

Neues Konsumentenschutzrecht im revidierten UWG

von
Dr. Alexander
Brunner, Zürich

Einleitung

Zum Wirtschaftsrecht¹ zählte bisher vorwiegend das Handelsrecht als Inbegriff der Rechtsnormen, welche den wirtschaftlichen Bereich von Produktion und Handel bestimmen. Seit 1981 bzw. seit Annahme des Konsumentenschutzartikels hat das Handelsrecht indessen aufgrund einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Norm (Art. 31 sexies BV) einen ebenbürtigen Zwilling erhalten: Das Konsumentenschutzrecht. Das neue Gebiet des Konsumentenschutzes kann dabei analog zum Handelsrecht als der Inbegriff der Normen bezeichnet werden, welche den wirtschaftlichen Bereich des Konsums bestimmen; dies indessen nur soweit, als es sich um privaten Konsum handelt und nicht um Verbrauch im Tätigkeitsbereich von Unternehmen. Das Konsumentenschutzrecht als Teil des Wirtschaftsrechts umfasst dementsprechend sämtliche denkbaren Rechtsgebiete: das Konsumentenvertrags- und wettbewerbsrecht, besondere Normen des Wirtschaftsverwaltungs- und -strafrechts, ein besonderes Zivilprozessrecht bzw. das Konsumentenschutzverfahren sowie das Internationale Konsumentenschutzrecht und -verfahrensrecht. Das Wesen des Konsumentenschutzes zeichnet sich dabei aus durch die Normierung des in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Informationsgefälles zwischen Anbieter und Konsument. Bis 1981 wurde der Umstand des tatsächlich gegebenen Informations- und Strukturunterschiedes zwischen Anbieter und Konsument rechtlich nur ungenügend erfasst. Durch die Generalklausel in Art. 31 sexies Abs. 1 BV wird dieses wirtschaftliche Phänomen nunmehr auch positivrechtlich anerkannt: Im Hinblick auf den Informationsstand des Konsumenten sind dabei zwei normative Konkretisierungen des konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips denkbar; eine mit individueller Auswirkung und eine mit genereller Auswirkung. Der Schutz des Konsumenten im Sinne von Art. 31 sexies Abs. 1 BV wird – insbesondere im Hinblick auf die privatautonome Bildung des Geschäftswillens – generell durch eine besondere, öffentlich zugängliche Information der

Konsumenten hinsichtlich konkreter Leistungsangebote der Anbieter erreicht, wie es die Botschaft des Bundesrates vom 7. Mai 1986 zu einem BG über die Konsumenteninformation (KIG) vorsieht, aber auch durch das neue BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, das im vorvertraglichen Bereich normative Anforderungen an das Verhalten der Anbieter stellt. Individuell ist das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip vor allem im Hinblick auf die Auslegung von Konsumentenverträgen zu berücksichtigen.² Nachfolgend soll das Konsumentenwettbewerbsrecht näher betrachtet werden, wobei anzumerken ist, dass sich bisher naturgemäss³ noch nicht allzu viele Publikationen und Entschiede mit dem Thema befassen konnten.^{4,5}

1. Teil: UWG-Konsumentenklagen

1. Kapitel: Rechtsstellung des Konsumenten im Wettbewerbsrecht

1. Wettbewerb als marktwirtschaftliches Ordnungsprinzip

1. Der Theorienstreit

Im Rahmen der Marktwirtschaft kommt der Rolle des Konsumenten eine überragende Bedeutung zu.⁶ Unter idealtypischer Betrachtungsweise

2 ZR 88 (1989) Nr. 27 = SJZ 85 (1989), S. 249; vgl. auch hinten N. 65

3 Inkrafttreten des neuen UWG am 1. März 1988

4 Vgl. immerhin nach altem Recht: Elias Wolf/Hellmut Stofer, Unlauterer Wettbewerb und Konsumentenschutz, in: SJZ 69 (1973), S. 81; Peter Knoepfel, Der Beitrag des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb zum Konsumentenschutz, in: Revue internationale de la concurrence, 1974, Nr. 126, S. 50-66

5 Grundriss des Schweizerischen Konsumentenschutzes, Stämpfli Verlag Bern, erscheint im Verlauf des Jahres 1991, Alexander Brunner.

6 Dass diese Erkenntnis nicht neu ist, wird durch den Begründer der modernen Nationalökonomie Adam Smith bezeugt, der folgendes anführte (in: Der Wohlstand der Nationen, London 5. A. 1789/dsch. München 5 A. 1990, S. 558): «Der Konsum allein ist Ziel und Zweck einer jeden Produktion, daher sollte man die Interessen des Produzenten eigentlich nur soweit beachten, wie es erforderlich sein mag, um das Wohl des Konsumenten zu fördern. Diese Maxime leuchtet ohne weiteres ein, so dass es töricht wäre, sie noch beweisen zu wollen.»

1 Zum Begriff des Wirtschaftsrechts: Walter R. Schluop, Wirtschaftsrecht; Wesen, Aufbau, Merkmale und Stellung im Rechtssystem, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, S. 1 ff.

kann dabei mit Bezug auf die möglichen Wirtschaftssysteme gesagt werden, dass die Lenkung der Wirtschaft in der Planwirtschaft über zentrale Planentscheidungen und in der Marktwirtschaft über die jeweiligen Einzelentscheide der Konsumenten erfolgt, wobei sich die Systeme seit jeher und in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen unterschiedlich überschneiden haben. Damit ist auch gleichzeitig gesagt, dass dem Konsumenten in der Marktwirtschaft mit Bezug auf den Wettbewerb der Anbieter eine entscheidende Steuerungs- und Lenkungs-funktion zukommt; es handelt sich um die tägliche Abstimmung an der wirtschaftlichen Leistungsfront. Diese tägliche Abstimmung über die Leistungen der sich am Wettbewerb beteiligenden Anbieter kann indessen nur dann ihre Lenkungs-funktion erfüllen, wenn die Bedingungen für die Möglichkeit der Konsumentensouveränität gewährleistet sind. Die Konsumenten sind nur dann souverän in ihren Entscheidungen, wenn ihr Informationsstand genügend und der Wettbewerb unverfälscht ist. Entscheidend ist damit die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Sinne einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Institutsgarantie. Im Bereich des Lauterkeitsrechts ist die funktionale Theorie, welche insbesondere im Hinblick auf die Auslegung wettbewerbsrechtlicher Normen von Bedeutung ist, vorherrschend.⁷ Im schweizerischen Kartellrecht hingegen ist die Theorie der funktionalen Rechtsanwendung nach wie vor umstritten; die Auseinandersetzung spielt sich dabei vor allem bei der Auslegung von Art. 7 KG ab, wonach Wettbewerbsbehinderungen nur dann zulässig sind, wenn sie das «Gesamtinteresse» nicht verletzen. Während die eine Auffassung darin lediglich (und nur) ein Missbrauchsprinzip sehen will⁸, geht die andere Auffassung angesichts des vorrangigen marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzips, welches ein funktionsfähiger Wettbewerb bedeutet, von der funktionalen Theorie aus⁹.
Nachfolgend ist kurz auf die beiden Marktgesetze einzugehen, um anschliessend die Rechtsstellung des Konsumenten im Wettbewerbsrecht bestimmen zu können.

7 Vgl. insb. Walter R. Schluep, Vom lautereren zum freien Wettbewerb, in: *Zum Wirtschaftsrecht*, Bern 1978, S. 62 ff.; Carl Baudenbacher, Funktionaler Ansatz bei der Revision des UWG; Bemerkungen aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: *NZZ* 22.8.1980; ders., Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), in: *rech* 1988, S. 74-76
8 Vgl. für viele: Otto Fischer, Offene Verletzung des Missbrauchsprinzips – Zur Diskussion um den Entwurf für ein neues Kartellgesetz, in: *NZZ* 15.5.1979; Eric Homburger, Fragwürdige Anwendung des Kartellgesetzes – Missachteter Wille des Parlaments, in: *NZZ* 19.9.1989

2. Die beiden Marktgesetze

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wird in zwei getrennten Gesetzen geregelt, dem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1985 (KG) und dem bereits genannten Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG). Beide Gesetze ergänzen sich. Während das Kartellgesetz den Wettbewerb in seinem Bestand sichern soll und unzulässige Behinderungen¹⁰ verbietet¹¹, schützt das UWG die Lauterkeit des bestehenden Wettbewerbs¹². Nach der funktionalen Theorie bilden beide Gesetze jedoch eine Einheit¹³ im Sinne der Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Es sind indessen auch Überschneidungen denkbar, wobei sich insbesondere die Frage stellt, ob das UWG auch dann anwendbar ist, wenn das unlautere Verhalten von einem Kartell oder Monopolist ausgeht und damit (auch) ein Tatbestand des Kartellgesetzes gegeben ist. Dies ist zweifellos zu bejahen.¹⁴ Selbst dann, wenn gar kein Wettbewerb mehr vorliegt, ist unlauteres Verhalten möglich, andernfalls könnte ein Kartell oder ein Monopolist in einem lauterkeitsrechtlich rechtsfreien Raum sanktionslos gegen private Abnehmer vorgehen.

II. Begriff des Konsumenten im Wettbewerbsrecht

1. Einheitliche Begriffsbestimmung im Vertrags- und Wettbewerbsrecht

Der Bundesgesetzgeber hat den Begriff des Konsumentenvertrages nicht definiert, setzt ihn

9 Arnold Koller, Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbes, Auslegungshilfe des Kartellgesetzes?, in: *WuR* 22 (1970), S. 149-161; Walter R. Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht, in: *Zum Wirtschaftsrecht*, Bern 1978, S. 95; Id., Wettbewerb – Kernstück einer marktwirtschaftlichen Ordnung, in: *NZZ* 31.3./1.4.1979; Greta Lauterburg, Griffigere Massnahmen gegen Kartellabsprachen, in: *plädoyer* 3/1989, S. 33-36; Bli., Marktwirtschaft von Fall zu Fall... Zur Kontroverse um die Auslegung des Kartellgesetzes, in: *NZZ* 11./12. 11. 1989; Willy Linder, Veraltete Grundlagen der Wettbewerbspolitik?, in: *NZZ* 9./10.6.1990 u.a. mit Hinweis auf die neue Zürcher Dissertation von Markus Ruffner, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht, Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Zürich 1990
10 Vorkehrern nach Art. 6 KG
11 Vgl. jedoch Art. 7 und Art. 29 Abs. 3 KG
12 Vgl. Art. 1 und 2 UWG
13 Vgl. Baudenbacher, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in: Baudenbacher, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern 1989, S. 35-36
14 Unzutreffend daher m.E. die in *ZR* 88 (1989) Nr. 61 E.IV.b.bb vertretene Auffassung, wonach die Anwendbarkeit des UWG das Bestehen eines tatsächlichen Wettbewerbs voraussetzt

jedoch in Art. 31 sexies Abs. 3 BV notwendigerweise voraus, weshalb die Rechtsprechung den Konsumentenvertrag einstweilen lückenfüllend wie folgt beschrieben hat:

«Mit dem Konsumentenvertrag verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit zu einer sachlichen und/oder persönlichen Leistung, die für private Zwecke des Konsumenten bestimmt ist.»¹⁵

Hinsichtlich der Tragweite dieses Begriffs kann festgehalten werden, dass er auf sämtliche möglichen Verträge gemäss besonderem Teil des Obligationenrechts¹⁶ sowie auf alle denkbaren Innominatverträge anwendbar ist. Der Konsumentenvertrag gemäss der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Norm in Art. 31 sexies Abs. 3 BV stellt dementsprechend in rechtssystematischer Hinsicht eine neue Figur des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts dar. Offen bleibt dabei allerdings die Frage, wie der Gesetzgeber die besonderen Vertragstypen im Hinblick auf konkrete Schutznormen im Rahmen des Sonderprivatrechts im einzelnen ausgestaltet.

Hinsichtlich der Terminologie ist festzustellen, dass der in der Verfassung verwendete Ausdruck «Letztverbraucher» mehrdeutig ist. Der Ausdruck «Letztverbraucher» bezeichnet zwei Rechtsbegriffe; einerseits den Letztverbraucher i.S.v. Art. 11 Abs. 3 des BG über das Messwesen, andererseits den Letztverbraucher i.S.v. Art. 31 sexies Abs. 3 BV. Nach Art. 11 Abs. 3 des BG über das Messwesen (SR 941.20) sind Letztverbraucher alle natürlichen oder juristischen Personen, die Güter zu ihrem persönlichen Gebrauch erwerben. Nicht als Letztverbraucher im Sinne dieser Bestimmung gelten Personen, die Waren gewerbmässig erwerben, um sie zu bearbeiten, zu verarbeiten oder an Dritte weiter zu verkaufen (Erwerb zwecks Produktion und Handel). Aus dieser Legaldefinition folgt, dass der Begriff des Letztverbrauchers i.S.v. Art. 11 Abs. 3 des BG über das Messwesen jenen i.S.v. Art. 31 sexies Abs. 3 BV umfasst, zusätzlich jedoch auch den betrieblichen Abnehmer, der Waren zwecks Konsum, nicht jedoch zwecks Produktion und Handel erwirbt. Der Letztverbraucher i.S.v. Art. 31 sexies Abs. 3 BV bezeichnet demgegenüber nur den privaten Abnehmer; für diesen sollte dementsprechend der Terminus «Konsument» verwendet werden, um Verwechslungen zu vermeiden. Dass im übrigen der Ausdruck Letztver-

15 *ZR* 87 (1988) Nr. 92 = *SJZ* 85 (1989) S. 12-16
16 Vgl. dazu nunmehr neu und übereinstimmend die Legaldefinition des Konsumentenmietvertrages für Fahrnis nach Art. 266k OR; inkraft seit 1. Juli 1990

braucher i.S.v. Art. 11 Abs. 3 des BG über das Messwesen nicht unbesehen auf jenen nach Art. 31 sexies Abs. 3 BV übernommen werden darf, ergibt sich bereits daraus, dass jenes Bundesgesetz vor dem Verfassungsartikel erlassen wurde. Auch im Hinblick auf die ratio legis von Art. 31 sexies Abs. 3 BV kann nicht davon ausgegangen werden, betriebliche Abnehmer stünden unter dem Schutz der Generalklausel von Art. 31 sexies Abs. 1 BV. Ein Sozialschutz, welcher auch auf betriebliche Abnehmer ausgedehnt würde, ginge zu weit. Unter dem Letztverbraucher im Sinne des Verfassungsartikels ist daher nur der private Abnehmer bzw. der Konsument zu verstehen.¹⁷ Nach der Definition des Konsumentenvertrages ist demnach der Konsument jene Partei, welche unternehmerische und betriebliche Leistungsangebote von Anbietern zu privaten Zwecken, d.h. zu persönlichen oder familiären Zwecken entgegennimmt. Es versteht sich von selbst, dass der rechtswissenschaftliche Grundsatz einer möglichst einheitlichen Begriffsbildung und Terminologie auch auf das Konsumentenschutzrecht als Teil des Wirtschaftsrechts anzuwenden ist. Dies bedeutet, dass der Terminus «Konsument» sowohl im Vertragsrecht als auch im Wettbewerbsrecht denselben Begriff zu bezeichnen hat. Der Begriff des Konsumenten ist daher einheitlich zu definieren als jener Abnehmer – das Wort «Abnehmer» im übrigen ein Terminus aus dem Wettbewerbsrecht –, der sachliche und/oder persönliche Leistungen zu privaten Zwecken entgegennimmt. Private Zwecke sind dabei immer persönliche oder familiäre Zwecke. In Kurzform kann demnach die folgende Aussage gemacht werden: Der Konsument ist der private Abnehmer.

Damit bietet auch die Definition der Konsumentenstreitigkeit im Wettbewerbsrecht keine Schwierigkeiten mehr; es sind die deliktischen Rechtsverhältnisse zwischen betrieblichen Anbietern und privaten Abnehmern in zwei möglichen Erscheinungsformen: Kartellistisches Verhalten einerseits und unlauteres Verhalten andererseits.

2. Rechtsstellung des Konsumenten im Rahmen der beiden Marktgesetze

2.1. Der Konsument als privater Abnehmer im Kartellgesetz (KG)

Oberste Leitidee des schweizerischen Vertragsrechts ist die Privatautonomie und ihre Konkretisierung

als Gestaltungs- und Abschlussfreiheit der Vertragsparteien. Sie wird jedoch zur Fiktion im Falle des ungerechtfertigten Ausschlusses eines möglichen Wettbewerbers i.S.v. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Abs. 3 KG. Es handelt sich um die keineswegs seltenen Fälle von Konditionenkartellen in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der betrieblichen Anbieter gegenüber den privaten Abnehmern bzw. Konsumenten; zu erinnern ist beispielsweise an die neuesten Berichte der Kartellkommission mit Bezug auf das Sachversichererkartell und die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe oder an die IATA-Konventionen im internationalen Flugverkehr. Solche Konditionenkartelle führen in vielen Fällen zur faktischen Aufhebung der Vertragsfreiheit der Konsumenten und damit zu einer wesentlich stärkeren Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung als durch unlauteres Verhalten nach UWG. Mit Bezug auf das vorliegende Thema stellt sich dementsprechend die Frage, ob der Konsument als privater Abnehmer gegen solche Vorkehren der betrieblichen Anbieter vorgehen und für die Herstellung seiner Vertragsfreiheit klagen kann. Die Antwort lautet: Nein. Unser Gesetzgeber hat auch im neuen Kartellgesetz die Schweizer Konsumenten «in Ketten» gelegt, um ein Wort Friedrich Schillers abzuwandeln. Nach Art. 8 Abs. 1 KG kann zwar klagen, «wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung geschädigt oder gefährdet wird»; den Materialien ist indessen zu entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausging, zivilrechtliche Ansprüche der Konsumenten beständen nicht¹⁸, vielmehr würden diese ausschliesslich durch die Verwaltung gewahrt¹⁹. Das Kartellgesetz ist daher nicht weiter zu erörtern.²⁰

2.2. Der Konsument als privater Abnehmer im UWG

Ein eigentlicher Durchbruch im Konsumentenwettbewerbsrecht wurde hingegen mit dem neuen UWG von 1986 erreicht. Nach Art. 1

bezweckt das UWG, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten – somit auch der Konsumenten – zu gewährleisten. Art. 2 UWG regelt zudem nicht bloss das Konkurrenzverhältnis unter Mitbewerbern (Anbieter oder Abnehmer unter sich), sondern auch das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern. Den Materialien ist hier zweifelsfrei zu entnehmen, dass damit auch die privaten Abnehmer bzw. Konsumenten unter den Schutz vor unlauterem Verhalten fallen und auch klageberechtigt sind.

2. Kapitel: Konsument und Generalklausel (Art. 2 UWG)

1. Funktion der Generalklausel

1. Vorrang der Generalklausel

Der Vorrang der Generalklausel in Art. 2 UWG ergibt sich aus der Festschreibung eines grundlegenden Rechtsprinzips²¹, das über die nicht abschliessende Enumeration der Sonderstatbestände in Art. 3 bis Art. 8 UWG hinausgeht²². Nach der funktionalen Auslegung der Generalklausel werden insbesondere konsumentenbezogene Verhaltensweisen der Anbieter wie Täuschung, Verwechslungsgefahr oder psychologischer Kaufzwang erfasst, welche die autonome Willensbildung der Konsumenten beeinträchtigen, gleichzeitig aber auch zu Wettbewerbsstörungen führen, da die Nachfrage durch das unlautere Verhalten der Anbieter fehlgeleitet wird.²³ Auf den direkten Schutz der privaten Abnehmer (Konsumenten) durch die Generalklausel wird nachfolgend näher einzugehen sein; es ist aber auch ein indirekter Schutz möglich.²⁴

2. Elemente der Generalklausel

Ein Anbieter handelt nach Art. 2 UWG dann unlauter und widerrechtlich gegenüber privaten Abnehmern (Konsumenten), wenn er²⁵ erstens

18 Nachweise bei Schlupe, in: Schürmann/Schlupe, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, Art. 8 KG, N. 4

19 Dies stellt m.E. eine «fürsorgliche» Entmündigung der Schweizer Konsumenten dar. Dies im Gegensatz zum amerikanischen Recht, demgemäss die Konsumenten nach Art. 16 der Clayton Act von 1914 gegen Kartellabsprachen vorgehen können; vgl. dazu den neuesten Entscheid des amerikanischen Supreme Court vom 30. April 1990: California v. American Stores Company; 110 S.Ct. 1853 (1990)

20 Auch die Bevormundungs-These, die vor allem im Bereich der Konsumkredit-Gesetzgebung ihre Wirkungsgeschichte entfaltete und in seltsamem Widerspruch zur Rechtsstellung der Konsumenten im Kartellgesetz steht, ist hier nicht weiter zu erörtern

21 Analog jenem in Art. 2 ZGB

22 Vgl. zur Generalklausel die nach wie vor aktuellen Ausführungen zum alten Recht: E. Matter, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, in: ZBJV 98 (1951), S. 449-471; Carl Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von – 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, in: ZHR 144 (1980), S. 145-170

23 Vgl. Baudenbacher, Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, in: Baudenbacher, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern 1989, S. 18, N. 11

24 Zur Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Konsumenten im Adresshandel: SJZ 86 (1990), Nr. 61, E. 4; S. 291-292

25 kumulativ oder alternativ

17 Ebenso: R. Rhinow, BV-Komm. zu Art. 31 sexies, Rz. 2, N. 16; Stand 1988

gegen Treu und Glauben verstösst, zweitens täuschendes oder – drittens – widerrechtliches Verhalten an den Tag legt. Das dritte mögliche Tatbestandselement des unlauteren Verhaltens ist zwar nicht ausdrücklich in Art. 2 UWG enthalten, ergibt sich indessen a fortiori aus dieser Gesetzesbestimmung sowie aufgrund einer analogen Anwendung von Art. 7 UWG.²⁶ Widerrechtliches Verhalten im Sinne eines Verstosses gegen Gesetzesbestimmungen ist damit grundsätzlich auch unlauteres Verhalten.²⁷ Wird widerrechtliches Verhalten zudem von einzelnen Anbietern systematisch betrieben, führt dies zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten jener Anbieter, die sich an die Spielregeln des Wettbewerbs bzw. an die gesetzlichen Bestimmungen halten.

Dem dritten (impliziten) Tatbestandselement des widerrechtlichen Verhaltens nach der Generalklausel gemäss Art. 2 UWG kommt im Konsumentenwettbewerbsrecht besondere Bedeutung zu. Dabei stehen vor allem jene gesetzlichen Bestimmungen im Vordergrund, welche zum Schutze der privaten Abnehmer bzw. Konsumenten erlassen wurden.

II. Wirkung der Generalklausel in Art. 2 UWG im Rahmen des Konsumentenschutzrechtes

1. Tragweite der Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht

Vorerst ist auf das Verhältnis zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht einzugehen und anschliessend die Frage zu behandeln, welche Rechtsfolgen bei jenen Konsumentenverträgen eintreten, die durch unlauteres Verhalten eines Anbieters zustande kommen.

Im Vertragsrecht besteht im Falle einer Verletzung wichtiger sonderprivatrechtlicher²⁸ Normen einzig ein Individualschutz für den jeweils klagenden Konsumenten. Durch die wettbewerbsrechtlichen Klagen auf Feststellung und Unterlassung widerrechtlichen Verhaltens wird dieser Individualschutz entscheidend verstärkt²⁹, womit zusätzlich ein effizienter ge-

nereller Schutz der privaten Abnehmer erreicht wird. Insbesondere aufgrund einer funktionalen Auslegung des UWG wird dabei im Falle von Feststellungsklagen im Hinblick auf die überragende Bedeutung eines unverfälschten Wettbewerbs als marktwirtschaftliches Ordnungsprinzip ein Feststellungsinteresse der klagenden Konsumenten zu bejahen sein.

Mit Bezug auf Konsumentenverträge, welche durch unlauteres Verhalten eines Anbieters zustande gekommen sind, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge eintritt: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Unlauteres Verhalten nach UWG kann als Sondertatbestand der culpa in contrahendo betrachtet werden, mithin als ein Verhalten im vorvertraglichen Bereich. Aus diesem Grunde fällt die Anwendbarkeit von Art. 20 OR (Nichtigkeit) trotz der Widerrechtlichkeit des unlauteren Verhaltens nicht in Betracht, da sich diese Gesetznorm auf den Inhalt des Konsumentenvertrages bezieht, nicht jedoch auf dessen Zustandekommen.³⁰ Die Rechtsfolge für durch unlauteres Verhalten zustande gekommene Konsumentenverträge besteht dementsprechend in einer Anfechtungsklage sui generis, die zudem nicht an die Fristen von Art. 21 oder Art. 31 OR gebunden, sondern unverjährbar ist.³¹

2. Wettbewerbsrechtlich relevante Konsumentenschutznormen verschiedener Wirtschaftsbereiche

2.1. Produktion und Handel

Es können hier lediglich kurze Hinweise gemacht werden. Unlauter ist das systematische Missachten vor allem bundesrechtlicher Sicherheitsbestimmungen bei der Herstellung und beim Vertrieb bestimmter Produkte, bspw. durch Verletzung des BG vom 21. März 1969 über den Verkehr mit Giften, des BG vom 9. Juni 1977 über das Messwesen oder des BG vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten und des BG vom 8. Dezember 1905 betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen. Es versteht sich von selbst, dass Anbieter, die sich von der oftmals aufwendigen Einhaltung solcher zugunsten der Konsumenten wirkenden Schutzbestimmungen entbinden, einer-

seits einen nicht unerheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber korrekten Anbietern verschaffen und andererseits gleichzeitig die vitalen Interessen der Konsumenten gefährden können. Wettbewerbsrechtliche Feststellungs- und Unterlassungsklagen im Sinne von Art. 2 UWG sind in solchen Fällen neben dem öffentlichrechtlichen Sanktionssystem nicht bloss möglich, sondern zur Erhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs «im Interesse aller Beteiligten» (Art. 1 UWG) geboten.

2.2. Finanzierung

2.2.1. Abzahlungsrecht

Ein besonders wettbewerbsrechtliches Problem stellt die systematische Verletzung des Abzahlungsvertragsrechts gemäss Art. 226a bis Art. 226m OR dar. Die schweizerische Gerichtspraxis hält in unzähligen Einzelfällen die Nichtigkeit von Abzahlungsverträgen bzw. deren Umgehungsformen fest.³² Da die entsprechenden Konsumentenverträge durch die Anbieter naturgemäss gewerbmässig³³ und in der Regel unter Verwendung von AGB angeboten werden, ist systematisches widerrechtliches Verhalten bzw. unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 2 UWG gegeben. Verstösse gegen das Abzahlungsvertragsrecht können somit nicht bloss im konkreten Einzelfall geltend gemacht werden, vielmehr ist ein genereller Schutz der Konsumenten durch Feststellungs- und insbesondere Unterlassungsklagen nach Art. 2 UWG neben dem vertragsrechtlichen Sanktionensystem nicht nur möglich, sondern zur Erhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten geboten. Im Konsumentenschutzverfahren können solche UWG-Konsumentklagen ohne Prozessrisiko widerklageweise vor allem in jenen Verfahren erhoben werden, in welchen ein Anbieter eine Leistungsklage aufgrund eines (nichtigen) Konsumentenvertrages anhängig gemacht hat.³⁴ Im übrigen kann auch nicht angenommen werden, dass sämtliche Anbieter von Konsumentenverträgen die erforderlichen Gesetzesbestimmungen des Abzahlungsvertragsrechts nicht anwenden, womit in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht mehr von Wettbewerbsverzerrungen ausgegangen werden könnte. Abgesehen von einer solchen im Sinne von Art. 1 UWG un-

26 In Art. 7 wird der Verstoß gegen Gesetzesbestimmungen – soziales Dumping – und damit widerrechtliches Verhalten als unlauter qualifiziert.

27 Ebenso: Mario M. Pedrazzini, Zur Praxisrelevanz der UWG-Revision für das Gebiet des Zivilrechts, in: SJZ 77 (1981), S. 125, N. 21

28 Zum Sonderprivatrecht für viele: Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Tübingen 1983

29 Zu erinnern ist u.a. an entsprechende Urteilspublikationen gemäss Art. 9 Abs. 2 UWG; vgl. auch Art. 61 StGB und BGE 101 IV 348

30 Vgl. Lucas David, Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis, in: Baudenbacher, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern 1989, S. 107

31 Vgl. Peter Gauch, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, in: Baurecht 1987, S. 58, N. 79

32 Vgl. für viele: Handelsgericht St. Gallen; Entscheide vom 26. II. 1986 und 12. 4. 1988, in: SMI 1989, S. 125 ff.; Einzelrichter in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Zürich, Entscheid vom 25. 4. 1989, in: plädoyer 4/1989, S. 65-66

33 Vgl. vorne N. 15

34 Zum Prozessrecht nachfolgend; insb. N. 72-75

zulässigen Einengung des neuen Lauterkeitsrechts, ist auch im Wettbewerbsrecht aus rechtsstaatlichen Gründen die normative Kraft des Faktischen zu verneinen und vom wirtschaftsverfassungsrechtlichen Institut des möglichen Wettbewerbs auszugehen.³⁵

2.2.2. UWG-Sondertatbestände (Art. 3 lit. k-m UWG)

Aus systematischen Gründen sind im Rahmen eines Exkurses die Sondertatbestände von Art. 3 lit. k-m UWG zu nennen.

Art. 3 lit. k UWG begründet in folgerichtiger Ergänzung des Abzahlungsvertragsrechts die Pflicht der Anbieter, bei öffentlichen Auskündigungen über einen Abzahlungskauf insbesondere klare Angaben über den Bar- oder den Gesamtaufpreis zu machen oder den Teilzahlungszuschlag in Franken und Jahresprozenten genau zu beziffern. Diese vorvertraglichen Pflichten der Anbieter sollen eine mangelfreie Willensbildung der Konsumenten vor Abschluss des Konsumentenvertrages sicher stellen.

Die Normen in Art. 3 lit. l-m UWG betreffen (auch) den Konsumkreditvertrag; nach dem Scheitern des eidg. Konsumkreditgesetzes 1986 stellte sich in der Folge die Frage nach der Einordnung dieser Bestimmungen. Eine im Ständerat eingereichte Initiative beantragte deren Streichung³⁶; zudem wurde die Auffassung vertreten, die beiden Bestimmungen seien zufolge Wegfalls des Konsumkreditgesetzes nichtig³⁷. Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden, andernfalls die parlamentarische Initiative nicht notwendig gewesen wäre; in der Zwischenzeit wurde die genannte Initiative abgelehnt, womit an der Geltung der (auch) den Konsumkreditvertrag betreffenden Bestimmungen in Art. 3 lit. l-m UWG nicht mehr zu zweifeln ist. Die beiden Normen statuieren eine Informationspflicht der Anbieter von Konsumkrediten in der vorvertraglichen Phase und sollen die freie Willensbildung der Konsumenten garantieren.³⁸ Ihre Verletzung ist unlauter und widerrechtlich.

2.3. Dienstleistungen

2.3.1. Dienstleistungen im allgemeinen

Konsumentenschutzrechtlich begründete Schutznormen auf dem Gebiet der Dienstleistungen finden sich vor allem in den kantonalen und bundesrechtlichen Bewilligungsvorschriften. Solche Normen bezwecken einen effizienten indirekten Schutz der Konsumenten vor solchen Anbietern von Dienstleistungen, welche zufolge fehlender Ausbildung oder Vertrauenswürdigkeit eine korrekte Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen nicht zu garantieren vermögen. Zu denken ist insbesondere an die Bewilligungsvoraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit der Ärzte, Anwälte oder Geschäftsgagenten und Vermittler. Hier können sich allenfalls UWG-Konsumentenklagen nach Art. 2 UWG dann erübrigen, wenn öffentlichrechtliche Aufsichtsbehörden im Verwaltungsverfahren bei Verstoss gegen Bewilligungsvorschriften und weiterer Schutznormen von Amtes wegen eingreifen. Ist dies jedoch nicht der Fall, sind die Konsumenten im Gegensatz zum Kartellrecht³⁹ nicht auf die Verwaltung angewiesen, sondern können gestützt auf das Privatrecht im UWG-Konsumentenschutzverfahren die Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Anbieters als unlauter feststellen lassen und auf Unterlassungsklagen.

2.3.2. UWG-Sondertatbestand in Art. 3 lit. c UWG

Eine weitere Konkretisierung der Generalklausel von Art. 2 UWG ist in diesem systematischen Zusammenhang bereits hier zu erwähnen. Nach Art. 3 lit. c UWG handeln Anbieter im Sinne der vorstehenden allgemeinen Ausführungen insbesondere dann unlauter, wenn sie unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen verwenden, die geeignet sind, den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken. Ein Interesse an Unterlassungsklagen bspw. bei Verwendung eines «gekauften» oder falschen «Dr.h.c.» oder «Ing.HTL»⁴⁰ haben nicht nur die sich konkurrenzierenden Anbieter, sondern in weit höherem Masse die privaten Abnehmer bzw. Konsumenten, besteht doch bei ihnen im Hinblick auf einen allfälligen Schaden eine unmittelbare Gefährdung, bei den konkurrenzierenden Anbietern jedoch nur eine mittelbare⁴¹.

³⁹ Vgl. vorne N. 19

⁴⁰ Vgl. Obergericht Zürich, II. ZK, 8.4.1988, in: SMI 1989, S. 129

⁴¹ Umsatzzeibusse in unbestimmter Höhe durch Teilnahme eines unlauteren Anbieters am Wettbewerb bzw. Markt

2.3.3. Soziales Dumping nach Art. 7 UWG
Schliesslich ist in diesem Zusammenhang eine weitere Konkretisierung der Generalklausel von Art. 2 UWG zu behandeln: Das soziale Dumping. Konsumentenschutzrechtlich relevant sind insbesondere «Arbeitsbedingungen...», die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt oder berufs- oder ortsüblich sind» (Art. 7 UWG), welche insbesondere den Schutz und die Sicherheit der privaten Abnehmer bzw. Konsumenten von Dienstleistungen, die der Anbieter durch seine Arbeitnehmer ausführen lässt, bezwecken.⁴² Entscheidend sind hier vor allem Normen, welche die Qualität der verrichteten Dienstleistungen sicher stellen oder Vorschriften gegen die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Arbeitnehmer wie Übermüdung und dergleichen. Welche vitalen Interessen der Konsumenten berührt sind, falls bspw. die Ruhezeiten der Carchauffeure von Reiseunternehmen im Rahmen von Reiseveranstaltungsverträgen nicht eingehalten werden, braucht nicht besonders betont zu werden.

3. Kapitel: Konsument und unlauteres Anbieterverhalten im besonderen

I. Mangelhafte Vorstellungen des Konsumenten durch unlauteres Anbieterverhalten

1. Täuschung hinsichtlich vertraglicher Leistungsgegenstände

1.1. Unzutreffende und irreführende Angaben nach Art. 3 lit. b UWG

Das Konsumentenvertrags- und wettbewerbsrecht ergänzen sich. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das UWG in diesem Zusammenhang als Konkretisierung bestimmter normativer Anforderungen an den Anbieter im vorvertraglichen Bereich und damit vor Abschluss des Konsumentenvertrages betrachtet werden kann. Die nachstehenden Ausführungen folgen daher im wesentlichen der Systematik entsprechend den Elementen der Willenserklärung des Konsumenten beim Vertragsabschluss; unlauteres Anbieterverhalten kann sich auf die Vorstellungen des Konsumenten beziehen oder seine Willensbildung beeinflussen.

⁴² Ebenso: Lucas David, Reformauswirkungen des neuen UWG aus der Sicht der Praxis, in: Baudenbacher, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern 1989, S. 106

³⁴ Zum Prozessrecht nachfolgend; insb. N. 72-75

³⁵ Es handelt sich zudem um einen analogen Tatbestand wie beim Verhältnis zwischen KG und UWG; vgl. vorne nach N. 14

³⁶ Vgl. Initiative Schönenberger vom 17. Juni 1987; A. Bull SR 1987, S. 558

³⁷ Hans Giger, Nichtige Schutznormen im UWG, in: NZZ 20.6.1989 = Informations-Bulletin des Verbandes Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute 1989, Nr. 3, S. 9-12

³⁸ Zutreffend Hans Giger, Die Konsumkreditgesetzgebung an einer Wegscheide, in: NZZ 13./14.4.1985

Beides kann zu einer Beeinträchtigung der Bildung eines mangelfreien Geschäftswillens des Konsumenten führen.⁴³

Nach Art. 3 lit. b UWG sind unrichtige oder irreführende Angaben über Waren, Werke oder Leistungen unlauter. Die Anwendbarkeit dieser Norm bezieht sich auf das weite Feld möglicher Täuschungen des Konsumenten. Einige aktuelle Beispiele sollen den Tatbestand illustrieren: Unlauter ist bspw. der Etikettenschwindel beim Handel mit Agrarprodukten wie Freilandeiern oder anderer tierartgerechter und umweltverträglicher Landwirtschaftserzeugnissen. Solche Produktionsweisen sind zwar für die Konsumenten in gesundheitlicher Hinsicht vorteilhafter, für die Produzenten und Anbieter jedoch wesentlich kostenintensiver. Der Etikettenschwindel betreibende Anbieter schädigt den Markt daher in zweifacher Weise; den korrekten Mitbewerber mittelbar durch Umsatzeinbussen, die Konsumenten unmittelbar durch das Angebot minderwertiger Produkte (aus Tierfabriken) zum Preis höherwertiger Produkte. Als weiteres Beispiel sind verfälschte Bestsellerlisten im Buchhandel zu nennen oder der Verkauf von gefälschten Markenartikeln.⁴⁴

1.2. Verwechslungsgefahr nach Art. 3 lit. d UWG

Auch die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr hinsichtlich Waren, Werken und Leistungen kann konsumentenschutzrechtliche Relevanz erlangen, insbesondere dann, wenn Qualitäts-, aber auch Quantitätsunterschiede bei verwechselbaren Vertragsgegenständen eine Rolle spielen. Kriterium für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr sind die «durchschnittlichen, vernünftig und korrekt denkenden Konsumenten».⁴⁵

2. Täuschung hinsichtlich von Preisangeboten

2.1. Unzutreffender Preisvergleich nach Art. 3 lit. e UWG

Im Hinblick auf Art. 3 lit. e UWG ist vorerst darauf hinzuweisen, dass der korrekte Preisver-

gleich im Interesse der Konsumenten liegt, da er als Beitrag zur Markttransparenz die Konsumenteninformation fördert; Art. 3 lit. e UWG schreibt daher lediglich die bisherige Praxis des Bundesgerichts zur Zulässigkeit des Preisvergleichs fest.⁴⁶ Unlauter beim unzutreffenden Preisvergleich ist vor allem die Tatsache, dass entsprechende Angaben eines Anbieters von den Konsumenten kaum oder nur mit grossem Aufwand überprüfbar sind, die Nachfrage fehlgeleitet und der Wettbewerb dadurch verfälscht wird.

2.2. Verletzung der Preisbekanntgabepflicht
Der Vollständigkeit halber ist zudem auf die Art. 16-20 UWG sowie auf die Preisbekanntgabeverordnung (PBV) hinzuweisen, welche die Anbieter zur Preisbekanntgabe an die Konsumenten verpflichten. Es handelt sich diesbezüglich um verwaltungsrechtliche Bestimmungen.

II. Mangelhafte Willensbildung des Konsumenten durch unlauteres Anbieterverhalten

1. Mangelhafte Willensbildung durch Täuschung

1.1. Täuschung durch Zugaben nach Art. 3 lit. g UWG

Unlauter nach Art. 3 lit. g UWG ist die Täuschung der Konsumenten durch Zugaben dann, wenn dadurch der tatsächliche Wert des Angebots nicht mehr erkennbar wird. Nach dem Wortlaut des Gesetzes («Angebot») fällt die Werbung mit Zugaben nicht darunter.⁴⁷ Das Zugabewesen wird insbesondere dann unlauter, wenn der Konsument die Preise für das Hauptangebot nicht mehr ermitteln und damit keinen Preisvergleich mehr anstellen kann.⁴⁸ Gewisse Anbieter verwenden im Bereich des Zugabewesens vor allem in der Direktwerbung ausgeklügelte Marketing-Strategien, die nicht zuletzt aufgrund psychologischer Erkenntnisse und eingehender Analysen von Ergebnissen der Marktforschung entwickelt werden. Das Zu-

gabewesen muss daher m.E. auch unter dem Gesichtswinkel der Generalklausel nach Art. 2 UWG qualifiziert werden; insbesondere ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob (auch) ein Verstoß gegen Treu und Glauben gegeben ist.

1.2. Leistungsverschleierung nach Art. 3 lit. i UWG

Mit Art. 3 lit. i UWG wird ein ähnlicher Tatbestand wie der vorstehende geregelt. Auch bei der Leistungsverschleierung soll verhindert werden, dass die korrekte Willensbildung des Konsumenten mit Bezug auf den vertraglichen Leistungsgegenstand beeinträchtigt wird. Insbesondere bei sog. Mogelpackungen wird der Konsument über den tatsächlichen Wert der Leistung getäuscht.⁴⁹ Mit Bezug auf die «Mogelpackungen» ist überdies auf Art. 10 der Deklarationsverordnung⁵⁰ zu verweisen, welcher strengere Anforderungen stellt als das UWG und als lex specialis dem UWG vorgeht. Auch wenn es sich diesbezüglich um eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Norm handelt, ist ein Verstoß dagegen unter dem Gesichtswinkel der Generalklausel nach Art. 2 UWG auch wettbewerbsrechtlich relevant.⁵¹

2. Mangelhafte Willensbildung durch unlautere Willensbeeinflussung

2.1. Lockvogel nach Art. 3 lit. f UWG

Der Lockvogel-Tatbestand nach Art. 3 lit. f UWG ist vor allem strukturpolitisch relevant. Gleichwohl sind in konsumentenschutzrechtlicher Hinsicht Fälle für die Anwendbarkeit von Art. 3 lit. f UWG denkbar; so wäre es bspw. unlauter, mit Lockvogel-Werbung Konsumenten zum Gang in die Geschäftsräume des Anbieters und damit zum übrigen Angebot zu verleiten, von der Einstandspreis-Ware jedoch lediglich eine geringe Menge vorrätig zu halten.⁵² Unlauter wäre auch die täuschende Aufmachung eines Artikels im gewöhnlichen Angebot des Anbieters als Lockvogel, was einen vorzeitigen – oder überhaupt einen – Kaufentschluss auf Seiten des Konsumenten begründen würde.

43 Der historische Zusammenhang zwischen OR und UWG ist heute noch im aufgehobenen Art. 48 OR ersichtlich.

44 Der kumulativen Anwendung der UWG-Konsumentenklage mit der markenrechtlichen Konsumentenklage betreffend Marken und Herkunftsbezeichnungen nach Art. 27 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. b des MSchG (SR 232.11) kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

45 Vgl. dazu den zum Markenrecht ergangenen Entscheid des Zürcher Handelsgerichts vom 25.1.1979, in: SJZ 76 (1980), Nr. 6, S. 60

46 Carl Baudenbacher, Schwerpunkte, S. 20

47 Diese kann aber kartellrechtlich von Bedeutung werden – und auch die langfristigen Konsumenteninteressen verletzen –, wenn ein Anbieter mit «Gratis»-Zugaben im erheblichem Umfang die Konkurrenz vom Markt verdrängen will.

48 Vgl. Walter R. Schlupe, Die Werbung im revidierten Lauterkeitsrecht, in: Baudenbacher, Das UWG auf neuer Grundlage, Bern 1989, S. 91

49 Vgl. Walter R. Schlupe, a.a.O. S. 89

50 SR 941.281

51 Vgl. vorstehend N. 27

52 Walter R. Schlupe, Die Werbung im revidierten Lauterkeitsrecht, a.a.O. S. 83-85; Stichworte sind das sog. Lädelslerben; Vgl. dazu den Musterprozess vor dem Zürcher Handelsgericht i.S. Veledes ca. Denner, in: NZZ 15.5.1981, sowie BGE 107 II 277 vor der Revision des UWG

53 Es liegt hier zugleich ein Verstoß gegen Art. 3 lit. b UWG vor.

2.2. Aggressive Verkaufsmethoden nach Art. 3 lit. h UWG

Art. 3 lit. h UWG normiert die nach bisherigem Lauterkeitsrecht entwickelten Tatbestände des psychologischen Kaufzwangs⁵⁴ und stellt in konsumentenschutzrechtlicher Hinsicht eine der zentralen Normen dar. Dies mag einer der Gründe dafür sein, dass seit der kurzen Zeit nach Inkrafttreten des revidierten UWG 1988 sich bereits zwei parlamentarische Vorstösse mit diesem Tatbestand befasst haben; der eine zielte auf eine weiter gehende bzw. konkretisierende Gesetzgebung⁵⁵, der andere auf die Abschaffung dieser Norm im Gefolge der Einführung des Widerrufsrechts des Konsumenten im revidierten Obligationenrecht⁵⁶.

Die besonders aggressiven Verkaufsmethoden⁵⁷ betreffen nach den Materialien nicht die Werbung, sondern Tatbestände des Direktkontakts zwischen Anbieter und Konsument vor Abschluss eines Konsumentenvertrages. Damit fällt jedoch die Direktwerbung, d.h. jene Werbung, welche sich an den Konsumenten persönlich richtet, unter den Tatbestand von Art. 3 lit. h UWG. Im Versandhandel sind daher bspw. sog. Sweepstakes (Werbegewinnspiele mit Vorabverlosung), welche den Adressaten unter dem Gesichtspunkt des psychologischen Kaufzwangs beeinflussen, unlauter.⁵⁸ Der Konsument kann aber auch auf Werbefahrten in Situationen hinein gebracht werden, die anschliessend einen Zwang zum Vertragsabschluss begründen. Zu denken ist des weitern an Formen pseudoärztlicher Therapien wie «geistige Fernbehandlungen» vor allem dann, wenn für den Fall einer Unterbrechung oder Beendigung der Behandlung ernsthafte Nachteile wie bspw. der «Untergang der Persönlichkeit» des Konsumenten angedroht werden.

Unter dem Gesichtspunkt der besonders aggressiven Verkaufsmethoden im Sinne von Art. 3 lit. h UWG ist zudem jene Direktwerbung einzuordnen, welche mittels Datenbanken bis ins einzelne gehende Persönlichkeitsprofile der Konsumenten erstellt und den privaten Abnehmer bzw. Konsumenten dem Anbieter hinsichtlich persönlichkeitsadäquater Argumentationen förmlich ausliefert.⁵⁹ Dieser Sachverhalt kann zudem auch nach Art. 2 UWG gewürdigt werden.⁶⁰

III. AGB-Problematik im UWG-Konsumentenschutzrecht

Die AGB-Problematik im Vertrags- und Wettbewerbsrecht erweist sich als überaus vielschichtig⁶¹, weshalb im vorliegenden Zusammenhang nur kurze Hinweise möglich sind. Lauterkeitsrechtlich sind mit Bezug auf AGB zwei Grundtatbestände denkbar: Einerseits AGB oder Formularverträge, welche nichtige Bestimmungen enthalten und im Falle des Abschlusses eines Konsumentenvertrages zu dessen Ungültigkeit führen und andererseits AGB, welche erheblich vom dispositiven Vertragsrecht abweichen. Der erste Tatbestand führt zur Anwendbarkeit von Art. 2 UWG, der zweite zu Art. 8 UWG. Aufgrund der betriebswirtschaftlichen Funktion der AGB⁶² ergibt sich deren gewerbsmässige Verwendung insbesondere im Hinblick auf den Abschluss von Konsumentenverträgen, womit bei deren Verstoss gegen zwingende Konsumentenschutzbestimmungen auf seiten des Anbieters systematisches, widerrechtliches Verhalten vorliegt, das im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG als unlauter zu qualifizieren ist.⁶³ Unlauter ist dieses Verhalten sodann zusätzlich wegen des Verstosses gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 UWG, da der Anbieter und Verwender nichtiger AGB in der

Regel davon ausgehen wird, der Konsument werde die fehlerhaften Vertragsbedingungen nicht erkennen und damit den Schutz vor allem sonderprivatrechtlicher Normen nicht beanspruchen.

Demgegenüber ist die Anwendbarkeit und Tragweite von Art. 8 UWG äusserst umstritten.⁶⁴ Dabei wird insbesondere das vom Parlament im Gegensatz zur Botschaft des Bundesrates zusätzlich eingeführte Kriterium des Täuschungserfordernisses beanstandet und festgestellt, Art. 8 UWG gehe nicht über die vom Bundesgericht bereits anerkannte Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregelung hinaus. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bei der Auslegung der unter Verwendung von AGB abgeschlossenen Konsumentenverträge das konsumentenschutzrechtliche Ungleichgewichtsprinzip zu beachten ist.⁶⁵

2. Teil: UWG-Konsumentenschutzverfahren

1. Kapitel: Bundesrechtliche Grundlagen

Art. 31 sexies Abs. 3 BV lautet wie folgt: «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.» Dieser Text wurde in Art. 13 UWG fast wörtlich übernommen; er lautet wie folgt: «Die Kantone sehen für Streitigkeiten wegen unlauteren Wettbewerbs bis zu einem vom Bundesrat zu bestimmenden Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Prozessverfahren vor. Dieses Verfahren ist auch auf Streitigkeiten ohne Streitwert anwendbar.»

Damit ist den Kantonen ein grosser Spielraum gegeben. Was die Möglichkeit der Einrichtung von Schlichtungsstellen betrifft, sind bis heute keine kantonalen Regelungen bekannt geworden, mit Ausnahme der verbreiteten Institution der Friedensrichter, welche bereits nach bisherigem Recht eine wichtige Schlichtungsfunktion ausüben. Aufgrund der ratio legis ergibt sich im übrigen, dass solche Schlichtungsstellen wirtschaftspolitisch neutral oder dann paritätisch

54 Vgl. insb. Carl Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978, S. 171

55 Motion René Longet vom 26.9.1989; Annahme als Postulat

56 Vorstoss Carlo Schmid vom 7. Juni 1990/SR; entgegen der Auffassung, welche diesem Vorstoss zugrunde liegt, ist festzuhalten, dass sich der Tatbestand in Art. 3 lit. h UWG mit dem Widerrufsrecht des Konsumenten nach dem künftigen OR nicht deckt. Mit Art. 3 lit. h UWG werden nicht bloss Tatbestände sog. Überumpelung wie Haustürgeschäfte, vielmehr eine Reihe weiterer psychologischer Zwangssituationen, die sich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht dysfunktional auswirken, erfasst. Zudem würde mit der Streichung der den Betrugstatbestand nach Art. 148 StGB ergänzende strafrechtliche Schutz der Konsumenten im Sinne von Art. 23 UWG entfallen.

57 Vgl. dazu auch: Carl Baudenbacher, Schwerpunkte, a.a.O. S. 25-26; Walter R. Schlupe, Die Werbung im revidierten UWG, a.a.O. S. 85-88

58 Ebenso (seit 1990) die Schweizerische Kommission für die Lauterkeit in der Werbung

59 Vgl. Willi Zahnd, Grenzen der Werbung – Auf dem Weg zum «gläsernden Konsumenten?», in: NZZ 28.3.1990

60 Vgl. den bereits zit. Entscheid in N. 24

61 Vgl. bspw. vorne vor N. 18; Problematik von Konditionen kartellen mittels AGB

62 Vgl. Alexander Brunner, AGB im IPR, Grusch 1985, S. 16, N. 68

63 Vorne N. 26-35

64 Vgl. F. Dessemontel/K. Spoendlin/P.R. Gilliéron/C. Baudenbacher/G. Hertig/F. Vischer, Was soll noch Art. 8 UWG?, in: SAG/heute SZW 59 (1987), S. 109-117; Karl H. Neumayer, Zu Art. 8 des neuen UWG – Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Festschrift Max Keller, Zürich 1989, S. 727-741; Peter Gauch, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, in: Baurecht 1987, S. 51-60 (1989), S. 351-401; RoZSR

65 Vgl. vorne Nr. 2; es handelt sich um ein heuristisches Prinzip zur Ermittlung von vorvertraglichen Nebenpflichten, insb. im Hinblick auf den Informationsstand des Konsumenten.

mit Vertretern der Anbieter und Konsumenten zu besetzen wären. Im Vordergrund der kantonalen Gesetzgebung steht indessen zweifellos das sogenannte einfache und rasche Prozessverfahren.⁶⁶ Hier sind nach Bundesrecht viele Möglichkeiten denkbar: das summarische Verfahren des Rechtsöffnungsrichters oder auch das beschleunigte Verfahren.

Der Zürcher Gesetzgeber hat 1986/1987 ein besonderes Verfahren für Konsumentenstreitigkeiten eingeführt, das nachfolgend näher zu betrachten ist; dieses galt indessen vorerst nur für das Konsumentenvertragsrecht. Für das Konsumentenwettbewerbsrecht erliess der Zürcher Regierungsrat im Gefolge einer Einzelinitiative⁶⁷ am 7. März 1990 eine Verordnung⁶⁸, welche am 8. Juni 1990 inkraft trat⁶⁹. Die in Ausführung des Bundesrechts erlassene Regelung des Konsumentenschutzverfahrens im Kanton Zürich stützt sich dementsprechend auf die Prozessrechtsnovelle von 1986/1987, ergänzt einstweilen, bis zur (veränderten oder unveränderten) Überführung ins ordentliche Recht, durch die genannte regierungsrätliche Verordnung von 1990. Die diesbezüglichen Prozessnormen gelten nunmehr sowohl für das Konsumentenvertragsrecht wie für das Konsumentenwettbewerbsrecht.

2. Kapitel: Gerichtsverfassungsrecht

1. Grundlagen

1. Getrennte Beurteilung des Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrechts

Hinsichtlich der Gestaltung des Gerichtsverfassungsrechts sind die Kantone grundsätzlich frei,

66 Zum einfachen und raschen Verfahren insb. Richard Frank, Das einfache und rasche Verfahren und seine Abarten, in: SJZ 84 (1988), S. 21; Jürgen Brönnimann, Verfassungsrechtliche Probleme des einfachen und raschen Verfahrens, in ZSR 108 (1989), S. 351-401; Roland Gmür, Rechtsschutz aus der Sicht des Konsumenten, in: ZSR 107 (1988), S. 441-462

67 Vgl. Bericht und Antrag des RR an den KR zur Einzelinitiative Alexander Brunner betreffend Änderung des GVG und der ZPO vom 7. März 1990, in: Zürcher Amtsblatt 1990, S. 753-764

68 Vgl. Zürcher Gesetze, Bd. 51, S. 74-76

69 Da diese Verordnung neben den konsumentenschutzrechtlichen auch arbeits- und mieterrechtlichen Verfahrensnormen enthielt, die auf zweifelhafter gesetzlicher Grundlage standen, erfolgte nach einer entsprechenden staatsrechtlichen Beschwerde die Änderung der arbeits- und mieterrechtlichen Bestimmungen mit Verordnung des RR vom 11. Juli 1990; Zürcher Amtsblatt 1990, S. 1324. Nach Klärung dieser Rechtsfrage konnte am 30. August 1990 auch die Einzelinitiative betreffend das Konsumentenschutzverfahren zurückgezogen werden.

allerdings mit den vorgenannten Einschränkungen der wirtschaftspolitischen Neutralität oder paritätischen Besetzung des Spruchkörpers. So wäre es durchaus denkbar, für die Beurteilung des Konsumentenvertragsrechts einerseits und des Konsumentenwettbewerbsrechts andererseits zwei verschiedene Instanzen vorzusehen. Es fragt sich nur, ob dies sinnvoll wäre. – Diese Frage ist zu verneinen, da mit zwei verschiedenen Instanzen eine einheitliche Rechtsprechung in Konsumentenstreitigkeiten kaum zu erreichen sein wird.

2. Einheitliche Beurteilung des Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrechts

Aus den genannten Gründen hat der Bundesrat den Kantonen daher bereits in seiner Botschaft⁷⁰ zum neuen UWG empfohlen, das neue Konsumentenschutzverfahren im Wettbewerbsrecht nach Art. 13 UWG den gleichen Regeln zu unterstellen wie jenes im Konsumentenvertragsrecht nach Art. 31 sexies Abs. 3 BV. Nach Zürcher Recht beurteilt dies der Einzelrichter in Zivil- und Strafsachen. Diese Lösung erscheint auch für das Konsumentenwettbewerbsrecht als angemessen, da der Einzelrichter als Strafrichter häufig Straftatbestände i. S. v. Art. 23 i. V. m. Art. 3-6 UWG zu beurteilen hat. Die objektiven Tatbestände sind im Zivil- und Strafrecht identisch. Die Kompetenz des Einzelrichters im Strafrecht geht damit weit über jene Tatbestände des UWG hinaus, welche das Konsumentenwettbewerbsrecht betreffen und erstrecken sich insbesondere auch auf handelsrechtliche Sachverhalte.

Nach geltendem Zürcher Prozessrecht ist der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren dementsprechend gemäss 21 GVG für die Beurteilung sowohl des Konsumentenvertragsrechts als auch des Konsumentenwettbewerbsrechts zuständig, bei Hauptklagen – nicht jedoch bei Widerklagen – allerdings nur dann, wenn nicht eine Streitigkeit vorliegt, die nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann (Tatbestand von Art. 13, letzter Satz, UWG). Für solche Hauptklagen ist das Bezirksgericht gemäss 31 GVG (Gesetz) in Verbindung mit 119 Ziff. 3 ZPO (Verordnung 1990) zuständig; darunter fallen sowohl UWG-Konsumentenklagen als auch handelsrechtliche⁷¹ Wettbewerbsklagen.

70 BBl, 1983, S. 1009 ff.; insb. S. 1054

71 Da das Wettbewerbsrecht zum Wirtschaftsrecht gehört (vorne N. 1), sind nur entweder konsumentenschutzrechtliche oder handelsrechtliche Wettbewerbsklagen denkbar; tertium non datur. Fraglich ist, ob das Handelsgericht für letztere Klagen zuständig ist, kennt es doch kein einfaches und rasches Verfahren nach Art. 13 UWG.

Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren bleibt indessen⁷² gleichwohl für UWG-Konsumentenklagen ohne bestimmaren Streitwert zuständig, wenn eine solche Klage im Rahmen eines bereits hängigen Konsumentenschutzverfahrens in der Form einer Widerklage erhoben wird. Diese Zuständigkeit des Einzelrichters ist bundesrechtlich vorgegeben⁷³ und im Zürcher Prozessrecht folgerichtig in 19 Abs. 3 (vormals Gesetz; heute Verordnung 1990) vollzogen worden.

UWG-Konsumentenklagen ohne bestimmaren Streitwert werden zudem eher als Widerklagen denn als Hauptklagen anzutreffen sein, ist es doch für den Konsumenten einfacher und ohne Kostenrisiko, gegen die Klage des Anbieters aus einem Konsumentenvertrag die Widerklage auf Feststellung zu erheben, der Vertrag sei durch unlauteres Verhalten des Anbieters zustande gekommen.⁷⁴ Die bisher geltende kantonale Zuständigkeitsordnung nach 21 und 31 GVG wurde daher im Bereich des Konsumentenschutzverfahrens durch das Bundesrecht ohnehin durchbrochen.⁷⁵ Die neue Regelung des Zürcher Zivilprozessrechts (Gesetz und Verordnung 1990) begründet indessen eine an sich begrüssenswerte Erweiterung der Kognition in Konsumentenstreitigkeiten, durchbricht jedoch ihrerseits die vom Bundesrecht angestrebte einheitliche Beurteilung des Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrechts.

II. Streitwert

1. Bestimmbarer Streitwert

Das Konsumentenschutzverfahren umfasst nach der Verordnung des Bundesrates vom 14. Dezember 1987 und der Zürcher Prozessrechtsnovelle von 1986/1987 Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 8000.–. Bis zu diesem Streitwert sind neben Klagen aus Konsumentenverträgen vor allem UWG-Konsumentenklagen nach Art. 9 Abs. 3 UWG (Schadenersatzklagen) und nach Art. 9 Abs. 1 UWG (übrige Leistungsklagen wie Unterlassungsklagen) im Konsumentenschutzverfahren vom Einzelrichter im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Eine Wi-

72 Wohl entgegen der gesetzgeberischen Absicht des Regierungsrates; vgl. Zürcher Amtsblatt 1990, S. 760-762

73 Vgl. die entsprechende Verordnung (Art. 1 und 2) des Bundesrates in SR 944.8

74 Vgl. vorne grundsätzlich N. 28-31 sowie im besonderen N. 32-64

75 Diese Tatsache bildete einen der Gründe für die Konzeption der genannten Einzelinitiative betreffend eine einheitliche Beurteilung des Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrechts.

derklage der einen oder anderen Partei verändert dabei wie vorstehend dargelegt nach 19 Abs. 3 ZPO (Fassung Verordnung 1990) die Zuständigkeit nicht, womit auch der Streitwert der Widerklage nicht zur Hauptklage zu rechnen ist, was sich auch auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen auswirkt. Das gilt sowohl für das friedensrichterliche Verfahren (Kompetenzstreitigkeit) als auch für das Verfahren vor dem Einzelrichter.

2. Unbestimmter Streitwert

Hinsichtlich der UWG-Konsumentenklagen, deren Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann (Art. 13, letzter Satz, UWG; vgl. 78, 119 Ziff. 3 und 129 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO), ist vorerst auf die Ausführungen zu den Grundlagen zu verweisen. Gleichwohl stellt sich auch mit Bezug auf die UWG-Konsumentenklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG (Feststellungklage) die Frage, ob sie ohne weiteres unter Art. 13, letzter Satz, UWG subsumiert werden kann. So wurde bereits für das alte UWG von 1943 zutreffend die Auffassung vertreten, das Wettbewerbsrecht knüpfe nicht mehr an das Persönlichkeitsrecht an, sondern schütze das Institut des wirtschaftlichen Wettbewerbs, weshalb Wettbewerbsklagen ausschliesslich als vermögensrechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren seien.⁷⁶ Diese Auffassung gilt für das revidierte UWG von 1986 um so mehr, als sich bei dessen Erlass die funktionale Theorie durchgesetzt hat.⁷⁷ Zudem gehören UWG-Konsumentenklagen zum vorvertraglichen Bereich, weshalb sie als Untertatbestand der culpa in contrahendo qualifiziert wurden.⁷⁸ Allfällige Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Streitwertes in vermögensrechtlichen Verfahren führen indessen nicht zur Qualifikation als Klagebegehren, deren Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann. Dementsprechend kann mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, dass der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren auch für UWG-Konsumentenklagen zuständig ist, welche als Hauptklagen die Feststellung des unlauteren Verhaltens eines Anbieters bezwecken. Bei der Festsetzung bzw. der Schätzung des Streitwertes ist dabei von jenem Wert auszugehen, welcher der Klage aus der Sicht des Klägers zukommt.

76 Vgl. Hauser/Hauser, Komm. zu 32 aGVG, N. 7; Zürich 1978, S. 76 unten mit Hinweis auf BGE 82 II 79

77 Vgl. vorne N. 7

78 Vgl. vor N. 30, N. 38 und N. 43

III. Sachliche Zuständigkeit

1. Zuständigkeit von Schlichtungsstellen?

Die nach Bundesrecht mögliche Einrichtung von Schlichtungsstellen als Ersatz oder neben den Friedensrichtern ist entsprechend den bisherigen Ausführungen abzulehnen. Im Konsumentenschutzrecht als Teil des Wirtschaftsrechts stellen sich eine Vielzahl komplexer Rechtsfragen, bei welchen einfache Schlichtungsbehörden häufig überfordert wären. Eine effiziente Rechtsprechung auf diesem Gebiet des Wirtschaftsrechts und ihre Einordnung ins vorgegebene Rechtssystem wäre damit wohl in Frage gestellt.

2. Zuständigkeit von Fachgerichten?

Auch die Einrichtung besonderer Fachgerichte für das Konsumentenschutzrecht ist abzulehnen. So wäre beispielsweise die generelle Zuständigkeit des Zürcher Handelsgerichts für Klagen aus UWG und damit insbesondere auch für UWG-Konsumentenklagen bundesrechtswidrig. Der Spruchkörper des Handelsgerichts besteht aus fünf Mitgliedern. Drei davon und damit die Mehrheit sind Fachrichter, die vom Kantonsrat aus dem Kreis der betrieblichen Anbieter einzelner Wirtschaftsbranchen gewählt werden. Damit wäre der Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität oder der paritätischen Besetzung des Spruchkörpers mit Vertretern der Anbieter und Konsumenten krass verletzt. Aber auch die Einrichtung paritätisch besetzter Fachgerichte würde Schwierigkeiten bereiten. Fachgerichte im Konsumentenschutzrecht wären im organisatorischen Bereich angesichts der Vielfalt der Wirtschaftsbereiche schwerfälliger und würden damit dem Grundsatz der Einfachheit und Raschheit zuwiderlaufen; vor allem aber liesse sich Aufwand und Ertrag bei kleineren Streitigkeiten ökonomisch nicht mehr rechtfertigen. Fachgerichte sind daher für das Konsumentenschutzverfahren grundsätzlich abzulehnen.

3. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte

3.1. Einzelrichter

Damit bleibt festzuhalten: Gemäss 21 des durch die Prozessrechtsnovelle 1986/1987 angepassten Zürcher GVG entscheidet der Einzelrichter als Zivilrichter im ordentlichen Verfahren

endgültig Streitigkeiten, deren Streitwert Fr. 300.-, nicht aber Fr. 8000.- übersteigt. Damit ist der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren für die Beurteilung von Konsumentenstreitigkeiten sachlich zuständig. Der Einzelrichter bleibt zudem für Widerklagen im Konsumentenschutzverfahren⁷⁹ zuständig selbst dann, wenn eine UWG-Konsumentenklage⁸⁰ widerklageweise erhoben wird, deren Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann.

3.2. Bezirksgericht

Das Bezirksgericht ist hingegen für UWG-Konsumentenklagen nur dann zuständig, wenn eine Hauptklage erhoben wird, deren Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann.⁸¹

Im Hinblick auf die Verwirklichung der Einfachheit und Raschheit des UWG-Konsumentenschutzverfahrens bleibt indessen angesichts der nunmehr (vorläufig) geltenden kantonalen Verfahrensordnung auf die Gefahr hinzuweisen, welche von den sich abzeichnenden Kompetenzkonflikten zwischen Einzelrichteramt und Kollegialgericht ausgehen können. Solche unfruchtbaren Konflikte sind der Einfachheit für den Rechtsuchenden und der Raschheit des Verfahrens nicht besonders förderlich.⁸²

3. Kapitel: Zivilprozessrecht

I. Grundlagen

1. Unterschiedliche Verfahrensarten für das Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrecht

Wie bei der Frage getrennter Instanzen für das Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrecht, wären auch bei der Regelung des Verfahrens unterschiedliche Prozessarten denkbar. Dies ist jedoch aus den bereits dargelegten Gründen nicht sinnvoll.

2. Einheitliches Verfahren für das Konsumentenvertrags- und -wettbewerbsrecht

Das Konsumentenschutzverfahren im Vertrags-

80 Handelsrechtliche Wettbewerbsklagen sind hier begrifflich nicht möglich.

81 31 GVG (Gesetz), 119 Ziff. 3 ZPO (Verordnung)

82 Aus diesem Grunde fragt sich, ob nicht auf den Rat der Botschaft und das Konzept der Einzelinitiative bei der Überführung ins ordentliche Recht zurückgegriffen werden sollte; vgl. vorne N. 70 und N. 67, vgl. aber auch N. 72-75

79 Zumeist Klagen aus Konsumentenverträgen; vgl. vorne N. 15

und Wettbewerbsrecht ist daher einheitlich auszugestalten.

Beim Erlass der UWG-Verfahrensvorschriften durch die genannte Verordnung vom 7. März 1990 konnte auf das bereits bestehende Verfahren für die Beurteilung von Konsumentenverträgen zurückgegriffen werden. Für den einzelnen Tatbestand nach Art. 13, letzter Satz, UWG, für welchen (auch) das Bezirksgericht nach 31 GVG zuständig ist, wurde zusätzlich ein einfaches und rasches Verfahren für das Kollegialgericht geschaffen (78, 119 Ziff. 3 ZPO).

II. Durchführung des Konsumentenschutzverfahrens

1. Allgemeines

1.1. Parteien des Konsumentenschutzverfahrens

Nunmehr ist klar, wer die Parteien im Konsumentenschutzverfahren sind; es sind dies sowohl im Vertragsrecht als auch im Wettbewerbsrecht der betriebliche Anbieter auf der einen Seite und der private Abnehmer bzw. Konsument (Art. 10 Abs. 1 UWG) auf der anderen Seite, wobei es keine Rolle spielt, welche der beiden als Kläger oder Beklagter auftritt. Nur dann, wenn im Vertragsrecht ein Konsumentenvertrag vorliegt und sich im Wettbewerbsrecht Anbieter und Konsument gegenüber stehen, kommen die besonderen Vorschriften des Konsumentenschutzverfahrens zur Anwendung.⁸³ Im Wettbewerbsrecht sind zudem die Konsumentenorganisationen aktiv- und passivlegitimiert (Art. 10 Abs. 2, lit. b UWG). Kein Konsumentenschutzverfahren liegt dagegen vor, wenn ein wettbewerbsrechtliches Konkurrenzverhältnis unter Anbietern oder unter Abnehmern oder das Verhältnis zwischen betrieblichen Anbietern und Abnehmern zu beurteilen ist; diesbezüglich liegt eine handelsrechtliche Streitigkeit vor.

1.2. Grundsätze des Konsumentenschutzverfahrens

Nach der Weisung des Regierungsrates zur ZPO-Novelle 1986/1987 sind im Rahmen des Konsumentenschutzverfahrens mit besonderem

Gewicht die 55 und 56 ZPO zu berücksichtigen. Bleibt nach 55 ZPO das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist dieser Partei Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung. Gerade diese Bestimmung wird sehr oft bei der Befragung des Konsumenten als Prozesspartei zur Anwendung gelangen müssen. Zudem statuiert 56 ZPO nach Massgabe des Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Norm kommt ebenfalls im Hinblick auf die Rechtsstellung des Konsumenten als Prozesspartei besondere Bedeutung zu.

Besonderes Gewicht erhalten nach den Materialien auch die 62 und 118 ZPO im Rahmen des Konsumentenschutzverfahrens: Nach 62 ZPO kann das Gericht die Parteien jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung vorladen und nach 118 ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Hauptverfahrens Audienzen anordnen; eine solche kann auch angeordnet werden, um eine Partei zu veranlassen, ihr Vorbringen zu verdeutlichen, zu ergänzen, zu berichtigen oder zu vereinfachen. Die Referentenaudienz kann auch mit einem Augenschein und mit einer Vergleichsverhandlung verbunden werden. Da beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren die Hauptverhandlung mündlich durchgeführt wird, erhalten die genannten Bestimmungen insofern Bedeutung, als das Gericht bereits im Hinblick auf die Hauptverhandlung die wesentlichen Urkunden unter Busseandrohung anfordern kann. Alle diese Vorschriften dienen zur Vereinfachung und zur Raschheit des Verfahrens.

1.3. Prozesskosten im Konsumentenschutzverfahren

Im Rahmen des Konsumentenschutzverfahrens entfallen Kautions- und Barvorschusspflichten (78 und 83 Abs. 2 ZPO). Die Befreiung von Kautionen und Barvorschüssen soll den Zugang zum Recht für den Konsumenten erleichtern. Diese Vorschriften sind indessen aus Gründen der Rechtsgleichheit auch gegenüber dem Anbieter anzuwenden, weshalb dieser Prozesspartei ebenfalls keine Kautionen auferlegt werden dürfen. Dasselbe gilt für das Beweisverfahren; werden vom Konsumenten keine Barvorschüsse verlangt, sollten solche aus den gleichen Gründen auch beim Anbieter entfallen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich ebenfalls nach dem Streitwert. Da im Konsumentenschutzverfahren nach 19 Abs. 3 ZPO (Verordnung) der Streitwert der Widerklage unberücksichtigt bleibt, werden die Kosten- und

Entschädigungsfolgen nur nach der Hauptklage berechnet. Damit soll verhindert werden, dass vor allem bei Klagen von Konsumenten aus Konsumentenverträgen das Prozessrisiko durch Widerklagen von Anbietern willkürlich erhöht wird. Diese Regelung wirkt sich aber auch günstig auf widerklageweise erhobene UWG-Konsumentenklagen vor dem Einzelrichter aus.⁸⁴

2. Ordentliches Verfahren

2.1. Prozesseinleitung im Konsumentenschutzverfahren

Im Vordergrund steht das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter. Nicht selten sind indessen im Vertragsrecht Aberkennungsklagen nach erfolgter provisorischer Rechtsöffnung durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren. Grundsätzlich gelten mit Bezug auf das Sühnverfahren die allgemeinen Regeln. Die Weisung, aber auch die Klage sollten jedoch zusätzlich Hinweise darauf enthalten, ob das Streitverhältnis als gewöhnliches Zivilverfahren oder als Konsumentenschutzverfahren zu qualifizieren ist. Dabei genügt der blosser Hinweis darauf nicht, es handle sich im konkreten Fall um ein Konsumentenverfahren. Der Richter muss eine solche Behauptung im Sinne von 108 ZPO von Amtes wegen überprüfen können. Hilfreich sind daher kurze konkrete Hinweise darauf, ob die vertragliche Leistung einerseits im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit erbracht wurde und andererseits für private Zwecke des Konsumenten bestimmt war oder – bei UWG-Konsumentenklagen – derart angeboten wurde. Durch derartige kurze Hinweise in der Weisung und in der Klage lässt sich die Vorbereitung des Hauptverfahrens vor dem Einzelrichter erheblich vereinfachen. Die Zürcher Friedensrichter und Anwälte leisten diesbezüglich einen nicht geringen schätzenden Beitrag an die Raschheit des Konsumentenschutzverfahrens. Wird im Rahmen des Sühnverfahrens lediglich eine Klage unter Fr. 300.– geltend gemacht, handelt es sich um einen Kompetenzstreit vor dem Friedensrichter. Wird dabei beim Friedensrichter eine Widerklage erhoben, so ändert diese Widerklage die Zuständigkeit des Friedensrichters zur Beurteilung der Konsumentenstreitigkeit nicht. Zudem ist gegen den Endentscheid des Friedensrichters lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde ans Bezirksgericht ge-

⁸³ Damit dürften auch die von Roland Gmür zu Recht aufgeworfenen Fragen beantwortet sein; Roland Gmür, Rechtsschutz aus der Sicht des Konsumenten, in: ZSR 107 (1988), S. 441

⁸⁴ Vgl. vorne N. 74 und N. 79/80

geben, unabhängig vom Streitwert des Verfahrens. Bis heute sind diesbezüglich indessen keine Fälle bekannt geworden.

Auch beim Konsumentenschutzverfahren wird im übrigen der Prozess durch die Einreichung der Weisung anhängig gemacht; dies im Gegensatz zum einfachen und raschen Verfahren vor dem Arbeitsgericht.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage ist zudem entscheidend, dass der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren bereits vor der Hauptverhandlung Kenntnis darüber hat, um welche Art von Verfahren – Konsumentenschutzverfahren oder gewöhnliches Zivilverfahren – es sich im konkreten Fall tatsächlich handelt. So ist die Widerklage im Rahmen der Klageantwort zu erheben, weshalb im Falle einer Widerklage sofort entschieden werden muss, ob der Einzelrichter sachlich zuständig bleibt (Konsumentenschutzverfahren) oder das Verfahren an das Kollegialgericht zufolge Überschreitung der Streitwertgrenze zu überweisen ist (gewöhnliches Zivilverfahren). Nur im Konsumentenschutzverfahren ist der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren für die Beurteilung von unbegrenzten Streitwerten sachlich zuständig.

2.2. Hauptverhandlung im Konsumentenschutzverfahren

2.2.1. Allgemeines

Nach 108 ZPO hat das Gericht von Amtes wegen die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, die gehörige Einleitung des Prozesses sowie insbesondere die Zulässigkeit der gewählten Prozessart zu prüfen. Zur Verbesserung allfälliger Mängel ist das Geeignete anzuordnen. Ist nun weder der Weisung noch den Unterlagen zur eingereichten Klage zu entnehmen, welche Prozessart (Konsumentenschutzverfahren oder gewöhnliches Zivilverfahren) im konkreten Fall tatsächlich vorliegt, ist den Parteien Frist anzusetzen, um dem Gericht die entsprechenden Unterlagen nachzureichen. Nur aufgrund hinreichender Unterlagen kann vorfrageweise überprüft werden, ob eine Konsumentenstreitigkeit vorliegt oder nicht. Liegt eine Konsumentenstreitigkeit oder eine UWG-Konsumentenklage vor, so kommt das Konsumentenschutzverfahren zur Anwendung. Sind indessen Handelsgeschäfte oder Privatgeschäfte oder – samt Wahlerklärung ein Arbeitsvertrag – gegeben, kommt das gewöhnliche Zivilverfahren zur Anwendung. Die vorfrageweise materiellrechtliche Prüfung ist deshalb von entscheidender Bedeutung, da Kautionen in der Regel vor Durchführung des Hauptverfahrens auferlegt werden

und zudem im Hinblick auf das Säumnisverfahren bereits vor der Vorladung der Parteien zur Hauptverhandlung über die Art des Verfahrens Klarheit bestehen muss.

2.2.2. Mündliches Verfahren

Das Verfahren vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren ist nach 119 Ziff. 1 ZPO in der Regel mündlich. In seltenen Fällen ist es indessen auch beim Einzelrichter im Rahmen des Konsumentenschutzverfahrens denkbar, nach 123 ZPO für die Klagebegründung und Klageantwort das schriftliche Verfahren anzuordnen. Dieses Verfahren empfiehlt sich insbesondere bei komplizierten Prozessen und auch nur dann, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind.

Das gleiche gilt analog für das Verfahren vor dem Bezirksgericht gemäss 119 Ziff. 3 ZPO (Verordnung).

2.2.3. Säumnisverfahren

Stellt der Einzelrichter (oder das Bezirksgericht) im Sinne von 108 ZPO fest, dass es sich im konkreten Fall um einen Konsumentenvertrag oder um eine UWG-Konsumentenklage handelt, werden die Prozessparteien nach 129 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO (Verordnung) bereits mit der ersten Vorladung zur Hauptverhandlung peremptorisiert. Die Peremptorisierung bezieht sich dabei sowohl auf den Kläger als auch auf den Beklagten, wobei bei Ausbleiben des Klägers oder beider Parteien Rückzug der Klage und bei Ausbleiben des Beklagten Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen wird. Das Säumnisverfahren hat im Konsumentenschutzverfahren besondere Bedeutung, da sowohl für den Anbieter als auch für den Konsumenten bereits mit der Hauptverhandlung ein Rechtsverlust eintreten kann. Die Fälle sind keineswegs selten, in denen der Anbieter als Kläger auftritt, jedoch nicht zur Hauptverhandlung erscheint, weshalb zufolge Rückzugs ein Prozessurteil ergeht, mit welchem der Konsument inskünftig die Einrede der abgeurteilten Sache erheben kann. Andererseits tritt ein Rechtsverlust auch für den Anbieter dann ein, wenn das Gericht die Parteien fälschlicherweise nicht peremptorisch vorlädt, der Konsument in der Folge nicht zur Hauptverhandlung erscheint und demzufolge ein peremptorisches Urteil ergehen könnte. Aus diesen Gründen ist bereits im Hinblick auf die Vorladung der Parteien jeweils in jedem Fall zu prüfen, ob ein Konsumentenvertrag bzw. eine UWG-Konsumentenklage vorliegt oder nicht.

2.3. Beweisverfahren im Konsumentenschutzverfahren

Das Beweisverfahren im Konsumentenschutzverfahren folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln. Der Weisung des Regierungsrates zur Prozessrechtsnovelle 1986/1987 ist indessen zu entnehmen, dass der Beweiserhebung von Amtes wegen im Sinne von 142 ZPO besondere Bedeutung zukommt. Die Anwendbarkeit von 142 Abs. 2 ZPO wird in der Praxis dann gegeben sein, wenn der Konsument im Konsumentenschutzverfahren anwaltlich nicht vertreten und im Beweisverfahren unbeholfen ist. Ein besonderes beweisrechtliches Problem stellt sich zudem im IPR. Nach Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann zudem der Nachweis den Parteien überbunden werden. Bei Rechtsansprüchen aus Konsumentenstreitigkeiten handelt es sich zweifellos um vermögensrechtliche Ansprüche⁸⁵, weshalb auch hier der Nachweis fremden Rechts den Parteien überbunden werden könnte. Es stellt sich indessen die Frage, ob damit nicht Sinn und Zweck des Konsumentenschutzverfahrens infrage gestellt wird, muss doch davon ausgegangen werden, dass Konsumenten in der Regel nicht in der Lage sein werden, dem Gericht ausländisches Recht nachzuweisen. Hinzu kommt, dass neben 57 Abs. 2 ZPO auch 142 Abs. 2 ZPO zu beachten ist. Kommt aber im Konsumentenschutzverfahren bereits der Beweiserhebung von Amtes wegen besondere Bedeutung zu, wird der Richter um so mehr mit Bezug auf die Anwendung ausländischen Rechts dessen Inhalt von Amtes wegen festzustellen haben.

2.4. Erledigung des Konsumentenschutzverfahrens

Bei der Erledigung des Konsumentenschutzverfahrens gelten die ordentlichen Regeln des Zivilprozesses. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot in Art. 31 sexies Abs. 3 BV wird sich der Einzelrichter indessen beim Vorliegen von Konsumentenstreitigkeiten um vergleichsweise Erledigungen bemühen. Zudem hat sich der Einzelrichter bei Rückzügen oder Anerkennungen durch den Konsumenten zu vergewissern, dass dieser über die Tragweite der prozessualen Handlungen voll im Bilde ist.

⁸⁵ Vgl. vorne N. 15 und N. 76

3. Summarisches Verfahren

Im Gegensatz zur ausdrücklichen Norm in Art. 14 UWG, die mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen auf die Regelung in Art. 28c-28f ZGB verweist, sind für Konsumentenverträge keine besonderen Prozessnormen gegeben. Sind im Zusammenhang mit der Erfüllung von Konsumentenverträgen oder zur Abwendung unlauteren Verhaltens Befehlsverfahren oder vorsorgliche Massnahmen notwendig, so ist hiefür vor Hängigkeit der Konsumentenstreitigkeit der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig. Nach der Anhängigmachung der Konsumentenstreitigkeit jedoch ist der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren oder das Bezirksgericht⁸⁶ auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig.

4. Rechtsmittel im Konsumentenschutzverfahren

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Erhebung einer Widerklage im Falle von Kom-

petenzstreitigkeiten vor dem Friedensrichter dessen Zuständigkeit nicht ändert. Der Friedensrichter ist somit bei Kompetenzstreitigkeiten theoretisch für die Beurteilung auch sehr hoher Streitwerte sachlich zuständig. Gleichwohl ist gegen seine Entscheide lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bezirksgericht zulässig. Jene Partei, welche die Widerklage erhebt, versperrt sich dadurch allenfalls eine weitere Instanz bei der Beurteilung ihres Rechtsbehrens; dieser Umstand mag dazu beigetragen haben, dass seit Inkrafttreten der ZPO-Novelle 1986/1987 diesbezüglich noch keine Fälle bekannt geworden sind. Die geltende Regelung wirkt demnach präventiv insofern, als Anbieter nicht in Versuchung kommen können, die sachliche Zuständigkeit mit Bezug auf das Konsumentenschutzverfahren durch die Erhebung von Widerklagen in Frage zu stellen. Gegen Entscheide des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren ist auch bei Konsumentenstreitigkeiten die Nichtigkeitsbeschwerde an die III. Zivilkammer des Obergerichts gegeben; dies auch dann, wenn der Streitwert zufolge Widerklage Fr. 8000.- übersteigt oder eine

UWG-Konsumentenklage, deren Streitwert nach der Natur der Sache nicht geschätzt werden kann, widerklageweise erhoben wurde (19 Abs. 3 ZPO i.V.m. 21 GVG und 281 ZPO).⁸⁷

Gegen Entscheide des Bezirksgerichts, welche in Beurteilung einer UWG-Konsumentenklage nach Art. 13, letzter Satz, UWG ergehen, ist nach 259 Ziff. 1 ZPO die Berufung gegeben.⁸⁸

87 259 Ziff. 2 ZPO bezieht sich nicht auf den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, sondern auf den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren.

88 259 Ziff. 1 in der Fassung der Verordnung vom 7. März 1990 wurde mit Beschluss des Regierungsrates vom 11. Juli 1990 wieder aufgehoben; es gilt hier die Fassung des Gesetzes.

86 Vgl. vorne N. 81

SCHEMA WETTBEWERBSRECHT AB 89



