

Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG

MARKUS VISCHER

Art. 8 UWG befindet sich im UWG und nicht im OR. Das hat Auswirkungen auf die Art der von dieser Bestimmung statuierten offenen Inhaltskontrolle. Diese ist generell-abstrakt und nicht individuell-konkret, auch dann nicht, wenn Art. 8 UWG im individuell-konkreten Fall vom Konsumenten angerufen wird. Das hat auch Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 8 UWG, z.B. was die unbestimmten Rechtsbegriffe «allgemeine Geschäftsbedingungen» «verwenden» oder «Treu und Glauben» betrifft. Bevor Art. 8 UWG zum Zuge kommen kann, sind die betroffenen AGB auszulegen. Diese Auslegung hat objektiviert zu erfolgen. Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG führt zur Nichtigkeit (bzw. zur Teilnichtigkeit oder zur modifizierten Teilnichtigkeit) der betroffenen AGB. Die Nichtigkeit wirkt nach traditioneller Auffassung erga omnes und kann grundsätzlich von jedermann geltend gemacht werden.

L'art. 8 LCD se trouve dans la LCD et non dans le CO. Cela a des conséquences sur la nature du contrôle abstrait du contenu prévu par cette disposition. Cette dernière est générale-abstraite et non individuelle-concrète, même lorsque l'art. 8 LCD est invoqué par des consommateurs dans un cas individuel-concret. Cela a également un effet sur l'interprétation de l'art. 8 LCD, notamment en ce qui concerne les notions juridiques indéterminées que sont « conditions générales », « utiliser » ou « bonne foi ». Avant que l'art. 8 ne puisse s'appliquer, il sied d'interpréter les CG en question. Cette interprétation doit s'effectuer de manière objectivée. Une violation de l'art. 8 LCD entraîne la nullité (ou la nullité partielle ou la nullité partielle modifiée) des CG concernées. Selon la conception traditionnelle, la nullité vaut erga omnes et peut en principe être invoquée par tous.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzes- und Vertragsrecht als Normen
- III. Begriff der AGB
- IV. AGB als Normen
- V. Traditionelle AGB-Kontrolle
 - A. Inhalt der traditionellen AGB-Kontrolle
 - B. Traditionelle AGB-Kontrolle als individuell-konkrete Normenkontrolle
- VI. AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG
 - A. AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG als generell-abstrakte Normenkontrolle
 - B. Auslegung von AGB für die Zwecke einer generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG
 - C. Inhalt der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Allgemeinen
 - D. Inhalt der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Besonderen
 - E. Folgen der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Falle der Verletzung dieser Bestimmung
- VII. Zusammenfassung und Thesen

I. Einleitung

Die (generell-)abstrakte Normenkontrolle kennt man aus dem Staatsrecht. Gemeinhin wird unter ihr die Überprüfung

MARKUS VISCHER, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Walder Wyss AG, Zürich

Manuskript basierend auf einem Vortrag gehalten am 7.5.2014 an einer Tagung der Stiftung juristische Weiterbildung Zürich mit dem Thema «Aktuelle Entwicklungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Konsumenten und KMU».

von Gesetzesrecht durch ein Gericht ohne Zusammenhang mit einem konkreten Anwendungsfall auf ihre Vereinbarung mit höherstufigem Recht (z.B. Verfassungsrecht) verstanden.¹ Die (generell-)abstrakte Normenkontrolle steht im Gegensatz zur (individuell-)konkreten Normenkontrolle, in der anlässlich der Überprüfung eines Einzelakts (z.B. Verfügung oder Urteil) Gesetzesrecht auf ihre Vereinbarung mit höherstufigem Recht (z.B. Verfassungsrecht) überprüft wird, auf das sich der Einzelakt stützt.²

Die (generell-)abstrakte Normenkontrolle kann präventiv (Kontrolle von noch nicht in Kraft gesetzten Gesetzesrecht) oder repressiv (Kontrolle von bereits in Kraft gesetztem Gesetzesrecht) sein.³

Was ist nun im Vergleich zu dieser (generell-)abstrakten Normenkontrolle die sogenannte generell-abstrakte AGB-Kontrolle nach UWG?

II. Gesetzes- und Vertragsrecht als Normen

Gesetzes- wie Vertragsrecht besteht aus Normen. Gesetzes- wie Vertragsrecht schafft Recht. Gesetzesrecht besteht aus generell-abstrakten Normen, also Regeln, welche sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richten und eine unbestimmte Zahl von Fällen erfasst. Vertrags-

Z.B. WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/THOMAS GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 973.

Z.B. Haller/Kölz/Gächter (FN 1), N 985.

Z.B. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (FN 1), N 973 ff.

recht besteht dagegen aus individuell-konkreten Normen, also Regeln, welche sich an die Vertragsparteien richten und einen konkreten Fall erfassen. Die Trennung ist allerdings keine absolute. Vielmehr stehen Gesetzes- und Vertragsrecht in einer Stufenfolge zunehmender Individualisierung und Konkretisierung.⁴

III. Begriff der AGB

§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB beschreiben AGB wie folgt: «Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. [...] Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.»

Dieser Begriff der AGB in § 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BGB mit den beiden Hauptmerkmalen «Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen» und «Keine individuelle Aushandlung» deckt sich mit dem schweizerischen Begriff der AGB⁵, jedenfalls aber mit dem Begriff der AGB gemäss Art. 8 UWG⁶, wobei nicht verschwiegen sei, dass beide Hauptmerkmale sehr schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen.⁷

⁴ Zum Ganzen z.B. Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, Einführung in das Recht, 5. A., Bern 2012, 5. Teil, Vorbemerkungen, N 5.

AGB enthalten i.d.R. Accidentalia und Naturalia, also Vertragsabreden, die für das Zustandekommen eines Vertrags nicht zwingend nötig sind.⁸ Sie können aber auch Essentialia enthalten, also diejenigen Punkte, die verabredet sein müssen, damit ein bestimmter Vertrag überhaupt zustande kommen kann.⁹

Keine Rolle spielt, ob die AGB vom eigentlichen Vertragsdokument abgesondert oder in das Vertragsdokument integriert sind bzw. dieses als sogenannter Formular- oder Standardvertrag selbst ausmachen.¹⁰

Keine Rolle spielt selbstverständlich auch die Bezeichnung. Oft spricht man z.B. statt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Allgemeinen Vertragsbedingungen.¹¹

IV. AGB als Normen

AGB werden nur Vertragsbestandteil, wenn die Vertragspartei im konkreten Einzelfall mit ihrer Geltung einverstanden ist. ¹² Nur dann werden AGB zu Vertragsrecht und zu Normen. ¹³

Aus den allgemeinen Grundsätzen zur Auslegung einer Willenserklärung¹⁴ kann sich dieses Einverständnis daraus ergeben, dass die Vertragspartei die Übernahme (Einbeziehung in der deutschen Terminologie) effektiv will (Willenstheorie oder -prinzip) oder es zumindest erklärt und diese Erklärung nach Treu und Glauben als Einverständnis zu verstehen ist (Erklärungstheorie oder -prinzip) oder Vertrauenstheorie oder -prinzip).

Kennt die Vertragspartei die AGB, spricht man von Vollübernahme der AGB. 15 Das Gegenteil der Vollüber-

Gl.M. Hubert Stöckli/Lisa Aeschimann, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, 85; zum schweizerischen Begriff der AGB z.B. Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28.11.2002, E. 3.1; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N 605; Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 6; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1118; Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Art. 1 OR N 181, Berner Kommentar, Art. 1 OR N 181.

STÖCKLI/AESCHIMANN (FN 5), 84 ff. und SANDRO ABEGGLEN/
THOMAS COENDET/DOMINIQUE GROSS, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle –
Erwachsenenschutz, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2013, 92 f. zu den Merkmalen der Vorformulierung und der Vielzahl;
STÖCKLI/AESCHIMANN (FN 5), 88 ff.; ERDEM BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées?,
AJP/PJA 2012, 1401 f. und Eva Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Zürich/Basel/Genf, 2012,
N 110 ff. zur Abgrenzung von individuell ausgehandelten und nicht individuell ausgehandelten Bestimmungen.

⁸ Zu den Begriffen Accidentalia und Naturalia z.B. MAX KELLER/ KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995, 11 f.

⁹ Zur diesbezüglichen Kontroverse ROMAN PERRIG, 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, 21; zum Begriff Essentialia z.B. KELLER/SIEHR (FN 8), 7.

¹⁰ Maissen (FN 7), N 100, 112; s. auch § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB.

¹¹ Perrig (FN 9), 15.

¹² Z.B. HUGUENIN (FN 5), N 614; s. auch § 305 Abs. 2 BGB.

Wolfgang Wiegand, Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, hrsg. von Heinrich Honsell/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow, Basel/Genf/München 2004, 335; Kramer/Schmidlin (FN 5), Art. 1 OR N 184; beide auch zu früheren anderen Meinungen in Deutschland; s. auch Kramer/Schmidlin (FN 5), Art. 1 OR N 183 zum Verständnis von AGB als Normen «in einem rechtssoziologischen Sinn».

¹⁴ Z.B. HUGUENIN (FN 5), N 189 ff.

¹⁵ Zum Begriff z.B. Huguenin (FN 5), N 618; Perrig (FN 9), 33 f.

nahme ist die Globalübernahme der AGB.¹⁶ Sie liegt vor, wenn die Vertragspartei die AGB zwar nicht kennt, sie aber trotzdem ihr Einverständnis zur Übernahme der AGB erklärt. Das ist ihr gutes Recht. Genauso wie es einer Vertragspartei gleichgültig sein darf, mit wem sie den Vertrag schliesst¹⁷, darf ihr der Inhalt von AGB gleichgültig sein. Entsprechende Erklärungen zur Übernahme von AGB sind deshalb nach Treu und Glauben gültig¹⁸, womit der Grundsatz von Treu und Glauben primär den AGB-Verwender schützt.¹⁹ Es verhält sich nicht anders als bei anderen ungelesenen und trotzdem unterzeichneten Urkunden.²⁰

Mit ihrer Übernahme in einen konkreten Vertrag werden AGB individuell-konkrete Normen und können einer konkreten AGB-Kontrolle unterzogen werden.

V. Traditionelle AGB-Kontrolle

A. Inhalt der traditionellen AGB-Kontrolle

Die Unterscheidung von Voll- und Globalübernahme nahm das Bundesgericht schon früh zum Anlass, um die sogenannte Geltungskontrolle von AGB (auch Konsenskontrolle²¹ oder Einbeziehungskontrolle²² genannt) durchzuführen. Es geht dabei um die Prüfung, ob (bei einer Globalübernahme, dessen Begriff sukzessive ausgeweitet wurde und welche letztendlich bei einer AGB-Übernahme praktisch immer angenommen wird)²³ die AGB Vertragsbestandteil geworden sind, wobei aber der Grundsatz von Treu und Glauben nicht primär zum Schutz des AGB-Verwenders eingesetzt wird, sondern primär zum Schutz von dessen Vertragspartei.²⁴

¹⁶ Zum Begriff z.B. Huguenin (FN 5), N 618; Perrig (FN 9), 34 f.

In einem ersten diesbezüglichen Schritt entschied das Bundesgericht, dass nach Treu und Glauben nur dann eine Globalübernahme angenommen werden dürfe, wenn die Vertragspartei die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB gehabt habe.²⁵ Die Lehre schloss sich dieser Meinung unter dem Stichwort «Zumutbare Zugänglichkeit zu den AGB» an²⁶, womit allerdings ein erster Schritt in eine verdeckte Inhaltskontrolle gemacht wurde. Denn Treu und Glauben gebieten keineswegs zwingend eine «Zumutbare Zugänglichkeit zu den AGB». Denn der Inhalt von AGB darf einer Partei wie gesagt gleichgültig sein, ob ihr die AGB nun «zumutbar zugänglich» sind oder nicht.²⁷

Gestützt auf den bereits erwähnten BGE 45 I 43 leitete ein Teil der Lehre die Ungewöhnlichkeitsregel ab²⁸, welche das Bundesgericht später aufnahm.²⁹ Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass ungewöhnliche AGB-Bestimmungen nicht gelten, wobei ungewöhnliche Bestimmungen solche sind, die «zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen».³⁰ Damit erweiterte das Bundegericht die Geltungskontrolle weiter und machte einen weiteren Schritt in eine verdeckte Inhaltskontrolle.³¹ Denn die Ungewöhnlichkeitsregel ist

¹⁷ Art. 32 Abs. 2 OR.

Siehe bereits BGE 45 I 43, 47: «Dieser [der Rekurrent] kann sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, dass er die gedruckte Gerichtsstandsklausel nicht gelesen und daher ihren Inhalt nicht gewollt habe; denn nach der in der bundesgerichtlichen Praxis anerkannten Erklärungstheorie ... bedarf es zu einer wirksamen Willenserklärung nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhalts.»; zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung Christoph Hurni/Kathrin Klett, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 81 f.

THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP/PJA 2008, 947.

Dazu z.B. KARL OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Aequitas und Bona Fide, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, hrsg. von Juristische Fakultät der Universität Basel, Basel 1955, 263 ff.

²¹ Z.B. SCHMID (FN 5), 2 ff.

²² Kramer/Schmidlin (FN 5), Art. 1 OR N 201.

²³ Perrig (FN 9), 34 f.

²⁴ Koller (FN 19), 947; Offinger (FN 20), 267 f.

²⁵ BGE 77 II 154, E. 4: «Es genügt, dass der Kunde … die Möglichkeit hat, sich von deren Inhalt [vom Inhalt der AGB] Kenntnis zu verschaffen. Ob er sich dazu die Mühe nimmt, ist rechtlich bedeutungslos.»; zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung HURNI/KLETT (FN 18), 81 f.

Z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 1140; ausführlich PERRIG (FN 9), 1 ff., insbesondere auch 44 f. zur Herleitung des Erfordernisses der «Zumutbaren Zugänglichkeit» aus dem Vertrauensprinzip; s. auch § 305 Abs. 2 BGB.

MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 179; PETER HIGI, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für WALTER OTT, hrsg. von Sandra Hotz/Klaus Mathys, Zürich/St. Gallen 2008, 506 und 508.

²⁸ Hurni/Klett (FN 18), 82.

BGE 108 II 416, E. 1b; BGE 109 II 116, E. 2; BGE 109 II 213, E. 2;
 BGE 109 II 452, E. 5b; zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen
 Rechtsprechung HURNI/KLETT (FN 18), 82 f.

³⁰ BGE 135 III 1, E. 2.1; s. auch HUGUENIN (FN 5), N 619 ff. und § 305c Abs. 1 BGB.

VITO ROBERTO/MARISA WALKER, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, AJP/PJA 2014, 53; THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP/PJA 2014, 22; ANSGAR SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 78; HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 187; KOLLER (FN 19), 944 f.; s. auch BGE 135 III 1, E. 2.2 und 3.5, in welchem Urteil das Bundesgericht die Qualifikation seiner Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel als verdeckte Inhaltskontrolle erwähnte, aber keine Konsequenzen darauf zog.

keineswegs ein Gebot von Treu und Glauben. Der Inhalt von AGB darf einer Partei wie gesagt gleichgültig sein, ob in ihr ungewöhnliche Klauseln enthalten sind oder nicht.³² Es ist nicht überraschend, dass die vorstehend wiedergegebene Umschreibung ungewöhnlicher Bestimmungen massgebend vom Werkzeug einer offenen Inhaltskontrolle («offen» im Sinne des Gegensatzes zu «verdeckt», nicht im Sinne von «grenzenlos»),³³ d.h. aArt. 8 UWG, beeinflusst wurde, wie der Vergleich der Umschreibung und des Wortlauts von aArt. 8 UWG zeigt.³⁴ Immerhin ist anzufügen, dass das Bundesgericht nur selten eine ungewöhnliche AGB-Bestimmung annimmt³⁵, wobei allerdings in der letzten Zeit eine gewisse Lockerung der restriktiven Praxis zu beobachten ist.³⁶

Neben dieser sogenannten Geltungskontrolle mit den Prüfschritten «Voll- oder Globalübernahme», «zu- oder unzumutbare Zugänglichkeit», «gewöhnliche oder ungewöhnliche Bestimmungen» betreibt das Bundesgericht eine sogenannte Auslegungskontrolle von AGB durch Applikation z.B. der sogenannten Vorrangsregel, der sogenannten Restriktionsregel oder der sogenannten Unklarheitsregel.³⁷ Die Vorrangsregel besagt, dass individuelle Abreden abweichende AGB-Bestimmungen verdrängen.³⁸ Die Restriktionsregel besagt, dass vom dispositiven Recht abweichende AGB-Bestimmungen eng auszulegen sind.³⁹ Die Unklarheitsregel besagt, dass bei einem nicht eindeutigen Auslegungsresultat einer AGB-Bestimmung das für den Verwender ungünstigere Auslegungsresultat zu wählen ist.⁴⁰

Auch mit dieser Auslegungskontrolle wird (oft) eine verdeckte Inhaltskontrolle betrieben.⁴¹ Denn Treu und

Glauben verlangen eine solche Auslegungskontrolle keineswegs zwingend, auf alle Fälle dann nicht, wenn sie rein formallogisch betrieben wird.⁴²

Gemeinhin wird gesagt, die Geltungskontrolle beschlage die Konsensfrage und die Auslegungskontrolle die Auslegungsfrage.⁴³ Das ist so nicht richtig. Erstens lässt sich rechtslogisch nicht zwischen Bestand und Inhalt eines Vertrags trennen. Ein Vertrag besteht immer nur mit einem bestimmten Inhalt. Entsprechend gibt es keinen Vertragsinhalt ohne Vertragsbestand und keinen Vertragsbestand ohne Vertragsinhalt.44 Entsprechend ist die Konsensfrage immer auch eine Auslegungsfrage und die Auslegungsfrage immer auch eine Konsensfrage. Nur so lässt sich ja sowohl bei der Geltungs- als auch bei der Auslegungskontrolle von einer verdeckten Inhaltskontrolle sprechen. Es ist entsprechend bei der Ungewöhnlichkeitskontrolle im Rahmen der Geltungskontrolle klar, dass die Ungewöhnlichkeit einer AGB-Bestimmung erst beurteilt werden kann, wenn ihr Inhalt durch Auslegung feststeht.⁴⁵ Es überrascht denn nicht, wenn gesagt wird, dass die Geltungskontrolle und die Auslegungskontrolle ineinander übergehen. 46 Entsprechend lassen sich in der traditionellen AGB-Kontrolle verschiedene Prüfschritte unterscheiden⁴⁷, doch ergibt sich erst nach Durchführung aller Prüfschritte, ob und welche AGB-Bestimmungen mit welchem Inhalt im individuell-konkreten Vertrag gelten. Es gibt in diesem Sinne nur eine ineinander übergehende Konsens- und Auslegungsprüfung.⁴⁸

Allerdings gibt es in der Praxis den sogenannten reinen Auslegungsstreit, bei dem die Vertragsparteien die Konsensfrage nicht stellen.⁴⁹ Nur seine Anerkennung als

VISCHER (FN 27), 180; s. auch KOLLER (FN 31), 22 mit der Qualifikation der verdeckten Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel als «methodologisch unsauber», und KOLLER (FN 19), 945 mit der Qualifikation der verdeckten Inhaltskontrolle als methodenunehrlich; s. schon KRAMER/SCHMIDLIN (FN 5), Art. 1 OR N 208.

Dazu im Allgemeinen THOMAS COENDET, Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, ZSR 2014 I, 65 f.

³⁴ VISCHER (FN 27), 179; MAISSEN (FN 7), N 166.

³⁵ HURNI/KLETT (FN 18), 83 ff.

³⁶ Koller (FN 31), 22.

³⁷ Zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung HURNI/ KLETT (FN 18), 83; s. auch CLAIRE HUGUENIN in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 20 OR N 27 zum konsumentenschutzrechtlichen Ungleichgewichtsprinzip.

³⁸ Z.B. Huguenin (FN 5), N 613; s. auch § 305b BGB.

³⁹ Z.B. INGEBORG SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Haftung aus Vertrag, hrsg. von Alfred Koller, St. Gallen 1998, 111.

 $^{^{\}rm 40}$ $\,$ Z.B. Huguenin (FN 5), N 629, s. auch \S 305c Abs. 2 BGB.

⁴¹ Gl.M. HUGUENIN (FN 5), N 632; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 1230a bezüglich Restriktionsregel.

⁴² Zur Ablehnung einer rein formallogischen Auslegung im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Vogt (FN 4), § 20 N 69 i.V. § 19 N 135 ff.

⁴³ THOMAS PROBST, in: Stämpflis Handkommentar, hrsg. von Peter Jung/Philippe Spitz, Bern 2010, Art. 8 aUWG N 5; THOMAS KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, hrsg. von Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch, Zürich/Basel/Genf 2002, 228 ff.

⁴⁴ Z.B. VISCHER (FN 27), 180; MARKUS VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 42.

⁴⁵ Z.B. HURNI/KLETT (FN 18), 83.

⁴⁶ Z.B. VISCHER (FN 27), 179 f.; WIEGAND (FN 13), 332 f.

⁴⁷ Z.B. Huguenin (FN 5), N 638; Koller (FN 43), 228 ff.

⁴⁸ Ähnlich Perrig (FN 9), 47 f.

Zum reinen Auslegungsstreit z.B. Urteil des Bundesgerichts 4C.240/2003 vom 3.12.2003, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.163/2001 vom 7.8.2001, E.2b; MAX KELLER, Die Theorie des sog. «Reinen Auslegungsstreites, SJZ 1982, 126 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Zum «Reinen Auslegungsstreit» – Eine Klarstellung, SJZ 1982, 230 ff.; GAUDENZ ZINDEL, Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage, SJZ 1982, 356 ff.

Faktum entgegen der Rechtslogik ermöglicht es den Gerichten, im Rahmen der Geltungs- und Auslegungskontrolle nach Belieben die AGB insgesamt oder mindestens einzelne Bestimmungen davon wegzustreichen oder sogar zu verändern, ohne dass sich die schwierige Konsensfrage stellt. Es ist entsprechend bei der Unklarheitsregel klar, dass sie ihre volle Wirkung nur entfalten kann, wenn sich nicht sofort die Konsensfrage stellt. ⁵⁰ Allerdings wird in der Lehre (zu Unrecht) die Meinung vertreten, ein Streit um die Geltung von AGB bzw. einzelnen AGB-Bestimmungen im individuell-konkreten Fall sei insofern von Gesetzes wegen ein Auslegungs- und kein Konsensstreit, als dem Verwender von AGB gesetzlich verboten sei, die Konsensfrage zu stellen. ⁵¹

Neben der Geltungs- und Auslegungskontrolle findet traditionell eine offene Inhaltskontrolle («offen» erneut im Sinne des Gegensatzes zu «verdeckt», nicht im Sinne von «grenzenlos») statt, soweit die Übereinstimmung von AGB-Bestimmungen mit zwingendem Recht zur Diskussion steht.⁵²

B. Traditionelle AGB-Kontrolle als individuell-konkrete Normenkontrolle

Die traditionelle AGB-Kontrolle in der beschriebenen Form der Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle bzw. verdeckte Inhaltskontrolle von AGB ist eine vertragsrechtliche Kontrolle, also eine Kontrolle mit den gezeigten Mitteln des Vertragsrechts.

Es ist eine individuell-konkrete Normenkontrolle, weil es um die Kontrolle in einem individuell-konkreten Fall geht.

In der staatsrechtlichen Terminologie ist sie repressiv, weil es um Normen geht, die (vorbehältlich des Resultats der Kontrolle) in Kraft, also Vertragsbestandteil sind.

VI. AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG

A. AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG als generell-abstrakte Normenkontrolle

Neben der traditionellen AGB-Kontrolle in der beschriebenen Form als individuell-konkrete und repressive Normenkontrolle tritt neu die AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG, welche Bestimmung eine offene Inhaltskontrolle («offen» im Sinne des Gegensatzes zu «verdeckt», nicht im Sinne von «grenzenlos»)⁵³ von AGB bezweckt.⁵⁴

Zweck von Art. 8 UWG ist die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs durch Verwendung bestimmt gearteter AGB. Was «Verwendung» in Art. 8 UWG heisst, erschliesst sich vor dem Hintergrund von Art. 1 UWG. Eine relevante Verwendung liegt in einer Handlung, die objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen.55 Das setzt nach einem Teil der Lehre eine mindestens einmalige Übernahme der AGB in einen konkreten Vertrag voraus⁵⁶, wobei das aber nicht unbedingt zwingend erscheint, mindestens dann nicht, wenn man als von Art. 8 UWG erfasste AGB nur für eine Vielzahl vorformulierte AGB begreift.⁵⁷ Eine Vorlage der AGB für konkrete Vertragsabschlüsse im Sinne einer Übernahmeofferte (in der deutschen Terminologie Einbeziehungsofferte)⁵⁸ sollte genügen.⁵⁹ Damit eine solche Offerte angenommen werden kann, ist ein Mindestmass an Willen und Wissen einer Person in der Vorlage der AGB nötig.⁶⁰

Das heisst nun aber nicht, dass es bei Art. 8 UWG um eine Kontrolle von AGB in diesem individuell-konkreten Fall bzw. in individuell-konkreten Fällen geht. Vielmehr geht es um eine Kontrolle der betreffenden AGB per se,

Z.B. ALEXANDER BRUNNER, in: Schweizerisches Privatrecht, Zehnter Band: Konsumentenschutz im Privatrecht, hrsg. von Ernst A. Kramer, Basel 2008, 139: «Denn man kann mit guten Gründen die Meinung vertreten, dass bei «verbleibender Mehrdeutigkeit der AGB» ein offener oder versteckter Dissens vorliegt.

⁵¹ So z.B. Perrig (FN 9), 284 ff.; s. auch VI.E. zur Bedeutung des hypothetischen Parteiwillens bei der Nichtigkeit als Folge einer Verletzung von Art. 8 UWG.

⁵² VISCHER (FN 27), 180; KOLLER (FN 43), 232 f.

⁵³ Siehe V.A. und VI.C.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2.9.2009, BBI 2009, 6177 f.; HUGUENIN (FN 5), N 635; STÖCKLI (FN 31), 185.

⁵⁵ RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), hrsg. von Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Basel 2013, Art. 1 UWG N 33.

NICOLAS KUONEN, Le contrôle des conditions générales: L'envol manqué du Phénix, SJ 2014, 27; FLORENT THOUVENIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), hrsg. von Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Basel 2013, Art. 8 UWG N 134; PERRIG (FN 9), 13 f.

⁵⁷ Siehe III. und VI.D.

⁵⁸ So für das deutsche Recht Christian Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. A., München 2013, § 305 BGB N 10.

⁵⁹ Ähnlich THOMAS WETZEL/MICHAEL GRIMM/PETER MOSIMANN, Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen, MRA 2013, 7 f.; MARKUS HESS/LEA RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP/PJA 2012, 1194.

⁰ Zu weit gehend STÖCKLI/AESCHIMANN (FN 5), 85 f., 91.

d.h. einer AGB-Kontrolle unabhängig vom individuell-konkreten Fall bzw. von individuell-konkreten Fällen.⁶¹

Entsprechend ist gemäss Art. 10 Abs. 1 UWG nicht nur der Konsument, in dessen Vertrag mit dem Verwender die AGB (vorbehältlich des Resultats der Kontrolle) übernommen wurden, im Zusammenhang mit Art. 8 UWG klageberechtigt⁶², sondern auch der potentielle Konsument.⁶³

Zudem ist gemäss Art. 9 UWG jeder im Zusammenhang mit Art. 8 UWG klageberechtigt, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Klageberechtigt im Zusammenhang mit Art. 8 UWG sind im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 93/13/EWG zudem gemäss Art. 10 Abs. 2 und 3 UWG gewisse Berufs- und Wirtschaftsverbände und gewisse andere Organisationen und unter gewissen Umständen auch der Bund.

Ist die AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG nicht individuell-konkret, ist sie generell-abstrakt⁶⁴, auch dann und entgegen «eine[r] vermittelnde[n] Ansicht»⁶⁵, wenn sie vom Konsumenten im individuell-konkreten Fall angerufen wird.⁶⁶ Entsprechend stellt sich die komplizierte Frage des Verhältnisses einer generell-abstrakten und in-

dividuell-konkreten Normenkontrolle nach Art. 8 UWG, also einer General- und Individualkontrolle, nicht.⁶⁷

Das entspricht dem allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Ansatz, bei dem die Interessen der Beteiligten vorrangig generell-abstrakt und damit nur indirekt individuell-konkret⁶⁸ geschützt werden. Es geht eben primär nicht um Individualschutz, sondern primär um Kollektivschutz⁶⁹, um Schutz der Institution des Wettbewerbs⁷⁰, bzw., nachdem das UWG an sich systematisch verfehlt immer mehr zum Konsumentenschutzgesetz wird⁷¹, um Schutz der Institution eines konsumentenfreundlichen Wettbewerbs.

In der staatsrechtlichen Terminologie ist die Normenkontrolle gemäss Art. 8 UWG repressiv, wenn Art. 8 UWG vom Konsument im individuell-konkreten Fall angerufen wird. Sonst ist sie präventiv, weil es um Normen geht, die noch nicht in Kraft, also noch nicht Vertragsbestandteil sind.

B. Auslegung von AGB für die Zwecke einer generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG

Es wurde bei der Geltungskontrolle im Rahmen der traditionellen AGB-Kontrolle gesagt, dass sie (meist) eine Ermittlung des Inhalts der AGB durch Auslegung voraussetzt. ⁷² Gleiches gilt für die AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG.

Weil es um eine generell-abstrakte AGB-Kontrolle geht, scheidet für die Zwecke von Art. 8 UWG eine subjektive Auslegung gemäss dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, also gemäss dem Willensprinzip,⁷³ aus.⁷⁴ Das gilt selbst dann, wenn es um AGB geht, die im konkreten Fall in einen konkreten Vertrag übernommen wurden.

A.M. LAURENT BIERI, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter 24.10.2011, Rz 6, wo zu Unrecht die Auffassung vertreten wird, die Anwendung von Art. 8 UWG setze voraus, dass die AGB Bestandteil eines konkreten Vertrags geworden sind.

⁶² THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 137.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 6S.329/2003 vom 24.11.2003, E. 2.3; s. auch DAVID RÜETSCHI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), hrsg. von Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Basel 2013, Art. 10 UWG N 9.

⁶⁴ Gl.M. Koller (FN 31), 33; Marius Jenny, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB), Zürich/St. Gallen 2014, 47 f.; Arnold Rusch/Andreas Schirrmacher, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, 687; zu den diesbezüglich unklaren Materialien Hess/Ruckstuhl (FN 59), 1208; Florent Thouvenin, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter 29.10.2012, Rz 3 ff.; a.M. Peter Gauch, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987, 59; s. auch Art. 7 Abs. 2 und 3 Richtlinie 93/13/EWG.

⁶⁵ THOUVENIN (FN 64), Rz 3.

⁶⁶ Gl.M. THOUVENIN (FN 64), Rz 6; a.M. KOLLER (FN 31), 37 ff.; JENNY (FN 64), 47 f.; HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1208 f.; s. auch Art. 4 Richtlinie 93/13/EWG.

⁶⁷ A.M. KOLLER (FN 31), 37 ff.; HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1208 f., je mit Ausführungen zum Verhältnis der beiden Kontrollen.

PETER JUNG, in: Stämpflis Handkommentar, hrsg. von Peter Jung/ Philippe Spitz, Bern 2010, Einleitung, N 80, spricht von einem «reflexartigen» Schutz.

⁶⁹ Jung (FN 68), Einleitung, N 15, 80.

ROLF WEBER, Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic! 2012. 232.

JUNG (FN 68), Einleitung, N 95; WEBER (FN 70), 236; s. auch EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20.2.2012, Rz 8, welche noch weitergehend Art. 8 UWG als «ein Schulbeispiel für die Unterwanderung der Gesetzgebung durch den Verbraucherschutz» sieht., ebendort Rz 10 ff.; STÖCKLI (FN 31), 185.

⁷² Siehe V.A.

⁷³ Siehe IV.

⁷⁴ Zum Begriff der subjektiven Auslegung z.B. Huguenin (FN 5), N 278 ff

Entsprechend findet für die Zwecke von Art. 8 UWG von Anfang an eine Auslegung der AGB nach Treu und Glauben, also eine objektivierte Auslegung der AGB nach dem Vertrauensprinzip⁷⁵, statt.⁷⁶ AGB sind entsprechend so auszulegen, wie sie in guten Treuen verstanden werden durften und mussten⁷⁷, was letztlich auf eine Auslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen hinausläuft.⁷⁸

Abzustellen ist bei dieser objektivierten Auslegung nicht auf einen konkreten Vertragspartner, sondern auf einen abstrakten Vertragspartner im Sinne eines «durchschnittlichen Vertragspartner[s]»⁷⁹ bzw. in der Terminologie von Art. 8 UWG, eines durchschnittlichen Konsumenten. Der durchschnittliche Konsument variiert dabei je nach der Natur des von den AGB erfassten Geschäfts.⁸⁰ Er ist nicht notwendigerweise superrational, aber auch nicht notwendigerweise irrational. Er ist Mensch.⁸¹

Man spricht deshalb auch von einer abstrakten (d.h. vom individuell-konkreten Fall losgelösten) Auslegung von AGB⁸² bzw. von einer einheitlichen (d.h. nicht in jedem individuell-konkreten Fall unterschiedlichen) Auslegung von AGB.⁸³

Dadurch nähert sich die Auslegung von AGB der Gesetzesauslegung an⁸⁴, obwohl sie wohl grundsätzlich Vertragsauslegung bleibt. ⁸⁵ Genauso wie Gesetz und Vertrag sich nicht scharf voneinander abgrenzen lassen⁸⁶, lassen

- 75 Siehe IV.
- ⁷⁶ Zum Begriff der objektivierten (normativen) Auslegung z.B. Huguenin (FN 5), N 282 ff. im Allgemeinen und bei AGB im Besonderen.
- ⁷⁷ Z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 207.
- ⁷⁸ Huguenin (FN 5), N 282, im Allgemeinen.
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2.9.2009, BBI 2009, 6179.
- Ahnlich HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1208; s. zum Begriff der Natur des Geschäfts auch Art. 2 Abs. 2 OR.
- Zum Begriff des Durchschnittskonsumenten nach der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktkonformen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450 EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) Leander D. Loacker/Verena Loacker, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Grundkonzeption und Verbraucherleitbild, in: Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, hrsg. von Lukas Fahrländer/Reto A. Heizmann, Zürich/St. Gallen 2013, 592 ff.
- 82 Z.B. ARNOLD RUSCH, Bitte recht feindlich zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP/PJA 2014, N 205.
- ⁸³ Wiegand (FN 13), 334 ff.
- WIEGAND (FN 13), 334 für das deutsche Recht.
- 85 Huguenin (FN 5), N 283, 627 f.; Palandt/Grüneberg (FN 58), § 305c BGB N 16.
- 6 S. II.

sich auch Gesetzes- und Vertragsauslegung nicht scharf unterscheiden. Sie ähneln sich vielmehr in Vielem.⁸⁷ Es verhält sich damit bei der Auslegung von AGB (für die Zwecke von Art. 8 UWG) nicht wesentlich anders als bei der Auslegung von Statuten.⁸⁸

Bereits gesagt wurde, dass die Auslegung nach Treu und Glauben keine rein formallogische Operation ist. ⁸⁹ Rein formallogische Auslegungsprinzipien wie z.B. das jüngst propagierte (und in Deutschland erfundene) Prinzip der AGB-Auslegung im für den Konsumenten unfreundlichsten Sinn ⁹⁰, aber auch der erwähnten Vorrangsregel, der erwähnten Restriktionsregel oder der erwähnten Unklarheitsregel, sind deshalb abzulehnen ⁹¹, mindestens wenn sie rein mechanistisch angewandt werden.

Das schliesst selbstverständlich nicht aus, das AGB für andere Zwecke als für die Zwecke von Art. 8 UWG anders ausgelegt werden, z.B. wenn es um ihre Bedeutung als Vertragsbestandteil eines konkreten Vertrags geht. In diesem Fall werden sie nach den Grundsätzen ausgelegt, die für Verträge gelten.⁹²

Inhalt der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Allgemeinen

Art. 8 UWG enthält wie das Lauterkeitsrecht generell⁹³, aber sicher auch wegen des harten politischen Ringens um seine Formulierung, eine Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen.⁹⁴ Insbesondere ist unklar, was «allgemeine Geschäftsbedingungen», was «verwenden», was «in Treu und Glauben verletzender Weise», was «zum

- 89 Siehe V.A.
- 90 RUSCH (FN 82), 205 ff. unter Berufung auf PALANDT/GRÜNEBERG (FN 58), § 305c BGB N 18; RUSCH/SCHIRRMACHER (FN 64), 689.
- 91 A.M. Rusch/Schirrmacher (FN 64), 687 ff.
- ⁹² Z.B. Kramer/Schmidlin (FN 5), Art. 1 OR N 218 ff.
- ⁹³ Jung (FN 68), Einleitung, N 58.
- ⁹⁴ Z.B. Roberto/Walker (FN 31), 55; Vischer (FN 27), 180.

⁸⁷ FORSTMOSER/VOGT (FN 4), § 20 N 69, 87.

Z.B. BGE 107 II 179, E. 4c: «Gesellschaftsstatuten sind wie Willenserklärungen, die bei Schuldverträgen abgegeben werden, nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ... Bei Gesellschaften, die sich ... an das breite Publikum wenden, rechtfertigt sich zudem eine analoge Anwendung der Grundsätze, die für die Interpretation von Gesetzesrecht entwickelt worden sind ...»; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12.10.2004, E. 3.4.2; s. auch HOLGER FLEISCHER, Die Auslegung von Gesellschaftsstatuten: Rechtsstand in der Schweiz und rechtsvergleichende Perspektiven, GesKR 2013, 508 ff.; s. zu den gleichen Fragestellungen bei der Auslegung eines Stockwerkeigentümerreglements z.B. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 1. Abt.: Das Eigentum, 1. Teilband.: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641–654 ZGB, Bern 1981, Art. 647 ZGB N 44.

Nachteil», was «Konsumentinnen und Konsumenten», was «erheblich» und «ungerechtfertigt» und was «Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten» heisst. 95

Damit ist Art. 8 UWG eine Generalklausel⁹⁶ und wie Art. 2 ZGB mehrheitlich eine Ermächtigungsnorm.⁹⁷ Als solche enthält sie den richterlichen Auftrag zur Wertverwirklichung, wobei nur mehr oder weniger deutlich auf die relevanten Werte verwiesen wird.⁹⁸ Sie ist deshalb nicht unmittelbar vollziehbar, sondern bedarf der richterlichen Konkretisierung.⁹⁹

Weil solchen Ermächtigungsnormen die Gefahr innewohnt, «das ganze geformte Recht zu untergraben und aufzulösen»¹⁰⁰, und so nicht nur die Gesetzestreue, sondern auch die Vertragstreue und damit die verfassungsrechtlich verankerte Privatautonomie bedroht wird¹⁰¹, darf der Richter die erwähnte Konkretisierung nicht von Fall zu Fall mittels reiner Billigkeitsentscheidungen «im Sinne des gerade Angemessenen oder des sozial-ethisch Wünschbaren»¹⁰² vornehmen. Er muss die Ermächtigungsnorm vielmehr zu vollziehbaren Sachnormen gestalten¹⁰³, d.h. Regeln für typische Sachverhalte bilden.¹⁰⁴

Entsprechend verlangt auch Art. 8 UWG nach einer Bildung von Fallreihen. 105

Dabei sind wie immer in der Rechtsanwendung im Allgemeinen und bei Generalklauseln wie Art. 8 UWG im Besonderen Wertentscheidungen zu fällen¹⁰⁶. Es erscheint deshalb im Allgemeinen und bei Art. 8 UWG im Besonderen wichtig, die Gewinnung von Wertungen sorgfältig

zu gestalten und zu überprüfen, ¹⁰⁷ insbesondere auch in Bezug auf das eigene Vorverständnis, das prägt, aber unter Umständen auch auf dünnes Eis führen kann. ¹⁰⁸

Entsprechend soll, im Bewusstsein des AGB-Rechts als politischem Recht, ¹⁰⁹ hier nicht versucht werden, absolute Wahrheiten zu den genannten unbestimmten Rechtsbegriffen zu verkünden. Vielmehr sollen, allerdings im Bewusstsein von Art. 8 UWG als Missbrauchsnorm und nicht als Blankettnorm für eine grenzenlose offene Inhaltskontrolle¹¹⁰, wie Art. 8 UWG fälschlicherweise von vielen Autoren verstanden wird¹¹¹, lediglich ein paar Gedanken dazu geäussert werden.

Diesbezüglich scheint es geboten, sich im Sinne einer «Kann-Vorschrift» und nicht im Sinne einer «Muss-Vorschrift»¹¹² von der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen inspirieren zu lassen, war doch deren Artikel 3 Abs. 1 offensichtlich das Vorbild von Art. 8 UWG, was schon der Wortlaut belegt und auch die Parlamentsdebatte zu Art. 8 UWG zeigte.¹¹³ Das entspricht der bundesge-

⁹⁵ Z.B. VISCHER (FN 27), 180, s. auch COENDET (FN 33), 49, der von «Worträtsel[n]» spricht.

⁹⁶ Coendet (FN 33), 49; Thouvenin (FN 64), Rz 12; Vischer (FN 27), 181.

⁹⁷ HANS MERZ, in: Berner Kommentar, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, hrsg. von Peter Liver/Arthur Meier-Hayoz/Hans Merz/Peter Jäggi/Hans Huber/Hans-Peter Friedrich/Max Kummer, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 29 bezüglich Art. 2 ZGB.

⁹⁸ MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 29 bezüglich Art. 2 ZGB.

⁹⁹ THOUVENIN (FN 64), Rz 12; MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 29 bezüglich Art. 2 ZGB.

¹⁰⁰ Merz (FN 97), Art. 2 ZGB N 31 bezüglich Art. 2 ZGB.

MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 31f. bezüglich Art. 2 ZGB.

MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 32 bezüglich Art. 2 ZGB.

¹⁰³ MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 31 bezüglich Art. 2 ZGB.

¹⁰⁴ MERZ (FN 97), Art. 2 ZGB N 33 bezüglich Art. 2 ZGB.

VISCHER (FN 27), 181; JUNG (FN 68), Einleitung, N 75 und JUNG (FN 68), Art. 2 UWG N 33 bezüglich Art. 2 UWG.

Z.B. FORSTMOSER/VOGT (FN 4), § 1 N 40 ff. zur Wertungsbezogenheit des Rechts und des juristischen Denkens im Allgemeinen; s. auch COENDET (FN 33), 50 f. unter Berufung auf MEIER-HAYOZ, wonach jede Rechtsfindung ein mehr oder weniger schöpferischer Akt ist und einen politischen Aspekt aufweist.

 $^{^{107}~}$ Z.B. Forstmoser/Vogt (FN 4), § 1 N 59 ff. im Allgemeinen.

Zum Vorverständnis im Allgemeinen z.B. Forstmoser/Vogt (FN 4), § 19 N 162 ff.; s. auch THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP/PJA 2014, 20 f. und THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Das Bankkonto, Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2013, 23 ff. mit m. E. zu undifferenzierten Äusserungen zu Wirtschafts- und Universitätsjuristen aufgrund eines Vorverständnisses; ähnlich wie Koller mit einem Schwarz-/Weissbild schon SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abt.: Einleitung Artikel 1-9 ZGB, hrsg. von Pio Caroni/Felix Schöbi/Susan Emmenegger/Axel Tschentscher/Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller/ Sybille Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Stephan Wolf/Thomas Koller/Christina Schmid-Tschirren/Hans Peter Walter, Bern 2012, Art. 1 ZGB N 479, und ihnen folgend Peter Gauch, Was zählt ist einzig, was man gerade weiss, Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien, Sonderdruck aus Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, 13, Bern 2013.

¹⁰⁹ Coendet (FN 33), 45 ff.

¹¹⁰ COENDET (FN 33), 71 f., der auch aufzeigt, dass Art. 8 UWG im Unterschied zu Art. 8 aUWG keine blosse Transparenznorm mehr ist; ABEGGLEN/COENDET/GROSS (FN 7), 100.

Gl.M. JOHANNES A. BÜRGI/ELISABETH MOSKRIC, Asset-Backed Securitisation in der Schweiz, in: Kapitalmarktransaktionen VIII, hrsg. Thomas Reutter/Thomas Werlen, Zürich/Basel/Genf 2014, 199

¹¹² Kuonen (FN 56), 2 ff.

ROBERTO/WALKER (FN 31), 55 f.; VISCHER (FN 27), 181; SCHMID (FN 5), 14; zurückhaltender AHMED KUT/DEMIAN STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20.2.2011, Rz 127.

richtlichen Praxis zur Auslegung von rechtlichen Transplantaten aus anderen Rechtsordnungen. 114

Besonders interessant im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/13/EWG, auch im Hinblick auf die geforderte Bildung von Fallreihen, sind die im Anhang zu dieser Richtlinie aufgelisteten («grauen») Klauseln, bei denen eine Art Anfangsverdacht einer Verletzung von Art. 8 UWG besteht.¹¹⁵

D. Inhalt der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Besonderen

Der Begriff der AGB gemäss Art. 8 UWG deckt sich mit dem allgemeinen Begriff der AGB.¹¹⁶ Das teilweise umstrittene Kriterium der «Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen»¹¹⁷ ergibt sich aus dem Erfordernis, dass Art. 8 UWG nur Handlungen erfasst, die objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen.¹¹⁸ Art. 8 UWG liegt damit ein engerer Begriff der AGB zugrunde als Art. 3 Abs. 1 und 2 Richtlinie 93/13/EWG.¹¹⁹

Zum Begriff der Verwendung gemäss Art. 8 UWG s. VI.A. Derjenige, der AGB verwendet, ist nicht notwendigerweise die stärkere Vertragspartei. 120

BGE 133 III 180, E. 3.5: «Denn rechtsvergleichend mögen ausländische Regelungen zur Auslegung des geltenden schweizerischen Rechts insbesondere dann gewinnbringend beigezogen werden, wenn sie dem schweizerischen Gesetzgeber als Vorbild gedient haben, ...»; zur EU-Rechts-konformen Auslegung im Falle eines autonomen Nachvollzugs im Allgemeinen HANSJÖRG SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 304 ff., bzw. zu den rechtlichen Transplantaten aus der EU im Allgemeinen ANDREAS HEINEMANN, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, hrsg. von Lukas Fahrländer/Reto A. Heizmann, Zürich/St. Gallen 2013, 3 ff.

KOLLER (FN 31), 34; MARIUS STUCKI, Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers, Jusletter 10.3.2014, Rz 22; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN (FN 59), 6; VISCHER (FN 27), 181; KUT/STAUBER (FN 113), Rz 126; zum Klauselkatalog z.B. JÖRG SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, hrsg. von Bernd Stauber, Zürich 1996, 49 ff.

116 Siehe III.

Der Begriff der Konsumentinnen und Konsumenten gemäss Art. 8 UWG ist umstritten. Momentan werden vier Auslegungsmöglichkeiten diskutiert. ¹²¹ M.E. drängt es sich auf Grund des Gesagten ¹²² auf, auf den Begriff des Konsumenten in Art. 2 lit. b Richtlinie 93/13/EWG abzustellen, wonach ein Konsument ¹²³ eine «natürliche Person [ist], die ... zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann». ¹²⁴ Juristische Personen scheiden damit als Konsumenten aus. ¹²⁵ Ebenso scheiden KMU bzw. Gewerbs- und Berufsleute aus. ¹²⁶

Entsprechend visiert Art. 8 UWG wie die Richtlinie 93/13/EWG¹²⁷ nur den business-to-consumer (B2C)-Bereich, nicht auch den business-to-business (B2B)-Bereich, und, obwohl dies Art. 8 UWG nicht explizit sagt¹²⁸, auch nicht den consumer-to-consumer (C2C)-Bereich.¹²⁹

Der Begriff des Missverhältnisses¹³⁰ zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten ist nicht gleichzusetzen mit dem Begriff des Missverhältnisses zwischen der Leistung und der Gegenleistung i.S. von Art. 21 Abs. 1 OR. Während es bei Art. 21 Abs. 1 OR um eine Gegenüberstellung des objektiven Werts der Leistung und der Gegenleistung in einem Vertrag geht¹³¹ und sich das Missverhältnis aus einem quantitativen Kriterium ergibt, geht es bei Art. 8 UWG um eine Gegenüberstellung aller gegenseitigen Rechte und Pflichten des Verwenders und des Konsumenten in AGB und um eine qualitative Beurteilung der sich aus diesen Rechten und Pflichten sich ergebenden Rechtspositionen des Verwenders und des Konsumenten. Das Verhältnis der Rechte und Pflichten des Konsumenten ist damit nur insoweit massgebend, als diese Rechte und Pflichten des Konsumenten durch Pflichten und Rechte des Verwenders ge-

Kritisch z.B. KUONEN (FN 56), 6, unter Bezugnahme auf Art. 256 Abs. 2 lit. a OR und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR, welche Bestimmungen von «vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen» sprechen, wobei dazu allerdings zu bemerken ist, dass das pleonastisch ist, weil es keine nicht vorformulierten AGB gibt, s. ABEGGLEN/COENDET/GROSS (FN 7), 93; PERRIG (FN 9), 12 f.

¹¹⁸ Siehe VI.A.

¹¹⁹ Büyüksagis (FN 7), 1398.

PALANDT/GRÜNEBERG (FN 58), § 305 BGB N 10.

¹²¹ Jenny (FN 64), 34 ff.

¹²² Siehe VI.C.

¹²³ In der Terminologie der Richtlinie 93/13/EWG ein Verbraucher.

STÖCKLI/AESCHIMANN (FN 5), 92 f.; ROBERTO/WALKER (FN 31),
 56 f.; VISCHER (FN 27), 185; SCHMID (FN 5), 8 f.; STÖCKLI (FN 31), 186

¹²⁵ Vischer (FN 27), 185; a.M. Stucki (FN 115), Rz 6.

¹²⁶ ROBERTO/WALKER (FN 31), 54; a.M. wohl HOLLIGER-HAGMANN (FN 71), Rz 33; MAISSEN (FN 7), N 309.

¹²⁷ Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 93/13/EWG.

¹²⁸ Kuonen (FN 56), 10.

¹²⁹ VISCHER (FN 27), 185; KUT/STAUBER (FN 113), Rz 116 f.; a.M. WETZEL/GRIMM/MOSIMANN (FN 59), 9 f.

Besser eigentlich des Ungleichgewichts, was die italienische Fassung mit «squilibrio» besser als die deutsche und französische Fassung wiedergibt; s. auch STUCKI (FN 115), Rz 16.

¹³¹ Z.B. Huguenin (FN 37), Art. 21 OR N 6.

spiegelt sind. ¹³² Die Begriffe des vertraglichen Rechts und der vertraglichen Pflicht sind dabei unter Zuhilfenahme des Begriffs des subjektiven Rechts ¹³³ weit auszulegen: Ein vertragliches Recht ist jede durch die AGB verliehene Bevorzugung zu Lasten eines Anderen, während eine vertragliche Plicht jede durch die AGB statuierte Belastung zugunsten eines Anderen ist. ¹³⁴ Vertragliche Rechte sind insbesondere, aber nicht nur, Forderungen. ¹³⁵ Vertragliche Pflichten sind insbesondere, aber nicht nur, Schulden. ¹³⁶

Untersuchungsgegenstand zur Feststellung des Missverhältnisses sind die AGB insgesamt (soweit sie wirklich AGB und nicht individuell ausgehandelt sind)¹³⁷, nicht einzelne AGB-Bestimmungen und auch nicht individuellkonkrete Verträge oder Vertragsbestimmungen, nachdem es bei Art. 8 UWG um eine generell-abstrakte Normenkontrolle geht.¹³⁸

Ist die durch die vertraglichen Rechte und Pflichten bestimmte Rechtsposition des Verwenders insgesamt besser als diejenige des Konsumenten, besteht ein Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG.

Das dürfte im Einklang mit Erwägung 13 der Richtlinie 93/13/EWG vor allem dann der Fall sein, wenn in den AGB vom für den betreffenden Vertrag, sei es ein Nominat- oder Innominatvertrag, typischen Recht¹³⁹, sei dieses zwingend oder dispositiv, zugunsten des Verwenders

und damit zulasten des Konsumenten abgewichen wird¹⁴⁰, auch wenn damit Elemente von aArt. 8 UWG bzw. der Ungewöhnlichkeitsregel aufgenommen werden¹⁴¹ und diese in Art. 8 UWG nicht explizit erwähnt werden. Solche Abweichungen dürften im Regelfall bei den grauen Klauseln gemäss Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG gegeben sein.

Die Konsequenz davon ist, dass dispositives Recht im AGB-Umfeld weitgehend zwingendes Recht wird.

Relevant ist ein solches Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten im Rahmen von Art. 8 UWG nur, wenn es erheblich ist, wobei hier m.E. «erheblich» nichts anderes als «offenbar» in Art. 21 Abs. 1 OR bedeutet, also jedermann in die Augen fallend meint.¹⁴²

Ungerechtfertigt ist ein solches erhebliches Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten dann, wenn es nicht durch die Natur des von den AGB erfassten Geschäfts gerechtfertigt ist. So kann eine Wegbedingung der Haftung beim Verkauf von Neuautos ungerechtfertigt sein, während eine solche Wegbedingung beim Verkauf von Occasionsautos gerechtfertigt sein kann. Die Lehre diskutiert diese Aspekte auch unter dem Begriff der Kompensation. Dabei kann allerdings entgegen einem Teil der Lehre nicht auf die individuell-konkreten Umstände abgestellt werden, nachdem es bei Art. 8 UWG um eine generell-abstrakte Normenkontrolle geht. Entsprechend ist der Preis nur relevant, wenn er in den AGB selbst enthalten ist. 144

Dem Begriff von in Treu und Glauben verletzender Weise ist nicht der Begriff von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB zugrunde zu legen, sondern mangels einer im Rahmen einer generell-abstrakten Normenkontrolle nicht notwendigen, aber für die Anwendung von Art. 2 ZGB notwendigen Sonderverbindung¹⁴⁵

A.M. HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1196, die von einer notwendigen Spiegelung von Rechten und Pflichten ausgehen; s. auch HANS-UELI VOGT, in: Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, hrsg. von Claire Huguenin/Reto M. Hilty, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 33 OR 2020 N 7, für Art. 333 OR 2020, wonach, dem Wortlaut von Art. 33 OR 2020 folgend, das Missverhältnis der Rechte und Pflichten nur einer Partei relevant sein soll

¹³³ Z.B. VISCHER (FN 27), 73 ff.

S. WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abt. (Art. 1–529), Teilband V 1a, Zürich 1973, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N 79 zum Begriff des subjektiven Rechts.

¹³⁵ Zum Begriff z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 29 ff.

¹³⁶ Zum Begriff z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 88 ff.

WETZEL/GRIMM/MOSIMANN (FN 59), 7; BÜYÜKSAGIS (FN 7), 1393 ff.; s. auch Erwägung 12 und Art. 3 Abs. 1 und 2 Richtlinie 93/13/EWG.

GI.M. ROBERTO/WALKER (FN 31), 57; WETZEL/GRIMM/MOSIMANN (FN 59), 7, anders 11; THOUVENIN (FN 64), Rz 7; a.M. HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1196 f.; SCHOTT (FN 31), 80; KUT/STAUBER (FN 113), Rz 119; s. auch Vogt (FN 132), Art. 33 OR 2020 N 7 für die individuell-konkrete Normenkontrolle nach Art. 33 OR 2020, wo der ganze Vertrag Untersuchungsgegenstand bildet.

Dazu z.B. Walter R. Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band: Obliationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, zweiter Halbband, hrsg. von Frank Vischer, Basel und Stuttgart 1979, 780 ff.

Ahnlich Thouvenin (FN 56), Art. 8 UWG N 126 ff.; Kuonen (FN 56), 12 f.; Schmid (FN 5), 10 f.; Maissen (FN 7), N 318; Andreas Furrer, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, HAVE 2011, 327; a.M. Hess/Ruckstuhl (FN 59), 1197.

¹⁴¹ S. V.A

SCHOTT (FN 31), 79 f.; ähnlich ABEGGLEN/COENDET/GROSS (FN 7), 104; a.M. KUONEN (FN 56), 11; SCHMID (FN 5), 10; bezüglich Art. 21 Abs. 1 OR z.B. HUGUENIN (FN 37), Art. 21 OR N 5; s. auch VOGT (FN 132), Art. 33 OR 2020 N 8 mit dem gleichen Verständnis des Begriffs «erheblich» in Art. 33 OR 2020.

¹⁴³ S. Z.B. THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 120 ff.; THOUVENIN (FN 64), Rz 38 ff.

Ahnlich Kut/Stauber (FN 113), Rz 129; a.M. Abegglen/Coendet/Gross (FN 7), 105.

¹⁴⁵ Z.B. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abt.: Einleitung Artikel 1–9 ZGB, hrsg. von Pio Caroni/Felix Schöbi/Susan Emmenegger/Axel Tschentscher/Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller/Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Stephan Wolf/Thomas

der lauterkeitsrechtliche Begriff von Treu und Glauben, der sich aus dem Schutzzweck des UWG gemäss Art. 1 UWG ergibt. 146 Treu und Glauben in diesem Sinn verletzt ein Verwender deshalb einmal dann, wenn er durch die Ausgestaltung der AGB den freien Wettbewerb unter den beteiligten Akteuren und dessen Steuerungs-, Verteilungs-, Auslese-, Belohnungs-, Innovations- und Machtverteilungsfunktion verfälscht. 147 Treu und Glauben in diesem Sinn verletzt ein Verwender von AGB aber im Zusammenhang auch insbesondere dann, wenn er durch die Ausgestaltung der AGB kein faires Wettbewerbsverhalten im Sinne eines moralischen Geschäftsverhaltens im Interesse aller am Wettbewerb beteiligten Akteure an den Tag legt. 148 Das deckt sich mit dem (bei einer Sonderverbindung) von Art. 2 Abs. 1 ZGB verlangten Gebot der Fairness im Rechtsverkehr¹⁴⁹, weshalb die Meinungsverschiedenheit bezüglich Grundlage des Begriffs von Treu und Glauben praktisch nicht zu bedeutsam sein sollte.

Zu diesen Akteuren zählt auch der Konsument. ¹⁵⁰ Bei der Bestimmung, ob Treu und Glauben im Sinne von Art. 8 UWG verletzt wird, ist wie bei der Auslegung von AGB für die Zwecke von Art. 8 UWG auf den durchschnittlichen Konsumenten abzustellen. ¹⁵¹ Eine Einzelfallbetrachtung scheidet aus ¹⁵², nachdem es bei Art. 8 UWG um eine generell-abstrakte Normenkontrolle geht.

Mit den vorstehenden Ausführungen wird all jenen eine Absage erteilt, die einzelne Tatbestandselemente von Art. 8 UWG einfach wegdenken¹⁵³, also z.B. in jedem erheblichen Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten automatisch auch ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten sehen¹⁵⁴ oder jedes erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten als Treu und Glauben verletzend betrachten.¹⁵⁵ Es trifft allerdings zu, dass zwischen den einzelnen Tatbestandselementen Wechselwirkungen beste-

hen und am Schluss eine Gesamtbetrachtung notwendig ist, weil nur eine solche letztlich die notwendige Bildung von Fallgruppen erlaubt.¹⁵⁶

Wenn Tatbestandselemente weggedacht werden bzw. zusammenfallen sollen, trifft dies am ehesten noch auf die Tatbestandselemente der Ungerechtfertigtheit und der Verletzung von Treu und Glauben zu¹⁵⁷, weil sich sagen liesse, dass ein gerechtfertigtes Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten nicht Treu und Glauben verletzen kann.

E. Folgen der generell-abstrakten AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG im Falle der Verletzung dieser Bestimmung

Auf die Möglichkeit der Klagen nach Art. 9 f. UWG bei Verletzung von Art. 8 UWG wurde bereits hingewiesen.

Der Konsument (und grundsätzlich jedermann, 158 also grundsätzlich auch der Verwender¹⁵⁹), hat zudem im individuell-konkreten Fall die Möglichkeit, sich bei einer Verletzung von Art. 8 UWG in Bezug auf die AGB, die Vertragsbestandteil geworden sind, auf Art. 20 OR zu berufen, bewirkt doch nach der herrschenden, aber nicht unumstrittenen Lehre eine Verletzung von Art. 8 UWG eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR. 160 Das steht im Einklang mit Art. 7 ZGB, wonach Art. 20 OR im ganzen Bundeszivilrecht anwendbar ist¹⁶¹, und ergibt sich daraus, dass es sich bei Art. 8 UWG verletzenden AGB nicht um einen «Folgevertrag» im lauterkeits- oder kartellrechtlichen Sinne¹⁶² handelt, sondern um einen «Vertrag», der unlauteres Verhalten unmittelbar umsetzt, was zur Nichtigkeit des «Vertrags» führt. 163 Diese Rechtsfolge entspricht auch der Vorgabe von Art. 6 Richtlinie 93/13/ EWG.164

Koller/Christina Schmid-Tschirren/Hans Peter Walter, Bern 2012, Art. 2 ZGB N 4 ff.

JUNG (FN 68), Art. 2 UWG N 20 bezüglich Art. 2 UWG; a.M. THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 103 ff.; THOUVENIN (FN 64), Pt. 25 ff.

¹⁴⁷ Jung (FN 68), Art. 1 UWG N 15 ff.

¹⁴⁸ Jung (FN 68), Art. 1 UWG N 10 ff.; ähnlich Koller (FN 31), 31.

Z.B. Hausheer/Aebi-Müller (FN 145), Art. 2 ZGB N 34.

¹⁵⁰ Jung (FN 68), Art. 1 UWG N 10.

¹⁵¹ Siehe VI.B.

¹⁵² Gl.M. Koller (FN 31), 33; a.M. Hess/Ruckstuhl (FN 59), 1204.

Vischer (FN 27), 181; Furrer (FN 140), 326.

¹⁵⁴ Z.B. Thouvenin (FN 56), Art. 8 UWG N 132; Stöckli (FN 31), 184

¹⁵⁵ Z.B. THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 101; STÖCKLI (FN 31), 184

¹⁵⁶ Gl.M. THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 133; zur Notwendigkeit der Bildung von Fallgruppen s. VI.C.

¹⁵⁷ So z.B. KOLLER (FN 31), 30 f. unter Berufung auf andere Sprachfassungen von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG.

¹⁵⁸ Z.B. BGE 137 III 460, E. 3.3.2.

¹⁵⁹ A.M. z.B. ROBERTO/WALKER (FN 31), 61.

THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 144, RÜETSCHI (FN 63), Art. 10 UWG N 151; HUGUENIN (FN 5), N 636; HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1210 f.; HUGUENIN (FN 37), Art. 20 OR N 24; skeptisch KUONEN (FN 56), 30 f.; KUT/STAUBER (FN 113), Rz 130.

NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung, SZW 2014, 109.

¹⁶² Zum Begriff z.B. Jung (FN 68), Einleitung, N 15; RETO JACOBS, Flexible Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, hrsg. von Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti, Basel 2009, 584 ff.

⁶³ Gl.M. JACOBS (FN 162), 586, für Kartellrecht verletzende Verträge.

¹⁶⁴ Thouvenin (FN 56), Art. 8 UWG N 145.

Wie bei Art. 20 OR üblich kann im Sinne des favor negotii¹⁶⁵ die Nichtigkeit eine Gesamtnichtigkeit im Sinne der Nichtigkeit der gesamten AGB oder auch nur eine Teilnichtigkeit im Sinne der Nichtigkeit einzelner AGB-Bestimmungen sein.¹⁶⁶

Die Teilnichtigkeit kann wie üblich bei Art. 20 OR auch eine modifizierte Teilnichtigkeit, also eine Vertragsergänzung und damit Vertragsmodifizierung mittels Ersatz der nichtigen AGB-Bestimmung durch eine Ersatzbestimmung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen¹⁶⁷, sein¹⁶⁸, auch eine mittels geltungserhaltender Reduktion einer AGB-Bestimmung.¹⁶⁹

Es ist nicht ersichtlich, warum der Schutzzweck von Art. 8 UWG etwas Anderes gebieten soll, wenn man denn die Nichtigkeitsfolge je nach Schutzzweck der betroffenen Norm flexibilisieren, sie also nicht aus Art. 20 OR, sondern aus der betroffenen Norm selber ableiten¹⁷⁰ und so z.B. Fälle von Teilnichtigkeit annehmen will, bei denen es auf den hypothetischen Parteiwillen bezüglich Aufrechterhaltung und allfälliger Modifizierung des Vertrags trotz Nichtigkeit gewisser Vertragsbestimmungen nicht ankommt.¹⁷¹

Auch bei der Nichtigkeit aufgrund einer Verletzung von Art. 8 UWG geht es nicht um eine Nichtigkeit mit pönalem Charakter, sondern um eine Nichtigkeit, die sicherstellen soll, dass sich AGB innerhalb der durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken bewegen.¹⁷²

Im Regelfall wird bei einer Verletzung von Art. 8 UWG eine Teilnichtigkeit vorliegen, in dem Sinne, dass einzelne AGB-Bestimmungen nichtig sind.

Diese nichtigen AGB-Bestimmungen werden im Regelfall durch die entsprechende Bestimmungen des für den betreffenden Vertrag, sei es ein Nominat- oder Inno-

minatvertrag, typischen Rechts, sei dieses zwingend oder dispositiv, ersetzt, weil diese im Regelfall den hypothetischen Parteiwillen reflektieren.

Dies entspricht dem Regelvorgehen in den Fällen, in denen eine infolge Abweichung vom zwingenden Recht nichtige Vertragsbestimmung durch die Bestimmung gemäss zwingendem Recht ersetzt wird¹⁷³ oder in denen eine vom dispositiven Recht abweichende, aus anderen Gründen nichtige Vertragsbestimmung durch die Bestimmung gemäss dispositiven Recht ersetzt wird.¹⁷⁴

Dies steht wiederum im Einklang mit dem Regelvorgehen bei der Vertragsergänzung im Allgemeinen, wo Lücken primär durch zwingendes und dispositives Recht ergänzt werden.¹⁷⁵

Die Nichtigkeit wirkt nach traditioneller Auffassung erga omnes, also auch gegenüber nicht am Prozess Beteiligten. Die betreffenden AGB oder AGB-Bestimmungen sind nach dieser Auffassung so nicht nur im beurteilten individuell-konkreten Fall inter partes nichtig, sondern auch in allen anderen individuell-konkreten Fällen, in denen sie Vertragsbestandteil wurden. The diesem Sinne kann bei Feststellung der Nichtigkeit von AGB oder von AGB-Bestimmungen im individuell-konkreten Fall nach traditioneller Auffassung von einer erga omnes-Wirkung der generell-abstrakten Normenkontrolle nach Art. 8 UWG gesprochen werden.

Die Nichtigkeit im individuell-konkreten Fall aufgrund einer Verletzung von Art. 8 UWG ändert nichts an deren Charakter einer generell-abstrakten Normenkontrolle.

¹⁶⁵ Z.B. BGE 120 II 35, E. 4a.

GI.M. THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 147, der allerdings die Auffassung vertritt, der für eine Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR notwendige hypothetische Parteiwille bezüglich Aufrechterhaltung des Vertrags sei irrelevant; dazu bereits V.A. im Rahmen der Ausführungen zum reinen Auslegungsstreit.

¹⁶⁷ Im Allgemeinen z.B. Huguenin (FN 5), N 306 ff.; Gauch/ Schluep/Schmid (FN 5), N 702 ff.

¹⁶⁸ Vischer (FN 27), 181; Thouvenin (FN 56), Art. 8 UWG N 147.

KUONEN (FN 56), 29 f.; VISCHER (FN 27), 181; a.M. z.B. ROBERTO/WALKER (FN 31), 62; KOLLER (FN 31), 34 ff.; THOUVENIN (FN 56), Art. 8 UWG N 146; HESS/RUCKSTUHL (FN 59), 1211; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 1156a; zur geltungserhaltenden Reduktion als modifizierte Teilnichtigkeit im Allgemeinen z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 706.

¹⁷⁰ Z.B. HUGUENIN (FN 37), Art. 20 OR N 55.

¹⁷¹ Z.B. Huguenin (FN 37), Art. 20 OR N 62.

JACOBS (FN 162), 581, bezüglich kartellrechtlicher Nichtigkeit von Verträgen.

¹⁷³ Z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 710.

¹⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 5), N 709.

¹⁷⁵ Huguenin (FN 5), N 316; Gauch/Schluep/Schmid (FN 5), N 1254 ff.

Zur erga omnes-Wirkung von Art. 20 OR im Allgemeinen z.B. BGE 136 III 345, E. 2.2.2; JACOBS (FN 162), 360; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183, Bern 1941, Art. 20 OR N 10; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1–183, 2. A., Zürich 1929, Art. 20 OR N 56; für einen Überblick über die Lehrmeinungen Frédéric Rochat, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, Zürich 2002, 217 ff.

Koller (FN 31), 39; a.M. Hess/Ruckstuhl (FN 59), 1209.

¹⁷⁸ So Koller (FN 31), 39.

VII. Zusammenfassung und Thesen

Die traditionell praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle in der Form der Geltungs- und Auslegungskontrolle ist aufzugeben.¹⁷⁹

Art. 8 UWG befindet sich im UWG und nicht im OR. Das hat Auswirkungen auf seine Auslegung und insbesondere auch auf die Art und Weise der von Art. 8 UWG statuierten offenen Inhaltskontrolle von AGB.

Diese von Art. 8 UWG statuierte AGB-Kontrolle ist generell-abstrakt und nicht individuell-konkret, auch wenn Art. 8 UWG im individuell-konkreten Fall durch den Konsumenten angerufen wird.

Art. 8 UWG ist eine Generalklausel, die durch Fallreihen und nicht durch Billigkeits- und Willkürentscheidungen im Einzelfall zu erschliessen ist.

Dabei sind in grossem Ausmass Wert- und Wertungsentscheide zu treffen, die dauernd kritisch zu hinterfragen sind, insbesondere was das eigene Vorverständnis betrifft.

Ausgangspunkt ist das Verständnis von Art. 8 UWG als Missbrauchsnorm, nicht als Blankettnorm für eine grenzenlose offene Inhaltskontrolle.

Orientierungshilfe bei der Auslegung von Art. 8 UWG und bei der gebotenen Bildung von Fallreihen bietet die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

Bevor AGB der AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG zugänglich sind, sind sie auszulegen.

Diese Auslegung ist entsprechend der von Art. 8 UWG verlangten generell-abstrakten AGB-Kontrolle keine subjektive, sondern eine objektivierte (abstrakte) Auslegung. Sie geht von einem Durchschnittskonsumenten aus, der je nach der Natur des von den AGB erfassten Geschäfts variiert und der letztlich Mensch ist.

Der Gesetzgeber ist ernst zu nehmen, weshalb bei der Auslegung von Art. 8 UWG jedem Tatbestandselement in Art. 8 UWG seinen Sinn zu geben ist und kein Tatbestandselement einfach weggedacht werden darf.

Der Begriff des Konsumenten gemäss Art. 8 UWG ist entsprechend der Richtlinie 91/13/EWG zu bestimmen.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Verwendung und insbesondere von Treu und Glauben in Art. 8 UWG sind lauterkeits- und nicht vertragsrechtliche Begriffe. Eine Verwendung liegt vor, wenn AGB in einem individuell-konkreten Fall Vertragsbestandteil geworden sind oder sie zumindest für konkrete Vertragsabschlüsse vorgelegt werden. Treu und Glauben verletzt ein Verwender dann, wenn er durch die Ausgestaltung der AGB den frei-

en Wettbewerb unter den beteiligten Akteuren und dessen Steuerungs-, Verteilungs-, Auslese-, Belohnungs-, Innovations- und Machtverteilungsfunktion verfälscht, oder wenn er durch die Ausgestaltung der AGB kein faires Wettbewerbsverhalten im Sinne eines moralischen Geschäftsverhaltens im Interesse aller am Wettbewerb beteiligten Akteure an den Tag legt.

Ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und vertraglichen Pflichten zum Nachteil des Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG liegt im Regelfall vor, wenn eine erhebliche Abweichung vom relevanten Vertragstypenrecht, sei dieses zwingend oder dispositiv, zulasten des Konsumenten vorliegt. Dadurch wird dispositives Recht im AGB-Umfeld weitgehend zu zwingendem Recht.

Das erhebliche Missverhältnis ist ungerechtfertigt, wenn es durch die Natur des von den AGB erfassten Geschäfts nicht gerechtfertigt ist.

Auch bei Anrufung von Art. 8 UWG in einem individuell-konkreten Fall ist die AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG generell-abstrakt.

Eine Verletzung von Art. 8 UWG führt zur Nichtigkeit. Diese Nichtigkeit kann nach der allgemeinen Regel von Art. 20 OR auch eine Teilnichtigkeit und insbesondere auch eine modifizierte Teilnichtigkeit sein. Letztere erlaubt auch eine geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Bestimmung.

Eine infolge einer Verletzung von Art. 8 UWG festgestellte Nichtigkeit wirkt nach traditioneller Auffassung erga omnes.

¹⁷⁹ Siehe auch MAISSEN (FN 7), N 168.