

Prof. Dr. Florent Thouvenin

Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes

Mit dem neuen Art. 8 UWG verfügt die Schweiz erstmals über eine gesetzliche Grundlage für eine AGB-Inhaltskontrolle. Die Formulierung des Tatbestands ist allerdings wenig geglückt. Unklar ist namentlich, ob und inwiefern sich die einzelnen Tatbestandselemente voneinander trennen lassen und in welcher Weise sie sich aufeinander beziehen. Ziel dieses Beitrags ist es, dem Tatbestand von Art. 8 UWG eine Struktur zu entnehmen, die als Leitlinie für die Anwendung der neuen Norm bei der Prüfung von AGB dienen kann.

Rechtsgebiet(e): Privatrecht; Konsumentenrecht; Wirtschaftsstrafrecht (UWG, Kartellgesetz, BankG, BEHG); Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Florent Thouvenin, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Methodische Vorbemerkungen
 1. Rechtsnatur der AGB-Kontrolle
 2. Gegenstand der AGB-Kontrolle
 3. Vorgehensweise bei der Prüfung
- III. Konsumentenbegriff
- IV. Tatbestandsmerkmale
 1. Verstoss gegen Treu und Glauben
 - a) Massstab
 - b) Inhaltlicher Bezug
 - c) Konkretisierung
 2. Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten
 - a) Vorbemerkung
 - b) Ungleichgewicht
 - c) Kompensation
 3. Nachteil der Konsumenten
 4. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis
 - a) Vorbemerkung
 - b) Missverhältnis
 - c) Erheblichkeit
 - d) Fehlende Rechtfertigung
 - e) Gesamtbetrachtung
 5. Verwendung
- V. Übergangsrecht
- VI. Schlussbemerkung

I. Einleitung

[Rz 1] Mit Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG auf den 1. Juli 2012 hat die Schweiz erstmals eine Norm erhalten, die eine echte AGB-Inhaltskontrolle ermöglicht. Diese lautet: «Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen». In den wenigen Monaten seit der Annahme der nunmehr geltenden Fassung durch den National- und Ständerat am 17. Juni 2012 haben sich zahlreiche und namhafte Autoren mit der neuen Bestimmung auseinandergesetzt. Einigkeit besteht vor allem in einem Punkt: Der Wortlaut von Art. 8 UWG ist wenig geglückt. Unklar ist namentlich, ob und inwiefern sich die einzelnen Tatbestandselemente bei der Prüfung inhaltlich sinnvoll trennen lassen und in welcher Weise sie sich aufeinander beziehen. Dies gilt insbesondere für das zentrale Tatbestandsmerkmal des «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses» und den Verstoss gegen Treu und Glauben. Umstritten sind überdies der Konsumentenbegriff sowie die übergangsrechtliche Frage, ob Art. 8 UWG auch auf AGB anzuwenden ist, deren Geltung die Parteien vor dem 1. Juli 2012 vereinbart haben. Diesen drei Fragen nimmt sich der vorliegende Beitrag an. Im Vordergrund steht dabei der Versuch, dem zunächst weitgehend strukturlos erscheinenden Tatbestand eine Struktur zu entnehmen, die eine objektiv nachvollziehbare Anwendung durch die Gerichte erlaubt.

[Rz 2] Antworten auf die zahlreichen Fragen lassen sich teilweise durch einen Vergleich mit der Regelung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (AGB-RL) finden¹. Nachdem sich der Gesetzgeber bei der Formulierung von Art. 8 UWG bewusst am Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 AGB-RL orientiert hat², erscheint klar, dass sich Auslegung und Anwendung von Art. 8 UWG im Grundsatz an den Vorgaben der AGB-RL und der Rechtsprechung des EuGH orientieren können und müssen³.

II. Methodische Vorbemerkungen

1. Rechtsnatur der AGB-Kontrolle

[Rz 3] Die Rechtsnatur der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG ist seit jeher umstritten. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre ist sie abstrakter Natur⁴. Vertreten wird aber auch die Gegenmeinung, nach welcher die AGB-Kontrolle im UWG konkreter Natur sein soll⁵. Eine vermittelnde Ansicht will bei

¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in der durch RL 2011/83/EU geänderten Fassung.

² Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, 6171, 6173, 6179; siehe auch die Voten von: Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN Sten.Bull. NR, AB 2011, 224, 228, 800; Ständerat BÜRGEL Sten.Bull. SR, AB 2011, 304; Nationalrätin LEUTENEGGER OBERHOLZER, Sten.Bull. NR, AB 2011, 227; Ständerätin LEUTHARD, Sten.Bull. SR, AB 2010, 931.

³ PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, Baurecht 2012, S. 140 ff., 141; zurückhaltend: HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, AJP 2012, S. 1188 ff., S. 1193.

⁴ SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2012, S. 78 ff., S. 79; BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel/Genf/München 2001, UWG 8 N 37; DESSEMONTET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, S. 57 ff., S. 58, 68 und 70; GUYET JACQUES, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V, Wettbewerbsrecht, Teilbd. 1, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 235; DAVID LUCAS/JAKOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht. Eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 5. Aufl., Bern 2012, Rz. 396; SACK ROLF, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in: Baudenbacher (Hrsg.), Das UWG auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1989, S. 113 ff., S. 140 f.; STAUDER BERND, Die AGB-Verbandsklage nach dem UWG-Entwurf, in: Gilliard/ Jaggi/Kelterborn/Mosimann/Stauder/Stoffel-Nouveau/Wessner/Zahnd (Hrsg.), Konsumentenschutz – wie weiter? Bern 1985, S. 73 ff., S. 73 und 79; so wohl auch PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SHK UWG), Bern 2010, UWG 8 N 31, nach dem sich der vertrags- und wettbewerbsrechtliche Ansatz nicht decken, mit Verweis (in Fn. 94) auf die hier zitierten Fundstellen bei BAUDENBACHER und DESSEMONTET.

⁵ GAUCH PETER, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»

Individualklagen eine konkrete, bei Verbandsklagen eine abstrakte Kontrolle vornehmen⁶.

[Rz 4] Auslöser dieser Kontroverse ist, dass die Unterschiede zwischen der vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle und der Kontrolle nach Art. 8 UWG verkannt und die Differenzierung zwischen Individual- und Generalkontrolle mit der Frage der Natur der Prüfung vermischt werden⁷. Klärung bringt die Unterscheidung dieser vier Aspekte: Konkreter Natur ist die AGB-Kontrolle, wenn die AGB im Zusammenhang mit einem bestimmten Vertrag und unter Berücksichtigung der jeweiligen Individualvereinbarungen und der Umstände des Vertragsabschlusses geprüft werden, abstrakter Natur hingegen, wenn nur die AGB als solche Gegenstand der Kontrolle bilden. Eine Individualkontrolle liegt vor, wenn ein Gericht die Gültigkeit von AGB in einem bestimmten Vertrag zu beurteilen hat, eine Generalkontrolle hingegen, wenn über die Zulässigkeit der Verwendung von AGB als solche zu entscheiden ist.

[Rz 5] Die vertragsrechtliche AGB-Kontrolle dient dazu, die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des AGB-Verwenders in einem konkreten Vertragsverhältnis auszugleichen. Mittel hierzu ist die Korrektur des fraglichen Vertrages durch Entscheid über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der fraglichen AGB-Klausel. Die vertragsrechtliche AGB-Kontrolle wird immer als Individualkontrolle vorgenommen. Sie umfasst das gesamte Vertragsverhältnis, also Individualvereinbarungen und AGB unter Einschluss der Umstände des Einzelfalles, und ist damit stets konkreter Natur⁸.

– Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987, S. 51 ff., S. 59; widersprüchlich MATT PETER C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel 1997, S. 117 f.

⁶ DESSEMONTET FRANÇOIS/SPOENDLIN KASPAR/GILLIÉRON PIERRE-ROBERT/BAUDENBACHER CARL/HERTIG GÉRARD/VISCHER FRANK, «Was soll noch Art. 8 UWG?» «Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?», SAG 1987, S. 109 ff., S. 114; FAVRE-BULLE XAVIER, Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, in: Widmer/Cottier (Hrsg.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, S. 139 ff., S. 154; ähnlich die Botschaft, nach welcher die AGB-Kontrolle von Art. 8 UWG grundsätzlich abstrakter Natur ist, Botschaft, BBI 2009, 6159 und 6162, bei einer Individualkontrolle aber die «konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitberücksichtigt werden», Botschaft, BBI 2009, 6179.

⁷ So etwa: SCHMID, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1 ff., S. 15.

⁸ So im Ergebnis auch BGE 135 III 7, wonach die Beurteilung «bezogen auf den Einzelfall» erfolgt; für das europäische Recht ergibt sich die konkrete Natur der AGB-Kontrolle aus Art. 4 AGB-RL; siehe hierzu zum deutschen Recht: GRÜNEBERG CHRISTIAN, in: Palandt Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., München 2012, § 307 BGB N 13, m.w.H.; BERGER CHRISTIAN, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 2011, § 307 BGB N 9, m.w.H.; SACK (Fn. 4), S. 139 f.; für Konsumenten-AGB schreibt § 310 Abs. 3 Ziff. 3 BGB die Berücksichtigung der den Vertragsabschluss begleitenden Umstände bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung ausdrücklich vor; eine konkrete Kontrolle sieht auch das französische Recht vor: Art. L.132-1 al. 5 Code Consom.; siehe dazu auch PIEDÉLIEVRE STÉPHANE, Droit de la Consommation, Paris 2008, Rz. 442; dasselbe gilt für

[Rz 6] Im Gegensatz zur vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle ist Art. 8 UWG nicht auf die Prüfung der Gültigkeit von AGB in einem konkreten Vertrag ausgerichtet, sondern auf die Beurteilung der Verwendung der AGB als solche. Entsprechend können nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die Konkurrenten des AGB-Verwenders, die Konsumentenschutzorganisationen und der Bund anhand der Rechtsbehelfe des UWG (Art. 9 ff. UWG) gegen die Verwendung von AGB vorgehen, die nach Art. 8 UWG missbräuchlich sind. Da Art. 8 UWG die Verwendung missbräuchlicher AGB als solche als unlauter und widerrechtlich qualifiziert (Art. 8 i.V.m. Art. 2 UWG) und als primäre Rechtsfolge die Unterlassung ihrer Verwendung als solche – und nicht nur für ein konkretes Vertragsverhältnis – vorsieht (Art. 9 Abs. 1 lit. a und lit. b UWG), können auch nur die AGB selbst Gegenstand der Prüfung sein. Die Beurteilung von AGB nach Art. 8 UWG ist damit stets abstrakter Natur. Ebendies ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Norm, zumal die Formulierung des Tatbestands «Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die [...] vorsehen» klarstellt, dass sich alle Tatbestandsmerkmale auf die AGB als solche beziehen. Ausserhalb der AGB liegende Vereinbarungen oder Umstände werden damit von Art. 8 UWG nicht erfasst. Die abstrakte Natur der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG bedeutet dabei freilich nicht, dass die Norm nur in einer Generalkontrolle zur Anwendung kommen könnte, sondern lediglich, dass Art. 8 UWG auch im Rahmen einer Individualkontrolle einzig eine abstrakte Prüfung ermöglicht, die konkreten Umstände des Vertragsabschlusses also – entgegen der Auffassung des Gesetzgebers⁹ – nicht in die Beurteilung mit einbezogen werden können.

2. Gegenstand der AGB-Kontrolle

[Rz 7] Gegenstand der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG bilden allein die AGB. Der Begriff der AGB wird allerdings in Art. 8 UWG nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Nach allgemein anerkannter Definition handelt es sich dabei um Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs vorformuliert werden¹⁰. Nach Art. 8 UWG nicht überprüft werden kann damit der Inhalt von Vereinbarungen, die von den Vertragsparteien effektiv ausgehandelt worden sind (sog. Individualvereinbarungen). Wurde ein Teil der vertraglichen Vereinbarung von den Parteien individuell festgelegt, ein anderer aber durch AGB

das britische Recht: Reg. 6 (1) UTCCR; siehe dazu auch HOWELLS GERAINT/WEATHERILL STEPHEN, Consumer Protection Law, 2. Aufl., Hants/Burlington 2005, S. 281.

⁹ Botschaft, BBI 2009, 6179.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. November 2002, E. 3.1; Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBI 1983 II 1009 ff., 1051; Botschaft, BBI 2009, 6151 ff., 6177; SHK UWG-PROBST (Fn. 4), UWG 8 N 33; BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 38.

geregelt, sind diese Regelungen zu trennen und nur die AGB der Kontrolle nach Art. 8 UWG zu unterstellen.

[Rz 8] Von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind der Hauptgegenstand des Vertrags und das Preis-/Leistungsverhältnis. Dies wird in der AGB-RL ausdrücklich festgehalten (Art. 4 Abs. 2 AGB-RL; ErwGr. 19 AGB-RL) und gilt entsprechend auch im deutschen, französischen und britischen Recht¹¹. Dieser Grundsatz muss, wie sogleich zu zeigen ist, auch für das Schweizer Recht gelten. Aus der fehlenden Normierung lässt sich angesichts der Entstehungsgeschichte von Art. 8 UWG jedenfalls nichts ableiten; vielmehr spricht alles dafür, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Frage nicht befasst hat¹².

[Rz 9] Hauptgegenstand des Vertrags sind die vertraglichen Hauptleistungen, um deren Erlangung willen die Parteien den Vertrag abgeschlossen haben. Den Hauptgegenstand bilden damit auf jeden Fall die wesentlichen Vertragspunkte, ohne deren Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Vertrag mangels Konsens nicht zustande gekommen wäre. Hinzu kommen die Abreden, welche den Hauptgegenstand hinsichtlich Art, Umfang und Qualität beschreiben. Dass der Hauptgegenstand des Vertrags von der Kontrolle nach Art. 8 UWG ausgenommen sein muss, ergibt sich aus Sinn und Zweck der AGB-Inhaltskontrolle: Diese soll gewährleisten, dass der AGB-Verwender seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbraucht, in den AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil der Konsumenten zu begründen. Der Grund für die nachträgliche gerichtliche Kontrolle des AGB-Inhalts liegt dabei darin, dass die Parteien über die in den AGB vorgesehene Verteilung der Rechte und Pflichten weder verhandelt noch eine Einigung erzielt haben, die Gegenseite des AGB-Verwenders die AGB vielmehr als solche übernommen hat, meist ohne von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Die AGB-Inhaltskontrolle dient aber nicht einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung des Vertragsinhalts, der Gegenstand der Aufmerksamkeit beider Parteien war und über den sich die Parteien tatsächlich geeinigt haben. Eine derart weitgehende Kontrolle wäre mit der Vertragsfreiheit nicht vereinbar und würde statt einer AGB-Inhaltskontrolle eine allgemeine Inhaltskontrolle von Verträgen begründen.

[Rz 10] Dass der Hauptgegenstand des Vertrags von der AGB-Kontrolle ausgeschlossen ist, ergibt sich auch aus den

Rechtsfolgen des Verstosses gegen Art. 8 UWG. Diese bestehen allein darin, dass eine oder mehrere AGB-Klauseln oder allenfalls auch die ganzen AGB nichtig sind und durch die Normen des dispositiven Rechts oder eine vom Gericht *modo legislatoris* zu schaffende Regelung ersetzt werden¹³. Der Verstoß gegen Art. 8 UWG führt aber nicht zur Ungültigkeit des Vertrags. Würde die AGB-Kontrolle auch vertragliche Regelungen erfassen, die das Gericht nicht durch eine dispositive oder *modo legislatoris* geschaffene Regel ersetzen könnte – namentlich also die wesentlichen Vertragspunkte –, müsste ein allfälliger Verstoß dieser vertraglichen Regelungen gegen Art. 8 UWG zum Wegfall des Vertrags führen. Eine solche Rechtsfolge wäre mit Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle nicht vereinbar.

[Rz 11] Neben dem Hauptgegenstand ist auch das Preis-/Leistungsverhältnis, also das Verhältnis der beiden Hauptleistungen, der AGB-Kontrolle entzogen. Zusätzlich zu den gerade vorstehend ausgeführten Gründen ergibt sich diese Beschränkung in erster Linie daraus, dass das Urteil über das Verhältnis von Preis und Leistung zu einer gerichtlichen Überprüfung der wirtschaftlichen Angemessenheit von Verträgen führen würde. Statt eine Inhaltskontrolle von AGB vorzunehmen, müsste das Gericht das *iustum pretium*, also den angemessenen Preis einer vertraglichen Leistung, bestimmen. Mit den Prinzipien einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, in der die Preisbildung dem Markt vorbehalten bleibt, wäre dies nicht zu vereinbaren. Diesem Grundsatz entsprechend greift die Rechtsordnung denn auch nur in Ausnahmefällen in das vertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein. So wird namentlich bei der Übervorteilung (Art. 21 OR) für die Ungültigkeit des Vertrags neben einem offenbaren Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ein weiteres, qualifizierendes Merkmal vorausgesetzt, das in der Ausbeutung der Notlage, der Un-erfahrenheit oder dem Leichtsinns der anderen Vertragspartei bestehen kann. Und bei der *clausula rebus sic stantibus* ist neben einer nachträglichen, nicht voraussehbaren Veränderung der Verhältnisse eine gravierende Äquivalenzstörung, also ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, erforderlich¹⁴. Ausserhalb der qualifizierten Voraussetzungen dieser Tatbestände bleibt das Preis-/Leistungsverhältnis einer gerichtlichen Überprüfung entzogen – dies muss auch für die AGB-Inhaltskontrolle gelten.

3. Vorgehensweise bei der Prüfung

[Rz 12] Der Tatbestand von Art. 8 UWG ist inhaltlich äusserst offen formuliert und in seiner Tragweite – zunächst einmal

¹¹ Für das deutsche Recht: § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB e contrario; siehe dazu: GRÜNEBERG (Fn. 8), § 307 BGB N 41 und N 46; BERGER (Fn. 8), § 307 BGB N 35, m.w.H.; für das französische Recht: Art. 132-1 al. 7 Code Consom.; für das britische Recht: Reg. 6 (2) UTCR.

¹² Hinweise finden sich jedenfalls weder in der Botschaft noch in den Protokollen der parlamentarischen Beratungen; a.M. SCHMID (Fn. 7), S. 10, der aus der fehlenden Normierung ableitet, dass dieser Grundsatz in der Schweiz nicht gelten soll; ähnlich KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 129.

¹³ Satt vieler: PICHONNAZ (Fn. 3), S. 144; SHK UWG-PROBST (Fn. 4), UWG 8 N 68; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1156 f.

¹⁴ BGE 128 III 432; BGE 127 III 305; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 13), Rz. 1280 ff., insb. Rz. 1300, m.w.H.

– weitgehend unklar. Dies liegt in erster Linie an der Notwendigkeit einer generalklauselartigen Formulierung, die erst durch die Rechtsprechung konkretisiert werden kann; insofern ist die Formulierung denn auch nicht zu beanstanden. Der Tatbestand erscheint allerdings strukturell wenig überzeugend, besteht er doch aus mehreren, im Prinzip unterscheidbaren Elementen, die sich zugleich in gewisser, wenn auch unterschiedlicher und teilweise unklarer Weise aufeinander beziehen.

[Rz 13] Der Gehalt von Art. 8 UWG lässt sich vor diesem Hintergrund nur näher bestimmen, wenn die einzelnen Elemente des Tatbestands auseinander gehalten werden, ohne deren Bezüge ausser Acht zu lassen. Entsprechend ist nachfolgend zwischen den folgenden Elementen zu unterscheiden: (1) Verstoss gegen Treu und Glauben; (2) Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten; (3) Nachteil der Konsumenten; (4) erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis; (5) Verwendung¹⁵.

[Rz 14] Methodisch ist der Verstoss gegen Treu und Glauben dabei weniger als Tatbestandsmerkmal denn vielmehr als Massstab der AGB-Kontrolle anzusehen. Dieser Massstab ist entscheidend für die beiden durch Wertungen zu beurteilenden Fragen, ob eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten als Missverhältnis anzusehen und ob dieses Missverhältnisses als erheblich und ungerechtfertigt zu qualifizieren ist. Von einer Wertung nach Treu und Glauben unabhängig erfolgt dagegen die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Nachteils der Konsumenten und der Verwendung. Bevor die Struktur der Tatbestandsmerkmale näher untersucht wird, ist jedoch der Konsumentenbegriff zu klären.

III. Konsumentenbegriff

[Rz 15] Die Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG erfasst nur AGB, die Bestandteil von Verträgen mit Konsumentinnen oder Konsumenten sind. Der Begriff des Konsumenten wird im UWG allerdings nicht definiert. Er stimmt jedenfalls nicht mit demjenigen der Abnehmer in Art. 2 UWG überein, der alle natürlichen und juristischen Personen umfasst, die Waren oder Dienstleistungen am Markt erwerben. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist immerhin klar, dass KMU nicht als Konsumenten im Sinn von Art. 8 UWG anzusehen sind¹⁶. Die damit verbundene Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG wird in der Literatur zwar teilweise bedauert, aber zu Recht kaum bestritten¹⁷.

[Rz 16] Die schweizerische Rechtsordnung kennt keinen einheitlichen Konsumentenbegriff. Der Begriff des Konsumenten muss deshalb für Art. 8 UWG autonom, mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm, bestimmt werden¹⁸. Massgebliche Orientierungspunkte für die Begriffsbestimmung sind die Begriffsdefinitionen in anderen Schweizer Erlassen (insb.: Art. 3 KKG; Art. 32 Abs. 2 ZPO; Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 2 Abs. 2 PBV; einer Übertragung nicht zugänglich ist hingegen die Definition in Art. 2 Abs. 3 PauRG) und in der AGB-RL.

[Rz 17] In den Begriffsbestimmungen des Schweizer Rechts und der AGB-RL finden sich vier Elemente, anhand derer der Konsumentenbegriff definiert wird: (1) die natürliche Person (Art. 2 Bst. b AGB-RL; Art. 3 KKG); (2) der übliche Verbrauch (Art. 32 Abs. 2 ZPO; Art. 120 Abs. 1 IPRG); (3) die Bestimmung für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse und/oder der fehlende Zusammenhang zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit (positiv formuliert; Art. 32 Abs. 2 ZPO; Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 2 Bst. b AGB-RL; Art. 3 KKG; Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 2 Abs. 2 PBV); (4) das Anbieten durch die andere Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit (Art. 32 Abs. 2 ZPO).

[Rz 18] Weitgehend unbestritten ist das erste Element: Als Konsumenten im Sinn von Art. 8 UWG gelten immer nur natürliche Personen¹⁹.

[Rz 19] Fraglich erscheint, ob das zweite Element, also die Leistungen des üblichen Verbrauchs, als Merkmal des Konsumentenbegriffs in Art. 8 UWG anzusehen ist. Die Ansichten in der Lehre sind geteilt²⁰. Da der Entstehungsgeschichte von Art. 8 UWG keine Anhaltspunkte entnommen werden können und der Wortlaut naturgemäss nicht weiter hilft, ist für die Beantwortung dieser Frage auf Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle und auf die Gesetzessystematik abzustellen. Aufgabe der AGB-Kontrolle ist dabei, zu gewährleisten, dass

Genf/München 2006, S. 195 ff., S. 213, Fn. 73; BUCHER EUGEN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. Aufl., Basel 2011, OR 1 N 55; die Beschränkung auf Konsumenten begründend hingegen: MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 2011, S. 328 ff., S. 330; a.M., wenn auch zurückhaltend MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, Zürich 2012, Rn. 308 ff.; HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 30.

¹⁸ Ebenso wohl: STÖCKLI (Fn. 17), S. 186; a.M. FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? HAVE 2011, S. 324 ff., S. 326, der zur Schaffung eines Gleichlaufs von verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften auf Art. 32 Abs. 2 ZPO zurückgreifen will; im Ergebnis wie Letzterer: MARCHAND (Fn. 17), S. 330; KUT/STAUBER (Fn. 12), Rz. 115.

¹⁹ Ebenso: Art. 2 Bst. b AGB-RL; Art. 3 KKG; SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, S. 93 ff., S. 99; SCHMID (Fn. 7), S. 9; SCHOTT (Fn. 4), S. 79; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1195; a.M. PICHONNAZ (Fn. 3), S. 141.

²⁰ Gegen den Einbezug dieses Elements: SCHMID (Fn. 7), S. 9; STÖCKLI (Fn. 17), S. 186; SUTTER/LÖRTSCHER (Fn. 19), S. 99; dafür: SCHOTT (Fn. 4), S. 79; FURRER (Fn. 18), S. 326; KUT/STAUBER, (Fn. 12), Rz. 115; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1194 ff.; MARCHAND (Fn. 17), S. 331.

¹⁵ Siehe dazu hinten, N 21 ff.

¹⁶ Nationalrätin LEUTENEGER OBERHOLZER, Sten.Bull. NR, AB 2011, 799.

¹⁷ Siehe dazu: STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, Baurecht 2011, S. 184 ff, passim; SCHMID (Fn. 7), S. 7 f. m.w.H.; WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr – Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, S. 537 ff., passim; GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel/

der AGB-Verwender seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbraucht, in den AGB ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten zu begründen²¹. Mit dieser Zielsetzung wäre eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs kaum zu vereinbaren, weil das Missbrauchspotential von der AGB-Verwendung als solcher ausgeht und unabhängig davon besteht, ob der Vertrag im Rahmen des üblichen Verbrauchs abgeschlossen wurde. Vielmehr erscheint umgekehrt entscheidend, dass das Fehlen einer AGB-Kontrolle gerade bei denjenigen Verträgen problematisch wäre, welche für die Konsumenten besonders bedeutend sind, weil sie entweder eine längerfristige Bindung schaffen oder wirtschaftlich gewichtig sind und damit nicht dem üblichen Verbrauch zugerechnet werden können (so etwa bei Kreditkarten-, Kontoführungs- oder Leasingverträgen, Abonnements für Dienstleistungen oder beim Kauf eines Autos). Gegen die Einschränkung des Konsumentenbegriffs durch das Element des üblichen Verbrauchs spricht auch die Gesetzessystematik: Der Begriff des Konsumenten wird ausser in Art. 8 UWG auch noch in Art. 3 Abs. 1 lit. n UWG (öffentliche Auskündigung eines Konsumkredits), Art. 16 UWG (Pflicht zur Preisbekanntgabe), Art. 19 UWG (Auskunftspflicht) und Art. 24 UWG (Verletzung der Pflicht zur Preisbekanntgabe an Konsumenten) verwendet. Für den Kontext des Konsumkredits wird der Konsumentenbegriff durch Art. 3 KKG definiert, für denjenigen der Preisbekanntgabe durch Art. 2 Abs. 2 PBV. Da beide Definitionen nicht auf den üblichen Verbrauch abstellen und keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Begriff des Konsumenten in Art. 8 UWG anders zu verstehen sein sollte, als in den anderen Bestimmungen des Gesetzes, ist davon auszugehen, dass die AGB-Kontrolle auch dann eingreift, wenn der Vertrag nicht den üblichen Verbrauch des Konsumenten betrifft²².

[Rz 20] Beim dritten Element stellt sich die Frage, ob eine negative oder eine positive Definition gewählt werden soll, ob also die Bestimmung für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse oder der fehlende Zusammenhang zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit entscheidend sein soll. Im Ergebnis müssten die beiden komplementären Ansätze an sich identisch sein. Um auch hier Übereinstimmung mit der AGB-RL zu ermöglichen, erscheint es naheliegend, den negativen Definitionsansatz zu wählen und den Verbraucher in Art. 8 UWG als natürliche Person zu verstehen, die Verträge zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann²³.

[Rz 21] Kein Merkmal des Konsumentenbegriffs nach Art. 8 UWG ist schliesslich das vierte Element, das Anbieten durch die andere Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit. Zwar wird der AGB-Verwender in aller Regel im Rahmen einer solchen Tätigkeit handeln, AGB können aber auch bei einer Tätigkeit verwendet werden, die weder als beruflich noch als gewerblich zu qualifizieren ist, etwa beim Vermieten einer Wohnung durch eine Privatperson unter Verwendung eines vom Hauseigentümer- oder Mieterverband als Standardvertrag herausgegebenen Mietvertragsformulars. Wie beim Element des üblichen Verbrauchs sprechen auch hier die Auslegung nach Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle und nach der Gesetzessystematik gegen die Aufnahme dieses Elements, das weder in Art. 3 KKG noch in Art. 2 Abs. 2 PBV enthalten ist. Damit kann Art. 8 UWG durchaus auch dann zur Anwendung kommen, wenn der AGB-Verwender nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.²⁴

IV. Tatbestandsmerkmale

1. Verstoss gegen Treu und Glauben

a) Massstab

[Rz 22] In einem System der Vertragsfreiheit können die Parteien vertragliche Rechte und Pflichten grundsätzlich frei vereinbaren. Dies gilt auch, wenn die Vereinbarung nicht individuell, sondern in Form von AGB geschlossen wird. Ein erhebliches Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten zulasten einer Vertragspartei vermag deshalb – für sich allein – die Unzulässigkeit einer in AGB enthaltenen Abrede nicht zu begründen. Es muss vielmehr ein qualifizierendes Merkmal hinzukommen²⁵. Nach Massgabe von Art. 8 UWG unzulässig sind AGB deshalb nur, wenn das zum Nachteil der Konsumenten vorgesehene, erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten zugleich einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt.

[Rz 23] Der Verstoss gegen Treu und Glauben ist allerdings mehr als Massstab der AGB-Kontrolle und nicht als selbständiges Tatbestandsmerkmal zu verstehen²⁶. Dies belegt die

beruflichen Zwecken»; wiederum abweichend SCHOTT (Fn. 4), S. 79, der auf die private Verwendung bzw. die persönlichen oder familiären Bedürfnisse abstellt; ebenfalls abweichend FURRER (Fn. 18), S. 326, der auf die Definition von Art. 32 Abs. 2 ZPO zurückgreift; ebenso HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1195 ff.

²¹ Siehe dazu vorn, Rz. 9.

²² Für ein Abstellen auf den Konsumentenbegriff von Art. 2 Abs. 2 PBV auch SUTTER/LÖRTSCHER (Fn. 19), S. 99.

²³ Art. 2 Bst. b AGB-RL; Art. 3 KKG; ebenso: STÖCKLI (Fn. 17), S. 186; PICHONNAZ (Fn. 3), S. 141; leicht abweichend hingegen: SCHMID (Fn. 7), S. 9, der eine doppelte Definition vorschlägt, nach welcher Konsumenten als «natürliche Personen zu verstehen (sind), die zu persönlichen oder familiären Zwecken Verträge schliessen, nicht jedoch zu gewerblichen oder

²⁴ A.M. KUT/STAUBER (Fn. 12), Rz. 116

²⁵ Siehe dazu auch: Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 6. Juni 2008, S. 18.

²⁶ Ebenso: RUSCH ARNOLD F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, S. 170 ff., S. 172, m.w.H.; KUT/STAUBER (Fn. 12), Rz. 125; MAISSEN (Fn. 17), Rn. 313, m.w.H.; a.M. SHK UWG-PROBST (Fn. 4), UWG 8 N 83; VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder Selbstverantwortung?, SJZ 2012,

Formulierung von Art. 8 UWG, in der sich die Wendung «in Treu und Glauben verletzender Weise» sowohl sprachlich als auch inhaltlich auf alle nachfolgenden Tatbestandsmerkmale bezieht und damit qualifiziert, wie das erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis von Rechten und Pflichten beschaffen sein muss. Besonders deutlich zeigt sich die inhaltliche Verknüpfung zwischen dem Verstoss gegen Treu und Glauben und den eigentlichen Tatbestandsmerkmalen bei den Kriterien «erheblich» und «ungerechtfertigt»: Das eine lässt sich hier vom andern nicht sinnvoll trennen, zumal kaum vorstellbar ist, inwiefern ein Missverhältnis von Rechten und Pflichten unerheblich oder gerechtfertigt sein und dennoch gegen Treu und Glauben verstossen könnte.

[Rz 24] Dass der Verstoss gegen Treu und Glauben als Massstab der AGB-Kontrolle und nicht als eigenständiges Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist, belegt auch die Entstehungsgeschichte von Art. 8 UWG: Im Entwurf des Bundesrates, der in Anknüpfung an aArt. 8 UWG zwei Tatbestandsvarianten vorgesehen hatte²⁷, wurde der Verstoss gegen Treu und Glauben im Ingress der Bestimmung aufgeführt («Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise») und nicht in den Tatbestandsvarianten. Dass damit nicht lediglich ein beiden Tatbestandsvarianten gemeinsames Merkmal «vor die Klammer» gezogen, sondern der Massstab der AGB-Kontrolle festgelegt werden sollte, zeigt die Botschaft, die im Zusammenhang mit der zweiten, im Entwurf des Bundesrates vorgesehenen Tatbestandsvariante festhält, dass AGB «im Hinblick auf das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten einer Bewertung nach Treu und Glauben zu unterziehen» sind²⁸. Dies gilt auch und gerade für den nun geltenden Wortlaut von Art. 8 UWG, welcher nach dem Streichen der ersten, im Entwurf des Bundesrats vorgesehenen Tatbestandsvariante durch das Zusammenlegen der zweiten Tatbestandsvariante mit dem Ingress der Bestimmung entstanden ist²⁹.

b) Inhaltlicher Bezug

[Rz 25] Für die Anwendung von Art. 8 UWG ist entscheidend, wie der Begriff von Treu und Glauben zu verstehen ist. Die inhaltliche Konkretisierung erfolgt dabei durch Bezugnahme auf den rechtlichen Kontext, in dem der Begriff verwendet wird.

[Rz 26] Naheliegend erscheint zunächst, den Gehalt von Treu und Glauben in Art. 8 UWG nach Massgabe der Generalklausel von Art. 2 UWG zu bestimmen. Der Grundsatz von Treu

und Glauben, der nach der Generalklausel das zentrale Kriterium für die Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens bildet, wird dabei durch den Gehalt des Zweckartikels (Art. 1 UWG) konkretisiert³⁰. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinn der Generalklausel liegt damit vor, wenn ein bestimmtes Verhalten die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt oder gegen die Grundsätze der Geschäftsmoral verstösst³¹. Massgeblich sind dabei die Interessen aller Beteiligten (Art. 1 UWG), diejenigen der Anbieter und Abnehmer ebenso wie das Interesse der Allgemeinheit an einem funktionsfähigen Wettbewerb (sog. Dreidimensionalität des UWG)³². Dieser Bedeutungsgehalt kann dem Begriff von Treu und Glauben in Art. 8 UWG allerdings aus folgenden Gründen nicht beigegeben werden: Zum einen normiert Art. 8 UWG nicht das Wettbewerbsverhalten der Marktteilnehmer, sondern eine vertragliche Beziehung, weshalb eine Beurteilung nach Massgabe des Beitrags der fraglichen Verhaltensweise zur Gewährleistung des funktionsfähigen Wettbewerbs oder ein Messen am Massstab der Geschäftsmoral ins Leere stossen würde. Zum andern ist der Bezug von Art. 8 UWG zu Generalklausel und Zweckartikel des UWG nur noch rein formaler Natur. Mit der Streichung des Kriteriums der Irreführung ist nämlich gerade dasjenige Tatbestandsmerkmal entfallen, welches aArt. 8 UWG – zumindest vordergründig – in den Gesamtzusammenhang des UWG zu integrieren vermochte. Mit der jüngsten Revision ist die AGB-Kontrolle damit – vollkommen zu Recht – aus dem materiell-rechtlichen Kontext des UWG herausgelöst worden. Dass der Gehalt von Treu und Glauben in Art. 8 UWG nicht mit jenem von Generalklausel und Zweckartikel übereinstimmen kann, zeigt sich schliesslich mit aller Deutlichkeit in der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Konsumenten-AGB – ein Ansatz, der sich mit dem Konzept der Dreidimensionalität des UWG nicht vereinbaren lässt. Damit ist klar, dass Treu und Glauben in Art. 8 UWG eine eigenständige, vom restlichen UWG unabhängige Bedeutung zukommt.

[Rz 27] Bestätigt wird diese Erkenntnis durch die Formulierung des Tatbestandes. Dass mit dem Begriff von Treu und Glauben in Art. 8 UWG – trotz identischem Wortlaut – nicht dasselbe gemeint sein kann wie in Art. 2 UWG, zeigt sich auch darin, dass Treu und Glauben nur in Art. 8 UWG erwähnt wird, während alle anderen Spezialtatbestände des UWG allein mit der Wendung «unlauter handelt insbesondere, wer» an die Generalklausel anknüpfen – ohne Treu und Glauben noch einmal zu erwähnen. Die ausdrückliche Erwähnung von Treu und Glauben in Art. 8 UWG kann damit nur dahingehend verstanden werden, dass hier gerade

S. 177 ff., S. 181; BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012, Rn. 965.

²⁷ Entwurf des Bundesrates, BBl 2009, 6193 f.

²⁸ Botschaft, BBl 2009, 6179.

²⁹ Im Ergebnis ebenso: RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, Rz. 21.

³⁰ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 2 N 16; SHK UWG-JUNG (Fn. 4), UWG 2 N 20; MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, UWG, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1.36.

³¹ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 2 N 18; SHK UWG-JUNG (Fn. 4), UWG 2 N 11; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 1.41.

³² BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 1 N 44 f.; SHK UWG-JUNG (Fn. 4), UWG 1 N 22; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 1.66 ff.

nicht der Gehalt gemeint sein kann, der sich bereits aus der Generalklausel ergibt. Der Gehalt von Treu und Glauben in Art. 8 UWG ist damit – wie stets ausserhalb des UWG – nach Massgabe von Art. 2 ZGB zu bestimmen und für den Kontext der AGB-Kontrolle zu konkretisieren.

c) Konkretisierung

[Rz 28] Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben gilt für die Gesamtrechtsordnung und ist Ausdruck allgemeiner Rechtsprinzipien³³. Für das Privatrecht bildet Art. 2 ZGB die Rechtsgrundlage; nach dieser Bestimmung gilt: «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln» (Abs. 1). «Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz» (Abs. 2). Art. 2 ZGB bringt damit den inhaltlich einheitlichen Grundsatz von Treu und Glauben, sozusagen spiegelbildlich, einmal positiv, als Handlungsgebot (Abs. 1) und einmal negativ, als Verbot des Rechtsmissbrauchs (Abs. 2) zum Ausdruck³⁴. Den beiden Absätzen kommen dabei unterschiedliche Funktionen zu: Das Gebot von Treu und Glauben (Abs. 1) bezieht sich auf die Auslegung und Ergänzung von Verträgen, während das Rechtsmissbrauchsverbot (Abs. 2) eine Korrektur von Gesetz und Verträgen im Einzelfall ermöglicht³⁵.

[Rz 29] Die Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG dient der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung von AGB. Hält die in AGB vorgesehene Verteilung von vertraglichen Rechten und Pflichten der Überprüfung nicht stand, ist die fragliche AGB-Klausel nichtig; greift keine dispositive Gesetzesbestimmung, ist die entsprechende Regelungslücke vom Gericht *modo legislatoris* zu schliessen³⁶. Die Anwendung von Art. 8 UWG führt damit zur Korrektur von Verträgen. Dieser Funktion entsprechend kann sich die inhaltliche Konkretisierung

des Begriffs von Treu und Glauben am Gehalt des Rechtsmissbrauchsverbots orientieren³⁷.

[Rz 30] Die Orientierung am Rechtsmissbrauchsverbot setzt voraus, dass dessen Gehalt für den AGB-Kontext konkretisiert wird. Ausgangspunkt bildet dabei das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten: Für deren Verwender vermögen AGB eine wichtige Rationalisierungsfunktion zu erfüllen, für die Konsumenten sind sie aber mit der Gefahr einer einseitig nachteiligen Verteilung von Rechten und Pflichten verbunden. In dieser Konstellation kommt Treu und Glauben eine zentrale, AGB-spezifische Rolle zu: Aus dem Vertrauensprinzip und dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme ergibt sich, dass der AGB-Verwender bei der Formulierung seiner AGB den berechtigten Interessen der Konsumenten Rechnung tragen muss (so ausdrücklich ErwGr. 16 AGB-RL) und seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbrauchen darf, ausschliesslich die eigenen Interessen zu verfolgen. Bei der Bewertung von AGB nach dem Massstab von Treu und Glauben ist denn nach der Botschaft auch eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten vorzunehmen³⁸. Eine gewisse Bevorzugung der eigenen Position ist zwar ohne weiteres zulässig. Gegen Treu und Glauben verstösst der AGB-Verwender aber, wenn er seine Gestaltungsmacht missbraucht, um in seinen AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zu schaffen.

[Rz 31] Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) als (negative) Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben wird in Lehre und Rechtsprechung durch eine Reihe von Fallgruppen konkretisiert. Einige davon können herangezogen werden, um näher zu bestimmen, wann ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten als Verstoss gegen Treu und Glauben zu werten ist. Dass diese Fallgruppen in keiner Weise abschliessend sind, versteht sich von selbst. Das Abstellen auf die zum allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot entwickelten Fallgruppen setzt, wie beim Rechtsmissbrauchsverbot selbst, eine AGB-spezifische Konkretisierung voraus. Als Grundsatz muss dabei gelten, dass die Schwelle für das Eingreifen wegen Rechtsmissbrauchs tiefer anzusetzen ist als bei einem Vertrag, dessen Inhalt von den Parteien ausgehandelt worden ist. Nur mit diesem strengeren Massstab kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der

³³ BGE 79 III 66; BGE 83 II 348; BGE 45 II 398; HONSELL HEINRICH, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (BSK ZGB I), 4. Aufl., Basel 2010, ZGB 2 N 4, m.w.H.; SCHWANDER IVO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2011, ZGB 2 N 1; HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, ZGB 2 N 156; siehe auch Art. 9 BV.

³⁴ BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 33), ZGB 2 N 1, m.w.H.; RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Art. 1–10 ZGB, 2. Aufl., Bern 2003, § 5 Rn. 7; BGE 125 III 259 f.; BGE 123 III 240; BGE 104 II 101.

³⁵ BGE 120 III 134; BGE 125 III 259; MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Bern 1966, ZGB 2 N 25 ff.; BAUMANN MAX, Kommentierung zu Art. 2 und 3 ZGB, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1 – 7 ZGB, Zürich 1998, ZGB 2 N 21 ff.; DESCHENAUX HENRI, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, S. 147 f.

³⁶ Siehe dazu vorn, Rz. 10.

³⁷ Siehe dazu auch Art. 3 Abs. 1 AGB-RL, worin sich das Gebot von Treu und Glauben auf die Missbräuchlichkeit bezieht und dieses konkretisiert: WOLF MANFRED, in: Wolf Manfred/Lindacher Walter/Pfeiffer Thomas (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 5. Aufl., München 2009, AGB-RL 3 N 12; KAPNOPOULOU ELISSAVET N., Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union: das griechische Verbraucherschutzgesetz als Beitrag zum europäischen Privatrecht, Tübingen 1997, S. 118; am Rechtsmissbrauch anknüpfend auch BERGER (Fn. 26), Rn. 965.

³⁸ Botschaft, BBl 2009, 6179; ebenso: SCHMID (Fn. 7), S. 14; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1202; RUSCH (Fn. 26), S. 172.

Vertragspartner auf den Inhalt der AGB keinen Einfluss hatte und der Rechtsmissbrauch nicht allein im Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, sondern auch – und gerade – in der Ausnützung der Gestaltungsmacht durch den AGB-Verwender begründet ist. Abgestellt werden kann namentlich auf die folgenden Fallgruppen:

- Fehlen eines schutzwürdigen Interesses und nutzlose Rechtsausübung³⁹: Diese Fallgruppe kann im Wesentlichen unverändert auf die Kontrolle von AGB übertragen werden. Der Massstab ist allerdings, wie erwähnt, bei Art. 8 UWG strenger als bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Gegen Treu und Glauben verstösst das Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten in AGB damit nicht erst, wenn überhaupt kein schutzwürdiges Interesse des AGB-Verwenders an diesem Ungleichgewicht besteht, sondern bereits, wenn sein Interesse nicht hinreichend schutzwürdig erscheint. Dies dürfte etwa für das Recht des AGB-Verwenders gelten, die AGB jederzeit einseitig abzuändern. Angesichts des strengeren Massstabs von Art. 8 UWG wird für das Vorliegen einer nutzlosen Rechtsausübung genügen, dass die Rechtsausübung durch den AGB-Verwender als überwiegend unnütz erscheint.
- Krasses Missverhältnis der Interessen⁴⁰: Das Missverhältnis der Interessen, das den Verstoss gegen Treu und Glauben begründet, ist vom Tatbestandsmerkmal des Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten zu unterscheiden. Ein Missverhältnis der Interessen liegt vor, wenn das Interesse des Konsumenten an einer anderen, ausgewogeneren Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen Verteilung der Rechte und Pflichten klar überwiegt. Bei einem ausgeprägten Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten wird das für den Verstoss gegen Treu und Glauben erforderliche Missverhältnis der Interessen allerdings meist gegeben sein. Da der Massstab bei Art. 8 UWG strenger ist als bei Art. 2 Abs. 2 ZGB, ist ein geradezu krasses Missverhältnis zwar nicht erforderlich. Als Verstoss gegen Treu und Glauben zu bewerten ist ein Missverhältnis der Interessen allerdings auch bei AGB nur dann, wenn das Interesse der Konsumenten an einer anderen Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in diesen vorgesehenen Verteilung in eindeutiger

und erheblicher Weise überwiegt. Dies dürfte etwa zutreffen, wenn der AGB-Verwender dem Konsumenten wesentlich weiter gehende Pflichten auferlegt, als zur Befriedigung seiner eigenen Interessen erforderlich ist oder wenn die Risikoverteilung geradezu sinnwidrig ist⁴¹, wie etwa bei der Wegbedingung der Haftung für schweres Verschulden.

- Widersprüchliches Verhalten⁴²: Bei dieser Fallgruppe wird der Verstoss gegen Treu und Glauben durch Widersprüche innerhalb der AGB (soweit sich diese nicht durch Auslegung beheben lassen) und Widersprüche zwischen den AGB und anderen vertraglichen Abreden (soweit der Widerspruch nicht durch den Vorrang der Individualabrede aufgehoben wird) begründet. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt auch dann vor, wenn die Regelungen in den AGB dem Sinn und Zweck des Vertrags widersprechen. Als in diesem Sinn widersprüchlich anzusehen wären etwa die automatische Verlängerung eines befristeten Vertrags oder einer auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen Garantie sowie eine Klausel, welche die Zahlung von Zinsen auf dem Gesamtbetrag vorsieht, obwohl ein Teilbetrag zurückbezahlt wurde.
- Zweckwidrige Rechtsausübung⁴³: Nach dieser Fallgruppe verstossen AGB-Klauseln gegen Treu und Glauben, wenn sie Rechtsfolgen für ein Ereignis vorsehen, die mit diesem Ereignis in keinem Zusammenhang stehen. Zweckwidrig ist dabei nicht die Ausübung eines bestimmten Rechts, sondern die Regelung in den AGB, auf die sich die Rechtsausübung stützt oder aus der sich der Eintritt einer Rechtsfolge ergibt. Als in diesem Sinn zweckwidrig anzusehen wären etwa AGB-Klauseln, die ein Recht zur Kündigung des AGB-Verwenders oder gar eine automatische Kündigung im Fall der Geltendmachung bestimmter Rechte durch den Konsumenten vorsehen.

2. Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten

a) Vorbemerkung

[Rz 32] Das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten ist das zentrale Tatbestandsmerkmal von Art. 8 UWG. Auf das Missverhältnis

³⁹ BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 33), ZGB 2 N 38 ff., m.w.H.; ZK-BAUMANN (Fn. 35), ZGB 2 N 295 ff. und N 369 ff.; BK-MERZ (Fn. 35), ZGB 2 N 340 ff.; HAUSHEER/JAUN (Fn. 33), ZGB 2 N 93 ff. und N 101 ff.; RIEMER (Fn. 34), § 5 Rn. 35 ff.

⁴⁰ BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 33), ZGB 2 N 41 f., m.w.H.; ZK-BAUMANN (Fn. 35), ZGB 2 N 302 ff.; BK-MERZ (Fn. 35), ZGB 2 N 371 ff.; HAUSHEER/JAUN (Fn. 33), ZGB 2 N 97 ff.; RIEMER (Fn. 34), § 5 Rn. 38 ff.

⁴¹ Zu Letzterem: HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1205.

⁴² BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 33), ZGB 2 N 43 ff., m.w.H.; ZK-BAUMANN (Fn. 35), ZGB 2 N 380 ff.; BK-MERZ (Fn. 35), ZGB 2 N 400 ff.; HAUSHEER/JAUN (Fn. 33), ZGB 2 N 130 ff.

⁴³ BSK ZGB I-HONSELL (Fn. 33), ZGB 2 N 51 ff., m.w.H.; ZK-BAUMANN (Fn. 35), ZGB 2 N 323 ff.; BK-MERZ (Fn. 35), ZGB 2 N 285 ff.; HAUSHEER/JAUN (Fn. 33), ZGB 2 N 125 ff.

beziehen sich einerseits die beiden Tatbestandsmerkmale «erheblich» und «ungerechtfertigt», andererseits bildet es den Bezugspunkt für die Bestimmung des Nachteils der Konsumenten. Inhaltlich knüpft das Missverhältnis überdies unmittelbar am Verstoss gegen Treu und Glauben an.

[Rz 33] Die Bestimmung des Missverhältnisses von Rechten und Pflichten erfordert ein Doppeltes: Zum einen setzt das Bestehen eines Missverhältnisses eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten voraus; zum anderen muss diese Ungleichheit durch eine Wertung nach Treu und Glauben als Missverhältnis qualifiziert werden. Dieser doppelte Begriffsgehalt spiegelt sich auch in den Sprachfassungen von Art. 8 UWG: Während in der deutschen und französischen Fassung die inhaltlich übereinstimmenden Begriffe «Missverhältnis» und «disproportion» verwendet werden, wird in der italienischen Fassung der Begriff «squilibrio», also Ungleichgewicht, benutzt. Für die Anwendung von Art. 8 UWG ist davon auszugehen, dass der Gehalt des Tatbestandsmerkmals «Missverhältnis» trotz unterschiedlicher Begriffe für alle Sprachfassungen derselbe ist. Die unterschiedlichen Begriffe machen aber deutlich, dass das Missverhältnis aus zwei Teilelementen besteht: Einem objektiv bestimmbareren Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten und einer Qualifikation dieses Ungleichgewichts durch eine Wertung.

[Rz 34] Vor diesem Hintergrund ist für die Bestimmung des Missverhältnisses durch den Vergleich von Rechten und Pflichten in drei Schritten vorzugehen: In einem ersten Schritt ist durch Vergleich der in den AGB vorgesehenen Rechte und Pflichten zu prüfen, ob ein Ungleichgewicht vorliegt. Besteht ein solches, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die AGB eine Kompensation vorsehen, ob also das bezüglich bestimmter Rechte und Pflichten bestehende Ungleichgewicht durch die umgekehrte Verteilung anderweitiger Rechte und Pflichten ausgeglichen wird. Ist dies nicht der Fall, muss in einem dritten und letzten Schritt in einer wertenden Betrachtung nach dem Massstab von Treu und Glauben bestimmt werden, ob das Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten als Missverhältnis zu qualifizieren ist. Da diese Qualifikation nicht sinnvoll von der Frage getrennt werden kann, ob das Missverhältnis auch erheblich und ungerechtfertigt ist, muss der dritte Schritt der Prüfung in einem Zug mit der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals erfolgen.

b) Ungleichgewicht

[Rz 35] Die Bestimmung des Ungleichgewichts durch Vergleich der Rechte und Pflichten setzt voraus, dass Gleiches mit Gleichem verglichen wird. Der Vergleich erstreckt sich deshalb auf Rechte und Pflichten, die miteinander korrespondieren. Der Begriff der Rechte und Pflichten ist dabei weit zu verstehen, erfasst also namentlich auch die Zuweisung von Risiken durch den Ausschluss oder die Überbindung der Haftung bei deren Verwirklichung. Insofern ist der Begriff der Rechte und Pflichten eher im Sinn rechtlicher Vor- und

Nachteile zu verstehen. Diese Vor- und Nachteile sind miteinander zu vergleichen, soweit sie in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen. Ein Ungleichgewicht liegt dabei vor, wenn einer Partei zu Lasten der anderen ein Vorteil eingeräumt wird.

[Rz 36] Offensichtlich ist das Ungleichgewicht, wenn korrespondierende Rechte und Pflichten der Parteien einen unterschiedlichen Inhalt aufweisen. Dasselbe gilt, wenn nur eine Partei ein bestimmtes Recht hat oder eine bestimmte Pflicht trifft. Beispiele für ein derartiges formelles Ungleichgewicht sind einseitig eingeräumte Rücktrittsrechte, an unterschiedliche Bedingungen geknüpfte Kündigungsrechte, nur eine Partei betreffende Formvorschriften, der Ausschluss der Haftung einer Partei oder unterschiedlich lange Kündigungsfristen.

[Rz 37] Ein Ungleichgewicht kann aber auch bestehen, wenn die Parteien zwar dieselben Rechte und Pflichten haben, diese aber nicht beide Parteien gleichermassen belasten oder begünstigen. Neben dem formellen Vergleich der Rechte und Pflichten ist deshalb auch zu prüfen, ob allenfalls trotz formeller Gleichheit ein materielles Ungleichgewicht besteht, so etwa, wenn für Unternehmer und Konsumenten gleich hohe Konventionalstrafen gelten⁴⁴.

c) Kompensation

[Rz 38] Das zulasten einer Partei bestehende Ungleichgewicht bestimmter Rechte und Pflichten kann durch ein zu ihren Gunsten bestehendes Ungleichgewicht zwischen anderen Rechten und Pflichten kompensiert werden. Liegt eine Kompensation vor, entfällt das Ungleichgewicht und ein Missverhältnis von Rechten und Pflichten ist ausgeschlossen. Umstritten ist allerdings, inwiefern die Nachteile durch anderweitig eingeräumte Vorteile aufgewogen werden können.

[Rz 39] Nach der einen Ansicht, die unter der Geltung von aArt.8 UWG vorherrschte, ist die Benachteiligung unter Mitberücksichtigung des gesamten – also auch des individuell vereinbarten – Vertragsinhalts zu beurteilen⁴⁵. Nach dieser Auffassung soll selbst ein erheblicher Nachteil durch eine andere vorteilhafte Vertragsbestimmung – insbesondere einen deutlich günstigeren Preis – kompensiert werden können, wenn der Vertrag trotz der nachteiligen Abweichung insgesamt einen angemessenen Interessenausgleich schafft⁴⁶. Eine derart umfassende Möglichkeit zur Kompensation ist

⁴⁴ Siehe dazu: WOLF (Fn. 37), AGB-RL 3 N 5.

⁴⁵ Botschaft, BBl 1983, 1074; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 13), Rz. 1152; DAVID/JACOBS (Fn. 4), Rz. 236; JUNOD MOSER DOMINIQUE, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, étude de droit suisse et de droit européen, Basel/Genf 2001, S. 225, m.w.H.; DESSEMONTET (Fn. 4), S. 75; GAUCH (Fn. 5), S. 53, m.w.H.; ebenso zur neuen Fassung von Art. 8 UWG PICHONNAZ (Fn. 3), S. 144.

⁴⁶ Botschaft, BBl 1983, 1074; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 13), Rz. 1152; GAUCH (Fn. 5), S. 53, m.w.H.

jedoch abzulehnen. Da die Individualvereinbarungen, der Hauptgegenstand des Vertrags und das Preis-/Leistungsverhältnis von der AGB-Kontrolle von vornherein ausgenommen sind⁴⁷, können diese Aspekte auch in die Kompensation nicht einbezogen werden. Eine Kompensation nachteiliger AGB-Klauseln durch individuell vereinbarte Vertragsbestimmungen, besondere Eigenschaften des Hauptgegenstands oder einen tiefen Preis ist damit ausgeschlossen. Der Ausschluss der Preiskompensation stellt dabei namentlich sicher, dass ein an sich bestehendes Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten nicht durch den Verweis auf einen angeblich günstigen Preis gerechtfertigt werden kann. Denn dies würde dazu führen, dass bei intensivem Preiswettbewerb auf Ebene der AGB ein eigentlicher *race to the bottom* einsetzen könnte, wodurch das von der AGB-Inhaltskontrolle angestrebte Ziel, eine einigermaßen ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten in AGB zu gewährleisten, vereitelt würde.

[Rz 40] Eine differenzierte Mindermeinung trat schon bisher in Anlehnung ans deutsche Recht für eine Beschränkung der Möglichkeit zur Kompensation nachteiliger AGB-Klauseln ein. Nach dieser Ansicht soll eine Kompensation nur in Frage kommen, wenn zwischen nachteiliger und günstiger Klausel ein unmittelbarer, für den Kunden transparenter Zusammenhang besteht (sog. enge Kompensation)⁴⁸. So soll etwa der Ausschluss des Minderungsrechts unter Gewährung eines Nachbesserungsrechts ebenso zulässig sein wie das Einräumen umfassender Rechtsbehelfe bei Vertragsmängeln unter Verkürzung der im Gesetz hierfür vorgesehenen Fristen⁴⁹. Unzulässig ist dagegen eine weite Kompensation, bei welcher das gewährte mit dem eingeschränkten Recht in keinem Zusammenhang steht⁵⁰. Zumindest im Grundsatz ausgeschlossen ist nach dieser Ansicht auch eine Preiskompensation, bei welcher die nachteiligen AGB durch einen tieferen Preis ausgeglichen werden⁵¹. Möglich soll eine solche Kompensation aber immerhin dann sein, wenn sie dem Vertragspartner offen gelegt wird, er also zwischen nachteiligen

AGB zu einem niedrigen Preis und vorteilhaften AGB zu einem höheren Preis wählen kann⁵².

[Rz 41] Dieser differenzierten Ansicht ist – mit einer Präzisierung – zuzustimmen. Mit dem Ausschluss der Preiskompensation ist nämlich noch nichts darüber ausgesagt, ob die von den Vertretern einer beschränkt zulässigen Preiskompensation als Begründung angeführte Möglichkeit besteht, ungünstigere Konditionen zu einem tieferen Preis bzw. günstigeren Konditionen zu einem höheren Preis anzubieten. Denn durch das Anbieten verschiedener Optionen, die sich durch bestimmte Merkmale unterscheiden (etwa Optionen eines Versicherungsvertrags mit unterschiedlichen Prämien und Selbstbehalten zu jeweils verschiedenen Preisen), werden ebendiese Merkmale jedenfalls dann zu Eigenschaften der Hauptleistung des Vertrags, wenn diese Gegenstand der Aufmerksamkeit der Parteien waren und die Gegenpartei des AGB-Verwenders eine bestimmte Option im Wissen um deren Merkmale angenommen hat. Als Eigenschaften der Hauptleistung sind die fraglichen Merkmale von der AGB-Kontrolle ausgeschlossen⁵³, womit das Anbieten ungünstiger Konditionen zu einem tieferen Preis bzw. günstigeren Konditionen zu einem höheren Preis ohne weiteres möglich ist. Der AGB-Kontrolle unterliegen die Merkmale solcher Angebote nur, wenn der AGB-Verwender die jeweiligen Merkmale nicht in einer Weise offen legt, die sicherstellt, dass diese die Aufmerksamkeit der Gegenpartei erlangen und der Entscheid im Wissen um die jeweiligen Merkmale gefällt wird. Fehlt eine solche Offenlegung, kann der Anbieter ungünstiger Konditionen das Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten ebenso wenig über einen angeblich günstigen Preis kompensieren, wie wenn er keine Optionen angeboten hätte.

3. Nachteil der Konsumenten

[Rz 42] Das Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten muss zum Nachteil der Konsumenten bestehen. Ein Nachteil liegt vor, wenn die AGB insgesamt zu einer Schlechterstellung der Konsumenten gegenüber den AGB-Verwendern führen⁵⁴. Das Bestehen eines Nachteils ergibt sich damit unmittelbar aus der Prüfung des Ungleichgewichts und einer allfälligen Kompensation. Werden die Rechte und Pflichten in den AGB zu Ungunsten des Konsumenten ungleich verteilt und wird dieses Ungleichgewicht nicht kompensiert, ist der Nachteil erstellt. Ein konkreter Nachteil muss dabei nicht nachgewiesen werden; vielmehr genügt es, dass die Verteilung der Rechte und Pflichten in den AGB geeignet ist, die Stellung der Konsumenten zu verschlechtern⁵⁵.

⁴⁷ Siehe dazu vorn, Rz. 7 ff.

⁴⁸ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 49; STAUDER BERND, Die AGB der Reiseveranstalter, in: Baudenbacher/Coester-Waltjen/Bühler/Stauder/Schwaibold (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991, S. 139 ff., S. 187; MAISSEN (Fn. 17), Rn. 322; ein ähnlicher Ansatz wird vom Bundesgericht beim Vergleich der Bestimmungen von Einzel- und Gesamtarbeitsverträgen angewendet, bei dem ein sog. Gruppenvergleich, also ein Vergleich der jeweils zusammenhängenden Bestimmungen, vorgenommen wird; siehe dazu: Urteil des Bundesgerichts 4A_629/2011 vom 6. Juni 2012, E.4, m.w.H.; BGE 116 II 155 f.

⁴⁹ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 49; STAUDER (Fn. 48), S. 187; DERS. (Fn. 4), S. 79.

⁵⁰ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 49.

⁵¹ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 49; BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: Baudenbacher/Coester-Waltjen/Bühler/Stauder/Schwaibold (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991, S. 17 ff., S. 52; STAUDER (Fn. 48), S. 185.

⁵² GAUCH (Fn. 5), S. 53, Fn. 30, m.w.H.; BAUDENBACHER (Fn. 51), S. 52; BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 49, allerdings beschränkt auf die Korrelation von Haftung und Preis.

⁵³ Siehe dazu vorn, Rz. 9 f.

⁵⁴ So zu aArt. 8 UWG: GAUCH (Fn. 5), S. 53; MATT (Fn. 5), S. 122.

⁵⁵ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 12.09; JUNOD MOSER (Fn. 45), S. 226, m.w.H.; MATT (Fn. 5), S. 106 und 122.

4. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis

a) Vorbemerkung

[Rz 43] Steht fest, dass die AGB zum Nachteil der Konsumenten ein Ungleichgewicht zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten begründen, bleibt zu prüfen, ob dieses Ungleichgewicht nach Massgabe von Treu und Glauben als erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zu qualifizieren ist. Diese Prüfung kann zwar gedanklich in die Tatbestandsmerkmale «Missverhältnis», «Erheblichkeit» und «fehlende Rechtfertigung» unterteilt werden. Die einzelnen Merkmale sind aber inhaltlich derart eng miteinander verknüpft, dass letztlich immer eine Gesamtbewertung erfolgen muss.

b) Missverhältnis

[Rz 44] Ob ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorliegt, ist durch Vergleich des in den AGB vorgesehenen Ungleichgewichts mit der Verteilung von Rechten und Pflichten in einem Referenzsystem zu beurteilen. In aArt. 8 UWG waren die massgeblichen Referenzsysteme – die gesetzliche Ordnung (aArt. 8 lit. a UWG) und die der Vertragsnatur entsprechende Verteilung von Rechten und Pflichten (aArt. 8 lit. b UWG) – ausdrücklich vorgesehen. Mit dem Wegfall dieses Regelungsgehaltes im geltenden Art. 8 UWG entfällt zwar die gesetzliche Festlegung des massgeblichen Referenzsystems, aber nicht die Notwendigkeit, das Missverhältnis durch Vergleich der in den AGB enthaltenen Regelung mit der Regelung in einem Referenzsystem zu bestimmen⁵⁶. Für die Bestimmung des massgeblichen Referenzsystems ist zwischen Nominat- und Innominatkontrakten zu unterscheiden.

[Rz 45] Die Normen des Obligationenrechts bieten grundsätzlich Gewähr für eine angemessene und gleichwertige Verteilung von Rechten und Pflichten. Bei Nominatkontrakten bildet deshalb die gesetzliche Regelung das massgebliche Referenzsystem⁵⁷. Dieses besteht aus denjenigen Bestimmungen, die unmittelbar oder sinngemäss auf den Vertrag anzuwenden wären, wenn keine AGB bestehen würden. Hierzu gehören sowohl zwingende als auch dispositive

Normen⁵⁸ und die Regeln des besonderen ebenso wie diejenigen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts⁵⁹. Teil dieser Ordnung bilden auch die Beweislastregeln⁶⁰ und die Verkehrsübung, wenn das Gesetz auf diese verweist⁶¹. Hinzu kommen die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten, allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze⁶².

[Rz 46] Bei Innominatkontrakten ist zu differenzieren: Besteht eine sinngemäss anwendbare gesetzliche Regelung, wie in aller Regel bei zusammengesetzten und meist auch bei gemischten Verträgen⁶³, bildet die Gesamtheit der entsprechenden Regelungen das massgebliche Referenzsystem. Besteht, wie bei Innominatkontrakten eigener Art (*sui generis*), keine solche Regelung, bildet die für diesen Vertrag charakteristische Verteilung von Rechten und Pflichten das massgebliche Referenzsystem. Auf die tatsächliche Verteilung der Rechte und Pflichten kann dabei aber nur abgestellt werden, wenn diese nicht Ausdruck einer typischerweise ungleichen Verhandlungsmacht ist. Trifft Letzteres zu, hat das Gericht *modo legislatoris* zu prüfen, wie der Gesetzgeber die Rechte und Pflichten bei einer Normierung dieses Vertrags verteilt hätte. Dies gilt namentlich auch, wenn sich ein Innominatkontrakt gerade in Form von AGB zu einem Typus verdichtet hat, wie etwa bei Konsumgüterleasing-, Kontoführungs- oder Kreditkartenverträgen. Besteht hingegen keine Verdichtung zu einem Typus, bleibt nur die Möglichkeit, die AGB mit einem eigens zu diesem Zweck *modo legislatoris* entwickelten Referenzsystem zu vergleichen. Im Sinn eines Gedankenexperiments mag sich das Gericht dabei an der Verteilung von Rechten und Pflichten orientieren, die vermungsweise zustande gekommen wäre, wenn der Inhalt der AGB zwischen gleich starken Partnern verhandelt worden wäre.

c) Erheblichkeit

[Rz 47] Das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit qualifiziert das Missverhältnis insofern, als die vom Referenzsystem abweichende, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten ein bestimmtes Mass erreichen muss, das mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr vereinbart werden kann.

[Rz 48] Bei der Bestimmung des Gehalts der Erheblichkeit dürfte sich eine Orientierung an Lehre und Rechtsprechung

⁵⁶ Ebenso: FURRER (Fn. 18), S. 327; SCHMID (Fn. 7), S. 10 f.; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1191; a.M. EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, S. 262 ff, S. 268.

⁵⁷ Ebenso: SCHMID (Fn. 7), S. 11; ähnlich MAISSEN (Fn. 17), Rn. 318, nach der zur Beurteilung des Missverhältnisses in erster Linie auf das Gesetz oder ein gesetzliches Leitbild abzustellen ist; a.M. FURRER (Fn. 18), S. 329, nach dem der Richter wegen der mit der Revision erfolgten Streichung der «gesetzlichen Ordnung» auf ein «normatives Leitbild des infrage stehenden Vertragstyps» als Bezugsgrösse abstellen muss. Im deutschen Recht wird gemäss § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB die unangemessene Benachteiligung an der Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gemessen.

⁵⁸ Botschaft, BBl 1983, 1073; DESSEMONTET (Fn. 4), S. 72; MATT (Fn. 5), S. 120 f.; GAUCH (Fn. 5), S. 54; SACK (Fn. 4), S. 142 f.

⁵⁹ BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 43; DESSEMONTET (Fn. 4), S. 72; STAUDER (Fn. 4), S. 79.

⁶⁰ DESSEMONTET (Fn. 4), S. 73; GAUCH (Fn. 5), S. 54; SACK (Fn. 4), S. 143.

⁶¹ GAUCH (Fn. 5), S. 54.

⁶² Botschaft, BBl 1983, 1073; BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 44; STAUDER (Fn. 4), S. 79.

⁶³ Zu diesen Begriffen: SCHLUEP WALTER R./AMSTUTZ MARC, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 7 f. und N 10.

zu aArt. 8 UWG als hilfreich erweisen, zumal die Unzulässigkeit von AGB nach dieser Bestimmung entweder eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung (aArt. 8 lit. a UWG) oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten (aArt. 8 lit. b UWG) erforderte. Das Mass der Abweichung, welches die Erheblichkeit zu begründen vermochte, war allerdings gerade umstritten. Nach der einen Ansicht galt bereits jede Abweichung als erheblich, die nicht nur eine geringfügige, sondern «eine fühlbare Beeinträchtigung des Gleichgewichts» bewirkte⁶⁴. Nach einer anderen, strengeren Ansicht waren Abweichungen nur als erheblich anzusehen, wenn sie die «geschäftlichen Grundlagen des Vertrags beeinträchtigten und (...) ein ungerechtfertigtes Missverhältnis»⁶⁵ oder gar ein «offensichtliches Ungleichgewicht»⁶⁶ zur Folge hatten. Auch wenn eine direkte Übertragung dieser Auffassungen insofern ausgeschlossen erscheint, als der Gesetzgeber mit der neuen Fassung von Art. 8 UWG ein griffigeres Instrumentarium für die AGB-Kontrolle schaffen wollte⁶⁷, lässt sich aus diesen doch ableiten, dass es für die Erheblichkeit wohl nicht allein auf das Mass der Abweichung («führbar» oder «offensichtlich»), sondern auch auf die Bedeutung der betroffenen Rechte und Pflichten («Gleichgewicht» oder «geschäftliche Grundlagen des Vertrags») ankommen wird.

[Rz 49] Vor diesem Hintergrund erscheint angezeigt, die Erheblichkeit des Missverhältnisses nach zwei kumulativen Kriterien zu bestimmen: Die Bedeutung der Rechte und Pflichten als qualitatives und das Mass der Abweichung als quantitatives Kriterium. Zwischen diesen Kriterien kann insofern eine Wechselwirkung unterstellt werden, als bei zentralen Rechten und Pflichten bereits ein vergleichsweise geringer Grad an Abweichung vom Referenzsystem die Erheblichkeit zu begründen vermag, während bei unbedeutenden Rechten und Pflichten nur ein relativ hoher Grad an Abweichung vom Referenzsystem genügen wird.

d) Fehlende Rechtfertigung

[Rz 50] Nach dem Wortlaut von Art. 8 UWG muss das Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten nicht nur erheblich, sondern auch ungerechtfertigt sein. Diesem Merkmal kommt allerdings keine eigenständige Bedeutung zu⁶⁸. Denn die Wertung, die im Begriff «ungerechtfertigt» zum Ausdruck kommt, ist bereits im Begriff des Missverhältnisses enthalten⁶⁹: Ein Missverhältnis ist immer ungerechtfertigt, ein gerechtfertigtes Missverhältnis ist nicht vorstellbar. Immerhin zeigt der Begriff aber an, dass es möglich sein muss, das

Missverhältnis durch sachliche Gründe zu rechtfertigen. Solche Gründe führen allerdings nicht zu einer (blossenen) Rechtfertigung, sondern lassen das Missverhältnis als solches entfallen. Dieses Verständnis deckt sich im Übrigen mit der Regelung von Art. 3 AGB-RL. Bezeichnenderweise wird der Begriff «ungerechtfertigt» nur in der deutschen Sprachfassung der AGB-RL verwendet und fehlt in allen anderen Sprachen. Der Begriff wird denn auch nicht als zusätzliches Erfordernis verstanden, sondern als Hinweis auf die Kontrolle des Missverhältnisses nach dem Massstab von Treu und Glauben⁷⁰.

e) Gesamtbetrachtung

[Rz 51] In der Gesamtbetrachtung ist durch wertende Betrachtung nach dem Massstab von Treu und Glauben zu bestimmen, ob das Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten als erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zu qualifizieren ist. Dies ist nach Massgabe der aus dem Rechtsmissbrauchsverbot abgeleiteten Fallgruppen namentlich dann der Fall, wenn (i) ein hinreichend schutzwürdiges Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen, vom Referenzsystem abweichenden und ungleichgewichtigen Verteilung der Rechte und Pflichten fehlt, (ii) das Interesse der Konsumenten an einer dem Referenzsystem entsprechenden, gleichgewichtigen Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen Verteilung der Rechte und Pflichten in eindeutiger und erheblicher Weise überwiegt, (iii) die in den AGB vorgesehene, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten Sinn und Zweck des Vertrags widerspricht oder (iv) die ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten als zweckwidrig erscheint. Liegt eine dieser Konstellationen vor, ist das erhebliche und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigte Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben als Missverhältnis zu bewerten. Neben diesen Fallgruppen, die illustrierend, aber nicht limitierend zu verstehen sind, bleibt Raum für eine Bewertung nach Treu und Glauben im Einzelfall, in der unter Berücksichtigung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten zu prüfen ist, ob der AGB-Verwender seine Gestaltungsmacht in treuwidriger Weise missbraucht hat, um in den AGB ein erhebliches und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigtes Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zu begründen. Trifft dies zu, liegen missbräuchliche Geschäftsbedingungen vor.

5. Verwendung

[Rz 52] Die AGB-Kontrolle von Art. 8 UWG greift nur bei einer Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Verwendung ist der tatsächliche Einsatz der AGB in einem

⁶⁴ Botschaft, BBI 1983, 1074; GAUCH (Fn. 5), S. 53; BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 47; STAUDER (Fn. 4), S. 80.

⁶⁵ SIWR V/1-GUYET (Fn. 4), S. 237.

⁶⁶ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 12.18.

⁶⁷ Botschaft, BBI 2009, 6152 und 6159.

⁶⁸ Ebenso: STÖCKLI (Fn. 17), S. 184; MAISSEN (Fn. 17), Rn. 320.

⁶⁹ Ebenso: STÖCKLI (Fn. 17), S. 184.

⁷⁰ KAPNOPOULOU (Fn. 37), S. 129 f.; WOLF (Fn. 37), AGB-RL 3 N 8.

konkreten Fall⁷¹, also der Einbezug der AGB in einen Vertrag durch Vereinbarung ihrer Gültigkeit mit dem Vertragsabschluss⁷². Verwender ist diejenige Vertragspartei, auf deren Veranlassung die AGB in den Vertrag übernommen wurden⁷³. Das blosses Formulieren von AGB, deren Verbreitung oder Veröffentlichung sowie die Empfehlung zur Verwendung erfüllen den Tatbestand für sich allein nicht⁷⁴. Dass AGB tatsächlich mehrfach verwendet werden, ist hingegen nicht erforderlich. Art. 8 UWG erfasst vielmehr schon die erste Verwendung der AGB, wenn diese, wie bereits der Begriff der AGB voraussetzt, zum Zweck der Verwendung bei einer Vielzahl von Verträgen verfasst worden sind⁷⁵.

V. Übergangsrecht

[Rz 53] Mit Inkrafttreten der neuen Fassung von Art. 8 UWG auf den 1. Juli 2012 stellt sich die Frage, ob AGB, deren Geltung vor dem 1. Juli 2012 vertraglich vereinbart wurde, nach Massgabe von aArt. 8 UWG oder nach dem geltenden Art. 8 UWG zu beurteilen sind. Wurde die Geltung von AGB am oder nach dem 1. Juli 2012 vereinbart, unterstehen diese auf jeden Fall der Kontrolle nach Art. 8 UWG. Dies gilt auch für AGB in Verträgen, die an oder nach diesem Tag erneuert oder verlängert wurden. Sind einzelne Klauseln in AGB am oder nach dem 1. Juli 2012 ergänzt oder geändert worden, unterstehen die gesamten AGB der Kontrolle nach Art. 8 UWG⁷⁶; denn eine Beschränkung der Prüfung auf einzelne Klauseln ist wegen der von Art. 8 UWG vorgesehenen Gesamtbeurteilung des Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten⁷⁷ und namentlich der Möglichkeit zur Kompensation⁷⁸ ausgeschlossen⁷⁹. Auf den Zeitpunkt des Verfassens der AGB kommt es dabei nicht an. Massgeblich ist allein der Zeitpunkt der Verwendung, also der tatsächliche Einsatz der AGB in einem konkreten Fall⁸⁰.

[Rz 54] Das UWG selbst enthält keine Übergangsbestimmungen. Die vorliegende Frage ist deshalb nach den allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen der Art. 1–4 SchIT ZGB zu beantworten, die Anwendung finden, wenn der Gesetzgeber keine Sonderbestimmungen erlassen hat⁸¹.

[Rz 55] Das intertemporale Privatrecht beruht auf dem Grundsatz der Nichtrückwirkung. In Art. 1 SchIT ZGB wird diese Regel für Tatsachen und Handlungen ausdrücklich normiert: Die rechtliche Wirkung von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, werden nach dem Recht beurteilt, das im Zeitpunkt des Eintritts der Tatsachen galt (Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB). Entsprechend unterliegen die vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen den bei ihrer Vornahme geltenden Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 SchIT ZGB). Als Tatsache ist dabei jeder Vorgang anzusehen, der eine Rechtswirkung erzeugen, also ein Rechtsverhältnis begründen, aufheben oder ändern kann⁸². Als Handlungen werden diejenigen Tatsachen bezeichnet, die ein menschliches Verhalten erfordern⁸³. Hierzu gehört auch der Abschluss von Verträgen⁸⁴. Die rechtlichen Wirkungen von Verträgen, namentlich die Frage ihrer Gültigkeit, ist damit nach dem Grundsatz von Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB nach dem Recht zu beurteilen, das im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Kraft war. Dies gilt auch für die Gültigkeit der AGB.

[Rz 56] Die allgemeinen Bestimmungen des intertemporalen Privatrechts sehen drei Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung vor (Art. 2–4 SchIT ZGB). Eine Rückwirkung von Art. 8 UWG könnte sich dabei aufgrund der Regelung von Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB ergeben, nach welcher gilt, dass Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt wurden, mit deren Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht. Ob Art. 8 UWG allerdings als Bestimmung anzusehen ist, welche die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit gewährleisten soll, erscheint fraglich. Der zwingende

⁷¹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 12.07; DESSEMONTET (Fn. 4), S. 67.

⁷² Ebenso: BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG - Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, S. 86 ff., S. 88.

⁷³ GAUCH (Fn. 5), S. 55; MATT (Fn. 5), S. 104.

⁷⁴ GAUCH (Fn. 5), S. 56 und 59; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (Fn. 30), Rz. 12.08; DESSEMONTET (Fn. 4), S. 67; MATT (Fn. 5), S. 104 f.

⁷⁵ SHK UWG-PROBST (Fn. 4), UWG 8 N 33, Fn. 99; BAUDENBACHER (Fn. 4), UWG 8 N 38.

⁷⁶ Ebenso wohl PICHONNAZ (Fn. 3), S. 143.

⁷⁷ Siehe dazu vorn, N 30 ff.

⁷⁸ Siehe dazu vorn, N 36 ff.

⁷⁹ A.M. SCHOTT (Fn. 4), S. 80; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1211.

⁸⁰ Siehe dazu vorn, Rz. 50.

⁸¹ BGE 133 III 108; BGE 126 III 421; BGE 124 III 271 und 282; BGE 120 II

120; BGE 117 III 52; Urteil des Bundesgerichts 4C.345/2000 vom 1. Mai 2000, E. 3a; BROGGINI GERARDO, Intertemporales Privatrecht, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR) Bd. I, Basel/Stuttgart 1969, S. 435; VISCHER MARKUS, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II (BSK ZGB II), Art. 457–977, Art. 1–61 SchIT ZGB, 4. Aufl. Basel 2011, SchIT ZGB 1 N 2, m.w.H.; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, S. 1182; SCHWANDER IVO, Kommentierung der Art. 1–50 SchIT ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, SchIT ZGB 1 N 4; BRÄNDLI GIAN A., Kommentierung der Art. 1–2, 51–55a SchIT ZGB, in: Amstutz/Breitschmid et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, SchIT ZGB 1 N 2.

⁸² TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1182; PAUL MUTZNER, Schlusstitel ZGB, Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern 1926, SchIT ZGB 1 N 1; CHK-BRÄNDLI (Fn. 81), SchIT ZGB 1 N 8; ähnlich BROGGINI (Fn. 81), S. 431 f.; a.M. BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 81), SchIT ZGB 1 N 5, der als Tatsachen alle Gegebenheiten der Sinneswelt versteht.

⁸³ BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 81), SchIT ZGB 1 N 5; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1182; CHK-BRÄNDLI (Fn. 81), SchIT ZGB 1 N 9.

⁸⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1182; PFAFFINGER MONIKA, in: Böhler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar (KUKO), Basel 2012, SchIT ZGB 1 N 1.

Charakter der Norm reicht hierfür jedenfalls nicht⁸⁵. Eine Rückwirkung rechtfertigt sich vielmehr nur, wenn die neue Norm zu den Grundprinzipien der Rechtsordnung zu zählen ist, also grundlegende gesellschaftspolitische oder ethische Anschauungen verkörpert⁸⁶, sodass die Anwendung des alten Rechts mit der im neuen Recht normierten öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit nicht vereinbar wäre⁸⁷. Darüber hinaus hat das Gericht im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Anwendbarkeit des neuen Rechts gegenüber entgegenstehenden privaten Interessen, namentlich am Vertrauensschutz, überwiegt⁸⁸.

[Rz 57] Auch wenn Art. 8 UWG (künftig) eine zentrale Bedeutung für die schweizerische Rechtsordnung zukommen mag, spricht aus heutiger Sicht allein der Umstand, dass die nun geltende Fassung im Parlament bis zum letzten Moment heftig umstritten war, gegen deren Qualifikation als Grundprinzip der Rechtsordnung, mithin als Verkörperung grundlegender gesellschaftspolitischer oder ethischer Anschauungen. Art. 2 Abs. 2 SchIT ZGB dürfte insofern auf Art. 8 UWG nicht anwendbar sein⁸⁹. Im Rahmen einer Interessenabwägung könnte man allerdings zum gegenteiligen Schluss kommen: Für eine sofortige Anwendbarkeit des Kontrollmassstabs des geltenden Art. 8 UWG auf alle AGB sprechen sowohl das private Interesse der Konsumenten an einer griffigen AGB-Kontrolle als auch ein öffentliches Interesse am vergleichsweise raschen Aufbau einer Gerichtspraxis zu Art. 8 UWG und damit am Schaffen von Rechtssicherheit. Das private Interesse der AGB-Verwender am Vertrauensschutz vermag diese Interessen nicht ohne weiteres aufzuwiegen. Dies gilt umso mehr, als das Interesse der AGB-Verwender an einer Kontrolle ihrer bisherigen AGB nach aArt. 8 UWG insofern beschränkt ist, als sie die Rationalisierungsfunktion der AGB nur dann vollständig nutzen können, wenn sie für alle gleichartigen Geschäfte die identischen AGB verwenden und nicht nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen «alten» und «neuen» AGB differenzieren.

[Rz 58] Fraglich ist überdies, ob der Entstehungsgeschichte von Art. 8 UWG Anhaltspunkte für den übergangsrechtlichen

Willen des Gesetzgebers entnommen werden können. Ansatzpunkt hierfür bildet der Umstand, dass die mit der Teilrevision des UWG vom 17. Juni 2008 beschlossenen Änderungen auf den 1. April 2012, die revidierte Fassung von Art. 8 UWG aber erst auf den 1. Juli 2012 in Kraft gesetzt worden ist. Mit dem späteren Inkrafttreten von Art. 8 UWG sollten «die von dieser Neuerung betroffenen Unternehmen insgesamt ein Jahr Zeit (erhalten), ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zu überprüfen und den neuen Gesetzesanforderungen anzupassen»⁹⁰. Unklar bleibt allerdings, ob der Bundesrat mit dem späteren Inkrafttreten von Art. 8 UWG nur die Anpassung der AGB im Hinblick auf den Abschluss neuer Verträge oder auch die Anpassung der AGB in bestehenden Verträgen im Auge hatte. Würde Letzteres zutreffen, wäre davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die neue AGB-Kontrolle als Grundprinzip der Rechtsordnung versteht und damit nach Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB von einer rückwirkenden Anwendung von Art. 8 UWG auf alle AGB ausgeht, die in einen am 1. Juli 2012 bestehenden Vertrag einbezogen waren.

[Rz 59] Da eine Übergangsbestimmung fehlt, ein klarer übergangsrechtlicher Wille des Gesetzgebers nicht erkennbar ist und die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB stark von Wertungen abhängt, kann die übergangsrechtliche Frage bis zum Vorliegen eines höchstrichterlichen Entscheids nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, dass hinreichende Gründe für eine Abweichung vom Grundsatz der Nichtrückwirkung fehlen und Art. 8 UWG damit wohl nur auf AGB Anwendung findet, die in nach dem 1. Juli 2012 abgeschlossene oder erneuerte Verträge einbezogen worden sind⁹¹.

VI. Schlussbemerkung

[Rz 60] Die Überlegungen zu den Elementen von Art. 8 UWG und ihrem gegenseitigen Verhältnis haben gezeigt, dass es durchaus möglich ist, dem zunächst recht diffus erscheinenden Tatbestand eine gewisse Struktur zu entnehmen. Die hier angeregte – oder eine ähnlich strukturierte – Vorgehensweise sollte den Gerichten ermöglichen, bei der Beurteilung von AGB zwischen objektiv und wertend zu beurteilenden Tatbestandselementen zu unterscheiden, die Wertungen offen zu legen und die Entscheidungen in nachvollziehbarer Weise zu begründen. Ein solches Vorgehen erscheint unerlässlich, um dem Tatbestand möglichst bald Konturen verleihen und (wieder) einen tragbaren Grad an Rechtssicherheit schaffen zu können. Auf die ersten Gerichtsentscheide, welche den neuen Art. 8 UWG im Einzelfall testen, darf man jedenfalls gespannt sein.

⁸⁵ BGE 133 III 109; BGE 117 II 455; BGE 100 II 112; BGE 93 II 382 f.; BGE 84 II 183 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_6/2009 vom 11. März 2009, E.2.5.3; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), 1183; BK-MUTZNER (Fn. 82), SchIT ZGB 2 N 28; KUKO ZGB-PFAFFINGER (Fn. 84), SchIT ZGB 2 N 2; mit Bezug auf Art. 8 UWG: PICHONNAZ (Fn. 3), S. 143; BÜHLER/StÄUBER (Fn. 72), S. 89.

⁸⁶ BGE 133 III 109; BGE 119 II 48; BGE 100 II 112; BROGGINI (Fn. 81), SPR I, S. 451; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1183; CHK-BRÄNDLI (Fn. 81), SchIT ZGB 2 N 3; KUKO ZGB-PFAFFINGER (Fn. 84), SchIT ZGB 2 N 2.

⁸⁷ BGE 133 III 109; BGE 127 III 19; BGE 119 II 50; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1183; BK-MUTZNER (Fn. 82), SchIT ZGB 2 N 17; BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 81), SchIT ZGB 5 N 4.

⁸⁸ BGE 133 III 109; BGE 127 III 19 f.; BGE 119 II 48; BGE 117 II 455; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 81), S. 1184; BSK ZGB II-VISCHER (Fn. 81), SchIT ZGB 5 N 4; SCHWANDER (Fn. 81), SchIT ZGB 2 N 2; CHK-BRÄNDLI (Fn. 81), SchIT ZGB 2 N 6.

⁸⁹ Ebenso: BÜHLER/StÄUBER (Fn. 72), S. 89; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1211.

⁹⁰ Pressemitteilung SECO vom 12. Oktober 2011, Griffigere Mittel gegen unlautere Geschäftsmethoden.

⁹¹ Im Ergebnis ebenso: BÜHLER/StÄUBER (Fn. 72), S. 89; HESS/RUCKSTUHL (Fn. 3), S. 1211; RUSCH/MAISSEN (Fn. 29), Rz. 24; SCHOTT (Fn. 4), S. 80; VISCHER (Fn. 26), S. 181 f.; a.M. PICHONNAZ (Fn. 3), S. 143.

Prof. Dr. iur. Florent Thouvenin, Rechtsanwalt, St. Gallen/
Zürich, Assistenzprofessor für Immaterialgüter- und Informationsrecht an der Universität St. Gallen.

Der Verfasser dankt Sandra Brändli, M.A. HSG und Silvio Hänsenberger, B.A. HSG für ihre wertvolle Mithilfe bei der Materialrecherche und der Finalisierung dieses Beitrags.

Der vorliegende Beitrag basiert teilweise auf einer Kommentierung von Art. 8 UWG, die im kommenden Jahr im Basler Kommentar zum UWG erscheinen wird; wegen der hohen Aktualität werden ausgewählte Überlegungen bereits jetzt veröffentlicht.

* * *