

ARNOLD RUSCH

Will das Recht, dass man klagt?

„Auch bei der zweckmässigsten Behandlung bleiben Prozesse wegen des nachteiligen Einflusses, welchen sie nicht nur auf die Glücksumstände, sondern auch auf den sittlichen Charakter der Parteien haben können, allemal ein Übel in der bürgerlichen Gesellschaft, welches möglichst vermieden werden muss.“ – CARL GOTTLIEB SVAREZ¹

Inhaltsübersicht

1. Einführung	569
2. Historische Einordnung: Der Prozess als Übel.....	570
3. Kostenvorschuss, Gerichtskosten und Prozessentschädigung.....	571
4. Verbot des Erfolgshonorars	574
5. Keine punitiven Schadenselemente	575
6. Keine vollumfängliche Edition.....	576
7. Kein kollektiver Rechtsschutz.....	578
8. Kein sinnvolles Verbandsklagerecht	579
9. Regelungsunwilligkeit.....	580
10. Anwendungsunwilligkeit	581
11. Schlusswort.....	585

1. Einführung

Will das Recht, dass man klagt? Ich habe diese Frage als Lehrstuhlvertreter in Heidelberg den Erstsemestern gestellt. Wir haben dazu – wohl etwas plakativ – die Fälle BMW v. Gore und einen deutschen Parallelfall besprochen. In beiden Fällen ging es um einen neuen BMW der Fünfer-Reihe, den der Verkäufer vor dem Verkauf wegen Lackschäden nachlackiert hat, ohne dies dem Käufer mitzuteilen. In Amerika erhielt Dr. Gore dafür erstinstanzlich Schadenersatz in der

¹ Vgl. SVAREZ CARL GOTTLIEB, Vorträge über Recht und Staat, in: HERMANN CONRAD/GERD KLEINHEYER (Hrsg.), Köln 1960, 434. Das Zitat stammt aus den sog. *Kronprinzenvorträgen*. Die Aussage findet sich fast identisch in der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten (1822), § 22.

Höhe \$ 4'004'000, während der deutsche Käufer leer ausging.² Dr. Gore konnte dank *Erfolgshonorar, American rule, discovery, punitive damages und dem jury system* ohne grosses Risiko klagen und viel erreichen, während der deutsche Kläger trotz beachtlichem Aufwand und hoher Kosten auf der Strecke blieb. Wir waren uns nach der Vorlesung einig: *In Amerika will das Recht, dass man klagt.* Für Deutschland waren wir nicht sicher. Für die Schweiz hingegen bin *ich* sicher, dass die Klage unerwünscht ist. Wie kommt es dazu? Die nachfolgenden Erwägungen richten den Fokus auf die einzelnen Klagebarrieren in der Schweiz und beginnen mit einer historischen Einordnung der Fragestellung, die auch den geschätzten Jubilar stark bewegt.

2. Historische Einordnung: Der Prozess als Übel

Zwei Autoren stehen für die gegensätzliche Auffassung über den Rechtsstreit. Einerseits ist es SVAREZ, der den eudämonistischen Geist des aufgeklärten Absolutismus mit dem eingangs festgehaltenen Zitat treffend ausdrückt. Der Richter soll sich angesichts des Ärgernisses und der Gefahr für die Glücksumstände stets bemühen, den Prozess durch eine gütliche Einigung zu beenden. Die Gegenposition vertritt MITTERMAIER besonders kraftvoll: *„Alle diese Versuche beruhen aber auch auf einer unrichtigen Vorstellung von dem Prozesse und von der Würde des Rechts, da man jeden Prozess als ein Übel betrachtet, das man verbannen müsse, und vergisst, dass da, wo ein feigherziges, schwaches, der Bequemlichkeit zusagendes Nachgeben nach dem gepriesenen Vergleichestiften an der Tagesordnung wäre, nur das grösste Unrecht seinen Deckmantel fände, und mit dem verschwundenen Sinne für das Recht auch jede Kraft aus dem Volke gewichen wäre.“*³ Die Aussagen der beiden Juristen sind zwar beide ungefähr 200 Jahre alt, doch sind sie nach wie vor *brandaktuell*. Der juristische Prozess, seine Resultate und seine Akteure sind heute so unattraktiv wie ehemals. Dem vielgehörten Ausspruch *„Keine fremden Richter“* fehlt trotz der Einschränkung die Präzision –

² OLG Hamm, Urteil vom 20.4.1998 - 32 U 150–97 in NJW-RR 1998, 1212 ff. und OLG München, Urteil vom 25.3.1998 - 30 U 598–97 in NJW-RR 1998, 1210 ff.; vgl. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559.

³ MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung*, Erster Beitrag, 2. Aufl., Bonn 1822, 131; differenzierend PUCHTA WOLFGANG HEINRICH, *Ist der Vergleichsversuch in Rechtsstreitigkeiten zweckmässig in die Hände des Gerichts gelegt? - und was lässt sich von der Anordnung eigener Vermittlungsämter erwarten?* AcP 1836, 214 ff./414 ff., 215; vgl. dazu auch PETERS BELE CAROLIN, *Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozessrecht*, Diss. Jena 2004, 61 f.

„Keine Richter“ käme der Sache näher.⁴ Deswegen sind Schweizer aber nicht harmonischere Menschen. Die Kehrseite der fehlenden Prozesse und Entscheidungen sind eine teilweise schon fast lähmende Rechtsunsicherheit, eine weitgehend fehlende Rechtsdurchsetzung und ein Scheinfrieden zu Lasten breiter Bevölkerungsteile – es sind Phänomene, die MITTERMAIER treffend dargestellt hat.

3. Kostenvorschuss, Gerichtskosten und Prozessentschädigung

Wenn Dr. Gore seine Klage auf Zahlung von \$ 4'004'000 in der Schweiz eingereicht hätte, so hätte er mit grosser Wahrscheinlichkeit gestützt auf Art. 98 f. ZPO zuerst einen Vorschuss für die Gerichtskosten und vielleicht auch für die Parteientschädigung leisten müssen. Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt bei Wechselkursparität Fr. 60'790 und die Parteientschädigung inkl. MwSt Fr. 66'344 – sicher genug, um jeden Kläger von einer Klage abzuhalten.⁵ Der Kostenvorschuss ist aber auch bei geringeren Streitwerten geeignet, den Zugang zum Recht zu verbauen.⁶ Diese Vermutung bestätigt sich beim Studium der Geschäftslast der Gerichte. Die Geschäftslast der zivilrechtlichen Kollegialgerichte erster Instanz im Kanton Zürich ging von 2010 auf 2011 um sage und schreibe 18.5 % zurück. Sicher erhöhte die Einführung der neuen ZPO am 1. Januar 2011 die Anzahl der Klagen für das Jahr 2010.⁷ Im Jahr 2012 und 2013 ergaben sich indes weitere Reduktionen um 19.1 % und 14.1 %.⁸ Einzige plausible Erklärung dafür ist die in Art. 98 f. ZPO neu eingeführte Kautionsierung.⁹ Die Richter schaufeln sich damit ihr eigenes Grab – wenn die Entlastung so weitergeht, machen sie sich bald selbst überflüssig, was man bei der Neubesetzung der Richterstellen berücksichtigen sollte. So gab es im Bereich der Streitwerte von Fr. 30'000 bis 100'000 der Kollegialgerichte nach einem geringen Anstieg von 233 (2009) auf 248 (2010) und 237 (2011) Fälle einen *eigentlichen Kahlschlag* auf 186 (2012) und weiter runter auf noch 140 Fälle (2014).¹⁰ Dies entspricht einem Rückgang um 43 %.

⁴ Vgl. SCHOTT CLAUDIETER, „Fremde Richter – fremde Gerichte“ – Mythos, Tradition oder Missverständnis?, AJP 2013, 1368 ff., 1373.

⁵ Vgl. dazu auch PERUCCHI LEANDRO, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, 489 ff., 502 zu den Kostenvorschüssen beim kollektiven Rechtsschutz.

⁶ CONTRATTO FRANCA, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, 217 ff., 219 f.

⁷ Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich des Jahres 2011, 7, 31.

⁸ Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich 2011, 31, 2012, 32 und 2013, 30.

⁹ Vgl. die Aussage BRUNNERS in plädoyer 6/2013, 6 sowie SCHERRER LUCIEN, Ein Vermögen für den Eintritt ins Gericht, NZZ 17.7.2014, 13.

¹⁰ Tabelle 71 der Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich 2009–2014.

Das Handelsgericht hat die klagehemmende Wirkung der Kautonierung erkannt. Es nimmt die bisherige flächendeckende Kautonierung zwar nicht zurück, doch verlangt es als Vorschuss seit Herbst 2013 statt 133 % lediglich 100 % der zu erwartenden ordentlichen Gebühren.¹¹ Die Gerichte des Kantons Zürich haben in der Vergangenheit auch versucht, trotz des geringen Aufwands beim Nichteintreten wegen Nichtleistens des Vorschusses viel Geld zu verdienen – bis das Bundesgericht in einem Fall korrigierend eingriff und die Gerichtsgebühr für den Nichteintretensentscheid von Fr. 12'000 auf immer noch hohe Fr. 2'000 herabsetzte.¹²

Es bestehen durchaus Möglichkeiten, Gerichtsgebühren adäquat zu verteilen und vernünftig zu bemessen, doch schreiben die Gebührenverordnungen dies nicht *ex officio* vor. Es sind lediglich *Kann-Vorschriften*¹³ oder die Prinzipien des *Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips*,¹⁴ die einer vorhersehbaren und unkomplizierten Anwendung im Alltag nicht offen stehen. Auch die detailliertesten Gebührenverordnungen reflektieren diese Prinzipien nur andeutungsweise. Damit steigt das Risiko einer ruinösen Kostenaufgabe. Dass dies Rechtssuchende vor einer Klage abhält, liegt auf der Hand. Klagen sie dennoch, haben die drohenden Kosten einen stark vergleichsfördernden Effekt, weil die vergleichsweise Erledigung deren hälftige Reduktion ermöglicht (§ 10 Abs. 1 GebV OG ZH). Bedauernd ist beim Verzicht auf die Klage und beim Vergleich, dass es zu keiner *Rechtsanwendung in der Sache* kommt. Es handelt sich somit in vielen Fällen nur um eine *Scheineffizienz*, denn ein begründetes und publiziertes Urteil klärt die Rechtslage für alle künftigen Rechtssuchenden weit effizienter.

Während bei den kleinen Streitwerten das *small claims dilemma* greift, dämpfen bei hohen Streitsummen exorbitante Gebühren die Klagelust. Für Aufsehen hat der Fall des Zürcher Heimatschutzpräsidenten gesorgt, der glaubte, eine wertvolle Villa geerbt zu haben. Er unterlag auch vor Obergericht und sah sich vor einem gigantischen Kostenberg wieder. Der Streitwert belief sich auf Fr. 36.06 Mio. Die bezirksgerichtliche Gebühr betrug Fr. 180'000. Vor Obergericht kamen weitere Fr. 40'000 hinzu, für einen 31 Seiten starken Entscheid über die gemäss Obergericht *offensichtlich unzulässige bzw. unbegründete* Berufung. Hinzu trat die Parteientschädigung von über Fr. 290'000 für beide Instanzen. Der Kläger, der zusätzlich noch die eigenen, ähnlich hohen Anwaltskosten berappen muss, ist

¹¹ STAMM EUGEN, Geringere Kostenvorschüsse beim Handelsgericht, NZZ 12.9.2013, 31.

¹² BGer vom 8.7.2013, 4A_237/2013, E. 3.3.

¹³ Vgl. die Kann-Vorschriften in §§ 4 Abs. 2, 10 Abs. 1 GebV OG ZH sowie Art. 107 ZPO; vgl. kritisch CONTRATTO (FN 6) 219 f. und BUCHER EUGEN, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? ZSR 1983, 251 ff., 291.

¹⁴ BGer vom 8.7.2013, 4A_237/2013, E. 3.2.3, 3.2.4 und BGE 120 Ia 171, 174.

jetzt *ruiniert*.¹⁵ Wohl hat er im Wissen um das Risiko ruinöser Kosten prozessiert und für den Fall des Scheiterns denkbare Kostenverteilungsanträge unterlassen. Dennoch muss man sich fragen, *ob ein Prozess überhaupt so viel kosten darf*.¹⁶ Auch wenn der vermeintliche Erbe die entsprechenden Anträge gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ZPO gestellt hätte, wäre ihm eine vernünftige Kostenaufteilung nicht sicher gewesen. Wie schon oben erwähnt, handelt es sich nur um Kann-Vorschriften, die nur die Verteilung, nicht aber die exorbitanten Kosten insgesamt verändert hätten. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ermöglicht zwar eine Kostenverteilung nach freiem Ermessen, wenn die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Gemäss Obergericht liege aber noch keine Prozessführung in guten Treuen vor, „wenn die Prozesschancen intakt und die gestellten Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen.“ Vielmehr müsse man auch die Beweisaussichten sorgfältig abklären und ein Fehlverhalten der Gegenpartei darlegen. Ohnehin hätte der vermeintliche Erbe gemäss Obergericht die Kostenverteilungsanträge aber schon vor der ersten Instanz vorbringen müssen,¹⁷ was angesichts der in Art. 105 ZPO statuierten Verteilung von Amtes wegen erstaunt. Hier wäre ein dynamischeres Verständnis der Rechtsprechung zu wünschen – ein Verständnis, das dem Prozess auch etwas Gutes und Klärendes zuspricht. Die Gerichte sollten bei der Bemessung und Verteilung der Kosten insbesondere auch berücksichtigen, wenn ein Kläger ein berechtigtes öffentliches Anliegen wahrnimmt, wie zum Beispiel die Verhinderung unlauterer Gewinnversprechen oder die Bekämpfung missbräuchlicher AGB.¹⁸ Jedenfalls sollten die Gerichte die Floskel überdenken, dass der Wert in der Möglichkeit bestehe, seinen Anspruch mittels einer Klage gerichtlich durchzusetzen und dass dieser Wert umso grösser sei, je höher die eingeklagte Summe sei.¹⁹ Damit lassen sich beliebige Summen rechtfertigen.

Im Lichte dieser Überlegungen müsste man auch die *teilweise* Kostenaufgabe auf den nur *teilweise* obsiegenden Kläger gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO überdenken. Der Kläger trägt damit das Risiko der richtigen Einschätzung und Beziffere-

¹⁵ Vgl. KÄLIN ADI, Gerangel um eine Prachtvilla am Zürichberg, NZZ 30.5.2014, 16, SCHERRER LUCIEN, Durch Millionenprozess in den Ruin getrieben, NZZ 4.6.2014, 15 und OGer ZH vom 24.4.2014, LB130067.

¹⁶ Vgl. BGE 120 Ia 171, 176 ff. und EGMR, Urteil vom 19.6.2001, Kreuz v. Poland, application no. 28249/95, N 61-66, zu einer Kautionshöhe in der Höhe eines durchschnittlichen Jahreslohns.

¹⁷ OGer ZH vom 24.4.2014, LB130067, E. 2.4.

¹⁸ Vgl. RÜETSCHI DAVID, AJP 2002, 845 ff., 846 f. und KOLLER THOMAS, „Gewinnversprechen“ und das Bundesgericht – eine Gewinn versprechende Rechtsprechung? in: FORSTMOSER PETER/HONSELL HEINRICH/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 377 ff., 383 ff., beide zum nicht publizierten Urteil BGer vom 19.12.2001, 4C.261/2001, E. 2.

¹⁹ Vgl. BGer vom 8.7.2013, 4A_237/2013, E. 3.2.4 und OGer ZH vom 15.4.2014, RB130060, E. 6b.

zung des Streitfalles, was die Hürden und Mühen einer Klageeinreichung schlecht entlohnt. Zwar ermöglicht Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO bei grundsätzlicher Klageguthetung die vollumfängliche Kostenabwälzung, wenn die Forderung vom Ermessen des Gerichts abhängig oder deren Bezifferung schwierig war. Wiederrum handelt es sich dabei um eine zu restriktive Kann-Vorschrift, die keine Sicherheit bietet, dass das Gericht tatsächlich von ihr Gebrauch machen wird.²⁰ Vielversprechend erscheint im Sinne eines Vorschlags die umfassende und zwingende Verwirklichung des *Veranlassungsprinzips*, wonach diejenige Partei, die den Prozess durch ihr Verhalten verursacht hat, die Kosten vollumfänglich tragen muss.²¹ Dies ist beispielsweise die Partei, die durch das Abstreiten jeglicher Verantwortung überhaupt die klageweise Durchsetzung notwendig gemacht hat²² oder deren Wunsch es ist, im ausschliesslich privaten Interesse eine gegen sie gerichtete Forderung gerichtlich klären zu lassen.²³ Überklagen sollte in diesen Konstellationen bei der Kostenverteilung keine Rolle mehr spielen. Wenn der Kläger auch nur einen einzigen Franken holt oder mehr erstreiten kann, als ihm angeboten wird, sollte der Beklagte die Gerichtskosten vollumfänglich berapen.²⁴

4. Verbot des Erfolgshonorars

Dr. Gore konnte sich einen Anwalt nehmen, der ihm zugleich das Klägerrisiko abnahm, denn in Amerika ist die *contingent fee* zulässig. In der Schweiz ist das Erfolgshonorar den Anwälten verboten (Art. 12 lit. e BGFA) und verhindert auf diese Weise die wirtschaftliche Durchsetzung vieler Ansprüche. Die unentgeltliche Rechtspflege ersetzt dies nicht richtig, weil sie nur Personen offensteht, die nicht über die für den Prozess erforderlichen Mittel verfügen (Art. 117 lit. a ZPO). Damit stehen alle vermögenden Personen schutzlos da, die beim Prozess den kühlen Kopf bewahren und nachrechnen, wie viel sie dafür aufwenden müssen und wie viel sie damit gewinnen können. Der Prozess lohnt sich nur in den

²⁰ Vgl. BUCHER (FN 13) 291, 293.

²¹ So auch BUCHER (FN 13) 291, 293; vgl. BGer vom 18.11.2004, 4P.172/2004, E. 9.

²² BGE 113 II 323, 344; vgl. dazu BUCHER (FN 13) 293.

²³ Diese Überlegung in BGE 112 Ib 322, 333 und BGE 92 I 317, 324.

²⁴ Dieses Vorgehen erfolgt bei der Parteikostenerstattung, vgl. *Johnsey Estates (1990) Ltd v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, [2001] EWCA Civ 535, [2001] 2 EGLR 128, N 26; vgl. *Hensley v. Eckerhart*, 461 U.S. 424, 433; vgl. BREYER MICHAEL, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses*, Diss. Freiburg i.Br., Tübingen 2006, 128, m.w.H.; vgl. auch EGMR, Urteil vom 12.7.2007, *Stankov v. Bulgaria*, application no. 68490/01, N 58 ff., in welchem die Gerichtskosten für den teilweise unterliegenden Kläger die Entschädigung für die ungerechtfertigte Untersuchungshaft zu 90 % auffrassen.

wenigsten Fällen. Es wäre indes falsch, diese Schutzlücke durch eine Ausdehnung der unentgeltlichen Rechtspflege zu füllen. Eine liberale Lösung muss direkt bei den Kosten und insbesondere beim Verbot des Erfolgshonorars anknüpfen, damit sich der Prozess wieder lohnt. Für die Richtigkeit dieser Überlegungen spricht *erstens* ein Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht sah im starren Verbot des Erfolgshonorars einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und legte dabei die Berufsfreiheit der Anwälte insbesondere unter dem Aspekt des *Zugangs zum Recht* und der *prozessualen Waffengleichheit* aus.²⁵ Das Urteil hob das Verbot des Erfolgshonorars nicht auf, sondern beauftragte den Gesetzgeber mit der Regelung dieses Missstandes. Der regelungswillige deutsche Gesetzgeber hielt am grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars fest und wählte mit dem neuen § 4a RVG einen Mittelweg. Dies ermöglicht die erfolgsbasierte Mandatierung eines Anwalts, wenn die Rechtsverfolgung bei verständiger Betrachtung ansonsten unterbleiben würde. Die Regelung ist insofern geglückt, als sie auch vermögenden Klägern offen steht.²⁶ Damit räumt der Gesetzgeber ein, dass Rechtsverfolgung nicht nur eine Frage von Armut oder Reichtum ist, sondern sich insbesondere um die Frage dreht, ob sich ein Prozess lohnt. Damit bekennt sich der Gesetzgeber auch dazu, *dass er die Rechtsverfolgung will*. *Zweitens* ist das Erfolgshonorar der unentgeltlichen Rechtspflege überlegen, weil sie den Staat nichts kostet und den Anwalt zu einer realistischen Einschätzung der Erfolgsaussichten zwingt.

5. Keine punitiven Schadenselemente

Punitiv Schadenselemente erfassen verwerfliches Verhalten, wollen dabei strafen und abschrecken,²⁷ ermöglichen aber auch attraktive Klagemöglichkeiten, die der reine Schadensausgleich nach der Differenzmethode in der Schweiz nicht bieten kann.²⁸ Erst ein Streit um hohe Summen verschafft Respekt und Gehör und damit auch Raum für einen effektiven Vollzug mittels privater Rechtsdurchsetzung, die den Staat massiv entlasten kann. Dass das System in Amerika funktioniert und sinnvoll ist, zeigt sich gerade daran, dass die höheren Gerichte die aus dem Ruder gelaufene Schadenersatzsumme für Dr. Gore von total \$ 4'004'000 später massiv kürzten. Die *jury* schlug zum eigentlichen Schaden von \$ 4'000

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 - 1 BvR 2576/04 in NJW 2007, 979 ff., 983 f., N 100-105.

²⁶ Vgl. HAMM CHRISTOPH, in BÜCHTING HANS-ULRICH/HEUSSEN BENNO (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl., München 2011, § 50 N 52; vgl. BT-Drucksache 16/8916, 14.

²⁷ Vgl. BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 568 ff.; vgl. Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2621 f.

²⁸ Vgl. PERUCCHI (FN 5) 493.

punitive damages in der Höhe von \$ 4'000'000 hinzu. Der amerikanische Supreme Court hob in der Folge die bereits auf \$ 2 Mio. reduzierten *punitive damages* auf. Am Schluss gewährte der Alabama Supreme Court Dr. Gore noch Schadenersatz in der Höhe von \$ 50'000, was angesichts des Kaufpreises des BMW von \$ 40'000 noch immer eine stattliche Summe darstellt.²⁹

6. Keine vollumfängliche Edition

Wesentliche Grundlage im Verfahren BMW v. Gore bildete der Umstand, dass BMW in den letzten zehn Jahren in Amerika 983 Fahrzeuge nachlackieren liess, ohne dies den Käufern mitzuteilen. Dies erklärt die tausendfache Multiplikation des eigentlichen Schadenersatzes von \$ 4'000. Gore war offenbar der einzige Käufer, der dagegen vorging. Die *umgekehrte Anspruchsdurchsetzungswahrscheinlichkeit* bildet einen anerkannten Faktor für punitive Schadenselemente.³⁰ *Doch wie konnte er überhaupt wissen, dass BMW ungefähr tausend Fahrzeuge nachlackieren liess?* Die Antwort ist einfach. BMW hat dies im Verfahren der *discovery* selber mitgeteilt und ihm die entsprechenden Dokumente zukommen lassen.³¹ Im schweizerischen Zivilprozess gibt es nur die Edition, die höchstens sekundär der *Informationsbeschaffung* dient (Art. 158 Abs. 1, 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie will eigentlich nur ermöglichen, dass man beweisen kann, was man schon weiss.³² Wenn Schweizer Juristen die hiesige Editionsspflicht mit der amerikanischen *discovery* vergleichen, fragen sie stets mit Sorge, ob auch in der Schweiz die *Gefahr amerikanischer Verhältnisse* bestehe.³³ Diese Angst sollten die Autoren überdenken und fragen, wem sie nützt. In der Schweiz gelangt man häufig zu den *smoking guns* nur mit Hilfe von Geheimnisverrat und *whistleblo-*

²⁹ BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559; BMW of North America, Inc. v. Gore, 701 So.2d 507 (1997), 515.

³⁰ Vgl. WAGNER GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: CASPER MATTHIAS/JANSSEN ANDRÉ/POHLMANN PETRA/SCHULZE REINER (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? München 2009, 41 ff., 57 f.; vgl. POLINSKY A. MITCHELL/SHAVELL STEVEN, Punitive Damages: An Economic Perspective, in: WEIL ROMAN L./WAGNER MICHAEL J./FRANK PETER B. (Hrsg.), Litigation Services Handbook, 3. Aufl., New York 2001, Kapitel 13, Internet: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/94_Shavell.pdf> (14.2.2015), Nr. 13.1, 3.

³¹ Vgl. US FRCP, Rules 26-37; vgl. die Beschreibung bei KILLIAS LAURENT/KRAMER MICHAEL/ROHNER THOMAS, Gewährt Art. 158 ZPO eine „pre-trial discovery“ nach US-amerikanischem Recht? in: LORANDI FRANCO/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 934 ff.

³² BGer vom 10.11.2011, 4A_269/2011, E. 3.2 f. insb. 3.3.2; SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, 3 ff., 14 f.

³³ Vgl. KILLIAS/KRAMER/ROHNER (FN 31) 934; vgl. SCHWEIZER (FN 32) 13 f.

wing. Einzüräumen ist, dass die Geständnisse von BMW in einem Schweizer Verfahren keine Rolle spielen würden, weil keine punitiven Schadenselemente existieren. Sie könnten bestenfalls dem Beweis der Absicht dienen (Art. 199, 210 Abs. 6 OR). In Amerika kamen aber dank *discovery* einige Skandale ans Licht – dank *privater Rechtsdurchsetzung*.³⁴ Ich gebe dafür drei Beispiele:

- GM bemerkte, dass sich der Tank des Chevrolet Malibu zu weit hinten befand und sich bei einem Heckaufprall leicht entzündete. Zwei im Rahmen der *discovery* edierte Berechnungen bei GM ergaben, dass die Verlegung des Tanks \$ 8.59 kostet, während Schadenersatz für verletzte Personen viel billiger zu sein schien – es war GM gemäss dem berühmten „Ivey Memo“ angesichts der Zahl der Toten höchstens \$ 2.20 wert, alle auf den Tank zurückzuführenden Unfälle zu verhindern. Die Kaltblütigkeit der so dargestellten Berechnung muss die *jury* in Rage versetzt haben. Das erstinstanzliche Urteil umfasste \$ 107.6 Mio. als Schadenersatz (*compensatory damages*) inkl. Genugtuung. Den Hauptteil machte jedoch der Strafschadenersatz in der Höhe von \$ 4.8 Mrd. aus (*punitive damages*).³⁵
- Ähnliches ereignete sich in einem früheren Verfahren gegen Ford. Grimshaw erlitt schwerste Verbrennungen beim Heckaufprall eines Ford Pinto. Ford wusste dank umfangreichen Unfallversuchen schon bei der Fahrzeugentwicklung um diese Schwäche. Die Kläger konnten zeigen, dass alle Hierarchiestufen bei Ford die Serienproduktion in Kenntnis der Gefährlichkeit des Fahrzeugs bewilligten. Die edierten Dokumente belegten ebenso das Wissen um die problemlose Umsetzbarkeit günstiger Sicherheitsmassnahmen.³⁶ Auch in der Schweiz wäre es am Kläger, den Produktfehler zu beweisen. Er könnte indes dabei nicht auf die Edition sämtlicher Entwicklungsdossiers zählen. Die in der Schweiz üblichen, ausschliesslich in Einzelverfahren erstrittenen Schadenersatz- und Genugtuungssummen wären dabei auch nicht geeignet, als Anreiz für eine Produkteverbesserung zu wirken: Ford hätte den Pinto in der Schweiz verkaufen müssen!

³⁴ STÜRNER ROLF, Duties of disclosure and burden of proof in the private enforcement of european competition law, in: BASEDOW JÜRGEN (Hrsg.), Private enforcement of EC competition law, Alphen aan den Rijn 2007, 164: „Private law enforcement and disclosure are twin sisters (...)“; vgl. BRUNS ALEXANDER, Private Enforcement of Competition Law: Evidence, in: BASEDOW JÜRGEN/TERHECHTE JÖRG PHILIPP/TICHÝ LUBOŠ (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011, 127.

³⁵ Anderson v. General Motors Corp. No. BC-116926 (Sup. Ct., Los Angeles Cty., Aug. 26, 1999). Der Richter reduzierte die Summe auf total \$ 1.09 Mrd.; vgl. RUSCH ARNOLD, Der Chevrolet Malibu, sein Tank und das „Ivey Memo“, AJP 2014, 137 ff.

³⁶ Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981) 119 CA3d 757, 775-778. Das Gericht sprach Grimshaw zuerst \$ 2,516,000 als *compensatory damages* und \$ 125 Mio. als *punitive damages* zu. Später reduzierte das Gericht die Summe der *punitive damages* auf \$ 3.5 Mio.

- Frauen fühlten sich bei der amerikanischen Ladenkette Wal-Mart benachteiligt – mit späterer oder ausbleibender Beförderung, sexistischer Behandlung und tieferen Löhnen. Die Kläger konnten dank *discovery* sämtliche Daten der Angestellten bezüglich Lohnzahlungen und Beförderungen analysieren. Sie hatten Zugang zu sämtlichen Protokollen – auch zu Sitzungen der Geschäftsleitung, die Frauen als „girls“ oder als „our little Janie Q’s“ bezeichneten.³⁷ Es handelt sich um Dokumente, die man in der Schweiz allesamt nicht herausverlangen könnte, wenn man deren Inhalt nicht schon vorher kennt.

Die drei genannten Fälle zeigen, dass eine weite prozessuale Edition wie in Amerika die Rechtsdurchsetzung beschleunigt und manchmal auch erst ermöglicht. In der Schweiz könnte man derartiges Verhalten wohl nur mittels *whistleblowing* in Erfahrung bringen, bei dem die betroffenen Personen unglaubliche Risiken auf sich nehmen müssen. Dieses Phänomen zeigt den hiesigen Umgang mit dem Streit: Eine Strafe erhält, wer den Skandal aufdeckt und die „Glücksumstände“ stört. Nur der *whistleblower*, der sich an den bundesgerichtlich definierten Dienstweg hält und dabei Kopf und Kragen riskiert, bevor er an die Medien gelangt, kann auf Straffreiheit hoffen.³⁸ Dabei verliert er ziemlich sicher dennoch die Stelle.³⁹ Die Schweiz sucht nach wie vor den richtigen Umgang mit dem *whistleblowing*. Richtig und einer zivilisierten Gesellschaft würdig ist es, die Beklagten direkt zur Edition anzuhalten, was die Notwendigkeit des *whistleblowing* reduziert.

7. Kein kollektiver Rechtsschutz

Die amerikanische Sammelklage⁴⁰ hat in der Schweiz zu Unrecht einen schlechten Ruf. Dass in der Schweiz ein kollektiver Rechtsschutz fehlt, ist offensichtlich. Es gibt unzählige Fälle, in denen ähnliche oder identische Schädigungen einer kollektiven Erledigung benötigen. Die Sammelklage kann *in diesem Bereich* das *small claims dilemma* lösen, d.h. das Problem der ökonomischen Durchsetzung

³⁷ Vgl. Wal-Mart Stores, Inc. v. Betty Dukes et al., 131 S. Ct. 2541 und den *class certification brief*, <<http://www.walmartclass.com/staticdata/walmartclass/brief2.html>> (14.2.2015).

³⁸ Zum bisherigen Schutz des *whistleblowing* vgl. BGer vom 12.12.2011, 6B_305/2011, E. 3 f. (aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen); vgl. die Übersicht über den Stand der Dinge bei JUNGO NICOLE, *Whistleblowing – Lage in der Schweiz*, recht 2012, 65 ff.; der Ständerat hat den Entwurf (BB1 2013 9589) beraten und geändert, der Nationalrat hat ihn zurückgewiesen (AB 2014 867 ff./AB 2015 N 659 ff.).

³⁹ Vgl. JUNGO (FN 38) 71.

⁴⁰ US FRCP Rule 23; zu den einzelnen Voraussetzungen PERUCCHI (FN 5) 495.

auch kleinster Streitsummen.⁴¹ In der Bündelung liegt nicht nur die Effizienz, sondern auch der Schlüssel zu Respekt und zu einer Rechtsdurchsetzung durch Private, die den Staat entlasten kann und viele weitere Vorteile kennt.⁴²

8. Kein sinnvolles Verbandsklagerecht

Die Schweizerische Verbandsklage umfasst gerade nicht die interessanten Schadenersatzklagen. Art. 10 Abs. 2 UWG ermöglicht Verbänden und Organisationen die Klagen nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG. Sie können also das Verbot, die Beseitigung oder die Feststellung der Unlauterkeit verlangen, nicht aber Schadenersatz nach Art. 9 Abs. 3 UWG. Diese Regelung deckt sich mit dem allgemeinen Verbandsklagerecht in Art. 89 Abs. 2 ZPO. Bereits dadurch nimmt das Gesetz einen wesentlichen Anreiz zur kollektiven Klage weg,⁴³ der zur wirkungsvollen Durchsetzung der materiellrechtlichen Normen von entscheidender Bedeutung wäre. Beim Verbandsklagerecht im AGB-Bereich fehlt weiter das sinnvolle Element der *Rechtskrafterstreckung*, wie sie in Deutschland existiert und europarechtlich vorgeschrieben ist.⁴⁴ In Deutschland kann jeder AGB-Kunde, der von einer als missbräuchlich festgestellten Klausel betroffen ist, deren Unwirksamkeit gestützt auf § 11 UKlaG *als Einrede* geltend machen (§ 11 S. 1 UKlaG). In der Schweiz hat das Urteil somit höchstens *faktische Wirkung*.⁴⁵ Es ist bezeichnend, dass bis dato noch keine Urteile zum neuen Art. 8 UWG vorliegen – die Klage dürfte sich auch für Verbände nicht lohnen.

⁴¹ Vgl. dazu PERUCCHI (FN 5) 490, mit Verweis auf Eisen v. Carlisle & Jacqueline, 417 U.S. 156, 161; vgl. MARKUS ALEXANDER R., in: HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, BERN 2012 [zit. BK I-BEARBEITER/IN], Art. 89 ZPO N 4.

⁴² Dazu eingehend PERUCCHI (FN 5) 500 und KERN CHRISTOPH, Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, ZJP Int. 2007, 351 ff., 360-363 und speziell zur wichtigen Rolle des *private law enforcement* in den Vereinigten Staaten, 373 f., BRUNS (FN 34) 127 und TERHECHTE JÖRG PHILIPP, Enforcing European Competition Law – Harmonizing Private and Public Approaches in a More Differentiated Enforcement Model, in: BASEDOW JÜRGEN/TERHECHTE JÖRG PHILIPP/TICHÝ LUBOŠ (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011, 11 ff., 14.

⁴³ JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE, in: JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Art. 10 UWG N 33; BAUDENBACHER CARL, GRUR Int 1980, 349; ROTT PETER, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB - Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 2003, 5 ff., 8; BK I-MARKUS (FN 41) Art. 89 ZPO N 13, m.w.H.

⁴⁴ Vgl. hinten, FN 50.

⁴⁵ Vgl. BGE 73 II 65, 72 f., E. 3; DOMEJ TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? ZJP 2012, 421 ff., 425 f.

9. Regelungsunwilligkeit

Wer hätte überhaupt je gedacht, dass es in der Schweiz eine AGB-Inhaltskontrolle geben würde? Leider blieb es bei einem Gesetzesartikel, der bislang keine grossen Wellen geworfen hat. Verschiedene Autoren haben darauf hingewiesen, dass der neue Art. 8 UWG auch einen eindeutigen europarechtlichen Bezug aufweise, indem er den Wortlaut der Richtlinie aufnimmt.⁴⁶ Bemerkenswert ist, dass das europäische Recht in dieser Angelegenheit dem *Effektivitätsgrundsatz* grosse Bedeutung zumisst.⁴⁷ Ein nationales AGB-Gesetz genügt diesem Grundsatz nur, wenn es die missbräuchlichen Klauseln zum Verschwinden bringt – *jedes Gesetz muss also auch seine Anwendung und Verwirklichung wollen*. Für den AGB-Streit kann dies nur bedeuten, dass erstens das Recht möglichst klar und dessen Verwirklichung möglichst einfach sein müssen. Davon ist in der Schweiz nicht einmal ansatzweise etwas zu spüren. Die Parlamentarier haben ihre Regelungsunwilligkeit schon mit einer Formulierung gezeigt, die mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet und die Anwendung auf Konsumenten einschränkt. Dabei ist nicht einmal klar, welche Konsumentendefinition für das UWG gilt.⁴⁸ Ein einfach anwendbarer Katalog missbräuchlicher Klauseln fehlt ebenso. Wichtige Fragen zur Vorgehensweise der AGB-Kontrolle bleiben in der Schweiz im Dunkeln – beispielsweise das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, die Berücksichtigung der Missbräuchlichkeit *ex officio* und die ebensolche Rechtskrafterstreckung auf andere betroffene Verbraucher. Die geltungserhaltende Reduktion bei AGB steht dem Effektivitätsgrundsatz diametral entgegen, denn sie nimmt der AGB-Kontrolle die abschreckende Wirkung. Der EuGH hat deshalb europarechtlich aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes festgehalten, dass die geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen sei.⁴⁹ Ebenso wichtig ist, dass die Richter die Nichtigkeit der missbräuchlichen Klauseln *von Amtes wegen* berücksichtigen müssen, mit Rechtskrafterstreckung für alle davon betroffenen Verbraucher.⁵⁰ Da dazu in der Schweiz auch Gerichtsentscheidungen fehlen, existiert eine doppelte Rechtsunsicherheit. Art. 8 UWG könnte gewollt toter Buchstabe bleiben. Die Übernahme und Anwendung des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes – als mit dem auf

⁴⁶ Vgl. statt vieler STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184.

⁴⁷ Vgl. Art. 7 RL 93/13/EWG; vgl. ROTT (FN 43) 7.

⁴⁸ Vgl. dazu RUSCH ARNOLD, Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012, 337 ff., 345 f.

⁴⁹ EuGH (1. Kammer), Urteil vom 14.6.2012 – C-618/10 (Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino), NJW 2012, 2257 ff., 2260, N 69-71 und EuGH (4. Kammer), Urteil vom 30.4.2014 – C-26/13 (Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt), NJW 2014, 2335 ff., 2339, N 79.

⁵⁰ EuGH (1. Kammer), Urteil vom 26.4.2012 – C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt), EuZW 2012, 786 ff., 788, N 38-40 (Rechtskrafterstreckung) und N 41-43 (Nichtigkeit ist *ex officio* zu beachten).

der europäischen Richtlinie basierenden Wortlaut des Art. 8 UWG *mitübernommenes Europarecht*⁵¹ oder als neu einzuführendes Prinzip⁵² – könnte helfen, diese unbefriedigende Situation zu überwinden.

10. Anwendungsunwilligkeit

Das mehr oder wenig intensive Drängen der Gerichte, Prozesse durch Vergleiche zu erledigen,⁵³ erleichtert die Rechtsdurchsetzung keineswegs. Schädiger fürchten nichts mehr als das Präjudiz, das in eindeutiger und begründeter Weise das Recht auslegt und anwendet, *weil sich auch andere Kläger darauf berufen können*. Ein deutscher Prozess hat mich dabei besonders überrascht. Es ging um einen geleasteten Mercedes, für den der Leasingnehmer bei der Verkäuferin Minderung und Schadenersatz verlangte, weil das Fahrzeug einen zu hohen Kraftstoffverbrauch aufwies. Das Landgericht Stuttgart gewährte dies. Es stützte sich dabei nicht wie alle anderen Gerichte vorher und nachher auf die unrealistisch tiefe Verbrauchsmessung *im Labor* nach der EU-Richtlinie, sondern auf einen Experten, der das Fahrzeug auf *richtigen Strassen* fuhr. Tatsächlich kann nur dieser Wert von Interesse sein – niemand kauft ein Auto, um es im Labor zu fahren.⁵⁴ Das Gericht gewährte nur Schadenersatz, nicht aber die Minderung des Kaufpreises. Beide Parteien erklärten Berufung, doch anerkannte Mercedes den Anspruch vor dem Oberlandesgericht Stuttgart *vollumfänglich*.⁵⁵ Die einzige plausible Erklärung dieses vordergründig unsinnigen Verhaltens liegt in der Verhinderung eines Präjudizes und zeigt damit deutlich, was die Welt der Konsumenten wirklich weiterbringen kann und wovor die Anbieter Respekt haben: es ist das *eindeutig entschiedene und begründete Urteil*.

⁵¹ Vgl. STÖCKLI (FN 46) 184, 186.

⁵² Die EU wendet den Effektivitätsgrundsatz insbesondere auch im Kartellrecht gewinnbringend an, vgl. EuGH, Urteile vom 20.9.2001 - C-453/99, Slg. 2001, I-6314, 6323 = EuR 2002, 216 ff., 219, N 26 f. und vom 13.7.2006 - C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 = EuZW 2006, 529 ff., 533, N 58 ff.; vgl. BGH, Urteil vom 28.6.2011, KZR 75/10 = WM 2012, 231 ff., 232, N 15; vgl. allg. KÖNIG JULIA, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Nomos Universitätschriften, Band 730, Diss. Köln 2010, 105 ff. In der Schweiz könnte man den Effektivitätsgrundsatz möglicherweise aus den Verfahrensgarantien in Art. 29 BV weiterentwickeln, doch müssten diese auch auf Bundesgesetze anwendbar sein und das Zivilprozessrecht als dienendes Instrument der Rechtsdurchsetzung dem Zivilrecht unterwerfen.

⁵³ Vgl. die Aussagen Brunners und Russenbergers in plädoyer 6/2013, 7 f.; die Bezirksgerichte im Kanton Zürich erledigten in den Jahren 2010-2013 stets über die Hälfte der Zivilprozesse durch Vergleich, Anerkennung oder Rückzug (Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich der Jahre 2010-2013, je Tabelle 33).

⁵⁴ LG Stuttgart, Urteil vom 22.6.2007 - 8 O 180/06, BeckRS 2009, 09260, E. 1.d.aa.

⁵⁵ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Dezember 2008 - 7 U 132/07 in BeckRS 2009, 00024.

Im Lichte dieser Erkenntnis muss man die Tätigkeit von Ombudsstellen hinterfragen. Diese beurteilen sich selbst hauptsächlich nach der Anzahl erledigter Fälle. Diese wirklich hohen Zahlen suggerieren eine Effizienz und Effektivität, mit denen sich beispielsweise der Banken-Ombudsman gerne brüstet, doch bringt ein gerichtliches Präjudiz mehr als tausend faule Vergleiche. VON HIPPEL hat die richtigen Kriterien für Ombudsstellen definiert – es kann nicht einfach um die grosse Zahl erledigter Fälle gehen, sondern um *Zügigkeit, Verbindlichkeit der Entscheide für die Anbieter* und um die *Begründung der Entscheide*.⁵⁶ Nur dann haben die Entscheide eine Wirkung, die Präjudizien nahe kommt, auf die sich alle betroffenen Personen stützen können. Als viertes Element müsste man die *Gleichwertigkeit der Ergebnisse* hinzufügen. Nur wenn die Parteien vor dem Ombudsman das erhalten, worauf sie Anspruch haben, ist das Ombudsverfahren als Ersatz für den richtigen Prozess zielführend.⁵⁷ Zu befürchten ist, dass die Mediation aufgrund der Notwendigkeit eines Konsenses harte Ansprüche der Konsumenten verwässert.⁵⁸ Auch fehlt die genuin gerichtliche Aufgabe der Rechtsfortbildung, mit der die Mediation nicht dienen kann.⁵⁹

Wenn die Gerichte hin und wieder Urteile fällen, bleibt das Ärgernis der *offen gelassenen Fragen*. Das Obligationenrecht ist mittlerweile über hundert Jahre alt. Das hindert das Bundesgericht nicht daran, die im Alltag durchaus entscheidende Frage, ob die Zession abstrakt oder kausal ist, *seit 1958 offen zu lassen*.⁶⁰ Das Bundesgericht bezeichnete im Jahre 1945 die Zession als abstrakt.⁶¹ Sinnvoll ist die offen gelassene Frage bestenfalls als Warnfinger und Ankündigung einer

⁵⁶ Vgl. VON HIPPEL THOMAS, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 78, Diss. Göttingen, Tübingen 2000, 260 f. und RUSCH ARNOLD, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter 28. März 2011, N 31.

⁵⁷ Vgl. MEIER ISAAK/SIEGWART DAVID, Ombudsstellen für Konsumentenstreitigkeiten, AJP 2012, 1523 ff., 1537 f., 1540; EIDENMÜLLER HORST/ENGEL MARTIN, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290654> (14.2.2015), 18 f.; FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Zugang zur Justiz in Europa: Ein Überblick über Herausforderungen und Chancen, Luxemburg 2012, 55.

⁵⁸ Vgl. ROTH HERBERT, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, JZ 2013, 637 ff., 643.

⁵⁹ Vgl. ROTH (FN 58) 644.

⁶⁰ Vgl. BGer vom 20.6.2006, 4C.75/2006, E. 1.3 (2006); BGE 95 II 109, 112 (1969); BGE 84 II 355, 363 f. (1958).

⁶¹ BGE 71 II 167, 169.

Rechtsprechungsänderung,⁶² doch sollte dieser Schwebezustand nicht über ein halbes Jahrhundert dauern. Es sind durchaus wichtige Fragen, und es sind viele: Kann man sich beim Auftrag im Rahmen von Art. 100 OR gültig freizeichnen, obwohl der Beauftragte die Sorgfalt beim Auftrag schon *als Vertragspflicht* schuldet (Art. 398 Abs. 2 OR)? Das Bundesgericht liess dies jetzt schon in zwei Entscheidungen offen.⁶³ Ist neben Art. 199 OR auch Art. 100 OR anwendbar? Seit 1981 blieb diese Frage offen.⁶⁴ Direkte Folge davon ist, dass sich viele Streitigkeiten nur ungenau einschätzen lassen. Dieses Risiko erhöht die Klagehürde.

Die bundesgerichtliche Striktheit in formellen Fragen richtet sich manchmal sogar gegen die eigene Rechtsprechung. Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung und in aller Klarheit fest, dass Art. 404 Abs. 1 OR entgegen der h.L. bei allen Aufträgen zwingend Anwendung findet.⁶⁵ Wer jetzt glaubt, dass wenigstens Rechtssicherheit in der letztlich einzig relevanten Gerichtspraxis besteht, irrt sich. Die kantonalen Gerichte betrachten Art. 404 Abs. 1 OR häufig als nicht zwingend.⁶⁶ Dagegen kann man beim Bundesgericht mit der Beschwerde in Zivilsachen vorgehen, sofern der Streitwert Fr. 30'000 erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Wer diesen Streitwert nicht erreicht, kann nicht den Beschwerdegrund der *Rechtsfrage von wesentlicher Bedeutung* anrufen (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) – das Bundesgericht geht davon aus, diese Frage der zwingenden Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR sei hinreichend geklärt, was vordergründig zutrifft.⁶⁷ Deshalb steht höchstens die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wegen Willkür offen (Art. 113 ff. BGG), doch sind dafür entsprechende Rügen notwendig.⁶⁸ Das Bundesgericht hebt einen Entscheid wegen Willkür in der Rechtsanwendung aber nur auf, wenn *nicht nur die Begründung, sondern auch das Ergebnis* unhaltbar ist.⁶⁹ Bei dieser Beurteilung ist das Bundesgericht plötzlich frei und für einige Überraschungen gut. Dies widerfuhr einem Studenten, der einen Kurs mitten im

⁶² KEIL ULRICH, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 49, Diss. Würzburg 2006, Tübingen 2007, 80, 93 ff.; PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Diss. St. Gallen 1992, Basel 1993, 689 ff.; KÄHLER LORENZ, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Band 36, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, 75; BITTNER CLAUDIA, Höchststrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse? JZ 2013, 645 ff.

⁶³ BGer vom 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 2.3 mit Verweis auf BGE 124 III 155, 165.

⁶⁴ BGer vom 12.11.2004, 4C.295/2004, E. 5.2 und BGer vom 15.3.2005, 4C.424/2004, E. 3; BGE 107 II 161, 166 f.

⁶⁵ BGer vom 13.2.2014, 4A_284/2013, E. 3.5.1 und BGer vom 10.2.2009, 4A_437/2008, E. 1.4 und 1.5, je m.w.H.

⁶⁶ Vgl. BGer vom 10.2.2009, 4A_437/2008, E. 1.5.

⁶⁷ BGer vom 10.2.2009, 4A_437/2008, E. 1.6.

⁶⁸ Vgl. BGer vom 10.2.2009, 4A_437/2008, E. 1.7; vgl. BGer vom 24.10.2011, 5A_545/2011, E. 4.4.

⁶⁹ BGer vom 6.7.2011, 4A_141/2011, E. 2.1.

Semester kündigte. Die AGB des Veranstalters sahen vor, dass der Veranstalter bei einer Kündigung nach Semesterbeginn die bezahlten Gebühren behalten könne. Die kantonalen Instanzen erachteten Art. 404 Abs. 1 OR als nicht zwingend und wiesen die Klage des Studenten auf Rückzahlung des Semestergeldes ab. Das Bundesgericht liess die Frage der Willkür offen, weil man angesichts der Sachlage auch von einer Kündigung zur Unzeit ausgehen könne (Art. 404 Abs. 2 OR), was den Entscheid *im Ergebnis* nicht unhaltbar mache.⁷⁰ Die Unzeit hat das Amtsgericht indes klar verneint, weil die Beauftragte keinen konkreten Schaden geltend gemacht hat, obwohl dies das wesentliche Element der Unzeit darstellt.⁷¹ Auf die Kündigung zur Unzeit hat sich keine der Vorinstanzen gestützt. Es ist ein Ergebnis, mit dem auch ein vorsichtiger Anwalt nicht rechnen musste, denn die AGB-Klausel, die die Rückzahlung bei späterer Kündigung *voraussetzungslos* – also nicht nur bei Kündigung zur Unzeit – ausschloss, hätte man auch losgelöst vom konkreten Anwendungsfall als Verstoß gegen Art. 404 Abs. 1 OR betrachten können. Dies führt zur Ganznichtigkeit, weil es bei AGB keine geltungserhaltende Reduktion geben darf – darauf hat der Beschwerdeführer explizit hingewiesen.⁷² Ein Entscheid, dessen Begründung nicht mit der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmt, sollte berechenbar zu beseitigen sein, vorzugsweise mit der *Rechtsanwendung von Amtes wegen*. Wenn der kantonale Entscheid mit einem Streitwert unter Fr. 30'000 die Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR als nicht zwingend erachtet, ist es kaum voraussehbar, ob das Bundesgericht nicht eine von keiner Partei erwartete Erklärung des Entscheides aus dem Hut zaubert. Dies verursacht eine Rechtsunsicherheit im Bereich der Mandate unter Fr. 30'000 – just dort, wo das *small claims dilemma* ohnehin schon viele Klagen vereitelt. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht bei jedem Mandat von Anfang an klar ist, wie hoch der Streitwert dereinst sein wird. Davon hängen nicht nur die Weiterzugsmöglichkeiten ab. Es geht auch darum, ob man eine feste Dauer des Auftrags verbindlich verabreden kann und ob die Verabredung von Konventionalstrafen ausserhalb der Beendigung zur Unzeit möglich ist. Dieses formalistische Gehabe widerspricht klar der eigentlichen Rolle des Prozessrechts, das als *dienendes Recht* die edle Aufgabe hätte, das materielle Recht zu verwirklichen.⁷³

Die beschriebene Anwendungsunwilligkeit nutzen die Akteure geschickt aus, um Ansprüche von Konsumenten ins Leere laufen zu lassen. Ein gutes Beispiel dafür ist die Geschichte zu den Retrozessionen. Eigentlich wäre die Angelegenheit klar. Art. 400 OR ist auf alle Aufträge anwendbar. Erst mit BGE 132 III

⁷⁰ Vgl. BGer vom 6.7.2011, 4A_141/2011, E. 2.4.

⁷¹ Vgl. BGer vom 6.7.2011, 4A_141/2011, B.a.

⁷² BGer vom 6.7.2011, 4A_141/2011, E. 2; vgl. dazu allg. RUSCH ARNOLD, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 206 f.

⁷³ BGer vom 22.10.2013, 4A_346/2013, E. 4.4.3.3; ZR 2012 Nr. 86, 246, E. 2.3.5; BGer vom 31.10.2011, 5A_221/2011, E. 4.3; BGE 127 III 461, 466.

460 ff. erging dazu ein Urteil im Falle eines externen Vermögensverwalters. Dass dies für vermögensverwaltende Banken auch gilt, versteht sich von selbst – doch sträubten sich die Banken und viele Juristen, dies anzuerkennen. Die Diskussion rief sogar eine besonders innovative Kategorie angeblich nicht herauszugebender „Bestandespflejekommissionen“ ins Leben.⁷⁴ Erst sechs Jahre später erging in einem vom *Konsumentenmagazin Saldo finanzierten* Verfahren ein Urteil, das die Anwendung auch auf Banken und auf Bestandespflejekommissionen festhielt.⁷⁵ Die Banken kaprizieren sich neu auf die gerichtlich nicht geklärte Idee, dass Ansprüche nach Art. 400 OR schon nach fünf Jahren verjähren.⁷⁶ Dass es auch anders geht, zeigt ein Blick nach Deutschland. Dort befassen sich die Gerichte gar nicht erst mit den *peanuts* herausverlangter Provisionen. *Es geht direkt um Schadenersatz*, weil die Bank die Provisionen nicht offengelegt hat. Dazu passend hat der BGH eine *Beweislastumkehr* statuiert. Die Bank muss beweisen, dass der Kunde bei Offenlegung der Innenprovision die Anlagen dennoch getätigt hätte.⁷⁷ Dies gelingt nur in wenigen Fällen. Bei der Vermögensverwaltung gewährt die deutsche Rechtsprechung Schadenersatz in Form der Rückabwicklung der interessewidrigen Geschäfte oder der gesamten Vermögensverwaltung.⁷⁸ Dass diese Regel den reuigen Spekulanten begünstigt, liegt auf der Hand. Durch die abschreckende Wirkung fördert sie aber rechtskonformes Verhalten *ex ante* und macht dadurch die staatliche Rechtsdurchsetzung in vielen Fällen unnötig.⁷⁹ Dabei haben die deutschen Gerichte mit grosser Entscheidungsfreudigkeit und zeitnaher Anwendungswilligkeit gegläntzt.

11. Schlusswort

Das Recht muss wollen, dass man klagt. In der Schweiz ist das nicht so. Dringend geboten ist die Schaffung eines vereinfachten und attraktiveren Zugangs zu den Gerichten, die das Recht aber wirklich anwenden wollen und müssen. Ebenso stünde es auch den Parlamentariern gut an, den Effektivitätsgrundsatz bei der

⁷⁴ Vgl. BGE 138 III 755, 763 ff.

⁷⁵ Vgl. BGE 138 III 755, 760 ff. und 765 ff.

⁷⁶ Vgl. SCHALLER JEAN-MARC, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, Jusletter 3.12.2012, N 8, 12 (10 Jahre ab Mandatsbeendigung); a.M. das UBS-Gutachten von PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ/HURNI BÉATRICE, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (Art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, AJP 2013, 887 ff., 902 (5 Jahre ab Zahlung durch den Dritten).

⁷⁷ BGH, Hinweisbeschluss vom 9.3.2011 - XI ZR 191/10, BeckRS 2011, 10176, N 25, 33-35.

⁷⁸ Diese Möglichkeit erwähnen OLG München, Urteil vom 5.12.2012 - 19 U 2682/12, BKR 2013, 338 ff., 339, und BGH, Urteil vom 19.12.2006, XI ZR 56/05, WM 2007, 487 ff., 490, N 27.

⁷⁹ Vgl. dazu umfassend RUSCH ARNOLD, Auskehr in der Schweiz, Schadenersatz in Deutschland? WM 2012, 440 ff., 444.

Schaffung neuer Gesetze zu beherzigen. Besonders wichtig ist, dass der Gesetzgeber eine *allgemeine Lösung* für alle Verfahren findet – das Problem zeigt sich keineswegs nur im Bankwesen, wo Reformbestrebungen bereits bestehen, sondern *in restlos allen Bereichen*.