

Alexander Brunner*

Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage

Inhaltsverzeichnis¹

I.	Problematik des kollektiven Rechtsschutzes	142
	A. Kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union	142
	1. Grünbuch 2008	142
	2. Kommissionsbericht 2008	142
	3. Mitteilung der Kommission 2009	143
	4. Neue RL 2009/22/EG über Unterlassungsklagen	144
	B. Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz	144
II.	Folgen des mangelhaften Rechtsschutzes	146
	A. Erzwungener Verzicht auf Rechtsschutz	146
	B. Ungenügende Instrumente des Prozessrechts	146
	C. Druck Richtung Sammelklage	147
III.	Lösungsansätze für kollektiven Rechtsschutz	148
	A. Verbandsklage gegen missbräuchliche AVB	148
	1. UWG-Revision Botschaft 2009	148
	2. UWG-Revision Ständerat 2010	148
	3. UWG-Revision Nationalrat 2011	149
	B. Klagerecht des Staates	150
	C. Entwicklung zum hybriden System	150
	1. Art. 89 ZPO – Grundsatz und Voraussetzungen	150
	2. Art. 89 ZPO – Mögliche Klagearten mittels Verbandsklage	151
	3. Art. 89 ZPO – Ausschluss von Forderungsklagen bei Verbandsklagen	152
IV.	Fazit und Ausblick	153
	Literaturverzeichnis	153
	Materialien	154

* PD Dr. iur., Privatdozent für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Oberrichter am Handelsgericht Zürich.

¹ Der vorliegende schriftliche Bericht hält sich an die an der HAVE-Tagung vom 28. Oktober 2010 in Luzern vorgetragene mündliche Präsentation, die nur geringfügig ergänzt und mit Hinweisen versehen worden ist. Eine Ergänzung erfuhr der Beitrag vor allem durch die aktuelle Beratung des Nationalrates 2011 zur UWG-Revision.

I. Problematik des kollektiven Rechtsschutzes

A. Kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union

1. Grünbuch 2008

Das Grünbuch 2008² stellt fest, dass aufgrund der Schwächen des derzeitigen Rechtsschutz- und Durchsetzungsrahmens in der EU *zahlreiche Verbraucher keine Rechtsbehelfe* einlegen, die einen Schaden erlitten haben. In Fällen, in denen viele Verbraucher geschädigt wurden, mag der Schaden für den Einzelnen bisweilen zwar gering sein, in Bezug auf die Grösse des Marktes jedoch erheblich.

Seit dem Inkrafttreten der Richtlinie über Unterlassungsklagen im Jahr 1998 wurden denn auch *nur zwei grenzüberschreitende Klagen* erhoben. Die Hauptgründe hierfür liegen im finanziellen Risiko für die Kläger sowie in der Komplexität und Vielfalt der nationalen Unterlassungsklageverfahren. Das gilt nicht nur für die Klagen von einzelnen Betroffenen, sondern auch für Klagen von Konsumentenorganisationen. Diese Organisationen sind mit den gleichen Problemen konfrontiert wie die Privathaushalte: Fehlende Finanzkraft und Komplexität der transnationalen Prozesse. Dies ist auch der Grund für die Wortwahl zur vorliegenden Präsentation: «Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage». Sie soll aufzeigen, dass der Rechtsschutz – auch im Bereich der *Versicherungsbedingungen* – einer Verbesserung bedarf.

2. Kommissionsbericht 2008

Gleichzeitig mit dem Grünbuch wurde der Kommissionsbericht 2008 über die Anwendung der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen³ vorgelegt. Der Berichtersteller erlaubt sich dazu eine *persönliche Anmerkung*. Vor dem Erlass der RL über Unterlassungsklagen im Jahre 1998 hatte eine von Brüssel ernannte Expertenkommission die Aufgabe, das geltende europäische und nationale Kollisionsrecht daraufhin zu untersuchen, ob *transnationale Klagen von Verbänden*, aber auch von staatlichen Organen, insb. von Ombudsstellen und dergleichen

² Grünbuch vom 27.11.2008 über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM(2008) 794 endg.

³ Kommissionsbericht vom 18.11.2008 über die Anwendung der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, KOM(2008) 756 endg.

rasch und einfach ihr Ziel erreichen. Eines der vorbereitenden Expertentreffen fand im Jahr 1993 an der Universität Genf statt⁴. Im Rahmen der intensiv geführten Auseinandersetzungen zur gestellten Thematik wurde bald einmal festgestellt, dass mit den Mitteln des Kollisionsrechts über die Anerkennung von klagenden Organisationen mit völlig unterschiedlichen nationalen Strukturen (privat- und öffentlichrechtliche Organisationsformen) keine Lösung gefunden werden konnte. Aus diesem Grunde entstand der Gedanke, kollisionsrechtlich nicht mehr an die klagende Organisation anzuknüpfen, sondern direkt an die wesentliche Klageform der Unterlassung vertrags- und wettbewerbswidrigen Verhaltens. Damit war die Hoffnung verbunden, mit der Beseitigung der auch für «Normaljuristen» sehr komplexen kollisionsrechtlichen Voraussetzungen von transnationalen Verbandsklagen den Weg frei gemacht zu haben für einen raschen und einfachen kollektiven Rechtsschutz im europäischen Binnenmarkt.

Die im Jahre 1998 erlassene Richtlinie über Unterlassungsklagen hat diese Hoffnung enttäuscht. Der Kommissionsbericht 2008 stellt fest, dass der Hauptgrund für die *geringe Anzahl von Unterlassungsklagen* zur Unterbindung innergemeinschaftlicher Verstösse im faktischen Mangel an Ressourcen der qualifizierten Einrichtungen besteht. Damit sind vor allem die Konsumentenorganisationen gemeint. Diese können weder das mit einer Klage verbundene *finanzielle Risiko* tragen noch verfügen sie über das einschlägige *Fachwissen* in Bezug auf die unterschiedlichen Verfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten.

Wie bereits erwähnt sind denn auch nur zwei solche Unterlassungsklagen seit Umsetzung der Richtlinie zu verzeichnen. Nach den der Kommission vorliegenden Informationen hat nur im Vereinigten Königreich das *Office of Fair Trading (OFT, Verbraucherschutzbehörde)* diese Möglichkeit genutzt.

3. Mitteilung der Kommission 2009

Eine Folge des Kommissionsberichts 2008 war schliesslich die Mitteilung der Kommission⁵ vom 13. Juni 2009 zu Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 98/27/EG

⁴ Vgl. dazu den Beitrag aus Schweizer Sicht: BRUNNER ALEXANDER, Transnationale Unterlassungsklagen im schweizerischen Schieds- und Zivilprozessrecht im Zeitalter liberalisierter Kommunikationsmärkte, in B. Stauder (Hrsg.), *Les actions collectives transfrontières des organisations des consommateurs* (Schlussbericht der Genfer Tagung 1993), Zürich 1997, 109-153.

⁵ ABl. 13.6.2009, C 135/1.

über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen bezüglich der qualifizierten *Einrichtungen, die berechtigt sind, eine Klage zu erheben*.

Die Information der beteiligten Kreise ergab zusammen gefasst die folgenden Problemlagen, was – um es nochmals auf den Punkt zu bringen – die Wortwahl zur vorliegenden Präsentation rechtfertigt: «Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage». Stichwortartig sind es die folgenden Punkte:

- Kosten der Klageerhebung
- *Komplexität* des Verfahrens
- *Langwierigkeit* des Verfahrens
- *Eingeschränkte* Möglichkeit der Unterlassungsklagen

4. **Neue RL 2009/22/EG über Unterlassungsklagen**

Aufgrund dieser Mängel ist die Richtlinie in der Zwischenzeit nachgebessert worden. Es handelt sich um die RL 2009/22/EG vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen⁶. Für EU-transnationale Klagen sind neben den privaten Organisationen, die sich den Interessen der Verbraucher widmen (Konsumentenverbände), insbesondere auch staatliche Einrichtungen ausdrücklich legitimiert.

Entscheidend ist dabei Anhang I der Richtlinie, der nicht weniger als 13 Rechtsbereiche aufzählt, die von der neuen RL über Unterlassungsklagen erfasst werden. In unserem Kontext sind dies vor allem die folgenden beiden Richtlinien:

- *Unlautere Geschäftspraktiken (UWG)*
- *Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (AGB bzw. AVB)*.

B. **Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz**

Der kollektive Rechtsschutz hat sich in der Schweiz gleich entwickelt und es kann von einer analogen Situation gesprochen werden. Es ist eine Rechtstatsache, dass nahezu keine Verbandsklagen zu verzeichnen sind, insb. auch keine solchen, die den Gerichten eine Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedin-

⁶ Die RL ist in Kraft seit 01.01.2010.

gungen beantragen würden. Die einzelnen privaten Marktteilnehmer, insb. die Konsumenten, können sich in diesem Sinne keineswegs auf das Klagerecht der Verbände verlassen. Darum gilt auch hier: «Mangels Verband keine Klage».

Bei der UWG-Revision von 1986 hat es der Gesetzgeber zudem – trotz Vorliegens wettbewerbsrechtlich gut begründeter Anträge – versäumt, das ergänzende Klagerecht des Staates einzuführen. Diese mangelhafte Gesetzgebung von 1986 ist vor dem *Hintergrund des geltenden Wettbewerbsrechts* zu betrachten, das die Grundnorm der Fairness für alle Teilnehmer des Marktes hoch halten soll: *Einerseits* wurde völlig unbestritten für das Kartellrecht die *Wettbewerbskommission (WEKO)* etabliert. Diese kann Allgemeine Geschäftsbedingungen (und AVB) überprüfen, wenn damit der Wettbewerb als solcher ausgeschaltet wird, indem ein Kartell oder ein Monopol im Massengeschäft vorformulierte Verträge verwendet und damit die *Vertragsfreiheit* des Publikums zur Illusion werden lässt. *Andererseits* fehlt eine analoge Kommission im Lauterkeitsrecht. Es mag erstaunen, dass die Schweiz im Gegensatz zu England *kein «Office of Fair Trading (OFT)»* etabliert hat. Dieser Mangel des Schweizer Wettbewerbsrechts ist markttheoretisch eine Fehlleistung.

Der gängige Hinweis auf das *Zivilverfahren* als Ort der Auseinandersetzung und Streitbeilegung nach Verstössen gegen das Lauterkeitsrecht, insb. durch unfaire Allgemeine Vertragsbedingungen, erinnert an die *Parabel des unfairen Wettlaufs zwischen Herr und Frau Igel mit dem hoffnungslos rennenden Hasen, der stets verliert*. Zwar besteht in der Schweiz seit über 40 Jahren eine privat organisierte «Schweizerische Lauterkeitskommission»⁷, deren Tätigkeit allgemein anerkannt ist; sie ist indessen auf reine Fragen der Werbung bzw. der kommerziellen Kommunikation beschränkt. Solche ADR-Verfahren können eine wichtige Ergänzung zu staatlichen Institutionen sein, diese indessen nie ersetzen, da deren Entscheide nur freiwillig befolgt, aber *nicht vollstreckt* werden können. Diese Rechtslage soll durch die zur Zeit hängige UWG-Revision dadurch beseitigt werden, dass dem Staat ein Klagerecht eingeräumt werden soll, worauf zurück zu kommen ist.

⁷ BRUNNER ALEXANDER, Aktuelle Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, in: Christian Meier-Schatz (Hrsg.), Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis, Bern 2002, 165 ff.

II. Folgen des mangelhaften Rechtsschutzes

A. Erzwungener Verzicht auf Rechtsschutz

Die Folge des mangelhaften Rechtsschutzes im geltenden Recht ist der erzwungene Verzicht auf Klagen, womit ein fairer Ausgleich der gegenseitigen und berechtigten Interessen zwischen Anbietern und Konsumenten am Markt nicht möglich ist. AVB werden im Massengeschäft verwendet, ihre wesentliche Funktion – die durchaus anerkannt ist – kann wie folgt zusammen gefasst werden:

- AVB sind *generell-abstrakt formuliert*
- AVB sind für *viele Fälle* anwendbar
- AVB haben *präjudizielle Wirkung*

Werden AVB von einem einzelnen Kläger im Rahmen eines Zivilprozesses dem Gericht zur rechtlichen Würdigung vorgelegt, hat das entsprechende Urteil lediglich (aber immerhin) Gültigkeit für den individuell-konkreten Fall. Vom Urteil und der rechtlichen Würdigung der AVB als solcher geht jedoch nur eine *beschränkte präjudizielle Wirkung* aus. Anbieter mit gerichtlich festgestellt missbräuchlichen AVB können diese ohne Behinderung weiter am Markt bzw. im Massengeschäft verwenden. Dieser mangelhafte Rechtsschutz des Publikums widerspricht der Idee des Rechts, d.h., einem gerechten Ausgleich für alle Marktteilnehmer.

B. Ungenügende Instrumente des Prozessrechts

Es wird nun eingewendet, der kollektive Rechtsschutz sei durchaus zu erreichen mit dem prozessualen Instrument der *einfachen (aktiven) Streitgenossenschaft einer Vielzahl von Klägern*. Mehrere betroffene Konsumenten könnten sich zusammen tun und missbräuchliche AVB gemeinsam der gerichtlichen Beurteilung zuführen. Der Vorteil dieser Klageform besteht in einer gewissen *Minimierung des Prozessrisikos* durch gegenseitige Information und Hilfe. Die Prozessherrschaft bleibt damit bei den Einzelpersonen mit analoger Zweckverfolgung und muss somit nicht delegiert werden.

Es sind mit dieser Klageform aber auch Nachteile verbunden. *Komplikationen* können sich daraus ergeben, dass die Vielzahl der Kläger mit eigener Prozessherrschaft – trotz der gleichen Sach- und Rechtsgrundlagen – eine geradezu kreative Vielfalt von Standpunkten hervorbringt, die mit vernünftigem Aufwand

kaum mehr zu bewältigen ist. Das Instrument der Streitgenossenschaft ist für die AVB-Beurteilung ungenügend.

C. Druck Richtung Sammelklage

Die mangelhafte Rechtslage für einen effizienten kollektiven Rechtsschutz kann wie folgt zusammen gefasst werden:

- Unzureichende Voraussetzungen für *Verbandsklagen* in der Praxis
- Ineffizienz von *Einzelklagen* mangels effektiv präjudizieller Wirkung
- Mangelnde Praktikabilität der einfachen *Streitgenossenschaft*
- Fehlende *Klagemöglichkeit des Staates* als mögliches Korrektiv

Vor diesem Hintergrund zeigt sich in Europa eine neue Bewegung in der Richtung hin zur amerikanisch inspirierten «class action» (Sammelklage). Bereits haben mehrere Staaten innerhalb der EU über solche Sammelklagen Gesetze erlassen und entsprechende Diskussionen sind in Brüssel im Gange⁸. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung insofern zu bedauern, als mit der amerikanischen Konzeption ernst zu nehmende Nachteile verbunden sind. Angesicht des mangelhaften kollektiven Rechtsschutzes ist der Ruf nach der *Einführung der «class action»* jedoch durchaus nachvollziehbar.

Im Hinblick darauf ist in der Zwischenzeit eine Gegenbewegung entstanden, die versucht, den berechtigten Interessen des Publikums an einem effizienten Rechtsschutz nunmehr Rechnung zu tragen und die Rechtsbehelfe europäischer Rechtstradition – insb. die *Verbandsklage* – zu stärken und zu verbessern. Diese Rückbesinnung ist zu begrüßen. Die Analysen des «EUROPEAN JUSTICE FORUM (EJF)», das sich dieser Frage auf europäischer Ebene angenommen hat, scheinen erfolgversprechend. Das EJF beschreibt sich wie folgt:

«European Justice Forum (EJF) is a coalition of international companies and organisations that support fair and balanced civil justice systems. EJF supports accessible and rapid resolution of claims that have merit, but at the same time it

⁸ Vgl. den aufschlussreichen Bericht von LORENZ DROESE, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 115 ff.

calls for an equally rapid and effective dismissal of claims that do not have merit. EJF seeks to avoid Europe experiencing the damage created by class actions in the United States.»⁹

III. Lösungsansätze für kollektiven Rechtsschutz

A. Verbandsklage gegen missbräuchliche AVB

1. UWG-Revision Botschaft 2009

Die hängige UWG-Revision geht für das schweizerische Verfahrensrecht in die gleiche Richtung und vermeidet damit unnötige Experimente mit der Sammelklage. Die Verbandsklage der Konsumentenorganisationen, die sich bisher bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen als wenig effizient gezeigt hat, wird mit dem Klagerecht des Staates ergänzt, worauf nachfolgend zurück zu kommen ist. Entscheidend ist jedoch die Anpassung des Gesetzeswortlautes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie er von der Botschaft¹⁰ des Bundesrats vom 2. September 2009 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vorgeschlagen wird. Durch die Streichung des «Irreführungselementes» soll die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG verbessert werden. Neu soll das Gesetz den folgenden Wortlaut haben, der auch für die AVB von Bedeutung ist:

rev.Art. 8 UWG:

«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in *Treu und Glauben* verletzender Weise (lit. a) von der *gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen*; oder (lit. b) ein erhebliches und ungerechtfertigtes *Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten* vorsehen.»

2. UWG-Revision Ständerat 2010

Die Berichterstattung an der Tagung 2010 konnte dazu auf eine positiv verlaufene Debatte im Parlament verweisen. So hat der *Ständerat* in der Herbstsession 2010 die Konzeption des Bundesrates übernommen und mit einem *Stimmenverhältnis von 35:0* die Vorlage angenommen. Zu vermerken waren indessen Stim-

⁹ <<http://www.europeanjusticeforum.org>>.

men, die beim status quo verharren wollten und darauf hinwiesen, dass die Anpassung des Rechts im Nationalrat noch diskutiert werden müsse. An der Tagung 2010 musste die weitere Entwicklung naturgemäss offen gelassen werden.

3. UWG-Revision Nationalrat 2011

Überraschend hat nun der *Nationalrat* in der Frühjahrsession 2011 dem Konzept von Bundes- und Ständerat bei der Frage einer Revision von Art. 8 UWG nicht zugestimmt und damit eine Differenz begründet. Dies ist sehr bedauerlich, würde doch damit der allgemein bekannte Mangel beim kollektiven Rechtsschutz bei AVB fortgesetzt und dieser unerfreuliche Zustand für weitere Jahre zementiert. Die – allerdings nicht allzu grosse – Mehrheit im Nationalrat befürchtete eine «flächendeckende Kontrolle» der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und begründete damit die Differenz zu Bundesrat und Ständerat.

Wie könnte nunmehr ein *Kompromiss bei der Revision von Art. 8 UWG* aussehen? Die Lösung ergibt sich nach einer Besinnung auf die geltende Schweizer Bundesverfassung. Der Nationalrat hat offenbar übersehen, dass der Gesetzgeber an die Wirtschaftsverfassungsnorm von Art. 97 BV betreffend Konsumentinnen und Konsumenten gebunden ist. Der Anwendungsbereich von rev.Art. 8 UWG sollte auf das *Konsumrecht* beschränkt werden. Ein möglicher Wortlaut wäre demnach der folgende

rev.Art. 8 UWG, neu (ergänzender Vorschlag):

«Unlauter handelt insbesondere, wer *als Anbieter* vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen *gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten* verwendet, die: (a) in gegen Treu und Glauben verstossender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen, oder (b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.»

Mit dieser Lösung könnte den Bedenken der erwähnten «flächendeckenden Kontrolle» der AGB Rechnung getragen werden. Es wäre zielführend, wenn der Ständerat im Rahmen der Differenzbereinigung dazu Hand bieten könnte.

¹⁰ SR 241. UWG-Revision. Gesetzesentwurf: BBl 2009, 6193 ff.; Begründung: BBl 2009, 6151 ff.

B. Klagerecht des Staates

Positiv zu vermerken ist die Tatsache, dass der Nationalrat der Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes im Einklang mit Bundesrat und Ständerat zugestimmt hat. Damit wird der folgende Wortlauf nunmehr Gesetz werden:

Art. 10 Abs. 2 Bst. c und Abs. 3–5 (neu) UWG:

Abs. 2 Ferner können nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 klagen: (c. *Aufgehoben*).

Abs. 3 Nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 *kann auch der Bund klagen, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet, namentlich wenn:*

a. das Ansehen der Schweiz im Ausland bedroht oder verletzt ist und die in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffenen Personen im Ausland ansässig

sind; oder

b. die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere *Kollektivinteressen bedroht oder verletzt* sind.

[...]

Abs. 5 Bei Klagen des Bundes ist dieses Gesetz im Sinne von Artikel 18 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht zwingend anzuwenden.

C. Entwicklung zum hybriden System

1. Art. 89 ZPO – Grundsatz und Voraussetzungen

Die vorliegende Berichterstattung wäre unvollständig, wenn lediglich die Fragen der UWG-Revision behandelt würden. Am 1. Januar 2011 ist denn auch die *Schweizer ZPO* in Kraft getreten, die eine eigene Norm zur Verbandsklage enthält. Nach Art. 89 Abs. 1 ZPO sind klageberechtigt Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung. Die Legitimation ist somit an eine gewisse Repräsentativität geknüpft. Auch Organisationen, die keine Mitglieder haben, sind klageberechtigt (bspw. eine Stiftung), denn bei der Verbandsklage geht es nicht um den Schutz allfälliger Mitglieder, sondern um die Interessen bestimmter Personengruppen; Voraussetzung ist ein *Kollektivinteresse*.

Es handelt sich um die Verletzung der Persönlichkeit aller Mitglieder einer Personengruppe, die vorliegend darin besteht, dass missbräuchliche AGB im Massengeschäft gegenüber allen Abnehmern verwendet werden. Das Klagerecht der Organisation ist vom Klagerecht der verletzten Einzelperson unabhängig. Die Organisation braucht nicht nachzuweisen, dass auch eine betroffene Einzelperson klageberechtigt wäre. So genannte Ad-hoc-Gruppen sind jedoch ausgeschlossen. Diese sachgerechte Ausprägung der Verbandsklage stimmt mit dem UWG überein.

2. Art. 89 ZPO – Mögliche Klagearten mittels Verbandsklage

Nach Art. 89 Abs. 2 lit. a-c ZPO kann die Verbandsklage nur die *Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung* einer Verletzung zum Gegenstand haben. Ausgeschlossen ist wie nach bisherigem Recht die Geltendmachung von Geldforderungen wie Schadenersatz und Genugtuung für die betroffenen Einzelpersonen. Die Leistungsklage bleibt der individuellen Rechtsverfolgung vorbehalten. Zulässig sind demnach folgende Klagen:

Feststellungsklage (lit. c): Sie ist in Art. 88 ZPO normiert. Mit der Feststellungsklage verlangt die zur Verbandsklage legitimierte Organisation die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Art. 89 Abs. 2 lit. c ZPO macht jedoch deutlich, dass mit der Verbandsklage eine Widerrechtlichkeit nur dann feststellen lassen kann, wenn sich diese *weiterhin störend* auswirkt. Das ist bspw. bei missbräuchlichen AGB-Klauseln (Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen der Konsumenten) oder diskriminierenden AGB-Klauseln (Schlechterstellung bestimmter Personengruppen ohne sachliche Rechtfertigung) der Fall, denn solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen finden generell Anwendung für jeden künftigen Vertragsabschluss potentieller Kunden.

Unterlassungsklage (lit. a): Sie ist teilweise in Art. 84 Abs. 1 ZPO normiert. Mit der Leistungsklage verlangt die zur Verbandsklage legitimierte Organisation die Verurteilung der beklagten Partei zu einem bestimmten *Tun, Unterlassen* oder Dulden. Nach Art. 89 Abs. 2 lit. a ZPO steht die Unterlassungsklage in der Form des Antrags auf die Aussprechung eines gerichtlichen Verbotes zur Verfügung. Gemäss vorstehendem Beispiel kann mit der Verbandsklage verlangt werden, dass missbräuchliche oder diskriminierende AGB-Klauseln nicht mehr verwendet werden dürfen, denn mit ihrer weiteren Verwendung kann eine «drohende Verletzung» der wirtschaftlichen oder ideellen Persönlichkeitsrechte der Angehörigen dieser Personengruppe andauern.

Beseitigungsklage (lit. b): Sie unterstützt die Unterlassungsklage und ist ebenfalls teilweise in Art. 84 Abs. 1 ZPO normiert. Mit der Leistungsklage verlangt die zur Verbandsklage legitimierte Organisation die Verurteilung der beklagten Partei zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden. Nach Art. 89 Abs. 2 lit. b ZPO steht die Beseitigung einer bestehenden Verletzung zur Diskussion, was die Verurteilung der beklagten Partei zu einem bestimmten *Tun* verpflichtet. Gemäss dem vorstehenden Beispiel kann die Gegenpartei verpflichtet werden, missbräuchliche oder diskriminierende AGB-Klauseln aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen endgültig zu *entfernen*.

3. Art. 89 ZPO – Ausschluss von Forderungsklagen bei Verbandsklagen

Forderungsklage: Sie ist in allen Formen (Erfüllungsanspruch, Schadenersatzanspruch oder Genugtuung) unzulässig und *vom Verbandsklagerecht ausgeschlossen*. Dies ergibt sich daraus, dass Geldforderungen im Sinne von Art. 84 Abs. 2 ZPO in Art. 89 Abs. 2 ZPO nicht aufgezählt sind. Damit ist auch die «*class action*» nach geltendem Schweizer Prozessrecht ausgeschlossen. Auf die Einführung der sog. Sammelklage (class action) hat der Schweizer Gesetzgeber bisher verzichtet. In der Tat ist es – wie bereit vorstehend thematisiert – dem europäischen Rechtsdenken fremd, dass jemand ungefragt für eine grosse Zahl von Personen verbindlich Rechte wahrnehmen darf, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen.

Die *Sammelklage* ist mit Bezug auf die Forderungsklage mit dem *Opt-Out-System* verbunden. Das bedeutet, dass eine Person, die zur definierten Interessengruppe gehört, ohne individuell-konkrete Rechtshandlung von der Sammelklage erfasst wird. Die Schweizer Rechtslage arbeitet im Gegensatz dazu mit dem *Opt-In-System*, das sich an den klassischen Möglichkeiten zur Bündelung von Klagen ausrichtet: Der Streitgenossenschaft und der Klagevereinigung. Das bedeutet, dass eine analoge Wirkung wie bei der Sammelklage erzielt werden kann, jedoch mit dem Vorteil bewusster individuell-konkrete Rechtshandlungen von Personen, die sich einer Personengruppe (Art. 89 Abs. 1 ZPO) anschliessen wollen.

Das *Opt-In-System* nach *Schweizer Recht* ist daher wie folgt angelegt: Einerseits kann eine Verbandsklage nach Art. 89 ZPO anhängig gemacht werden mit Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen; andererseits werden (gleichzeitig oder nachher) individuelle Forderungsklagen im Sinne von Art. 15 ZPO (einfache Streitgenossenschaft) anhängig gemacht, die zwecks Vereinfachung des Prozesses nach Art. 125 lit. c ZPO vereinigt werden können.

Selbstverständlich besteht auch die Möglichkeit einer Abtretung von gleichgerichteten Forderungen an den klagenden Verband, der für die Forderungsklagen damit eine abgeleitete Klagelegitimation erhält. Die Schweizer Konzeption kann wie folgt veranschaulicht werden:

Verbandsklage	Einzelklage
<i>Wahrung Kollektivinteressen</i>	<i>Wahrung Einzelinteressen</i>
Verbot	Forderungsklagen
Beseitigung	<i>Bündelung von Einzelklagen nach</i>
Feststellung	<i>erfolgreichen Verbandsklagen (opt-in)</i>

IV. Fazit und Ausblick

Die Verbesserung des *kollektiven Rechtsschutzes* durch die UWG-Revision und durch die Einführung der Verbandsklage in der ZPO ist zu begrüßen. Ein Widerstand gegen die Verbandsklage oder ihre rechtliche Beschränkung könnte denn auch im Rahmen der weiteren nationalen und internationalen Rechtsentwicklung dazu führen, dass der Ruf nach der amerikanischen «class action» lauter wird. Ansätze in der EU sind – wie gesehen – bereits vorhanden. Dies gilt es für das europäische Recht und das schweizerische Recht im Besonderen zu vermeiden.

Literaturverzeichnis

BASEDOW JÜRIG/HOPT KLAUS J./KÖTZ HEIN/BAETGE DIETMAR (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess: Verbandsklage und Gruppenklage, Tübingen 1999.

BAUMGARTNER SAMUEL, Class Actions in der Schweiz? Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichender Betrachtung des US-amerikanischen Prozessrechts, in: Schindler/ Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001.

BRUNNER ALEXANDER, Verbraucherrecht, in Andreas Kellerhals (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EG, Europa Institut Zürich, Zürich 2010, 272 ff.

- BRUNNER ALEXANDER, Europäisches Vertragsrecht, in Festschrift Walter Ott, Zürich 2008, 472 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR X, Basel 2008, 111 ff., insb. 132 ff. (UWG/AGB).
- BRUNNER ALEXANDER, AVB und Verbandsklage, in: Stephan Weber/Stephan Fuhrer (Hrsg.), HAVE – Retouchen oder Reformen?, Zürich 2004, 167 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: H.U. Walder (Hrsg.), FS Richard Frank, Zürich 2003, 37-51.
- BRUNNER ALEXANDER, Aktuelle Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, in: Christian Meier-Schatz (Hrsg.), Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis, Bern 2002, 165 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Transnationale Unterlassungsklagen im schweizerischen Schieds- und Zivilprozessrecht im Zeitalter liberalisierter Kommunikationsmärkte, in B. Stauder (Hrsg.), Les actions collectives transfrontières des organisations des consommateurs, Zürich 1997, 109-153.
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in B. Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 83-126.
- DROESE LORENZ, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 115 ff.
- GORDON-VRBA LUCY, Vielparteienprozesse, Zürich 2007.
- SUTTER GUIDO, Zum Klagerecht des Staates im UWG, JKR 2001, 145 ff.
- WEBER-STECHER URS M., Unterlassungsklagen von Konsumentenorganisationen unter besonderer Berücksichtigung der EG-Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, JKR 1999, 155 ff.

Materialien

- EKK-Empfehlungen zu den AGB dokumentiert bei: BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (zit. vorstehend, 111 ff., insb. 179).
- Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Händen des Bundesrats vom 06.11.2007.
- Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen betref-

fend Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Handen des Bundesrats vom
03.06.2003.

Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen betref-
fend Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Handen des Bundesrats vom
12.06.1997.

Stephan Fuhrer und Stephan Weber (Hrsg.)

Allgemeine Versicherungsbedingungen

**Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder
Quelle kundenorientierten Mehrwerts?**

Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [http://
dnb.d-nb.de](http://dnb.d-nb.de) abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist
ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen,
Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elek-
tronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2011
ISBN 978-3-7255-6238-1

www.schulthess.com