

Konsumentenrecht (Eurolex - Swisslex) - ein Überblick

von
Alexander Brunner



HERAUSGEBER: ROLF H. WEBER / DANIEL THÜRER / ROGER ZÄCH

Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein

SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG ZÜRICH

INHALTSÜBERSICHT

I. Die Schweiz und das EG-Recht

Der Einfluss des EG-Rechts auf das schweizerische Recht 1
*Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber, Rechtsanwalt, Direktor des Europa
Instituts Zürich*

Der Einfluss des EG-Rechts und der Beziehungen Schweiz/EG 11
auf die praktische Tätigkeit von Schweizer Juristen
Dr. iur. Jens I. Drolshammer, Rechtsanwalt

II. Handwerkszeug des EG-Rechts

Das Handwerkszeug des schweizerischen EG-Rechtlers 33
Dr. iur. Marcus Desax, Rechtsanwalt

III. Wettbewerbsrecht

EG-Kartellrechtliche Probleme von Vertriebsverträgen in der 73
Schweiz
*Dr. iur. Wolfgang Bosch, Rechtsanwalt in Stuttgart, lic. iur. (Universität
Bern)*

IV. Konsumentenrecht

Konsumentenrecht (Eurolex-Swisslex) - ein Überblick 91
*Dr. iur. Alexander Brunner, Vizepräsident Bezirksgericht Zürich, Experte
der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen und Kammer-
mitglied der Schweizerischen Lauterkeitskommission*

Produktehaftpflicht 121
*Dr. iur. Walter Fellmann, Rechtsanwalt & Notar und lic. iur. et dipl.
pharm. Gabrielle von Büren-von Moos, Rechtsanwältin*

Pauschalreisen 131
Dr. iur. Andreas Girsberger, Rechtsanwalt

Anhang

Liste der 22 vom Parlament angenommenen Swisslex-Vorlagen 139

Vorwort

Dieser dritte Band der vom Europa Institut Zürich herausgegebenen Reihe mit Schriften zum Europarecht und zur Europapolitik basiert auf den Referaten und den Workshops, die anlässlich einer vom Europa Institut Zürich in Zusammenarbeit mit der Stiftung für Juristische Weiterbildung am 16. April 1993 an der Universität Zürich durchgeführten Tagung gehalten worden sind.

Das Nein von Volk und Ständen zur EWR-Vorlage am 6. Dezember 1992 hat wenig an der zunehmenden Bedeutung des EG-Rechts für die Schweiz geändert. In internationalen Sachverhalten gewinnt das EG-Recht zunehmend an Bedeutung. Innerschweizerisch hat das EG-Recht den unter dem Titel "Swisslex" vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzgebungsvorhaben, die zwischenzeitlich vom Parlament weitgehend verabschiedet worden sind, umfassend Pate gestanden. Künftig werden deshalb Schweizer Juristen auch für die Auslegung einheimischer Gesetze vermehrt auf EG-Rechtsquellen zurückgreifen müssen.

Die mit dem EG-Recht durch ihre beruflichen Aufgaben vertrauten Referenten und Leiter der Workshops haben nicht nur anlässlich der Tagung vom 16. April 1993 versucht, die praktische Relevanz des EG-Rechts in den Vordergrund zu rücken, sondern die in diesem Band abgedruckten Beiträge wollen ebenso die Aufmerksamkeit des Schweizer Juristen auf die Bereiche lenken, in denen eine beratende oder streitschlichtende Tätigkeit ohne Kenntnis des EG-Rechts kaum mehr denkbar ist. Vermittelt werden auch Arbeitshilfen, praktische Hinweise und Sensibilitätskriterien. Im Anhang sind die vom Parlament in der Sommersession 1993 verabschiedeten Gesetzes des "Swisslex"-Programmes aufgelistet.

Als Herausgeber möchten wir den Referenten, die das Erscheinen des vorliegenden Bandes in so kurzer Zeit ermöglicht haben, herzlich danken. Die Gestaltung des Bandes besorgten Madeleine Schim van der Loeff und Daniela De Marco-Lippuner, denen ebenfalls unser Dank gebührt.

Zürich im Mai 1993

Rolf H. Weber, Daniel Thürer, Roger Zäch

Konsumentenrecht (Eurolex - Swisslex) - ein Überblick

von
Alexander Brunner

Inhalt*

Vorbemerkung

- I. Institutioneller Teil
 - 1. Schweiz
 - a) Volk und Stände, Parlament und Bundesrat
 - b) Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (Art. 9 KIG)
 - c) Büro für Konsumentenfragen (EVD)
 - 2. Internationale Organisationen
 - a) EWR (EFTA und EG)
 - b) OECD
 - c) GATT
 - 3. Status der Schweiz nach dem EWR-Nein im Rahmen der internationalen gemeinsamen EWR-Organe
 - a) Schweiz und EFTA (GEX Government Expert Group on consumer protection)
 - b) Schweiz und EFTA-CCC (Consumers' Consultative Committee der EFTA-Staaten)
 - c) Schweiz und EG-CCC (Consumers' Consultative Committee der EG-Staaten)
- II. Europäisches Konsumentenrecht: Theoretischer Teil
 - 1. Grundlagen
 - a) Konsumentenrecht (Grundbegriffe)
 - b) Abgrenzungen
 - 2. Europäische und schweizerische Konsumentenpolitik
 - a) Europäische Konsumentenpolitik
 - b) Schweizerische Konsumentenpolitik
- III. Europäisches Konsumentenrecht: Praktischer Teil
 - 1. Grundlagen
 - a) Konsumentenrecht im Eurolex-Programm (Acquis I)
 - b) Konsumentenrecht im Swisslex-Programm
 - c) Konsumentenrecht im Pipeline-Programm (Acquis II)

* Überarbeitete Fassung des an der Tagung des Europa Institutes Zürich vom 16. April 1993 an der Universität Zürich gehaltenen Vortrages.

2. Konsumentenrecht Eurolex - Swisslex

- a) Konsumkredit
- b) Unlauterer Wettbewerb
- c) Widerrufsrecht
- d) Produkthaftung
- e) Pauschalreisen

IV. Ausblick

V. Anhang

Anhang A (Übersicht zum institutionellen Teil)

Anhang B (Übersicht zum theoretischen Teil)

Vorbemerkung

Auch nach dem Volksentscheid vom 6. Dezember 1992 beziehungsweise dem Nicht-Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem schweizerischen Recht und dem Europarecht. Die internationale Verflechtung der Volkswirtschaften der EG- und EFTA-Staaten und die nunmehrige Existenz des europäischen Binnenmarktes zwischen diesen Staaten wird es inskünftig ratsam erscheinen lassen, sich in vermehrtem Masse mit dem europäischen Recht auseinander zu setzen.

Dies gilt insbesondere für den neuen Bereich des Konsumentenrechts. Das Europarecht weist auch in diesem neuen Rechtsgebiet einen hohen Standard¹ auf. Die nachstehenden Ausführungen sollen dazu beitragen, sich im Konsumentenrecht und seinen europarechtlichen Bezügen thematisch zurecht zu finden. Zur Orientierung wird daher den materiellrechtlichen Ausführungen ein institutioneller Teil vorangestellt, mit Hinweisen auf die nationalen und vor allem internationalen Institutionen und Organe, die sich in besonderer Weise mit der Thematik befassen.

¹ Vgl. zur Grundlage und inneren Logik des hohen Rationalitäts-Niveaus des Europarechts, BRUNNER ALEXANDER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: SCHUMACHER, Geschlossene Gesellschaft?, Zürich 1993, 187, insb. 211-212.

Im zweiten, theoretischen Teil, wird kurz auf die Grundlagen des schweizerischen und europäischen Konsumentenrechts eingegangen und im dritten Teil die praktischen Fragen der Eurolex-Swisslex Vorlagen überblicksmässig behandelt. In diesem dritten und letzten Teil kann es nur darum gehen, die Zusammenhänge und gemeinsamen Grundbegriffe der einzelnen Vorlagen aufzuzeigen. Das Produkthaftungsrecht² und das Recht der Pauschalreisen³ werden ohnehin anderweitig vertieft behandelt.

I. Institutioneller Teil

1. Schweiz

a) Volk und Stände, Parlament und Bundesrat

Die Thematik des Konsumentenrechts, die sich vor allem in der Industrie-, Dienstleistungs- und Massengesellschaft stellt, hat ihre ausdrückliche rechtliche Erfassung in der Schweiz erst im Jahre 1981 gefunden. Art. 31sexies BV ist zudem nicht in erster Linie ein Resultat von Vorstössen aus dem Parlament. Die Verfassungsnorm ist vielmehr massgeblich durch Initiativen aus dem Volk entstanden. Die Verfassungsnorm erteilt dem Bundesgesetzgeber sowie dem kantonalen Gesetzgeber im Sinne einer Querschnittkompetenz den Auftrag, Normen zu erlassen; Normen, welche die Konsumenten in der Schweiz in die Lage versetzen sollen, ihre Rolle und Rechtstellung als massgebliche Wirtschaftssubjekte autonom und tatsächlich ausüben zu können. In ökonomischer Sicht ist hier denn auch ergänzend darauf hinzuweisen, dass der private Konsum den Löwenanteil der Inlandnachfrage des schweizerischen Bruttosozialproduktes ausmacht. Die Konsumenten bilden in ihrer Gesamtheit den stärksten Wirtschaftsfaktor der Volkswirtschaft.

Der Gesetzgebungsauftrag wurde jedoch stellenweise nur zögerlich ausgeführt. Dies ist einer der Gründe dafür, dass auf zentralen Gebieten des schweizerischen Konsumentenrechts ein eigentlicher Nachholbedarf besteht. Das europäische Recht ist hier wesentlich weiter entwickelt. Europarechtler haben daher das Binnenmarkt-

2 Vgl. dazu den Beitrag von FELLMANN WALTER/VON BÜREN-VON MOOS.

3 Vgl. dazu den Beitrag von GIRSBERGER ANDREAS.

programm im Rahmen des EWR von jeher auch auf diesem Gebiet als Möglichkeit betrachtet, das schweizerische Recht an die heutigen Sachprobleme heranzuführen.

Andererseits ist im Rahmen des vorliegenden institutionellen Teils darauf hinzuweisen, dass der schweizerische Gesetzgeber in der für das Konsumentenrecht *zentralen Frage des Informationsrechts* von der sogenannten soft-law-Konzeption ausgeht. Dies bedeutet, dass die Waren- und Dienstleistung-Deklaration und -Information der Anbieter an die Konsumenten nicht durch Gesetz und Verordnung, sondern durch *Vereinbarung der beteiligten Wirtschaftsorganisationen*⁴ normiert wird. Die Rechtsgrundlage hierfür ist im Konsumentinformationsgesetz (KIG) zu finden. Das KIG ist seit einem Jahr inkraft⁵; es ist jedoch festzustellen, dass seither noch keine solchen Vereinbarungen über die Informationspflichten der Anbieter mit Bezug auf Waren oder Dienstleistungen abgeschlossen worden sind. Es bestehen insbesondere offene Rechtsfragen, vor allem über den Ablauf der Deklarationsverhandlungen, die Aufwand- und Kostenfrage oder die Rechtstellung von Aussenseitern. Falls keine solchen Vereinbarungen zustande kommen, besteht indessen die Möglichkeit einer entsprechenden Verordnung⁶ des Bundesrates.

b) Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (Art. 9 KIG)

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen hat unter anderem die Aufgabe, im Rahmen dieses Informationsrechtes zwischen den Verbänden der Wirtschaft, das heisst zwischen den Wirtschaftsorganisationen einer bestimmten Branche einerseits und den Konsumentenorganisationen andererseits zu vermitteln. Nach Art. 9 Abs. 3 KIG fördert die Kommission die *partnerschaftliche Lösung von Konsumentenfragen*.

Die Kommission wird vom Bundesrat gewählt und besteht aus Vertretern der Konsumenten, der Wirtschaft und der Wissenschaft. Sie berät den Bundesrat und die Departemente in den Angelegenheiten, welche die Konsumenten betreffen.

4 Der ordentliche Weg der Gesetzgebung ist in diesem Bereich ersetzt worden durch die Vereinbarungen der Wirtschaftspartner, analog jener der Gesamtarbeitsverträge; allerdings ist die Allgemeinverbindlich-Erklärung nicht vorgesehen.

5 Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Mai 1992; SR 944.0.

6 Art. 4 KIG.

Mit Bezug auf das Europarecht hat die Kommission eine Subkommission gebildet, die sich eingehend mit den Entwicklungen des europäischen Konsumentenrechtes befasst. Dies geschieht nicht bloss im Rahmen von Eurolex, sondern auch im Hinblick auf die sogenannten europäischen Pipeline-Verfahren. Das Pipeline-Verfahren besteht aus der laufenden Meinungsbildung auf der Ebene der Regierungen der EG- und der EFTA-Staaten. Mit der Beobachtung und Verfolgung des Pipeline-Verfahrens wird sicher gestellt, dass auch die Schweiz ständig über die neuesten Rechtsentwicklungen informiert ist und rechtzeitig Massnahmen ergreifen kann.

c) *Büro für Konsumentenfragen (EVD)*

Das Sekretariat der Kommission wird vom Büro für Konsumentenfragen geführt. Beim Büro für Konsumentenfragen handelt es sich um eine Stabstelle innerhalb des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD). Es ist auch das Verbindungsorgan innerhalb der Bundesverwaltung und über das Büro laufen die Kontakte zu den Konsumenten- und Wirtschaftsorganisationen. Das Büro hat bei der Lösung von Konsumentenfragen, vor allem bei der Vorbereitung und beim Vollzug von Gesetzen und Verordnungen, fördernd mitzuwirken.

Bei der Vorbereitung des Volksentscheides vom 6. Dezember 1992 hat das Büro im Rahmen der Bundesverwaltung eine grosse Vorarbeit geleistet. Zu verweisen ist auf den Bericht des Büros vom 14. Oktober 1992 'Der EWR aus Konsumentensicht - Auswirkungen des EWR auf Konsumentenschutz, Waren und Dienstleistungen'; in diesem Bericht wird vor allem auf die vielfältigen Beziehungen zwischen dem schweizerischen Recht und dem Europarecht eingegangen.

2. Internationale Organisationen

a) *EWR (EFTA und EG)*

Nach dem Volksentscheid vom 6. Dezember 1992 beziehungsweise nach dem Nicht-Beitritt zum EWR darf die Beschäftigung mit dem Europarecht gleichwohl nicht vernachlässigt werden. Der demokratische Entscheid steht zur Zeit zwar ausser Frage. Andererseits besteht das Faktum, dass der europäische Binnenmarkt im Rahmen des EWR durch sämtliche umliegenden Staaten verwirklicht und

nachhaltige Auswirkungen auf die Schweiz haben wird. Ein umsichtiges Verhalten der Schweiz führt daher zur Beschäftigung mit dem Eurolex-, Swisslex- und Pipeline-Programm. Zudem kann festgehalten werden, dass die Beziehungen der Schweiz zum EWR nicht völlig lose sind.

Zum ersten besteht nach wie vor der Freihandelsvertrag EG-Schweiz aus dem Jahre 1972. Über das Freihandelsabkommen besteht ein institutioneller und direkter Zugang der Schweiz zur EG. Unter anderem aufgrund dieses Abkommens wurden denn auch nach dem Volksentscheid eigenständige Verbindungen zur EG umgehend gesucht.

Zum zweiten ist die Schweiz zur Zeit noch fest im Rahmen der EFTA-Staaten eingebunden; es ist festzustellen 'zur Zeit', denn bekannt sind die pendenten Gesuche unserer EFTA-Partner auf Vollmitgliedschaft in der EG. Vor allem über die EFTA-Partner und das Freihandelsabkommen ist die Schweiz teilweise und indirekt⁷ am EWR beteiligt. Die Unvollständigkeit dieser Teilnahme an der aktuellen wirtschaftlichen Entwicklung in Europa legt es gleichwohl nahe, sich nach weiteren internationalen Organisationen (OECD und GATT) umzusehen.

Im Sinne eines Exkurses ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass zufolge der Nichtbeteiligung am EWR das schweizerische *Kollisionsrecht* zu neuer Aktualität gelangt. Der Schweiz gereicht es nun zum Vorteil, dass mit dem IPRG ein auf der Höhe der Zeit stehendes Gesetz erlassen worden ist. Die Bestimmungen des IPRG garantieren die Rechtstellung der Konsumenten in der Schweiz sowohl auf dem Gebiet des Vertragsrechts⁸ als auch auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts⁹. Hinzuweisen ist zudem auf das Lugano-Abkommen, das die gleichen Wirkungen¹⁰ entfaltet.

b) OECD

Harmonisierungsbestrebungen auf dem Gebiet des Konsumentenrechtes bestehen indessen nicht nur im Bereich des EWR. Wenig bekannt ist der Umstand, dass

7 Vgl. dazu die Übersicht in Anhang A.

8 Art. 114 und Art. 120 IPRG.

9 Art. 129 und 136 IPRG.

10 Art. 13-15 des Lugano-Abkommens, SR 0.275.11.

auch die OECD seit längerer Zeit ein Komitee für Konsumentenpolitik geschaffen hat, dessen Mandat soeben von 1992 bis 1997 verlängert worden ist.

Das OECD-Komitee für Konsumentenpolitik hat sich in den letzten Jahren beispielsweise mit den unmittelbar das Konsumentenrecht betreffenden Fragen der *vergleichenden Werbung* in den OECD-Staaten, mit den Rechtsfragen der *Markttransparenz und Konsumenteninformation* oder etwa mit der *Sicherheit von Konsumprodukten* auseinandergesetzt.

Mittelbar ist die OECD ebenfalls entscheidend für das Konsumentenrecht. Denn das Konsumentenrecht als Teil des Wirtschaftsrechts ist angewiesen auf günstige wirtschaftliche Rahmenbedingungen der nationalen Volkswirtschaften.

c) *GATT*

Dasselbe gilt für das *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Das GATT sorgt für die Einbettung der Schweiz in die internationale Völkergemeinschaft in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht. Die Schweiz als Kleinstaat kann sich gegen wirtschaftliche Pressionen der grossen Staaten und Staatengemeinschaften nur durchsetzen, wenn allgemein anerkannte Spielregeln auch international Anwendung finden. Die Konsumentenrechte sind durch dieses internationale Abkommen indirekt, das heisst über das private und öffentliche Handelsrecht betroffen. Wie die OECD bewirkt das GATT günstige internationale Rahmenbedingungen der nationalen Volkswirtschaft der Schweiz.

Zu erinnern ist beispielsweise an die Grundsätze der *Meistbegünstigung*. Mit der Meistbegünstigung kommen alle Vertragsstaaten in den Genuss der Resultate, die zwischen zwei Mitgliedern ausgehandelt werden. Entscheidend ist auch der Grundsatz der *Transparenz*, der zur Offenlegung der handelsrelevanten Vorschriften führt oder Massnahmen gegen *unfairen Handel* wie Dumping und handelsverzerrende Subventionen.

Weiter kann hier auf das GATT jedoch nicht eingegangen werden. Vielmehr bleibt aufzuzeigen, welche Veränderungen mit Bezug auf die ursprünglich durch den EWR-Vertrag vorgesehenen internationalen Konsultations-Mechanismen im Bereich des Konsumentenrechts durch den negativen Volksentscheid eingetreten sind.

3. Status der Schweiz nach dem EWR-Nein im Rahmen der internationalen gemeinsamen EWR-Organe

a) *Schweiz und EFTA (GEX Government Expert Group on consumer protection)*

Auf der Ebene der Government Expert Group on consumer protection (GEX), ist keine Veränderung eingetreten. Die Experten der Schweiz werden aus dem Büro für Konsumentenfragen delegiert. Die GEX ist nicht an den EWR gebunden, sondern arbeitet im Rahmen der EFTA-Partner und des EFTA-Abkommens. Soweit es sich ausschliesslich um Fragen der EFTA handelt, ist die Zusammenarbeit unproblematisch. Inskünftig werden unsere EFTA-Partner jedoch häufig mit Vorschlägen der EG-Kommission vor dem Erlass von Richtlinien befasst sein. Es stellt sich daher die Frage nach der Stellung der Vertretung der Schweiz bei solchen Gesprächen, die nicht nur den EFTA-Bereich, sondern den EWR-Bereich betreffen.

Streng genommen könnten die schweizerischen Vertreter bei diesen wichtigen Vorabklärungen gar nicht teilnehmen. Ein informelles 'Gentleman-Agreement' hat indessen in der Zwischenzeit dazu geführt, dass die Schweiz zumindest als 'Beobachter' bei diesen Gesprächen geduldet ist. Solange die EFTA noch besteht, ist dies vorübergehend ein gangbarer Weg.

b) *Schweiz und EFTA-CCC (Consumers' Consultative Committee der EFTA-Staaten)*

Das Consumers' Consultative Committee der EFTA-Staaten ist das analoge Organ der EFTA im Verhältnis zu den EG-Staaten. Die schweizerische Vertretung des EFTA-CCC wurde vom Bundesrat aus Mitgliedern der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen gewählt. Nach dem Volksentscheid vom Dezember 1992 erhielten die schweizerischen Vertreter den Beobachter-Status. Dies ist immerhin ein indirekter¹¹ Zugang zu den Konsultativ-Beratungen im Vorstadium des Erlasses von EG-Richtlinien auf dem Gebiet des Konsumentenrechts.

¹¹ Vgl. dazu die Übersicht in Anhang A.

Definitiv nicht zugelassen, auch nicht als Beobachter, sind die schweizerischen Vertreter jedoch bei *gemeinsamen* Verhandlungen zwischen dem EFTA-CCC und dem EG-CCC. Es ist die logische Folge des negativen Volksentscheids.

c) *Schweiz und EG-CCC (Consumers' Consultative Committee der EG-Staaten)*

Das EG-CCC ist das unmittelbare Konsultativ-Organ der EG-Kommission in Konsumentenfragen. Dieses Konsultativ-Organ hat innerhalb der EG eine analoge Funktion wie die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen innerhalb der Schweiz. Nach dem Nicht-Beitritt zum EWR besteht keine direkte Verbindungsmöglichkeit der Schweiz zum EG-CCC.

II. Europäisches Konsumentenrecht: Theoretischer Teil

1. Grundlagen

Bei der rechtlichen Einordnung stellt sich die Rechtsfrage, nach welchen Kriterien die Zugehörigkeit von Sachfragen zum *Konsumentenrecht* beurteilt werden kann. Diese Rechtsfrage ist von besonderer Dringlichkeit, da es sich um ein neues Rechtsgebiet handelt; ohne eindeutige und klare Begriffsbildung lässt sich die Zuteilung aber nicht bewerkstelligen. Es ist demnach im folgenden in rechtstheoretischer Hinsicht kurz die Stellung des Konsumentenrechtes¹² im Rahmen der Rechtsordnung festzulegen.

Aus der im Anhang¹³ wiedergegebenen Übersicht gehen die massgeblichen Unterscheidungen hervor. Zur Abgrenzung des Konsumentenrechts im Rahmen der Rechtsordnung brauchen wir Rechtsbegriffe, die sowohl für das Vertragsrecht als auch für das Wettbewerbsrecht Verwendung finden können.

12 BOURGOIGNIE THIERRY, Characteristics of Consumer Law, in: Journal of Consumer Policy 14 (1992), 293-315; BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, in AJP/PJA 5/92, 591-605.

13 Vgl. Angang B.

Das Wettbewerbsrecht spricht von *Anbietern und Abnehmern*. Es ist jeweils der Anbieter, der die charakteristische Leistung¹⁴ erbringt. Der Abnehmer der charakteristischen Leistung erbringt die Gegenleistung, das heisst die Geldleistung.

Des weitern ist die wirtschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen Unternehmen und Privathaushalt entscheidend. Der Rechtsbegriff des *Unternehmens* ist sowohl im öffentlichen - beispielsweise im Steuerrecht - als auch im privaten Wirtschaftsrecht massgeblich. Der juristische Träger des Unternehmens kann eine Einzelfirma oder eine der möglichen Formen der Handelsgesellschaften sein. Die ökonomische Einheit des Unternehmens ist der Betrieb. Zusammengefasst kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen typischerweise einerseits einen hohen Organisationsgrad und andererseits spezifische Fachkenntnisse einer bestimmten Branche in sich vereinigt. Der Träger des *Privathaushaltes* ist demgegenüber die Familien- oder Hausgemeinschaft beziehungsweise natürliche Personen ohne jeglichen unternehmerischen Bezug. Der Privathaushalt hat in wirtschaftlicher Hinsicht eine Doppelfunktion: Der Privathaushalt umfasst einerseits Arbeitnehmer, welche ihre Arbeitskraft den Unternehmen anbieten; andererseits Konsumenten, welche Waren und Dienstleistungen der Unternehmen nachfragen und abnehmen.

Werden nun die wettbewerbsrechtlichen Begriffe des Anbieters und Abnehmers und die allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Begriffe des Unternehmens und des Privathaushaltes miteinander in Verhältnis gesetzt, so entsteht eine klare und aussagekräftige rechtliche Struktur¹⁵ der möglichen Beziehungen für die Begründung und Abgrenzung des Konsumenten-, Handels- und Arbeitsrechts sowie für das Allgemeine Privatrecht.

Ausgangspunkt sind die beiden Doppelbegriffe:

Einerseits auf der Anbieter-Seite:

Privater Anbieter und betrieblicher Anbieter

und andererseits auf der Abnehmer-Seite:

Privater Abnehmer und betrieblicher Abnehmer.

14 Der Begriff der charakteristischen Leistung wurde vom Kollisionsrecht entwickelt, vgl. dazu Art. 117 Abs. 3 IPRG.

15 Vgl. dazu BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 597-599.

a) *Konsumentenrecht (Grundbegriffe)*

Das Konsumentenrecht erfasst ausschliesslich den folgenden wirtschaftlichen Tatbestand: Das Verhältnis¹⁶ zwischen den betrieblichen Anbietern einerseits und den privaten Abnehmern andererseits.

Der Rechtsbegriff der privaten Abnehmer wird durch den Terminus 'Konsumenten' bezeichnet. Das Wort 'Letztverbraucher' ist verwirrend. Das Wort Letztverbrauch bezeichnet nämlich sowohl den privaten Letztverbrauch als auch den betrieblichen Letztverbrauch. Aus diesem Grunde sollte auf dieses Wort verzichtet werden, wenn man in der Rechtssprache den Begriff des privaten Abnehmers, das heisst den Konsumenten bezeichnen will.

Soweit sich die Gesetzgebung oder die Rechtsanwendung mit dem genannten wirtschaftlichen Tatbestand befasst, ist vom Konsumentenrecht auszugehen. Offen ist dabei die Frage, wie der Gesetzgeber dieses wirtschaftliche Verhältnis im einzelnen normativ ausgestaltet. Diesbezüglich sind zusätzliche Grenzziehungen möglich. Auf solche Grenzziehungen werden wir im Rahmen des praktischen Teils zurückkommen; als Beispiel kann jedoch bereits hier der Lombardkredit erwähnt werden. Der Gesetzgeber bestimmt in einer negativen Legaldefinition, dass der Lombardkredit auch dann kein Konsumkredit ist, wenn im übrigen die allgemeine Umschreibung des Konsumkredites zutrifft. Der Gesetzgeber führt dazu eine besondere Begründung an.

Zusammenfassend kann somit der Bereich des Konsumentenrechtes als Inbegriff der Rechtsnormen bezeichnet werden, welche den genannten wirtschaftlichen Bereich des Konsums betreffen. Das Konsumentenrecht umfasst dabei sämtliche denkbaren Rechtsgebiete: Das Konsumentenvertrags- und Wettbewerbsrecht, Normen des Wirtschaftsverwaltungs- und - strafrechts, ein besonderes Zivilprozessrecht bzw. das Konsumentenschutzverfahren sowie das Internationale Konsumenten- und -verfahrensrecht.

16 BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 597, Ziffer 1.3.

b) *Abgrenzungen*

Auf die Abgrenzungen¹⁷, die ausserhalb des Konsumentenrechts liegen, nämlich auf die Begründung und Abgrenzung des Handels- und Arbeitsrechts sowie des Allgemeinen Privatrechts kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Sie sind aufgrund der genannten rechtlichen Strukturen selbstverständlich. Es sind die herkömmlichen Rechtsgebiete, über welche bereits eine reiche Gesetzgebung und Rechtsprechung besteht.

2. Europäische und schweizerische Konsumentenpolitik

Im folgenden ist auf die Grundlagen der europäischen und schweizerischen Konsumentenpolitik, das heisst die hinter dem geltenden Konsumentenrecht stehende verfassungsrechtliche Konzeption einzugehen.

a) *Europäische Konsumentenpolitik*

Das europäische Konsumentenrecht¹⁸ ist bereits sehr differenziert ausgestaltet. An dieser Stelle ist kurz auf die neueste Rechtsentwicklung einzugehen.

Durch die Einheitliche Europäische Akte wurde 1986 Art. 100a in den EWG-Vertrag eingefügt. Danach erlässt der Rat auf Vorschlag der Kommission, in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses mit qualifizierter Mehrheit die Massnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Für das Konsumentenrecht entscheidend ist sodann Art. 100a Abs. 3 des EWG-Ver-

17 Vgl. zu diesen Abgrenzungen, BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 598-599, Ziff. 2.2.

18 Vgl. dazu insbesondere: BOURGOIGNIE THIERRY, Le droit communautaire de la consommation: Acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa, 'Wege zum japanischen Recht', Berlin 1992, 31-57; MICKLITZ HANS-W., Verbraucherschutz im Entwurf eines Vertrages über die Union (Wirtschafts- und Währungsunion sowie politische Union) - Verbesserung des Verbraucherschutzes?, in: Verbraucher und Recht 6/1991, 317-321; REICH NORBERT/MICKLITZ HANS-W., Verbraucherschutzrecht in den EG-Staaten. Eine vergleichende Analyse, Wokingham 1981; STAUDER BERND, Droit de la consommation, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich 1990, 179-221.

trages. Nach diesem Absatz hat die Kommission bei ihren Vorschlägen im Konsumentenrecht von einem hohen Schutzniveau auszugehen.

Dies bedeutet gleichsam eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes des *ordre public* im Bereich des Konsumentenrechts auf binnenmarktrechtlicher Ebene. Entscheidend ist dabei die Verbindung zu Art. 36 des EWG-Vertrages, der im massgeblichen Abschnitt über den freien Warenverkehr zu finden ist. Nach Art. 36 sind *Ausnahmen* vom Verbot mengenmässiger Beschränkungen und vom Verbot von Massnahmen gleicher Wirkung *dann rechtmässig, wenn* die nationalstaatlichen Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit oder zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen erlassen werden. Die entsprechenden Massnahmen der Mitgliedstaaten dürfen jedoch weder ein Mittel zur *willkürlichen Diskriminierung* noch eine *verschleierte Beschränkung des Handels* zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Eine *verschleierte Beschränkung des Handels* liegt in unserem Zusammenhang dann vor, wenn konsumentenrechtliche Normen eines Mitgliedstaates nur deklaratorisch, nicht aber effektiv die Rechtstellung der privaten Abnehmer verbessern, sondern ausschliesslich die wirtschaftlichen Interessen der betrieblichen Anbieter des Mitgliedstaates gegenüber der ausländischen Konkurrenz schützen. Solche im Ergebnis nicht konsumenten-, sondern *protektionistisch handelsrechtliche Normen* sind nach der Praxis der Europäischen Gerichtshofes (EuGH) unzulässig. Es handelt sich hier um die bekannte 'Cassis de Dijon'- Philosophie¹⁹ des EuGH. Berühmt sind hier auch die Fälle des deutschen Reinheitsgebots beim Bier sowie der Vorschriften über die Herstellung von italienischen Teigwaren ausschliesslich aus Hartweizengriess; hier waren deutsche Teigwaren mit gewöhnlichem Mehllanteil nicht gesundheitsschädigend und daher auf dem italienischen Markt zuzulassen.

Damit ist aber auch gleichzeitig festgestellt, dass Ausnahmen vom Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung bei *echten* konsumentenrechtlichen Normen zulässig sind. Oder anders ausgedrückt: Die Mitgliedstaaten dürfen konsumentenrechtliche Normen erlassen, ohne gegen das Binnenmarktkonzept zu verstossen. Dabei wird indessen immer zu bedenken sein, dass wir uns teilweise auf dem Gebiet von Ermessensentscheiden bewegen. Diese Entscheide dürfen nicht willkürlich sein. Die 'Cassis de Dijon'- Philosophie des EuGH im Sinne von Art. 36 EWG-Vertrag betrifft den noch *nicht harmonisierten Stand* des Binnenmarktes.

19 OPPERMANN THOMAS, Europarecht, München 1991, Rz. 1164f.

Der erwähnte Art. 100a Abs. 3 der Einheitlichen Europäischen Akte hat dagegen die Philosophie eines höheren Niveaus des Konsumentenrechts bei der *weiteren Harmonisierung* des europäischen Rechts zum Inhalt. Was darunter zu verstehen ist, hat der bereits erwähnte Wirtschafts- und Sozialausschuss in einer Meinungsäußerung zuhanden der EG-Kommission im einzelnen aufgelistet. Es handelt sich um ein Schlüssel-Dokument²⁰ des europäischen Konsumentenrechts. Es bildet einer der Hintergründe für das Verständnis der zahlreichen Richtlinien, welche die EG im Bereich des Konsumentenrechts erlassen hat und noch erlassen wird. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss der EG geht insbesondere von den folgenden besonderen Konsumentenrechten aus:

Recht auf Information und Bildung,

Recht auf Schutz der Gesundheit und der Sicherheit,

Recht auf Schutz der wirtschaftlichen Interessen,

Recht auf Schutz der rechtlichen Interessen, und

Recht auf Teilnahme und Vertretung der politischen Interessen.

Die soeben erwähnten Grundsätze gehören zur heute geltenden Konsumentenpolitik der EG. Der Maastrichter Vertrag hat sie ausdrücklich bestätigt. Da der Maastrichter Vertrag noch nicht in Geltung steht, ist hierüber lediglich ein kurzer Hinweis anzubringen. Der Unionsvertrag sieht nunmehr neu in Art. 129a vor, dass die EG zur Erreichung eines hohen Schutzniveaus Vorschläge mit qualifizierter Mehrheit verabschieden kann, entsprechend dem Verfahren nach Art. 189b des Unionsvertrags. Der Stellenwert des Konsumentenrechts auf europäischer Ebene wird damit noch weiter zunehmen. Entscheidend ist zudem Art. 129a Abs. 3 des EG-Vertrags, wonach die Harmonisierung des Konsumentenrechts²¹ auf Gemeinschaftsebene die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindert, strengere Schutzmassnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern sie mit dem EG-Vertrag übereinstimmen.

20 91/C 339/08, Avis sur l'achèvement du Marché intérieur et la protection des consommateurs du Comité économique et social, décidé le 29 janvier 1991, in: Journal officiel des Communautés européennes 1991 Nr. C339/16-28.

21 Vgl. dazu Art. 100a EG-Vertrag sowie die vorstehenden Ausführungen FN 18-20.

b) *Schweizerische Konsumentenpolitik*

Nach dem EWR-Nein stellt sich die Frage nach dem Standort des schweizerischen Konsumentenrechts²² erneut. Diese Frage lässt sich klar beantworten.

Die verfassungsrechtliche Grundlage für das Konsumentenrecht ist in der Schweiz seit 1981 gegeben. Darauf ist bereits hingewiesen worden, insbesondere auch darauf, dass Art. 31sexies BV eine Querschnittkompetenz für Bund²³ und Kantone²⁴ enthält, auf allen konsumentenrechtlich relevanten Rechtsgebieten zu legislieren.

Damit stellt sich auch die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Gesetzgebung der EG und der Schweiz. Die Schweiz bleibt grundsätzlich ungebunden. Art. 31sexies BV erlaubt ein hohes Niveau des Konsumentenrechtes ohne die geschilderten binnenmarktrechtlichen Probleme. Die Schweiz kann somit weiter gehen als die jeweiligen EG-Richtlinien. Diese Gesetzgebungskompetenz wurde indessen bisher nicht voll ausgeschöpft. Im Gegenteil stellt sich in bestimmten Bereichen die Frage nach dem tieferen Niveau. Aus diesem Grunde hat die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen nach dem negativen EWR-Entscheid in einer Entschliessung vom 25. Januar 1993 gestützt auf Art. 9 KIG zuhanden des Bundesrates unter anderem die folgenden Feststellungen getroffen:

Die Schweizer Konsumenten dürfen zurecht erwarten, dass ihr Schutzniveau gleich hoch ist wie jenes anderer europäischer Konsumenten.

22 BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, in: AJP/PJA 5/92, 591-605; BRUNNER ALEXANDER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, in: plädoyer 5/1990, 36-47; BÜHLMANN-ESCHMANN BARBARA, Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, Zürich 1991; FAVRE-BULLE XAVIER, L'article 31sexies de la Consitution fédérale. Bilan de plus de onze ans de protection des consommateurs, in: AJP/PJA 3/93, 265-277; REHBINDER MANFRED, Konsumentenschutz im schweizerischen Recht, in: Recht 1990, 129-134; STAUDER BERND, Konsumentenschutz in der Schweiz, in: AJP/PJA 1/92, 151-158; STAUDER BERND, Principles of consumer protection in swiss law, in: Commercial and consumer law from an international perspectiv, Littleton/ Colorado 1986, 389-399.

23 RHINOW RENE, BV-Kommentar, Art. 31sexies, Rz 35.

24 RHINOW RENE, FN 23, Rz 37.

Nach dem negativen EWR-Entscheid besteht die Gefahr einer Diskriminierung der Schweizer Konsumenten. Diese Gefahr ist durch eine geeignete Gesetzgebung zu bannen.

Bestimmte gesetzliche Massnahmen sind unabdingbar, damit unsichere Produkte nicht auf den Schweizer Markt gelangen.

Die kartellistischen Strukturen von Industrie, Handel und Gewerbe belasten die nationale Wirtschaft und die Konsumenten mit extrem hohen Kosten.

Die Liberalisierung der schweizerischen Wirtschaft muss von zusätzlichen Massnahmen begleitet sind, damit auch die Konsumenten von dieser Revitalisierung einen vollen Nutzen erhalten.

Dementsprechend hat die Kommission dem Bundesrat unter anderem empfohlen, aus dem Eurolex-Programm wichtige Vorlagen im Swisslex-Programm wieder aufzunehmen. Auf dieses Swisslex-Programm ist im folgenden im Rahmen des europäischen und schweizerischen Konsumentenrechts in einem Überblick kurz einzugehen.

III. Europäisches Konsumentenrecht: Praktischer Teil

1. Grundlagen

a) Konsumentenrecht im Eurolex-Programm (Acquis I)

Das Eurolex-Programm²⁵ im Konsumentenrecht war im Hinblick auf den EWR-Vertrag umfassender angelegt, als im anschliessenden Swisslex-Programm. Im Eurolex-Programm waren noch weitere Erlasse enthalten, beispielsweise ein Bundesbeschluss über die Änderung des Konsumenteninformatiionsgesetzes.

²⁵ Zu den MATERIALIEN: 92.057, Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, Ziffern 5.1., 5.2., 5.8., 5.13., 7.1., 7.3. und 7.4.; 92.057, Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, Ziffer 6.3.

Die Eurolex-Botschaften des Bundesrates als Zusatzbotschaften zur EWR-Botschaft basieren letztlich auf dem für das Funktionieren des europäischen Binnenmarktes massgeblichen 'Acquis communautaire'. Dieser Acquis umfasst alle entscheidenden Gemeinschaftserlasse, die bis zum 31. Juli 1991 im Amtsblatt der EG veröffentlicht worden sind sowie die dazu gehörende Rechtsprechung des EuGH²⁶.

Eine entsprechende Vorbereitung und Zusammenfassung im Bereich des europäischen und schweizerischen Konsumentenrechts findet sich im Bericht der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom Januar 1990 mit dem Titel: "Die Annäherung der Schweiz an die EG aus Konsumentensicht".

b) *Konsumentenrecht im Swisslex-Programm*

Die wesentlichen Vorlagen aus dem Eurolex-Programm hat der Bundesrat indessen in die Swisslex-Botschaft²⁷ aufgenommen. Es sind die Vorlagen zum

Konsumkredit,

Unlauteren Wettbewerb,

Widerrufsrecht,

zur Produkthaftung und

Pauschalreise.

Es kann davon ausgegangen werden, dass alle Vorlagen die parlamentarischen Beratungen mit entsprechenden Abänderungen in der Hauptsache bestehen werden²⁸.

²⁶ Vgl. dazu 92.052, Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, Sonderdruck, I/116.

²⁷ 93.100, Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, Separatdruck.

²⁸ Im Zeitpunkt der Bearbeitung des Vortragsmanuskripts war die Beratung noch nicht abgeschlossen, jedoch auf alle Vorlagen bereits positiv eingetreten worden.

Lediglich zu erwähnen sind schliesslich zwei weitere Erlasse im Swisslex-Programm, die das *öffentliche Konsumentenrecht* betreffen: Es handelt sich um eine Revision beziehungsweise die europarechtliche Anpassung des Bundesgesetzes über das Messwesen²⁹ und des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten³⁰.

c) *Konsumentenrecht im Pipeline-Programm (Acquis II)*

Ein Überblick über das europäische Konsumentenrecht wäre indessen unvollständig, wenn das Pipeline-Programm unerwähnt bliebe. Das Pipeline-Programm bezieht sich auf Erlasse der EG (Acquis communautaire II), die nach dem 31. Juli 1991 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft publiziert worden sind oder welche noch in Beratung³¹ stehen. Im Rahmen des Pipeline-Programms ist namentlich auf drei für das Konsumentenrecht wesentliche Vorschläge beziehungsweise Richtlinien hinzuweisen:

Auf den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zum internationalen Distanzkauf³² aus dem Jahre 1992, auf die Richtlinie 92/59 des Rates vom 29. Juni 1992 über die allgemeine Produktesicherheit³³ sowie auf die Richtlinie 93/13 des Rates vom 5. April 1993 gegen missbräuchliche Vertragsklauseln³⁴. Diese Erlasse werden auch für das schweizerische Konsumentenrecht von Bedeutung sein.

2. **Konsumentenrecht Eurolex - Swisslex**

Im folgenden ist schliesslich auf die genannten Swisslex-Vorlagen einzugehen. Es kann hier lediglich darum gehen, den Anwendungsbereich dieser Vorlagen zu bestimmen.

29 Swisslex-Botschaft, FN 27, Ziffer 26, S.181.

30 Swisslex-Botschaft, FN 27, Ziffer 1, S.89.

31 Vgl. dazu vorstehend FN 26 und Anhang A.

32 Proposal for a Council Directive on the Protection of Consumers in Respect of Contracts Negotiated at a Distance (Distance Selling), in: Journal of Consumer Policy 15: 297-331, 1992.

33 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 228/24/ 11.08.1992; vgl. dazu auch STAUDER BERND (HRSG.), *La sécurité des produits de consommation, Intégration européenne et consommateur suisse*, Band 1 der Studien zum Verbraucherrecht, Zürich 1991.

34 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 95/29/ 21.04.1993.

a) *Konsumkredit*

Zum Anwendungsbereich des Konsumkredites³⁵ ist vorerst Art. 2 und 3 KKG heranzuziehen. Die Verbindung dieser beiden Artikel führt zur bereits dargelegten Grundstruktur³⁶ des Konsumentenvertrages. Der Kredit muss nach Art. 3 KKG von einem *betrieblichen Anbieter* gegenüber einem *privaten Abnehmer* nach Art. 2 KKG erbracht werden.

Die *charakteristische Leistung* des Anbieters wird in Art. 1 KKG umschrieben. Es ist eine sehr allgemeine und offene Formulierung, unter die grundsätzlich alle Finanzierungsarten³⁷ fallen.

Allerdings schränkt das Gesetz in der Folge mit Art. 6 KKG den Anwendungsbereich des Konsumkreditvertrages auf einen gewissen Kernbestand ein. Die Methode ist eine negative Enumeration. Ausgeschlossen sind beispielsweise Hypothekarkredite³⁸, Lombardkredite³⁹ oder beispielsweise Konsumkredite über Fr.40'000.--⁴⁰.

Der Eurolex-Entwurf hält sich grundsätzlich an die Richtlinie. Die Konzeption der Richtlinie geht vor allem von der Garantie der Markttransparenz und Konsumenteninformation aus. Diese Grundsätze sind in Art. 8 und 9 KKG sowie in Art. 16 und 17 KKG festgelegt. Markttransparenz und Konsumenteninformation haben eine wichtige Funktion im Rahmen der Markttheorie. Die Leistungen der Anbieter müssen vergleichbar sein. Die Markttransparenz hat eine Doppelfunktion. Sie ermöglicht auf der einen Seite dem privaten Abnehmer rasch das für ihn wirtschaftlich beste Angebot auszuwählen. Auf der anderen Seite sind diese Entscheide der Nachfrager die Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Markt.

35 Zu den MATERIALIEN: Vorlage 92.057 Eurolex-Schlussabstimmung, Fassung vom 9. Oktober 1992; Botschaft I, 92.057, vom 27. Mai 1992, S.172 und schliesslich die massgebliche Richtlinie 90/88 des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit sowie diese Richtlinie vom 22. Dezember 1986.

36 Vgl. vorstehend FN 16.

37 Vgl. zum Leasinggeschäft kritisch: KÖNDGEN JOHANNES, Der Eurolex-Entwurf eines Konsumkreditgesetzes - auch ohne EWR ein gutes Gesetz für die Schweiz?, in: AJP/PJA 3/93, 278-289.

38 Art. 6 Abs. 1 lit. a KKG.

39 Art. 6 lit. b KKG.

40 Art. 6 lit. f KKG.

Mit Bezug auf die Konzeption des europäischen und schweizerischen Konsumentenrechts ist sodann Art. 7 KKG entscheidend. Nach Art. 7 KKG bleiben strengere gesetzliche Bestimmungen zum Schutz des Konsumenten vorbehalten. Dieser Gesetzgebungsvorbehalt⁴¹ stimmt mit dem europäischen Recht überein; auch das europäische Recht lässt Abweichungen gegenüber harmonisierten Regelungen im Rahmen des Binnenmarktes zu, sofern damit ein erhöhter Schutz der Konsumenten erreicht werden kann. Diese konsumentenrechtliche Konzeption ist daher zu recht im genannten Art. 7 KKG übernommen und für das schweizerische Recht ausdrücklich normiert worden. Strengere gesetzliche Bestimmungen können damit sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler⁴² Ebene erlassen werden oder bestehen bleiben.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf eine wesentliche Abgrenzung des Swisslex-KKG im Sinne des Vorbehaltes in Art. 7 KKG gegenüber dem geltenden schweizerischen Obligationenrecht hinzuweisen. Bekanntlich hat der Kanton Zürich⁴³ am 8. Dezember 1991 gestützt auf Art. 73 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 31sexies BV die Höchstzinssätze für Konsumkredite auf 15% festgesetzt. Das Bundesgericht⁴⁴ hat nun die Verfassungsmässigkeit des Zürcher Gesetzes ausdrücklich bestätigt. Das Bundesgericht stellt fest, dass solche kantonalen Gesetze gestützt auf Art. 6 ZGB und Art. 73 Abs. 2 OR keinen Verstoss gegen die Handels- und Gewerbefreiheit enthalten. Zudem wird festgehalten, es sei mit Art. 73 Abs. 2 OR vereinbar, die Problematik der Überschuldung⁴⁵ in die Beurteilung des kantonalen Gesetzgebers einzubeziehen. Die Problematik der Überschuldung der Privathaushalte⁴⁶ wird nun aber gerade vom Swisslex-KKG nicht erfasst. Das

41 Vgl. zu diesem Vorbehalt aufgrund der Konzeption des Konsumentenrechts vorstehend FN 18-24.

42 Diese konsumentenrechtliche Konzeption des europäischen Rechts wird von KÖNDGEN JOHANNES, FN 37, 289, zuwenig berücksichtigt.

43 Auch weitere Kantone sind tätig geworden, vgl. dazu BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 603 FN 76-81; GIGER HANS, Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Gesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Konsumkreditwesens, Zürich 1989.

44 Entscheid vom 19. März 1993/ 2P.83/1992; zurzeit noch nicht publiziert.

45 BGE 19. März 1993, zit. FN 44, Erwägung 5.e.

46 Vgl. dazu das neueste diesbezügliche Gutachten zuhanden der EG-Kommission: OVER-INDEBTEDNESS OF CONSUMERS IN THE EC MEMBER STATES: FACTS AND SEARCH FOR SOLUTIONS. Hrsg.: Leyden Institute for Law and Public Policy in collaboration with IFF, Hamburg (Institut für Finanzdienstleistungen und Verbraucherschutz e.V.) and CDC, Louvain-la-Neuve (Centre de Droit de la Consommation), Leyden 1992. Der gesamte Bericht kann nach Einsichtnahme der EG-Kommission ab anfang 1993 beim Leyden Institute bezogen werden. Die EG-Kommission plant eine neue Richtlinie. Der Bericht umfasst die Länderberichte sowie den

Swisslex-KKG befasst sich wie bereits erwähnt zur Hauptsache mit der Frage der Markttransparenz auf dem Gebiet des Konsumkredites, nicht aber mit der Problematik der Überschuldung der Privathaushalte. Aus diesem Grunde kann den kantonalen Erlassen, die nunmehr durch das Bundesgericht grundsätzlich bestätigt worden sind, die konsumentenrechtliche Legitimation⁴⁷ nicht abgesprochen werden. Dies gilt de lege ferenda jedenfalls so lange, bis der Bundesgesetzgeber ein Konsumkreditgesetz erlässt, das die entscheidenden Fragen und Probleme des Konsumkredites regelt. Nach den bisherigen Erfahrungen der Gesetzgebung ist auf diesem Gebiet mit einem langen Zeitraum zu rechnen. Eine umso grössere Bedeutung erhält damit Art. 7 KKG.

Dass de lege ferenda mit einem längeren Zeitraum bis zum Erlass eines schweizerischen Konsumkreditgesetzes zu rechnen ist, das nicht nur die Frage der Markttransparenz, sondern auch die Problematik der Überschuldung der Privathaushalte erfasst, zeigt auch die Beratung der Swisslex-Vorlagen auf dem Gebiet des Konsumentenrechts. Das Swisslex-KKG ist die einzige Vorlage, welche nicht in der ersten Hälfte 1993 verabschiedet werden konnte. Dies ist auf höchst umstrittene und auch rechtlich schwierige Abänderungsanträge in beiden Kammern zurückzuführen, welche die Konzeption⁴⁸ des europäischen und schweizerischen Konsumentenrechts zu wenig beachten. Dem Ständerat⁴⁹ wurde beantragt, ein neuer Art. 20 Swisslex-KKG solle die kantonale Kompetenz zum Erlass von Gesetzen aufheben, die sich im Sinne von Art. 7 KKG mit der Problematik der Überschuldung der Privathaushalte befassen. Im Nationalrat⁵⁰ wurde der Antrag erneut aufgenommen und mit Ausnahme einer Restkompetenz der Kantone im Sinne von Art. 73 Abs. 2 OR überwiesen, worauf der Ständerat⁵¹ die Frage des Umfangs

Generalbericht, der diese nationalen Berichte analysiert. Vgl. auch UDO REIFNER/JANET FORD (EDS.): Banking for people: Vol.1, Social Banking and New Poverty; Vol.2, Unemployment and Overindeptedness in Europe - National Reports, Berlin 1992; UDO REIFNER/CLAUS REIS (HRSG.): Überschuldung und Hilfen für überschuldete Haushalte in Europa, Frankfurt/M 1992.

47 Auch diesen Gesichtspunkt berücksichtigt KÖNDGEN JOHANNES, FN 37, zu wenig; das Swisslex-KKG sollte daher de lege ferenda in der Fassung der Botschaft verabschiedet werden. Eine andere Frage ist die Schaffung eines späteren umfassenderen schweizerischen Konsumkreditgesetzes gemäss der hängigen Standesinitiative des Kantons Luzern oder der nach wie vor offenen Motion Affolter.

48 Vorstehend FN 18-24.

49 Antrag der Ständeratskommission; dieser Antrag wurde zur Überprüfung der Rechtslage zurzeit abgewiesen, vgl. NZZ 19.3.93.

50 Antrag NR OEHLER, vgl. NZZ 29.4.93.

51 Rückweisungsantrag SR Kündig, vgl. NZZ 8.6.93.

der kantonalen Kompetenz nochmals zur Prüfung zurückwies. Mit Bezug auf das Swisslex-KKG stehen somit zwei Fragen im Vordergrund; einerseits die Frage nach der kantonalen Kompetenz zum Erlass von Höchstzinsvorschriften im Sinne von Art. 7 KKG in Verbindung mit Art. 73 Abs. 2 OR, andererseits die Frage einer Streichung jeglicher kantonalen Restkompetenz. Dazu ist folgendes anzumerken.

Neuerdings wird die Meinung vertreten, Höchstzinsvorschriften seien generell ein Anachronismus⁵². Dies mag für das Handelsrecht zutreffen, ist aber auch dort fraglich. Es trifft jedoch nicht zu im Bereich des Konsumentenrechts. Dies hat nunmehr das Bundesgericht⁵³ ausdrücklich und mit guten Gründen festgestellt. Es ist daher im Hinblick auf die Konzeption des europäischen und schweizerischen Konsumentenrechts keineswegs ein Handlungsbedarf gegeben, umgehend nach der Bestätigung der kantonalen Kompetenz durch das Bundesgericht, in die kantonale Hoheit einzugreifen. Dies gilt umso mehr, als das Swisslex-KKG nur die Frage der Markttransparenz, nicht aber die Problematik der Überschuldung⁵⁴ der Privathaushalte regelt.

Im übrigen wird mit Bezug auf diese kantonale Hoheit die Meinung vertreten, unterschiedliche Höchstzinsvorschriften der Kantone seien dem schweizerischen Binnenmarkt⁵⁵ unter den Kantonen abträglich. Auch dieses Argument mag auf das Handelsrecht zutreffen, nicht jedoch auf das Konsumentenrecht. Die Ausführungen zur Stellung des Konsumentenrechts im Rahmen des europäischen Binnenmarktes gelten hier analog. Auch das europäische Recht lässt weitergehende Normen der Mitgliedstaaten im Rahmen des Konsumentenrechts ausdrücklich zu.

52 KLEINER BEAT, Höchstzinsvorschriften - ein systemwidriger Anachronismus, in: NZZ 8.10.92.

53 Vorstehend FN 44.

54 Vorstehend FN 46; Art. 7 des Swisslex-KKG betrifft somit die Übergangszeit bis zum Erlass eines Bundesgesetzes, das auch die Problematik der Überschuldung erfasst.

55 Vgl. dazu KÖNDGEN JOHANNES, FN 37.

b) *Unlauterer Wettbewerb*

Beim UWG⁵⁶ ergibt sich eine äusserlich gering scheinende, jedoch sehr weit reichende Änderung. Geregelt wird die Beweislastumkehr⁵⁷ in Art. 13a Swisslex-UWG. Die Norm enthält eine äusserst flexible Formulierung. Kernpunkt ist aber doch die Kompetenz des Richters, unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände dem Werbenden die Hauptbeweispflicht aufzuerlegen.

Es mag erstaunen, dass diese Norm für die Schweiz nicht völlig neu ist. Zumindest in der Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission galt der Kerngehalt dieser Norm faktisch bereits bisher. Es ist auf die beiden Grundsätze Nr. 1.6. und Nr. 1.7. in der Fassung von 1989 hinzuweisen. Diese Grundsätze sind nichts anderes als Umsetzungen von Art. 17 der internationalen Richtlinien für die Werbepraxis, welche die Internationale Handelskammer im Jahre 1987 erlassen hat. In der Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission hat der Werbende die Werbe-Aussagen zu beweisen. Diese Praxis wird nunmehr gestützt auf Art. 13a UWG auch an den staatlichen Gerichten zur Anwendung kommen.

Obwohl das revidierte UWG seit geraumer Zeit inkraft steht, ist bis heute erst eine einzige Verbandsklage einer Konsumentenorganisation⁵⁸ bekannt geworden. Dies könnte sich nunmehr mit der Einführung der Beweislastumkehr ändern, womit auch die Rechtssicherheit im Konsumentenwettbewerbsrecht durch die Praxis der Gerichte zunehmen wird.

56 Zu den MATERIALIEN: Botschaft (Swisslex) vom 24. Februar 1993, 118-119; Fassung vom 9. Oktober 1992, Eurolex-Schlussabstimmungen, sodann Botschaft vom 27. Mai 1992, S.183 sowie die massgebliche Richtlinie 84/7450 des Rates vom 10. September 1984.

57 Vgl. dazu die positive Würdigung: LUCAS DAVID, Beweislastumkehr bei Tatsachenbehauptungen in der Werbung, in: AJP/PJA 5/93, 616-619.

58 Urteil der 3. Abteilung des Zuger Kantonsgerichts vom 17. März 1992 i.S. FRC und KFS ca. K. Versand AG betr. UWG.

c) *Widerrufsrecht*

Beim Widerrufsrecht⁵⁹ handelt es sich um eine Novelle zu Art. 40a f. OR, die einen Teilbereich des sogenannten *psychologischen Kaufzwanges* normieren und den privaten Abnehmern für diese Tatbestände ein Rücktrittsrecht⁶⁰ einräumen. In systematischer Hinsicht ist auf Art. 3 lit. h UWG hinzuweisen, der die Tatbestände der aggressiven Verkaufsmethoden normiert. Der Regelungsumfang des UWG⁶¹ geht wesentlich weiter als jener des Widerrufsrechts.

Ziel der zitierten Richtlinie ist es, den Konsumenten vor missbräuchlichen Verkaufspraktiken zu schützen. Neu wird daher mit der Swisslex-Vorlage eine Lücke geschlossen, die sich auf Vertragsverhandlungen am Arbeitsplatz des Kunden bezieht und die Informationspflichten des Anbieters erweitert.

d) *Produkthaftung*

Diese Swisslex-Vorlage⁶² ist für die privaten Abnehmer in der Schweiz von zentraler Bedeutung. Ohne dieses neue Gesetz könnten die Schweizer Konsumenten zu Abnehmern minderwertiger Produkte werden, die aufgrund des europäischen Produkthaftungsrechts in den Ländern des Binnenmarktes nicht mehr angeboten werden können. Der internationale Rechtsschutz gemäss schweizerischem IPRG⁶³ vermag hier nur teilweise zu helfen, da dieser Rechtsschutz nicht präventiv angelegt ist.

59 Zu den MATERIALIEN: Botschaft (Swisslex) vom 24. Februar 1993, 171; Vorlage der Schlussabstimmungen der Eidg. Räte vom 9. Oktober 1992; Botschaft vom 27. Mai 1992. Die Vorlage geht zurück auf die Richtlinie 85/577 des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

60 Vgl. HONSELL HEINRICH, OR - Novelle zum Konsumentenschutz, in AJP/PJA 1/92, 66-68.

61 Vgl. dazu BRUNNER ALEXANDER, Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, in: plädoyer 5/1990, 42, FN 54-58.

62 MATERIALIEN: Botschaft (Swisslex) vom 24. Februar 1993, 177-180; Vorlage der Schlussabstimmungen der Eidg. Räte vom 9. Oktober 1992; Botschaft vom 27. Mai 1992, 433. Die Swisslex-Vorlage geht zurück auf die Richtlinie 85/374 des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

63 Art. 129 und Art. 135 IPRG.

Der Anwendungsbereich der Produkthaftungs-Richtlinie geht weiter als die Swisslex-Vorlage. Die EG-Richtlinie betrifft sowohl das Handelsrecht als auch das Konsumentenrecht. Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist, dass das Schweizer Recht sich *ausschliesslich* auf das *Konsumentenrecht*⁶⁴ beschränkt und damit dem Vorbild des deutschen Gesetzgebers folgt. Die Swisslex-Vorlage wird daher für betriebliche Verwendungszwecke von Produkten nicht anwendbar sein. Es versteht sich von selbst, dass das umfangreiche Swisslex-Programm auch Verordnungen⁶⁵ des Bundesrates nach sich zieht. Beispielhaft kann auf zwei wichtige Verordnungen hingewiesen werden, welche nicht die allgemeine Produkte-Sicherheit betreffen, sondern die Sicherheit von Produkten in *sektorieller Hinsicht*⁶⁶. Es sind dies die Verordnung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten und die Verordnung über Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände.

In systematischer Hinsicht ist auf die bereits im Rahmen des Pipeline-Programms erwähnte neue EG-Richtlinie über die *allgemeine Produktesicherheit*⁶⁷ hinzuweisen. Die allgemeine Produktesicherheit ist das Korrelat der Produkthaftung; sie soll präventiv dazu beitragen, Haftungsfälle zu vermeiden.

e) *Pauschalreisen*

Im vorliegenden Zusammenhang⁶⁸ ist ausschliesslich auf den Anwendungsbereich der Swisslex-Vorlage zur Pauschalreise einzugehen. Die Swisslex-Vorlage regelt die Pauschalreise in Übereinstimmung mit der entsprechenden Richtlinie nicht unter Bezugnahme auf die im Konsumentenrecht sonst geltende rechtliche Grundstruktur⁶⁹, sondern durch die Festlegung der charakteristischen Leistung⁷⁰ des Anbieters nach Art. 1 der Swisslex-Vorlage.

64 Vgl. dazu vorstehend FN 16.

65 Diese Verordnungen sind noch nicht durchwegs zugänglich und zurzeit in der Bundesverwaltung in Bearbeitung oder fertig gestellt.

66 Vgl. dazu STAUDER BERND (HRSG.), zit. vorstehend in FN 33.

67 Vorstehend FN 33.

68 Vgl. dazu den Beitrag von GIRSBERGER ANDREAS. Zu den Materialien siehe dort.

69 Vgl. dazu vorstehend FN 16.

70 Vorstehend FN 14.

Nach Art. 2 der Swisslex-Vorlage gelten als Anbieter der Veranstalter und der Vermittler. Veranstalter ist jede Person, die Pauschalreisen nicht nur gelegentlich organisiert und diese direkt oder über einen Vermittler anbietet. Als Vermittler gilt die Person, welche die vom Veranstalter zusammengestellte Pauschalreise anbietet. Auf der Seite des Anbieters ist dementsprechend nicht notwendigerweise von einem betrieblichen Anbieter auszugehen.

Andererseits wird der Konsument nach der genannten Bestimmung nicht ausdrücklich als privater Abnehmer umschrieben, vielmehr lediglich als jene Person des Pauschalreisevertrages, die eine Pauschalreise bucht oder zu buchen sich verpflichtet.

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der Pauschalreisevertrag typischerweise⁷¹ ein Konsumentenvertrag sein wird, die übrigen⁷² möglichen Typisierungen rechtlich jedoch nicht ausgeschlossen werden. Auch die Buchung von Geschäftsreisen fällt daher unter den Geltungsbereich von Art. 1 und 2 der Swisslex-Vorlage.

IV. Ausblick

Die dargestellten Swisslex-Vorlagen schliessen als Folge des Europarechts eine Lücke im schweizerischen Konsumentenrecht. Dies ist sehr zu begrüßen. Gleichwohl bleibt im Sinne eines Ausblicks anzumerken, dass damit noch nicht alle Aufgaben des Gesetzgebers im Hinblick auf die wirtschaftsverfassungsrechtliche Norm in Art. 31sexies BV erfüllt sind.

Noch nicht gelöst ist unter anderem die Problematik der zunehmenden Überschuldung der Privathaushalte im Rahmen der schweizerischen Volkswirtschaft, die Frage einer Ergänzung der Produkthaftung durch eine Regelung der allgemeinen Produktsicherheit⁷³ sowie die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäfts-

71 Zur Typenbildung im Konsumentenrecht, BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 602, Ziffer II.1.

72 Vgl. dazu BRUNNER ALEXANDER, FN 12, 603-604, Ziffer. 2.5.

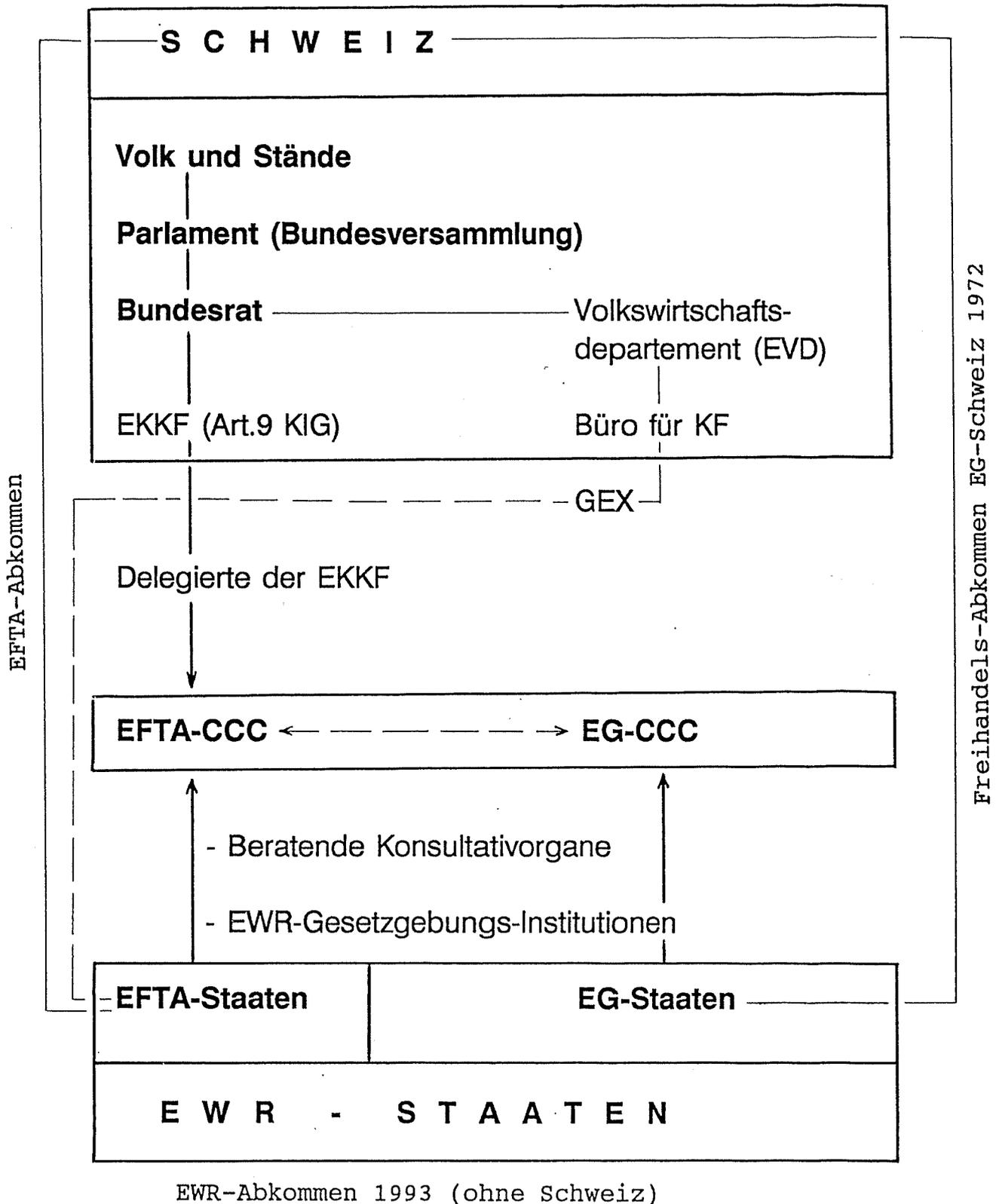
73 Sicherheit mit Bezug auf die Verwendung von Produkten im Privathaushalt analog der Sicherheit am Arbeitsplatz entsprechend den Normen des Arbeitsrechts.

bedingungen. Das Europarecht verhilft auch hier zu massgeblichen Denkanstössen bei der Beurteilung aktueller Problemlagen der heutigen Zeit.

Übersicht zum institutionellen Teil:

Anhang A

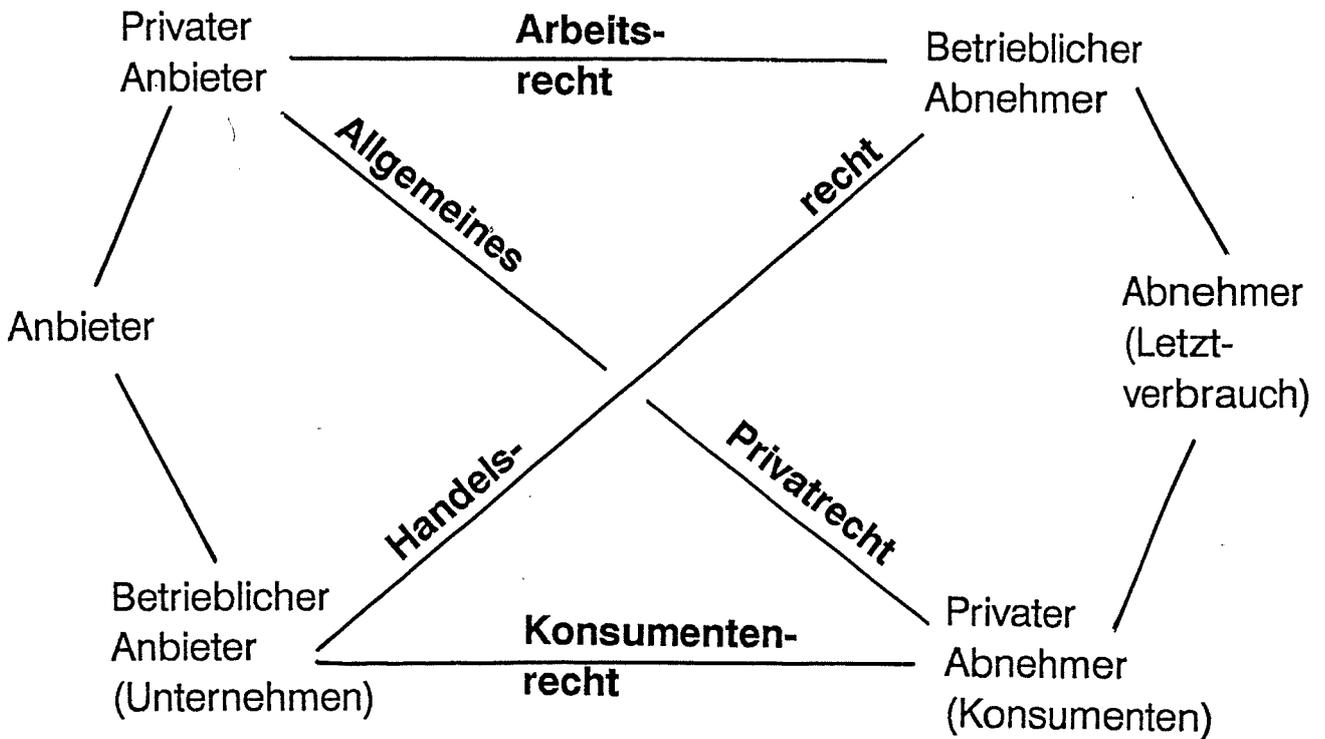
Institution und Arbeit der internationalen Konsultativorgane gemäss EWR-Vertrag im Bereich des Konsumentenrechts



Übersicht zum theoretischen Teil

Anhang B

ALLGEMEINES PRIVATRECHT UND WIRTSCHAFTSRECHT



WIRTSCHAFTSRECHT

