

Konsumkredite – eine kleine Tour d’Horizon mit Blick auch auf die EU

Dr. Marlis Koller-Tumler, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	20
Materialienverzeichnis	21
I. Einleitung	22
II. Rechtsgrundlagen und Zielsetzungen	23
III. Der Konsumentenschutz des KKG	27
IV. Ausgewähltes zum Geltungsbereich	27
1. Der Konsumkreditvertrag	27
2. Der persönliche Anwendungsbereich	29
3. Bereichsausnahmen wie Bagatell- und Grosskredite	30
4. Sonderfall Leasing	32
V. Informationspflichten	34
VI. Widerrufsrecht	36
VII. Kreditfähigkeitsprüfung	38
VIII. Sanktionen	41
IX. Ausblick	45

* Um Nachweise ergänztes Vortragsmanuskript.

Literaturverzeichnis

Stand der Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 29. Juni 2010.

- BRUNNER ALEXANDER, Konsumkreditgesetz (KKG), in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- BRUNNER ALEXANDER/REHBINDER MANFRED/STAUDER BERND (Hrsg.), JKR 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003.
- FAVRE-BULLE XAVIER, Les opérations de crédit à l'épreuve de la nouvelle législation sur le crédit à la consommation: un premier bilan, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2003 de droit bancaire et financier, Genf 2004, S. 115-141.
- Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Genf 2003.
 - La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation: présentation générale et champ d'application, in: Pierre-Louis Imsand (Hrsg.), La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation, Lausanne 2002, S. 27-65.
 - La résiliation anticipée d'un contrat de leasing – Le rôle du bail à loyer (art. 266k CO), in: Collezione Assista (Assista TCS), Genf 1998, S. 116-139.
- HESS MARKUS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit, Eckdaten für die Vertragsgestaltung und Geschäftsabwicklung, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 65-87.
- HESS MARKUS/SIMMEN ROBERT (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002.
- KOLLER THOMAS, Das Sanktionensystem des Konsumkreditrechts, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Berner Bankrechtstag 1994, Bern 1994, S. 81-105.
- KOLLER-TUMLER MARLIS, E-Banking und Konsumentenschutz, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), E-Banking – Rechtliche Grundlagen, Berner Bankrechtstag 2001, Bern 2002, S. 143-180.
- Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), JKR 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, S. 3-49.
 - Konsumkreditrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996; auch erschienen in: Bernd Stauder/Marlis Koller-Tumler, Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR = Sonderedition aus dem Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 1996.
- LUPI THOMANN MELANIA, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Diss. Zürich, Zürich 2003.
- REIFNER UDO, Verantwortungsvolle Kreditvergabe im europäischen Recht, in: Luc Thévenoz/Norbert Reich (Hrsg.), Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer law, Baden-Baden 2006, S. 383-404.
- SCHÖBI FELIX, Das schweizerische Konsumkreditgesetz und das Europäische Recht, Vortrag anlässlich der Tagung «Konsum, Kredit, Schulden» des Vereins Schulden-

- sanierung Bern, vom 10. November 2006, abrufbar unter: <www.schuldeninfo.ch/documents/referatschoebi.pdf>.
- Das Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit im Überblick, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 17-34.
- SIMMEN ROBERT, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 35-64.
- Neue Informationsstelle für Konsumkredit (IKO) und Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK), in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 157-169.
- STAUDER BERND, Konsumkreditrecht, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.) Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. X, Basel, 2008, S. 217-407.
- Le consommateur – enfant chéri ou mal-aimé du législateur, in: Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Luc Thévenoz (Hrsg.), Le législateur et le droit privé. Colloque en l’honneur du professeur Gilles Petitpierre, Genf 2006, S. 145-165.
 - Der Grundsatz der verantwortungsvollen Kreditvergabe, in: Maria Reiffenstein et al. (Hrsg.), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung. Festschrift Gottfried Mayer, Wien 2004, S. 193-212.
 - Leasingverträge nach revidiertem KKG, in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Konsumentenrechts 2002. Schwerpunkt: Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 2003, S. 79-125.
 - Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996; auch erschienen in: Bernd Stauder/Marlis Koller-Tumler, Abzahlungsrecht. Kommentar zu den Art. 226a-228 OR = Sonderedition aus dem Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 1996
 - Konsumkreditrecht – Das Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, AJP 1994, S. 675-690.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel/Brüssel 2006..

Materialienverzeichnis

- Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Dezember 1998, BBL 1999 III 3155-3201.
- Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1-450.
- Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978, BBl 1978 II 485-641.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag vom 26. Januar 1960, BBl 1960 I 523-598.

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit vom 31.12.2002, KOM (2002) 443, ABl. C 331 E/200 ff.

Europäische Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG vom 28. Oktober 2004, KOM(2004)747 endgültig, 2002/0222 (COD).

Europäische Kommission, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 7. September 2005, KOM (2005) 483 endgültig, 2002/0222 (COD).

I. Einleitung

Als Konsumentenrechtlerin eine halbe Stunde über Konsumkredite sprechen zu dürfen, fühlt sich wohl so ähnlich an wie wenn eine Pfarrerin eine halbe Stunde über das alte Testament referieren darf: Bei beidem bleibt einem nichts anderes übrig, als sich auf wenige Problemkreise zu fokussieren. Mein Vorhaben wird dadurch erschwert, dass sich unter der Zuhörerschaft hier im Bellevue in Bern einerseits Spezialisten des Konsumkreditrechts befinden, andererseits aber – und das scheint mir immerhin die Mehrheit zu sein – auch Personen, die sich in ihrem Arbeitsalltag mit Gross- und/oder Interbankenkrediten, mit pfandbriefbasierten Kreditfinanzierungen oder mit Sanierungsdarlehen, aber ganz sicher nie mit dem «Kredit des kleinen Mannes» bzw. mit Konsumkrediten beschäftigen. Im Folgenden wende ich mich an diese zweite Gruppe und versuche, Ihnen den «Sonderfall Konsumkredit» zumindest punktuell näher zu bringen

Von HUBERT STÖCKLI¹ haben Sie soeben gehört, dass der typische Kreditvertrag im Firmenkundengeschäft auf zwei Bausteinen, dem Rahmenkreditvertrag und den Einzelgeschäften aufbaut, wobei in der Kreditpraxis die gesetzlichen Bestimmungen zum Darlehensrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen, da sie weitgehend dispositiver Natur sind. Das wiederum hat zur Folge, dass sich der Inhalt von Kreditverträgen im kommerziellen Bereich vorab aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt, die wiederum auf dem Zusammenspiel von individuellen Abreden einerseits und Allgemeinen Geschäftsbedingungen andererseits basieren.

¹ STÖCKLI, Kreditvertrag, ab Seite 1 in diesem Band.

Im Konsumkreditbereich ist das ganz anders. Hier hat der Gesetzgeber im Laufe der Jahre immer detaillierter und präziser normiert was einen Konsumkredit darstellt, wer unter welchen Bedingungen einen Konsumkredit aufnehmen darf und was passiert, wenn man sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben hält.

II. Rechtsgrundlagen und Zielsetzungen

- Mit dem 1962 erlassene Abzahlungsgesetz (Art. 226a-226m aOR)² wollte man dem Abzahlungskäufer *vermehrten Sozialschutz* zukommen. Personen, die den Kaufpreis in Raten zurückzuzahlen hatten, sollten vor Missbräuchen bewahrt werden.³
- Nachdem bald nach Inkrafttreten des Abzahlungsrechts massive Umgehungen der im Kaufrecht angesiedelten Schutzbestimmungen auftraten, wurde schon bald eine Revision notwendig, die einerseits diesen Gesetzesumgehungen einen Riegel schieben, andererseits aber auch neuere, gesetzlich noch nicht erfasste Formen des Konsumkredits (v. a. die Kleinkredite) in die Sozialschutznormen miteinbeziehen sollte. Ziel war, die Überschuldung von Privathaushalten zu vermeiden.
- Der Entwurf zu einem Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978 (E-78) trachtete denn auch danach, «im Bereich der Verbraucherkreditgeschäfte» den «*Sozialschutz des Abzahlungsrechts verbessern, verstärken und erweitern*»⁴. Er sah eine Reihe von Einzelmassnahmen vor, wie Höchstzinssatz, Widerrufsrecht, Laufzeitbeschränkung und Zweitkreditverbot. Nach überaus langwierigen Beratungen im Parlament scheiterte der E-78 am 4. Dezember 1986 in der Schlussabstimmung des Ständerats.
- Der Ruf nach einem griffigen Konsumkreditgesetz verstummte aber nicht, wie etwa die Motionen AFFOLTER, GOLL und KELLER sowie die Standesinitiativen der Kantone Luzern und Solothurn aus den Jahren

² Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag vom 23.3.1962 (AS 1962, 1047; Botschaft vom 26. Januar 1960, BBl 1960 I 523ff.).

³ Näheres dazu bei STAUDER, Basler Kommentar, Art. 226a-228 OR.

⁴ Botschaft zum KKG, BBl 1978 II 485 ff.

1992 und 1993 zeigen.⁵ Der Bundesrat wagte sich aber nicht mehr so recht an das Thema heran, weil es unmöglich schien, in dieser Materie einen politischen Konsens zu finden.

- Die Ausgangslage änderte sich erst 1992, als sich die Schweiz mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zur Übernahme des sog. *Acquis communautaire* und damit zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (VerbrKr-RL 87/102/EWG)⁶ verpflichtete.⁷ Bei einem Beitritt zum EWR hätte die Schweiz auch die Verbraucherkreditrichtlinie von 1986⁸ umsetzen müssen. Diese Richtlinie, die 1990 und 1998 erste Änderungen erfuhr,⁹ wollte einen gemeinsamen Markt für das Kreditwesen schaffen und gleichzeitig gemeinschaftsweite Mindestregelungen zum Schutze der Konsumenten festzuschreiben.
- Nach dem Nein zum EWR wurde der im «Eurolex»-Verfahren ausgearbeitete und bereits verabschiedete Gesetzesentwurf praktisch unverändert im Rahmen des nunmehr so genannten «Swisslex-Pakets» als Konsumkreditgesetz 1993 (KKG 1993) verabschiedet und trat neben das weiter geltende Abzahlungsrecht des OR.
- Das Swisslex-KKG von 1993 unterschied sich trotz autonomen Nachvollzugs kaum von der VerbrKr-RL 87/102/EWG. Dies bezieht sich nicht nur auf den für schweizerische Verhältnisse ungewöhnlichen Gesetzesaufbau, sondern auch auf den Inhalt. Während die meisten EG-Staaten bei der Umsetzung der Richtlinie über deren Mindeststandard hinaus-

⁵ Nachweise in Botschaft, Änderung KKG, BBl 1999 III 3159. Vgl. auch KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, KKG.

⁶ Richtlinie 87/102/EWG vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 42 vom 12.2.1987, 48 ff. (VerbrKr-RL 87/102/EWG).

⁷ Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 157-177.

⁸ VerbrKr-RL 87/102/EWG.

⁹ Richtlinie 90/88/EWG des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 61 vom 10.3.1990, 14 ff.; Richtlinie 98/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. Nr. L 101 vom 1.4.1998, 17 ff.

gingen, lehnte sich das KKG 1993 sowohl im Aufbau wie auch inhaltlich ausserordentlich eng an den Wortlaut der VerbrKr-RL 87/102/EWG an.

Das KKG 1993 verpflichtete zwar die Kreditgeber zu mehr Transparenz, enthielt aber kaum materielle Schutzbestimmungen. BERND STAUDER würdigte es denn auch als blosses «Konsumkredit-Informations-Gesetz» (KKIG), dem ein eigentliches KKG noch zu folgen habe.¹⁰

Das sah offenbar auch der Bundesrat so und der damalige Justizminister, Bundesrat KOLLER, versprach noch im Jahre 1993 bald einen Entwurf zu einem umfassenderen KKG vorzulegen oder jedenfalls ein Vernehmlassungsverfahren bei den Kantonen durchzuführen. Vereinzelt Kantone hatten nämlich schon längst damit begonnen, das Problem der Überschuldung der Privathaushalte gestützt auf Art. 6 ZGB durch kantonale öffentlich-rechtliche Höchstzinsvorschriften, Zweitkreditverbote oder Bonitätsprüfungserfordernisse für Klein- bzw. Konsumkredite in den Griff zu bekommen. Das Bundesgericht hat die Vereinbarkeit dieser kantonalen Bestimmungen mit dem Bundesrecht, insbesondere auch mit der Handels- und Gewerbefreiheit festgestellt.¹¹

- Diese Situation war vor allem für die Anbieter von Konsumkrediten unbefriedigend, mussten sie doch ihre jeweiligen Angebote immer auf die kantonale Gesetzgebung abstimmen und konnten kaum kantonsübergreifende Werbung für Ihre Produkte machen. Sie signalisierten denn auch, an einem neuen umfassenden KKG interessiert zu sein. So legte der Bundesrat 1998 Botschaft und Entwurf eines neuen Konsumkreditgesetzes vor.¹² Er packte die Gelegenheit, nicht nur das Konsumkreditrecht schweizweit wieder auf eine einheitliche Gesetzesbasis zu stellen, sondern auch den Sozialschutz zu verbessern. Bundesrätin Metzler erklärte als damalige Justizministerin, *«nur ein Konsumkreditgesetz, das den Schutz des sozial Schwächeren verbessert, kann für sich in Anspruch nehmen, abschliessend zu sein»*.¹³ Trotz erheblichen Widerstandes kam es – anders als beim E-78 – am 23. März 2001 zur Verabschiedung des neuen, heute geltenden KKG (KKG 2001).¹⁴ Es trat, nach Verabschiedung der Verord-

¹⁰ STAUDER, AJP 1994, 689.

¹¹ BGE 119 Ia 59 (betr. ZH); 120 Ia 286 (betr. BE), 120 Ia 299 (betr. NE).

¹² Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3155-3201, insbes. 3156, 3165 f.

¹³ Bundesrätin METZLER, Amtl.Bull. 1999 NR, 1882; Amtl.Bull. 2000 StR, 567.

¹⁴ Vgl. dazu STAUDER, Le consommateur, 151-155.

nung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) am 6. November 2002, am 1. Januar 2003 in Kraft.

Nunmehr ist es den Kantonen verwehrt, weiter gehende Bestimmungen zum Schutz der Konsumentinnen zu erlassen; insbesondere dürfen sie den maximal zulässigen Höchstzins nicht unter den vom Bundesrat festgelegten Zinssatz senken. Den Kantonen verbleibt allerdings das Recht (aber auch die Pflicht), die Gewährung und Vermittlung von Konsumkrediten einer Bewilligungspflicht zu unterstellen.¹⁵

- Gleiche Probleme wie in der Schweiz machten sich auch in der EU bemerkbar. Die VerbrKr-RL 87/102/EWG sah bloss eine Mindestharmonisierung vor und überliess es damit den Mitgliedstaaten, ob sie ihre Kreditnehmer weitergehend schützen wollten als dies die Richtlinie verlangte.¹⁶ Während einzelne Staaten den Schutz weit ausdehnten, be-liessen es andere bei den Mindestanforderungen. Ende 2002 legte die Kommission daher einen Richtlinienvorschlag vor, der die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucher-kredit weitgehend harmonisieren sollte.¹⁷ Ziel der Überarbeitung war die Schaffung eines vergleichbaren Konsumentenschutzniveaus in den einzelnen Mitgliedstaaten zwecks Erleichterung eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes. Auch sollten bestehende Wettbewerbsverzer-rungen aufgehoben werden. Das soll den Konsumenten u. a. ermöglichen, Kredit-Konditionen in verschiedenen Ländern einfacher zu ver-gleichen und beim grenzüberschreitenden Vertragsabschluss grössere Rechtssicherheit zu haben. Nach einem ebenso langwierigen wie um-strittenen Gesetzgebungsverfahren¹⁸ wurde am 23. April 2008 die Richtlinie 2008/48/EG verabschiedet.¹⁹ Die Umsetzung in den Mitgliedstaaten hat bis zum 11. Juni 2010 zu erfolgen.

¹⁵ Art. 39 und 40 KKG; Art. 4 ff. VKKG.

¹⁶ Art. 15 der VerbrKr-RL 87/102/EWG.

¹⁷ KOM (2002) 443, Amtsblatt C 331 E vom 31.12.2002.

¹⁸ Die Dokumente sind gesammelt herunterladbar unter der folgenden Internetadresse: <www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1915>.

¹⁹ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. Nr. L 133 vom 22.5.2008, 66 ff.

- Das KKG 2001 (nachfolgend KKG) wie auch die VerbrKr-RL 2008/48/EG fokussieren vorab diejenigen Konsumenten, die angesichts von intensiven, oft aggressiven Vermarktungs- und Werbekampagnen der Versuchung erliegen und Kredite in Anspruch nehmen, die ihre finanziellen Möglichkeiten übersteigen. Ihnen sollen durch zwingend ausgestaltete Schutznormen verschiedene Hilfestellungen gegeben werden.

III. Der Konsumentenschutz des KKG

Der Konsumentenschutz des KKG manifestiert sich in der Begründung einer Vielzahl vorvertraglicher Informationspflichten (vorab über die Gesamtkosten des Kredits und den effektiven Jahreszins), einer vorvertraglichen Kreditfähigkeitsprüfung (dem Herzstück des Gesetzes) und in besonderen Formvorschriften.²⁰ Überdies wird ein Höchstzinssatz festgesetzt und es wird dem Konsumenten ein voraussetzungsloses Widerrufsrecht eingeräumt, über das der Anbieter zu informieren hat. Die Nichteinhaltung dieser Pflichten ist spezialgesetzlich rigoros sanktioniert, bis hin zum Rechtsverlust des Kreditgebers. Mit scharfen, teils überkompensatorischen Sanktionen soll verhindert werden, dass ein Anbieter *«gegen gesetzliche Normen verstossende vertragsrechtliche Versuchsballons starten kann, ohne Nachteile zu riskieren, wenn ein solcher Versuch scheitert»*²¹.

IV. Ausgewähltes zum Geltungsbereich

1. Der Konsumkreditvertrag

Was genau unter einem Konsumkredit zu verstehen ist, definiert das KKG nicht. Es hält vielmehr in Art. 1 Abs. 1 des KKG fest, dass es sich beim Konsumkreditvertrag um einen Vertrag zwischen einem Kreditgeber und einem Konsumenten handelt, in dem sich ersterer verpflichtet, letzterem einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe zu gewähren.²²

²⁰ Vgl. dazu ausführlich BRUNNER, Handkommentar, KKG; BRUNNER/REHBINDER/ STAUDER (Hrsg.), JKR 2002; FAVRE-BULLE, Commentaire romand, KKG; HESS/SIMMEN (Hrsg.), Konsumkreditgesetz; STAUDER, SPR.

²¹ So KOLLER, Sanktionensystem, 105.

²² Die VerbrKr-RL 2008/48/EG benützt in Art. 3 eine ähnliche Umschreibung: Dort heisst es: Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

Als Konsumkreditverträge gelten auch Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite auf laufenden Konti, wenn sie mit einer Kreditoption verbunden sind. Als Kreditoption gilt die Möglichkeit, den Saldo in Raten zu bezahlen. Zum Einbezug des Leasing vgl. unten 4.

Damit zeigt sich, dass der Kreditbegriff des KKG nicht identisch ist mit dem Darlehensbegriff nach Art. 321 OR. Durch das KKG werden vielmehr sämtliche Formen des Geld-, Waren- und Dienstleistungskredits erfasst, und zwar unabhängig von der Rechtsform, der sie nach den traditionellen Einteilungskriterien des OR zuzuordnen sind. Das KKG verwendet den Ausdruck «Kredit» nicht als Rechtsbegriff, sondern zur Umschreibung eines wirtschaftlichen Sachverhalts.

Obwohl Art. 1 KKG dies nicht explizit erwähnt, kommt das KKG nur für entgeltliche Kredite zur Anwendung (Art. 1 KKG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. c und lit. d KKG), wobei sich die Entgeltlichkeit auf die Kreditierung als solche beziehen muss. Unter Entgelt ist jede finanzielle Gegenleistung des Konsumenten für die Kreditgewährung zu verstehen, wie Zinsen, Gebühren, Teilzahlungszuschläge aber auch ein Disagio, d. h. ein Auszahlungsabgeld für die Kapitalnutzung.²³ Die Schutzbestimmungen des KKG entfallen aber nicht nur bei Gratiskrediten, sondern auch immer dann, wenn der Konsument im Falle der Rückzahlung des Kreditbetrags auf einmal keine Zinsen zu zahlen hat (Art. 7 Abs. 1 lit. d KKG). Hauptanwendungsbereich dieser Bereichsausnahme sind Kredit- und Kundenkarten, bei denen die Zahlungsfunktion überwiegt und die Gefahr einer Konsumentenüberschuldung als gering eingeschätzt wird.²⁴

-
- a) «Verbraucher» eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;
 - b) «Kreditgeber» eine natürliche oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt oder zu gewähren verspricht;
 - c) «Kreditvertrag» einen Vertrag, bei dem ein Kreditgeber einem Verbraucher einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.

²³ Vgl. dazu (für Deutschland) auch die Urteile des BGH vom 14.09.2004 – XI ZR 11/04 und vom 04.04.2000 – XI ZR 200/99.

²⁴ FAVRE-BULLE, Commentaire romand, N 18 und 19 zu Art. 7 KKG.

2. Der persönliche Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes wird einzig durch das Begriffspaar *Kreditgeber* und *Konsument* bestimmt. Kreditgeber ist nach Art. 2 KKG jede natürliche oder juristische Person, die *gewerbsmässig* Kredite gewährt. Damit fallen vereinzelt gewährte Kredite von Handwerkern an ihre Kunden und Arbeitgeberdarlehen (sofern es sich beim Arbeitgeber nicht gleichzeitig um einen gewerbsmässigen Kreditgeber wie z. B. eine Bank oder eine Leasinggesellschaft handelt) nicht unter das Konsumkreditgesetz. Ratio legis dieser vom Gesetzgeber gegenüber dem KKG 1993 bewusst vorgenommenen Änderung war der Umstand, dass man dieser Kreditanbietergruppe die (zwingende) Durchführung einer Kreditfähigkeitsprüfung nicht zumuten wollte.²⁵

Konsument ist nach Art. 3 KKG eine natürliche Person, die sich einen Kredit zu einem privaten, d. h. zu einem nicht ihrer selbständigen²⁶ beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zuzurechnenden Zweck gewähren lässt.²⁷ Wenn der Kredit dem Warenerwerb und dem Bezug einer Dienstleistung dient, ist nicht die «objektive Natur» der gekauften Sache oder der bezogenen Dienstleistung massgebend für die Zweckbestimmung, sondern die vom Kreditnehmer (subjektiv) beabsichtigte, für den Kreditgeber bei Vertragsschluss erkennbare Verwendung.²⁸

Abgrenzungsprobleme ergeben sich in verschiedener Hinsicht. Das Merkmal der Gewerbsmässigkeit auf Seiten des Anbieters verlangt eine auf eine gewisse Dauer angelegte, organisierte und regelmässige Tätigkeit, welche auf Erwerb ausgerichtet ist.²⁹ Die Legaldefinition über die Zweckum-

²⁵ Ständerat WICKI, Amtl.Bull. 2000 StR, 568.

²⁶ KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, 25 ff.; STAUDER, Konsumkreditrecht, 233.

²⁷ Nicht unter das KKG fallen die sogenannten Existenzgründungsdarlehen; siehe KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 8 aKKG m.w.N. Umstritten ist, ob das KKG auf Ausbildungsdarlehen an Studenten anwendbar ist. Bejahend FAVRE-BULLE, bilan, S. 138 und ihm folgend STAUDER, SPR, 233, a.A. SIMMEN, Barkredit, 42.

²⁸ FAVRE-BULLE, consommation, 43. Das Abzahlungskaufrecht stellte demgegenüber in Art. 226m Abs. 4 aOR für die Abgrenzung zwischen einem Konsumentenkauf und einem gewerblichen Kauf noch auf die objektive Beschaffenheit der Sache ab (vgl. dazu auch BGE 103 II 114 [«Spielautomaten-Fall»]).

²⁹ Nach Art. 39 ff. KKG unterliegen denn auch die betrieblichen Anbieter von Konsumkrediten einer Bewilligungspflicht. Diese wird u. a. dann erteilt, wenn der Gesuchsteller über eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung verfügt. Keine Bewilligung braucht, wer dem Bankengesetz unterstellt ist oder wer Konsumkredite zur Finanzierung eigener Waren oder Dienstleistungen gewährt.

schreibung führt dazu, dass die Kreditgewährung an natürliche Personen nur dann unter das KKG fällt, wenn diese nicht für die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit derselben gedacht ist.³⁰ Bei einer doppelten Nutzungsmöglichkeit (sog. dual use Problematik) wird im Streitfall danach zu fragen sein, welches die überwiegende Zweckbestimmung der Kreditaufnahme war.³¹ Ein Kredit, der ausschliesslich oder ganz überwiegend gewerblichen oder beruflichen Zwecken dient, wird vom KKG nicht erfasst. Dazu gehört etwa ein Kredit zum Kauf von Aktien, unabhängig davon ob diese nur kurzfristig gehalten oder in ein Unternehmen investiert werden sollen. Diese Sicht hat das Bundesgericht jedenfalls in einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen Rechtsöffnungsentscheid geschützt.³² Hingegen ist bei gemischter, sowohl privater wie beruflicher Zweckbestimmung eine teleologische Auslegung vorzunehmen und somit im Zweifel das KKG anwendbar.³³ Nur so werden die Konsumenten nicht übermässig beweisbelastet und es entfallen Umgehungsmöglichkeiten, wie etwa diejenige besonders schlauer Anbieter aus der Autoleasingbranche, die offenbar den Konsumenten bei der Antragsstellung unterschreiben zu lassen, dass er das Auto auch – oder gar vorab – für den Weg zur Arbeit bzw. für die Ausübung eines selbständigen Nebenerwerbs braucht.

3. Bereichsausnahmen wie Bagatell- und Grosskredite

Eine Reihe von Konsumkrediten, die nach Art. 1 KKG dem Gesetz unterstehen würden, werden durch Art. 7 KKG vom Anwendungsbereich des

³⁰ BRUNNER, Handkommentar, N 27 schliesst daraus,, dass die negative Legaldefinition nicht nur Konsumenten als private Abnehmer sondern auch Kleinkaufleute als betriebliche Abnehmer schützt, nämlich insoweit als diese Kredite aufnehmen, die nicht dem jeweiligen Betriebszweck ihres Unternehmens entsprechen.

³¹ Mag dieser Ansatz in der Theorie auch gut tönen, so ist an dessen Tauglichkeit doch zu zweifeln. Man denke nur etwa an Objekte wie das Auto oder den PC, denen kein typischer privater oder beruflicher Gebrauchszweck anhaftet. Hier im Nachhinein herausfinden zu wollen, was Zweck der Kreditaufnahme war, scheint praktisch unmöglich. Auch im Dienstleistungsbereich ist das Abstellen auf den Zweck des Rechtsgeschäfts generell schwierig, was BGE 121 III 336 anschaulich aufzeigt.

³² BGer 5P.336/2006 E. 4.2.: «Die Anwendung von abzahlungsvertragsrechtlichen und konsumentenkreditrechtlichen Schutzbestimmungen kommt nur in Frage, wenn es um die Finanzierung eines Konsumgutes geht. Der Erwerb von Aktien und damit die Unternehmung gelten gerade nicht als Konsumgüter, womit sie ungeachtet ihrer tatsächlichen Qualifizierung nicht als solche zu behandeln sind.»

³³ STAUDER, SPR, 233 m.w.N.

Gesetzes wieder ausgeschlossen oder unterstehen gemäss der Einschränkung von Art. 8 KKG nur gewissen Regelungen. Die Gründe für diese Bereichsausnahmen liegen vorab darin, dass man für gewisse Verträge (wie etwa für grundpfandgesicherte Kredite) kein Schutzbedürfnis des Konsumenten zu erkennen vermag oder Massnahmen der Überschuldungsprävention nicht erforderlich erscheinen. Während sich beim KKG von 1993 die Bereichsausnahmen mit denjenigen der VerbrKr-RL 87/102/EWG vollumfänglich deckten, ist das heute zwischen dem KKG 2001 und der VerbrKr-RL 2008/48/EG nur noch punktuell der Fall.

Ich will hier nur zwei Bereichsausnahmen streifen, nämlich die *Bagatell- und Grosskredite*, also Kredite im Betrag von weniger als 500 oder von mehr als 80'000 Franken³⁴ (Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG). Bei Krediten mit einem auszahlenden Nettokreditbetrag von unter 500 Franken (im KKG von 1993 waren es noch 350 Franken) beruht dies auf der Überlegung, dass eine Gefährdung der Konsumenten kaum anzunehmen ist und der Aufwand, den die Einhaltung der Informations-, Form- und Inhaltsvorschriften des KKG verursachen würde, zu einer Überbürokratisierung führen würde, die in keinem vernünftigen Verhältnis zur Kapitalnutzung stünde. Kredite mit einem Kreditbetrag von über 80'000 Franken (im KKG von 1993 lag die Summe noch bei 40'000 Franken) gelten nicht als schützenswerte *Konsumkredite*, weil sie in der Regel zum Erwerb dauerhafter Güter benützt werden und hier die Gefahr eines unüberlegten Handelns des Konsumenten geringer erscheint. Während man für die Einführung von Kredituntergrenzen Verständnis aufbringt, war die Einführung einer Kreditobergrenze sowohl in der Schweiz als auch in der EU umstritten.³⁵ Rein zahlenmässigen Abgrenzungen haftet immer etwas Willkürliches an,³⁶ und die Gefahr ist gross, dass sich Kreditgeber durch künstliche Gestaltung der Kreditunterobergrenze der Geltung des KKG zu entziehen versuchen.³⁷

³⁴ Nach Art. 7 Abs. 2 KKG kann der Bundesrat die Beträge veränderten Umständen anpassen.

³⁵ Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, auf jede zahlenmässige Obergrenze zu verzichten; vgl. Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3175.

³⁶ KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 6 aKKG; Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3175.

³⁷ Zur Umgehung durch Festlegung einer über der Obergrenze liegenden Kreditlimite, für die es aller Voraussicht nach keinen rechtfertigenden Anhaltspunkt gibt, siehe schon KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, 28.

Anlässlich der Überarbeitung der VerbrKr-RL 87/102/EWG war die Frage ob überhaupt eine Kreditobergrenze beibehalten werden sollte bzw. wie deren Höhe festzusetzen sei, einer der umstrittensten Punkte. Schlussendlich einigte man sich auf die Fixierung einer Obergrenze von 75'000 euro in der VerbrKr-RL 2008/48/EG, wobei es gemäss Erwägung 10 den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt ist, innerstaatliche Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, *«die den Bestimmungen dieser Richtlinie oder manchen ihrer Bestimmungen außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie ganz oder zum Teil entsprechen, beispielsweise für Kreditverträge über einen Betrag von weniger als 200 EUR oder von mehr als 75000 EUR»*. Um überhaupt zu einem Kompromiss zu kommen, musste man also in diesem zentralen Punkt das Prinzip der Vollharmonisierung durchbrechen.

4. Sonderfall Leasing

Im KKG von 1993 kommt der Begriff Leasing nicht vor. Es war – Art. 2 Abs. 1 lit. der VerbrKr-RL 87/102/EWG folgend – einzig von Mietverträgen die Rede, die dann dem Gesetz unterstanden, wenn die Vertragsparteien beabsichtigten, dass das Eigentum *letzten Endes* auf den Mieter übergehen soll (Art. 6 Abs. 1 lit. c aKKG). Diese gesetzgeberische Lösung führte in der Lehre zu einer heftigen Kontroverse. Für die einen war damit nur ein rein rechtlicher Eigentumsübergang gemeint, so dass das KKG 1993 damit auf Leasingverträge keine Anwendung fand (und man deshalb einzig hinsichtlich der Auflösung auf Art. 266k OR zurückgreifen konnte³⁸). Andere interpretierten das Ganze wirtschaftlich und wollten das aKKG zumindest auf jene Leasingverträge anwenden, die auf eine Vollamortisation des Leasingobjekts zielten.³⁹ Dass dieser Zustand der Rechtssicherheit nicht dienlich war, liegt auf der Hand.

Heute definiert Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG gewisse Leasingverträge ausdrücklich als Konsumkreditverträge, nämlich *«Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen, die vorsehen, dass die vereinbarten Leasingraten erhöht werden, falls der Leasingvertrag vorzeitig*

³⁸ Art. 266k OR: *«Der Mieter einer beweglichen Sache, die seinem privaten Gebrauch dient und vom Vermieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit vermietet wird, kann mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende einer dreimonatigen Mietdauer kündigen. Der Vermieter hat dafür keinen Anspruch auf Entschädigung.»*

³⁹ Nachweise bei LUPU THOMANN, sowie im Entscheid 4 A_404/2008 des Bundesgerichts vom 18.12.2008. Vgl. auch HESS, Leasing, 65 ff.

aufgelöst wird». Dieses Gesetz gewordene Kriterium der retroaktiven Leasingratenerhöhung bei vorzeitiger Kündigung des Leasingvertrags entstammt der Praxis des Autoleasings. Es wurde erst während der Beratungen im Ständerat als Zweitrat von der Bundesverwaltung eingebracht und nur in den Kommissionen, nicht aber in den Räten diskutiert.⁴⁰ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des KKG ist nunmehr, dass der Leasingvertrag für den Fall der vorzeitigen Kündigung durch den Leasingnehmer, eine Klausel enthält, die den Leasinggeber ermächtigt, nachträglich die Leasingraten zu erhöhen.⁴¹ Eine solche Klausel war nach Art. 266k OR als verbotene Entschädigung unzulässig, ist aber nun über Art. 17 Abs. 3 KKG für die dem KKG unterstehenden Verträge legalisiert worden.⁴² Sieht also ein Leasingvertrag gleich bleibende Leasingraten vor, wenn der Leasingnehmer das Objekt (meist ein Auto) über die gesamte Vertragsdauer – von meist 3 bis 4 Jahren – behält, berechnet dann aber neue, höhere Leasingraten, wenn der Leasingnehmer vorzeitig aus dem Vertrag aussteigen will, so fällt er unter das KKG, oder jedenfalls unter Teile davon. Art. 8 Abs. 1 KKG enthält einen Verweis auf die Bestimmungen des KKG, die auch auf Leasingverträge i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. a KKG anwendbar sind, sowie auf solche Vorschriften des KKG, die den Besonderheiten der Leasingverträge Rechnung tragen sollen und daher nur für diese gelten. Ohne in Einzelheiten zu gehen, kann gesagt werden, dass es für Leasingverträge diverse Privilegien gibt, so insbesondere hinsichtlich der Kreditfähigkeit und der hypothetischen Amortisation, d. h. der Zeit, innert der der Konsument einen Kredit zurückzahlen können soll (Art. 29 Abs. 2 KKG). XAVIER FAVRE-BULLE hat diese Lösung als «Gesetz im Gesetz»⁴³ bezeichnet, FELIX SCHÖBI meint dazu, der Möglichkeit gegen wirtschaftliche Realitäten zu legiferieren, seien einfach Grenzen gesetzt gewesen: «Mit dem neuen Konsumkreditgesetz musste die Leasingbranche die Kröte schlucken, dass ihre Verträge dem Konsumkreditgesetz unterstehen. Im Gegenzug machte der Gesetzgeber einige Konzessionen, namentlich bei der Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 29 iVm Art. 28 KKG)».⁴⁴

⁴⁰ Amtl.Bull. 2000 StR, 568; Amtl.Bull. 2000 NR, 1441-1443.

⁴¹ Vgl. statt vieler: HESS, Leasing, 65 ff.; STAUDER, Leasingverträge, 79-125.

⁴² FAVRE-BULLE, leasing, 116-139, m.w.N; SCHÖBI, Überblick, 11. Vgl. dazu auch die Kritik dieser gesetzgeberischen Entscheidung bei STAUDER, SPR, 238.

⁴³ FAVRE-BULLE, Commentaire romand, N 2 zu Art. 8 KKG («loi dans la loi»).

⁴⁴ SCHÖBI, Konsumkreditgesetz.

Vergleicht man die Lösung des Schweizer Gesetzgebers mit derjenigen der EU, so zeigt sich, dass es aus Konsumentensicht auch noch schlimmer kommen kann. Nicht nur in der Schweiz war die Unterstellung der Leasingverträge unter das KKG umstritten, auch in der EU rang man bei der Neufassung der VerbrKR-RL 87/102/EWG um Lösungen. Da man sich nicht einigen konnte, hat man schlussendlich auf den Einbezug des Leasings in die VerbrKr-RL 2008/48/EG ganz verzichtet. Die VerbrKr-RL 2008/48/EG hält in Art. 2 Abs. 2 lit. d fest, dass die Richtlinie nicht gilt für *«Miet- oder Leasingverträge, bei denen weder in dem Vertrag selbst noch in einem gesonderten Vertrag eine Verpflichtung zum Erwerb des Miet- bzw. Leasinggegenstands vorgesehen ist»*, wobei von einer solchen Verpflichtung ausgegangen wird, wenn der Kreditgeber darüber einseitig entscheidet. Mit anderen Worten ist das Leasing nur dann der Richtlinie unterstellt, wenn er – wie ein Abzahlungsvertrag – schlussendlich auf den Erwerb des Leasingobjektes herausläuft. Solche Verträge gibt es aber – zumindest hier in der Schweiz – kaum. Die Bedeutung des Ausschlusses aus der Richtlinie ist noch offen. Sicher ist, dass es im Gemeinschaftsrecht keine Regelung für das Leasing gibt. Damit fällt das Leasing unter den nicht harmonisierten Bereich und die einzelnen Mitgliedstaaten dürfen – müssen aber nicht – innerstaatliche Regelungen vorsehen (die sich durchaus an der Richtlinie orientieren können).

V. Informationspflichten

Das Informationskonzept des Konsumkreditgesetzes soll dazu dienen, dass der Konsument seine Kreditentscheidung frei, informiert und überlegt⁴⁵ treffen kann. Vorvertragliche Information kann nur dann als Entscheidungshilfe dienen, wenn sie dem Konsumenten im Zeitpunkt der Willensbildung alle Elemente zur Verfügung stellt, die dieser braucht, um den Vertragsverlauf zu durchschauen. Schon das KKG von 1993 war dem Transparenzgebot verpflichtet. Das KKG 2001 weitet in Art. 9 und 11 KKG die Pflichten des Kreditgebers aus und präzisiert sie. Informationspflichten des Kreditgebers (etwa die Angabe des effektiven Jahreszinses⁴⁶ oder der Hinweis auf das Widerrufsrecht und die Widerrufsfrist⁴⁷) werden kombiniert mit lauterkeitsrechtlichen Täuschungsverböten sowie Warngelöten.

⁴⁵ Vgl. zur Konsumenteninformation generell: VIGNERON-MAGGIO-APRILE.

⁴⁶ Art. 9 Abs. 2 lit. b, Art. 11 Abs. 2 lit. e KKG.

⁴⁷ Art. 9 Abs. 2 lit. h, Art. 11 Abs. 2 lit. f KKG.

Ich möchte auch hier nur ein Element, nämlich die Konsumkreditwerbung herauspflücken. Diese wird nicht im KKG selbst geregelt; Art. 36 KKG verweist vielmehr auf das Lauterkeitsrecht. Im UWG Art. 2 lit. k-n UWG wurden spezifische Normen zur Werbung für Konsumkredite aufgenommen, die das allgemeine Täuschungsverbot (Art. 3 lit. b UWG) ergänzen. Art. 3 lit. k und l UWG gebietet, bei einer an die Öffentlichkeit gerichteten Konsumkreditwerbung, die ein konkretes Kostenelement enthält, konkrete Angaben zur Identität des Kreditgebers und zu den Kosten (Nettokreditbetrag, Gesamtkosten des Kredits, insbesondere effektiver Jahreszins) zu machen. Dadurch soll der Konsument in die Lage versetzt werden, im Vorfeld konkreter Vertragsverhandlungen Kostenvergleiche zwischen den Angeboten verschiedener Kreditgeber anzustellen. Die Kreditgeber werden auch verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass *«die Kreditvergabe verboten ist, falls sie zur Überschuldung des Konsumenten führt»* (Art. 3 lit. n UWG). Mit diesem Warngebot, das genau in diesem Wortlaut anzubringen ist, soll dem Konsumenten bewusst gemacht werden, dass ihm ein durch (Suggestiv)Werbung schmackhaft gemachte Kredit womöglich gar nicht ausbezahlt werden darf.

Auch in der EU wurde die Kreditwerbung neu geregelt. Neu findet sich ein Gebot zu realistischer Kreditwerbung in der VerbrKr-RL 2008/48/EG. Wenn Kreditinstitute mit Zinssätzen werben, so müssen neu im Normalfall mindestens zwei Drittel der aufgrund der Werbung abgeschlossenen Kreditverträge diesen Zinssätzen entsprechen. Damit entfallen die als besonders aggressiv erachteten *«ab X %»* Werbungen, wo Zinssätze beworben werden, die nur die wenigsten Konsumenten auch wirklich erhalten (Art. 4 der VerbrKr-RL 2008/48/EG).

Um die angestrebten Ziele zu erreichen, nämlich den Verbraucherschutz europaweit einheitlich durch mehr Transparenz bei der Kreditwerbung und Kreditvergabe zu verbessern und den grenzüberschreitenden Wettbewerb anzutreiben, will die VerbrKr-RL 2008/48/EG innerhalb der EU allen Bürgern dieselben Informationsstandards zukommen lassen. Die Konsumenten sollen dadurch aktiv werden und die Kreditangebote grenzüberschreitend vergleichen. Daher werden die Kreditgeber verpflichtet, ihre Kreditangebote den Kunden mittels eines Standardformulars zu unterbreiten. Dieses europaweit einheitliche Formblatt (gemäß Anhang II der VerbrKr-RL 2008/48/EG) enthält alle wichtigen Informationen, die der Kreditnehmer benötigt, um Angebote verschiedener Banken europaweit zu vergleichen, selbst wenn er die jeweilige Sprache nicht beherrscht. Das Formular umfasst jedoch acht

eng bedruckte Seiten, so dass man sich fragen kann, ob hier nicht eine zu grosse Informationsfülle produziert wird, die den Konsumenten eher verunsichert, als ihm zu helfen.⁴⁸

Zusätzlich zu den umfassenden vorvertraglichen Informationen müssen die Kreditgeber unter der VerbrKr-RL 2008/48/EG dem Verbraucher angemessene *persönliche Erläuterungen* geben, damit dieser die möglichen Auswirkungen der Kreditaufnahme auf seine wirtschaftliche Situation einschätzen und schliesslich denjenigen Kreditvertrag auswählen kann, der seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation am besten entspricht.⁴⁹

VI. Widerrufsrecht

Widerrufsrechte bilden neben den Informationspflichten und den Formvorschriften einen wichtigen – allerdings nicht unumstrittenen – Eckpfeiler des Konsumentenrechts. Mittels des Widerrufsrechts wird dem Verbraucher eine sog. cooling-off-period eingeräumt, während derer er – weitgehend ohne Konsequenzen – von einem (bei näherer Überlegung unerwünschten) Vertrag Abstand nehmen⁵⁰ kann. Der Anbieter muss den Konsumenten über das Bestehen des Widerrufsrechts informieren, wobei die Einhaltung der Informationspflichten Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs ist.

In der VerbrKr-RL 87/102/EWG und damit im KKG von 1993 war noch kein Widerrufsrecht vorgesehen. Konsumkreditverträge konnten nur widerrufen werden, wenn sie – in der Schweiz wohl eher untypischerweise⁵¹ – an der Haustür abgeschlossen worden waren (Art. 40a Abs. 1 OR). Nach Art. 16 KKG 2001 hat der Konsument nunmehr das Recht, den abgeschlossenen Vertrag innerhalb von sieben Tagen schriftlich zu widerrufen. Ohne auf Einzelheiten einzugehen⁵² sei hier bloss festgehalten, dass der Nutzen eines Widerrufsrechts sich an den Rechtsfolgen orientiert. Das Widerrufsrecht bleibt – wie SCHÖBI⁵³ zu Recht festgehalten hat – toter Buchstabe, wenn der

⁴⁸ Vgl. zum Problemkreis der Uninformation durch Überinformation schon KOLLER-TUMLER, E-Banking, 155.

⁴⁹ Erwägung 27 der VerbrKr-RL 2008/48/EG.

⁵⁰ Ich habe bewusst diese offene Formulierung gewählt, da die dogmatische Konstruktion eines solchen Widerrufsrechts im Einzelnen höchst umstritten ist.

⁵¹ Vgl. aber zum Darlehensvertrag als Haustürgeschäft das Urteil des EuGH vom 13.12.2001 in der Rechtssache RS C-481/99 (Georg und Helga Heiningen gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG), Slg. 2001, I-9945.

⁵² Vgl. dazu ausführlich STAUDER, SPR, 270 ff.

⁵³ SCHÖBI, Konsumkreditgesetz, 5.

Kreditnehmer den Vertrag zwar widerrufen kann, gleichzeitig aber den bereits erhaltenen Kredit sofort und womöglich sogar verzinst zurückzahlen muss. Das KKG enthält kein Verbot, die Kreditvaluta vor Ablauf der Widerrufsfrist auszuzahlen bzw. die Kaufsache oder das Leasingobjekt dem Konsumenten zu übergeben, sieht hingegen differenzierte Rechtsfolgen bei Ausübung des Widerrufsrechts vor. Wird vor der Vornahme von Erfüllungshandlungen widerrufen, so führt dies zum Wegfall der Verpflichtungen der Vertragsparteien mit Wirkung ex tunc. Die Parteien werden also so gestellt, wie wenn sie nie einen Konsumkreditvertrag miteinander geschlossen hätten. Widerruft der Konsument erst nachdem der Kreditgeber erfüllt hat, so richten sich die Rechtsfolgen nach Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Art. 15 KKG. Danach muss der Konsument den Kredit an den Kreditgeber zurückzahlen, aber nicht auf einmal, sondern bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Kreditdauer. Damit wandelt sich der Kredit in einen Gratiskredit der ratenweise zurückgezahlt werden kann. Unter solchen Umständen wird kein vernünftiger Kreditgeber den Kredit vor Ablauf der Widerrufsfrist aushändigen.

Während unter der VerbrKr-RL 87/102/EWG nur vereinzelte Staaten, darunter auch Deutschland, ein Widerrufsrecht kannten, hat der EU-Richtlinienggeber in Art. 14 der VerbrKr-RL 2008/48/EG nunmehr ein EU-weites Widerrufsrecht eingeführt. Der Konsument hat demnach das Recht auf Widerruf eines bereits geschlossen Vertrages innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen und ohne Vertragsstrafe. Im Gegensatz zur schweizerischen Lösung verpflichtet jedoch die Ausübung des Widerrufsrechts den Kreditnehmer, das Darlehen einschliesslich der ab dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Kredits bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens aufgelaufenen Zinsen unverzüglich, spätestens jedoch binnen 30 Kalendertagen nach Absendung der Widerrufserklärung zurückzuzahlen. Der Kreditgeber hat im Falle des Widerrufs keinen Anspruch auf weitere vom Verbraucher zu leistende Entschädigungen, mit Ausnahme von Entschädigungen für Entgelte, die der Kreditgeber an Behörden entrichtet hat und nicht zurückverlangen kann. Damit steht der europäische Konsument in diesem Punkt deutlich schlechter da als der schweizerische, zumal zufolge der Vollharmonisierung weitergehende innerstaatliche Regelungen nur so weit zugelassen sind, als sie Rechtsvorschriften betreffen, die eine Frist vorsehen, innerhalb deren die Ausführung des Vertrags nicht beginnen

kann.⁵⁴ Diese Regelung zeigt sehr deutlich, dass das Widerrufsrecht in der EU nicht aus Sozialschutzgründen eingeführt wurde, d. h. um den Konsumenten vor unüberlegten Vertragsschlüssen zu schützen, mithin um ihm eine Frist zu geben, statt des teuren Kleinkredits doch ein Darlehen bei der Grossmutter aufzunehmen, sondern vorab um ihn auch eine gewisse Zeit nach Abschluss des Vertrages *wettbewerbsfördernd* nach besseren Angeboten Ausschau halten zu lassen. Damit fördert das Widerrufsrecht – wenn überhaupt – einzig den Wettbewerb im Binnenmarkt, was für die Konsumenten immerhin möglicherweise zu niedrigeren Zinsen führen kann.

VII. Kreditfähigkeitsprüfung

Die Einführung der Kreditfähigkeitsprüfung ins KKG 2001⁵⁵ darf man mit Fug als Geniestreich des Gesetzgebers bezeichnen, wenn auch die Bewährungsprobe in deren Handhabung durch die Praxis liegt – und genau über diese dringt mangels ober- oder gar höchstrichterlicher Rechtsprechung⁵⁶ nur wenig an die Öffentlichkeit.⁵⁷ Das KKG bekennt sich zum Sozialschutz, indem nur derjenige Konsument einen Konsumkredit aufnehmen darf, der voraussichtlich in der Lage sein wird, diesen auch zurückzuzahlen.⁵⁸ Der Kreditgeber darf also seine Kredite nicht ausschliesslich unter der Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Elemente vergeben, sondern er muss

⁵⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 7 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 der VerbrKr-RL 2008/48/EG, wo es heisst: «Soweit diese Richtlinie harmonisierte Vorschriften enthält, dürfen die Mitgliedstaaten keine Bestimmungen in ihrem innerstaatlichen Recht aufrechterhalten oder einführen, die von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen»

⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich: STAUDER, SPR, 150 ff. m.w.N., BRUNNER, Handkommentar, N 49 ff. zu Art. 1-42 KKG; STAUDER, Kreditvergabe, 193 ff.

⁵⁶ Fakt ist, dass die allermeisten Konsumkreditfälle vom Rechtsöffnungsrichter entschieden werden. Der Bundesgerichtsentscheid 4A_6/2009 vom 11. März 2009, den man findet, wenn mittels des Stichworts «Kreditfähigkeitsprüfung» gesucht wird, betraf einen altrechtlichen Fall, bei dem eine Kreditfähigkeitsprüfung gerade nicht (auch nicht nachträglich) durchzuführen war.

⁵⁷ Immerhin hört man sowohl von Seiten der Anbieter als auch von Seiten der Schuldenberatungsstellen, man könne mit dem geltenden Recht leben.

⁵⁸ Im KKG 2001 setzt der Gesetzgeber nicht mehr auf das Leitbild des mündigen bzw. des auf der Grundlage objektiver Information rational entscheidenden Konsumenten, sondern fokussiert den schutzbedürftigen Menschen, d. h. denjenigen, der in Überschätzung seiner finanziellen Möglichkeiten der Versuchung erliegt, seine Wünsche und Bedürfnisse durch Kreditaufnahme zu befriedigen. Vgl. dazu die Botschaft Änderung KKG, BBl 1999 III 3165.

sicherstellen, dass der Kredit für den konkreten Vertragspartner verkräftbar ist. Der Kunde gilt (nur) dann als kreditfähig, wenn er den Konsumkredit zurückzahlen kann, ohne den nicht pfändbaren Teil des Einkommens nach Art. 93 Abs. 1 SchKG beanspruchen zu müssen, wobei von einer Amortisation des Kredites innerhalb von längstens 36 Monaten ausgegangen werden muss.⁵⁹ Eine Verletzung der Vorschriften über die Kreditfähigkeitsprüfung durch die Kreditgeberin zieht schwere zivilrechtliche Sanktionen nach sich.⁶⁰

Wesentlicher Bestandteil des Instrumentariums der Kreditfähigkeitsprüfung ist die Einführung einer Informationsstelle für Konsumkredit (IKO), der sämtliche Konsumkredite sowie gewisse Zahlungsrückstände der Kreditnehmer zu melden sind.⁶¹ Jeder Kreditgeber hat vor Vertragsschluss zu prüfen, ob bzw. welche Kredite bei der Informationsstelle gemeldet sind; die aus solchen schon bestehenden Krediten erwachsenden Verpflichtungen des Kreditnehmers sind bei der Prüfung der Kreditfähigkeit in Bezug auf den neuen Kredit zu berücksichtigen.⁶²

Wichtig zu wissen ist, dass das KKG vom Anbieter nur eine präventive, punktuelle Prüfung der Kreditfähigkeit des Konsumenten verlangt. Der Kreditnehmer muss einzig im Zeitpunkt vor bzw. beim Vertragsschluss in der Lage sein, den Kredit innert 36 Monaten (hypothetische Amortisation) zurückzuzahlen. Dabei darf der Anbieter grundsätzlich auf die Angaben des Konsumenten zu seinen finanziellen bzw. wirtschaftlichen Verhältnissen abstellen (Art. 31 KKG). Er hat aber einerseits die gemachten Angaben einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Führt letztere bei einem vernünftig denkenden Menschen (dem sog. reasonable man) zu Zweifeln, so muss die Richtigkeit der Angaben anhand von aussagekräftigen Dokumenten (Lohnausweis, Betreibungsregisterauszug etc.) überprüft werden. Andererseits sind auch bereits bekannte bzw. unmittelbar bevorstehende Änderungen in

⁵⁹ Art. 28 Abs. 2 und Abs. 4 KKG. Gemäss Art. 28 Abs. 3 KKG wird der pfändbare Teil des Einkommens nach den Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums des Wohnsitzkantons der Konsumentin oder des Konsumenten ermittelt. Diese föderalistische Lösung ist nicht wirklich sinnvoll, legt sie doch den Anbietern einen unnötigen Stolperstein in den Weg. Besser wäre es gewesen, wenn man statt der kantonal unterschiedlichen SchKG-Richtlinien (die auf dem Netz immerhin problemlos abrufbar und mittels ebenfalls aufgeschalteter Excel-Tabellen leicht errechenbar sind, vgl. z. B. <www.schuldeninfo.ch>) die «Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe» der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe SKOS als Grundlage genommen hätte.

⁶⁰ Art. 32 KKG; vgl. zu den Sanktionen auch hinten VIII.

⁶¹ Art. 23 ff. KKG; Art. 2 und 3 VKKG; vgl. dazu ausführlich SIMMEN, IKO, 157 ff.

⁶² Art. 28 Abs. 3 lit. c KKG.

den finanziellen Verhältnissen zu berücksichtigen, soweit sie für den Kreditgeber erkenntlich sind. Man denke etwa an eine offensichtlich schwangere Frau, die um einen Kredit ersucht. Hier sind die Unterhaltskosten für das kommende Baby in die finanziellen Belastungen der Frau miteinzubeziehen.

Verschlechtern sich die finanziellen Verhältnisse des Kreditnehmers während laufender Kreditdauer zufolge unvorhergesehener Ereignisse wie Stellenverlust, Krankheit, Scheidung etc., so helfen die Schutzmechanismen des KKG nicht weiter.⁶³

Anlässlich der Revision der VerbrKr-RL 87/102/EWG unternahm die Europäische Kommission ebenfalls einen Vorstoss, um die Konsumentenüberschuldung einzudämmen. Ausgehend vom schweizerischen Vorbild nahm sie in ihren Revisionsentwurf das *Prinzip der verantwortungsvollen Kreditvergabe* (responsible lending) auf.⁶⁴ In Art. 9 des Entwurfs hiess es: «Schliesst ein Kreditgeber einen Kredit- oder Sicherungsvertrag ab oder erhöht er den Gesamtkreditbetrag oder den garantierten Betrag, so wird angenommen, dass er zuvor unter Ausnutzung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Verbraucher und gegebenenfalls der Garant in der Lage sein werden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.» Damit hätte der Kreditgeber nicht nur bei der ersten Kreditvergabe, sondern auch bei jeder Kreditaufstockung in die Pflicht genommen werden sollen. Anders als hierzulande wäre Referenzgrösse aber nicht das Einkommen des Konsumenten gewesen, sondern dessen Kreditgeschichte (also die gespeicherten Merkmale) in Verbindung mit dem Gesamtvolumen der Kredite. Dieser Ansatz wurde jedoch auf Druck der Banken aufgegeben⁶⁵ und durch eine blosser Beratungspflicht ersetzt. Immerhin wurde unter dem expliziten Titel «Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers» festgehalten, dass die Mitgliedstaaten zwei Dinge sicherzustellen haben, nämlich

⁶³ Der Kreditgeber kann in einem solchen Fall immerhin unter gewissen Umständen (Art. 18 KKG) vom Vertrag zurücktreten, während dem Konsumenten nichts anderes übrig bleibt, als auf eine einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333-336 SchKG) zu hoffen.

⁶⁴ Dazu REIFNER, Kreditvergabe, 383 ff.

⁶⁵ In der Begründung der Europäischen Kommission zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG heisst es ganz offen: «Auf Wunsch des Banksektors und einiger Mitgliedstaaten wurde jedoch klargestellt, dass der Verbraucher stets die Verantwortung für seine endgültige Entscheidung, einen Kreditvertrag abzuschliessen, trägt».

«dass vor Abschluss des Kreditvertrages der Kreditgeber die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers anhand ausreichender Informationen bewertet, die er gegebenenfalls beim Verbraucher einholt und erforderlichenfalls anhand von Auskünften aus der in Frage kommenden Datenbank»; sowie «dass, sofern die Parteien übereinkommen, den Gesamtkreditbetrag nach Abschluss des Kreditvertrages zu ändern, der Kreditgeber die ihm zur Verfügung stehenden Finanzinformationen über den Verbraucher auf den neuen Stand bringt und die Kreditwürdigkeit des Verbrauchers vor jeder deutlichen Erhöhung des Gesamtkreditbetrags bewertet.» Geblieben ist mit anderen Worten die Pflicht zur individuellen Bonitätsprüfung, wobei es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ob sie die Angaben des Konsumenten genügen lassen wollen oder ob sie die Anbieter zur Abfrage einer Datenbank verpflichten. Das sind aber nicht mehr als schöne Worte, solange eine scharfe Sanktionierung der Verstösse fehlt.

Zusammengefasst darf man sagen, dass die schweizerische Kreditfähigkeitsprüfung im europäischen Vergleich recht gut da steht und ihre Funktion als effektives Sozialschutzinstrumentarium – wenn auch nicht bei allen Formen des Konsumkredits gleichermassen⁶⁶ – grundsätzlich erfüllt. Dies aber nur, weil ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften auf eine ganz besondere Art sanktioniert wird. So wird der Vertrag aufrechterhalten, dem Kreditgeber droht aber der teilweise oder vollkommene Verlust seiner Ansprüche.

VIII. Sanktionen

Zwingende Vorschriften sind nur sinnvoll, wenn deren Verletzung auch mit Sanktionen bedroht wird.⁶⁷ Das Konsumkreditgesetz enthält zwei Bestimmungen, die Sanktionsfolgen für den Fall enthalten, dass ein Kreditgeber bestimmte Vorschriften des Gesetzes missachtet. Art. 15 KKG regelt die Folgen der Nichteinhaltung gewisser Formvorschriften und Art. 32 KKG enthält eine Norm, welche die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht und über die Kreditfähigkeitsprüfung sanktioniert. Weitere Sanktionsnormen

⁶⁶ Wer sein Kreditbedürfnis mittels Leasing, Karten mit Kreditoption oder Überziehungskredite erfüllt, wird deutlich weniger geschützt als derjenige der einen Geld- bzw. Barkredit aufnimmt.

⁶⁷ Vgl. zum Sanktionensystem en detail, die weitgehend auch unter dem KKG 2001 noch gültige Abhandlung von KOLLER, Sanktionensystem, 81 ff.

finden sich sodann im UWG⁶⁸ und in den kantonalen Gesetzen für Verstösse gegen die Bewilligungspflicht.⁶⁹

Die Nichteinhaltung bestimmter Formvorschriften; die fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters⁷⁰ oder eine Überschreitung des zulässigen Höchstzinssatzes⁷¹ bewirkt gemäss Art. 15 Abs. 1 KKG die Nichtigkeit des Konsumkreditvertrages. Es handelt sich dabei um eine Nichtigkeit sui generis. Ist ein Konsumkreditvertrag nichtig, so hat nach Art. 15 Abs. 2 KKG die Konsumentin die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten. Die Rückzahlung der Kreditsumme erfolgt in gleich hohen Teilzahlungen, die jeweils einen Monat auseinander liegen, falls der Vertrag keine längeren Zeitabstände vorsieht (Art. 15 Abs. 3 KKG). Diese Spezialbestimmungen schalten die allgemeinen Regeln der Vindikation und Kondiktion aus und verhindern damit, dass der Kreditnehmer in finanzielle Schwierigkeiten gerät, würde es doch die aus der allgemeinen Nichtigkeitsdogmatik resultierte Pflicht zur sofortigen Rückzahlung des Kredites dem Konsumenten in vielen Fällen verunmöglichen, sich auf die Nichtigkeit zu berufen. Gleichzeitig führen diese Normen zu einem Gratiskredit für den Kreditnehmer. Dies schafft für Kreditgeber einen hohen Anreiz zur sorgfältigen und gesetzeskonformen Vertragsredaktion.

Art. 32 KKG sanktioniert Verstösse gegen die Regeln über die Meldepflicht und über die Kreditfähigkeitsprüfung in einem zweistufigen System. Verstösst ein Kreditgeber in schwerwiegender Weise gegen die Regeln der

⁶⁸ So u. a. nach Art. 10 Abs. 1 UWG.

⁶⁹ Art. 8 Abs. 2 VKKG sieht lediglich vor, dass die Bewilligung entzogen wird, wenn sie mit falschen Angaben erschlichen worden ist oder wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden. Um Kreditgeber und Kreditvermittler, welche ohne die erforderliche Bewilligung Kredite gewähren bzw vermitteln, auch in strafrechtlicher Hinsicht ahnden zu können, haben verschiedene Kantone wie Bern, Solothurn, Schaffhausen, St. Gallen oder Luzern, Verstösse gegen die Bewilligungspflicht mit Busse bis zu 10'000 Franken sanktioniert (Art. 103 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB).

⁷⁰ Nach Art. 13 KKG ist für sämtliche Konsumkredite Minderjähriger die vorgängige schriftliche Zustimmung der gesetzlichen Vertreterin oder des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

⁷¹ Das KKG von 2001 räumt in Art. 14 (i.V.m. Art. 29 Abs. 2) dem Bundesrat das Recht (und die Pflicht) ein, den höchsten zulässigen Zinssatz für Konsumkredite zu bestimmen. Dabei hat er die von der Nationalbank ermittelten, für die Refinanzierung des Konsumkreditgeschäfts massgeblichen Zinssätze zu berücksichtigen. In der Regel soll der Maximalzins 15 % nicht überschreiten. Der Bundesrat hat den Höchstzins in Art. 1 der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) auf 15 % festgelegt.

Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 28, 29 oder 30 KKG, so verliert er gemäss Art. 32 Abs. 1 KKG die von ihm gewährte *Kreditsumme samt Zinsen und Kosten*. Verstösst er bloss in geringfügiger Weise gegen die Regeln der Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 28 ff. KKG oder hält er die Vorschriften über die Meldepflicht nach Art. 25 ff. KKG nicht ein, so verliert er gemäss Art. 32 Abs. 2 KKG immerhin *die Zinsen und die Kosten*.

Art. 32 Abs 1 KKG bezweckt, den Kreditgeber mit dem Totalverlust des Kredites zu «bestrafen», d. h. der Kreditgeber soll nicht nur das Entgelt für die Kreditgewährung (also den Zins) verlieren, sondern nach einem bewussten Entscheid des Gesetzgebers auch die gesamte Kreditsubstanz. Bei einem Warenkredit hat dies zur Folge, dass der Lieferant der Ware selbst verlustig gehen muss, und bei einem Gebrauchsüberlassungskredit wie dem Leasing hat dementsprechend der Gebrauchsüberlasser die Entwertung des Gegenstandes während der Vertragsdauer zu tragen. Im Fall von Art. 32 Abs. 2 KKG kommt der Konsument ähnlich wie im Falle der Nichtigkeit gemäss Art. 15 KKG nach Aushändigung der Darlehensvaluta in den Genuss eines «Gratiskredits».

Der Totalverlust der Kreditvaluta ist eine ausserordentlich gravierende Sanktion. Daher ist die Frage entscheidend, wann eine schwerwiegende Verletzung der Regeln über die Kreditfähigkeitsprüfung vorliegt. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht; es ist somit Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung, den Begriff der schwerwiegenden Weise zu konkretisieren.

In der Literatur wurde geraten, als Faustregel für die Abgrenzung zwischen schwerwiegenden Regelverletzungen nach Art. 32 Abs. 1 KKG und geringfügigen Regelverletzung nach Art. 32 Abs. 2 KKG auf die Unterscheidung zwischen Vorsatz/Eventualvorsatz einerseits und Fahrlässigkeit andererseits bzw. von leichtem und grobem Verschulden zurückzugreifen.⁷² BERND STAUDER lehnt diese an sich praktische Lösung dezidiert ab, da es für die Anwendung der Sanktionenordnung des Art. 32 KKG gerade nicht auf das Verschulden ankommen könne. Massgebend müsse allein die *ratio* der Kreditfähigkeitsprüfung sein, und die liege darin sicherzustellen, dass dem sozialpolitischen Gebot, eine Konsumentenüberschuldung zu vermeiden (Art. 22 KKG), und dem öffentlichem Interesse an einer Prävention einer solchen Verschuldung effizient nachgelebt werde. Daher verstosse ein Kreditgeber, der seine Kreditentscheidungen allein nach betriebswirtschaftlichen Kriterien fälle und die im KKG formulierten Elemente des Sozialschutzes

⁷² SCHÖBI, Überblick, 18; in ähnlichem Sinne wohl auch SIMMEN, Barkredit, 55.

nicht in seine Entscheidung einfließen lasse, grundsätzlich in schwerwiegender Weise gegen das Gesetz.⁷³

Sicherlich ist es sachlich *nicht richtig*, im Zweifel grundsätzlich zugunsten der Anwendung der geringfügigeren Sanktion nach Art. 32 Abs. 2 KKG zu entscheiden, wie dies SIMMEN vorschlägt.⁷⁴ Leider gibt es noch keine publizierte Rechtsprechung zu dieser Problematik. Es braucht wohl noch eine paar Jahre bis die Richterschaft sich des konsumentenrechtlichen Schutzgedankens des KKG sowie der Bedeutung von Art. 97 BV⁷⁵ vollumfänglich bewusst wird. Die Bundesverfassung verpflichtet nämlich die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die Gerichte, bei der Auslegung von Gesetz und Vertrag in jedem Streitfall, in dem ein Gesetz anzuwenden ist, das ihm einen Ermessens- oder auch nur Interpretationsraum offen lässt, ein allfälliges konsumentenrechtliches Ungleichgewicht auszuräumen. Das Konsumkreditrecht ist gerade nicht darauf angelegt, nur das einzelne Individuum zu schützen, sondern eben die ganze Gruppe potentieller Konsumkreditnehmerinnen und -nehmer als strukturell Benachteiligte. Die scharfen Sanktionen, die der Gesetzgeber aufgestellt hat, sind unter diesem Blickwinkel zu sehen und zu handhaben. Anstatt sich im Zweifel immer für die geringfügigere – mit dem tradierten Privatrechtsverständnis noch eher in Einklang zu bringende⁷⁶ – Sanktion auszusprechen, müssen die Gerichte sich mit der Frage nach dem Zweck der Sanktion auseinandersetzen. Und dieser zielt nun eindeutig darauf ab, dass die Anbieter, die sich nicht ans Gesetz halten,

⁷³ STAUDER, SPR, 261 mit einer Vielzahl von Beispielen.

⁷⁴ SIMMEN, Barkredit, 55.

⁷⁵ Nach Art. 97 Abs. 1 und 3 BV hat der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten zu treffen und für Konsumentenstreitigkeiten (bis zum Streitwert von Fr. 20'000) ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen. Die Norm verpflichtet zur Berücksichtigung des *konsumentenrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips* sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Gesetzesauslegung. Als *Gesetzgebungsmaxime* verpflichtet es den Gesetzgeber, bei der Schaffung neuer Gesetze bereits im Gesetzgebungsverfahren auch die Interessen der Konsumenten zu berücksichtigen und wo geboten spezielle Konsumentenschutzgesetze zu schaffen. Als *Auslegungsgrundsatz* verpflichtet das Prinzip die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die Gerichte, bei der Auslegung von Gesetz und Vertrag dem Wesen des Konsumentenrechts gerecht zu werden.

⁷⁶ Aus dem Gespräch mit Richtern weiss ich, dass deren Rechtsempfinden die Sanktion nach Art. 32 Abs. 1 KKG (Totalverlust nicht nur der Zinsen, sondern der gesamten Kreditvaluta) oft als unangemessen empfinden, wobei sie nicht etwa Mitleid mit den Anbietern haben, sondern Mühe mit dem Gedanken, dass sich der Konsument «einfach so bereichern» darf.

Lehrgeld bezahlen müssen.⁷⁷ Eine Nichtbeachtung der Kriterien zur Feststellung des Existenzminimums (etwa die Nichteinbeziehung der effektiven, korrekt errechneten Krankenkassenbeiträge), die Nichtkonsultation der IKO, das blinde Vertrauen auf offensichtlich unrichtige oder in sich nicht stimmige Angaben des Konsumenten sind keine blossen «Unachtsamkeiten». Hier handelt es sich vielmehr um Verstösse gegen zwingende Normen, die *im Interesse aller Konsumenten* scharf zu sanktionieren sind. Mit Voltaire geht es hier eben auch darum, «de tuer de temps en temps un amiral pour encourager les autres».

IX. Ausblick

Wenn ich nun zusammenfasse, so kann ich sagen, dass der Schweiz mit dem KKG ein Gesetz gelungen ist, das den Sozialschutz des Konsumenten deutlich verbessert hat (wenn auch nicht bei allen Kreditarten in gleich hohem Masse) ohne den Kreditmarkt seiner Funktion zu berauben. Mit anderen Worten, sowohl Anbieter als auch Konsumenten können mit dem KKG leben.

Wirft man einen Blick über die Grenze, so ist die Erarbeitung einer neuen Verbraucherkreditrichtlinie von der Europäischen Kommission mit einem hohen Ansprüchen gestartet, in der verabschiedeten Form findet man nur noch einen kleinen Teil derselben. Dass die anvisierte Vollharmonisierung in wesentlichen Teilen nicht geglückt ist, hat für uns Schweizer zur Folge, dass wir uns im Konsumkreditrecht nicht einer EU-Phalanx gegenüber sehen, der wir uns früher oder später unterzuordnen haben, sondern einem durchaus zersplitterten Gebilde mit unterschiedlich hohem Schutzniveau, angesichts dessen sich unsere Lösung durchaus sehen lassen darf.

⁷⁷ Immerhin wurde zugunsten der scharfen zivilrechtlichen Sanktionen auf die strafrechtliche Sanktionierung verzichtet.