

Konsumentenorganisationen im AGB-Streit

Die Klage einzelner Konsumenten wegen unlauterer AGB kostet zu viel und bewirkt zu wenig. Können die Konsumentenorganisationen diese Aufgabe effizienter bewältigen? Die nachfolgenden Erwägungen richten sich auf die Klagebefugnisse und Rechte von Konsumentenorganisationen im AGB-Streit.

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH LL.M. und MLaw ANDREAS SCHIRRMACHER

ZBJV 2013, 683 ff.

I. Problemstellung

Schon bislang hatten Konsumentenorganisationen die Möglichkeit, im Bereich des UWG zu klagen. Die materiellrechtliche Grundlage im bisherigen Art. 8 UWG gab indes wegen der regelmässig fehlenden *Irreführung* für Konsumenten und Konsumentenorganisationen nichts her. Der neue Art. 8 UWG verspricht hingegen eine «richtige» Inhaltskontrolle, auf die sich die Hoffnung der Schweizer Konsumentenschützer richtet. Eine materiellrechtliche Grundlage ist aber nur so gut wie ihre Durchsetzung. Art. 8 UWG wird nur dann ein Erfolg, wenn er die missbräuchlichen Klauseln zum Verschwinden bringt.¹ Gerade beim Vollzug zeigen sich aber die fehlende Effektivität und die Schwächen der Schweizer Regelung. Die Kosten des Verfahrens wirken auf den einzelnen Konsumenten abschreckend², das Ergebnis ist aufgrund des fehlenden Klauselkataloges zumindest vorläufig noch unsicher³ und die möglichen Sanktionen sind wenig klagefördernd.⁴ [ZBJV 2013, 683/684] Zusätzlich abschreckend wirken sich die Komplexität und die z.T. langwierige Dauer der Verfahren aus.⁵ Einzelne Konsumenten werden ein Verfahren deshalb nur in Betracht ziehen, wenn sie entweder eine hohe Investition getätigt haben oder ihre Erwartungen in Bezug auf die Geschäftsabwicklung stark enttäuscht sehen, sodass die Rechtsverfolgung zur Prinzipienfrage wird.⁶ Die grosse Zahl der durch missbräuchliche AGB verursachten Klein- und Massenschäden bleiben ohne Korrektur. Effizienter erscheint deshalb eine Klage durch eine Konsumentenorganisation, die sich – abstrahiert von einem konkreten Fall – gegen die Verwendung bestimmter AGB richtet.⁷ Geht das, überzeugt das Ergebnis – und gibt es Alternativen dazu?

II. Klage

Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG ermöglicht «*Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen*»,⁸ die Klagen gemäss Art. 9 Abs. 1 u. 2 UWG. Die Klage richtet sich gegen den Verwender der AGB, wozu auch Verbände gehören, die AGB empfehlen.⁹

¹ Der EuGH misst dem Effektivitätsgrundsatz in Art. 7 der Richtlinie 93/13/EWG im Bereich der AGB besonderes Gewicht bei, vgl. ROTT, EuZW 2003, 7.

² Zu abschreckenden Kosten, die eine effektive Rechtsdurchsetzung hemmen vgl. ROTT, EuZW 2003, 8, m.w.H.

³ Zur fehlenden Rechtssicherheit als Hemmnis effektiver Rechtsdurchsetzung vgl. ROTT, EuZW 2003, 9 und Bei Art. 8 UWG fehlt ein richtiger Klauselkatalog, wie er in Deutschland in §§ 308 f. BGB existiert. Dies macht die Anwendung des Art. 8 UWG in der Schweiz schwierig und zumindest vorläufig noch wenig verlässlich, vgl. dazu RUSCH, LeGes 2012, 345 f. und 348 und FATZER/HASENBÖHLER, 191 f.

⁴ Zum fehlenden Anreiz zur Klage wegen schlechter Belohnung und fehlender Abschreckung ROTT, EuZW 2003, 8.

⁵ Vgl. BRUNNER, 144, der die genannte Abschreckungswirkung aber gleichermassen bei den Konsumentenorganisationen für gegeben erachtet.

⁶ M.w.H. zur Motivation von Konsumenten Rechtsbehelfe zu nutzen s. Consumer Redress in the EU: Consumer Experiences, Perceptions and Choices, Aggregated Report, August 2009, 91 ff. (abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/cons_redress_EU_qual_study_report_en.pdf>).

⁷ Vgl. FAVRE/TERCIER, RSJ 2010, 294.

⁸ Zur Frage, ob eine Konsumentenorganisation im Sinne des Gesetzes vorliegt vgl. BK-MARKUS, ZPO 89 N 9 ff. und SHK-JUNG/SPITZ, UWG 10 N 28 ff.

⁹ SCHMID, ZBJV 2012, 6.

Zur Konkretisierung der zur Klage legitimierten Partei kann mitunter die Lehre zum Verfassungsartikel über den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten (Art. 97 BV) sowie zur privatrechtlichen Verbandsklage nach Art. 89 Abs. 1 ZPO¹⁰ herangezogen werden, deren Wortlaut sich mit Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG weitestgehend deckt. Danach muss es sich bei der Partei um (1) eine Organisation handeln, [ZBJV 2013, 684/685] die (2) eine gesamtschweizerische oder wenigstens regionale Bedeutung hat und sich (3) statutengemäss dem Schutz der Konsumenten widmet. Der bewusst offen formulierte Begriff der *Organisation* soll die Klagelegitimation nicht an der Rechtsform scheitern lassen.¹¹ Insbesondere sind auch Organisationen legitimiert, die selber keine Mitglieder haben, solange sie partei- und prozessfähig sind.¹² So sind grundsätzlich sowohl Vereine, Stiftungen aber z.B. auch Aktiengesellschaften klagelegitimiert, sofern sie die anderen Voraussetzungen ebenfalls erfüllen.¹³ Weiter muss die Organisation ein Mindestmass an *Repräsentativität* aufweisen, da es in der Natur der Verbandsklage liegt, die Interessen einer grösseren Gruppe von Personen zu vertreten.¹⁴ Mit der Anforderung von mindestens regionaler Bedeutung¹⁵ wird implizit auch eine bestimmte «Dauerhaftigkeit» der Gruppierung gefordert, sodass *ad hoc-gegründete Organisationen*, die sich nur für eine Klage gruppieren, darüber hinaus aber keinen kollektiven Interessenschutz ausüben, keine Legitimation erhalten.¹⁶ Das Erfordernis der Repräsentativität konkretisieren BESSENICH/BOPP treffend als Organisation mit einer Bedeutung «über den engsten lokalen Wirkungskreis hinaus», sodass die Organisation «eine minimale Bekanntheit in der Öffentlichkeit als Interessenwahrerin» der Anliegen von Konsumentinnen und Konsumenten geniesst.¹⁷ Schliesslich muss sich die Organisation *statutarisch*¹⁸ der *Interessenswahrung* von [ZBJV 2013, 685/686] *Konsumentenangelegenheiten* verschreiben, gleich ob diese wirtschaftlicher oder ideeller Natur sind.¹⁹ Dieses Streben muss *primärer Zweck* der Organisation sein. Schon die Botschaft zum UWG-Entwurf von 1983 hielt zur Klagelegitimation von Verbänden fest, dass sie «eine eindeutige, wenn nicht ausschliessliche Zweckbestimmung und- verpflichtung auf die Aufgaben der Konsumenteninformation und –beratung, eventuell auch der politischen Interessenvertretung [statuieren müssen], aus der sich auch eine sachliche Legitimation zur Ausübung von Kontroll- und Vertretungsfunktionen ableiten lässt».²⁰ Während die Anforderungen an die Rechtsform und die Repräsentativität tendenziell locker gehandhabt werden, ist die letzte Voraussetzung der statutarisch festgelegten Verfolgung des Konsumentenschutzes restriktiv auszulegen. Organisationen, welche nicht *eindeutig* die Vertretung von Konsumenteninteressen bezwecken, gelten somit nicht als klagelegitimiert i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.²¹ Im Lichte dieser Überlegungen stellt sich die Frage der Eindeutigkeit bei der Konsumenteninfo AG als Herausgeberin der Konsumentenmagazine saldo und Ktipp. Der Zweckartikel lautet wie folgt: „Die Gesellschaft erbringt Dienstleistungen für Konsumentinnen und Konsumenten. (...)“.²² Die fehlende explizite Verwendung des Wortes „Interessenwahr-

¹⁰ «Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, können in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen.»

¹¹ JACOBS, SG-Komm, BV 97 N 11.

¹² KuKo-WEBER, ZPO 89 N 8.

¹³ BESSENICH/BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 89 N 7.

¹⁴ Vereinzelt Personen stehen dagegen nach wie vor die Möglichkeiten subjektiver Klagenhäufung zur Verfügung.

¹⁵ Die alternative Erfordernis der gesamtschweizerischen Bedeutung ist im Grunde sinnlos, da ihr gar keine eigenständige Bedeutung zukommt, weil ja schon die «Teilmenge» der regionalen Bedeutung zur Klagelegitimation genügt (vgl. KuKo-WEBER, ZPO 89 N 11).

¹⁶ BRUNNER, DIKE-Komm, ZPO 89 N 10; BESSENICH/BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 89 N 8; BK-MARKUS, ZPO 89 N 7 f., wonach eine Legitimation von Ad hoc-Gruppierungen eine zu grosse Annäherung an die vom Gesetzgeber abgelehnte *class action* sei; vgl. ferner auch JACOBS, SG-Komm, BV 97 N 11.

¹⁷ Im Detail s. BESSENICH/BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 89 N 8.

¹⁸ Bei statutenlosen Organisationsformen, muss die Zweckbindung ausdrücklich in der entsprechenden Errichtungsurkunde vermerkt sein (KuKo-WEBER, ZPO 89 N 13).

¹⁹ BRUNNER, DIKE-Komm, ZPO 89 N 9; KuKo-WEBER, ZPO 89 N 9.

²⁰ BBl 1983 II 1009 ff., 1078.

²¹ BGE 120 IV 154, 156 E. 2 u. 162 f. E. 3. d) bb).

²² Gemäss www.zefix.ch (28. Mai 2013).

nung“ sollte unseres Erachtens nicht schaden, da die Interessenwahrung im Wort „Dienstleistung“ notwendig enthalten ist.²³

Die Klagen nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG sind *Abwehrklagen* und verfolgen das Ziel, die drohende Verwendung einer bestimmten Klausel zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG), eine im Verkehr befindliche Klausel zu beseitigen (lit. b) oder die Verwendung einer Klausel als unlauter festzustellen (lit. c). Zusätzlich kann bei allen drei Klagen die Urteils publikation nach Abschluss des Verfahrens verlangt werden (Art. 9 Abs. 2 UWG). Art. 10 Abs. 2 UWG erfasst aber die wesentlich interessantere *Schadenersatz- und Gewinnabschöpfungs- [ZBJV 2013, 686/687] klage* gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG nicht. Konsumentenorganisationen haben diesbezüglich keine Klagelegitimation,²⁴ es sei denn, ein klageberechtigter Kunde tritt seinen Anspruch der Organisation ab.²⁵ Bereits dadurch nimmt das Gesetz einen *wesentlichen Anreiz zur kollektiven Klage* weg,²⁶ der zur wirkungsvollen Durchsetzung der materiellrechtlichen Normen von *entscheidender Bedeutung* wäre.

III. Abstrakte Inhaltskontrolle

Die Konsumentenorganisationen können eine abstrakte, d.h. von einem Einzelfall losgelöste Kontrolle von AGB bewirken. Dafür ist nicht nötig, dass ein Mitglied der Konsumentenorganisation von diesen AGB tatsächlich betroffen ist.²⁷ Die durch die Streichung der Irreführungsvoraussetzung bezweckte Verschärfung des Art. 8 UWG, war in der Vernehmlassung und im Parlament Gegenstand harscher Kritik, weil damit eine *abstrakte* Inhaltskontrolle eingeführt würde.²⁸ Dabei haben die Kritiker übersehen, dass die abstrakte Kontrollmöglichkeit schon vor der Revision bestand. Sie hatte keine Bedeutung, weil der alte Art. 8 UWG aufgrund der kaum vorliegenden, aber notwendigen Irreführung materiellrechtlich nichts hergab.²⁹ Insofern ist es irritierend, dass sich viele Parlamentarier in der Debatte gegen eine *abstrakte* Inhaltskontrolle äusserten.³⁰ Vielleicht verstanden sie darunter fälschlicherweise die *offene* Inhaltskontrolle als Gegenstück zur *verdeckten* Inhaltskontrolle mittels Ungewöhnlichkeitsregel. Gut möglich [ZBJV 2013, 687/688] ist aber auch, dass sie sich an der *faktischen* Einführung der abstrakten Inhaltskontrolle störten, denn bei realistischer Betrachtung gab es diese vorher nicht.

Der Kontrollmassstab der Klage ist sicher Art. 8 UWG, doch muss die Verletzung *zwingenden Rechts* mit Art. 10 UWG ebenso durchsetzbar sein, auch wenn die Klagen in Art. 9 UWG nur den unlauteren Wettbewerb wörtlich erfassen.³¹ *Zwei Argumente* sprechen dafür: Die Verletzung zwingenden Rechts führt *erstens* stets zu einem ungerechtfertigten, erheblichen Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten, das Treu und Glauben widerspricht. *Zweitens* würde die Klage der Konsumentenorganisationen in einem entscheidenden Bereich entwertet, wenn sie nicht auch zwingendes Recht erfassen würde. Die konsumentenrechtliche Lage in der Schweiz ist noch lange nicht so, dass wie in Deutschland lediglich noch Details ungeregelt sind. Im Gegenteil dürften viele Klauseln primär gegen zwingendes Recht verstossen.³² In diesen Fällen wären Konsumenten eines Teils des Schutzes beraubt,

²³ Dies geht aus der auftragsrechtlichen Definition der Dienstleistung hervor, vgl. BGE 122 III 361 ff., 364: „Die Arbeitsleistung, zu der sich der Beauftragte nach Art. 394 OR verpflichtet, kann unterschiedlicher Art sein (...); sie muss aber in jedem Fall die Geschäfte des Auftraggebers betreffen, die Wahrung fremder Interessen zum Ziel haben (...).“

²⁴ Eindeutig verneint in BGE 120 IV 154, 158 E. 3. c) aa); vgl. ferner KuKo-WEBER, ZPO 89 N 20 u. DICKENMANN, 471, wonach reparaturische Leistungsklagen im Rahmen des kollektiven Rechtsschutzes generell ausgeschlossen sind.

²⁵ Vgl. DAVID/JACOBS, N 481; Baudenbacher-DERS./BANKE, UWG 10 N 16; BK-MARKUS, ZPO 89 N 13; KuKo-WEBER, ZPO 89 N 20; BGE 86 II 18 ff., 22 f.

²⁶ Vgl. SHK-JUNG/SPITZ, UWG 10 N 33; BAUDENBACHER, GRUR Int 1980, 349; ROTT, EuZW 2003, 8.

²⁷ Vgl. SHK-JUNG/SPITZ, UWG 10 N 31; BGE 121 III 168, 175 E. 4.a).

²⁸ Vgl. Botschaft UWG, BBl 2009, 6169.

²⁹ Vgl. dazu GORDON-VRBA, 239; ferner Baudenbacher-DERS., UWG 8 N 23 ff., 32 ff.

³⁰ Vgl. das Votum von Pirmin Schwander vom 8. März 2011: «Wir wollen in jedem Fall keine abstrakte Normenkontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das greift unseres Erachtens zu sehr in die Vertragsfreiheit ein, damit wird die Vertragsfreiheit total eingeschränkt.» (AB 2011 N 222).

³¹ Vgl. auch dazu die identische Feststellung in Deutschland bei MüKo-MICKLITZ, ZPO UKlaG 1 N 13 f. und BeckOK-SCHMIDT, BGB 305c N 8, m.w.H.; ferner BGH, Urteil vom 6. Mai 1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759 ff., 1760.

³² Vgl. die Beispiele bei RUSCH, recht 2011, 170 f. und RUSCH/MAISSEN, Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 12 ff.

weil sie selber klagen müssten. Mit derselben Begründung treten zu Art. 8 UWG und zum zwingenden Recht selbstverständlich auch die Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel sowie der Vorrang der Individualvereinbarung. In einem *abstrakten Verfahren* kann es zwar nicht möglich sein, den Vorrang *einer individuellen Abrede* geltend zu machen, doch sind *Klauseln* denkbar, die diesen Vorrang vereiteln: Eine Klausel, die gewisse Abreden einer Form unterwirft oder eine Klausel, die dem Vertrag zugrundeliegende Vertragswerke einer bestimmten Hierarchie unterwirft.³³ Individualvereinbarungen in untergeordneten Vertragswerken hätten dann keine Bedeutung mehr.³⁴ Auch die Ungewöhnlichkeitsregel berücksichtigt zwar stets konkrete Umstände des Vertragsschlusses, wie z.B. die geschäftliche Erfahrungheit des Vertragspartners und das Vorliegen [ZBJV 2013, 688/689] spezieller Hinweise beim Vertragsschluss, was vordergründig einer abstrakten Prüfung entgegensteht. Doch ist es denkbar, die Ungewöhnlichkeit in gewissen Situationen oder in besonders deutlichen Fällen auch einzelfallunabhängig zu erfassen.³⁵ Ansonsten wäre es spiegelbildlich auch den Kautelarjuristen nicht möglich, AGB ex ante gerichtsfest zu entwerfen. Die subjektiven Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitenregel müssen sich im abstrakten Verfahren mangels konkreter Ereignisse an einer speziellen Auslegung der Klauseln orientieren. Es gilt in diesen Fällen die kundenfeindlichste Auslegung der Betrachtung zu Grunde zu legen,³⁶ ohne die Möglichkeit, die durch den Wegfall der Klausel entstandene Lücke auszufüllen.³⁷ Dies ist die logische Anwendung der Unklarheitenregel in einem abstrakten Verfahren.

IV. Kostenfragen

Die Kosten des Verfahrens sind zurzeit noch nicht voraussehbar. Die klagende Konsumentenschutzorganisation muss den Wert des Streitgegenstandes in der Klageschrift angeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Den Ausführungen der Klägerin zum Streitwert – hier eine Konsumentenorganisation – kommt eine *indizielle* Bedeutung zu. *Ihr Interesse* zählt, nicht das *kumulierte Interesse der Mitglieder*. Dennoch erwähnt die Lehre stets auch das «Kollektivinteresse», das deutlich höher als das Verbandsinteresse liegen dürfte.³⁸ Aber auch diese Definition ist nicht wirklich hilfreich, um einen Streitwert zu berechnen. [ZBJV 2013, 689/690] Das Gericht setzt den Streitwert einer Klage fest, die sich nicht auf einen Geldbetrag richtet und den die Parteien unterschiedlich bewerten (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Das Gericht orientiert sich dabei am objektiven Wert der Feststellung oder des Verbots.³⁹ Dabei können sich trotz geringfügigem Interesse im Einzelfall horrende Streitsummen ergeben, weil sich die AGB auf eine Verwendung bei vielen Personen richten. Es ist jedoch evident, dass die Verbände den Verbandsprozess nur dann nutzen, wenn eine «interessengerechte Finanzierung» des Verfahrens sichergestellt ist.⁴⁰ Ein vernünftiger Streitwert darf sich deshalb nie am wirtschaftlichen Interesse der Verwender an der Beibehaltung der Klausel richten, ansonsten die Verbandsklage toter Buchstabe bleibt. Hier lohnt sich ein Blick zur deutschen Rechtsprechung, die griffige Kriterien zu den auch in der Schweiz verwendeten Begriffen entwickelt hat. Der BGH hat die Orientierung an den *wirtschaftlichen Interessen der Verwender* stets abgelehnt, weil sie das im Gemeininteresse verliehene Klagerecht der Organisationen unnötig erschweren würde.⁴¹ Bei der Beurteilung des Streitwerts ist demnach nur das *Interes-*

³³ Vgl. dazu beispielsweise Art. 21 SIA 118.

³⁴ Beispiele solcher Klauseln stellen die Vertragshierarchien in den SIA-Normen dar (a.M. GAUCH, Werkvertrag, N 288). In diese Kategorie fallen auch Klauseln, die festhalten, dass alle Klauseln individuell vereinbart worden sind (vgl. dazu SCHALLER, AJP 2012, 58).

³⁵ Die Rechtslage in Deutschland ist strittig; vgl. dazu die Übersicht bei BeckOK-SCHMIDT, BGB 305c N 7 f.

³⁶ Vgl. Staudinger-COESTER, Eckpfeiler, E. Allgemeine Geschäftsbedingungen, N 39 sowie MüKo-MICKLITZ, ZPO UKlaG 1 N 16; ferner BGH, Urteil vom 13. Dezember 2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 ff., 1055 f.; BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 - XI ZR 140/03, NJW 2004, 1588 ff., 1589; vgl. für das österreichische Recht OLG Wien 24. November 2009, 15 R 170/09v.

³⁷ BGH, Urteil vom 13. Dezember 2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 ff., 1057.

³⁸ Vgl. die widersprüchlichen und schwammigen Angaben bei PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 19.04: «Bei Klagen von Verbänden ist das Verbandsinteresse und nicht etwa das kumulierte Interesse der Mitglieder massgebend, während bei Konsumentenschutzklagen ein „Allgemeininteresse“ abzuschätzen sein dürfte (...).»; ebenso HUGI, sic! 2000, 252; ZÜRCHER, sic! 2002, 505.

³⁹ Vgl. STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 91 N 25.

⁴⁰ MADAUS, ZEuP 2012, 99.

⁴¹ BGH, Beschluss vom 28. September 2006 - III ZR 33/06, NJW-RR 2007, 497 f.

se der Allgemeinheit am Verbot der Verwendung zu berücksichtigen. Dies ergibt einen standardisierten Streitwert von nicht mehr als € 2'500 pro Klausel,⁴² was als vernünftig erscheint, aber in einigen Fällen einen fremdfinanzierten Individualprozess⁴³ bereits attraktiver machen dürfte. Denn bei einem Streitwert von € 2'500, was beim derzeitigen Eurokurs ungefähr Fr. 3'000 entspricht, steht zum einen die Berufung noch nicht offen,⁴⁴ aber auch die einfache Streiterledigung mit Entscheid vor dem Friedensrichter ist nicht mehr möglich.⁴⁵ Häufig dürften aber ohnehin mehrere Klauseln zur Debatte stehen. Art. 113-116 ZPO sehen bei der Kostenregelung keinen Erlass oder Ermässigung für Klagen von Konsumentenorganisationen vor. Hinzu kommt die Kautonierung als Kann-Vorschrift, die eine weitere Hürde zum Prozess schafft und das Ausfallrisiko vom Staat auf den Kläger verlagert (Art. 98 f. ZPO).⁴⁶ Die Konsumentenorganisation hat auch keinen Vorteil bei der Kostenverteilung. Einzig Art. 107 ZPO erwähnt als Kann-Vorschrift die abweichende Kostenverteilung in bestimmten Fällen. Passend für den AGB-Streit scheinen Art. 107 Abs. 1 lit. a, b, f ZPO. Angesichts der verbleibenden Unsicherheit der Streitwertbemessung dürfte es bei häufigen, aber geringen Schädigungen für die Konsumentenorganisationen vorteilhafter sein, einem konkret betroffenen Konsumenten die Klage zu finanzieren oder gar einen passenden Fall für eine Klage zu provozieren, da es bei der Verbandsklage ebenso wenig zu einer Rechtskrafterstreckung kommt (mehr dazu unten). Insofern besteht kein Vorteil der Verbandsklage. Denkbar und realistisch ist bei konkreten Musterprozessen einzig die Gefahr, dass AGB-Verwender einen konkreten Anspruch eines Konsumenten vollumfänglich anerkennen, um ein gerichtliches Präjudiz zu verhindern. Damit verliert ein Urteil seinen überindividuellen Wert ein wenig.⁴⁷ In letzter Zeit kam diesbezüglich Zug in den Kamin: Die Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichts hat das Konsumentenmagazin Saldo finanziert. Saldo und K-Tipp haben in diesem Zusammenhang auch angekündigt, Prozesse im Bereich missbräuchlicher AGB von Fluggesellschaften zu finanzieren.⁴⁸ Veröffentlicht eine Konsumentenorganisation das Urteil auf geeignete Weise in den Medien, kann dies eine Wirkung erzeugen, die gerade wegen des konkreten Falles und des eventuell bestehenden Empörungseffekts eine grössere Wirkung als ein abstrakter Verbandsprozess hervorruft. Schon der *bloße Verdacht der Missbräuchlichkeit* [ZBJV 2013, 691/692] einzelner Klauseln kann ein PR-Desaster provozieren. Als die Medien beispielsweise berichteten, Postfinance habe in ihren Hypotheken-AGB eine Klausel, welche die fristlose und gebührenpflichtige Kündigung von Festhypotheken bei einer Verschärfung der Banken-Eigenmittelvorschriften ermögliche, krebste Postfinance schon eine Woche später öffentlich zurück.⁴⁹ Ganz allgemein muss sich der kollektive Rechtsschutz in diesem Bereich und mittels Verbandsklagen in der Schweiz erst entwickeln. Im Gegensatz zu den europäischen Nachbarn war in der Schweiz, anders als bspw. im Arbeits- oder Mietrecht, die gerichtliche Vertretung von Konsumenteninteressen immer Sache der Konsumenten selbst.⁵⁰ Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass neben den Konsumentenorganisationen nun auch der Staat eine Klagelegitimation hat, wenn er «die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt» sieht

⁴² A.a.O.; vgl. ferner für das österreichische Recht den Entscheid des OLG Wien 24. November 2009, 15 R 170/09v, bei dem der Streitwert für die Überprüfung von 13 in einem Verbandsprozess beanstandeten Klauseln mit einem Streitwert von € 26'000 beziffert wurde, was dann € 2'000 pro überprüfter Klausel macht.

⁴³ S.u. O.

⁴⁴ Vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO. Der Streitwert für die Berufungen muss mindestens CHF 10'000 betragen.

⁴⁵ Vgl. Art. 212 Abs. 1 ZPO.

⁴⁶ Vgl. CONTRATTO, AJP 2012, 219 f.; BSK-RÜEGG, ZPO 98 N 1; BISANG, MRA 2010, 106; ferner PERUCCHI, AJP 2011, 502.

⁴⁷ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Dezember 2008 - 7 U 132/07 in BeckRS 2009, 00024. Mercedes unterlag im erstinstanzlichen Verfahren. Es ging um Minderung und Schadenersatz für den zu hohen Benzinverbrauch eines Mercedes-Fahrzeugs. Mercedes focht das Urteil an, um den Anspruch vor dem Oberlandesgericht Stuttgart gleich vollumfänglich anzuerkennen. Die einzige plausible Erklärung dieses vordergründig unsinnigen Verhaltens liegt in der Verhinderung eines Präjudizes.

⁴⁸ Es handelt sich um Urteil BGer 4A_127/2012 zur Herausgabe von Retrozessionen, vgl. WALDER, saldo 2012 abrufbar unter: <http://www.ktipp.ch/themen/beitrag/1078887/Swiss_Unzulaessige_Schikanen_im_Kleingedruckten> (6. Mai 2013).

⁴⁹ Vgl. JACQUEMART, NZZ am Sonntag vom 27. Januar 2013, 35 und die Distanzierung von der Klausel in der NZZ am Sonntag vom 3. Februar 2013, 29. Die verantwortliche Person stellte das Ganze im Interview als Hinterlassenschaft eines alten Kooperationspartners aus dem Jahre 2003 dar, was im Jahre 2013 und angesichts der aktuellen Diskussion um verschärfte Eigenmittelvorschriften etwas unglaublich klingt.

⁵⁰ Vgl. BRUNNER, 144 f.

(Art. 10 Abs. 3 lit. b UWG). Inwiefern der Bund von dieser Möglichkeit zum Wohle der Konsumenten Gebrauch machen wird, ist derzeit offen.⁵¹

Kommt es dennoch zur Verbandsklage und in der Folge zu einem Urteil des Gerichts, so hat dieses nur Bindungswirkung zwischen den Parteien des Streits.⁵² Ein darauf folgendes generelles Verbot zur Weiterverwendung der als missbräuchlich beurteilten Klauseln sehen ZPO und UWG nicht vor. Auch die dem deutschen § 11 UKlaG eigene Rechtskrafterstreckung gibt es in der Schweiz nicht. In Deutschland kann jeder Kunde, der von einer als missbräuchlich festgestellten Klausel betroffen ist, deren Unwirksamkeit *als Einrede* geltend machen.⁵³ In der Schweiz hat das Urteil somit höchstens, aber immerhin, die Wirkung eines «faktischen Präjudizes».⁵⁴ Heisst das Gericht den **[ZBJV 2013, 692/693]** Unterlassungsanspruch gut, kann die Konsumentenschutzorganisation die notwendigen, zweckdienlichen und angemessenen⁵⁵ vorprozessualen Abklärungen mit der Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geltend machen,⁵⁶ jedoch nicht die Kosten der Abmahnung (strittig).⁵⁷

V. Abmahnung

In Deutschland arbeiten die Konsumentenschutzorganisationen mit dem Mittel der *Abmahnung*. Sie senden dem Verwender missbräuchlicher AGB ein Abmahnschreiben zu. Darin verlangen sie die Einstellung der Verwendung der missbräuchlichen AGB, eine Unterlassungserklärung, Auslagenersatz und drohen für den Fall von Untätigkeit eine gerichtliche Kontrolle der AGB an.⁵⁸ Der Auslagenersatz für die Abmahnkosten stützt sich in Deutschland auf § 5 UKlaG und § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. In der Schweiz gibt es keine ähnlichen Normen, doch dürfte gerade die Möglichkeit der Auslagenabwälzung von entscheidender Bedeutung für ein realistisches Interesse der Konsumentenorganisationen an diesem Vorgehen sein. Vor Inkrafttreten dieser Normen gewährte der deutsche BGH in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch aus *Geschäftsführung ohne Auftrag*.⁵⁹ Es ist eine echte, berechtigte Geschäftsführung, weil der AGB-Verwender durch die Abmahnung die Kosten eines Gerichtsstreits sparen kann. Deshalb kann die abmahnende Person gestützt auf §§ 683 S. 1, 670 BGB Auslagenersatz wie beim Auftrag verlangen.⁶⁰ Dieses Vorgehen ist in der **[ZBJV 2013, 693/694]** Schweiz unbekannt und unüblich. Doch wäre es denkbar? Die nachfolgenden Gedanken widmen sich dieser Frage.

Der Auslagenersatz nach Art. 422 OR setzt das Vorliegen einer echten, berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag voraus. Dazu gehören die Elemente der *Auftragslosigkeit*, das *fremde Geschäft*, der *Fremdgeschäftsführungswille* sowie die *Gebotenheit*.⁶¹ Die Auftragslosigkeit ergibt sich aus der fehlenden Beauftragung durch den AGB-Verwender. Die AGB des Geschäftsherrn sind für die Konsumentenorganisation als Geschäftsführer ohne Auftrag grundsätzlich fremd, weil sie nicht zu seiner Interessensphäre gehören.⁶² Die Kontrolle von AGB-Klauseln zur Bekämpfung missbräuchlicher AGB-Klauseln liegt aber ebenso im Interesse und statutarischen Tätigkeitsfeld der Konsumentenschutzorganisation. Als «auch-fremdes» Geschäft hebt dies das Interesse des Geschäftsherrn und die

⁵¹ Immerhin hat sich der Bund im Bereich der Registerhaie aktiv gezeigt, vgl. BGE 136 III 23 ff. und dazu SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, 93 ff., 95.

⁵² BESSENICH/BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 89 N 6; KuKo-WEBER, ZPO 89 N 21; DOMEJ, ZJP 2012, 425.

⁵³ Vgl. Köhler/Bornkamm-KÖHLER, UKlaG 11 N 1; RAUBER, in: SIWR V/1, 263.

⁵⁴ Vgl. BGE 73 II 65, 72 f. E. 3.; DOMEJ, ZJP 2012, 425 f.

⁵⁵ M.w.H. zu diesen drei Voraussetzungen BSK-RÜEGG, ZPO 95 N 17.

⁵⁶ Zu den Voraussetzungen für die Zusprechung vorprozessualer Anwaltskosten als Teil des Schadens vgl. m.w.H. Urteil BGer 4A_127/2011, E. 12.4. Hier ist es aber kaum Schaden, denn zur Schadenersatzklage ist die Konsumentenschutzorganisation gar nicht legitimiert, sondern Aufwand, der ausserhalb von Haftpflichtprozessen und insbesondere in Verbandsprozessen anders erfasst werden muss.

⁵⁷ Vgl. BSK-RÜEGG, ZPO 95 N 20; a.M. SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 95 N 38.

⁵⁸ Vgl. zur in der Schweiz bekannten Schutzrechtsverwarnung WILLI, AJP 1999, 1377 ff.

⁵⁹ Vgl. die Hinweise zur Rechtsprechung bei MüKo-MICKLITZ, ZPO UKlaG 5 N 11; vgl. SCHWAB, 1125 f.

⁶⁰ Vgl. SCHMID, GRUR 1999, 312.

⁶¹ HUGUENIN, N 1612.

⁶² Vgl. ZK-SCHMID, OR 419 N 14.

Fremdheit des Geschäfts dennoch nicht auf, solange das mitwirkende Eigeninteresse untergeordneter Natur bleibt.⁶³ Es lässt sich nun darüber streiten, ob das Eigeninteresse der Konsumentenschutzorganisation wirklich untergeordneter Natur ist. Fest steht jedenfalls, dass eine berechtigt erfolgte Abmahnung den AGB-Verwender wesentlich günstiger zu stehen kommt, als ein verlorener Rechtsstreit. U.E. ist die Abmahnung, welche als Resultat des (Grund-)Geschäfts «Kontrolle einer AGB-Klausel» erfolgt, deshalb nach wie vor der Interessensphäre des Klauselverwenders zuzurechnen und somit als fremd zu qualifizieren.⁶⁴ Der Fremdgeschäftsführungswille zeigt sich darin, dass die Konsumentenschutzorganisation den AGB-Verwender auf die Gesetzesverletzung hinweist und ihn so vor weiterem Ungemach schützen will. Die Übernahme des Geschäfts muss durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten sein, d.h. «als angebracht, angezeigt, richtig erscheinen.»⁶⁵ Wer missbräuchliche AGB verwendet, kann sich durch die Abmahnung einen Rechtsstreit sparen.⁶⁶ Insofern liegt ein Inter- [ZBJV 2013, 694/695] esse klar vor, dass die Konsumentenorganisation nicht gleich klagt, sondern dem AGB-Verwender Gelegenheit gibt, die Angelegenheit diskret und kostengünstig selbst zu erledigen.⁶⁷ Dennoch wirkt diese Feststellung *naiv*, weil viele Verwender ganz bewusst und mit Kalkül missbräuchliche Klauseln in ihre AGB aufnehmen. Es geschieht nicht aus rechtlicher Unbedarftheit, sondern weil eine gründliche Analyse insbesondere des bisherigen AGB-Korrektivs ergab, *dass sich missbräuchliche AGB lohnen*. Die Konsumentenorganisationen teilen den AGB-Verwendern in diesem Sinne kaum etwas mit, von dem sie bisher keine Kenntnis hatten. Der neue Art. 8 UWG schafft aber immerhin eine gute *materiellrechtliche* Grundlage des AGB-Korrektivs. Insofern ist es richtig, die Interessenlage angesichts der UWG-Novelle zu überdenken. Dass sich missbräuchliche Klauseln auch in Zukunft lohnen könnten, darf bei der Interessenfeststellung, die in guten Treuen erfolgen muss, keine Rolle spielen.⁶⁸ So ganz unzweifelhaft ist dies aber nicht. Mehrere Autoren bejahen die Gebotenheit nur, wenn der Geschäftsherr nicht erreichbar ist, weil man ihn vorgängig fragen sollte, ob er die Hilfe überhaupt möchte.⁶⁹ Müsste die Konsumentenschutzorganisation folglich den AGB-Verwender zuerst fragen, ob sie für ihn die Rechtmässigkeit der AGB überprüfen dürfe? Verneint der AGB-Verwender, so wäre dies ähnlich wie ein rechtswidriges Einmischungsverbot unbeachtlich,⁷⁰ denn *erstens* sind Konsumentenschutzorganisationen dazu da, Verstössen gegen Art. 8 UWG nachzugehen. Dies liegt *zweitens* im Interesse der Öffentlichkeit und aller potentieller Vertragspartner des AGB-Verwenders.⁷¹ Erlaubt der angefragte AGB-Verwender die Untersuchung auf Frage hin, wäre die GoA [ZBJV 2013, 695/696] nicht mehr anwendbar, sondern Auftragsrecht. Lenkt er hingegen sofort ein und korrigiert seine AGB, bestünde auch kein Aufwendungsersatzanspruch mehr. Die Ergebnisse überzeugen kaum, weil die Konsumentenorganisation stets ins Blaue hinaus die Missbräuchlichkeit der AGB behaupten müsste, wobei sie an ein Nein nur gebunden wäre, wenn die AGB tatsächlich unproblematisch sind. Liegt aber kein Verstoss vor, kann die Konsumentenschutzorganisation ohnehin unter keinem Titel etwas fordern. Die vorgängige Information und Anfrage im Abmahnverfahren ist deshalb nicht sinnvoll. Eine gewisse Vorabklärung, die immer etwas kostet, ist zwingend notwendig, wenn sich die Konsumentenschutzorganisation nicht blamieren will. Die Gebotenheit liegt also klar vor. Für den Auslagenersatz ist weiter erforderlich, dass die Aufwendungen notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen sind (Art. 422 Abs. 1 OR). Die Komplexität der Beurtei-

⁶³ ZK-SCHMID, OR 419 N 16.

⁶⁴ Klar a.M. BYDLINSKI, 112.

⁶⁵ ZK-SCHMID, OR 422 N 11; SCHMID, GoA, N 376.

⁶⁶ Vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 15. Oktober 1969 - I ZR 3/68, NJW 1970, 243 ff., 245 E. II.1.c); ferner auch BGH, Urteil vom 2. März 1973 - I ZR 5/72, NJW 1973, 901 ff., 903; BGH, Urteil vom 13. Juni 1980 - I ZR 96/78, NJW 1981, 224; BGH, Urteil vom 12. April 1984 - I ZR 45/82, NJW 1984, 2525 f.; LINDACHER, GRUR 1975, 414: «Der Verletzer hingegen ist bereits deshalb an einer Streiterledigung qua Unterwerfungserklärung interessiert, weil die Abgabe einer solchen Erklärung für ihn die billigste Lösung ist.»

⁶⁷ Offenbar bringen die beklagten Parteien im Prozess und insbesondere bei der Kostenverteilung häufig vor, dass sie bei einer vorgängigen Abmahnung sofort eingelenkt hätten (vgl. die Hinweise bei ZÜRCHER, 113–115). Eine Pflicht zur vorgängigen Abmahnung existiert indes nicht.

⁶⁸ Vgl. ZK-SCHMID, OR 422 N 12.

⁶⁹ Vgl. HUGUENIN, N 1628; ZK-SCHMID, OR 422 N 13, 19 und SCHMID, GoA, N 377 relativiert dieses Erfordernis.

⁷⁰ Zum Konnex der Gebotenheit zu einem allfälligen Einmischungsverbot siehe ZK-SCHMID, OR 422 N 10, 19 und HUGUENIN, N 1630.

⁷¹ Vgl. ZK-SCHMID, OR 420 N 54 f.; ferner BGH, Versäumnisurteil vom 15. Oktober 1969 - I ZR 3/68, NJW 1970, 243 ff., 244, E. II.1.

lung von AGB-Klauseln und die Waffengleichheit⁷² rechtfertigen u.E. in der Regel den Beizug eines Anwalts. In Deutschland ist dies anders und es dürfte auch in der Schweiz strittig sein, doch existieren in Deutschland im Unterschied zur Schweiz eine reiche AGB-Rechtsprechung, ein gesetzlicher Klauselkatalog und viele im Abmahnverfahren erfahrene Konsumentenorganisationen.⁷³ Dies gilt umso deutlicher unter Berücksichtigung der Folgenerwägung, dass interne «sowieso-Kosten» für das angestellte Personal der Konsumentenschutzorganisationen nicht ersatzfähig sind – die Konsumentenschutzorganisationen hätten sonst überhaupt keine nennenswerten finanziellen Möglichkeiten mehr, gegen AGB-Missbräuche vorzugehen.⁷⁴ Ein Verschulden des AGB-Verwenders ist für den Auslagenersatz nicht notwendig. Somit liegen alle Voraussetzungen des Auslagenersatzes nach Art. 422 Abs. 1 OR vor. [ZBJV 2013, 696/697]

VI. Unterlassungserklärung des AGB-Verwenders

In Deutschland verlangen die Konsumentenschutzorganisationen eine *strafbewehrte* Unterlassungserklärung. Gibt der AGB-Verwender diese nicht ab, so spricht dies für eine Wiederholungsgefahr.⁷⁵ Auch dieses Vorgehen ist in der Schweiz denkbar und im Immaterialgüterrecht bekannt.⁷⁶ Die «Strafbewehrung» stellt eine Konventionalstrafe im Sinne des Art. 160 OR dar. Beim Unterlassungsversprechen könnte es sich um einen Vergleich oder eine Schuldanerkennung handeln.⁷⁷ Der Unterschied liegt darin, dass sich beim Vergleich auch die Konsumentenschutzorganisation verpflichtet, keine Unterlassungsklage mehr einzureichen. Doch so einfach ist es nicht. Ohne Wiederholungsgefahr gibt es keine Unterlassungsklage. Die Unterlassungserklärung beseitigt indes gerade die Wiederholungsgefahr, die Voraussetzung der Unterlassungsklage bildet. Es ist deshalb eine blosser Anerkennung des Unterlassungsanspruchs,⁷⁸ die fortan konstitutiv⁷⁹ nur noch einen *vertraglichen* Unterlassungsanspruch begründet.⁸⁰ Die Erklärung hat folglich novierende Wirkung, denn der vertragliche Anspruch tritt an Stelle des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs, der durch die Erklärung untergeht. Eine Unterlassungserklärung muss nach Schweizer Lehre und Rechtsprechung nicht unbedingt eine Konventionalstrafe enthalten, um eine Wiederholungsgefahr glaubhaft [ZBJV 2013, 697/698] auszuschliessen.⁸¹ Es empfiehlt sich, dies für den AGB-Streit zu überdenken, denn die Durchsetzung und Kontrolle der Unterlassung ist aufwendig, aber als Schaden oder Aufwendungsersatz nur schwer einbringlich. Die Konventionalstrafe erleichtert dies massiv.⁸² Wer die Unterlassungserklärung ernstlich abgibt, dem sollte das zusätzliche Versprechen einer Konventionalstrafe – auch ohne «Aufbrauchfrist» für die alten AGB – keine Mühe bereiten.⁸³ Wer dies scheut, macht sich «wiederholungsverdächtig». Je eher eine Wiederholung droht, umso mehr rechtfertigt sich ein Beharren auf der Vertragsstrafe. Die Konventionalstrafe sollte sich an einem höheren Wert als dem deutschen Regelbetrag von € 2'500 pro Klausel

⁷² Vgl. zu diesem vom Landgericht akzeptierten, vom BGH jedoch abgelehnten Argument BGH, Urteil vom 12. April 1984 - I ZR 45/82, NJW 1984, 2525 f.

⁷³ In Deutschland verneinen dies Lehre und Rechtsprechung bei Konsumentenschutzorganisationen, «weil die anspruchsberechtigten Stellen in der Lage sein müssen, Abmahnungen ohne anwaltliche Hilfe auszusprechen.» (Köhler/Bornkamm-KÖHLER, UKlaG 5 N 4); vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen-WITT, UKlaG 5 N 8; Palandt-BASSENGE, UKlaG 5 N 6; BGH, Urteil vom 25. Juli 2012 - IV ZR 201/10 in NJW 2012, 3023 ff., 3030 f., Rz. 74 f.; BGH, Urteil vom 12. April 1984 - I ZR 45/82, NJW 1984, 2525 f.

⁷⁴ Vgl. m.w.Verw. auf die deutsche Rechtsprechung MüKo-SEILER, BGB 683 N 17.

⁷⁵ Vgl. Palandt-BASSENGE, UKlaG 1 N 8; BGH, Urteil vom 25. Juli 2012 - IV ZR 201/10 in NJW 2012, 3023 ff., 3030, Rz. 72; BGH, Urteil vom 18. April 2002 in WM 2002, 1355 ff., 1356, E. I.2.; BGH, Urteil vom 12. Juli 2000, NJW-RR 2001, 485 ff., 487, E. 2.b).

⁷⁶ Vgl. ZÜRCHER, 112; vgl. WILLI, AJP 1999, 1377 ff.

⁷⁷ Teilweise verwendet die Lehre den prozessualen Begriff der «Abstandserklärung» bzw. des «Prozessabstands» (vgl. LEUMANN LIEBSTER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO 241 N 9 sowie DOLGE in: Spühler/Dolge/Gehri, 9. Kapitel N 92 ff.; vgl. STAUB, MschG 55 N 48); vgl. ZÜRCHER, 115.

⁷⁸ Vgl. WILLI, AJP 1999, 1380.

⁷⁹ Vgl. KRAUSKOPF, N 128, 130.

⁸⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - I ZR 176/93, GRUR 1995, 678 ff., 679 f.; vgl. zur Verjährung solcher Unterlassungsansprüche KÖHLER, GRUR 1996, 231 ff.

⁸¹ Obergericht Zürich, 20. Januar 2011 in sic! 2011, 509 ff., 511; vgl. David/Frick/Kunz/Studer/Zimmerli, SIWR I/2, N 592: «Hierfür bedarf es aber keiner besonderen Sicherung durch Konventionalstrafe.»; vgl. Willi, AJP 1999, 1381; vgl. David/Jacobs, N 490; vgl. die Rechtsprechungsübersicht im Urteil des Handelsgericht St. Gallen vom 29. August 2006 in sic! 2007, 122 ff.

⁸² Vgl. m.w.H. Ulmer/Brandner/Hensen-WITT, UKlaG 5 N 5.

⁸³ Vgl. LINDACHER, GRUR 1975, 414; vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2000 - XII ZR 159/98, NJW-RR 2001, 485 ff., 487 E 2.b).

und Verwendung orientieren, weil sie sonst keine richtige Abschreckungswirkung zeigt.⁸⁴ Die Höhe der Konventionalstrafe sollte sich am Interesse des Verwenders an deren Beibehaltung orientieren, ansonsten bleibt sie wirkungslos. Bei AGB lässt sich aufgrund der Verwendung für eine Vielzahl von Vertragsschlüssen meist schnell feststellen, ob der AGB-Verwender die missbräuchlichen Klauseln weiterverwendet. Damit die für die Konsumentenorganisation erhoffte Wirkung der Unterlassungserklärung eintritt, sollte sie diese in den Medien publizieren oder auf andere Weise bekannt machen. Auf keinen Fall sollten die Parteien Stillschweigen über den Streit vereinbaren.

VII. Musterprozess als Alternative zum Verbandsprozess?

Der Thematisierung des Musterprozesses ist eine begriffliche Präzisierung voranzustellen. Es gibt zwei Varianten des Musterprozesses. Beim Musterprozess «im untechnischen Sinne» handelt es sich um einen von einem beliebigen Konsumenten geführten Individual- [ZBJV 2013, 698/699] prozess mit einem nicht klagelegitimierten Prozessfinanzierer im Hintergrund. Der Finanzgeber hat dabei ein Interesse am Ausgang des Prozesses und deckt dem Individualkläger die Prozesskosten unter der Bedingung, dass dieser sich auf keine einvernehmliche Streitbeilegung im Rahmen eines Vergleichs einlässt. Dieser soll vielmehr den Prozess «bis zum bitteren Ende» durchhalten und so ein Präjudiz erwirken. Das Konsumentenmagazin saldo hat diese Art des Musterprozesses unlängst für die Herausgabe von Retrozessionen erfolgreich praktiziert.⁸⁵

Der Musterprozess «im technischen Sinne» basiert im Wesentlichen auf einer privatrechtlichen Vereinbarung mehrerer potentieller Klägerparteien mit dem Beklagten, das im Modellverfahren ergangene Urteil zu akzeptieren.⁸⁶ Die Klägergruppe bestimmt dabei einen Musterkläger, der das Modellverfahren alleine gegen den Beklagten führt.⁸⁷ Das Ergebnis des Musterprozesses ist dann auch für alle nicht am Modellverfahren beteiligten Mitglieder der Klägergruppe verbindlich, da sie Vertragspartei der Musterprozessvereinbarung sind.⁸⁸ Im Idealfall muss so nur ein Anspruch gerichtlich durchgesetzt werden, was eine erhebliche Kostenersparnis für alle involvierten Parteien bedeutet.⁸⁹ Der Musterprozess mag bei Massenschäden im Bereich des Haftpflichtrechts (v.a. gegen den Schweizer Staat)⁹⁰ gewiss akzeptable Ergebnisse erzielen,⁹¹ zur Beseitigung von «unfairen» AGB-Klauseln scheint er hingegen nicht besonders geeignet. Dies liegt in erster Linie daran, dass er stark von der Kooperationsbereitschaft des [ZBJV 2013, 699/700] Klauselverwenders abhängig ist.⁹² Willigt dieser nicht in die Vereinbarung ein, kommt es erst gar nicht zu einem Modellverfahren. Ist der Klauselverwender hingegen an der Klärung der Rechtslage interessiert und willigt er in die Vereinbarung ein, ergibt sich das Problem, dass nachträglich eben nur die Parteien der Musterprozessvereinbarung an das Urteil gebunden sind. Der AGB-Verwender müsste sich im Falle eines für ihn negativen Prozessergebnisses, dieses also nur gegenüber den Parteien der Musterprozessvereinbarung entgegenhalten lassen. Unterlässt er die Klauselverwendung anschliessend nicht von selbst, müssen neue Vertragspartner (welche nicht Partei der Musterprozessvereinbarung waren) abermals gegen die Verwendung der «unfairen» AGB-Klausel klagen. Das Ergebnis des Musterprozesses wäre in seiner Breitenwirkung somit wiederum nur

⁸⁴ Vgl. zu den üblichen Beträgen und zur Notwendigkeit erhöhter Beträge für Verbände, die AGB empfehlen Ulmer/Brander/Hensen-Witt, UKlaG 5 N 5.

⁸⁵ S.o. Fn 48.

⁸⁶ WALTER, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 2001, 374; BAUMGARTNER, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 2007, 342; DICKENMANN, AwR 2009, 470.

⁸⁷ S.a. BLÄUER, 121 f. m.w.H. zum Rechtsverhältnis zwischen den Gruppenmitgliedern.

⁸⁸ S.a. BSK-OBERHAMMER, ZPO 89 N 4, der allerdings betont, dass es sich hierbei nicht um eine vertragliche Rechtskrafterstreckung handelt, sondern um eine rein vertragsrechtliche Vereinbarung; ebenso BAUMGARTNER, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 2007, 342; BLÄUER, 119.

⁸⁹ Vgl. BLÄUER, 122.

⁹⁰ Vgl. WALTER, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 2001, 374; BAUMGARTNER, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 2007, 342 f.

⁹¹ Prominentestes Beispiel dürfte etwa das Modellverfahren der Kollektivgesellschaft Rey und Leimgruber gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft auf Entschädigung von Ernteausfällen infolge der Nuklearkatastrohe in Tschernobyl sein, welches bis vors Bundesgericht weitergezogen wurde (BGE 116 II 480); m.w.Verw. BAUMGARTNER, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 2007, 343.

⁹² Vgl. auch DOMEJ, ZJP 2012, 431; BLÄUER, 122; DICKENMANN, AwR 2009, 470.

ein «faktisches Präjudiz», welches in der Praxis immerhin eine grössere Publizitätswirkung als ein Singularprozess hätte, die «unfairen» AGB-Klauseln aber auch nicht wirklich zum Verschwinden brächte.

VIII. Verfahren vor der Lauterkeitskommission

Die Lauterkeitskommission behandelt nur Fälle, die mit *Werbung* («kommerzielle Kommunikation») zu tun haben.⁹³ Sie unterscheidet diese von vertragsrechtlichen Problemen und lehnt deren Behandlung ab.⁹⁴ Die Lauterkeitskommission als Selbstkontrollorgan der Werbebranche steht deshalb zur Bekämpfung missbräuchlicher AGB nicht zur Verfügung.

IX. Schlusswort

Betrachtet man die oben gemachten Ausführungen, spürt man einen regelrechten Unwillen des Gesetzgebers, effizient gegen missbräuchliche AGB vorzugehen. Alle relevanten Gesetze zeugen davon, dass der ökonomische Wert von «unfairen» AGB-Klauseln von Wirtschaftslobbyisten erkannt und hierzulande nach wie vor geschützt wird, was zu Lasten der Verbraucherinteressen geht. Ein Umdenken tut not, denn der Streit um ausgeglichene AGB ist nichts Schlechtes. Generell ist ein Streit nichts Schlechtes, wenn viele Parteien von dessen reinigender Wirkung erfahren und profitieren. Art. 8 UWG macht auf der Ebene des materiellen Rechts gewiss einen grossen Schritt in die richtige Richtung. Wertvoll ist die neue Regelung aber nur dann, wenn sie die missbräuchlichen Klauseln auch tatsächlich zum Verschwinden bringt. Konsumentenorganisationen könnten hierzu einen wesentlichen Teil beitragen, zumal dem Verbraucher der erhebliche Verfahrensaufwand meist nicht zuzumuten ist. Solange aber die im Beitrag beschriebenen prozessualen Hürden für den Verbandsprozess nicht abgebaut werden, wird sich die Etablierung «fairer» AGB noch auf Jahre hinauszögern.

Literaturverzeichnis

- Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 26. Ed., München (Stand: 1.2.2013; zit. BeckOK-VERFASSEN)
- Baudenbacher Carl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001 (zit. Baudenbacher-VERFASSEN).
- BAUDENBACHER CARL, Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 1980, 344 ff.
- BAUMGARTNER SAMUEL P., Class Actions and Group Litigation in Switzerland, 27 Northwestern Journal of International Law & Business 2007, 301 ff.
- Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Artikel 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-VERFASSEN)
- BISANG RAYMOND, Neue Zivilprozessordnung: Neuerungen im Schlichtungsverfahren bzw. Mietprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ausweisung, MRA 2010, 101 ff.
- BLÄUER DANIEL R., Rechtsausübung durch Gläubigergruppen, Diss. Luzern 2007.
- BRUNNER ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010, Zürich/Basel/Genf 2011, 141 ff. [ZBJV 2013, 701/702]
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. VERFASSEN, DIKE-Komm).
- BYDLINSKI MICHAEL, Der Kostenersatz im Zivilprozess, Grundfragen des Kostenrechts und praktische Anwendung, Wien 1992.
- CONTRATTO FRANCA, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, 217 ff.

⁹³ Vgl. den Zweck der Lauterkeitskommission, abrufbar unter: <<http://www.lauterkeit.ch/komm.htm>> (6. Mai 2013).

⁹⁴ Vgl. Lauterkeitskommission, Erste Kammer 140911, Fall Nr. 255/11, Tätigkeitsbericht 2011, 18, abrufbar unter: <<http://www.lauterkeit.ch/pdf/taetigkeit11.pdf>> (6. Mai 2013).

- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012
- DAVID LUCAS/FRICK MARKUS R./KUNZ OLIVER M./STUDER MATTHIAS U./ZIMMERLI DANIEL, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR I/2, 3. A., Basel 2011.
- DOMEJ TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 421 ff.
- DICKENMANN PHILIPP, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, AwR 2009, 468 ff.
- Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. VERFASSEN, SG-Komm).
- FAVRE PASCAL G./TERCIER PIERRE, Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations, RSJ 2010, 293 ff.
- FATZER PETER/HASENBÖHLER FRANZ, AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen?, in: Lengauer Daniel/Rezzonico Giordano (Hrsg.), Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, Zürich 2012, 188 ff.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- GORDON-VRBA LUCY, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss. Zürich 2007
- HUGI JOHANNES, Der Streitwert im Immaterialgüterrecht, INGRES-Tagung vom 8. November 1999, sic! 2000, 250 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.
- JACQUEMART CHARLOTTE, Postfinance wälzt Risiko auf Kunden ab, NZZ am Sonntag 27.01.2013, 35.
- Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2010 (zit. SHK-VERFASSEN).
- KÖHLER HELMUT, Zur Verjährung des vertraglichen Unterlassungs- und Schadenersatzanspruchs, GRUR 1996, 231 ff. [**ZBJV 2013, 702/703**]
- KÖHLER HELMUT/BORNKAMM JOACHIM, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 13 a, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 31. Aufl., München 2013 (zit. Köhler/Bornkamm-VERFASSEN)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Fribourg 2003
- LINDACHER WALTER F., Gesicherte Unterlassungserklärung, Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzbedürfnis, GRUR 1975, 413 ff.
- MADAUS, STEPHAN, Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne „amerikanische Verhältnisse“ bei deren Finanzierung, ZEuP 2012, 99 ff.
- Oberhammer Paul (Hrsg.), Kurzkommentar, ZPO, Basel 2010 (zit. KuKo-VERFASSEN)
- PALANDT OTTO, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013 (zit. Palandt-VERFASSEN)
- PEDRAZZINI MARIO/PEDRAZZINI FEDERICO A., Unlauterer Wettbewerb, UWG, 2. Aufl., Bern 2002
- PERUCCHI LEANDRO, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, 489 ff.
- RAUBER GEORG, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 9–15 UWG) in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, 2. Aufl., Basel 1998 (zit. RAUBER, in: SIWR V/1)
- Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, §§ 946–1086, EGZPO/GVG/EGGVG/UKlaG, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2008 (zit. MüKO-VERFASSEN ZPO)
- ROTT PETER, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 2003, 5 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012, 337 ff.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011
- Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKO-VERFASSEN BGB)
- SCHALLER JEAN-MARC, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2012, 56 ff.
- SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg (CH) 1992
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1 ff. [**ZBJV 2013, 703/704**]
- SCHMID JÖRG, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit. ZK-SCHMID)
- SCHMID MARTIN, Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage für Kostenersatzung von wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen?, GRUR 1999, 312 ff.
- SCHWAB MARTIN, Abmahnkosten und das Gebot der prozessualen Waffengleichheit, in: Joost Detlev/Oetker Hartmut/Paschke Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, 1125 ff.

- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. VERFASSEN in: Spühler/Dolge/Gehri)
- Spühler Karl/Tenchio/Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK-VERFASSEN)
- STAUB ROGER, Kommentar zu Art. 55 MSchG, in: Noth Michael/Bühler Gregor/Thouvenin Florent (Hrsg.), Markenschutzgesetz (MSchG), Bern 2009.
- STAUDINGER JULIUS VON, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2012
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, 93 ff.
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. VERFASSEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger).
- Ulmer Peter/Brandner Hans Erich/Hensen Horst-Dieter (Hrsg.), AGBRecht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 11. Aufl., Köln 2011 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-VERFASSEN)
- WALDER BÉATRICE, Swiss: Unzulässige Schikanen im Kleingedruckten, saldo 18/2012, abrufbar unter: http://www.ktipp.ch/themen/beitrag/1078887/Swiss_Unzulaessige_Schikanen_im_Kleingedruckten > (6. Mai 2013).
- WALTER GERHARD, Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, 11 Duke Journal of Comparative & International Law 2001, 369 ff.
- WILLI CHRISTOPH, Die Schutzrechtsverwarnung als immaterialgüterrechtliches Rechtsinstitut, AJP 1999 1377 ff.
- ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss. Zürich 1998
- ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, sic! 2002, 493 ff.