

Marius Stucki

Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers

Der Vorgänger des revidierten Art. 8 UWG über die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen war weitgehend toter Buchstabe. Mit den am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Änderungen soll nun eine wirksame AGB-Inhaltskontrolle ermöglicht werden. Im Beitrag werden die Ansätze von gestandenen Praktikern und Theoretikern zur Anwendung des neuen Art. 8 UWG mit den gewissermassen «frischen» Gedanken eines Studienabgängers komplementiert und Vorschläge zur Handhabung in der Praxis unterbreitet.

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

Zitiervorschlag: Marius Stucki, Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers, in: Jusletter 10. März 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund und Inhalt der Revision
- III. Anwendungsbereich
 1. Persönlicher Anwendungsbereich
 2. Sachlicher Anwendungsbereich
 3. Zeitlicher Anwendungsbereich
- IV. Tatbestandselemente
 1. Treu und Glauben
 2. Missverhältnis
 3. Erheblich und ungerechtfertigt
- V. Rechtsfolge
- VI. Fazit
- VII. Bibliografie
- VIII. Materialien

I. Einleitung

[Rz 1] Ein moderner Geschäftsverkehr ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist unvorstellbar. Sei es beim Eröffnen eines Bankkontos, beim Kauf eines Reisetickets oder bei der Online-Bestellung von Literatur – Anbieter von Waren und Dienstleistungen wickeln ihre Geschäfte unter dem Einbezug von AGB ab. Das Ausgestalten der AGB ist in der Regel jedoch nicht Gegenstand von Verhandlungen. Vielmehr sehen sich Kunden¹ oft mit faktischen AGB-Kartellen konfrontiert oder sind grossen Unternehmen gegenübergestellt, welche auf den einzelnen Vertragsabschluss nicht angewiesen sind und bei der Festlegung der Geschäftsbedingungen eine regelrechte Diktatmacht innehaben. Bei dieser Ausgangslage obliegt es dem Gesetzgeber, verhandlungsschwächere Vertragsparteien zu schützen und einen gesetzlichen Rahmen für AGB zu schaffen, welcher Missbräuche verhindert.

II. Hintergrund und Inhalt der Revision

[Rz 2] Der missbräuchlichen Ausgestaltung von AGB hat sich der Gesetzgeber erstmals ausdrücklich im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986² angenommen. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 8 UWG sollte eine «wirksame Überprüfung der Gültigkeit und Angemessenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen» erlauben³. Mit Aufnahme des Tatbestandselements der Irreführung durch das Parlament wurde die Bestimmung aber jeglicher Effektivität beraubt bzw. zum «zahnlosen Tiger» degradiert⁴. Dementsprechend hat das Bundesgericht aArt. 8 UWG auch nur selten angewandt⁵. Missbräuchlichen

AGB tritt es in der Regel mittels der Ungewöhnlichkeitsregel entgegen, obschon sich diese eigentlich mit Fragen des Konsenses und nicht mit der inhaltlichen Zulässigkeit befasst⁶. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der «verdeckten Inhaltskontrolle» des Bundesgerichts⁷.

[Rz 3] Am 1. Juli 2012 ist der revidierte Art. 8 UWG in Kraft getreten. Neu heisst es in der Bestimmung:

*«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**»* (Hervorhebungen hinzugefügt).

[Rz 4] Der revidierte Art. 8 UWG hat gemäss Botschaft das ausdrückliche Ziel, nunmehr eine offene Inhaltskontrolle des Bundesgerichts zu ermöglichen⁸. Aus diesem Grund wurde die Terminologie «in irreführender Weise» durch «in Treu und Glauben verletzender Weise» ersetzt. Mit der Streichung der Irreführung soll nun auch die abstrakte Kontrolle von AGB durch Konsumentenorganisationen möglich werden⁹. Unzulässig ist neu nicht mehr eine «Abweichung von der gesetzlichen Ordnung oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung der Rechten und Pflichten», sondern ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» zwischen den Rechten und Pflichten. Im Gegensatz zu aArt. 8 UWG ist die neue Fassung ausschliesslich auf Konsumentenverträge anwendbar. Auffallend ist schliesslich die Annäherung des Wortlauts an die EU-Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (EU-RL)¹⁰. Soweit ersichtlich hatte das Bundesgericht bisher noch keine Gelegenheit, sich zu diesen Neuerungen zu äussern.

III. Anwendungsbereich

1. Persönlicher Anwendungsbereich

[Rz 5] Der persönliche Anwendungsbereich vom neuen Art. 8 UWG ist auf Konsumenten limitiert. Da es in der schweizerischen Rechtsordnung keinen einheitlichen

¹ Die AGB-empfangende Partei wird in der Folge jeweils als «Kunde» bezeichnet, die AGB-stellende Partei jeweils als «Verwender».

² SR 241.

³ Botschaft zum UWG, BBl 1983 II 1009, S. 1071 f.

⁴ KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 28; vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1189; SCHWENZER, Rz. 46.03.

⁵ Unlauterkeit verneint z.B. in BGE 122 III 373 E. 3.a S. 378 f.; BGE 117 II 332

E. 5 S. 333 f.; Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002, E. 4.3; offen gelassen in Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 5.6.3.2.1.

⁶ Illustrativ BGE 119 II 443 E. 1.c S. 447 f.; weiterführend STUCKI, S. 29 ff.

⁷ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6177; BAUDENBACHER, S. 41; BUSER-GORA, S. 138; KOLLER TH., Bundesgericht, S. 944 f.; PERRIG, S. 289; SCHMID, S. 3.

⁸ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6178.

⁹ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6162; weiterführend RUSCH, Konsumentenorganisationen, S. 683 ff.; kritisch SCHOTT, S. 79.

¹⁰ Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:HTML>.

Konsumentenbegriff gibt und das UWG selber keine Definition enthält, gilt es herauszufinden, wer genau sich auf Art. 8 UWG berufen kann. Der Begriff des Konsumentenvertrags wird beispielsweise in Art. 32 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO)¹¹ (üblicher Verbrauch für persönliche oder familiäre Bedürfnisse), Art. 3 des Bundesgesetzes über den Konsumkredit (KKG)¹² (Vertrag einer natürlichen Person für eine nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit) oder Art. 40a Abs. 1 des Obligationenrechts (OR)¹³ (Verträge über Sachen und Dienstleistungen für den persönlichen oder familiären Gebrauch) definiert. Für die Auslegung beigezogen werden kann auch die Definition des Konsumenten in Art. 2 lit. b EU-RL (natürliche Personen, welche Verträge für einen nicht gewerblichen oder beruflichen Zweck abschliessen). Diesen Bestimmungen ist der Abschluss eines Vertrages für einen privaten Zweck des Abnehmers gemeinsam¹⁴. Nicht klar ist jedoch, ob Art. 8 UWG nur auf natürliche Personen anwendbar ist, denn auch Unternehmen können Verträge zu nicht gewerblichen Zwecken abschliessen. Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft diesbezüglich fest, dass Art. 8 UWG für Abnehmer aller Stufen gelten solle, da gerade auch KMU oftmals die schwächeren Vertragsparteien seien¹⁵. Das Parlament schlug aber einen anderen Weg ein. Die Protokolle zur Entstehung von Art. 8 UWG zeigen eindeutig, dass «Gewerbetreibende» und somit juristische Personen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden sollen¹⁶.

[Rz 6] Diese Limitierung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf natürliche Personen ist nicht gerechtfertigt. Im Rahmen der Gleichbehandlung vor dem Gesetz soll denjenigen Personen derselbe Schutz gewährt werden, welche in gleicher Weise schutzbedürftig sind. KMU, welche ausserhalb ihrer geschäftlichen Tätigkeitsfelder Verträge eingehen, sind den Bedingungen von stärkeren Vertragspartnern ebenso ausgeliefert wie natürliche Personen. Beim persönlichen Anwendungsbereich darf es deshalb nicht auf die persönlichen Eigenschaften, sondern nur auf die jeweilige Ungleichverteilung der Verhandlungsstärke zwischen den Parteien ankommen¹⁷. Eine solche Betrachtungsweise gilt beispielsweise für die deutsche AGB-Kontrolle¹⁸. Und auch im französischen Recht können juristische Personen als Konsumenten

gelten¹⁹. Aufgrund der Materialien zur Entstehung von Art. 8 UWG sowie der Anlehnung des Artikels an den Wortlaut der EU-RL werden die schweizerischen Gerichte dieser Auffassung jedoch kaum folgen²⁰. Unternehmen, welche Konsumentenkäufe abschliessen, werden sich somit auch in Zukunft v.a. mittels der Ungewöhnlichkeitsregel sowie den übrigen zwingenden Bestimmungen des Zivilrechts wehren müssen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

[Rz 7] Ferner ist zu beurteilen, ob Art. 8 UWG nur auf Güter zum «üblichen Verbrauch» in Anlehnung an Art. 32 Abs. 2 ZPO anwendbar ist oder ob ein weitergehender Verbraucherbegriff gilt. In der Lehre wird vertreten, dass mangels einer eigenen Definition im UWG auf diejenige der ZPO abzustellen sei²¹. Der Verbraucherbegriff wäre demnach eng auszulegen²². Stützt man sich jedoch nicht auf die ZPO, sondern beispielsweise auf den Wortlaut der EU-RL, so würden auch Reiseverträge, Verträge über den Kauf von Luxusgütern oder über den Abschluss von Lebensversicherungen als Konsumentenverträge gelten²³.

[Rz 8] Für den Massstab des «Verbrauchs» sollen praktische Überlegungen den Weg weisen. Reiseverträge, Bankgeschäfte sowie Versicherungen werden wohl nahezu ausnahmslos mit Einbezug von AGB abgeschlossen. Alltagskäufe im Supermarkt werden es in der Regel hingegen gerade nicht. Würde der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG auf den üblichen Verbrauch eingeschränkt, so würde die Wirkung der Inhaltskontrolle dort ausgehebelt, wo sie am dringendsten gebraucht wird. Die neue Inhaltskontrolle hat deshalb für sämtliche Verträge zu gelten, welche nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke abgeschlossen werden²⁴.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

[Rz 9] AGB von Verträgen, welche ab Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 geschlossen wurden, unterliegen dem neuen Recht. Für früher eingegangene Verträge enthält das UWG keine Übergangsbestimmungen. Anwendbar sind somit die allgemeinen intertemporalen Regeln der Schlussittel des ZGB (SchIT ZGB)²⁵. Nach Art. 1 SchIT ZGB gilt grundsätzlich das Prinzip der Nichtrückwirkung des Rechts. Dies gilt auch für Rechtsverhältnisse, welche vor Inkrafttreten einer Bestimmung begründet wurden und nach dem Inkrafttreten noch wirken. Eine Ausnahme bilden jedoch Bestimmungen,

¹¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

¹² Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1).

¹³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

¹⁴ MAISSEN, S. 162.

¹⁵ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6173.

¹⁶ Votum von StR BÜRGI in der Ständeratssitzung vom 17. März 2011, Amtl. Bull. Nr. 2011 S. 304; Votum von BR SCHNEIDER-AMMAN in der Ständeratssitzung vom 17. März 2011, Amtl. Bull. Nr. 2011 S. 304 f.

¹⁷ Gl.M. MAISSEN, S. 164.

¹⁸ § 307 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896 (BGB) spricht lediglich von den «Vertragspartnern».

¹⁹ BOUVERAT, Rz. 425 ff.

²⁰ Vgl. SCHMID, S. 8; SCHOTT, S. 79; STÖCKLI, Offene Inhaltskontrolle, S. 186; a.M. PICHONNAZ, S. 141.

²¹ HESS/RUCKSTUHL, S. 1195; SCHOTT, S. 79.

²² Zum Wortlaut siehe oben S. 3.

²³ SCHMID, S. 9; vgl. STÖCKLI, Aufbruch, S. 202.

²⁴ Gl.M. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 83.

²⁵ BÜHLER/STÄUBER, S. 87 f.; RÜETSCHI, S. 102.

mit denen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit geschützt werden sollen, die sog. «*ordre public*-Bestimmungen»²⁶. Diese finden gemäss Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB nämlich auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung, unabhängig vom Zeitpunkt deren Entstehung. Es fragt sich also, ob Art. 8 UWG als Ausdruck des *ordre public* qualifiziert werden kann. Pichonnaz bejaht in diesem Fall den *ordre public* u.a. in Anlehnung auf ein Urteil des EuGH, nachdem nationale Bestimmungen zum Verbraucherschutz «*le rang de normes d'ordre public*» innehaben²⁷. Rüetschi geht nach einer Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls von einer Rückwirkung aus²⁸.

[Rz 10] Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Auch wenn eine Rückwirkung dem Konsumentenschutz dienlich wäre, darf eine solche nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Ein Urteil des EuGH kann dabei nicht massgebend sein. Dies gilt umso mehr, als dass «*règles nationales qui occupent [...] le rang de normes d'ordre public*» in der deutschen Fassung des Urteils mit «nationalen Bestimmungen, die im nationalen Recht zwingend sind» übersetzt wird²⁹. Zwingende Bestimmungen sind jedoch nicht automatisch Teil des *ordre public*³⁰. Der Schlussfolgerung von Rüetschi, wonach das Bundesgericht eine Anwendung von Art. 2 SchIT ZGB durchwegs bejaht bei Normen, welche aus sozialpolitischen Gründen zum Schutz der schwächeren Partei eingeführt wurden³¹, stehen mindestens zwei höchstrichterliche Urteile entgegen: In den Urteilen 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 2 und 4A_6/2009 vom 11. März 2009 E. 2.7 hat das Bundesgericht eine rückwirkende Anwendung des revidierten KKG jeweils verneint. Das Bundesgericht ist bei der Bejahung des *ordre public* auch generell zurückhaltend. Zweck einer *ordre public*-Bestimmung ist es, die «Verletzung grundsätzlicher sozialpolitischer und ethischer Anschauungen» zu verhindern³². Solche Bestimmungen müssen zu den «Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung» gehören³³. Dazu gelten etwa die Art. 2 und 27 ZGB³⁴. In Anbetracht des politischen Ringens zur Frage, in welcher Form und ob überhaupt ein neuer Art. 8 UWG Bestand haben sollte, kann von einem Grundpfeiler der Rechtsordnung nicht die Rede sein³⁵. Art. 8 UWG gehört somit nicht zum *ordre public*. Eine

Rückwirkung auf Verträge, welche vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, bleibt ihm verwehrt³⁶.

[Rz 11] Bei vielen AGB, welche zu vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossenen Verträgen gehören, werden aber in mehr oder weniger regelmässigen Abständen einzelne AGB-Klauseln abgeändert. Für nach Inkrafttreten von Art. 8 UWG geänderte Klauseln fragt sich, ob diese dem alten oder dem neuen Recht unterstehen. Wie soeben dargelegt, gilt für den Vertrag als Ganzes grundsätzlich das Prinzip der Nichtrückwirkung. Bei konsequenter Anwendung dieses Prinzips könnte das alte Recht jedoch noch jahrzehntelang Anwendung finden, etwa bei Giroverträgen mit Banken, welche ihre AGB-Klauseln laufend anpassen, ohne die zugrunde liegenden Verträge aufzuheben und zu erneuern. Der überwiegende Teil der Lehre will geänderte AGB-Klauseln deshalb dem neuen Recht unterstellen³⁷. Gemäss einigen Autoren ist es aber sowohl für die AGB-Verwender als auch für die Konsumenten unzumutbar, wenn ein Teil der Klauseln dem alten und ein anderer Teil dem neuem Recht untersteht. Bereits eine Änderung von einzelnen Klauseln nach dem 1. Juli 2012 müsste deshalb zur Anwendung des revidierten Art. 8 UWG auf die gesamten AGB führen³⁸.

[Rz 12] Es ist grundsätzlich richtig, dass Verträge nicht «aufgespaltet» werden sollten. Um Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten, müssen Regelwerke nach Möglichkeit in ihrer Gesamtheit demselben Recht unterstellt sein. Dass bereits die Anpassung einer einzigen AGB-Klausel konsequent die Anwendung von Art. 8 UWG auf die gesamten AGB zur Folge hätte, ist mit der Regel der Nichtrückwirkung von Art. 1 SchIT ZGB jedoch nicht vereinbar. Es ist deshalb unumgänglich, dass für eine gewisse Periode unterschiedliches Recht auf verschiedene Klauseln derselben AGB anwendbar sein wird. Dennoch darf es den Verwendern nicht auf unbegrenzte Zeit möglich sein, Klausel um Klausel ihrer AGB anzupassen, ohne dass der neue Art. 8 UWG auf die gesamten AGB anwendbar wird. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung des Gesetzes entfaltet seine Wirkung dann nicht mehr, wenn ein Vertrag durch die Änderung einzelner AGB-Klauseln in seinen wesentlichen Zügen so abgeändert wird, dass er einen neuen Charakter erhält. Ist dies der Fall, so untersteht die Gesamtheit der Klauseln dem neuen Recht.

²⁶ Begriff: RÜETSCHI, S. 103.

²⁷ PICHONNAZ, S. 143, mit Referenz zum EuGH Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, Slg. 2009 I-09579, vom 6. Oktober 2009.

²⁸ RÜETSCHI, S. 107; vgl. KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 79; a.M. SCHOTT, S. 80; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 154.

²⁹ EuGH von oben Fn. 27, Rz. 52.

³⁰ BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109; BGE 100 II 105 E. 2 S. 112.

³¹ RÜETSCHI, S. 107.

³² BGE 119 II 46 E. 1.a S. 48.

³³ BGE 100 II 105 E. 2 S. 112.

³⁴ BGE 97 II 390 E. 3 S. 395.

³⁵ Gl.M. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 152.

IV. Tatbestandselemente

1. Treu und Glauben

[Rz 13] Der Verstoss gegen Treu und Glauben ersetzt im neuen Art. 8 UWG das bisherige Kriterium der Irreführung. Im

³⁶ Gl.M. BÜHLER/STÄUBER, S. 89; RUSCH, Schadensabwägungsklauseln, S. 444.

³⁷ HESS/RUCKSTUHL, S. 1211; KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 78; SCHOTT, S. 80.

³⁸ RUSCH, Schadensabwägungsklauseln, S. 444; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 148.

Lauterkeitsrecht zielt der Grundsatz von Treu und Glauben in erster Linie auf ein faires und anständiges Verhalten im Wettbewerb ab³⁹. Ob dieser Verstoss aber wie die Irreführung unter aArt. 8 UWG ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal bildet, ist fraglich. Dies hat der Bundesrat wohl bejaht und den Verstoss gegen Treu und Glauben in seinem Bericht zum UWG-Vorentwurf als «das die Unlauterkeit charakterisierende Element» bezeichnet. Als Anwendungsbeispiele wurden unklar, verwirrend oder intransparent gestaltete oder formulierte AGB aufgeführt⁴⁰. Damit fällt der Bundesrat aber wieder in das alte Muster des Bundesgerichts und vermischt die Inhaltskontrolle mit der Konsenskontrolle und der Ungeöhnlichkeitsregel⁴¹. So scheint in der Lehre auch nur eine Mindermeinung mit Schott das eigenständige Tatbestandselement zu bejahen⁴². Dagegen sieht eine grössere Zahl von Autoren im Verstoss gegen Treu und Glauben kein eigenständiges Element, sondern den Massstab, nach welchem die eigentlichen Kriterien von Art. 8 UWG ausgelegt werden müssen⁴³. Verlangt wird eine «umfassende Abwägung sämtlicher schützenswerter Interessen des AGB-Verwenders und der Gegenseite»⁴⁴. Mit der Abwägung soll sichergestellt werden, dass der AGB-Verwender seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbraucht, lediglich eigene Interessen zu verfolgen⁴⁵. Dabei sollen insbesondere die Geschäftserfahrung und die Rechtskundigkeit der Vertragspartner sowie die Kräfteverhältnisse berücksichtigt werden⁴⁶. In Anbetracht des Umstands, dass mit dem neuen Art. 8 UWG eine griffige Grundlage für eine offene Inhaltskontrolle geschaffen werden sollte, ist die Herbeiziehung von Treu und Glauben lediglich als genereller Massstab gerechtfertigt. Mit den Begriffen «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» bleibt der Rechtsprechung und Lehre noch genügend Konkretisierungsarbeit. Wäre es nötig, für das Element des Verstosses gegen Treu und Glauben noch einzelne Fallgruppen zu bilden, würde Art. 8 UWG wie sein Vorgänger der gewünschten Schlagkraft beraubt.

2. Missverhältnis

[Rz 14] Art. 8 UWG setzt ein Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragspartner voraus. Dieses Missverhältnis muss zusätzlich als erheblich und ungerechtfertigt qualifiziert werden können. Das Zusammenwirken von

Missverhältnis, Erheblichkeit und «ungerechtfertigt» wirft auch die Hauptfragen zum neuen Art. 8 UWG auf: Welche dieser Elemente sind anhand von Treu und Glauben auszulegen und welche ohne jegliche Einzelfallwertung? Nach welchem Massstab beurteilt sich, ob ein Missverhältnis vorhanden ist? Worin unterscheiden sich die Voraussetzungen von «erheblich» und «ungerechtfertigt»? Bei der Beantwortung dieser Fragen muss, wie bereits erwähnt, der Gedanke leitend sein, dass der Gesetzgeber mit dem neuen Art. 8 UWG eine wirksame und schlagkräftige Inhaltskontrolle von AGB ermöglichen wollte. Die verschiedenen Elemente sollen deshalb so weit wie möglich konkretisiert werden, und nicht ausschliesslich von Billigkeits- und Ermessensüberlegungen gesteuert werden.

[Rz 15] Fraglich ist, aufgrund welches Referenzrahmens sich ein Missverhältnis der Rechte und Pflichten der Parteien ergeben kann. In der Lehre wird mit THOMAS KOLLER vertreten, dass dafür eine Wertung unter dem Grundsatz von Treu und Glauben vorzunehmen ist. Als Referenzmassstab diene dabei das dispositive Gesetzesrecht sowie die Vertragsnatur⁴⁷. Demgegenüber hat sich der neue Art. 8 UWG gemäss HESS/RUCKSTUHL ausdrücklich vom Referenzrahmen der gesetzlichen Ordnung und der Vertragsnatur abgewendet. Dieser dürfe somit nicht mehr berücksichtigt werden. Massgebend seien nur noch allgemeine Grundsätze, wie die schonende Rechtsausübung, die Verhältnismässigkeit und das Gebot von Treu und Glauben⁴⁸. Schott ist der Ansicht, der neue Art. 8 UWG stelle damit sogar höhere Anforderungen an die AGB-Kontrolle als das alte Recht⁴⁹.

[Rz 16] Um eine wirkungsvolle Inhaltskontrolle zu ermöglichen, muss zumindest das Element des Missverhältnisses rein objektiv beurteilt werden, d.h. ohne jegliche Wertung oder Einzelfallbetrachtung. Wertungen bzw. eine Beleuchtung der Umstände anhand von Treu und Glauben haben gemäss dem hier vorgeschlagenen Vorgehen erst und alleine unter dem Kriterium «ungerechtfertigt» zu erfolgen. Die Wortwahl «Missverhältnis» ist insofern unglücklich, als dass darin bereits eine Wertung enthalten ist. Besser wäre die Bezeichnung «Ungleichverteilung»⁵⁰. In einem ersten Schritt ist die Verteilung der Rechte und Pflichten einzig mit dem dispositiven Recht zu vergleichen. Dabei ist jede vertragliche Abweichung davon als Ungleichverteilung bzw. als Missverhältnis zu qualifizieren. Auch in der Literatur zur EU-RL wird als Massstab für das Bestehen eines Missverhältnisses auf das Gesetz abgestellt⁵¹. Subsidiär zur gesetzlichen Ordnung darf

³⁹ MAISSEN, S. 168.

⁴⁰ Erläuternder Bericht zur Änderung des UWG vom 6. Juni 2008, S. 18.

⁴¹ HESS/RUCKSTUHL, S. 1202.

⁴² SCHOTT, S. 79; wohl auch GOBET, S. 541.

⁴³ KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 46; MAISSEN, S. 167; RUSCH, Schadensabwägungsklauseln, S. 442; SCHWENZER, Rz. 46.04a; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 101.

⁴⁴ SCHMID, S. 14; vgl. Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6179.

⁴⁵ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 108.

⁴⁶ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6179.

⁴⁷ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 40; MAISSEN, S. 170 f.; RUSCH, Schadensabwägungsklauseln, S. 442; vgl. SCHMID, S. 11.

⁴⁸ HESS/RUCKSTUHL, S. 1197 und 1199.

⁴⁹ SCHOTT, S. 80.

⁵⁰ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 45; vgl. die Bezeichnung «Ungleichgewicht» in BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 116.

⁵¹ PFEIFFER, A5 Art. 3 Rz. 55.

insbesondere bei Innominatkontrakten auch die Vertragsnatur als Referenzrahmen dienen.

3. Erheblich und ungerechtfertigt

[Rz 17] Gemäss Botschaft ist ein Missverhältnis dann erheblich und ungerechtfertigt, wenn es «mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint»⁵². Zu den Voraussetzungen «erheblich und ungerechtfertigt» werden verschiedene Ansichten vertreten. MAISSEN und THOUVENIN etwa wollen einzig die Erheblichkeit nach Massstab von Treu und Glauben prüfen, da ein gegen Treu und Glauben verstossendes erhebliches Missverhältnis ohnehin in jedem Fall ungerechtfertigt sei⁵³. Nach STÖCKLI hingegen braucht der Massstab von Treu und Glauben überhaupt keine Beachtung, da jedes erhebliche Missverhältnis von Rechten und Pflichten in AGB gegen Treu und Glauben verstosse⁵⁴. Die Botschaft wiederum kann so verstanden werden, dass sowohl die Erheblichkeit wie auch das Element «ungerechtfertigt» unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben separat zu prüfen sind⁵⁵.

[Rz 18] Nach dem hier vorgeschlagenen Vorgehen ist das Missverhältnis, d.h. das Abweichen der AGB-Klauseln vom dispositiven Recht, der Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle. Die Abweichung muss, um unlauter zu sein, sodann zwei weitere Kriterien erfüllen. Sie muss einerseits objektiv («erheblich») und andererseits subjektiv («ungerechtfertigt») als unverhältnismässig qualifiziert werden. Wiederum gilt es, entsprechend dem Willen des Gesetzgebers, die Inhaltskontrolle griffig zu gestalten. Das objektive Element der Erheblichkeit ist deshalb ohne Einzelfallbetrachtung, ohne Interessenabwägung und ohne Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu prüfen. Massgebend ist einzig, ob eine Klausel spürbar bzw. mehr als nur geringfügig vom dispositiven Recht abweicht. Bei Innominatkontrakten muss die ungleiche Risiko- bzw. Interessenverteilung im Vergleich zur Vertragsnatur fühlbar sein⁵⁶.

[Rz 19] Erst das subjektive Element «ungerechtfertigt» erlaubt unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Abwägung aller relevanten Umstände⁵⁷. Hier entscheidet sich, ob der schwächere Vertragspartner vor bestimmten Wirkungen der AGB geschützt werden muss. Massgebend ist, ob der Fortbestand einer Klausel dem Grundsatz der Billigkeit widerspricht und als einzige zumutbare Folge deren

Nichtigkeit erscheint⁵⁸. Dabei ist ein Missverhältnis umso eher als ungerechtfertigt zu qualifizieren, als dass die betroffenen Rechte und Pflichten für das Vertragsverhältnis eine zentrale Stelle einnehmen⁵⁹. Auch unter dem Element «ungerechtfertigt» ist zu prüfen, ob einzelne unverhältnismässige Klauseln mit anderen kompensiert werden, welche wiederum zugunsten der schwächeren Partei ausfallen⁶⁰. Bereits gemäss Wortlaut von Art. 8 UWG, der vom «Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten» (jeweils in der Mehrzahl) spricht, muss eine solche Kompensation möglich sein⁶¹.

[Rz 20] Die Frage, ob eine AGB-Klausel ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien herstellt, ist nach der hier vertretenen Auffassung das eigentliche Herzstück der neuen Inhaltskontrolle. Deshalb ist bei Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses auch nicht von einer natürlichen Vermutung auszugehen, dass ein solches Missverhältnis auch ungerechtfertigt sei. Für das Kriterium «ungerechtfertigt» gibt es somit keine Umkehr der Beweislast zuungunsten des AGB-Verwenders, wie dies teilweise in der Lehre gefordert wird⁶². Sowohl das objektive Element der Erheblichkeit als auch das subjektive Kriterium «ungerechtfertigt» müssen vom Kunden dargelegt werden.

V. Rechtsfolge

[Rz 21] Verletzt eine AGB-Klausel Art. 8 UWG, so ist sie nichtig⁶³. Die Nichtigkeit betrifft nach Art. 20 Abs. 2 OR aber nicht die gesamten AGB oder sogar den ganzen Vertrag, sondern nur denjenigen Teil, der gemäss den Voraussetzungen von Art. 8 UWG unzulässig ist⁶⁴. Eine teleologische Reduktion einer Klausel auf einen zulässigen Gehalt ist ausgeschlossen⁶⁵. Denn würden die Gerichte eine geltungserhaltende Reduktion der unzulässigen Klauseln vornehmen, könnten AGB-Verwender auf diese Rechtsfolge spekulieren. So könnten Banken beispielsweise übermässige Schadensabwälzungsklauseln in ihre AGB integrieren, im Wissen, dass die Gerichte diese nicht aufheben, sondern lediglich auf ein zulässiges Mass reduzieren werden. Unter solchen Bedingungen würde Art. 8 UWG seiner präventiven Wirkung be-

⁵² Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6179.

⁵³ MAISSEN, S. 172 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 132; vgl. KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 45 f.

⁵⁴ STÖCKLI, Offene Inhaltskontrolle, S. 184.

⁵⁵ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6178 f.

⁵⁶ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201.

⁵⁷ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201.

⁵⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6179.

⁵⁹ Vgl. KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 43, hier jedoch in Zusammenhang mit der Erheblichkeit des Missverhältnisses.

⁶⁰ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201, welche die Kompensation unter dem Aspekt des erheblichen Missverhältnisses prüfen wollen.

⁶¹ GOBET, S. 540; vgl. PICHONNAZ, S. 144; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 120 ff.; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN, S. 11; eher ablehnend MAISSEN, S. 173 f.

⁶² KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 47; SCHMID, S. 15.

⁶³ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 Rz. 144.

⁶⁴ Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151, S. 6180; PICHONNAZ, S. 144.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 5.6.3.2.1; HESS/RUCKSTUHL, S. 1211.

raubt⁶⁶. Sinnvoller ist es, den AGB-Verwendern die Verantwortung zu überlassen, ihre AGB so zu formulieren, dass sie keine Unwirksamklärung durch die Gerichte riskieren⁶⁷. Somit gilt, dass unzulässige Klauseln gänzlich aufgehoben und durch dispositives Recht bzw. subsidiär durch richterliche Lückenfüllung ersetzt werden⁶⁸.

VI. Fazit

[Rz 22] Die Lehre begegnet dem neuen Art. 8 UWG grösstenteils mit Skepsis. HESS/RUCKSTUHL etwa sind der Meinung, dass der neue Art. 8 UWG «meilenweit» von einem Beitrag zu mehr Rechtssicherheit entfernt sei⁶⁹. STÖCKLI wertet die Limitierung des Anwendungsbereichs auf Konsumenten als «massiven Rückschritt»⁷⁰. THOMAS KOLLER freut sich immerhin auf «spannende Zeiten»⁷¹. In der Tat ist der neue Art. 8 UWG nicht vorschnell abzuschreiben. Der Tatbestand besteht zwar nach wie vor aus zahlreichen auslegungsbedürftigen Elementen. Nach der Annäherung an die EU-RL bietet deren beispielhafter Katalog mit missbräuchlichen AGB-Klauseln jedoch eine wertvolle Gedankenstütze. Da der Revisionsprozess ausdrücklich das Ziel einer handfesten AGB-Kontrolle verfolgte, darf nun auch erwartet werden, dass sich das Bundesgericht (bei Konsumentenverträgen) von der verdeckten Inhaltskontrolle verabschiedet. Indem die Lehre griffige Prüfprogramme zur Anwendung von Art. 8 UWG bereitstellt, kann sie ihm diesen Schritt massgeblich vereinfachen.

VII. Bibliografie

BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: Baudenbacher Carl u.a., *AGB – Eine Zwischenbilanz*, St. Gallen/Berlin 1991, S. 17–66.

BOUVERAT DAVID, *Conditions générales d'affaires : perspectives législatives. Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne*, Diss. jur. Neuenburg 2009.

BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, in: *recht* 2012, S. 86–89.

BUSER-GORA JUSTYNA, *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr*, Diss. jur. Zürich 2012.

GOBET MARIE-NOËLLE, *L'article 8 LCD et les clauses insolites*, in: *ECS* 8/13, S. 539–541.

HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung*, in: *AJP* 2012, S. 1188–1212.

KOLLER THOMAS, *Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung*, in: Emenegger Susan (Hrsg.), *Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz*, Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Basel 2013, S. 17–81 (zit. KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG).

KOLLER THOMAS, *Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*, in: *AJP* 2008, S. 943–953 (zit. KOLLER THOMAS, Bundesgericht).

MAISSEN EVA, *Die automatische Vertragsverlängerung – unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, in: *ZStP* Nr. 248/2012, S. 156–183.

PERRIG ROMAN, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel. Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice*, Basel 2011.

PFEIFFER THOMAS, *Art. 3 Richtlinie 93/13/EWG*, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage, München 2009.

PICHONNAZ PASCAL, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: *BR/DC* 2012, S. 140–145.

RÜETSCHI DAVID, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, in: *recht* 2013, S. 101–108.

RUSCH ARNOLD F., *Konsumentenorganisationen im AGB-Streit*, in: *ZBJV* 149/2013, S. 683–704 (zit. RUSCH, Konsumentenorganisationen).

RUSCH ARNOLD F., *Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle*, in: *SZW* 2012, S. 439–444 (zit. RUSCH, Schadensabwälzungsklauseln).

SCHMID JÖRG, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, in: *ZBJV* 148/2012, S. 1–21.

SCHOTT ANSGAR, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle. Insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2012, S. 78–82.

SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012.

STÖCKLI HUBERT, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, in: *BR/DC* 2011, S. 184–188 (zit. STÖCKLI, *Offene Inhaltskontrolle*).

STÖCKLI HUBERT, *Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?*, in: *HAVE* 2012, S. 199–205 (zit. STÖCKLI, *Aufbruch*).

STUCKI MARIUS, *AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht unter besonderer Betrachtung des revidierten Art. 8 UWG*, in: *Magister*, Editions Weblaw, Bern 2013.

THOUVENIN FLORENT, *Art. 8 UWG*, in: Hilty Reto M./Arpagaus

⁶⁶ Vgl. GOBET, S. 541; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN, S. 12.

⁶⁷ KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 65 ff.; RUSCH, *Schadensabwälzungsklauseln*, S. 443.

⁶⁸ PICHONNAZ, S. 144.

⁶⁹ HESS/RUCKSTUHL, S. 1212.

⁷⁰ STÖCKLI, *Aufbruch*, S. 204 f.

⁷¹ KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG, S. 80.

Reto (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013.

WETZEL THOMAS/GRIMM MICHAEL/MOSIMANN PETER, Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen – L'applicabilité de l'art. 8 LCD aux conditions générales des contrats de bail, in: MRA 1/13, S. 3–13.

VIII. Materialien

Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983, Bd. II, S. 1009–1101. Abrufbar unter: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049038>.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151–6192. Abrufbar unter: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2009/6151.pdf>.

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 6. Juni 2008. Abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>.

Ständerat, Frühjahrssession 2011, Vierzehnte Sitzung, Beratung vom 17. März 2011 über Änderungen am Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Abrufbar unter: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4817/350673/d_s_4817_350673_350685.htm.

MARIUS STUCKI hat 2013 an der Universität Bern den Master in Rechtswissenschaften erlangt. Dieser Beitrag basiert auf einem Ausschnitt seiner Masterarbeit «AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung des revidierten Art. 8 UWG», welche unter der Rubrik «Magister» auf <http://epub.weblaw.ch/> erhältlich ist.

* * *