

Neue Entwicklungen im Konsumrecht

Oberrichter Dr. Alexander Brunner (Zürich)*

I. Einleitung¹

In diesem Jahr jährt sich im schweizerischen *Wirtschaftsverfassungsrecht* zum 20. Mal die Aufnahme des *Konsumentenschutzartikels*. Am 14. Juni 1981 wurde Art. 31^{sexies} BV nach langen Vorbereitungen der Gesetzgebung vom Volk angenommen. Bei der Totalrevision der Bundesverfassung, die am 1. Januar 2000 in Kraft trat, wurde diese Grundnorm des Konsumrechts² mit geringfügigen Anpassungen als neuer Art. 97 BV³ überführt. Es ist heute unbestritten, dass es sich bei dieser Norm des Wirtschaftsverfassungsrechts um eine so genannte Querschnittskompetenz des Bundes und der Kantone handelt, auf dem

Gebiet des Konsumrechts entsprechende Normen zu erlassen.

Das Konsumrecht umfasst dabei alle rechtlichen und wirtschaftlichen Problemlagen, soweit sie sich aus dem Verhältnis zwischen Unternehmen einerseits und Privathaushalt andererseits ergeben. Das neue Rechtsgebiet folgt dabei nicht den traditionellen Einteilungen⁴. Um vor allem im Europarecht einheitliche und moderne Lösungen zu erreichen, war es vielmehr erforderlich, sich eng an die neuen Fragen des heutigen Lebens zu halten. Im Vordergrund steht dabei der Konsument als Person, weshalb seine *Sicherheit und Gesundheit* an den Anfang gestellt wird. Die zweite Hauptfrage ist die *Information* des Konsumenten, denn ohne ausreichende Kenntnisse können die Privathaushalte die ihnen von der Markttheorie zugeordnete Lenkungsfunktion bei der Nachfrage von Waren und Dienstleistungen nicht effektiv wahrnehmen. Sodann folgen als dritter und vierter Punkt die *wirtschaftlichen* und die *rechtlichen Interessen* der Konsumenten. Den Abschluss bilden ihre *politischen Interessen* im Rahmen von Politik und Gesetzgebung.

II. Sicherheit und Gesundheit der Konsumenten

A. Allgemeine Produktsicherheit – Neue Problemlagen für die Schweiz

Die Schweiz hat nach dem bekannten EWR-Nein von 1992 nur die EU-Richtlinie (RL) über *Produkthaftung* über-

Sicherheit und Gesundheit, sowie Information sind zentrale Voraussetzungen für die Verbesserung der Stellung der Konsumenten. Der Autor zeigt die neuesten Entwicklungen im Konsumrecht auf, das durch das Europarecht beeinflusst ist und das den sich rasch ändernden Lebensumständen und der Globalisierung des Marktes, vor allem im elektronischen Handel, Rechnung trägt. Im Bereich Konsumkredit könnte die innovative Schweizer Regelung Wirkungen auf das EU-Recht entfalten. Zi

L'auteur fait le point sur l'évolution récente du droit de la consommation. Il signale des modifications et des projets de révision du droit dans ce domaine, inspirés parfois par la situation dans l'Union européenne, qui touchent des sujets très variés, tels que l'information des consommateurs, le commerce électronique, le crédit à la consommation et la protection des avoirs en banque.
Hj. P.

* Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Vizepräsident der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen.

¹ Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Vortrag vor dem Zürcherischen Juristenverein vom 22. Februar 2001. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten und mit einigen aktualisierten Anmerkungen versehen. Für eine weitergehende, umfassende Dokumentation wird auf folgende Publikationsreihe verwiesen: *Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder* (Hrsg.), *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts* (JKR), Bern (Stämpfli Verlag), Jahrgänge 1995–2000.

² Vgl. zu diesem Fachausdruck: *Urs Weber-Stecher*, *Internationales Konsumvertragsrecht*, Diss. Zürich 1997, 2 ff.

³ Art. 97 Abs. 1 BV: «Der Bund trifft Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.»

⁴ Eine einheitliche Systematik findet sich in den Jahrgängen des JKR, Fn. 1.

nommen (vgl. heutiges PrHG), nicht jedoch die EU-RL über die Allgemeine Produktsicherheit (92/59/EWG). Dies lag darin begründet, dass die RL über Allgemeine Produktsicherheit damals nicht zum so genannten «Aquis communautaire» gehörte. Die bis heute andauernde Nichtübernahme ist nach der hier vertretenen Meinung jedoch mit einigen Problemen verbunden, vor allem, was die Praxis der Rückrufe betrifft. Die RL über Allgemeine Produktsicherheit regelt die Rückrufe europaweit und nach einem klar vorgegebenen System. In der Schweiz sind die Rückrufe nach wie vor eine freiwillige Angelegenheit. Die Unternehmen können davon absehen und auf weitere Missgeschicke warten, die dann ausschliesslich zwischen den Parteien und ohne Präventionswirkung für weitere Vorfälle nach dem Produkthaftungsrecht gelöst werden; fortschrittliche Anbieter sehen in den Rückrufen allenfalls eine PR-Aktion, was denn auch durchaus zutrifft, denn Rückrufe stärken das Vertrauen in die Sicherheit der angebotenen technischen Geräte. Rückrufe sollen vor allem voraussehbare Risiken und Unfälle vermeiden.

Dass die Rechtslage in der Schweiz problematisch ist, zeigt eine aktuelle Rückrufstatistik des TCS über Mängel der Automarken von «Alfa Romeo bis VW». Danach sind Rückrufe nur die Spitze des Eisberges, denn sie beziehen sich meist auf Defekte an Fahrzeugen, die schon länger am Markt verkauft werden. Teilweise kommen auch Modelle in den Handel, die noch nicht fertig entwickelt wurden, und der TCS fragt sich, ob die Neuwagenkäufer als Testfahrer der Anbieter fungieren müssen⁵. Die lückenhaften gesetzlichen Grundlagen in der Schweiz führen dazu, dass Konsumenten weiterhin mit gefährlichen Produkten

hantieren, weil eine präventive Information sie nicht erreicht.

Die Nichtübernahme der RL über die Allgemeine Produktsicherheit wird die Diskrepanz zwischen schweizerischem Recht und Europarecht noch verschärfen, nachdem ein neuer Vorschlag für eine RL des europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit am 29. März 2000 (KOM 2000 139 endg.) verabschiedet worden ist. Nach diesem Vorschlag zur Ergänzung der Allgemeinen Produktsicherheit soll gewährleistet werden, dass nur sichere Produkte auf den Markt kommen, es soll die Marktaufsicht aktiviert und es soll ein einfaches System zur raschen Beseitigung gefährlicher Produkte eingeführt werden. Ein völlig neues Element des Vorschlags ist sodann das Verbot des Exportes von von der Marktaufsicht als gefährlich eingestuften Produkten in Drittländer ausserhalb der EU. Damit wird natürlich indirekt erreicht, dass in Europa keine solchen Produkte hergestellt werden. Neu ist sodann die Verpflichtung der Anbieter, d.h. der Produzenten und Verteiler, die Marktaufsicht von sich aus, d.h. aktiv über gefährliche Produkte zu informieren, damit rechtzeitig die notwendigen Schritte unternommen werden können.

Vor diesem Hintergrund vermag der Schlussbericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe vom Oktober 1999 zur Konsumgütersicherheit in der Schweiz⁶, der vom Bundesrat am 28. Juni 2000 genehmigt worden ist, nicht voll zu befriedigen. Auch wenn man theoretisch dem Ergebnis des Schlussberichts – «Keine neuen Gesetze, aber Verbesserung der Gesetzesanwendung» – zustimmen mag, bleiben die skizzierten Problemlagen für die Schweiz weiterhin bestehen. Immerhin hat aber der Bundesrat das

seco bzw. das Büro für Konsumentenfragen (BfK) beauftragt, in Zusammenarbeit mit den übrigen Departementen die Umsetzung der vorgeschlagenen Empfehlungen zu prüfen und zu koordinieren und bis Ende 2001 über die Arbeit Bericht zu erstatten.

B. Neues Heilmittelgesetz

Im Rahmen der besonderen Konsumgütersicherheit setzt das neue Heilmittelgesetz neue Massstäbe. Es wurde vom Parlament am 15. Dezember 2000 verabschiedet. Seit fast 100 Jahren lag die Heilmittelkontrolle – als effizientes Mittel des sektoriellen Sicherheits- und Gesundheitsschutzes – in der Zuständigkeit der Kantone, die das Konkordat IKS errichtet hatten. Der Kanton Zürich verweigerte vor einigen Jahren die Erneuerung des Konkordates, was den Weg für ein gesamtschweizerisches Gesetz ebnete.

Alle in Verkehr gebrachten Heilmittel müssen qualitativ hochstehend, sicher und wirksam sein. Dies wird durch die Kontrolle der Zulassung, die Marktüberwachung und Vorschriften über die Qualität sicher gestellt. Nach Art. 27 Heilmittelgesetz ist der Versandhandel mit Heilmitteln grundsätzlich untersagt; eine Ausnahmegewilligung kann nur unter der Voraussetzung ärztlicher Verschreibung, sachgemässer Beratung und ärztlicher Überwachung der Wirkung erteilt werden. Publikumswerbung ist nach Art. 31 Heilmittelgesetz für jene Heilmittel zulässig, die nicht verschreibungspflichtig sind. Sodann konkretisiert Art. 32 das allgemeine Lauterkeits-

⁵ Touring Club Schweiz (Hrsg.), Rückrufe von Personenwagen, Emmen 2001.

⁶ Vgl. Fundstelle in: JKR 2000 190 ff.

recht für den Bereich der Heilmittelwerbung. Allerdings sind im Bereich des elektronischen Handels über das Internet weitreichende Umgehungsmöglichkeiten vorhanden, was die Rechtsanwender wohl noch lange beschäftigen wird.

III. Information der Konsumenten

A. Konsumentenaufklärungsgesetz – zum aktuellen Stand

Zum aktuellen Stand des Konsumentenaufklärungsgesetzes (KAG) sei vorerst ein Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH erlaubt. In zwei Leitentscheidungen bestimmte der Gerichtshof im letzten Jahr den *Informationsstand des so genannten Durchschnittskonsumenten*. Nach dem Entscheid *Lifting* vom 13. Januar 2000 ist bei der Beurteilung, ob eine Bezeichnung, Marke oder Werbeaussage irreführend ist, auf die mutmassliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers

abzustellen⁷. Im Entscheid *Darbo* vom 4. April 2000 war für die Beurteilung der Werbeaussage «naturrein» für Honigprodukte ebenfalls auf die mutmassliche Erwartung eines durchschnittlich *informierten*, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen⁸.

Dieses neue *Leitbild als Prototyp des individuellen Konsumenten* hat indessen sein unabdingbares Gegenstück in der Gewährleistung einer marktkonformen, *kollektiven*, d.h. allgemein zugänglichen und objektiven *Konsumenteninformation*. Von Anfang an sollte daher nach der Einführung des Verfassungsartikels das *KAG* einer der Hauptpfeiler des neuen Rechts sein. Die Erwartungen, die in das *KAG* gesetzt wurden, haben sich indessen bis heute nicht erfüllt. Es wurden bisher lediglich zwei Deklarationsvereinbarungen bekannt, die zwischen Anbieter- und Konsumentenverbänden abgeschlossen wurden, was vor allem auf die organisatorische und finanzielle Schwäche der Konsumentenorganisationen zurückzuführen ist. Andererseits hat es der Bundesrat angesichts dieses Umstandes auch unterlassen, so genannte Deklarationsverordnungen über bestimmte Waren oder Dienstleistungen zu erlassen.

B. Testrecht – Neueste Entwicklung

Ein weiteres Mittel der *kollektiven Konsumenteninformation* – dies im Gegensatz zur individuellen Information⁹ im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärungspflichten – besteht in der Durchführung von vergleichenden Tests über Waren und Dienstleistungen.

Bekanntlich gibt es in der Schweiz kein Test-Gesetz. Die Grundlagen des Testrechtes finden sich zerstreut im Haftungsrecht (OR), im UWG und im

KAG. Dies hat die grossen Anbieterorganisationen 1995 dazu geführt, einen so genannten Privaten Testkodex zu erlassen. Da dieses Regelwerk jedoch ohne Mitwirkung aller massgebender Kreise, vor allem nicht der Marktgegenseite bzw. der Konsumentenorganisationen und damit einseitig erlassen worden war, blieb es als «Kodex Hammurabi» toter Buchstabe. Die neueste Entwicklung hat vor diesem Hintergrund die *Schweizerische Lauterkeitskommission* eingeleitet¹⁰. Im Dezember 2000 konnten nach zweijähriger Arbeit, diesmal unter Beizug aller massgebender Kreise, die *Richtlinien über die Durchführung und Kommunikation von Tests* verabschiedet und im April 2001 in Kraft gesetzt werden. Unter Test¹¹ wird danach «(1.) das Feststellen einer oder mehrerer Eigenschaften eines bestimmten Erzeugnisses, Verfahrens oder einer Dienstleistung nach einem vorgeschriebenen geeigneten Verfahren verstanden; (2.) Die Durchführung von Tests und die Kommunikation von Testergebnissen hat unter den Gesichtspunkten der Neutralität, Objektivität, Sachlichkeit und Transparenz zu erfolgen; hinsichtlich der Objektivität gelten die Gebote der Wahrheit (Täuschungsverbot), der Klarheit (Irreführungsverbot), der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit; (3.) Die Durchführung von Tests oder die Kommunikation von Testergebnissen ist unlauter, wenn sie die vorstehenden Voraussetzungen nicht erfüllen. (4.) Im Übrigen gelten die «Richtlinien für Tests.»»

Die separat veröffentlichten Richtlinien mit detaillierten Grundsätzen und Erläuterungen stützen sich auf eine weite Definition des Tests: Erfasst werden sollen nicht nur die «klassischen» *Warentests*, in denen mehrere Produkte miteinander bezüglich di-

⁷ EuGH, Urteil vom 13. Januar 2000, C-220/98, *Lifting*, RIW 2000, 367 = GRUR Int. 2000, 354; EGV 30 und 36. Zum Leitbild des «verständigen Durchschnittsverbrauchers», dok. in: JKR 2000 306.

⁸ EuGH, Urteil vom 4. April 2000, C-465/98, *Darbo*, WRP 2000 489, RL 79/112/EWG Art. 2 Abs. 1a, dok. in: JKR 2000 306.

⁹ Vgl. dazu neuerdings: *Stephan Hartmann*, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung. Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Diss. Freiburg Schweiz 2001.

¹⁰ *Alexander Brunner*, Zur Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK), recht 1/2001, 1 ff., insb. 8 f.

¹¹ Zitat gemäss zusammenfassendem *Grundsatz Nr. 3.3* der im April 2001 in Kraft getretenen, revidierten Grundsätze der SLK. Vgl. dazu: www.lauterkeit.ch.

verser Kriterien verglichen werden, sondern auch Einzeltests (nur ein Produkt, z.B. ein bestimmtes Automobil, wird getestet) und Stichproben (willkürlich-subjektive Auswahl einzelner Produkte und deren Test bezüglich einzelner Eigenschaften; dieser Stichprobenbegriff ist vom «wissenschaftlichen» Stichprobenbegriff zu unterscheiden, der besagt, dass jeder Test letztlich eine Stichprobe ist.). Erfasst werden auch Tests, in denen nur wenige oder gar nur eine Eigenschaft eines Produkts geprüft werden (eine ganz wesentliche Eigenschaft eines Produkts ist dessen Preis). Nicht unter den Testbegriff fallen dagegen bloss Meinungsumfragen ohne neutrale Testanlage, redaktionelle Mitteilungen oder Leserbriefe über persönliche Erfahrungen mit einem Produkt. Das Verwenden der Bezeichnung «Test» für solche Vorkehren ist irreführend. Schliesslich werden nicht nur die herkömmlichen Warentests behandelt, sondern ebenfalls die an Bedeutung laufend zunehmenden *Tests von Dienstleistungen*.

IV. Wirtschaftliche Interessen der Konsumenten

A. Versandhandel und Fernabsatzverträge

1997 hat die EU die *RL über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz* erlassen, womit der transnationale Versandhandel auf dem ganzen Kontinent vereinheitlicht wurde. Schweizer Anbieter haben sich faktisch im transnationalen Handel im Verhältnis «*business to consumer*» ebenfalls an diese Richtlinie zu halten. Dies hat die Schweizerische Lauterkeitskommission noch im gleichen Jahr zur *freiwilligen Übernahme* der entsprechenden Regeln bewogen¹².

Nach *SLK-Grundsatz 4.1* ist Fernabsatz kommerzielle Kommunikation, die mit Hilfe eines oder mehrerer Kommunikationsmittel einen Vertragsabschluss ohne physische Anwesenheit der Parteien ermöglicht (Distanzgeschäft). Als Kommunikationsmittel kommen insbesondere die (herkömmliche oder elektronische) Post, Kurierdienste, Telefon, Telefax, Television, Radio oder Internet in Frage. Nach *SLK-Grundsatz 4.2* ist jede Art von Fernabsatz unlauter, sofern dem Konsumenten nicht die folgenden Informationen gegeben werden: Identität des Anbieters (Name, Firma, Adresse. Deckadressen und Postfachnummern genügen nicht), wesentliche Eigenschaften, Preis, Gültigkeitsdauer des Angebotes, Einzelheiten über Zahlung und Lieferung (wie Lieferkosten, Lieferfristen) oder Erfüllung, Rückgabemöglichkeit oder Widerrufsrecht sowie Garantie und Kundendienst.

In der Folge hat die Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) am 7. Dezember 1999 zuhanden des Bundesrates eine *Empfehlung*¹³ zur Umsetzung der europäischen Fernabsatz-RL unterbreitet. Die EKK stellt fest, dass Vertragsabschlüsse im Fernabsatz eine starke Entwicklung und Verbreitung gefunden haben. Diese Tatsache zeigt sich, neben dem elektronischen Handel, auf sehr unterschiedlichen Gebieten, wie Fernsehen, Radio, Telefax sowie weiteren Mitteln der Fernkommunikation. Ihre separate Empfehlung über den elektronischen Handel trägt der genannten EU-Richtlinie in weiten Teilen Rechnung. Die EKK schlägt daher vor, dass das *Obligationenrecht* dahingehend ergänzt wird, dass den Konsumenten bei Geschäften des Fernabsatzes allgemein jener Schutz gewährt wird, wie er in der Empfehlung zum elektronischen Handel vorgesehen ist.

B. Elektronischer Handel

Im Rahmen der Fernabsatzgeschäfte nimmt das *Internet* eine besondere Stellung ein. Die EKK hat daher ebenfalls am 7. Dezember 1999 eine weitergehende *Empfehlung*¹⁴ über den elektronischen Handel verabschiedet. Das *Dispositiv* der Empfehlung lautet u.a. wie folgt: 1. Der Bundesrat bereitet eine Änderung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts vor mit Bezug auf die Bestimmungen des Vertragsabschlusses (*elektronische Signatur, Information des Konsumenten, Widerrufsrecht und Rückgaberecht*). 2. Der Bundesrat trifft Massnahmen, um die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des elektronischen Handels zu verstärken. Er sorgt insbesondere dafür, dass das schweizerische Recht mit den Bestrebungen und Lösungen übereinstimmt, die von der Europäischen Union angenommen wurden.

Die aussergewöhnliche Entwicklung des elektronischen Handels betrifft vor allem den Erwerb von Konsumgütern und von Dienstleistungen, wie beispielsweise Bücher, Disketten, Kleider und Accessoires oder elektronische Programme. Dazu gehören aber auch der Kauf und das Leasing von Fahrzeugen, die Finanzdienstleistungen, die Annoncen, die Mieten, die Pauschalreisen und Touristikangebote; eine Aufzählung, die nicht abschliessend sein kann. Die Mehrheit dieser Geschäftsabschlüsse findet im Bereich des transnationalen Handels statt. Aufgrund von OECD-Statistiken vom Oktober 1998 kann festgehalten

¹² Brunner, Fn. 10, 8.

¹³ JKR 2000 401.

¹⁴ JKR 2000 391 ff.

werden, dass zurzeit aus Konsumentensicht ein Viertel der Web-Seiten der Anbieter unbekannt bleibt oder nicht identifizierbar ist. Darüber hinaus stellt man fest, dass zehn Prozent der internationalen Transaktionen seitens der Anbieter nicht erfüllt werden. Bei Nichterfüllung durch den Anbieter hat der Konsument in der Regel jedoch bereits mit seiner Kreditkarte bezahlt und erhält damit die Gegenleistung nicht. Dieser Umstand hat zur Folge, dass Konsumenten heute eine gewisse Unsicherheit und ein Misstrauen gegenüber dem neuen Medium haben mit dem Ergebnis, dass im elektronischen Handel ein Drittel aller Geschäftsabschlüsse überhaupt nicht zustande kommt. Nach Auffassung der EKK erscheint es nicht erforderlich, ein besonderes Bundesgesetz über den elektronischen Handel zu erlassen. Sie schlägt daher eine Verbesserung der Bestimmungen im Obligationenrecht, im UWG und im Strafrecht vor.

Nicht zuletzt aufgrund dieser Empfehlung konnte im Januar 2001 die *Vernehmlassung zu einem «Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr»* als Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sowie über die separate Vorlage eines «Bundesgesetzes über die digitale Signatur» eröffnet werden.

Letzteres wird es ermöglichen, Internet-Verträge mit eindeutiger Identifikation der Parteien abzuschliessen. Die *Revisionen des OR* betreffen den Vertragsabschluss unter Abwesenden, die Haustürgeschäfte, die Fernabsatzverträge und das Widerrufsrecht; die *Revision des UWG* die zivil- und strafrechtlichen Folgen der Verletzung von Informationspflichten durch den Anbieter.

C. Konsumentenkaufvertrag und Konsumgütergarantien

Eingepackt in diesen Vorentwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Handel ist aber auch eine fundamentale Ergänzung des schweizerischen Kaufrechts, womit unser Recht an das Europarecht angeglichen wird. Das europäische Parlament und der Rat haben am 25. Mai 1999 die *Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter*¹⁵ verabschiedet. Diese Richtlinie sieht u.a. für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen bei einem Mangel der Kaufsache eine Frist von zwei Jahren vor. Vorbehalten bleibt der Kauf gebrauchter Güter, für die eine Frist von einem Jahr gilt (Art. 5 Abs. 1 RL). Beide Fristen dürfen nicht abgekürzt werden (Art. 7 Abs. 1 RL). Die RL behandelt den Käufer eines Konsumgutes damit besser als das schweizerische Recht. Nach diesem verjähren Gewährleistungsansprüche – Wandlung, Minderung und/oder Ersatzleistung (Art. 205 f. OR) – bereits nach einem Jahr (Art. 210 Abs. 1 OR), wobei für nicht arglistig verschwiegene Mängel auch diese Frist noch verkürzt werden darf (Art. 199 OR).

Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts wurden vor diesem Hintergrund von

Ernst A. Kramer zu Recht zur Diskussion gestellt¹⁶. Es werden dabei insbesondere die folgenden Problemlagen aufgezeigt: Keine effektive Kontrolle von AGB-Freizeichnungsklauseln in Konsumentenkaufverträgen; kein gesetzlicher Anspruch auf Nachbesserung; Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers, die dem Handelsrecht (Art. 201 OR), nicht aber dem Konsumrecht entsprechen; fehlende Koordination des Widerrufsrechts, insb. bei Konsumentenkaufverträgen im Fernabsatz. Alle vier Postulate finden sich nunmehr im *Vorentwurf des Bundesgesetzes über den elektronischen Handel* erfüllt. Das Gewährleistungsrecht kann bei Konsumentenkaufverträgen nach Art. 199 lit. b VE-OR nicht mehr wegbedungen werden; die Rügeobliegenheit ist flexibler formuliert (Art. 201 VE-OR); das Nachbesserungsrecht ist vorgesehen (Art. 205 Abs. 1 lit. c VE-OR) und das Widerrufsrecht ist auf Fernabsatzverträge ausgedehnt worden (Art. 40a ff. VE-OR).

D. Konsumkreditgesetz

In der Frühjahrssession 2001 hat das Parlament die Revision des Konsumkreditgesetzes (KKG) verabschiedet. Am 18. Juli 1995 hatte die EKK zühanden des Bundesrates umfassende *Anregungen und Empfehlungen für eine Neuordnung des Konsumkreditrechts*¹⁷ unterbreitet. Dabei wurden unter Hinweis auf die Motion Affolter von 1989, die Standesinitiativen Luzern von 1992 und Solothurn von 1993 das geltende Recht, d.h., vor allem das Abzahlungsrecht von 1962, das KKG von 1993, die kantonalen und interkantonalen Regelungen sowie die Entscheide des Bundesgerichts analysiert. Sodann hat die EKK 1995 Hearings durchgeführt und 1998 eine

¹⁵ ABI L 171 vom 7. Juli 1999, S. 12 ff.; zur entsprechenden Diskussion in der Schweiz, vgl. die Tagungsberichte des Europa Instituts Basel, abgedruckt in: ZSR 1999 I 295 ff.

¹⁶ *Ernst A. Kramer*, Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, JKR 1998 205 ff.

¹⁷ Volltext dieser Empfehlung in: JKR 1996 621 ff.

weitere Empfehlung im Rahmen der Vernehmlassung zum KKG-VE verabschiedet. Der Konsumkredit ist ein wichtiger, wenn auch nicht der einzige Faktor, der zur Überschuldung von Konsumenten führen kann. Die Überschuldung stellt für Konsumenten eine schwierige, häufig ausweglose Situation dar und berührt ausserdem das öffentliche Interesse. Der Überschuldung der Privathaushalte ist daher durch präventive Massnahmen entgegenzuwirken, die sich auf den Verfassungsartikel abstützen.

Das KKG von 1993 (*Eurolex-Swisslex*) war zur Hauptsache vom Gedanken getragen, dass eine genügende *Information* der Konsumenten vor dem Vertragsabschluss über Kredite einen genügenden Schutz biete. Dieser Gedanke ist zwar richtig, aber für die *Prävention vor Überschuldung ungenügend*. Den Ursachen der Privatverschuldung kann hier nicht vertieft nachgegangen werden; immerhin sei aber auf die ökonomischen Aspekte einer ausgeglichenen Bilanz zwischen Einnahmen und Ausgaben sowie zwischen Aktiven und Passiven hingewiesen, die nicht nur für die Unternehmen, sondern selbstverständlich auch für die Privathaushalte gelten.

Aus diesem Grunde sah sich die EKK veranlasst, ein in Europa völlig neues System der Prävention vorzuschlagen: die *Sorgfaltspflicht des Konsumkreditgebers*. Der Sache nach handelt es sich um das Verbot, Konsumkredite zu gewähren, wenn der Konsument nicht eine nach objektiven Kriterien feststellbare und nachprüfbare Kreditwürdigkeit besitzt. Die Sorgfaltspflicht, als gesetzliche Solvenzprüfungspflicht, umfasst insb.: Die Einholung von *Auskünften* über den Kreditnehmer, der zur wahrheitsgemässen Auskunft zu verpflichten

ist; die *Überprüfung* dieser Auskünfte und Einholung weiterer Informationen bei Dritten (ZEK, Betreibungsämter usw.); das *Erstellen eines Budgets* auf der Grundlage des betriebsrechtlichen Existenzminimums, einer Rückstellung für laufende Steuern, eines monatlichen Freibetrags und bestehender Verpflichtungen familienrechtlicher Natur. Konsumkredite dürfen nur vergeben werden, wenn die monatliche Rückzahlungsbelastung dieses Monatsbudget unter keinen Umständen beeinträchtigt. Lassen diese Kriterien eine Konsumkreditvergabe zu, entscheidet der Kreditgeber über die Kreditgewährung nach seinen geschäftspolitischen Grundsätzen. Das Budget mit allen Angaben ist dabei zwingender Bestandteil des Vertrags. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht ist Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. Art. 20 OR und u.U. auch von Art. 165 StGB.

Es ist im Hinblick auf eine vernünftige wirtschaftliche Betrachtungsweise, die sich im Übrigen an das Handelsrecht¹⁸ anlehnt, sehr erfreulich, dass der Gesetzgeber diesen Lösungsvorschlag in das *revidierte Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001*¹⁹ aufgenommen hat. Nach Art. 9 Abs. 2 revKKG wird neu eine lit. j eingeführt mit folgendem Wortlaut: «Der Vertrag muss angeben ... den *pfändbaren Teil des Einkommens, der der Kreditfähigkeitsprüfung zugrunde gelegt* worden ist (Art. 28 Abs. 2 und 3). Einzelheiten können in einem vom Konsumkreditvertrag getrennten Schriftstück festgehalten werden; dieses bildet einen integrierenden Bestandteil des Vertrags.» Entscheidend ist sodann Art. 28 Abs. 1 revKKG: «Die Kreditgeberin muss vor *Vertragsabschluss* nach Art. 31 die *Kreditfähigkeit* der Konsumentin oder des Konsumenten *prüfen*.» Abs. 2 lau-

tet wie folgt: «Die Konsumentin oder der Konsument gilt dann als kreditfähig, wenn sie oder er den Konsumkredit zurückzahlen kann, ohne den nicht pfändbaren Teil des Einkommens nach Art. 93 Abs. 1 SchKG beanspruchen zu müssen.»

Mit Bezug auf diese Gesetzesrevision als echt schweizerische und ökonomisch vernünftige Lösung kann wohl die Behauptung gewagt werden, dass die Richtung der Rechtsangleichung im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und der Schweiz sich für einmal umkehren könnte und zu einer *Helvetisierung des europäischen Konsumkreditrechts* führen wird.

E. Einlagensicherungssysteme der Banken

Den umgekehrten Fall müssen wir indessen bei den Einlagensicherungssystemen der Banken zur Kenntnis nehmen. Hier hat die EKK dem Bundesrat am 13. April 1995 die *Empfehlung betreffend Einlegerschutz und Einlagensicherung*²⁰ unterbreitet. Das Dispositiv der Empfehlung lautet wie folgt: «Der Bundesrat schafft im Wege einer *Teilrevision des Bankengesetzes* einen modernen, *gesetzlich* abgestützten *Einlegerschutz* in Anlehnung an die Mindestvorgaben der Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssys-

¹⁸ Bilanzanalyse bzw. Vorgehen bei Gefahr der Überschuldung der AG; Art. 725 Abs. 2 OR. Analoge wirtschaftliche Betrachtungsweise auch bei der so genannten privaten Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG.

¹⁹ BBl 2001 1344; Referendumsfrist 12. Juli 2001.

²⁰ Im Volltext abgedruckt in: JKR 1996 616 f.

teme.» In der Begründung hiezu anerkennt die EKK zwar die Bemühungen des Bankensektors, mit der freiwilligen *Vereinbarung vom 1. Juli 1993 über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank*²¹ einen wesentlichen Beitrag zu leisten. Die Kommission ist jedoch zum Ergebnis gelangt, die gegenwärtige *Rechtslage* rechtfertige nicht das für die Stabilität des Bankensystems notwendige Vertrauen der Privatkunden. Sie drückt ihre Besorgnis über das Fehlen einer gesetzlich abgestützten Mindestsicherung von Einlagen von Konsumenten aus. In den nachfolgenden Erwägungen der Kommission wird die bestehende Rechtslage in der Schweiz eingehend analysiert.

Nach Artikel 37a Bankengesetz in der Fassung vom 16. Dezember 1994 geniessen Forderungen aus Kundeneinlagen ein beschränktes Konkursprivileg (Zuweisung an eine besondere Klasse zwischen der zweiten und dritten, d.h. letzten Klasse). Nach der Vereinbarung des Bankensektors von 1993 sollen diese Forderungen bevorzusst werden. Ein Rechtsanspruch der Kunden wird aber ausdrücklich ausgeschlossen. Es besteht keine Pflichtmitgliedschaft der Banken am System von Gesetzes wegen; die Teilnahme kann jederzeit gekündigt werden. Das System begrenzt die Vorzusssumme auf maximal eine

Milliarde Franken. Im Falle der Krise des Bankensektors kann es mit sofortiger Wirkung beendet werden. Der Zeitpunkt der Auszahlung der bevorzussten Gelder ist nicht klar festgelegt. Eine umfassende Information der Kunden über Bestehen und Art der Einlagensicherung sowie von Höhe und Umfang der Deckung fehlt. Die Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen aus der Vereinbarung liegt nicht in der Kompetenz der Eidg. Bankenkommission. Die Kommission plädiert daher für die Schaffung eines vernünftigen, gut ausgebauten, aber nicht überrissenen Einlegerschutzes. *Die Rückzahlung der Forderungen der Konsumenten gegen eine Bank ist bis zu einer bestimmten Mindesthöhe zu garantieren.* Für darüber hinausgehende Forderungen tragen sie das Insolvenzrisiko.

Nach Verabschiedung dieser Empfehlung blieb es lange Zeit still. In der Zwischenzeit ereignete sich, was 1995 wohl noch niemand für möglich gehalten hatte, die Fusion der beiden grössten Banken in der Schweiz. Auch wurden die Probleme nach dem Bankenkonzern der Spar- und Leihkasse Thun einer breiteren Öffentlichkeit bewusst. Im Oktober 2000 erfolgte schliesslich die Veröffentlichung des Berichtes der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten *Expertenkommission* mit dem Titel²²: *«Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz»*.

Entscheidend für den Einlegerschutz der Konsumenten ist nach diesem Bericht die Revision von Art. 37a und Art. 37b VE-BankG. Gläubiger, die über Einlagen verfügen, welche unter das Konkursprivileg nach Art. 37b fallen und Fr. 5000.– nicht übersteigen, sollen nach dieser neuen Bestimmung noch vor Erstellung und ausserhalb des Kollokationsplans befriedigt wer-

den und damit endgültig aus dem Verfahren ausscheiden. Ihre Forderungen werden damit wie Masseverbindlichkeiten behandelt, womit *Kleinstgläubiger sofort honoriert* werden. Nach Berechnungen der Expertenkommission können damit sechs Prozent der Einlagen bzw. 60 Prozent der Gläubiger endgültig befriedigt werden, was natürlich auch das Insolvenzverfahren wesentlich vereinfacht. Sodann werden *Einlagen bis Fr. 30 000.–* nach Art. 37b VE-BankG der *zweiten Klasse* nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen. Es ist wohl nicht daran zu zweifeln, dass der Gesetzgeber den Vorentwurf in diesem Punkt übernehmen wird und die Tage der freiwilligen Bankenvereinbarung gezählt sind.

F. Partnerschaftsvermittlungsvertrag im revOR

Zu den wirtschaftlichen Interessen gehört auch eine angemessene Ausgestaltung der einzelnen Typen der *Konsumentenverträge*. Dass die *Ehe- und Partnervermittlung* nunmehr auch eine einklagbare²³ Forderung begründet, ist wohl auf die neuerdings alle Lebensbereiche durchdringende ökonomische Vernunft zurückzuführen. Die von Frauen und Männern immer wieder bitter beklagten Missbräuche mit Geldvorschüssen für Angebote, die offenbar nicht ganz dem Geschmack der Partnersuchenden entsprachen, werden nach dieser Revision sicher seltener werden. Neu regeln die am 26. Juni 1998 eingeführten Art. 406a bis 406h OR das *Ehevermittlungsgewerbe*. Sodann ist auf die Verordnung vom 10. November 1999 über die berufsmässige Vermittlung von *Personen aus dem Ausland oder ins Ausland* zu Ehe oder fester Partnerschaft hinzuweisen²⁴.

²¹ Diese Vereinbarung ersetzt die vormalige so genannte Konvention 18 aus dem Jahre 1984.

²² Zu beziehen unter: www.admin.ch/gsefd.admin.ch.

²³ Vgl. noch: altOR Art. 416: «Aus der Heiratsvermittlung entsteht kein klagbarer Anspruch auf Mäklerlohn».

²⁴ SR 221.218.2, AS 1999 3498.

V. Rechtliche Interessen der Konsumenten

A. Neues Gerichtsstandsgesetz

Eine grundlegende Neuerung im Konsumrecht ist schliesslich im Zivilprozessrecht zu verzeichnen. Ab 1. Januar 2000 gilt auch im Binnenmarkt Schweiz – wie bereits im transnationalen Verhältnis nach Art. 114 und Art. 120 IPRG – der *Klägergerichtsstand des Konsumenten*. Nach Art. 21 Abs. 1 lit. a GestG sind die gesetzlichen Gerichtsstände teilzwingend ausgestaltet worden, weshalb der Konsument darauf nicht zum Voraus oder durch Einlassung verzichten kann. Vorbehalten bleibt nach Abs. 2 der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit. Nach Art. 22 Abs. 1 GestG ist bei *Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen*²⁵ zuständig, (a) für Klagen des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien, und (b) für Klagen des Anbieters das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei. Mit dieser Lösung sind langjährige Postulate der Lehre erfüllt worden.

B. Lugano-Übereinkommen – Notwendige Anpassungen

Auch mit Bezug auf das Lugano-Übereinkommen sind Neuerungen absehbar, da die EU das Brüsseler Abkommen von 1968 – die Grundlage des LugÜ für den EWR – einer vollständigen Revision unterzogen hat. Am 22. Dezember 2000 hat der EU-Rat die *Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen* verabschiedet. In Art. 15 Abs. 1 lit. c dieser Verordnung wird der Begriff des Konsumentenvertrages generell ausgeweitet, wie dies der Sach-

lage entspricht. Damit geraten Art. 13 Ziff. 3 LugÜ, aber auch die Art. 114 und 120 IPRG, *unter Revisionsdruck*. Der Grund hierfür liegt darin, dass im Zeitalter der Internet-Vertragsabschlüsse mit Konsumenten nicht mehr auf die Konzeption der grenznahen Kaffeefahrten zwecks Umgehung geltender Gerichtsstände abgestellt werden kann.

C. Aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

Mit Blick auf das ordentliche Konsumentenverfahren seien jedoch trotz der dargelegten Revisionen einige kritische Hinweise erlaubt. Es geht hier um die kleinen Streitwerte von 100 bis 20000 Franken. Welcher Konsument, welche Konsumentin kann es sich leisten, einen jahrelangen Prozess an den ordentlichen Gerichten zu führen? – was trotz der Konsumentengerichtsstände auch im transnationalen Verhältnis gilt.

Dieser Umstand hat nunmehr die EU dazu bewogen, sich Gedanken über aussergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen zu machen. Mit der *Entschiessung des Rates vom 25. Mai 2000 über ein gemeinschaftsweites Netz einzelstaatlicher Einrichtungen für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten* soll der Rechtsschutz der Konsumenten in Europa entscheidend verbessert werden. Die staatliche Förderung und Anerkennung von Schiedsverfahren im Verhältnis «business to consumer» sind jedoch an strenge Kautelen geknüpft.

Am 12. Dezember 2000 hat sodann in Den Haag im Rahmen der OECD eine Konferenz über die Mechanismen zur *Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Anbietern und Konsumenten im Online-Bereich* stattgefunden.

Diese Konferenz wurde gemeinsam mit der Haager Konferenz über das internationale Privatrecht und der internationalen Handelskammer organisiert. Ziel der Konferenz war es, zu prüfen, wie die ADR-Mechanismen²⁶ funktionieren und zu untersuchen, wie die Vielfältigkeit dieser Mechanismen helfen kann, das Vertrauen zu verbessern, indem effektive Mittel zur Lösung von Online-Streitigkeiten für die Handelsbeziehungen zwischen Anbietern und Konsumenten zur Verfügung gestellt werden.

Auch die EKK hat sich dieser Problemlagen für die Schweiz angenommen, insb. durch eine Analyse der bereits bestehenden aussergerichtlichen Ombuds-, Schieds- und Schlichtungsstellen; so der Schweizerischen Lauterkeitskommission (Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation), der Institutionen des Ombudsmanns (der sozialen Krankenversicherung, für Privatversicherungen, der Banken und der Reisebranche), des Schlichtungsorgans des Textilverbandes sowie der Konsumentenverbände (SKS, KFS, FRC und ACSI). Solche aussergerichtlichen Institutionen müssen unabhängig, transparent und effizient arbeiten sowie eine freiwillige, kontradiktorische und gesetzeskonforme Entscheidung ermöglichen²⁷. Mit einer Anpassung des schweizerischen Zivilprozessrechts wird demnach in den nächsten Jahren auch hinsichtlich dieser Fragen zu rechnen sein.

²⁵ Zur Rechtsentwicklung und Tragweite dieses Begriffs: BSK-Brunner, Art. 22 GestG N 6-16 (im Druck).

²⁶ ADR = Alternativ Dispute Resolution.

²⁷ Die entsprechende Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) an den Bundesrat zu den Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Streitbeilegung wird in JKR 2001 abgedruckt werden.

VI. Politische Interessen der Konsumenten

Die politischen Interessen der Konsumenten werden in der Schweiz durch die Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK), das Büro für Konsumentenfragen (BfK) sowie durch die Einbindung der Konsumentenorganisationen in den Gesetzgebungsprozess gewahrt. Kritikpunkte²⁸ sind hier zweifellos die personelle Unterbesetzung des BfK in Bern und die mangelhafte Finanzhilfe an die Konsumentenorganisationen. Das BfK ist mit drei Fachstellen besetzt. Selbst wenn dieser Bestand auf das Doppelte erhöht würde, wäre nach wie vor – dies angesichts der zu behandelnden Dossiers – von einer Unterbesetzung zu sprechen. Im Übrigen belaufen sich die Beiträge, die der Bund den vier vorge-

nannten Organisationen der Konsumentinnen und Konsumenten gewährt, auf nicht einmal 500 000 Franken. Ein Vergleich dieser Strukturen mit denjenigen des Auslands zeigt, dass die Politik des Bundes in Konsumentenfragen erst sehr *rudimentär*²⁹ entwickelt ist. Während die Botschaft zum KIG vom 7. Mai 1986 noch vorsah, dass die Beiträge an die Konsumentenorganisationen längerfristig eine Million Franken erreichen sollten, beläuft sich der Betrag, der ihnen 1999 zur Verfügung stand, lediglich auf 426 000 Franken, das heisst, dass die Beiträge ständig gekürzt werden. Ohne ausreichende Mittel ist es aber nicht möglich, sinnvolle Arbeit – vor allem im Bereich des Testwesens und der Konsumenteninformation – zu leisten.

VII. Ausblick

Im Sinne eines Ausblickes wird hier ein aktueller parlamentarischer Vorstoss zu den kommerziellen *Risikoaktivitäten*³⁰ erwähnt, der zum Nachdenken anregen soll. Die Begründung lautet: «Einer gesunden Skepsis gegenüber neuen und zusätzlichen Gesetzen ist viel abzugewinnen. Wenn aber Leib und Leben von Menschen auf dem Spiel stehen, kommt man um Vorschriften nicht umhin. Heute kann jedermann – ohne Nachweis einer genügenden Ausbildung und des Einhaltens minimaler Sicherheitsstan-

dards – kommerzielle Angebote im Bereich des Canyonings, Riverrafftings, Bungee-Jumpings usw. auf den Markt bringen. So braucht es hierfür auch keine spezifische Bewilligung, und entsprechende Kontrollen fehlen. Erwartungen, dass sich der Markt über spezielle und freiwillige Sicherheits- und Ausbildungszertifizierungen von selbst regulieren wird, sind schlicht und einfach Wunschvorstellungen. ...» Angesichts dieser wohl zutreffenden Feststellungen stellt sich gleichwohl die Frage nach den *Grenzen des Konsumrechts* und der Möglichkeit, menschliches Verhalten ganz allgemein in den Griff zu bekommen. Dies hat ein Zeitkritiker neuestens nicht nur für solche Dienstleistungen auf den Punkt gebracht mit einem Buchtitel³¹: *Konsumglück – Die Ware Erlösung*. In Abwandlung des berühmten Satzes von *René Descartes* macht er die kritische Feststellung: *«Ich konsumiere, also bin ich»*. Wir sollten bei Gelegenheit hinterfragen, ob all die erworbenen Identitäten – vom Prestige-Auto bis zu den repräsentativen Freizeitaktivitäten – uns tatsächlich die wahre Existenz verschaffen. Zwischen den Hochfliegern der Wirtschaft und den Fundamentalkritikern der Gesellschaft muss auf der privaten Ebene jeder sein eigenes Mass finden. Auf gesellschaftlicher Ebene versucht das *neue Gebiet des Konsumrechts*, dieses Mass im Rahmen eines *allgemeinen Konsenses* zu finden.

²⁸ Dies in Übereinstimmung mit der *Interpellation Berberat* vom 16. Juni 1999 zur Eidgenössischen Konsumenten-Politik, abgedruckt in: JKR 2000 269 ff.

²⁹ In Deutschland sind beispielsweise die Mittel, die der Staat den Konsumentenorganisationen zur Verfügung stellt, proportional 6–7 Mal höher; vgl. vorstehende Fn.

³⁰ Parlamentarische Initiative (Cina) vom 23. Juni 2000. Rahmengesetz für kommerziell angebotene Risikoaktivitäten und das Bergführerwesen, abgedruckt in: JKR 2000 217 ff.

³¹ *Walter Grasskamp*, *Konsumglück. Die Ware Erlösung*, München 2000.