
**A. Was ist
Konsumentenrecht?**

VON ALEXANDER BRUNNER, Zürich

Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts

Annuaire de droit suisse de la consommation

JKR

1995

Herausgegeben von

Oberrichter Dr. ALEXANDER BRUNNER

Professor Dr. MANFRED REHBINDER

Professor Dr. BERND STAUDER



Verlag Stämpfli+Cie AG Bern · 1995

I. Wirtschaftsrechtliche Grundlegung

1. Unternehmen

1.1 Wirtschaftseinheit

Das Konsumentenrecht ist ein massgebender Teil des *Wirtschaftsrechts*¹. Träger und Adressaten des Wirtschaftsrechts sind Unternehmen und Privathaushalte. In den Unternehmen werden vorerst im Rahmen der betrieblichen und beruflichen Tätigkeit Waren und Dienstleistungen entwickelt und hergestellt und anschliessend auf dem Markt angeboten. Damit ist gleichzeitig ein *organisatorischer* und *funktionaler* sowie ein *synallagmatischer* Gesichtspunkt gegeben.

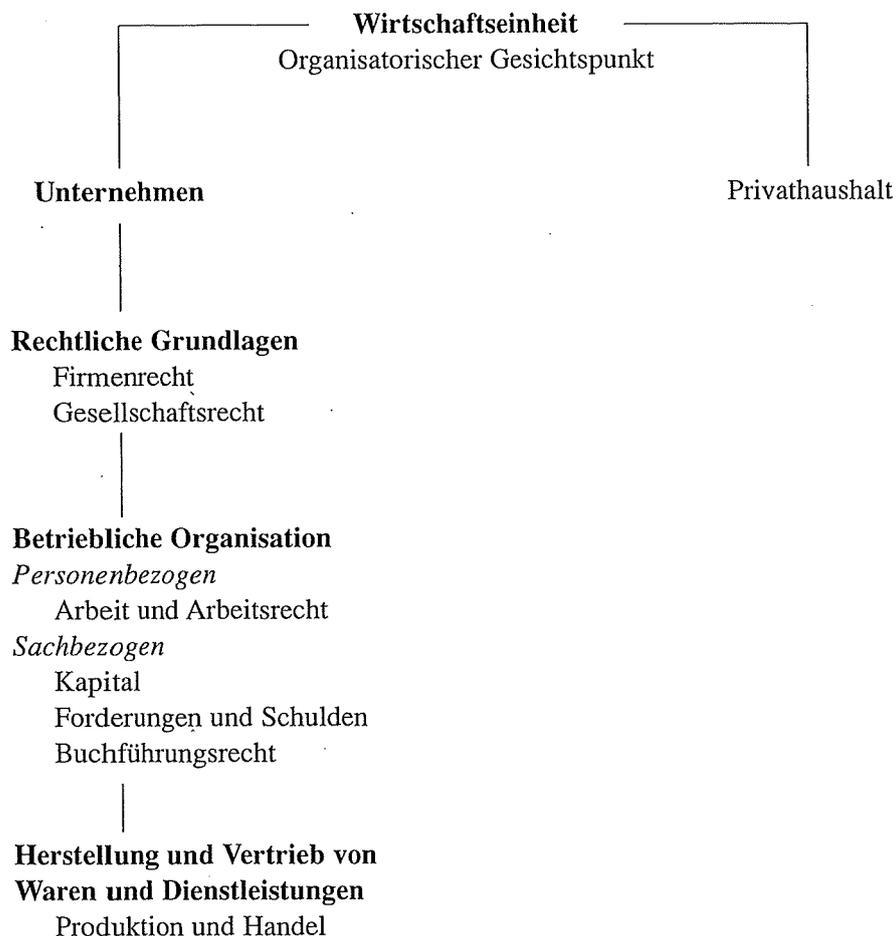
Die Rechtswissenschaft hat den Begriff des Unternehmens unter den genannten Gesichtspunkten teilweise festgehalten; ein einheitlicher Rechtsbegriff wurde jedoch vom Gesetzgeber bisher nicht geschaffen. Auch Bemühungen um ein schweizerisches Unternehmensrecht² blieben bisher ohne Ergebnis. Der Begriff des Unternehmens wurde in der Wirtschaftswissenschaft entwickelt, weshalb jene Begriffsbildung sowohl für den organisatorischen als auch für den funktionalen Gesichtspunkt des Unternehmens bei der Begriffsbildung im Wirtschaftsrecht heranzuziehen ist.

1.2 Organisation

Der organisatorische Begriff des Unternehmens ist im Wirtschaftsrecht wie folgt zu bestimmen: *Das Unternehmen ist eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit betrieblicher Organisation zum Zweck der Herstellung und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen.* Dieser wirtschaftsrechtliche Begriff ist in nachstehender Übersicht zu veranschaulichen.

¹ Zum Wirtschaftsrecht vgl. WALTER R. SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, in FS Hug, Bern 1968, 25 ff.

² PETER NOBEL, Das «Unternehmen» als juristische Person?, in WuR 1980, 27 ff.; WALTER R. SCHLUEP, Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen einer auf Mitbestimmung gründenden Unternehmensverfassung, in SAG 1977, 78 ff.



Die *rechtliche Grundlage* des Unternehmens bildet das Firmen- und Gesellschaftsrecht³. Unternehmen können als Einzelfirmen bestehen (OR 945), deren Inhaber als natürliche Person einen Beruf ausübt und ein Geschäft betreibt, oder in Form von Handelsgesellschaften (OR 947–950) auftreten, die entweder als juristische Personen errichtet sind (Aktiengesellschaft, GmbH und Genossenschaft) oder als handelsrechtliche Körperschaften behandelt werden (Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft) und stets einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgen. In einer dieser Formen wird das Unternehmen rechtsfähig (ZGB 52) und durch seine Organe handlungsfähig (ZGB 55).

Die Handlungsfähigkeit des Unternehmens hat eine Innen- und eine Aussenseite. Gegen aussen tritt das Unternehmen mit anderen Unternehmen oder mit Privathaushalten in Kontakt⁴; gegen innen regeln die Organe die betriebliche Organisation (organisatorischer Gesichtspunkt).

³ WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung, in FS Vischer, Zürich 1983, 609 ff., insb. 617; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl., Bern 1993.

⁴ Funktionaler Gesichtspunkt, nachfolgend Ziffer 1.3.

Die *betriebliche Organisation* des Unternehmens betrifft das klassische Zweigespann: Arbeit und Kapital. Beide Teile sind durch eine verantwortungsvolle Organisation zu verbinden.

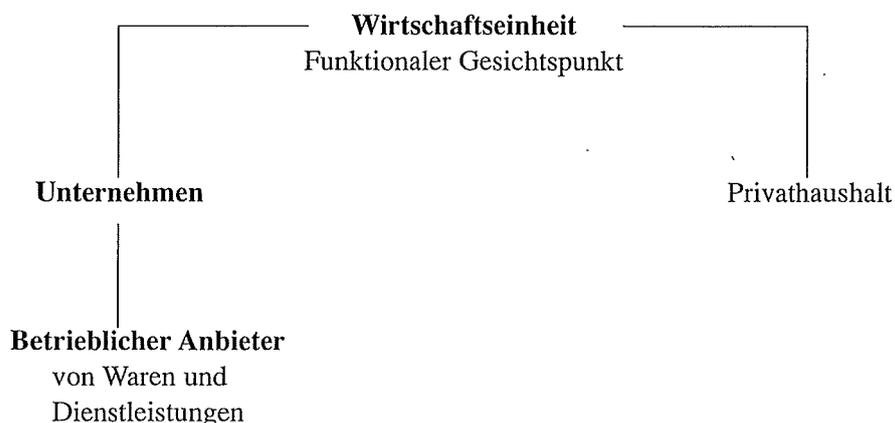
Die personenbezogene betriebliche Organisation wird durch das Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht geregelt (OR 319–362 und ArG/MWG). Im Betrieb tritt das Unternehmen als Arbeitgeber auf. Durch das arbeitsrechtliche Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern ist das Unternehmen in der Lage, eine Vielzahl von Handlungen und Verrichtungen im Betrieb vorzunehmen und das Ergebnis Dritten anzubieten.

Die sachbezogene betriebliche Organisation betrifft vorerst die betrieblichen Produktionsmittel, womit die Arbeit verrichtet wird. Arbeit und Arbeitsmittel bedingen sich gegenseitig und sind ohne einander nicht denkbar. Zur sachbezogenen betrieblichen Organisation gehört sodann die Erfassung von Forderungen und Schulden des Unternehmens als Folge von Tauschverhältnissen. Sie werden durch das Rechnungswesen des Unternehmens erfasst und durch das Buchführungsrecht geregelt (OR 957–964).

Die *Herstellung* und der *Vertrieb von Waren und Dienstleistungen* ist der wirtschaftliche Zweck des Unternehmens, der mit dem Mittel der betrieblichen Organisation erreicht wird. Mit der Bezeichnung Waren und Dienstleistungen werden sämtliche möglichen Arbeitsergebnisse der Unternehmen in *Produktion und Handel*, das heisst in den verschiedenen Branchen des Primär-, Sekundär- und Tertiär-Sektors der Wirtschaft, erfasst. Das Unternehmen tritt in diesen Wirtschaftszweigen als Anbieter auf, was zum funktionalen Gesichtspunkt führt.

1.3 Funktion

Der *funktionale Begriff* des Unternehmens ist im Wirtschaftsrecht wie folgt zu bestimmen: Das Unternehmen ist ein betrieblich organisierter Anbieter von Waren und Dienstleistungen, oder kurz ausgedrückt, *das Unternehmen ist ein betrieblicher Anbieter*. Dieser wirtschaftsrechtliche Begriff ist in einer Übersicht zu veranschaulichen.



Der Ausdruck Anbieter bezeichnet einen Rechtsbegriff. Er wird vom Gesetzgeber in mehreren Erlassen verwendet. Dazu gehören vor allem die beiden Marktgesetze: Das Kartellgesetz (KG) und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie weitere Spezialgesetze. Der Doppelausdruck Waren und Dienstleistungen bezeichnet ebenfalls einen Rechtsbegriff. Er wird in einer Reihe von neueren wirtschafts- und konsumentenrechtlichen Erlassen des Bundes verwendet. Was darunter zu verstehen ist, wurde vorstehend ausgeführt. Wenn in der Folge der abkürzende Ausdruck *Anbieter* verwendet wird, so ist darunter stets der Begriff des Unternehmens unter organisatorischen und funktionalen Gesichtspunkten zu verstehen.

Das Handeln als Anbieter von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt ist die *charakteristische Funktion* des Unternehmens im Konsumentenrecht. Neben dieser aktiven Form ist unter dem funktionalen Gesichtspunkt bereits hier auch auf die passive Form hinzuweisen. Das Unternehmen tritt auch als betrieblicher Abnehmer auf. Diese passive Form ist indessen nicht dem Konsumentenrecht, sondern dem Handelsrecht zuzuordnen.

2. Privathaushalt

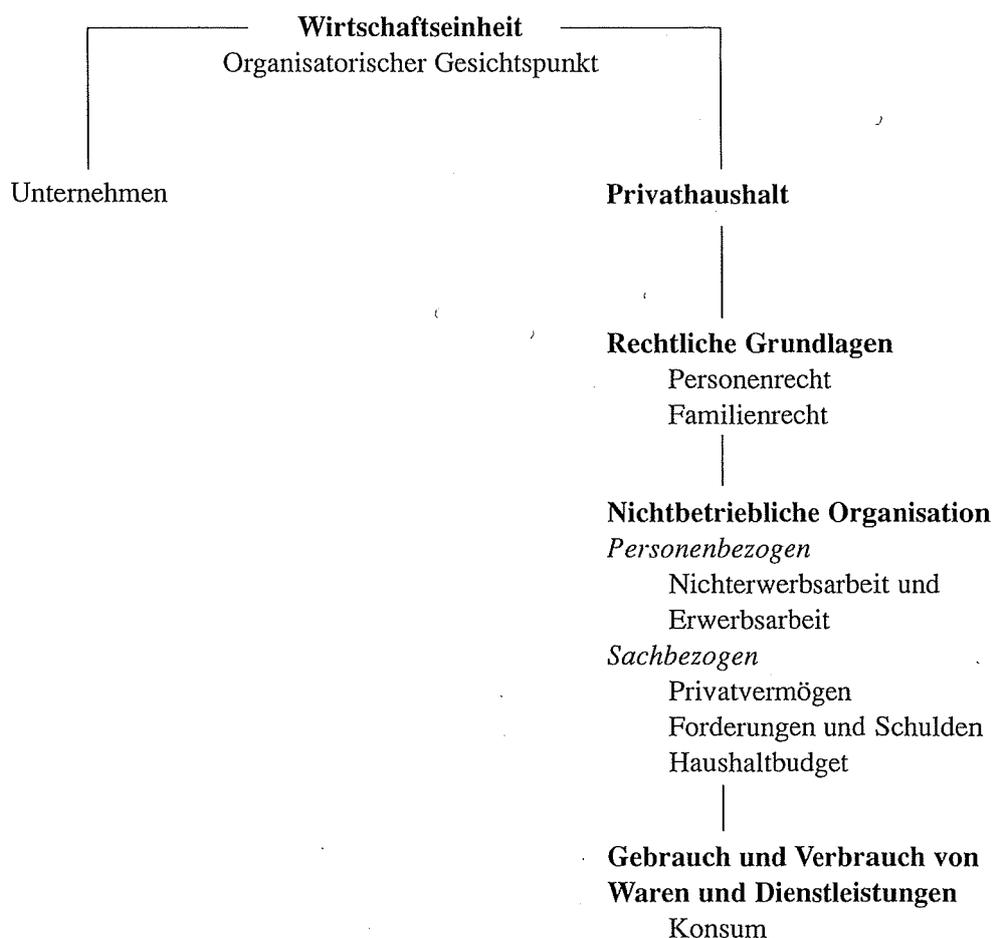
2.1 Wirtschaftseinheit

Das wirtschaftsrechtliche Gegenstück des Unternehmens ist der Privathaushalt. Eine dritte Möglichkeit ist im Rahmen des Privatrechts nicht gegeben. Demgegenüber regelt das öffentliche Recht die dritte, umfassende Wirtschaftseinheit; den Staatshaushalt. Der Staatshaushalt steht sowohl zu den Privathaushalten als auch zu den Unternehmen in einer wirtschaftlichen Wechselbeziehung, welche durch die Einnahmen der Steuerbehörden einerseits und durch die Ausgaben der Verwaltung andererseits gekennzeichnet ist. Es handelt sich um Sozialbeiträge an Privathaushalte sowie Subventionen und Aufträge an Unternehmen.

Der Begriff des Privathaushalts entstammt der Wirtschaftswissenschaft. Wie beim Begriff des Unternehmens ergibt sich indessen eine teilweise Festlegung auch in der Rechtswissenschaft. Die Begriffsbildung des Privathaushalts ist daher analog vorzunehmen, wobei ebenfalls ein *organisatorischer* und *funktionaler* sowie ein *synallagmatischer* Gesichtspunkt zu unterscheiden ist.

2.2 Organisation

Der organisatorische Begriff des Privathaushalts ist im Wirtschaftsrecht wie folgt zu bestimmen: *Der Privathaushalt ist eine auf rechtlicher Grundlage beruhende Wirtschaftseinheit mit nichtbetrieblicher Organisation zum Zweck der Befriedigung von Lebensbedürfnissen natürlicher Personen durch Gebrauch und Verbrauch von Waren und Dienstleistungen.* Dieser wirtschaftsrechtliche Begriff des Privathaushaltes ist in nachstehender Übersicht zu veranschaulichen.



Die *rechtliche Grundlage* des Privathaushalts bildet das Personen- und Familienrecht. Die kleinste Wirtschaftseinheit ist die einzelne, rechts- und handlungsfähige natürliche Person (ZGB 11–16). Solche Einpersonenhaushalte sind in neuerer Zeit im Zunehmen begriffen. In städtischen Verhältnissen können Einpersonenhaushalte bis zur Hälfte der Privathaushalte umfassen. Diese Rechtstatsache kann als Folge der wissenschaftlich-technologischen Entwicklung und des damit verbundenen umfassenden Angebots von Waren und Dienstleistungen verstanden wer-

den; dazu gehören vor allem auch neue Formen der Kommunikation und Möglichkeiten der Massenmedien. Neben den Einpersonenhaushalten ist indessen nach wie vor die Wirtschaftseinheit der Familie mit Frau und Mann (Ehe) sowie Kindern stark vertreten. Sie wird durch das traditionelle, den heutigen Verhältnissen angepasste Familienrecht geregelt (ZGB 90–359). Die Kleinfamilie und ihre durch Scheidungen hervorgerufenen Unterarten haben dabei in den entwickelten Volkswirtschaften die frühere Grossfamilie abgelöst, wohl als Folge derselben Gründe, die zu den Einpersonenhaushalten führen. Soweit für solche Personengemeinschaften das Familienrecht nicht anwendbar ist, gilt das Recht der einfachen Gesellschaft (OR 530–551). Die Praxis hat insbesondere das Konkubinat zwischen Frau und Mann sowie unter Frauen und Männern dieser Rechtsform⁵ zugeordnet. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die rechtliche Grundlage des Privathaushaltes stets eine oder mehrere natürliche Personen im Sinne des Zivilgesetzbuches erfasst. Der Privathaushalt ist durch seine natürlichen Personen handlungsfähig.

Die Handlungsfähigkeit des Privathaushaltes hat eine Innen- und eine Aussenseite. Gegen aussen tritt der Privathaushalt mit anderen Privathaushalten oder mit Unternehmen in Kontakt⁶; gegen innen organisieren die natürlichen Personen ihr Verhältnis untereinander entsprechend der bestehenden Rechtsform.

Die *Organisation des Privathaushaltes* ist *nichtbetrieblicher* Natur. Damit wird vorerst nur negativ festgehalten, dass die Organisationsformen des unternehmerischen Betriebes dem Privathaushalt fremd sind. Das negative Kriterium erlaubt jedoch eine klare Trennung zwischen den typischerweise *hoch entwickelten Organisationsformen fachtechnischer Betriebe* und der typischerweise *einfachen Organisation der Privathaushalte*. Die einfache Organisation des Privathaushaltes kann ebenfalls personenbezogen und sachbezogen betrachtet werden.

Bei der *personenbezogenen* Organisation steht der Faktor Arbeit im Vordergrund, der für den Privathaushalt in den beiden Formen der unentgeltlichen Nichterwerbsarbeit und der entgeltlichen Erwerbsarbeit geleistet wird. Die sozialwissenschaftliche Forschung hat aufgezeigt, dass unabhängig von der Rechtsform des Privathaushaltes die unentgeltliche Arbeit für den Haushalt selbst dann vorwiegend von Frauen verrichtet wird, wenn sie für den Privathaushalt einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Die Tradition dieser faktischen Organisation wird offenbar trotz entgegenstehender Normenlage fortgeführt: Die einfache Gesellschaft setzt für die innere Organisation der Personengemeinschaft einen gleichen

⁵ IVO SCHWANDER, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, in AJP 1994, 918 ff.

⁶ Funktionaler Gesichtspunkt; nachfolgend Ziffer 2.3.

Anteil der notwendigen Arbeit voraus (OR 531 II), und das neue Ehe-recht normiert die Partnerschaft (ZGB 159). Interessant ist zudem die Feststellung, dass eine der wichtigsten Funktionen der Marktwirtschaft unentgeltlich erfolgt: der Vergleich und die Beurteilung von Leistungen der Anbieter auf dem Markt. Mit Bezug auf die personenbezogene Organisation kann der Privathaushalt im übrigen auch als Arbeitgeber auftreten; dieses Rechtsverhältnis wird durch einen besonderen Vertrag geregelt, den Normalarbeitsvertrag (OR 359 II).

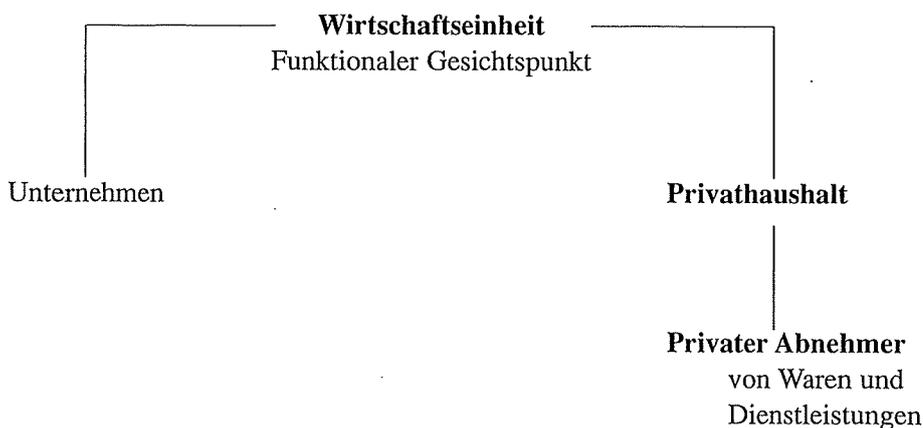
Die *sachbezogene* Organisation betrifft das Vermögen, die Forderungen und die Schulden des Privathaushaltes. Das Vermögen wird durch die natürlichen Personen frei verwaltet und unter Ehegatten durch das eheliche Güterrecht (ZGB 181–251) sowie unter Konkubinatspartnern durch das Recht der einfachen Gesellschaft geregelt (OR 532–533). Im übrigen bestehen für die sachbezogene Organisation des Privathaushalts keine besonderen Normen; insbesondere ist das Buchführungsrecht nicht anwendbar, das ausschliesslich dem Handelsrecht angehört. Eine präventive Wirkung von Normen zur stetigen Erfassung des finanziellen Standes (Haushaltbudget) besteht daher nicht. Dies gilt allerdings nur solange, als der Privathaushalt hinsichtlich Vermögen, Forderungen und Schulden keine ins Gewicht fallende Fehlentwicklung nimmt. In aussichtslosen Fällen von Vermögensverfall und Einkommensverlust stehen vormundschaftliche Massnahmen gegen natürliche Personen einerseits (ZGB 360–456) und Behelfe des Betreibungs- und Konkursrechts anderseits (SchKG 191 und revSchKG 333 ff.) zur Verfügung.

Der wirtschaftliche Zweck des Privathaushaltes ist die Befriedigung von Lebensbedürfnissen natürlicher Personen durch *Gebrauch und Verbrauch von Waren und Dienstleistungen*. Dieser Vorgang wird als *Konsum* bezeichnet und ist der nicht weiter zu begründende Zweck von Produktion und Handel. Jedes Wirtschaften in Produktion und Handel dient letztlich dem Konsum⁷. Es leuchtet daher ohne weiteres ein, dass aus der Sichtweise der *natürlichen Personen* nicht so sehr das Handelsrecht, sondern das *Konsumentenrecht der massgebende Gesichtspunkt des Wirtschaftsrechts* darstellt. In dieser Sichtweise stellt das Handelsrecht immerhin, aber doch nur ein Mittel des Konsumentenrechts dar. In ihrer Gesamtheit bilden die Privathaushalte zudem den stärksten Wirtschaftsfaktor der Volkswirtschaft. Die Privathaushalte treten in allen Wirtschafts-Sektoren als Abnehmer auf, was zum funktionalen Gesichtspunkt führt.

⁷ Vgl. zur wirtschaftlichen Entwicklung des Konsums: CHRISTIAN PFISTER (Hrsg.), Das 1950er Syndrom. Der Weg in die Konsumgesellschaft, Bern 1995; ULRIKE KNOBLOCH, Theorie und Ethik des Konsums, Bern 1994.

2.3 Funktion

Der *funktionale Begriff* des Privathaushaltes ist im Wirtschaftsrecht wie folgt zu bestimmen: Der Privathaushalt ist ein nichtbetrieblich, das heisst privat organisierter Abnehmer von Waren und Dienstleistungen, oder kurz ausgedrückt, *der Privathaushalt ist ein privater Abnehmer*. Dieser wirtschaftsrechtliche Begriff ist in einer Übersicht zu veranschaulichen.



Der Ausdruck Abnehmer bezeichnet einen Rechtsbegriff. Er wird vom Gesetzgeber in mehreren Erlassen verwendet, insbesondere in den beiden Marktgesetzen, dem Kartellgesetz (KG) und dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Der Zusatzausdruck privat betrifft den Privathaushalt. Der Doppelausdruck privater Abnehmer bezeichnet dementsprechend einen Rechtsbegriff, den der herrschende Sprachgebrauch mit dem Terminus Konsument belegt. Wenn in der Folge der abkürzende Ausdruck *Konsument* verwendet wird, so ist darunter stets der Rechtsbegriff des Privathaushalts unter organisatorischen und funktionalen Gesichtspunkten zu verstehen.

Das Handeln als privater Abnehmer von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt ist die *charakteristische Funktion* des Privathaushalts im Konsumentenrecht. Neben dieser passiven Form ist unter dem funktionalen Gesichtspunkt indessen bereits an dieser Stelle auch auf die aktive Form hinzuweisen. Der Privathaushalt tritt auch als privater Anbieter auf. Diese aktive Form ist indessen nicht dem Konsumentenrecht, sondern dem Arbeitsrecht zuzuordnen.

Die aufgezeigten Rechtsstrukturen führen zu einer Zweiteilung: zum Wirtschaftsrecht einerseits und zum allgemeinen Privatrecht andererseits. Das *allgemeine Privatrecht* regelt die Austauschverhältnisse zwischen den Wirtschaftseinheiten der Privathaushalte in der Funktion als private Anbieter und private Abnehmer von Waren und Dienstleistungen. Es handelt sich um das klassische Privatrecht. Das allgemeine Privatrecht dient zudem als allgemeine Grundlage des Wirtschaftsrechts, soweit dieses keine Abweichungen vorsieht.

Das *Wirtschaftsrecht* betrifft dagegen ausschliesslich jene Austauschverhältnisse, an denen als Wirtschaftseinheit ein Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Funktion beteiligt ist. Der Begriff der betrieblichen Tätigkeit und des betrieblichen Zwecks dient damit als unverwechselbares und damit eindeutiges Abgrenzungskriterium⁸. Zum Wirtschaftsrecht gehören daher das Handelsrecht, das Arbeitsrecht und das Konsumentenrecht. Das Wirtschaftsrecht umfasst zudem stets das öffentliche Recht und das Privatrecht.

Das *Handelsrecht*⁹ regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen betrieblichen Anbietern und betrieblichen Abnehmern.

Das *Arbeitsrecht*¹⁰ ist der hauptsächliche Anwendungsfall des wirtschaftlichen Austauschverhältnisses zwischen privaten Anbietern und betrieblichen Abnehmern. In diesem Fall tritt die Wirtschaftseinheit des Privathaushaltes in seiner Funktion als privater Anbieter der Arbeitskraft auf, welche das Unternehmen in seiner Funktion als betrieblicher Abnehmer, das heisst, für die Zwecke des Betriebes, in Anspruch nimmt. Die natürlichen Personen der Privathaushalte geben ihre Arbeit; die Organe der Unternehmen nehmen diese Arbeit im Betrieb entgegen. Der herrschende Sprachgebrauch bildet diesen Sachverhalt umgekehrt ab und auch der Gesetzgeber hat ihn übernommen. Danach werden die natürlichen Personen der Privathaushalte in ihrer Funktion als private Anbieter mit dem Ausdruck Arbeitnehmer und die Unternehmen mit Arbeitgeber bezeichnet.

Das *Konsumentenrecht*¹¹ schliesslich regelt das wirtschaftliche Austauschverhältnis zwischen betrieblichen Anbietern und privaten Abnehmern (Konsumenten). Wenn die Ausdrücke Anbieter und Konsumenten verwendet werden, so sind darunter stets betriebliche Anbieter und private Abnehmer zu verstehen.

⁸ Vgl. nachfolgend Fn 30: Zwecktheorie.

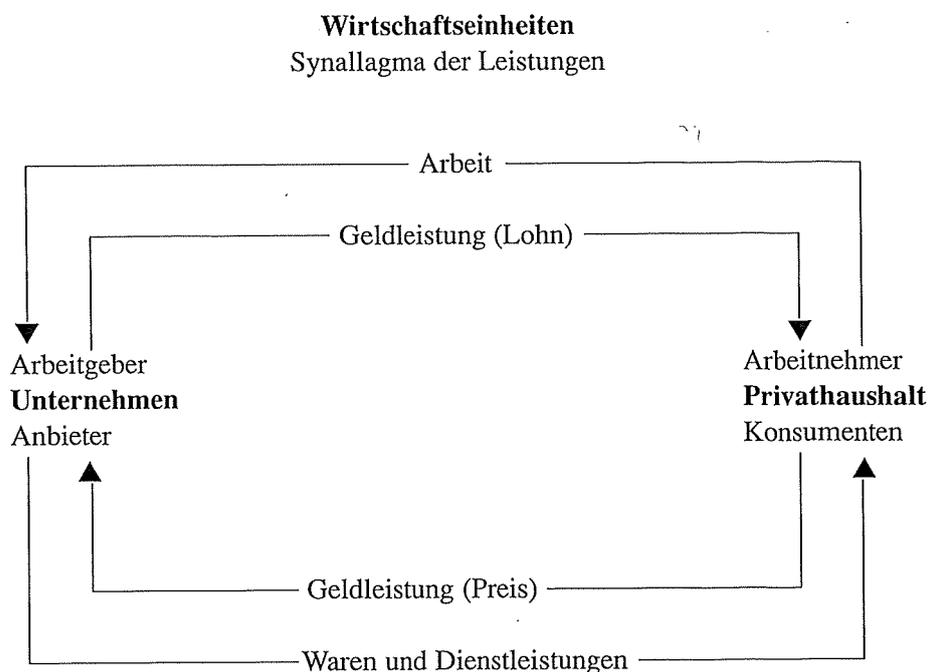
⁹ EUGEN BUCHER, Der Gegensatz von Zivil- und Handelsrecht, in: FS Meier-Hayoz, Zürich 1972, 1 ff.

¹⁰ MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Aufl., Bern 1995.

¹¹ MANFRED REHBINDER, Konsumentenschutz im schweizerischen Recht, in: Recht 1990, 129 ff; BERND STAUDER, Konsumentenschutz in der Schweiz, in: AJP 1992, 151 ff.; ALEXANDER BRUNNER, Konsumentenrecht (Eurolex-Swisslex) – ein Überblick, in: Weber, Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich 1993, 91 ff.

Die beiden letztgenannten Rechtsgebiete – das Arbeitsrecht und das Konsumentenrecht – sichern unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Privathaushalte und ihrer natürlichen Personen. Beide Rechtsgebiete sowie mittelbar das allgemeine Wirtschaftsrecht sind für eine demokratisch verfasste Wirtschaftsordnung von vitaler Bedeutung.

Im Austauschverhältnis unter den Wirtschaftseinheiten von Unternehmen und Privathaushalt ist das Synallagma ihrer charakteristischen Funktionen und der daraus folgende *Geldfluss* besonders hervorzuheben. Die Art und Weise des Geldflusses zeigt an, ob per saldo eine *Vermögensbildung* erfolgt und auf welcher Seite der Wirtschaftseinheiten sie eintritt. Die folgende Übersicht soll dies veranschaulichen:



Die Einsicht in diese *rechtliche Grundstruktur* ist dem Verständnis weitreichender Zusammenhänge des Konsumentenrechts dienlich. Dazu gehört die Erhaltung der Kaufkraft der Privathaushalte bei der Lohn- und Preis-Entwicklung. Zu beachten ist dabei der Zusammenhang zwischen den Tarifentscheiden im Arbeitsbereich und der Preisgestaltung im Markt der Waren- und Dienstleistungen. Der langfristige Vermögenszuwachs oder -verlust bei der Gesamtheit der Privathaushalte ist beeinflusst durch das Arbeitsrecht (Sicherung des Einkommens natürlicher Personen), das Konsumentenrecht (Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der natürlichen Personen bei den Ausgaben der Privathaushalte) und durch das allgemeine Wirtschaftsrecht; so können tarifäre Gewinne der Privathaushalte (Realloohnerhöhungen

der Arbeitnehmer) mit der Verminderung der Konsumentenrenten durch Preiskartelle¹² zunichte gemacht werden.

1.2 Tauschbeziehungen zwischen Anbietern und Konsumenten

Das *Konsumentenrecht* ist in diesem Sinn ein massgebender Teil des Wirtschaftsrechts. Das Konsumentenrecht ordnet die Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Konsumenten und erfasst damit sowohl das Wettbewerbsrecht als auch das Vertragsrecht. Das Konsumentenrecht geht dabei von einer *einheitlichen Begriffsbildung* im Wettbewerbs- und Vertragsrecht aus. Dieser Tatbestand kann wiederum wie folgt veranschaulicht werden:



Das Konsumentenwettbewerbsrecht¹³ regelt jene vorvertraglichen Beziehungen, bei welchen Anbieter und Konsumenten als *Marktteilnehmer* beteiligt sind. Das Konsumentenvertragsrecht¹⁴ regelt jene vertraglichen Beziehungen, bei welchen Anbieter und Konsumenten als *Vertragsparteien* beteiligt sind.

1.3 Letztverbraucher und Konsumenten

Die *Terminologie* ist nicht einheitlich. Entscheidend ist der Verfassungstext und die Gesetzgebung. BV 31^{sexies} I und II verwenden den Ausdruck Konsument, während BV 31^{sexies} III von Letztverbraucher spricht. Aufgrund der sprachlichen Auslegung der Verfassung ist davon auszugehen, dass beide Ausdrücke den *gleichen Rechtsbegriff* bezeichnen, sind doch in sprachlicher Hinsicht keinerlei gegenteilige Anhaltspunkte gegeben. Dementsprechend bezeichnet auch der Ausdruck

¹² SAMUELSON/NORDHAUS, Volkswirtschaftslehre, Grundlagen der Makro- und Mikroökonomie, Band 2, 8. Aufl., 1987, 95.f. und 147–150.

¹³ ALEXANDER BRUNNER, Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG, in: plädoyer 5/1990, 36 ff.; DANIEL LINDER, Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes, Zürich 1993; PATRICK J. ABBT, Konsumentenschutz und Wettbewerb – Ein Spannungsverhältnis, Zürich 1994.

¹⁴ ALEXANDER BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, in: AJP 1992, 591 ff.; MARLIS KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995; MIKAEL SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Chur/Zürich 1995.

«Letztverbraucher» in BV 31^{sexies} III den Begriff des Konsumenten als privaten Abnehmer. Diese Auslegung des Verfassungstextes wird durch die Lehre bestätigt. Diese beschreibt das Wesen und den Begriff des Konsumentenrechts als «Schutz der privaten Endverbraucher, d. h. derjenigen Personen, die Waren oder Dienstleistungen zur privaten Verwendung übernehmen»¹⁵. Auch nach der Lehre ist somit der Konsument der *private Abnehmer* im Gegensatz zum betrieblichen Abnehmer (Betrieb/Unternehmen).

2. Wesen des Konsumentenrechts

2.1 Wissen und Macht

Das Wirtschaftsrecht ist neben Organisations- und Koordinationsrecht in funktionaler Hinsicht weitgehend auch Schutzrecht. Das Wirtschaftsrecht sichert damit die relative Freiheit der Personen einer Rechts- und Wirtschaftsordnung trotz ihrer natürlichen Ungleichheit¹⁶. Dies gilt für alle drei Bereiche des Wirtschaftsrechts. Im Handelsrecht ist beispielsweise an den Schutz des Minderheitsaktionärs im Gesellschaftsrecht oder des Aussenseiters im Kartellrecht zu erinnern. Im Arbeitsrecht ist der Schutz des Arbeitnehmers gegenüber dem betrieblich organisierten Arbeitgeber unbestritten. Dasselbe gilt im Konsumentenrecht. Das typischerweise bestehende *strukturelle Ungleichgewicht* zwischen Personen, die in stark organisierten Unternehmen einerseits und in schwach organisierten Privathaushalten andererseits als Anbieter und Abnehmer am Markt auftreten, bestimmt das Wesen des Arbeitsrechts und des Konsumentenrechts. Das strukturelle Ungleichgewicht ist dabei eine Folge der beiden klassischen Kriterien von *Wissen und Macht*. Die Unterschiede der Personen mit Bezug auf ihr Wissen, d. h. ihren Kenntnis- und Informationsstand oder mit Bezug auf ihre Machtstellung, d. h. ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten bzw. Verhandlungsmacht (*bargaining power*), sind eine Folge ihrer natur- und konventionsgemässen Ungleichheit.

Das Wesen des Konsumentenrechts ist damit vorgegeben. Als Teil des Wirtschaftsrechts bezweckt es einen massvollen Ausgleich zwischen den

¹⁵ RENÉ RHINOW, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1988, Art. 31^{sexies}, Rz. 2, N 16.; vgl. dazu differenzierend MANFRED REHBINDER, Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, in JKR 1995, 69 ff.

¹⁶ Vgl. dazu das Vorwort von J.-J. ROUSSEAU, Discours sur l'inégalité, 1755. Der grosse Genfer führt die Entstehung der Ungleichheit der Menschen auf Natur und Konvention zurück; vgl. HEINRICH MEIER (Hrsg.), Diskurs über die Ungleichheit, Kritische Ausgabe des integralen Textes, 3. Aufl., Paderborn 1993, 66.

bestehenden Informations- und Machtunterschieden, um allen am Markt beteiligten Personen die relative Freiheit zu gewährleisten. Das Konsumentenrecht sichert damit die *Privatautonomie der Konsumenten* nicht nur rechtstheoretisch, sondern faktisch im Hinblick auf ihre entscheidende Lenkungs-Funktion in der Marktwirtschaft. Ein funktionierender Markt ist ohne faktische Gewährleistung der Privatautonomie der Konsumenten nicht denkbar.

Die *rechtliche Einordnung* des typischerweise gegebenen Informations- und Machtgefälles zwischen Anbietern und Konsumenten entspricht den beiden massgebenden Grundnormen des allgemeinen Privatrechts, dem Grundsatz von *Treu und Glauben* (ZGB 2 I) und dem *Rechtsmissbrauchsverbot* (ZGB 2 II). Beide Prinzipien sind im Konsumentenrecht *im Sinne von BV 31^{sexies} I zu konkretisieren*. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben begründet einen massvollen Ausgleich des Informationsgefälles zwischen den am Markt beteiligten Anbietern und Konsumenten, vor allem durch generelle und individuelle gegenseitige Aufklärungspflichten (nachfolgend Ziffer 2.2). Das Rechtsmissbrauchsverbot setzt im Verhältnis zwischen Anbietern und Konsumenten bei der Festlegung von Leistung und Gegenleistung allgemeine Schranken vor übermässiger Rechtsausübung und einseitiger Interessenwahrung im Rahmen der Vertragsgestaltung (nachfolgend Ziffer 2.3).

2.2 Recht und wirtschaftliches Informationsgefälle

Das wirtschaftliche Informationsgefälle zwischen Anbietern und Konsumenten bestimmt entscheidend das Wesen des Konsumentenrechts. Dies ist vorerst lediglich als *Rechtstatsache* festzuhalten. Es sind jene Verhältnisse, welche in der Umgangssprache als Beziehung zwischen Fachleuten und Laien bezeichnet wird. Bereits der Umstand, dass sich Anbieter gewerbsmässig in einem besonderen Wirtschaftsbereich betätigen, begründet die zumindest *typischerweise gegebene Überlegenheit* gegenüber jenen Marktteilnehmern (Nachfrager bzw. Abnehmer), die sich mit den entsprechenden Besonderheiten der angebotenen Waren und Dienstleistungen im Regelfall nicht eingehend befassen und sich daher auch keine Sonderkenntnisse aneignen können.

In diesem Sinne ist beispielweise der Arzt mit umfassendem medizinischem Fachwissen ausgestattet, das dem Patienten abgeht. Der Rechtsanwalt hat umfangreiches rechtliches Fachwissen erworben, das dem Klienten nicht leicht zugänglich ist. Der Architekt hat besondere ingenieurtechnische Kenntnisse, welche dem Bauherrn fehlen. Der Reiseveranstalter kennt die Verhältnisse vor Ort, die dem Touristen neu sind. Der Fachverkäufer hat bestimmtes technisches Detailwissen, das beim

kaufwilligen Kunden nicht vorausgesetzt werden kann. Der Versicherer hat gegenüber dem Versicherten sowohl fachliches als auch rechtliches Fachwissen. Der gewerbsmässige Darleiher hat im Rahmen der Kreditprüfung gegenüber dem Konsumkreditnehmer besonderes kaufmännisches Fachwissen.

Bei all diesen *faktischen Tauschverhältnissen* steht sowohl im vorvertraglichen als auch im vertraglichen Bereich jeweils ein gewerbsmässig tätiger und betrieblich organisierter Anbieter dem privaten Abnehmer (Konsumenten) gegenüber. Der *Informationsunterschied* zwischen Konsumenten und Anbietern wird in der modernen Wirtschaft zusätzlich verstärkt, indem der Konsument Verträge nicht bloss mit einem einzelnen fachkundigen Anbieter abschliesst, sondern mit einer Vielzahl von solchen. Hinzu kommt der rasche Wandel der technologischen Entwicklung im Rahmen der gegenwärtigen Kultur. Damit ist es in tatsächlicher Hinsicht unmöglich, sich genügend über sämtliche möglichen Leistungsangebote umfassend und hinreichend informieren zu können.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss ZGB 2 I schafft hier einen Ausgleich. Im Konsumentenrecht führt dies unter Berücksichtigung von BV 31^{sexies} I zu besonderen Informationsrechten- und Aufklärungspflichten. Sie sind ein Teil des konsumentenrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips, das im vorvertraglichen Bereich generell durch das *Konsumenteninformations- und -wettbewerbsrecht* (KIG und UWG) sowie im vertraglichen Bereich durch das *Vertrauensprinzip* konkretisiert wird. Darauf ist zurückzukommen. Vorerst ist jedoch auf das zweite klassische Kriterium der Ungleichheit zwischen Personen einzugehen.

2.3 Recht und private Wirtschaftsmacht

Die Markttheorie geht idealtypisch davon aus, dass Anbieter und Konsumenten als rechtsgleiche Marktteilnehmer durch gemeinsame Verhandlungen zu einer individuell-konkreten Vertragsgerechtigkeit gelangen und damit bei der Festsetzung der vertraglichen *Leistung und Gegenleistung* der Idee des Rechts zum Durchbruch verhelfen. Normative Grundlage ist dabei die Vertragsfreiheit von Anbieter und Konsument im Sinne von ZGB 12 und OR 1; es ist die von der Rechtsordnung gewährte Autonomie der Person, Rechte und Pflichten, d. h. vertragliche Leistungen und Gegenleistungen zu begründen. Die Privatautonomie ist somit das Recht, mit anderen Personen einen vernünftigen und gerechten Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung zu finden. Privatautonomie ist indessen nicht schrankenlos. Sie wird durch das Rechtsmissbrauchsverbot in ZGB 2 II begrenzt. Dies ist näher zu begründen.

Private Wirtschaftsmacht ist in einer rechtstaatlich verfassten Wirtschafts- und Rechtsordnung nur in den Formen des Rechts selbst mög-

lich. Rechtlich zulässige Machtausübung begründet eine allgemein anerkannte konventionsgemässe Ungleichheit der Personen. Das Verhältnis zwischen Macht und Recht ist daher eine ständige Aufgabe, der sich die Personen in einer Wirtschafts- und Rechtsordnung nicht entziehen können¹⁷. Unter diesen Voraussetzungen ist der Missbrauch des Rechts dem Machtmissbrauch gleichzusetzen. Rechtsmissbrauch (ZGB 2 II) ist Machtmissbrauch. Dies leuchtet ohne weiteres ein unter der Voraussetzung, dass die Ausübung von Macht durch Personen nur mit den staatlich anerkannten Institutionen des Rechts gesichert, ermöglicht und gewährleistet, im Falle des Übermasses aber auch durch das gleiche Recht beschränkt wird. In diesem Sinne können die aufgrund der Privatautonomie begründeten Rechte von Personen zu privater Wirtschaftsmacht führen, welche die Rechtsordnung nach dem Grundsatz von ZGB 2 II vor neue Aufgaben stellt.

Diese neue Aufgabe hat der Gesetzgeber im Konsumentenrecht erkannt und den Ausgleich zwischen Anbietern und Konsumenten im Sinne von BV 31^{sexies} I in das schweizerische Wirtschaftsverfassungsrecht aufgenommen. Mit Bezug auf mögliche *Missverhältnisse zwischen Leistungen und Gegenleistungen* hat der Gesetzgeber die rechtliche Beschränkung der Privatautonomie im Interesse aller Personen der Wirtschafts- und Rechtsordnung konkretisiert. Im vorvertraglichen Bereich hat er im Rahmen des Wettbewerbsrechts das *Kartellgesetz* (KG) und das *Preisüberwachungsgesetz* (PüG) erlassen, da Monopole und Kartelle generell geeignet sind, ein Missverhältnis zwischen Leistungen und Gegenleistungen unter den Marktteilnehmern zu begründen. Im Konsumentenrecht ist dies von besonderer Bedeutung, was beispielsweise anhand kartellistischer Preisbindungen aufgezeigt werden kann. In ausschliesslich handelsrechtlicher Sichtweise sind kartellmässig begründete Preisbindungen der Anbieter gegenüber privaten Abnehmern (Konsumenten) geduldet, solange kein Anbieter als Aussenseiter die Kartellabsprache in Frage stellt. Den von der Preisbindung im Markt des Endverbrauchs unmittelbar betroffenen Konsumenten¹⁸ steht jedoch kein eigenständiges Klagerecht zu. In bezug auf das Phänomen privater wirtschaftlicher Macht verlangt daher die Erfüllung der Aufgaben des Rechts als staatliches Ordnungsprinzip stets erneut nach einer materiellen, wertenden Stellungnahme¹⁹. Im vertraglichen Bereich kommt dem obligationenrechtlichen Verbot der *Übervorteilung* (OR 21) besondere Bedeutung zu. Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist der gemeinsame Tatbestand von Kartellrecht und Übervorteilung mit

¹⁷ Treffend: ERIC HOMBURGER, *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zürich 1993.

¹⁸ WALTER R. SCHLUEP, *Das Kartellproblem und die Macht*, in SAG 1979, 37 ff., insb. 40 f.

¹⁹ Ausführlich: ERIC HOMBURGER, a. a. O., 62 ff.

dem Unterschied, dass das Missverhältnis vom Kartellrecht generell, vom Übervorteilungsverbot individuell ausgeglichen wird.

Eine sowohl das Kartellrecht als auch das Vertragsrecht betreffende Rechtsfrage stellt sich sodann beim Recht der *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB). Hier ist in Wahrnehmung gesetzgeberischer Verantwortung gleich wie in der richterlichen Beurteilung des konkreten Falles zu entscheiden, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen Privatautonomie zu gewähren oder einzuschränken ist. Diese Rechtsfrage stellt sich vor allem beim völligen Ausserkraftsetzen des von der Rechtsidee getragenen dispositiven Vertragsrechts durch die Verwendung von AGB (ZGB 2 II; UWG 8).

III. Prinzip und Methoden des Konsumentenrechts

1. Prinzip des Konsumentenrechts

1.1 Konsumentenrechtliches Ungleichgewichtsprinzip

Die vorstehend dargelegten Rechtstatsachen werden seit 1981 durch die Generalklausel in BV 31^{sexies} I *normativ* erfasst. Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip betrifft sowohl das Informationsgefälle (ZGB 2 I) als auch das Machtgefälle (ZGB 2 II), das zwischen Anbietern und Konsumenten bestehen kann. Seit der Aufnahme in die Verfassung kann es nicht mehr bloss als rechtspolitische²⁰ Maxime aufgefasst werden. Es stellt heute ein *grundlegendes Prinzip des positiven Rechts* dar. BV 31^{sexies} I statuiert eine Generalklausel, womit nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers ein umfassender Konsumentenschutz ermöglicht werden soll²¹. Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip nach BV 31^{sexies} I ist im übrigen an die Handels- und Gewerbefreiheit nach BV 31 I gebunden. Allfällige Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit im Sinne der Generalklausel in BV 31^{sexies} I haben daher in analoger Weise wie jene gestützt auf die 1947 in die Verfassung eingeführten Wirtschaftsartikel zu erfolgen²². Die Vertragsfreiheit bleibt damit wie bis anhin insoweit ge-

²⁰ HANS GIGER, Überforderter Konsumentenschutz? Ein Beitrag zum Schutze des Schwächeren; in: Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983, 45–56.

²¹ Botschaft des Bundesrates vom 11. Juli 1979; BBl 1979 II 745–762, insb. Ziff. 343 und Ziff. 35; vgl. dazu Amtl. Bull. NR 1979 I 1093–1105; Amtl. Bull. NR 1980 I 738–744; Amtl. Bull. SR 1980 407–411, insb. 410; vgl. BBl 1981 II 1266.

²² BBl 1979 II 754–756; vgl. Amtl. Bull. NR 1979 II 1099.

wahrt, als sie nicht durch die Verfassung selbst und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.

1.2 Gesetzgebungsmaxime und Auslegungsgrundsatz

Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip im Sinne von BV 31^{sexies} I ist sowohl Gesetzgebungsmaxime als auch Auslegungsgrundsatz und damit von Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu beachten.

Als *Gesetzgebungsmaxime* hat das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip die Aufgabe, den Normgehalt von BV 31^{sexies} in der einfachen Gesetzgebung von Bund und Kantonen zu verwirklichen. Der Bundesgesetzgeber hat entgegen ursprünglichen Gesetzesvorhaben davon abgesehen, ein einheitliches Konsumentenschutzgesetz zu erlassen²³, insbesondere im Hinblick darauf, dass bereits vor der Annahme des Konsumentenschutzartikels in die Verfassung in einer Vielzahl von Gesetzen besondere Schutzbestimmungen betreffend die Gesundheit und Sicherheit des Konsumenten oder Täuschungsverbote enthalten waren²⁴. Angesichts der Zerstreutheit dieser Gesetzesgrundlagen kommt dem konsumentenrechtlichen Ungleichgewichtsprinzip daher als Gesetzgebungsmaxime und Auslegungsgrundsatz besondere Bedeutung zu.

Seit 1992 kommt neben der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Norm in BV 31^{sexies} im Sinne des autonomen Nachvollzuges die Berücksichtigung des europäischen Wirtschafts- und Konsumentenrechts²⁵ hinzu. Der Gesetzgeber hat dementsprechend nach dem EWR-Nein von 1992 im Rahmen des Eurolex- und Swisslex-Programms eine Reihe von konsumentenrechtlichen Gesetzen²⁶ erlassen, die sich auf BV 31^{sexies} stützen.

Als *Auslegungsgrundsatz* hat das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip die Aufgabe, dem Wesen des Konsumentenrechts bei der Auslegung von Gesetz und Vertrag gerecht zu werden, was durch die Methoden des Konsumentenrechts verwirklicht wird.

²³ BBl 1986 II 360–361.

²⁴ BBl 1979 II 750; vgl. BBl. 1986 II 358.

²⁵ BERND STAUDER, Europäisches Konsumentenrecht – eine Einführung, in JKR 1995, 75 ff.

²⁶ ALEXANDER BRUNNER, Konsumentenrecht (Eurolex-Swisslex), vgl. Fn 11.

2. Methoden des Konsumentenrechts

2.1 Qualifikation und Interpretation

Mit Bezug auf die Methoden der Auslegung ist zwischen der Qualifikation, d. h. der Auslegung von Gesetzen, und der Interpretation, d. h. der Auslegung von Verträgen, zu unterscheiden.

Bei der *Qualifikation* im Konsumentenrecht ist vor allem die verfassungskonforme Auslegung²⁷ der Bundesgesetze und der kantonalen Gesetze zu beachten. Ist in Anwendung der Zwecktheorie eine konsumentenrechtliche Rechtsfrage gegeben, so wird unter Berücksichtigung des systematischen Auslegungselementes stets zu prüfen sein, ob das Auslegungsergebnis hinsichtlich der einfachen Gesetzgebung mit dem Wirtschaftsverfassungsrecht in BV 31^{sexies} übereinstimmt. Dieser Grundsatz gilt vor allem bei privat- und öffentlichrechtlichen Eingriffsnormen, welche das Verhältnis zwischen Anbietern und Konsumenten betreffen²⁸.

Bei der *Interpretation*, d. h. der Auslegung von Konsumentenverträgen, ist das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ebenfalls zu berücksichtigen. Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip (BV 31^{sexies} I) ist ein wesentlicher Anwendungsfall des Vertrauensprinzips im Rahmen des Konsumentenrechts. Trotz seines Verfassungsrangs steht es im Hinblick auf BV 113 III nicht über dem grundlegenden vertragsrechtlichen Auslegungsprinzip. Seinem Rang entsprechend ist ihm indessen als *heuristischem Prinzip* bei der Auslegung der Konsumentenverträge gebührend Rechnung zu tragen²⁹. Entscheidend sind dabei die drei möglichen Auslegungstatbestände bei der Ermittlung von Sinn und Bedeutung der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument im Hinblick auf das Zustandekommen des Konsumentenvertrages. Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist nicht anwendbar beim Tatbestand des tatsächlichen Wissens- und Willens-Konsenses zwischen Anbieter und Konsument, da dieses Prinzip – im Rahmen der Auslegung – die Privatautonomie als solche (BV 31 I) bzw. die Vertragsfreiheit der Parteien (ZGB 12 und OR 1) nicht berührt. Haben sich die Parteien beim Abschluss des Konsumentenvertrages tatsächlich geeinigt, bleibt für die Berücksichtigung eines unterschiedlichen Informa-

²⁷ Verfassungskonforme Interpretation im Rahmen von BV 113 III, BGE 114 I a 331; vgl. R. ZÄCH, Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, in: SJZ 85(1989), 1–12 und 25–27; P. SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, in: SJZ 84 (1988), 373–384; E. BUCHER, «Drittwirkung der Grundrechte?», in: SJZ 83(1987), 37, insb. 39, N 14.

²⁸ Zutreffend: BK-KRAMER, OR 21 N 40.

²⁹ T. GUHL/H. MERZ/A. KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, 5 unten und 101 Mitte.

tionsstandes zwischen Anbieter und Konsument kein Raum; vorbehalten sind hier lediglich privat- und öffentlichrechtliche Eingriffsnormen nach Vertragsschluss. Das konsumentenrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist jedoch anwendbar bei der Auslegung der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument nach dem Vertrauensprinzip und bei der Vertragsergänzung. Hier sind bestehende Informationsunterschiede im Rahmen des konkreten Einzelfalles zu beachten.

2.2 Zwecktheorie

Die vorstehend angeführte Zwecktheorie ist eine Abgrenzungsmethode, womit in Zweifelsfällen bestimmt werden kann, welchem Rechtsgebiet eine konkrete Rechtsfrage zuzuordnen ist. Nach der hier vertretenen Meinung ist die subjektive und objektive Theorie als Abgrenzungsmethode abzulehnen. Die *subjektive Theorie* knüpft bei den Marktteilnehmern an die Kaufmannseigenschaft oder deren Fehlen an, was ein unerwünschtes Ständerecht zur Folge hat. Die *objektive Theorie*, welche als Abgrenzungsmethode nach der Natur des vertraglichen Leistungsgegenstandes fragt, ist ungeeignet, weil sowohl Waren als auch Dienstleistungen in der Regel von den Wirtschaftseinheiten in allen wirtschaftsrechtlichen Funktionen ausgetauscht werden können. Es liegt daher nahe, bei der Wahl der Abgrenzungsmethode im Konsumentenrecht den funktionalen Gesichtspunkt direkt anzuwenden, was zur *Zwecktheorie* führt.

Die Zwecktheorie findet als Abgrenzungsmethode Anwendung sowohl bei der Qualifikation als auch bei der Interpretation. Bei beiden Arten der Auslegung ist danach zu fragen, in welchen *wirtschaftsrechtlichen Funktionen* bzw. mit welchen Zwecken die Wirtschaftseinheiten in eine Tauschbeziehung zueinander treten. In Grenzfällen ist nach dem überwiegenden wirtschaftlichen Zweck von Leistung und Gegenleistung im Vertragsrecht³⁰ und nach der überwiegenden wirtschaftlichen Funktion im Wettbewerbsrecht zu fragen, was zur Anwendbarkeit des Konsumentenrechts bzw. der übrigen Gebiete des Wirtschaftsrechts oder des allgemeinen Privatrechts führen kann.

IV. Bereiche des Konsumentenrechts

Die nachfolgende Übersicht über die fünf massgebenden Bereiche des Konsumentenrechts folgen im wesentlichen der Systematik der European Consumer Law Group (ECLG), die auch dem *JKR-Dokumentations-*

³⁰ ZR 89 (1990) Nr. 60, 111 ff. = SJZ 87 (1991) Nr. 38, 263 f.

teil zugrunde liegt. Es ergeben sich dadurch Abweichungen von der traditionellen Einteilung des Rechts. Die herkömmlichen Einteilungskriterien (Privatrecht/öffentliches Recht usw.) erweisen sich im Hinblick auf die Notwendigkeit der *Rechtsvergleichung des europäischen Wirtschaftsrechts* als ungenügend. Die Harmonisierung des europäischen Wirtschaftsrechts erfolgt im Konsumentenrecht über die aktuellen Problemlagen aus der Sicht der am Tauschverhältnis beteiligten Wirtschaftseinheiten von Unternehmen und Privathaushalt. Damit steht an erster Stelle der Schutz der *Personen* (1. Sicherheit und Gesundheit), in zweiter Linie die Gewährleistung der freien Willensbildung und *Handlungsfähigkeit* der natürlichen Personen am Markt (2. Information). Sodann geht es um den *rechtlichen Ausgleich von Ungleichgewichten*, die zwischen den Wirtschaftseinheiten des Unternehmens und dem Privathaushalt bestehen können (3. Wirtschaftliche Interessen). Fragen der Rechtsgewährleistung und der *Zugang zum Recht* (4. Rechtliche Interessen) sowie die Fragen der *Repräsentation der Konsumenten* in der Gesetzgebung (5. Politische Interessen) bilden ergänzende Bereiche des Konsumentenrechts.

1. Sicherheit und Gesundheit

Mit Bezug auf den Bereich Sicherheit und Gesundheit, der die *Person des Konsumenten* als solche im Rahmen des Konsumentenrechts schützen soll, ist vorerst auf die entsprechende JKR-Dokumentation von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre (Bibliographie) hinzuweisen. Entscheidend ist dabei die Sicherheit von Konsumgütern und der Dienstleistungen, welche von den Anbietern am Markt angeboten werden.

Die *Konsumgütersicherheit* wird durch präventive und kompensatorische Rechtsnormen erreicht. Bei den präventiven Normen, welche Schadensfälle zu Lasten der Konsumenten durch geeignete Vorkehrungen verhindern sollen, kennt die Schweiz im Gegensatz zur EU noch kein allgemeines Produktsicherheitsgesetz, das im Sinne von horizontal wirkenden Normen für alle Waren gelten würde. Die Produktsicherheit wird in der Schweiz durch eine Reihe besonderer Gesetze geregelt, welche ausschliesslich für bestimmte Waren, d. h. vertikal und sektoriell gelten. Der Anwendungsbereich erstreckt sich dabei auf Gebrauchsgegenstände, elektrische Geräte, Fahrzeuge, Spielzeuge, Lebensmittel, Arzneimittel, Suchtmittel (Alkohol, Nikotin, Drogen) und Gifte. Treten beim Gebrauch solcher Waren Schädigungen auf, stellt sich die Frage der Kompensation. In diesem Sinne hat die Schweiz in Anlehnung an das europäische Konsumentenrecht das Produkthaftpflichtgesetz erlassen.

Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes betrifft ausschliesslich das Konsumentenrecht.

Die *Dienstleistungssicherheit* wird in der Schweiz in präventiver Hinsicht ausschliesslich durch vertikale Normen gewährleistet. Eine sog. horizontale Gesetzgebung, welche in der EU zur Diskussion steht, kennt die Schweiz nicht. Die Dienstleistungssicherheit wird vor allem durch Marktzugangsschranken (Fähigkeitsprüfungen für Anbieter) und durch Marktaufsicht erreicht. In diesem Sinne bestehen Normen für die Ausübung der Berufe der Ärzte, Psychologen, Bergführer, für Personentransporte, für das Gastgewerbe und das Baugewerbe. Die kompensatorische Dienstleistungshaftung erfolgt im Schadensfall über das vertragliche und ausservertragliche Obligationenrecht.

2. Information und Bildung

Auch mit Bezug auf den Bereich Information und Bildung, der die *freie Willensbildung und die faktische Handlungsfähigkeit* der natürlichen Personen am Markt gewährleisten soll, ist erneut auf die entsprechende JKR-Dokumentation von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre (Bibliographie) hinzuweisen. Die Information der Konsumenten über Waren und Dienstleistungen am Markt kann kollektiv oder individuell erfolgen. Die kollektive Konsumenteninformation betrifft den vorvertraglichen Bereich bzw. die Gesamtheit der privaten Abnehmer von Waren und Dienstleistungen. Die individuelle Konsumenteninformation betrifft die Informationsrechte und Aufklärungspflichten vor dem konkreten Abschluss eines Konsumentenvertrages.

Die *kollektive Konsumenteninformation* wird erreicht durch das Gebot der Markttransparenz, welche durch das Testrecht, das Markenrecht (MSchG) und das Konsumenteninformationsgesetz (KIG) gewährleistet werden soll. Ein zweiter wichtiger Bereich ist die Deklaration, welche die Waren- und Dienstleistungsdeklaration sowie die Preisdeklaration (PBV) umfasst. Die Konsumenteninformation wird zudem teilweise durch das Kommunikations- und Medienrecht (Presserecht und elektronische Medien) ergänzt.

Die *individuelle Konsumenteninformation* wird schliesslich durch den klassischen Tatbestand der culpa in contrahendo sowie durch besondere vertragliche Aufklärungspflichten hinsichtlich von Waren und Dienstleistungen vor und beim Abschluss des Konsumentenvertrages gewährleistet.

3. Wirtschaftliche Interessen

Auch mit Bezug auf den Bereich der wirtschaftlichen Interessen, der den *Ausgleich von Ungleichgewichten* im Konsumentenrecht betrifft, ist erneut auf die entsprechende JKR-Dokumentation von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre (Bibliographie) hinzuweisen. Die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten werden direkt und indirekt gewahrt durch Normen des Marktzugangs, des Marktgleichgewichts und des Marktverhaltens- und Lauterkeitsrechts. Hinzu kommen Normen der Vertragsgestaltung und das Insolvenzrecht.

Anbieter werden nur dann zum Markt zugelassen (*Marktzugang*), wenn sie die Voraussetzungen des Aufsichtsrechts erfüllen. Damit soll nicht zuletzt im Interesse der Konsumenten eine korrekte Geschäftsabwicklung sichergestellt und allfälliger Vermögensverlust verhindert werden. In diesem Sinne wirken das Bankaufsichtsrecht sowie der Anleger- und Kreditnehmerschutz, die Börsenaufsicht und die Versicherungsaufsicht. Dazu gehören aber auch die Anwaltsaufsicht und die Aufsicht über weitere Dienstleistungen, insbesondere Vermittlungen (Kredit-, Arbeits- und Wohnungsvermittlung).

Das *Marktgleichgewicht* wird durch das Kartellrecht (KG) sichergestellt. Es soll im Interesse der Gesamtwirtschaft und damit auch der Privathaushalte verhindern, dass über die Absprache von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und von Preisen (PüG) unter Anbietern un gerechtfertigte Kartellrenten anfallen. Ein solches Missverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen kann durch einen funktionierenden Wettbewerb zwischen eigenständigen Anbietern eingeschränkt werden. Marktzugang und Marktgleichgewicht bedingen sich teilweise gegenseitig. Aus diesem Grunde soll der Marktzugang für Anbieter durch ein neues schweizerisches Binnenmarktgesetz erleichtert werden, was aus den vorstehenden Gründen auch den wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten entgegenkommt.

Das Recht des Marktzugangs und des Marktgleichgewichts wird durch das *Marktverhaltensrecht* ergänzt. Im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich vor allem um das Konsumentenlauterkeitsrecht, das im UWG geregelt ist und ein loyales Marktverhalten bei Angeboten von Waren und Dienstleistungen sowie in der Werbung verlangt. Ein besonderes (vertikales) Marktverhaltensrecht findet sich in der – inzwischen aufgehobenen – Ausverkaufsverordnung (AVO) sowie im Lebensmittelrecht (LMG).

Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten ist schliesslich ein ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei der *Vertragsgestaltung* von entscheidender Bedeutung. Im allgemeinen Konsumentenvertragsrecht ist auf die Novelle betreffend die

Zustellung unbestellter Sachen und die Haustürgeschäfte, insbesondere aber auch auf das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuweisen. Im besonderen Konsumentenvertragsrecht ist zu erwähnen die Garantie (insb. after sale service) im Kaufvertrag, der Fahrnismietvertrag, die Konsumkreditverträge (Abzahlungsvertrag, Geldkredit und Leasingvertrag), der Werk- und Reparaturvertrag, der Reisevertrag, der einfache Auftrag (Arztvertrag und Anwaltvertrag), die Mäklerverträge (Arbeits-, Wohnungs-, Kredit- und Heiratsvermittlungsvertrag), der Versicherungsvertrag sowie verschiedene Innominatverträge wie die Bankverträge (Einlagengeschäft, Zahlungsverkehr, Kreditkarten), der Vermögensverwaltungsvertrag, der Schuldenregulierungsvertrag, der Fernkursvertrag, der Gastaufnahmevertrag sowie der Spitalaufnahmevertrag.

Schliesslich ist im Rahmen der wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten auf das *Insolvenzrecht* einzugehen. Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sichert die wirtschaftliche Stellung der Privathaushalte einerseits als Gläubiger, andererseits als Schuldner. Als Gläubiger stehen den Konsumenten gewisse Konkursprivilegien zu. Als Schuldner haben sie das Recht, dann einen Privatkonkurs (SchKG 191) zu beantragen, wenn der Privathaushalt zufolge einer Überschuldung die faktische Handlungsfähigkeit verloren hat. In nicht aussichtslosen Fällen sieht das revidierte SchKG zudem die Möglichkeit der Sanierung des Privathaushaltes vor (revSchKG 333 ff.).

4. Rechtliche Interessen

Mit Bezug auf den Bereich der rechtlichen Interessen, der den Zugang zum Recht im Rahmen des *Konsumentenverfahrens* sichern soll, ist wiederum auf die entsprechende JKR-Dokumentation von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre (Bibliographie) hinzuweisen. Der Rechtsschutz lässt sich in die gerichtliche und aussergerichtliche Streitbeilegung bei Verfahren zwischen Anbietern und Konsumenten unterteilen.

Die *gerichtliche* Streitbeilegung ist durch BV 31^{sexies} II und III bundesrechtlich vorgegeben. Danach haben die Kantone in ihren Zivilprozessordnungen ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Möglich sind auch Schlichtungsstellen analog zum Arbeits- und Mietrecht. Im Konsumentenlauterkeitsrecht besteht ein Verbandsklagerecht der Konsumentenorganisationen.

Bei der *aussergerichtlichen* Streitbeilegung, die von verschiedenen Anbieter-Organisationen in der Regel kostenlos zur Verfügung gestellt wird und eine gütlich Einigung anstrebt, ist im Bereich der alle Wirtschaftssektoren betreffenden Werbung auf die Schweizerische Lauterkeitskommission hinzuweisen. Besondere Wirtschaftssektoren stellen

zudem eigene Anlaufstellen für Konsumenten zur Verfügung (Banken-Ombudsmann, Versicherungs-Ombudsmann und Reise-Ombudsmann).

5. Politische Interessen

Bei der Wahrung der politischen Interessen der Konsumenten im Rahmen der Wirtschafts- und Rechtsordnung stellt sich die Frage der Legitimation der staatlichen Konsumentenpolitik und die Frage der Repräsentation der Konsumenteninteressen. Die Legitimation der staatlichen Konsumentenpolitik ergibt sich aus dem langfristigen Ziel einer friedlichen Gemeinschaft von Personen, die nur in der Verwirklichung des Zwecks gemeinsamer Wohlfahrt (BV 2) denkbar ist. Gesunde Privathaushalte im Rahmen der Gesamtwirtschaft sind in einer Demokratie von höchster Priorität. Damit ist neben den Anbieterinteressen auch die Notwendigkeit der Repräsentation der Konsumenten- und Arbeitnehmerinteressen bei der Gesetzgebung gegeben.

Die Organisation der Konsumenteninteressen in einer offenen, demokratisch und rechtstaatlich verfassten Gesellschaft erweist sich damit als ebenso legitim wie die *Wirtschaftsförderung der Privathaushalte* durch Konsumentenpolitik und -bildung in der Schul- und Erwachsenenbildung sowie durch Konsumentenorganisationen.