# Rechtsschutz aus Sicht des Konsumenten

Autor(en): **Gmür, Roland**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **107 (1988)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895932

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

**Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

**http://www.e-periodica.ch**

# Rechtsschutz aus der Sicht des Konsumenten

von ROLAND GMÜR
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

## I. Faktische und rechtliche Grundlagen

### *1. Konsumentenschutz*

*1.1* Konsumentenschutz als Postulat geht davon aus, daß der Anbieter dem Konsumenten überlegen ist, sowohl bei Ausmarchung der vertraglichen Rechte und Pflichten wie auch im Streitfall bei Bewältigung prozessualer Hürden. Daraus wird ein anscheinend kaum mehr bestrittenes Schutzbedürfnis des Konsumenten abgeleitet. Umstrittener ist freilich die Frage, inwieweit in diesem Zusammenhang gesetzliche Maßnahmen wünschbar seien. Das Gespräch über geeignete Lösungen wird durch Interessengegensätze, teils auch durch Begriffsnöte einer noch wenig entwickelten Disziplin erschwert. Was ist überhaupt ein Konsumentenvertrag? Wer ist der Schützling, der Konsument? Anders als im Mieter- oder Arbeitnehmerschutz kann das uns interessierende Verfahrensrecht nicht auf gefestigte Definitionen des materiellen Rechts oder gar eines bestimmten gesetzlichen Vertragstypus abstellen. Der Kreis der Schutzanwärter reicht vom Autokäufer bis zum Mieter des Zeltes für den Feriengebrauch, vom Besteller der Reparaturarbeit bis zum Veranstaltungsbesucher, um nur einige Beispiele zu nennen. Der Konsumentenvertrag repräsentiert eine Spielart unterschiedlichster Vertragstypen, und auch die tatsächliche Vielfalt des Leistungsangebots scheint zunächst wenig herzugeben, um das Schutzbedürfnis des Konsumenten und damit diesen selbst einheitlich zu bestimmen.

*1.2* Omnis definitio periculosa, im Falle des «Konsumenten» insbesondere mit der Gefahr verbunden, ihm ein allzu strenges Anforderungsprofil zu verpassen. Art. 120 IPRG, der im internationalen Verhältnis das auf Verträge mit Konsumenten anwendbare Recht bestimmt, kann mit den gebotenen textlichen

Umstellungen als taugliche, den Bedürfnissen der Praxis in der Regel genügende Definition des Konsumenten bzw. Konsumentenvertrages gelten:

«Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen, unterstehen dem Recht ...»

Darin kommt auch zum Ausdruck, daß das Konsumentenrecht die letzte Stufe des Angebots, also das Verhältnis zwischen Endanbieter und Letztverbraucher erfaßt. Zur Begrenzung des verfahrensrechtlichen Konsumentenschutzes auf Prozesse bis zu einem bestimmten Streitwert vgl. unten, Ziff. 11.

*1.3* Ziel des Konsumentenschutzes ist der Abbau derjenigen Barrieren, die den Konsumenten stärker als den Anbieter behindern. Das einstweilen nur unterstellte besondere Schutzbedürfnis des Konsumenten ergibt sich im wesentlichen aus der komfortableren Prozeßlage, die der Anbieter vor allem aus seiner Professionalität bezieht:

- Der Anbieter ist sachkundig, im prozessualen Dreigespann (Kläger, Beklagter, Richter) gewissermaßen der einzige Experte.
- Rechtlich ist der Anbieter, wenn nicht besser als der Konsument, so doch früher und damit rechtzeitig beraten, nämlich in der Regel schon bei Ausarbeitung von Vertragsformularen usw., bevor die Rechtslage im Einzelfall streitig wird.
- Ein Prozeß hat für den Anbieter häufig nicht nur den unmittelbaren Erfolgswert, sondern einen wirtschaftlich nutzbaren präjudiziellen oder informativen Wert. Daher kann sich auch der verlorene oder überaufwendige Prozeß unter Umständen für ihn lohnen.
- Auch wenn der informative Wert im Einzelfall entfällt, sieht der Anbieter die Kosten eines Prozesses mit anderer Optik als der Konsument, nämlich als zumeist kleinen Bruchteil des steuerlich erst noch abzugsfähigen Geschäftsaufwandes.
- Daß der Anbieter neben diesen Sondervorteilen auch allgemein der wirtschaftlich stärkere Teil sei, läßt sich auf der Stufe des Endangebots nicht verabsolutieren, aber doch als Tendenz feststellen.

*1.4* Ist den Konsumenten somit ein spezifisches und häufig aktuell werdendes Schutzbedürfnis zuzubilligen, so anderseits doch kein exklusives. Das Problem der ungleichen Spieße gehört auch dort zum prozessualen Alltag, wo sich andere

Parteien als Anbieter und Konsumenten gegenüberstehen, und bei Konsumentenstreitigkeiten kann natürlich mitunter auch der Anbieter der Schwächere sein. Hier liegt denn gewissermaßen auch der Schönheitsfehler einer auf Konsumentenbedürfnisse reduzierten Fragestellung: Nach ihrer inneren Logik müßte eigentlich die Mehrzahl der Maßnahmen, die sich als konsumentenschützend anbieten, umfassender zum Schutz der jeweils schwächeren Prozeßpartei realisiert werden. Gegen ein derart erweitertes Schutzkonzept wäre übrigens aus Sicht des Konsumenten kaum etwas einzuwenden. Daß in den letzten Jahren gerade der Konsumentenschutz zum Experimentierstück des sozialen Zivilprozesses geworden ist, entspricht in dieser Begrenzung weniger einer sachlichen Notwendigkeit, als vielmehr dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung (vgl. Ziff. 2).

## 2. *Die neuen Rechtsgrundlagen*

*2.1* Gestützt auf Art. 64$^{bis}$ BV war es den Kantonen seit jeher unbenommen, den Konsumenten als Figur des Prozeßrechts einzuführen. Der Anstoß dazu kam indessen auf Bundesebene, nämlich im Jahre 1981 mit Annahme von Art. 31$^{sexies}$ BV, der in Abs. 3 bestimmt:

> «Die Kantone sehen für Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern bis zu einem vom Bundesrat zu bestimmenden Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozeßverfahren vor.»

Gewiß eine eigenartige Schutzbestimmung, welche die Justiz je nach Wahl des kantonalen Gesetzgebers vom Erfordernis des Schlichtungsversuchs oder des einfachen Verfahrens dispensiert! Zum «einfachen und raschen Verfahren» vgl. auch unten, Ziff. 3.

Mit Verordnung vom 14. Dezember 1987, am 1. März 1988 zusammen mit dem neuen UWG in Kraft getreten, hat der Bundesrat die Streitwertlimite auf Fr. 8000.– angesetzt.

*2.2* So blaß wie der verfassungsrechtliche Auftrag, so dürftig sind mit vereinzelten Ausnahmen auch die kantonalen Gesetzesrevisionen ausgefallen, die während der letzten Jahre unter dem neuen Motto des Konsumentenschutzverfahrens über die Bühne gegangen sind. Im Kanton Zürich etwa hatte die Revision, in Kraft seit 1. Juli 1987, im wesentlichen damit ihr Bewenden, daß die einzelrichterliche Spruchkompetenz von bisher Fr. 3000.– auf neu Fr. 8000.– angehoben wurde – eine Anpas-

sung, die zum Ausgleich der Geldentwertung ohnehin gefordert worden war und daher auch nicht auf das Konsumentenschutzverfahren beschränkt ist. Wie der Regierungsrat im Beleuchtenden Bericht zur entsprechenden Abstimmungsvorlage leider zutreffend feststellen konnte, hat der Kanton Zürich damit den Verfassungsauftrag nicht nur erfüllt, sondern übererfüllt, da dem «einfachen und raschen» (nämlich mündlichen vor dem Einzelrichter) Prozeßverfahren wie schon bisher das friedensrichterliche Schlichtungsverfahren vorausgeht. – Das zürcherische Beispiel muß als repräsentativ gelten; nähere Hinweise vgl. unten.

## II. Abbau von Barrieren («rasches und einfaches Verfahren»)

### *3. Allgemeines*

*3.1* «Rasches Verfahren» ist eine Besänftigungsformel, die der chronisch überlastete Richter nur noch errötend aussprechen wird. Immerhin hat die Formel Verfassungsrang, weshalb auf Gefahr der Banalität eine Klarstellung gestattet sei: Die Dauer eines Verfahrens hängt primär von der Schwierigkeit des einzelnen Falles sowie von der allgemeinen Arbeitslast der Gerichtsbehörden ab. Das gilt für den Prozeß zwischen Anbieter und Konsument wie für jedes andere Verfahren. Die übliche Verfahrensdauer könnte vor allem durch Rechtsmittelbeschränkungen wirksam verkürzt werden, ferner durch Abbau der mannigfachen prozessualen Garantien, die der Gewährung des vollen rechtlichen Gehörs und der zuverlässigen Wahrheitsfindung dienen. Die damit verbundene Schmälerung traditioneller Parteirechte wäre indessen kein Schutz, sondern im Gegenteil seine Demontage, und als einseitige, nur den Anbietern auferlegte Schranke wäre sie rechtsstaatlich unhaltbar. Was dagegen weniger einschneidende Schranken wie etwa verkürzte Fristen, verkürztes Säumnisverfahren usw. betrifft, so sind sie ein Tropfen auf den heißen Stein. Fazit: Beförderliches Verfahren, allgemeines Gebot der Rechtspflege, ist schwer genug einzuhalten. «Rasches Verfahren», Sonderangebot für Konsumenten, erweist sich als vollends unrealisierbar, es sei denn auf Kosten anderer vorrangiger Interessen.

*3.2* Anderes gilt für das «einfache Verfahren» – einfach notabene für die rechtsuchenden Parteien, nicht unbedingt auch für den Richter. Die anzustrebende Vereinfachung ist

praktisch gleichbedeutend mit dem Abbau von Barrieren, durch Hilfen und Entlastungen verschiedenster Art. Nach dem erklärten Schutzzweck haben hier u. a. einseitige Maßnahmen zugunsten des Konsumenten ihren Platz, soweit sie eben zur Korrektur eines gestörten Gleichgewichts nötig erscheinen. Den erwünschten Ausgleich bewirken aber auch geeignete – diesfalls vorzuziehende – paritätische Maßnahmen dadurch, daß sie bei der schwächeren Partei einem stärkeren Bedürfnis entgegenkommen.

## *4. Örtliche Zuständigkeit*

*4.1* Kleine Streitsummen sind keine Reise wert, und beim Gang zum außerkantonalen Gericht sind zusätzliche Hemmschwellen wie Scheu vor dem «fremden» Richter, Unkenntnis der Prozeßordnung oder fehlende Beziehung zu außerkantonalen Anwälten zu überwinden. Das gilt an sich für jede Prozeßpartei. Daß indessen der Konsument auf derartige Barrieren empfindlicher als der Anbieter reagiert, hat der Gesetzgeber neuerdings mind. für das internationale Verhältnis anerkannt, vgl. Art. 114 IPRG:

«Für die Klagen eines Konsumenten aus einem Vertrag, der den Voraussetzungen von Artikel 120 Abs. 1 entspricht, sind nach Wahl des Konsumenten die schweizerischen Gerichte zuständig:
a) am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten, oder
b) am Wohnsitz des Anbieters oder, wenn ein solcher fehlt, an dessen gewöhnlichem Aufenthalt.
Der Konsument kann nicht zum voraus auf den Gerichtsstand an seinem Wohnsitz oder an seinem gewöhnlichen Aufenthalt verzichten.»

Zu Abs. 2 sei klargestellt, daß er dem Konsumenten den Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. Aufenthaltes auch in der Beklagtenrolle gegen abweichende Prorogationen sichert.

*4.2* Gerät der Konsument in die Rolle des Beklagten, so müßte er in der Regel schon gemäß Art. 59 BV in Verbindung mit den üblichen kantonalen Zuständigkeitsbestimmungen an seinem Wohnort belangt werden. In der Praxis herrschen indessen die abweichenden, von den Anbietern diktierten Prorogationen vor. Die konsumentenschützende Unverzichtbarkeit des Wohnsitzgerichtsstandes ist im innerstaatlichen Verhältnis einstweilen nur punktuell verwirklicht, so in Art. 226 Abs. 1 und 228 OR für den Abzahlungs- und Vorauszahlungskäufer. Im revidierten UWG fehlt eine analoge Regelung; sie wäre hier auch wenig sinnvoll, weil der Konsument bei UWG-Streitigkei-

ten praktisch nur als Kläger, nicht als Beklagter in Betracht kommt (vgl. unten Ziff. 15 ff.). In Anlehnung an Art. 114 Abs. 2 IPRG drängt sich daher auch binnenrechtlich eine Bestimmung auf, wonach der Konsument als potentieller Beklagter nicht im voraus auf den Wohnsitzgerichtsstand verzichten kann. Damit würde dem Konsumenten im übrigen ein Schutz geboten, welchen das Bundesgericht bei Überprüfung von Prorogationsklauseln schon heute anstrebt, aber mangels besserer Gesetzesgrundlage nur mit erheblichen Einschränkungen (AGB-Klauseln) und Interpretationsmühen (Ungewöhnlichkeitsregel, verdeckte Inhaltskontrolle) gewähren kann.

*4.3* Delikater ist die Frage, ob dem Konsumenten auch in der Klägerrolle der unverzichtbare Wahlgerichtsstand seines Wohnsitzes eingeräumt werden soll. Im internationalen Verhältnis gewährt ihn Art. 114 IPRG mit Einschränkungen, nämlich «unter den Voraussetzungen von Artikel 120 Absatz 1», die, vereinfacht gesagt, darauf abstellen, ob der ausländische Anbieter in der Schweiz eine auf den Vertragsabschluß abzielende Aktivität entwickelt hat. Für Anbieter mit schweizerischem Domizil wäre eine analoge binnenrechtliche, im interkantonalen Verhältnis geltende Lösung faktisch weniger einschneidend, rechtlich allerdings ein Eingriff in die Garantie gemäß Art. 59 BV. In Abwägung der widerstreitenden Interessen und in Anlehnung an Art. 120 Abs. 1 lit. b ließe sich wohl der Wohnsitz des Konsumenten als klägerisches Wahlforum dann vertreten, wenn der Konsument im fraglichen Kanton auch die zum Vertragsschluß erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat. Dieser Fall dürfte meistens dort und in der Regel nur dort eintreten, wo der außerkantonale Anbieter über seinen Domizilkanton hinaus eine aktive Werbung entfaltet hat.

## *5. Sachliche Zuständigkeit*

*5.1* Die sachliche Zuständigkeit inkl. Zulässigkeit von Rechtsmitteln richtet sich vorab nach dem Streitwert. Dazu vgl. unten Ziff. 11.

*5.2* Verfahrensschutz, als Ausgleich einer einseitigen Benachteiligung verstanden, ist eng mit der Idee des Sondergerichts verknüpft. Als Beispiele seien die in diversen Kantonen mehr oder minder ausgebauten Mietgerichte und Arbeitsgerichte genannt, im wesentlichen gekennzeichnet durch paritätische Besetzung sowie fachkundige, teils auch rechtlich spezialisierte Richter. Die qualifizierte Besetzung des Sondergerichts

begünstigt ein rasches Verfahren, die Qualität der Urteilsfindung und dort, wo ohne Fachwissen Expertisen nötig wären, auch die Vermeidung unverhältnismäßiger Kosten. Paritätische Besetzung und richterliches Fachwissen sind ferner generell geeignet, die auf Parteiebene allenfalls vorhandenen Ungleichheiten zu neutralisieren. Daraus und nicht aus irgendwelchen Umverteilungen der prozessualen Rechte und Pflichten ergibt sich denn auch die spezifische Schutzwirkung des Sondergerichts.

*5.3* Spezialisierte Gremien, nach dem bereits bewährten Muster der Miet- und Arbeitsgerichte, müßten an sich auch für Konsumentenstreitigkeiten attraktiv erscheinen. Soweit ersichtlich, besteht indessen ein Ansatz in dieser Richtung nur für die Schlichtungsstelle (Kanton Tessin, vgl. unten Ziff. 12.2); das wohl deshalb, weil sich die Idee nur schwer in die Praxis umsetzen läßt. Wie bereits in Ziff. 1.1 angedeutet, kann der Konsumentenschutz im Unterschied zum Mieter- oder Arbeitnehmerschutz nicht auf die Problematik eines bestimmten gesetzlichen Vertragstypus reduziert werden, und das erforderliche Expertenwissen, um beispielsweise Qualität oder Mängel unterschiedlichster Produkte fachmännisch zu beurteilen, ist geradezu uferlos. Es bleibt daher schwer vorstellbar, wie der Wissensbedarf eines «Konsumgerichts» personell abgedeckt werden soll, es sei denn allenfalls nach dem – hier aus anderen Gründen problematischen – handelsgerichtlichen Muster einer einzigen kantonalen Instanz.

## *6. Laienvertreter*

*6.1* Parteivertretung ist gefragt, weil einer Partei die rechtlichen Kenntnisse oder das spezifische Sachwissen oder allgemein die nötige Gewandtheit fehlen. Der Beizug des Anwaltes schließt die erste Lücke optimal, die zweite je nach Materie überhaupt nicht. Dabei wäre der sachkundige Vertreter dem rechtskundigen gelegentlich auch deshalb vorzuziehen, weil die Nachteile ungenügender Rechtskenntnis durch die Grundsätze der richterlichen Rechtsanwendung (iura novit curia) und Prozeßleitung mindestens gemildert werden. Geht es dagegen einer unbeholfenen Partei wie so oft nur um den Beizug einer gewandteren Person, so ist der Anwalt gleichsam überqualifiziert und damit wohl auch überbezahlt.

*6.2* Die angedeutete Schwachstelle des Anwaltsmonopols ist keine Eigenart des Konsumentenschutzes. Doch gilt es hier, das

– wenn auch nach Bundesverfassung nur alternative – Schutzgebot des einfachen Verfahrens zu berücksichtigen. Zweifellos dient es dem Abbau von Hemmschwellen und damit für den Konsumenten der Vereinfachung, wenn ihm – und in Wahrung der Parität auch dem Anbieter – anstatt der Wahl zwischen Anwalt oder Alleingang noch die Möglichkeit bleibt, einen anderen, nach Lage des Falles möglicherweise geeigneteren oder auch einfach billigeren Prozeßvertreter, namentlich einen Konsumentenberater beizuziehen. Als Alternative zum Alleingang der unbeholfenen Partei würde das übrigens auch die Aufgabe des Richters erleichtern, und aus anwaltlicher Sicht bestände kaum Anlaß, den Einbruch in eine wenig lukrative Domäne des Anwaltsmonopols zu beklagen.

Die von den Konsumentenorganisationen befürwortete Lockerung des Anwaltsmonopols, d. h. die Zulassung von nichtpatentierten Parteivertretern in Konsumentenstreitigkeiten, ist einstweilen nur in einer kleinen Minderheit der Kantone in unterschiedlichem Ausmaß verwirklicht worden (so Glarus, Graubünden, Jura).

### *7. Mündliches oder schriftliches Verfahren; Referentenaudienz als Verfahrensauftakt vor dem erkennenden Gericht*

*7.1* Eine knappe Mehrheit der Kantone (so u. a. Zürich, Bern, Basel-Stadt, Genf) sehen für Konsumentenschutzstreitigkeiten das mündliche Verfahren vor, nach einzelnen Prozeßordnungen schon als Folge davon, daß Streitigkeiten über mäßige Streitwerte ohnehin mündlich verhandelt werden. Dabei wird die Mündlichkeit offenbar weitgehend als Garantie für ein rasches Verfahren verstanden, während andere Kantone im gleichen Bestreben den einfachen Schriftenwechsel vorziehen (so etwa Schwyz, Zug, Graubünden).

*7.2* Das mündliche Verfahren dauert in der Regel weniger lang als das schriftliche. Eine andere Frage ist indessen, ob es der schwächeren Partei besser dient. Mäßiger Streitwert und Thematik des Konsumentenschutzes bieten, wie bereits angedeutet, durchaus keine Gewähr für einfache Sachverhalte oder einfache Rechtslage, und gerade im mündlichen Verfahren kann sich unter Umständen auch die Überlegenheit einer Partei unmittelbar und besonders wirksam entfalten. Der Entscheid, ob Mündlichkeit oder Schriftlichkeit geeigneter sei, sollte daher von Fall zu Fall nach richterlichem Ermessen getroffen werden. Wie weiter unten darzulegen ist, empfiehlt sich im Konsumen-

tenschutzverfahren ohnehin – nach Hängigkeit der mündlich oder schriftlich anzuhebenden Klage – die Durchführung einer mit einem Schlichtungsversuch zu kombinierenden Referentenaudienz (vgl. Ziff. 13.2). Diese würde es, falls sie nicht schon zur Beilegung des Streites führt, dem gerichtlichen Sachbearbeiter ermöglichen, den zweckmäßigen Gang des weiteren Verfahrens festzulegen.

## *8. Untersuchungsmaxime*

*8.1* Als vereinfacht formulierter Grundsatz des Verfahrensschutzes kann gelten, daß die Nachteile der prozessual schwächeren Partei insoweit gemildert werden, als das Gericht von Amtes wegen zum Rechten sieht. In diesem Sinne erweisen sich Objektivität der Sachentscheidung und Schutz der schwächeren Partei als konforme Verfahrensziele. Hinsichtlich Anwendung des materiellen Rechts ist das gerichtliche Handeln von Amtes wegen ein allgemeiner und unangefochtener Grundsatz des Bundesrechts, iura novit curia. Gewissermaßen das Pendant dazu wäre bei Ermittlung eines streitigen Sachverhalts die Untersuchungsmaxime, hier im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime als Auftrag an den Richter verstanden, bei der Sammlung und Erforschung der rechtlich relevanten Tatsachen eigenständig mitzuwirken. Im schweizerischen Zivilprozeßrecht ist die Untersuchungsmaxime nach wie vor die Ausnahme, aber immerhin dann nicht ungewöhnlich, wenn sie wie im Scheidungsrecht (Art. 156 Abs. 1 ZGB) oder im Arbeitsrecht (Art. 343 Abs. 4 OR) durch einen besonderen Schutzzweck geboten erscheint.

*8.2* Nur eine verschwindende Minderheit der Kantone (so Obwalden, Baselland, Jura) konnte sich durchringen, die Untersuchungsmaxime als Grundsatz des Konsumentenschutzverfahrens zu verankern. Aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten zweifellos ein unbefriedigendes, auch gemessen am Verfassungsauftrag mageres Ergebnis. Wäre doch die Untersuchungsmaxime ein wesentlicher Beitrag zu einem einfachen – nämlich vorab die Aufgabe der weniger sachkundigen Partei vereinfachenden – und zugleich der Objektivität verpflichtenden Verfahren. Zudem entbindet sie ja die Parteien nicht von der Pflicht zur eigenen Mitwirkung, an welcher sie im übrigen auch selber interessiert sind, weshalb der gerichtliche Mehraufwand im Verhältnis zum Nutzen bescheiden bleibt. Die von den kantonalen Gesetzgebern gezeigte Resistenz legt es

nahe, die Untersuchungsmaxime als Verfahrensgrundsatz des Konsumentenschutzes bundesrechtlich zu verankern.

## *9. Weitere Verfahrensgrundsätze*

*9.1* Einfach zu erfüllende Erfordernisse der gültigen Prozeßeinleitung, ausgedehnte richterliche Frage- und Aufklärungspflicht, Korrekturmöglichkeit fehlerhafter Parteidispositionen sowie generell Abbau von prohibitiven Formalismen sind einige weitere, unvollständig aufgezählte Rezepte, um den Parteien den Gang zum Gericht und durch den Prozeß zu erleichtern. Sie sollen hier nicht ausführlicher erörtert werden. Zum einen ist klar, daß sie aus Konsumentensicht zu begrüßen sind, selbst wenn sie das eine oder andere Verfahren verlängern mögen. Zum andern sind sie bereits weitgehend mit den geltenden Prozeßordnungen einzulösen, sofern diese im Zweifel parteifreundlich interpretiert werden.

*9.2* Nicht ausgebreitet sei ferner der Katalog aller wünschbarer richterlicher Tugenden, die selbstverständlich auch im Konsumentenschutzverfahren erwünscht sind.

## *10. Kostenrisiko*

*10.1* Im Zentrum der mannigfaltigen äußeren und inneren Rechtswegsperren steht das Kostenrisiko im weitesten, eigene Anwaltskosten und gegebenenfalls Prozeßentschädigung einschließenden Sinne. Die Sorge, ob nach dem Prozeß die Kasse noch stimme, dominiert – in der anwaltlichen Beratung besonders spürbar bei jenen Klienten, die sich dazu nur verschämt oder gar nicht zu äußern wagen – alle weiteren Verunsicherungen. Auf eine ausführliche Behandlung dieses Kardinalproblems kann hier dennoch verzichtet werden, weil sie im wesentlichen doch nur darauf hinauslaufen würde, die Gedanken und Empfehlungen des Referates MARTIN (betr. Aufhebung der Kostenbarrieren, S. 105 ff.) auch für das Konsumentenschutzverfahren zu bestätigen. Das gilt etwa für den dort empfohlenen Ausbau des bisherigen Armenrechts zur umfassenderen, breiteren Mittelschichten zugänglichen Verfahrenshilfe, die bei entsprechender wirtschaftlicher Lage einer Prozeßpartei grundsätzlich in jedem Prozeß, nicht nur im Konsumentenschutzverfahren, spielen müßte. Die folgenden Zutaten beschränken sich auf einige Anregungen, die sich auch als Sonderlösungen für das Konsumentenschutzverfahren begründen lassen.

*10.2* Der heilige schweizerische Grundsatz, daß Leistung nur gegen Geld zu haben ist, wird anscheinend auch von den Konsumentenorganisationen überwiegend akzeptiert. Dennoch bleibt zu fragen, ob nicht wenigstens die Befreiung von Gerichtskosten, die im arbeitsrechtlichen Prozeß bis zu einem Streitwert von bisher Fr. 5000.– und neu ab 1. Januar 1989 Fr. 20 000.– gilt (Art. 343 OR), auch für das Konsumentenschutzverfahren billig wäre. Im Zusammenhang mit dem in Ziff. 13.2 empfohlenen Verfahrensauftakt – einer Kombination von Schlichtungsversuch und Referentenaudienz – überzeugender wäre wohl ein eingeschränkter, auf diesen Verfahrensauftakt begrenzter Nulltarif. Näheres dazu unten, Ziff. 14, vgl. auch oben Ziff. 7.2.

*10.3* Sofern das Kostenrisiko nicht durch erweiterte Verfahrenshilfe und mehr oder weniger eingeschränkte Nulltarife behoben wird, bleibt die Frage des Kostenverteilers aktuell. Als Regel der einschlägigen Prozeßordnungen, von welcher die Praxis nur in seltensten Fällen abweicht, sind die Gerichts- und Parteikosten nach Maß des Obsiegens oder Unterliegens zu verteilen. Ein in Art. 156 Abs. 3 und 159 Abs. 2 OG sowie in diversen kantonalen Ordnungen formulierter, aber in der Praxis wohl wiederum selten berücksichtigter Grund für Abweichungen kann namentlich darin liegen, daß sich «die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozeßführung veranlaßt» sah.

Die Möglichkeit, bei den Kosten- und Nebenfolgen noch andere Kriterien als nur den materiellen Prozeßausgang zu berücksichtigen, wird allgemein zu wenig genutzt. Für das Konsumentenschutzverfahren sei hier speziell an die in Ziff. 1.3 notierten Parteiungleichheiten erinnert: Wegen seiner minderen Sach- und Rechtskenntnis kommt der Konsument eher als der Anbieter in die Lage, in guten Treuen einen Standpunkt zu vertreten, der dann letztlich doch nicht geschützt werden kann. Ferner ist die gerichtliche Klärung für den Anbieter häufig, für den Konsumenten höchstens ausnahmsweise von allgemeinerem, über den konkreten Streitfall hinausweisendem Nutzen. Die einseitige Belastung des im Prozeß unterliegenden Konsumenten erscheint daher oft unbillig und wäre im Rahmen des richterlichen Ermessens auch vermeidbar.

*10.4* Gemäß § 78 der zürcherischen ZPO werden im Konsumentenschutzverfahren, gleich wie schon bisher in bestimmten miet- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten usw., beidseits keine allgemeinen Kautionen für Kosten und Entschädigungen auf-

erlegt, und auch Vorschüsse für bestimmte bevorstehende Barauslagen wie Zeugengelder usw. werden gemäß § 83 ZPO in der Regel erlassen. Die gleiche Regelung, die nebenbei bemerkt das Verfahren geringfügig verkürzen hilft, empfiehlt sich für alle Kantone.

### *11. Streitwertlimite als Schutzlimite?*

*11.1* Mit Verordnung vom 14. Dezember 1987 hat der Bundesrat den Streitwert im Sinne von Art. 31sexies Abs. 3 BV auf Fr. 8000.– festgesetzt und präzisiert, daß er sich nach der eingeklagten Forderung ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren bemißt. Seinen Niederschlag hat die bundesrätliche Festlegung in fast allen Kantonen darin gefunden, daß bei einem Fr. 8000.– übersteigenden Streitwert ein Wechsel der Zuständigkeit, sei es vom Einzelrichter oder Gerichtspräsidenten zum Kollegialgericht, von der Gerichtskommission zum Bezirksgericht (St. Gallen) oder von der endgültigen zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der gleichen Instanz, gelegentlich auch ein Wechsel vom mündlichen zum schriftlichen Verfahren stattfindet. Dabei wäre im einzelnen zu prüfen, ob die jeweilige Ordnung bzw. die Limite von Fr. 8000.– eine Spezialität des Konsumentenschutzverfahrens ist oder – wie im Kanton Zürich und vermutlich in weiteren Kantonen – einfach der allgemeinen, bei Einführung des Konsumentenschutzverfahrens evtl. allgemein angepaßten Zuständigkeitsordnung entspricht. Gemeinsam ist jedenfalls festzuhalten, daß die Bestimmungen, die nach den im übrigen unterschiedlichen Vorstellungen der kantonalen Gesetzgeber Garantien eines raschen oder einfachen Verfahrens sein sollen, jeweils auch im Konsumentenschutz nur bis zu einem bestimmten Streitwert gelten.

*11.2* Versteht man unter Konsum in Anlehnung an Art. 120 IPRG den «üblichen Verbrauch», so scheiden Güter und Leistungen, deren Erwerb bzw. Gebrauch den Lebensstandard breiter Bevölkerungsschichten deutlich übersteigt, als Streitobjekte des Konsumentenschutzverfahrens aus. Dabei ist es indessen sowohl unnötig als auch schwierig bis unmöglich, den Schutzraum in Franken und Rappen abzustecken. Überdies erscheint eine Limite von Fr. 8000.– schon heute unrealistisch. Laut Angaben des Konsumentinnenforums gehören beispielsweise Möbelkäufe zu den Dauerbrennern der Konsumentenberatung, mitunter der Erwerb einer kompletten Wohnungseinrichtung, der auch bei bescheidenen Ansprüchen rasch in

fünfstellige Zahlen geht. Was sodann das nachgerade übliche Konsumgut Auto betrifft, so bietet die Limite von Fr. 8000.– einen Schutz, der bei Vertragsanfechtungen bestenfalls noch Occasionskäufe einschließt. Schließlich wäre auch daran zu denken, daß Mängel von an sich durchaus preisgünstigen und verbreiteten Objekten, beispielsweise von diversen elektrischen Haushaltgeräten, u. U. ganz erhebliche, den Kaufpreis mehrfach übersteigende Schäden anrichten können.

Als Schutzlimite ist daher ein bestimmter Streitwert, zumal ein solcher von nur Fr. 8000.–, abzulehnen. Es kann getrost der Praxis überlassen bleiben, die wandelbare Größe des üblichen Verbrauchs zu bestimmen. Die Nachteile der derzeitigen Limitierung fallen einstweilen nur deshalb wenig ins Gewicht, weil die Unterschiede zwischen Konsumentenschutz- und ordentlichem Verfahren nach den geltenden Prozeßordnungen ohnehin gering sind.

*11.3* Mit diesen Feststellungen soll dem Streitwert umgekehrt nicht jegliche Bedeutung für das Konsumentenschutzverfahren abgesprochen werden. Vielmehr wäre im Rahmen eines verbesserten Schutzes zu differenzieren: Im Interesse der übersichtlichen Zuständigkeitsordnung und organisatorischen Vereinfachung mag es angezeigt sein, die sachlichen Zuständigkeiten dem streitwertabhängigen allgemeinen Schema des jeweiligen Kantons anzupassen. Das wäre mindestens dann hinzunehmen, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittel allgemein dahingehend gelockert würden, daß das Erfordernis des Mindeststreitwertes bei Streitfragen von allgemeiner Tragweite (vgl. dazu unten Ziff. 17.5) entfällt. Ferner wird man den Streitwert als Bemessungsfaktor der Gerichts- und Anwaltsgebühren beibehalten müssen, mindestens als Kriterium neben anderen. Und schließlich ist die hier empfohlene Zulassung von Laienvertretern vor allem auf Fälle mit mäßigem Streitwert zugeschnitten. Was dagegen weitere der hier vorgeschlagenen Kautelen wie namentlich Wohnsitzgerichtsstand des Konsumenten (oben Ziff. 4) und Untersuchungsmaxime (oben Ziff. 8) betrifft, so ist in Umkehr der in der Gesetzgebung offenbar vorherrschenden Sicht festzustellen, daß sie im Konsumentenschutzverfahren einem generellen, mit höherem Streitwert eher steigenden, jedenfalls sicher nicht bei einem bestimmten Streitwert entfallenden Bedürfnis entsprechen. Daher wird denn auch im Arbeitsrecht die nach Streitwert begrenzte Geltung der Untersuchungsmaxime (Art. 343 OR) vorwiegend als unglücklich beurteilt.

## III. Der Vergleich («Vermittlungsverfahren»)

### *12. Allgemeines*

*12.1* Der rechtzeitig herbeigeführte Vergleich ist das ideale Mittel, um ein Prozeßverfahren zu vereinfachen, zu verkürzen und zu verbilligen. Damit erfüllt er für den Konsumentenschutz auch das in der Verfassung alternativ gesetzte Ziel des raschen und einfachen Verfahrens. Freilich setzt Vergleichsabschluß in der Regel eine gewisse Verzichtsbereitschaft beider Parteien – namentlich Verzicht auf weitere Abklärungen – voraus. Gerade darin liegt auch seine Legitimation, da sich die Beilegung eines noch nicht urteilsreifen Streites nur als Konsens rechtfertigen läßt. Gemessen an sämtlichen möglichen Prozeßzielen ist der Vergleich schon nach seinem Anspruch nie die perfekte, dagegen häufig die sinnvollste und namentlich dann die optimale Lösung, wenn er einerseits zur Vermeidung weiterer Kosten und Umtriebe frühzeitig erzielt wird und anderseits inhaltlich die vorläufig abzuschätzenden Prozeßaussichten nach Möglichkeit mitberücksichtigt. Letzteres bedeutet, daß die vermittelnde Instanz adäquat besetzt und damit in der Lage sein sollte, etwas mehr als nur allgemeine Hinweise auf hohe Verfahrenskosten und Risikohalbierungsvorschläge zu bieten.

*12.2* Für das Konsumentenschutzverfahren hat der Kanton Tessin die erwähnten Gebote besonders ernst genommen, indem er den vorgängigen Vergleichsversuch einer sachkundigen, mit Vertretern der Anbieter und Konsumenten paritätisch besetzten und mit Zustimmung der Parteien auch als Schiedsgericht einsetzbaren Schlichtungsstelle anvertraut; das Verfahren ist kostenlos. Die nach Meinung von örtlichen Kennern bewährte Lösung entspricht dem Muster der im Mieterschutz von Bundesrechts wegen eingeführten Schlichtungsstellen (Art. 25 ff. BMM), die allerdings für das weitere Feld des Konsumentenschutzes in diversen Kantonen schwieriger bzw. nur mit höherem Personalaufwand zu besetzen wären. Ein wenig überzeugendes, leider dennoch verfassungskonformes Kontrastmodell des Konsumentenschutzes besteht darin, den vorgängigen Vermittlungsversuch um des raschen Verfahrens willen überhaupt fallen zu lassen (Uri, Nidwalden), oder nur auf besonderen Parteiantrag durchzuführen (Schwyz). Die stark überwiegende Mehrheit der Kantone, darunter Zürich, setzt für den Vermittlungsversuch den ordentlichen Friedensrichter oder

Vermittler ein, also im Konsumentenschutz gleich wie in den übrigen Verfahren.

### *13. Vergleichsversuch als Verfahrensauftakt vor dem erkennenden Gericht*

*13.1* Modell für den hier empfohlenen Verfahrensauftakt ist die Behandlung der Mieterstreckungsklagen im Kanton Zürich, die abweichend von der normalen Verfahrensordnung ohne vorgängigen friedensrichterlichen Sühnversuch direkt beim erkennenden Gericht, d.h. beim örtlich zuständigen Mietgericht einzugeben sind. Daraus hat sich bei den Mietgerichten und ähnlich bei den Arbeitsgerichten die Praxis entwikkelt, die Parteien vor Beginn des Hauptverfahrens zu einer vom Präsidenten, Referenten oder auch von einem Kanzleibeamten (Gerichtsschreiber, Sekretär) geleiteten Vergleichsverhandlung vorzuladen, die mit einer der Vorbereitung oder Vereinfachung des weiteren Verfahrens dienenden Referentenaudienz verbunden werden kann. Die erwähnte Praxis stützt sich nicht auf mietgerichtliche Sondervorschriften, sondern auf die allgemeinen Prozeßbestimmungen, wonach Vergleichsverhandlungen und Referentenaudienzen grundsätzlich in jedem Verfahrensstadium angeordnet werden können (§ 62 und 118 ZPO). Ähnliche Bestimmungen dürften sich in den meisten Prozeßordnungen finden und im übrigen zur Durchführung einer Vergleichsverhandlung gar nicht erforderlich sein. Die Besonderheit der mietgerichtlichen Prozedur besteht somit nur darin, daß die vorhandenen Möglichkeiten schon bei Verfahrensbeginn genutzt werden, während andere Gerichte in der Regel bis zum Abschluß oder bis Halbzeit des Hauptverfahrens damit zuwarten. Auch wenn die im statistischen Vergleich außerordentlich hohe Vergleichsquote in Mieterstreckungsverfahren durch die relativ einfache Materie begünstigt wird, so zweifellos auch durch das soeben skizzierte Vorgehen.

*13.2* Das gleiche Vorgehen wäre, als Alternative zum friedensrichterlichen Sühnversuch, auch für das Konsumentenschutzverfahren zu befürworten. Die Voraussetzungen, um in Abschätzung der Prozeßrisiken einen fundierten Vergleich vorzuschlagen oder gegebenenfalls auch die Grenzen eines solchen Vorhabens zu erkennen, sind beim Richter oder juristisch ausgebildeten Kanzleibeamten zweifellos besser als beim Friedensrichter erfüllt, sowohl hinsichtlich Kenntnis des materiellen Rechts als auch prozessualer Erfahrung. Scheitert der

Vergleich oder erweist sich ein Vergleichsversuch als verfrüht, so kann der empfohlene Verfahrensauftakt noch immer die üblichen Zwecke einer Referentenaudienz erfüllen, bei flexibler Verfahrensgestaltung namentlich den Entscheid erleichtern, ob das Hauptverfahren im Einzelfalle mündlich oder schriftlich durchzuführen sei (vgl. oben Ziff. 7.2). Vergleichsverhandlung und Referentenaudienz sind sodann der geeignete Anlaß für gebotene richterliche Aufklärung. Schließlich dient es allgemein dem Abbau innerer Zugangsbarrieren, wenn der Auftakt vor dem erkennenden Gericht noch nicht der vollen Formstrenge des Hauptverfahrens untersteht. Der allenfalls befürchtete richterliche Mehraufwand und Verfahrensverzögerungen dürften per Saldo durch den Wegfall des friedensrichterlichen Sühnversuchs und durch den Entlastungseffekt einer höheren Vergleichsquote mehr als ausgeglichen werden.

## *14. Eingeschränkter Nulltarif*

*14.1* Die kantonalen Tarifordnungen sehen regelmäßig Reduktionsmöglichkeiten für Gerichts- und Anwaltsgebühren vor, wenn ein Prozeß durch Vergleich erledigt wird. Kommt dieser in einem frühen Stadium zustande, so ist der Rabatt schon durch den minderen Arbeitsaufwand begründet. In der praktischen Handhabung steckt aber hinter dem Reduktionsangebot oft auch die mehr oder weniger offen eingestandene Idee der Vergleichsförderung durch Vergleichsprämierung. Diese Praxis ist gewissermaßen als staatlicher Friedensbeitrag zu billigen, wenn auch gelegentlich mit dem Odium belastet, daß der Richter zu seiner Entlastung den Kompromiß erkaufen will.

*14.2* Würde der in Ziff. 13.2 empfohlene Verfahrensauftakt zur Regel des Konsumentenschutzverfahrens, so wäre der Ausbau der soeben dargelegten Tarifreduktionspraxis zum eingeschränkten, nämlich auf die einleitende Vergleichsverhandlung und Referentenaudienz begrenzten Nulltarif nur noch ein kleiner und bedenkenswerter Schritt. Praktisch würde damit die Ordnung, welche im Mieterschutz gemäß Art. 27 BMM für das Verfahren vor den staatlichen Schlichtungsstellen gilt, auf das erkennende Gebiet verlagert:

> «Das Verfahren ist in der Regel kostenlos. Es dürfen keine Parteientschädigungen vorgesehen werden, außer bei mutwilliger Anfechtung.»

Für diese Lösung spricht nicht zuletzt, daß die sogenannte

Kostenbarriere psychisch vor allem als Zugangsbarriere wirkt, nämlich beim ohnehin vielfältig belasteten Entscheid, ob das erkennende Gericht überhaupt anzurufen sei. Gemessen an der unmittelbaren finanziellen Wohltat wäre daher der auf den Verfahrensbeginn eingeschränkte Nulltarif überproportional geeignet, Hemmschwellen der rechtsuchenden Parteien abzubauen. Dabei vermeidet es das hier vorgeschlagene Konzept bewußt, nur gerade den Vergleich zu prämieren, was einer mindestens fragwürdigen Pönalisierung fehlender Vergleichsbereitschaft gleichkäme. Die dem Staat entstehenden beschränkten Mehrkosten wären als Einlösung eines staatlichen Schutzversprechens unschwer zu verantworten und würden durch den Entlastungseffekt einer gesamthaft höheren Vergleichsquote teilweise wieder eingespart. Die verständlichen Bedenken, die gegen einen uneingeschränkten Nulltarif geäußert werden, lassen sich jedenfalls nicht auf den hier vorgeschlagenen eingeschränkten Nulltarif übertragen.

## IV. UWG als Konsumentenschutzgesetz

### *15. Allgemeines*

*15.1* Während sich Art. 31$^{sexies}$ Abs. 3 BV an die kantonalen Gesetzgeber richtet, enthält Abs. 2 eine prozessuale Bestimmung, deren voller Inhalt sich aus dem UWG erschließt:

> «Den Konsumentenorganisationen stehen im Bereich der Bundesgesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb die gleichen Rechte zu wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden.»

Der Brückenschlag zum UWG ist im Zusammenhang damit zu sehen, daß dieses primär zum Schutz des Konkurrenten bestimmte Gesetz schon bisher auch dem Kunden gewisse, allerdings praktisch zur Wirkungslosigkeit verurteilte Klagemöglichkeiten in die Hand gab.

*15.2* Die neueren Bemühungen des Bundesgesetzgebers, die Stellung der Konsumenten zu verstärken, sind im wesentlichen wiederum am UWG haften geblieben. Das revidierte UWG, in Kraft seit 1. März 1988, hat das Klagerecht der Konsumenten und Konsumentenorganisationen erweitert. Dazu die folgenden Ausführungen, wobei daran erinnert sei, daß die Kantone auch für UWG-Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von

Fr. 8000.– ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozeßverfahren vorzusehen haben (Art. 13 UWG, vgl. Ziff. 2.1).

*15.3* Der Nutzen des neuen UWG für die Konsumenten ist schon vor dessen Inkrafttreten von kompetentester Seite kritisch gewürdigt worden (zum unerschöpflichen Thema mißbräuchlicher AGB vgl. zuletzt GAUCH, Baurecht 1987, S. 51 ff., ferner BAUDENBACHER und zahlreiche weitere Autoren in SAG 1987, S. 109 ff.). Einige summarische Hinweise sollen daher genügen. Das auch deshalb, weil bei den Kontroversen rund um die UWG-Klagen vor allem die möglichen Klageinhalte, also materiellrechtliche Fragen unbestritten sind. Letzteres gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem neu eingefügten Unlauterkeitstatbestand, der zum Schutz der Konsumenten die sogenannten «Kunden-AGB-Verträge» ins Visier nimmt (Art. 8 UWG):

«Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a) von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder

b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.»

## *16. Klage des Konsumenten*

*16.1* Konnte der Kunde unter dem alten UWG nur dann klagen, wenn er durch unlauteren Wettbewerb «in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt» war, so ist er nun gemäß Art. 10 Abs. 1 UWG schon bei Bedrohung dieser Interessen zur Klage berechtigt. Das eröffnet dem Konsumenten neu die Möglichkeit, gestützt auf Art. 9 Abs. 1 UWG auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung von Unlauterkeitstatbeständen zu klagen, bevor er mit einem Anbieter kontrahiert hat und damit im weitesten Sinne des Wortes bereits verletzt ist. Dazu dürfte ein Normalverbraucher allerdings kaum je motiviert sein. Hat er die Gefahr rechtzeitig erkannt, so kann er sie ohne Prozeßaufwand bannen, indem er dem Vertragsschluß aus dem Wege geht, und den Schutz gefährdeter Mitkonsumenten überläßt er gerne der Konsumentenorganisation. Als Präventivinstrument in der Hand des Kunden dürfte daher Art. 9 Abs. 1 UWG kaum zum Tragen kommen.

*16.2* Hat dagegen der Konsument einmal kontrahiert und ist

er gerade dadurch das Opfer eines Unlauterkeitstatbestandes geworden, so werfen die erweiterten Klagemöglichkeiten gemäß Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 UWG zahlreiche ungelöste Fragen auf. Ist die unlautere Vertragsklausel nichtig, oder die unlauter herbeigeführte Vertragsbindung ohne weiteres unwirksam? Wenn nicht, was ist mit dem Klagenkatalog von Art. 9 Abs. 1 UWG im Streit zwischen Vertragspartnern, also nach dem Vertragsschluß noch anzufangen? Ist dieser Katalog, als unveränderte Kopie von Art. 28 a ZGB und im Gegensatz zu Art. 27 ZGB, nicht auf außervertragliche Störungen zugeschnitten? Können speziell mit der Beseitigungsklage (lit. b) auch vertragliche Bindungen rückwirkend beseitigt werden? Wenn ja, nur mittels Klage, oder auf Erfüllungsklage des Anbieters auch defensiv durch Einwendung oder Einrede? Das UWG überläßt die Antwort seinen Interpreten. In diesem Sinne bleibt einstweilen eine konsumentenfreundliche Gerichtspraxis zu erhoffen, für welche der Gesetzgeber zwar einen weiten Auslegungsspielraum, aber wenig konkrete Anhaltspunkte liefert.

*16.3* Aus den erwähnten Gründen sind die Klagemöglichkeiten gemäß Art. 9 Abs. 1 UWG auch dort mit Ungewißheiten belastet, wo Gewißheit besonders erwünscht wäre, nämlich im Einsatz gegen mißbräuchliche AGB-Klauseln. Anlaß zu einer eher skeptischen Beurteilung gibt hier vor allem der unglücklich konzipierte Art. 8 UWG, was im Zusammenhang mit der Verbandsklage näher auszuführen ist, vgl. unten Ziff. 17.2 und 17.3. Zur Verunsicherung trägt ferner bei, daß Art. 23 ff. UWG Unlauterkeitstatbestände aller Art fast lückenlos mit Strafe bedrohen – außer eben die Verwendung mißbräuchlicher AGB. Damit wird Art. 8 UWG gleichsam zum Tatbestand minderer Gefahrenklasse gestempelt. Zwar wird man aus der strafrechtlichen Privilegierung kaum ableiten dürfen, daß die mißbräuchliche Klausel auch vertragsrechtlich unangreifbar sei. Aber Argumentationsversuche dieser Art werden in der Praxis kaum ausbleiben. Daher hätte sich gerade hier das klärende gesetzliche Wort aufgedrängt, wie es sich mit der zivilrechtlichen Folge der Mißbräuchlichkeit, namentlich mit der vertraglichen Bindung des Konsumenten an eine mißbräuchliche AGB-Klausel verhält.

*17. Klage der Konsumentenorganisation*

*17.1* Gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG sind auch «Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäß dem Konsumentenschutz widmen», zur selbständigen Erhebung der in Art. 9 Abs. 1 UWG aufgezählten Klagen berechtigt. Damit werden sie, wie bereits in Art. 31sexies Abs. 2 BV vorgeschrieben, den Berufs- und Wirtschaftsverbänden gleichgestellt, vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG. Vor der Revision dieses Gesetzes war das Klagerecht der Verbände von demjenigen ihrer Mitglieder abhängig, was zur Folge hatte, daß das den Kunden damals aberkannte Recht zum präventiven Einsatz der UWG-Klagen auch der Konsumentenorganisation versagt bleiben mußte. Das nunmehr verselbständigte Verbandsklagerecht schließt diese Lücke und scheint den Konsumenten um so mehr entgegenzukommen, als sie selber, wie schon ausgeführt, kaum geneigt sein werden, die Möglichkeiten aus Art. 9 Abs. 1 UWG präventiv zu nutzen. Dabei entspricht es gleichsam der durch Art. 8 UWG vorgezeichneten Erwartung, daß sich die neue Aktionsmöglichkeit der Organisation vor allem auf dem weiten Feld der AGB-Verträge bewähren sollte.

*17.2* Der Wortlaut von Art. 8 UWG versetzt der soeben ausgesprochenen Erwartung leider wieder einen erheblichen Dämpfer. Danach ist die Unlauterkeit eines AGB-Vertrages bzw. seiner Verwendung zunächst nach inhaltlichen Kriterien, nämlich daraufhin zu prüfen, ob die AGB zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Ordnung (lit. a) oder von der vertragstypischen Verteilung der Rechte und Pflichten (lit. b) erheblich abweichen. Unlauter wird indessen der AGB-Vertrag in Beachtung eines Zusatzerfordernisses erst dadurch, daß die erwähnten inhaltlichen Mängel «in irreführender Weise» auftreten, d. h. wohl zur Irreführung der Kunden geeignet sind. Die erst in der parlamentarischen Beratung eingefügte Zutat belastet die Inhaltskontrolle mit einem Element, das nach bisher üblichem Verständnis bei den Mängeln des Vertragsschlusses (Art. 23 ff. OR) einzuordnen wäre. Mußte sich die bundesgerichtliche Praxis bei Überprüfung von AGB-Klauseln bekanntlich den Vorwurf der «verdeckten Inhaltskontrolle» gefallen lassen, so schreibt nun Art. 8 UWG umgekehrt neben der Inhaltskontrolle eine mehr oder weniger verdeckte Konsenskontrolle vor, und zwar als zusätzliche Hürde für die klagenden Kunden oder Konsumentenorganisationen.

*17.3* Die Zutat «in irreführender Weise» entspricht der

allgemeinen Tendenz des UWG, unlauteres und täuschendes Geschäftsgebaren gleichzusetzen. Das macht sie freilich nicht besser, sondern wirft eher die Frage auf, ob das UWG der geeignete Standort für Konsumentenschutz sei. Im vorliegenden Zusammenhang ist jedenfalls festzustellen, daß das Unlauterkeitserfordernis des irreführenden bzw. zur Irreführung geeigneten Vertragsinhalts in die falsche Richtung zielt. Ergibt sich doch die zentrale Problematik der Kunden-AGB-Verträge schlicht aus der Macht der stärkeren Vertragspartei, über den vorgedruckten Text den Vertragsinhalt zu diktieren, was zu inhaltlichen Schlagseiten und im Übermaß zu nicht mehr tolerierbaren Klauseln führt. Daß es dagegen die Anbieter darauf anlegen würden, die Kunden irrezuführen, spielt hier eine untergeordnete Rolle. Suggestive und ähnliche Praktiken, die zur Täuschung eines breiten Publikums geeignet sind, finden ihren Niederschlag in Werbetexten, kaum in AGB. So sprechen etwa Freizeichnungs- und andere einseitige AGB-Klauseln meistens eine nüchterne und durchaus klare Sprache; überdies ist es auch für rechtsunkundige Kunden ein offenes Geheimnis, daß AGB den Anbieter im Vergleich zur gesetzlichen Ordnung besser stellen.

Die mißlichen Folgen für die Verbandsklage liegen auf der Hand: Art. 8 UWG zwingt die klagende Konsumentenorganisation, einen für AGB eher atypischen Makel darzutun. Dadurch wird das Terrain für sinnvolle Verbandsklagen übermäßig eingeschränkt. Zwar kann die Gerichtspraxis die klägerischen Nöte etwas mildern, indem sie die «Eignung zur Irreführung» extensiv versteht und anderseits die Beweisanforderungen nicht überspannt. Den in Art. 8 UWG eingefügten Fremdkörper wird sie dennoch nicht ignorieren können.

*17.4* Soll die Klage der Konsumentenorganisation ein wirksames Instrument gegen mißbräuchliche AGB sein, so müßte der Fremdkörper «in irreführender Weise» gestrichen, d. h. die Mißbräuchlichkeit rein inhaltlich definiert und mit Nichtigkeitsfolge versehen werden. Ferner aber wäre das Verbandsklagerecht in der Weise zu erweitern, daß es in der ganzen Breite des Konsumentenrechts, ohne die derzeitige Einengung auf Tatbestände des UWG zur Klärung vertragsrechtlicher Streitfragen eingesetzt werden könnte. Dabei dürfte es nicht schwer fallen, ein allenfalls befürchtetes Abgleiten des erweiterten Klagerechts ins Uferlose durch geeignete gesetzliche Maßnahmen zu verhindern. Geht man davon aus, daß die Verbandsklage die ihr zugedachte – weil bei der Individualklage schlecht

aufgehobene – Präventivfunktion zumeist in Form der Feststellungsklage (evtl. Unterlassungsklage) erfüllen wird, so ist namentlich an folgende Schranken zu denken:

- Beschränkung des Klagerechts auf Konsumentenorganisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, wie schon gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG, wobei freilich entgegen lit. a auch die Berufs- und Wirtschaftsverbände dem gleichen Erfordernis zu genügen hätten;
- Voraussetzung des Feststellungsinteresses, wobei es dem Gesetzgeber oder der Praxis unbenommen wäre, das den legitimierten Verbänden zuzubilligende Interesse entsprechend der allgemeinen Schutzfunktion der Verbandsklage auf Feststellungen von allgemeinerer Tragweite einzuschränken;
- Analoge Beschränkungen bei der Unterlassungsklage.

*17.5* Da Prozesse zwischen Anbietern und Konsumenten vorwiegend in der unteren Streitwertzone liegen, sind die Voraussetzungen für ordentliche kantonale Rechtsmittel meistens nicht erfüllt, nach der bevorstehenden Anhebung der Streitwertgrenze im OG erst recht nicht diejenigen für eine Berufung an das Bundesgericht. Das mit der Folge, daß sich zu Fragen des Konsumentenrechts kaum noch eine repräsentative Rechtsprechung entwickeln kann. Es wäre daher erwünscht, die Rechtsmittelbarriere des Mindeststreitwertes auf allen Stufen insoweit fallenzulassen, als dadurch streitige Rechtsfragen von allgemeinerer Tragweite der höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden könnten. Wie sich indessen bei der Revision des OG zeigt, läuft der gesetzliche Trend im Bereich der Individualklagen gegen derartige Erweiterungen der Rechtsmittelmöglichkeiten. Um so mehr käme der in Ziff. 17.4 empfohlene Ausbau des Verbandsklagerechts neben den jeweiligen partikulären Interessen auch dem allgemeineren Bedürfnis entgegen, das im Konsumentenrecht besonders ausgeprägte Abklärungsdefizit abzubauen. Das immer in der Meinung, daß der Weiterzug bei Verbandsklagen – angesichts des hier vorausgesetzten allgemeineren Feststellungs- oder Unterlassungsinteresses – ohne Rücksicht auf den bei Individualklagen erforderlichen Mindeststreitwert zuzulassen wäre. So könnte die Verbandsklage einen wesentlichen Beitrag zur Klärung und Fortbildung des Konsumentenrechts leisten, ohne anderseits den oberen Instanzen eine unübersehbare Zusatzlast zu bescheren.