

Verbraucherschutz und Kartellrecht in der Schweiz

1. Ausgangspunkt: Konsumentenschutz in der Schweiz

a) Entwicklung

Das Verbraucherschutzrecht, in der Schweiz als Konsumentenschutzrecht, Konsumentenrecht oder Konsumrecht¹ bezeichnet, ist im Vergleich zur EU schwach ausgeprägt. Als Nicht-EU-Mitgliedstaat und Nicht-EWR-Vertragsstaat ist die Schweiz an die europäischen Vorgaben nicht gebunden. Zwar kommt es häufig zur "autonomen Übernahme" von EU-Sekundärrecht. Auf dem Gebiet des Konsumentenrechts geschah dies allerdings vor allem zu Beginn der 1990er Jahre. Damals war im Hinblick auf den geplanten Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum das Eurolex-Gesetzgebungspaket aufgelegt worden, das auch den Verbraucherschutz umfasste. In einer Volksabstimmung am 6. Dezember 1992 lehnten Schweizer Volk und Stände den EWR-Beitritt ab. Ungefähr die Hälfte des Eurolex-Programms wurde hiernach als Swisslex-Programm aufrechterhalten, darunter auch die verbraucherschützenden Vorschriften. So rezipierte der Schweizer Gesetzgeber die Produkthaftungs-Richtlinie (1985) durch das Produkthaftungspflichtgesetz, die Haustürwiderruf-Richtlinie (1985) in den Art. 40a ff. des Obligationenrechts (OR),² die Verbraucherkredit-Richtlinie (1987) durch das Konsumkreditgesetz³ und die Pauschalreise-Richtlinie (1990) durch das Bundesgesetz über Pauschalreisen. Danach erlahmte die Begeisterung. Die bestehenden verbraucherschützenden Regeln wurden nicht an Entwicklungen in der EU angepasst, neue Vorschriften wurden nicht übernommen.

b) Lücken

Dies lässt sich an zwei prominenten Beispielen veranschaulichen, nämlich dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und dem Widerrufsrecht im Fernabsatz. Weder die AGB-Richtlinie (1993) noch die Fernabsatz-Richtlinie (1997) wurden übernommen. Für das AGB-Recht bedeutet dies, dass zunächst nur allgemeine zivilrechtliche Prinzipien zur Anwendung kamen. Ungewöhnliche Klauseln wurden nicht in den Vertrag einbezogen. Bei der Auslegung von Geschäftsbedingungen gingen Unklarheiten zu Lasten des Verwenders. Zu einer eigentlichen Inhaltskontrolle kam es allerdings nicht. Art. 8 UWG-CH in seiner alten Fassung erklärte lediglich für unlauter, wenn ein AGB-Verwender "in irreführender Weise" vom gesetzlichen Leitbild abwich oder "eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten" vorsah. Fügte ein Verwender solche Klauseln klipp und klar ein, lag keine Irreführung vor, so dass selbst leitbildkonträre oder klar äquivalenzwidrige Geschäftsbedingungen wirksam waren, wenn nicht gerade ihre

* Professor an der Universität Zürich, Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. Der Panelbeitrag zum 52. FIW-Symposium in Innsbruck am 7. März 2019 gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

¹ In Anlehnung an den französischen Terminus *droit de la consommation*.

² Ein Haustürwiderrufsrecht wurde bereits 1991 eingefügt, aber dann durch das Swisslex-Paket an europäisches Recht angepasst.

³ Die ersten verbraucherschützenden Vorschriften zum Konsumkredit waren 1962 in das Obligationenrecht eingefügt worden.

Einbeziehung an der Ungewöhnlichkeitsregel scheiterte. Ein kundiger Beobachter bezeichnete die Schweiz deshalb als "archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB".⁴

2012 wurde Art. 8 UWG geändert. Seitdem handelt unlauter, "wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen."⁵ Die Vorschrift wurde also auf das Verhältnis B2C beschränkt, und es wurde auf das Erfordernis der Irreführung verzichtet. Damit gibt es auch im schweizerischen Recht nun eine offene Inhaltskontrolle.⁶ Allerdings wurde auf Klauselkataloge verzichtet, so dass viel von der Auslegung der Vorschrift durch die Gerichte abhängen wird.⁷ Auch fehlen im schweizerischen Recht andere Aussagen der Richtlinie, z.B. Regeln über die Rechtsfolgen eines Verstoßes. Schließlich wirft der Standort der AGB-Vorgaben im UWG Fragen auf, nämlich im Hinblick auf eine allfällige zusätzliche Prüfung der Unlauterkeit.⁸ Der lakonische Ansatz lässt sich nur teilweise mit dem Grundanliegen des schweizerischen Gesetzgebers erklären, rechtliche Vorschriften kurz und knapp zu halten. Eine andere Erklärung besteht in der Zurückhaltung gegenüber einem Ausbau des Konsumentenschutzes.

Diese besondere Zurückhaltung kommt auch hinsichtlich des Widerrufsrechts im Fernabsatz zum Ausdruck. In der EU räumte die Fernabsatz-Richtlinie von 1997⁹ den Verbraucherinnen und Verbrauchern das Recht ein, jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz innerhalb von sieben Tagen zu widerrufen.¹⁰ Das Widerrufsrecht besteht bei Einsatz beliebiger Fernkommunikationstechniken, also bei jedem Kommunikationsmittel, das ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt wird. Erfasst sind also z.B. Briefe und Drucksachen, Kataloge, Prospekte und Pressewerbung mit Bestellschein, Teleshopping und E-Mail und eben auch der Online-Vertrieb. Obwohl seit dem Erlass der Fernabsatz-Richtlinie auch in der Schweiz eine intensive Diskussion über die Wünschbarkeit eines Widerrufsrechts im Fernabsatz geführt wurde, scheiterten entsprechende Vorstöße regelmäßig. Aufschlussreich ist ein Blick auf die einzige Initiative, die von Erfolg gekrönt war: 2015 wurde ein Widerrufsrecht für den Telefonverkauf in das Obligationenrecht eingefügt (nämlich in Art. 40b lit. d OR).¹¹ Obwohl in der wirtschaftlichen Realität der Online-Handel im Vordergrund steht, war nur der Widerruf von Telefonverkäufen in den beiden Kammern des Parlaments mehrheitsfähig.¹² Immerhin wurde die Widerrufsfrist auf die auch in der EU geltende Dauer von 14 Tagen verlängert und erfasst die Vorschrift auch "vergleichbare Mittel der gleichzeitigen mündlichen Telekommunikation", also z.B. die

⁴ Peter Gauch, Ein «regelrechter» Schluss», ZSR 2009 II, 215 (228).

⁵ Die Formulierung ist eng an Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie angelehnt, nämlich Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993, ABl. 1993, L 95/29.

⁶ Florent Thouvenin, in Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar UWG, Basel 2013, Art. 8 N 9.

⁷ Zuversichtlich Alexander Brunner, der davon ausgeht, dass die Praxis in der EU für die Auslegung herangezogen wird, s. Alexander Brunner, in: Brunner/Schnyder/Eisner (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014; ebenso Helmut Heiss, in Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 8 N 237.

⁸ S. hierzu beispielsweise Helmut Heiss, in Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 8 N 49, 214: Keine wettbewerbsrechtliche, sondern eine vertragsrechtliche, insbesondere konsumentenrechtliche Betrachtung ist angezeigt.

⁹ Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20.5.1997, ABl. 1997 L 144/19.

¹⁰ Diese Frist wurde durch die Verbraucherrechte-Richtlinie (Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher vom 25.10.2011, ABl. 2011 L 304/64) auf 14 Tage verlängert.

¹¹ Bundesgesetz vom 19.6.2015 (Revision des Widerrufsrechts), AS 2015 4107; s. hierzu Barbara Haidmayer, Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel, SJZ 112/2016, 1 ff.

¹² Während der Ständerat zunächst der Erstreckung des Widerrufsrechts auf den gesamten Fernabsatz positiv gegenüberstand, herrschte im Nationalrat mehrheitlich Skepsis. Gesetze benötigen in der Schweiz die Zustimmung beider Kammern, s. Art. 148 Abs. 2 und 156 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Audio- und Videokommunikation über soziale Netzwerke wie z.B. *Skype*, *Facetime* und *WhatsApp*. Andererseits besteht nach schweizerischem Recht also kein Widerrufsrecht im Online- oder im traditionellen Versandhandel.¹³

Auch weitere wichtige EU-Verbraucherschutzaktivitäten wurden in der Schweiz nicht oder jedenfalls mit markanten Abweichungen übernommen. So wurde unter dem Eindruck der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹⁴ die kaufrechtliche Gewährleistungsfrist zwar von einem auf zwei Jahre verlängert. Auch ist die vertragliche Verkürzung gegenüber Konsumenten nur bei gebrauchten Sachen möglich (nämlich auf ein Jahr), Art. 210 Abs. 4 OR. Allerdings ist der gänzliche Ausschluss der Gewährleistung auch gegenüber Konsumenten weiterhin möglich (s. Art. 199 OR), was in größtmöglichem Gegensatz zur europäischen Richtlinie steht.¹⁵

Weitere Beispiele für verbraucherschützende EU-Texte, die (jedenfalls vorerst) nicht übernommen worden sind, sind die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken,¹⁶ die Verordnung zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten¹⁷ und die Geoblocking-Verordnung¹⁸.

c) Wissenschaft

Während der Gesetzgeber also – vorsichtig ausgedrückt – zurückhaltend agiert, gibt es aus dem Kreis der Wissenschaft viel Sympathie für einen Ausbau des Konsumentenschutzes. Pionierarbeit leistete das von 1995 bis 2004 von *Alexander Brunner*, *Manfred Reh binder* und *Bernd Stauder* herausgegebene *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrecht (JKR)*. Die führenden wissenschaftlichen Werke sind bis anhin der *Commentaire Romand* zu den konsumentenschützenden Vorschriften des positiven Rechts¹⁹ sowie ein von *Ernst Kramer* herausgegebener Sammelband.²⁰ Das wissenschaftliche Interesse am Thema veranschaulichen zwei aktuelle Buchprojekte, die demnächst publiziert werden.²¹

Ein Kreis um *Claire Huguenin* hat vorgeschlagen, das sich bisher in verschiedenen Gesetzen findende verbraucherschützende Vertragsrecht in einem neu zu erlassenden Konsumschutzgesetz zu vereinen und hat ein ausformuliertes "Muster-Konsumschutzgesetz" vorgelegt.²² Hervorzuheben ist auch die Arbeit der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK), einer tripartiten Kommission, die aus Vertretern der Konsumenten, der Wirtschaft und der Wissenschaft besteht. Die Aufgabe der EKK besteht darin, die Regierung in konsumentenpolitischen Angelegenheiten zu beraten und von sich aus

¹³ Außer wenn die Unternehmen ihren Kunden freiwillig ein solches Recht einräumen.

¹⁴ Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999 (ABl. 1999 L 171/12).

¹⁵ S. Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

¹⁶ Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern vom 11.5.2005 (ABl. 2005 L 149/22).

¹⁷ Verordnung (EU) 2017/1128 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt vom 14.6.2017 (ABl. 2017 L 168/1).

¹⁸ Verordnung (EU) 2018/302 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts vom 28.2.2018 (ABl. 2018 L 601/1). Für eine Rezeption plädiert die "Fair-Preis-Initiative" mit ihrer Forderung nach einer Regel, die den diskriminierungsfreien Einkauf im Online-Handel gewährleistet, s. www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis469t.html.

¹⁹ *Bernd Stauder/Xavier Favre-Bulle* (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la consommation*, Basel 2004.

²⁰ *Ernst A. Kramer* (Hrsg.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, Basel 2008.

²¹ Nämlich *Alexander Brunner*, *Konsumrecht – Ein Fundament des Wirtschaftsrechts* (erscheint demnächst bei Stämpfli); *Helmut Heiss/Leander Loacker* (Hrsg.), *Grundfragen des Konsumentenrechts* (erscheint demnächst bei Schulthess).

²² *Davide Giampaolo/Claire Huguenin*, *Entwicklungen im schweizerischen Konsumrecht – Plädoyer für ein integrales Konsumschutzgesetz*, in: Jusletter 8. Juli 2013 (samt Annex).

einschlägige Empfehlungen zu unterbreiten. Die EKK hat auf dieser Grundlage zu einer Vielzahl von Fragen des Konsumentenschutzes Position bezogen,²³ z.B. auch die Verabschiedung einer systematischen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen empfohlen.²⁴

d) Perspektive

Dennoch sind die Perspektiven des Konsumentenschutzes in der Schweiz eher beschränkt. Allgemein wird der Wert der Vertragsfreiheit auch im Verhältnis B2C sehr viel stärker betont als in den Nachbarländern, was dazu führt, dass deutlich weniger zwingendes Recht existiert. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist eine Art von Auffangbehälter für Fragen des Konsumentenschutzes geworden.²⁵ Dahinter steckt die (realistische) Einschätzung, dass die Erfolgchancen eines Gesetzgebungsvorschlags größer sind, wenn er zumindest formell als wettbewerbsrechtlich und nicht als konsumentenschützend qualifiziert wird.

Der Unterschied zwischen schweizerischem Recht und dem Ansatz in der EU kommt in folgendem Zitat prägnant zum Ausdruck, mit welchem das Eidgenössische Justizdepartement im Jahr 2005 den Verzicht auf ein Widerrufsrecht im Fernabsatz begründete:

"Das Obligationenrecht steht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie ist Ausdruck davon, dass die Bürger mündig sind und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerrufsrechte und Gewährleistungsansprüche tragen dem keine Rechnung und stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar."²⁶

Nicht mehr ganz so neue Erkenntnisse in den Wirtschaftswissenschaften über Informationsasymmetrien, rationale Unwissenheit und Apathie sowie verhaltenswissenschaftliche Aspekte werden vom Gesetzgeber also nicht zeitnah rezipiert.²⁷ Die hieraus resultierende Reformenthaltssamkeit hat Vor- und Nachteile. Der Vorteil besteht in größerer Übersichtlichkeit. Während zu Beginn der 1990er Jahre die Anzahl der konsumentenschützenden Richtlinien noch an einer Hand abzuzählen waren, listet die CPC-Verordnung der EU²⁸ in ihrer künftigen Fassung²⁹ 28 verbraucherschützende Verordnungen und Richtlinien auf. Jeder dieser Texte weist einen durchaus komplexen Inhalt auf. Dies stellt die Gesetzgeber und die Wirtschaft in der EU bzw. im EWR vor große Herausforderungen. Verzicht auf verbraucherschützenden Perfektionismus reduziert also Komplexität. Andererseits führt übertriebene Verbraucherschutzenthaltssamkeit zu unerwünschten Marktergebnissen, z.B. wenn Entscheidungen auf der Grundlage unzureichender Informationen getroffen werden. Zu wünschen wären also für die Schweiz Fortschritte im Konsumentenschutz, ohne unbedingt den gesamten EU-Verbraucherschutz-Korpus zu übernehmen.

²³ Nachweise unter www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/themen/sekretariat-ekk/empfehlungen.html.

²⁴ Empfehlung EKK vom 6.11.2007 betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen, *ibid*.

²⁵ Z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. k-u, Art. 4 lit. d, Art. 8, 16 und 16a UWG-CH. Kritisch zur "Konvertierung" des UWG in ein Konsumentenschutzgesetz *Rolf H. Weber*, Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, *sic!* 2012, 231 (236).

²⁶ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Medienmitteilung v. 9.11.2005 <www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2005/ref_2005-11-091.html>. *Giampaolo/Huguenin* (Fn. 22 Rz. 2) qualifizieren dies als "Tiefpunkt" des Konsumentenschutzes in der Schweiz.

²⁷ Zur marktwirtschaftlichen Fundierung des Verbraucherschutzes s. beispielsweise *Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., Berlin 2017, Rn. 545.

²⁸ CPC: Consumer Protection Cooperation, nämlich Verordnung (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden vom 12.12.2017, ABl. 2017 L 345/1.

²⁹ Nämlich unter Berücksichtigung der Verordnung 2018/302 (Geoblocking) und der Richtlinien 2019/770 und 2019/771.

2. Konsequenzen für das Kartellrecht

a) Stellung der Verbraucherinnen und Verbraucher im schweizerischen Kartellrecht

Im Gegensatz zu Österreich und Deutschland, wo den Kartellbehörden Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes eingeräumt worden sind, hat in der Schweiz die Wettbewerbskommission keine konsumentenrechtlichen Kompetenzen. Da der Bestand verbraucherschützender Normen überschaubar ist, gibt es auch keine Pläne, hieran etwas zu ändern.

Auch im Kartellrecht selber ist die Stellung der Konsumenten schwach ausgeprägt.³⁰ Im materiellen Recht wird dies an der Effizienzrechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen deutlich. In der EU stellt Art. 101 Abs. 3 AEUV bekanntlich vier Freistellungsvoraussetzungen auf, darunter die "angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn". Diese Bedingung fehlt im schweizerischen Recht (Art. 5 Abs. 2 KG³¹). Ursprünglich war zwar geplant, eine entsprechende Modalität aufzunehmen, man hielt es dann aber für überflüssig: Da – wie im europäischen Recht – die Effizienzrechtfertigung nur greift, wenn keine Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, ging der schweizerische Gesetzgeber davon aus, dass es zur Weitergabe der Effizienzvorteile an andere Marktteilnehmer schon kommen wird. Das Erfordernis der Verbraucherbeteiligung erschien ihm deshalb überflüssig.³² Im Gegensatz zum europäischen Recht kommen die Konsumenten deshalb im schweizerischen Kartellgesetz nicht ausdrücklich vor.³³

Dies ist von Bedeutung für die Auslegung des Kartellrechts: Obwohl der Gesetzgeber mit dem Verzicht auf die Erwähnung der Verbraucherbeteiligung keinen Unterschied zum EU-Kartellrecht beabsichtigte, leiten manche hieraus ab, dass im schweizerischen Kartellrecht (im Gegensatz zur EU) nicht der Maßstab der Konsumentenwohlfahrt (*consumer welfare*), sondern die Gesamtwohlfahrt (*total welfare*)³⁴ maßgeblich sei.³⁵ Im Gegensatz hierzu steht die Aussage des bilateralen Kooperationsabkommens Schweiz – EU, wonach die richtige und wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auch "für den wirtschaftlichen Wohlstand ihrer Verbraucher und den Handel" von Bedeutung ist.³⁶ Die Frage nach dem geltenden Wohlfahrtsmaßstab sagt viel über den Stellenwert der Verbraucher im jeweiligen Kartellrecht aus. Allerdings relativiert sich diese Aussage, wenn man Wohlfahrt nur als mittelbares Ziel des Kartellrechts interpretiert und in erster Linie auf die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit, d.h. auf den Wettbewerb als solchen abstellt.³⁷

Praktischer wird es dann bei den konkreten Rechten der Verbraucher im Kartellrecht. Wie jedermann können sie mutmaßliche Wettbewerbsbeschränkungen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission anzeigen. Auch wenn dies keine Beteiligungsrechte auslöst und

³⁰ Grundlegend zum Verhältnis von Kartellrecht und Konsumentenschutz *Alexander Brunner*, Konsumentenkartellrecht, AJP 1996, 931 ff.

³¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251.

³² *Jürg Borer*, Wettbewerbsrecht I – Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 5 KG N. 46.

³³ Mit Ausnahme der Erwähnung der Konsumentenorganisationen in Art. 43 Abs. 1 lit. c KG.

³⁴ Zu diesem Unterschied s. beispielsweise *Massimo Motta*, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, 17 ff.

³⁵ S. z.B. *Bundesrat*, Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 22.2.2012, BBl 2012, 3905 (3942).

³⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, SR 0.251.268.1 (ABl. EU 2014 L 347/3).

³⁷ Zu dieser Grundlagendiskussion aus schweizerischer Perspektive s. z.B. die Nachweise bei *Andreas Heinemann*, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung – Der Zweck des Kartellrechts, ZSR, Band 135 (2016) I, 431 (435 ff.).

zudem kein Anspruch auf Eröffnung eines Verfahrens besteht, wird von der Möglichkeit der Anzeige reger Gebrauch gemacht. Den Verbrauchern fehlt allerdings die Aktivlegitimation im Kartellzivilrecht. Nach h.M. stehen ihnen also keine zivilrechtlichen Ansprüche im Fall einer Kartellrechtsverletzung zu.³⁸ Da gleichzeitig im schweizerischen Kartellzivilrecht die *passing on*-Verteidigung anerkannt ist, kommt es zu einer rechtsvergleichenden Singularität: Werden die Kartellaufschläge vollständig bis hin zu den Verbrauchern durchgereicht, scheitern die Ansprüche der Händler an der *passing on*-Verteidigung und die Ansprüche der Verbraucher am Fehlen der Aktivlegitimation. Im Ergebnis hat also niemand einen Anspruch. Der hier bestehende Reformbedarf ist evident.

b) Status der Konsumentenorganisationen

In der Schweiz gibt es vier anerkannte Konsumentenorganisationen³⁹, die eine staatliche Unterstützung von insgesamt ca. einer Million CHF pro Jahr erhalten.⁴⁰ Nach gängiger Praxis ist eine Vertreterin/ein Vertreter der Konsumentenorganisationen Mitglied der Wettbewerbskommission. Konsumentenschutzorganisationen können gem. Art. 43 Abs. 1 lit. c KG als "beteiligte Dritte" an Untersuchungsverfahren teilnehmen,⁴¹ haben aber kein Beschwerderecht.

Stärker ist ihre Stellung im Kartellzivilrecht: Nach Art. 89 der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO-CH) haben bestimmte Organisationen das Recht, in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der vertretenen Personen zu klagen. Auch den Konsumentenorganisationen wird hierdurch ein Verbandsklagerecht eingeräumt. Allerdings ist dieses Recht auf Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklagen beschränkt und gilt nicht für Schadenersatzklagen. Die mangelnde Aktivlegitimation der Konsumentinnen und Konsumenten wird hierdurch also nicht kompensiert. Es bleibt nur die Möglichkeit, dass die Kartellrente im verwaltungsrechtlichen Verfahren abgeschöpft wird. Den Geschädigten kommt dies aber nicht zugute.

3. Preisüberwachung

a) Grundlagen

In der Schweiz gibt es – neben der Wettbewerbskommission – eine zweite Kartellbehörde, nämlich den Preisüberwacher ("*Monsieur Prix*"). Die Preisüberwachung wurde in den 1970er Jahren in Reaktion auf Ölpreiskrise, Rezession und Inflation eingerichtet und hatte ursprünglich eine konjunkturpolitische Ausrichtung. Aufgrund einer Volksabstimmung im Jahr 1982 wurde die Einrichtung perpetuiert und wettbewerbsrechtlich umgestaltet. Der Preisüberwacher hat die Aufgabe, missbräuchliche Preisgestaltungen zu unterbinden, wobei Preismissbrauch dann vorliegt, wenn die Preise nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs

³⁸ Dies ergibt sich aus der restriktiven Fassung von Art. 12 Abs. 1 KG, wonach solche Ansprüche nur demjenigen zustehen, der "in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird". Konsumenten nehmen keinen Wettbewerb auf, noch üben sie ihn aus. Eine beachtliche Mindermeinung bejaht hingegen Ansprüche der Konsumenten auf Grundlage des allgemeinen Zivilrechts, z.B. *Brunner* (Fn. 30), 941 f. (jedenfalls nach verwaltungsrechtlicher Feststellung des Kartellrechtsverstosses).

³⁹ Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI), Fédération romande des consommateurs (FRC), Schweizerisches Konsumentenforum (KF) und die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS).

⁴⁰ Rechtsgrundlage hierfür sind die Art. 5 ff. Konsumentenschutzgesetz (KIG, SR 944.0).

⁴¹ Entsprechend verweist der Ingress des Kartellgesetzes auf Art. 97 Abs. 2 der Bundesverfassung (Rechte der Konsumentenorganisationen).

sind, Art. 12 Abs. 1 Preisüberwachungsgesetz (PüG).⁴² Dies ist insbesondere bei Wettbewerbsabreden und bei Einsatz von Marktmacht der Fall. Das Preisüberwachungsgesetz schränkt also die Freiheit ein, aufgrund von Absprachen oder unkontrollierten Verhaltensspielräumen die Preise beliebig über das Wettbewerbsniveau zu erhöhen. Der Sinn der wettbewerbsrechtlichen Preisüberwachung kommt markant in folgendem Satz aus der Gesetzesbegründung zum Ausdruck: "Es handelt sich daher um eine Art Wettbewerbsersatz-Politik, die den anerkannt besten Preisüberwacher, den Wettbewerb, ablöst".⁴³

Zu den Kriterien für das Vorliegen eines Preismissbrauchs enthält Art. 13 PüG eine Liste, die man auch für die Feststellung eines kartellrechtlichen Ausbeutungsmissbrauchs verwenden kann. Anerkannt sind insbesondere das Prinzip der Kostenbegrenzung und die Vergleichsmarktmethode. Im Gegensatz zur Wettbewerbskommission kontrolliert der Preisüberwacher auch behördlich festgesetzte oder genehmigte Preise oder hat, wenn andere Behörden zuständig sind, zumindest ein Anhörungsrecht. In erster Linie versucht der Preisüberwacher, einvernehmliche Regelungen zu treffen. Er hat aber auch echte Eingriffsbefugnisse und kann durch Entscheid eine Preiserhöhung untersagen oder eine Preissenkung anordnen, Art. 10 PüG.

b) Verbraucherbezug

Die Preisüberwachung ist für die Konsumenten von großer Bedeutung. Schon die direktdemokratische Legitimation macht die Institution zu einer sehr bürgernahen Einrichtung. Davon zeugt auch die hohe Zahl von Publikumsmeldungen (ca. 1.900 im Jahr 2018), die in erster Linie den öffentlichen Verkehr, das Gesundheitswesen, die Telekommunikation, die Brief- und Paketpost sowie die Finanzbranche betreffen. Bei der Preisüberwachung geht es häufig um die Missbräuchlichkeit von Preisen gerade im Verhältnis zu den Konsumentinnen und Konsumenten.

Das Preisüberwachungsgesetz setzt ganz auf Durchsetzung durch den Preisüberwacher, also eine Behörde. Zivilrechtliche Ansprüche sind nicht vorgesehen. Sie sind auf das Kartellgesetz zu stützen, wobei gerade im Hinblick auf die Konsumenten aber das oben geschilderte Hindernis bei der Aktivlegitimation besteht. Der Preisüberwacher hat jedoch kreative Lösungen entwickelt, die bewirken, dass Konsumentinnen und Konsumenten direkt für Preismissbräuche entschädigt werden. So hat er beispielsweise im Weg der einvernehmlichen Regelung dafür gesorgt, dass jeder Schweizer Haushalt zum Ausgleich für unangemessene Posttarife Gratis-Briefmarken erhält,⁴⁴ oder dass überhöhte Bahnpreise durch Rabattbillete und Gutscheine für Inhaber von Halbtaxabonnements kompensiert werden.⁴⁵

c) Verhältnis zum Kartellgesetz

Wettbewerbskommission und Preisüberwacher arbeiten eng zusammen. Der Preisüberwacher nimmt beispielsweise an den Sitzungen der Wettbewerbskommission mit beratender Stimme teil, Art. 5 Abs. 2 PüG. Umgekehrt konsultiert der Preisüberwacher die

⁴² SR 942.20.

⁴³ Bundesrat, Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 30.5.1984, BBl 1984 II, 755 (795).

⁴⁴ Preisüberwacher, Jahresbericht 2016, RPW 2016/5, 1158 (1160).

⁴⁵ Preisüberwacher, Jahresbericht 2015, RPW 2015/5, 918 (920).

Wettbewerbskommission, wenn Fragen im Hinblick auf Wettbewerbsabreden, Marktmacht und den wirksamen Wettbewerb zu beurteilen sind, Art. 5 Abs. 4 PüG. Beide Institutionen orientieren sich gegenseitig über wichtige Entscheidungen, Art. 5 Abs. 3 PüG. Für Kompetenzkonflikte enthalten sowohl das Kartellgesetz als auch das Preisüberwachungsgesetz Regeln, die einander allerdings zumindest teilweise widersprechen.⁴⁶ In der Praxis funktioniert die Zusammenarbeit aber ausgezeichnet. Wenn beispielsweise Publikumsmeldungen Kartellverdacht zu entnehmen ist, reicht der Preisüberwacher entsprechende Informationen an die Wettbewerbskommission weiter, die dann ein Verfahren eröffnet. So geht beispielsweise der Entscheid der Wettbewerbskommission zu einem Fahrshulkartell im Oberwallis auf Informationen des Preisüberwachers zurück.⁴⁷

4. Fazit und Forderungen

In der Schweiz besteht Zurückhaltung beim Ausbau des Konsumentenschutzes. Kommt es zu Weiterentwicklungen, werden diese vorzugsweise knapp gehalten und gerne in das UWG integriert, um zu einem wettbewerbsrechtlichen statt einem konsumentenrechtlichen Anstrich zu gelangen. In der Schweiz wird das UWG ganz überwiegend zivilrechtlich durchgesetzt. Nur ausnahmsweise ist das Staatssekretariat für Wirtschaft zuständig, das mit ausländischen Aufsichtsbehörden kooperieren kann (Art. 21, 22 UWG-CH), ansonsten aber ebenfalls den Zivilrechtsweg beschreiten muss (Art. 10 Abs. 3 UWG-CH).

Hinter der konsumentenrechtlichen Abstinenz steckt die Überzeugung, dass der Wettbewerb das mächtigste Instrument zum Schutz der Konsumenten ist. So kommt die konsequente Kartellbekämpfung gerade auch den Konsumenten zugute. Schwerer hat es die Einsicht, dass hinter vielen konsumentenrechtlichen Forderungen Informationsasymmetrien stehen, also Formen des Marktversagens, die ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Wettbewerbsmechanismus verhindern. Der Wettbewerb kann seine Funktionen nur dann in vollem Umfang erfüllen, wenn die Entscheidenden, also auch die Konsumentinnen und Konsumenten, gut informiert sind, und wenn das Korrelat von Freiheit und Verantwortung gewahrt ist, jedermann also für Pflichtverletzungen haftet.

Wie dem auch sei: Wenn man den Konsumentenschutz in erster Linie auf den Wettbewerbsmechanismus gründet, muss gewährleistet sein, dass die Konsumenten und ihre Verbände das Recht haben, die Anwendung des Kartellrechts in die eigene Hand zu nehmen. Der dringendste Reformbedarf besteht also darin, den Konsumenten im Kartellzivilrecht die Aktivlegitimation einzuräumen und die Klagerechte der Konsumentenorganisationen auf reparatorische Ansprüche zu erweitern.⁴⁸ Die

⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 3 KG (Vorrang von KG-Verfahren gegenüber solchen nach PüG) mit Art. 16 Abs. 2 PüG (Vorbehalt zugunsten des Preisüberwachers im Hinblick auf die Missbräuchlichkeit von Preisen).

⁴⁷ *Wettbewerbskommission*, 25.2.2019 – Fahrlehrertarife Oberwallis (s. Medienmitteilung vom 5.3.2019, www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-74193.html).

⁴⁸ S. zu Letzterem die Vorschläge des Bundesrats zu einer Neuregelung der Verbandsklage und zur Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens im Hinblick auf die Durchsetzung von Massenschäden: *Bundesrat*, Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), Vorlage und Bericht vom 2.3.2018

Zuerkennung eigener Rechte an Konsumenten und ihre Organisationen ist unabdingbar, wenn man das Wirtschaftssystem auf die autonomen Entscheidungen der Einzelnen gründet, wie dies in einer Marktwirtschaft der Fall ist.