar ist, steht zu bezweifeln.

3. Eigener Vorschlag

Die allgemeine Annahme,¹⁴⁴ wonach Art. 120 IPRG schon in Anbetracht des Inkrafttretens des revidierten Lugano-Übereinkommens unter Reformdruck geraten sei, mag es rechtfertigen, dass an dieser Stelle ein Vorschlag *de lege ferenda* unterbreitet wird.

Um sämtliche immobilienbezogenen Konsumentenverträge, also sowohl jene i.e.S. als auch i.w.S., zu erfassen, ist ein *zweistufiges Konzept* geboten, welches bei der Bestimmung des Art. 119 ebenso ansetzt wie bei Art. 120 IPRG.

Was die gegenwärtige Sonderanknüpfung für Konsumentenverträge betrifft, so wurden deren bedauerlichste Defizite bereits angesprochen.¹⁴⁵ Der unten unterbreitete Vorschlag ist daher im Wesentlichen selbsterklärend. Insbesondere versucht er, eine Abstimmung mit Art. 15 revLugÜ zu bewirken. Hinsichtlich der reinen Beförderungsverträge, die bisher einer Sonderanknüpfung zugänglich sind,¹⁴⁶ würde diese Abstimmung zu einer (verschmerzlichen¹⁴⁷) Verkürzung des Kollisionsrechtsschutzes führen, Pauschalreisen blieben demgegenüber wie bisher¹⁴⁸ erfasst.

Nicht abschliessend zu lösen vermag der Vorschlag die Timesharing-Problematik: Wie bereits ausgeführt, würden Konsumenten mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz von einer Anknüpfung an das dortige Recht mangels spezifischer sachrechtlicher Schutzbestimmungen ohnehin nur selten profitieren. Im Übrigen existiert in der Schweiz bis dato keine Legaldefinition solcher Verträge, weshalb die Determination des Anknüpfungsgegenstandes erhebliche Probleme bereitet und ein kollisionsrechtlicher «Vorgriff» auf bisher nicht existentes Sachrecht kaum empfehlenswert ist. Immerhin unterbindet die vorgeschlagene Neufassung des Art. 119 Abs. 2 IPRG die nachteilige Abwahl des Belegenheitsrechts zugunsten von Rechts-

¹⁴⁴ Vgl. oben Fn. 93.

¹⁴⁵ Vgl. oben Abschnitt II.

¹⁴⁶ Vgl. ZK etwa IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N. 21 sowie die kantonale Rechtsprechung (SJZ 1990, 214, 215).

¹⁴⁷ Siehe für den Bereich des europäischen Kollisionsrechts BASEDOW (Fn. 52) 10. A.A. aber MANKOWSKI (Fn. 27), 124.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 130 III 182, 185 (E. 3.).

ordnungen, die zu dem Sachverhalt (abgesehen von der Rechtswahl) keine Berührung aufweisen – von den diesbezüglichen *Isle of Man*-Fällen war bereits die Rede.¹⁴⁹

Im Übrigen würde die unten vorgeschlagene Neufassung des Art. 120 IPRG für eine eindeutige und rechtssichere Erfassung aller i.w.S. immobilienbezogenen Konsumentenverträge sorgen, die durch Dienstleistungselemente geprägt sind. Auf diese Weise macht der Vorschlag auch den derzeit gegenüber dem vergemeinschafteten Kollisionsrecht (Art. 6 Rom I) bestehenden Unterschied im Schutzniveau grösstenteils¹⁵⁰ wett.

Eine Abweichung gegenüber Rom I hält der Vorschlag insofern parat, als Verträge, die eine Dienstleistungserbringung ausschliesslich ausserhalb des Verbraucherstaates vorsehen, nicht explizit von der Sonderanknüpfung ausgenommen werden.¹⁵¹ Der Wortlaut des gegenwärtigen Art. 120 IPRG sieht eine solche Ausnahme zwar ebenfalls nicht vor, sie wird aber bisweilen in der Lehre gefordert.¹⁵² Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe jedoch gegen diese (*in praxi* kaum relevante) Einschränkung,¹⁵³ weshalb sich ihre Übernahme in das schweizerische Kollisionsrecht zumindest nicht aufdrängt und daher im untenstehenden Vorschlag von ihr abgesehen wurde.

Was schliesslich die zweite Stufe, die i.e.S. immobilienbezogenen Konsumentenverträge betrifft, so sollte nach hier vertretener Auffassung nicht bei Art. 120, sondern bei Art. 119 IPRG angesetzt werden. Dies scheint systematisch sachgerecht, wenn man bedenkt, dass bei diesen Verträgen tatsächlich die Immobilie als solche im Vordergrund steht und es an zusätzlichen Elementen wie der Dienstleistungserbringung typischerweise fehlt. Für Verträge, deren Gegenstand Grundstücke oder deren Gebrauch bildet, soll deshalb Art. 119 als speziellere Norm dem Art. 120 IPRG auch dann vorgehen, wenn einer der Vertragsparteien Konsumenteneigenschaft zukommt.¹⁵⁴ In-

¹⁴⁹ Siehe Fn. 115.

¹⁵⁰ Wesentliche Unterschiede bestehen wie erwähnt im Timesharing-Bereich.

¹⁵¹ Siehe demgegenüber Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I.

¹⁵² VISCHER/HUBER/OSER (Fn. 29), N. 725 unter Verweis auf das in solchen Fällen nicht gegebene Vertrauen des Konsumenten auf «sein» Umweltrecht.

¹⁵³ Vgl. nur BASEDOW (Fn. 52) 10 f.; LEIBLE (Fn. 9) 368; MANKOWSKI (Fn. 136) 143.

¹⁵⁴ Auf eine explizite Benennung dieses Vorrangverhältnisses wurde (wie schon *de lege lata*) verzichtet; es ergibt sich allerdings aus der Gegenüberstellung mit dem vorangehenden Art. 119 IPRG.

sofern kann an der herrschenden Meinung zum Spezialitätsverhältnis der beiden Normen¹⁵⁵ festgehalten werden.¹⁵⁶

Von dieser Parallele abgesehen, beruht der vorgeschlagene Art. 119 Abs. 2 IPRG allerdings auf einer deutlich veränderten Grundannahme gegenüber der derzeitigen Sonderanknüpfung für Grundstücksverträge: Nach hier vertretener Auffassung sollte nämlich bei privaten Zwecken dienenden Immobilienverträgen i.e.S. dasselbe kollisionsrechtliche Anliegen verfolgt werden, wie es für Konsumentenverträge im Allgemeinen längst anerkannt ist: Es gilt den unterlegenen Vertragsteil vor einer regelmässig durch den strukturell überlegenen Vertragspartner initiierten, den Ersteren benachteiligenden Rechtswahl zu schützen. Die bereits beschriebenen kollisionsrechtlichen Lösungen zur Beseitigung dieser Gefahr (Unzulässigkeit der Rechtswahl vs. Zulässigkeit der Rechtswahl und Günstigkeitsvergleich) mögen ungleich sein. Ihre Stossrichtung ist jedoch ident.¹⁵⁷

Die herrschende Meinung verweist demgegenüber freilich generell auf die Massgeblichkeit des Art. 119 IPRG, der weder die eine noch die andere Lösung kennt. Infolgedessen bleibt es bisher – soweit möglich und vorhanden – bei einer Ergebniskorrektur durch Eingriffsnormen.

SCHNYDER/LIATOWITSCH haben den Bedarf an besserem Schutz der Konsumenten vor nachteiliger Rechtswahl – auch bei Immobilienverträgen i.e.S. – erkannt und in ihrem Lösungsvorschlag zusammengefasst angeregt, man solle für solche Verträge (i) unter Ausschluss der Rechtswahlmöglichkeit (ii) das Recht am gewöhnlichen Konsumentenaufenthaltort heranziehen, sofern (iii) die situativen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 120 IPRG erfüllt sind.¹⁵⁸ Es bleibt noch zu klären, ob mit den genannten drei Elementen im Ergebnis die bestmögliche Lösung gefunden wurde.

(i) Zur Anknüpfungstechnik: Schon die Tatsache, dass eine starre Anknüpfung an den Konsumentenaufenthaltort unnötig prohibitiv wirken kann, spricht nach hier vertretener Ansicht eher gegen eine optimale Lösung. Welcher Vermieter liesse sich denn schon ohne marktbedingte Notwendigkeit auf ein ausländisches Recht ein? Sinnvollerweise muss es dem ausländi-

¹⁵⁵ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 133.

¹⁵⁶ Einen Sonderfall stellen nur Timesharing-Verträge dar, bei denen sich eine Erfassung durch Art. 120 IPRG anbieten kann (vgl. insofern für das vergemeinschaftete Kollisionsrecht BASEDOW (Fn. 52) 9; a.A. hingegen MANKOWSKI (Fn. 27) 127).

¹⁵⁷ Siehe bereits MANKOWSKI (Fn. 136) 160: «Der Günstigkeitsvergleich will einen Missbrauch von Rechtswahlfreiheit verhindern, der Rechtswahlausschluss ebenso.»

¹⁵⁸ Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 2) N. 751 a.E. und 755.

schen Mieter deshalb möglich sein, das Zustandekommen des Vertrages (und damit konkret: die Befriedigung seines Wohnbedürfnisses) höher zu bewerten als die Weitergeltung seines Umweltrechtes. Eine starre Anknüpfung an seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort nimmt ihm diese Möglichkeit.

Der hier unterbreitete Vorschlag trägt dem Rechnung und verfolgt ein flexibles Konzept: Eine Rechtswahl ist nach ihm zwar auch bei i.e.S. immobilienbezogenen Konsumentenverträgen zulässig, als Schutzstandard wird dort allerdings das (mangels Rechtswahl ohnehin anwendbare) Belegenheitsrecht festgeschrieben. Auf diese Weise beschreitet der Vorschlag einen Weg, den im Ergebnis schon die Eingriffsnormen weisen, indem sie auf die Belegenheit der Immobilie und nicht etwa auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Mieters, Pächters, Käufers usw. abstellen. Im Übrigen wird dadurch dem legitimen Bedürfnis aller Letztgenannten nach Schutz vor nachteiliger Rechtswahl hinreichend Rechnung getragen, ohne dass man sich dem Vorwurf aussetzte, eine Erwartungshaltung hinsichtlich des anwendbaren Rechts abzusichern, die gar nicht gegeben oder zumindest nicht berechtigt sei.

(ii) Zum Anknüpfungspunkt: Die hier vorgeschlagene Festschreibung des Belegenheitsrechts als Referenzmassstab ist freilich nur dann nötig, wenn man (wie hier) ein Günstigkeitsprinzip etablieren will. Wer demgegenüber die Rechtswahl überhaupt ausschliessen möchte, benötigt einen solchen Kontrollmassstab nicht. Allerdings spricht auch dann mehr für eine Anknüpfung an den *Belegenheitsort* als (wie von SCHNYDER/LIATOWITSCH vorgeschlagen) an den *gewöhnlichen Konsumentenaufenthaltsort*. Deutlich wird dies neben den anderenfalls zu gewärtigen Prohibitiveffekten und dem damit zusammenhängenden Vorwurf unnötigen Paternalismus¹⁵⁹ schon anhand des im obigen Abschnitt III.2.(a) dargestellten Beispiels: Der Mieter, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Abschluss des Mietvertrages an den Ort des Mietobjekts verlegt, wird selten weiter an der Geltung seines ursprünglichen Umweltrechts interessiert sein.¹⁵⁹

Allgemein wird man sagen können, dass bei Auseinanderfallen von gewöhnlichem Aufenthaltsort des Konsumenten und der Belegenheit der Immobilie, den Interessen des Ersteren schon dann hinreichend Genüge getan ist, wenn ihn eine Rechtswahl nicht schlechter stellen kann, als dies bei Massgeblichkeit des objektiv anwendbaren Belegenheitsrechts der Fall wäre.

¹⁵⁹ Treffend LEIBLE (Fn. 9) 368, nach dem in diesen Fällen erwartet werden könne, dass sich der Mieter «auf das Recht seiner zukünftigen Lebensumwelt einstellt».

Will man ungeachtet dessen mit Blick auf andere Konstellationen den gewöhnlichen Konsumentenaufenthaltort als ausschliesslichen Anknüpfungspunkt für Immobilienverträge i.e.S. heranziehen, so ist nach hier vertretener Auffassung nachdrücklich zu hinterfragen, ob die Gleichbehandlung von Liegenschaftserwerbs- und Liegenschaftsgebrauchsverträgen, wie sie Art. 119 IPRG vornimmt, aus der spezifischen Sicht des Art. 120 IPRG noch überzeugend ist.¹⁶⁰

Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass sich Konsumenten hinsichtlich der (Nicht-)Anwendbarkeit ihres Umweltrechts beim *Erwerb* ausländischer Grundstücke schon wegen der regelmässig vorliegenden Involvierung von und der Belehrung durch Urkundspersonen,¹⁶¹ der Notwendigkeit von Registereinträgen, dem aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Grundstückserwerbs häufigen Beizug von Rechtsvertretern udgl. mehr im Ergebnis nur äusserst selten in einem schutzwürdigen (Rechtsanwendungs-)Irrtum befinden werden. Vertrauensschutz wird insofern überwiegend eine sehr untergeordnete Rolle spielen.

Durchaus anders kann sich dies bei blossen Gebrauchs-, zuvorderst naturgemäss Wohnraummietverträgen verhalten, zumal wenn sie unter den situativen Besonderheiten des Art. 120 IPRG zustande kommen.

Das solcherart *unterschiedliche Schutzbedürfnis* und die *unterschiedliche Bedeutung des anwendbaren Rechts* bei Erwerbs- und Gebrauchsverträgen spiegelt sich nicht zuletzt auch darin wider, dass der Vielzahl an (materiellrechtlich) zwingenden Schutzbestimmungen, die ausschliesslich den Interessen des Mieters dienen,¹⁶² kaum solche gegenüberstehen, die Entsprechendes für den Liegenschaftskäufer bezwecken.

Hinzu kommt, dass eine *Beeinträchtigung von Verkehrsinteressen* durch ein vom Belegenheitsrecht abweichendes Verbraucherumweltrecht in den Erwerbsfällen insbesondere aufgrund der Behörden- und Registereinbindung

¹⁶⁰ Für eine differenzierte Betrachtung spricht sich auch SOLOMON (Fn. 9) 99 aus.

¹⁶¹ Zur Beurkundungspflicht nach schweizerischem Recht eingehend LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: A. Koller, Der Grundstückkauf, 2. Aufl. 2001, § 2 N. 15 ff.

¹⁶² SOLOMON (Fn. 9) 99 bemerkt treffend, dass es fragwürdig sei, wenn diese Schutzbestimmungen auf Ebene des IPR kein Gegenstück finden.

sehr erheblich wäre,¹⁶³ während sie in den Gebrauchsfällen vernachlässigbar ist.

Alles in allem müsste man daher – wollte man tatsächlich den Konsumentenaufenthalt als exklusiven Anknüpfungspunkt heranziehen – sachgerechterweise zwischen Erwerbs- und Gebrauchsfällen unterscheiden und wohl bei Letzteren nur jene privilegieren, bei denen der Gebrauch (bzw. die kollisionsrechtlich gleich zu behandelnde Nutzung) einer Immobilie auf bloss obligatorischen Rechten wie Miete und Pacht beruht. Eine grundsätzliche Unterwerfung *sämtlicher* Grundstücksverträge unter das Recht am gewöhnlichen Konsumentenaufenthalt schiene mit Blick auf den angesprochenen Gedanken des Verkehrsschutzes und die erhebliche Beeinträchtigung des lokalen Grundbuchwesens nicht sachgerecht.

Es versteht sich, dass mit dem daraus erfließenden Differenzierungsbedarf schwierige Qualifikationsprobleme einhergehen, die Art. 119 IPRG mit seiner weitläufigen Tatbestandsumschreibung aus guten Gründen vermeiden wollte.¹⁶⁴

(iii) Zur *Bindung an den Tatbestand* des Art. 120 IPRG: Fragen muss man sich schliesslich noch, ob ein Schutz des Konsumenten vor nachteiliger Rechtswahl tatsächlich erst durch die besonderen situativen Umstände des Art. 120 IPRG ausgelöst werden soll oder ob er nicht allgemein bei zu privaten Zwecken geschlossenen Immobilienverträgen mit relevanter Auslandsberührung eingreifen sollte. Ein fundamentaler Einwand dagegen ist bisher nicht ersichtlich geworden. Der hier unterbreitete Vorschlag verzichtet deshalb (anders als jener von SCHNYDER/LIATOWITSCH) auf eine situative Einschränkung.

Möglich wird dieser Verzicht durch den geänderten Anknüpfungspunkt – Belegenheitsrecht statt gewöhnlichem Konsumentenaufenthalt. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass damit – um ein konkretes Beispiel zu nennen – zwei Schweizer, die einen Mietvertrag über ein Ferienhaus im Ausland schliessen, je nach Lage des Sachverhalts nicht mehr die Möglichkeit haben, diesen *ausschliesslich* schweizerischem Recht zu unterstellen. Doch bleibt zu bedenken, dass dies einerseits mit Blick auf Eingriffsnormen schon bisher nicht immer möglich war und andererseits Verträge zwischen Privaten nicht von Art. 119 Abs. 2 S. 2 IPRG (in der vorgeschlagenen Neufassung)

¹⁶³ Vgl. BASEDOW (Fn. 52) 18 und MPI, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), RABELSZ 71 (2007) 225, 277.

¹⁶⁴ Dazu etwa SCHWANDER (Fn. 3) N. 8.

erfasst werden. Stattdessen wird dort (wie schon bei Art. 120 IPRG¹⁶⁵) vorausgesetzt, dass eine der beiden Vertragsparteien den Vertrag im Rahmen ihrer beruflich-gewerblichen Tätigkeit abschliesst. Damit reduziert sich der Einwand in dem Beispiel auf den gewerblichen Ferienhausvermieter und gegenüber diesem erscheint eine *Einschränkung* der Rechtswahlmöglichkeiten (kein Ausschluss!) wie gezeigt durchaus sinnvoll.¹⁶⁶ Und wem selbst das zu weit geht, der mag sich damit trösten, dass der Referenzmassstab des Belegenheitsrechts in den Fällen ganz kurzfristiger Vermietung ohnehin oft ohne praktische Auswirkung bleibt, weil die (insbesondere: zeitlichen) Anwendungsvoraussetzungen der lokalen Schutzbestimmungen nicht verwirklicht sein werden.¹⁶⁷ Ungeachtet dessen kann in besonderen Fällen, in denen der Immobiliengebrauch gegenüber den Vertrag prägenden Dienstleistungselementen in den Hintergrund tritt, Art. 120 IPRG eröffnet sein.

Die hier im Ergebnis vorgeschlagene Sonderregelung von i.e.S. immobilienbezogenen Konsumentenverträgen ähnelt in gewisser Weise jener Lösung, die bis zum Beitritt Österreichs zur EG und der damit einher gehenden Beitrittsverpflichtung zum EVÜ samt Aufhebung der §§ 36 bis 45 öIPRG¹⁶⁸ in § 42 öIPRG a.F. vorgesehen war.¹⁶⁹ Allerdings bestehen zentrale Unterschiede schon insofern, als der hier präsentierte Vorschlag einerseits das Belegenheitsrecht allgemein¹⁷⁰ als Referenzmassstab für einen Günstigkeitsvergleich heranzieht und andererseits einen privaten Vertragszweck voraussetzt. Durch Letzteres steht der Vorschlag ungeachtet seiner systematischen Positionierung ausserhalb des Art. 120 IPRG und seines von diesem abweichenden Ansatzes durchaus in der Tradition des kollisionsrechtlichen Konsumentenschutzes. Die vormalige österreichische Regelung folgt diesem Konzept hingegen ausdrücklich nicht.¹⁷¹ Parallelen bestehen demgegenüber insofern, als das *Telos* des § 42 Abs. 2 öIPRG a.F. und jenes des Vorschlags ident sind – vermieden werden soll der Verlust des Schutzes des zwingen-

¹⁶⁵ A.A. wohl KOLLER-TUMLER (Fn. 59) 165.

¹⁶⁶ Zur demgegenüber nach gegenwärtiger Kollisionsrechtslage völlig unbeschränkten Rechtswahlmöglichkeit des Art. 119 Abs. 2 IPRG siehe STEFANI (Fn. 94) 153 ff.

¹⁶⁷ Siehe diesem Aspekt noch die Altauflage von MARTINY, in: MüKo-BGB, Internationales Privatrecht 3. Aufl. 1998, Art. 28 EGBGB N. 121.

¹⁶⁸ Dazu etwa CZERNICH/HEISS, in: Czernich/Heiss (Fn. 17), Einleitung N. 16 ff.

¹⁶⁹ Siehe dazu nur SCHWIND, Internationales Privatrecht, 1990, N. 446 ff.

¹⁷⁰ Vgl. demgegenüber § 42 Abs. 2 öIPRG a.F.: «Soweit es sich um die zwingenden *bestandrechtlichen* Bestimmungen dieses Rechtes handelt, ist eine Rechtswahl zum Nachteil des Bestandnehmers unbeachtlich.» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁷¹ Vgl. eindringlich SCHWIND (Fn. 169) N. 447: «Wenn der Konsumentenschutz für etwas nicht gedacht war, dann für die Benützung von Liegenschaften.»

den Lageortrechtes infolge von Rechtswahl.¹⁷² Nach dem hier vorgestellten Vorschlag ist allerdings eine Differenzierung von Erwerbs- und Gebrauchs- bzw. Nutzungsfällen entbehrlich.¹⁷³ Miete, Pacht und Wohnungseigentum¹⁷⁴ sind demnach ebenso erfasst wie der Liegenschafts Kauf, wobei für den Vorschlag der private Verwendungszweck den Ausschlag für den Günstigkeitsvergleich gibt, während es darauf im Anwendungsbereich des § 42 Abs. 2 öIPRG a.F. nicht ankam. Indem der Vorschlag sich auf Konsumentenverträge beschränkt und andere Konstellationen unberührt lässt, ist er gewissermaßen der liberalere der beiden Lösungsansätze. Gemeinsam ist schliesslich beiden Konzepten, dass sie zwingend anwendbare Vorschriften des Belegenheitsrechts von vornherein in das Vertragsstatut integrieren und Umwege über Eingriffsnormen überflüssig machen.¹⁷⁵

Würde die Schweiz dem hier vorgeschlagenen, zweistufigen Lösungskonzept folgen, so wären (abgesehen vom Timesharing-Vertrag) die derzeit bestehenden Schutzlücken sowohl bei immobilienbezogenen Konsumentengeschäften i.e.S. als auch bei jenen i.w.S. zufriedenstellend geschlossen. Davon, dass es hinsichtlich der Sonderregelung für i.e.S. immobilienbezogene Konsumentenverträge an einem Vorbild auf Ebene des europäischen Kollisionsrechts fehlt, sollte man sich aus schweizerischer Perspektive nicht beeindrucken lassen.

Vorschlag

Artikel 119 Verträge über Grundstücke

¹ Verträge über Grundstücke oder deren Gebrauch unterstehen dem Recht des Staates, in dem sich die Grundstücke befinden.

² Eine Rechtswahl ist zulässig. Für Verträge, die eine der Parteien zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dieser Partei der Schutz der zwingenden Bestimmungen des nach Absatz 1 anwendbaren Rechts entzogen wird.

¹⁷² Vgl. zu der Differenzierung nach Liegenschaftserwerbs- und -benutzungsverträgen nach vormaliger österreichischer Kollisionsrechtslage VON BAR, Internationales Privatrecht II, 1991, § 4 N. 514 sowie SCHWIMANN, Zur internationalprivatrechtlichen Behandlung von Verbraucherverträgen, Miete und Wohnungseigentum, ÖJZ 1981, 309, sub. III.1.

¹⁷³ Vgl. demgegenüber zur vormaligen österreichischen Rechtslage SCHWIMANN (Fn. 172) sub. III.2.

¹⁷⁴ Vgl. SCHWIMANN (Fn. 172) sub. III.3.

¹⁷⁵ So (für die österreichische Rechtslage) schon SCHWIMANN (Fn. 172) sub. III.1.

³ Die Form untersteht dem Recht des Staates, in dem sich das Grundstück befindet, es sei denn, dieses Recht lasse die Anwendung eines anderen Rechts zu. Für ein Grundstück in der Schweiz richtet sich die Form nach schweizerischem Recht.

Artikel 120 Verträge mit Konsumenten

¹ Verträge, die eine Partei zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Konsument), unterstehen dem Recht des Staates, in dem diese Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Anbieter

- a. seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in diesem Staat ausübt, oder
- b. eine solche Tätigkeit auf irgendeinem Wege auf diesen Staat oder mehrere Staaten einschliesslich dieses Staates, ausrichtet

und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

² Eine Rechtswahl ist zulässig. Sie darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Konsumenten der Schutz der zwingenden Bestimmungen des nach Absatz 1 anwendbaren Rechts entzogen wird.

³ Die Absätze 2 und 3 finden auf Beförderungsverträge mit Ausnahme von Reiseverträgen, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen, keine Anwendung.