

Thomas Probst

## Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinat?

---

Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutzrecht haben unterschiedliche Wurzeln und Zielsetzungen. Das Wettbewerbsrecht schützt den Wettbewerb als marktwirtschaftliches Institut, während das Konsumentenschutzrecht den Konsumenten als schwache Vertragspartei vor der geschäftlichen Überlegenheit gewerblicher Anbieter schützen will. Indirekt dient das Lauterkeitsrecht (UWG) jedoch zu Recht auch dem Konsumentenschutz. Einen Irrweg stellt dagegen die neueste Tendenz des Gesetzgebers dar, das UWG punktuell in ein Konsumentenschutzgesetz zu transformieren und dadurch die Nichtkonsumenten zu diskriminieren.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht; Konsumentenrecht; Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Thomas Probst, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinat?, in: Jusletter 6. Februar 2017

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Konsumentenschutzbestimmungen im UWG
  - A. Allgemeines
  - B. Lauterkeitsrechtlicher Mitbewerberschutz
  - C. Lauterkeitsrechtlicher Kunden- bzw. Adressatenschutz
  - D. Lauterkeitsrechtlicher Konsumentenschutz
    - a. Art. 3 Abs. 1 lit. k, l, m und n UWG
    - b. Art. 8 UWG
  - E. Zwischenergebnis  
Der lauterkeitsrechtliche Sonderschutz vor missbräuchlichen AGB für Konsumenten
  - F. Die Entwicklungsgeschichte von Art. 8 UWG
  - G. Drei Neuerungen des neuen Art. 8 UWG (2011)
  - H. Die Anwendung von Art. 8 UWG (2011)
    - a. Ausgangslage
    - b. Interpretationsprobleme mit Art. 8 UWG
      - aa. Der Begriff des Konsumenten
      - bb. Die Feststellung des Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten
      - cc. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»?
      - dd. Wann ist ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis «treuwidrig»?
  - I. Ergebnis
- I. Kartellrechtlicher Konsumentenschutz vor missbräuchlichen AGB?
  - A. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels oder über AGB?
  - B. Durchsetzung missbräuchlicher AGB durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung des AGB-Verwenders?
- II. Ausblick

## I. Einführung

[Rz 1] Auf den ersten Blick hat das Gesetz gegen den *unlauteren Wettbewerb* wenig mit *Konsumentenschutz* zu tun. Ein Wettbewerber ist nicht ein Konsument und ein Konsument ist nicht *per se* ein Wettbewerber. So gesehen sind *Lauterkeitsrecht* und *Konsumentenschutzrecht* voneinander ziemlich entfernte Rechtsmaterien. Während das Lauterkeitsrecht den *Wettbewerb* als *marktwirtschaftliches Institut* schützt, soll das Konsumentenschutzrecht die *Endabnehmer* von Konsumgütern, welche als schwache Vertragsparteien den geschäftlich versierten gewerblichen Anbietern unterlegen sind, Schutz bieten.

[Rz 2] Auch bei näherer Betrachtung ist der Konsument ein Nachfrager und *kein Anbieter* von Waren oder Dienstleistungen, weshalb er nicht mit andern Anbietern im Wettbewerb um Kunden steht. Zwar kann auch unter *Nachfragern* Wettbewerb entstehen, namentlich bei einem *Oligopson*, wo mehrere Personen am Erwerb desselben Gutes interessiert sind (z.B. bei einer Auktion von Kunstgegenständen), aber diese Situation ist bei *Konsumgütern* – also bei Waren oder Dienstleistungen, die dem persönlichen oder familiären Ver- bzw. Gebrauch dienen – atypisch. Ein *direktes Wettbewerbsverhältnis* zwischen *Konsumenten* besteht bei Konsumgütern deshalb in der Regel nicht.

[Rz 3] Daraus lässt sich nun allerdings nicht folgern, die *Konsumenteninteressen* seien für die Gesetzgebung zum Schutz des lautereren Wettbewerbs ohne Bedeutung. Das Gegenteil trifft zu. Konsumenten werden vom unlauteren Wettbewerb in ihren *eigenen, schützenswerten Interessen*

beeinträchtigt, sobald ihnen als – von Anbietern umworbenen Nachfragern – durch unlauteres Wettbewerbsverhalten konkurrierender Anbieter *Nachteile* entstehen oder zumindest zu entstehen drohen. Es überrascht daher nicht, dass der Gesetzgeber den *Zweckartikel* des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sehr *weit gefasst* hat<sup>1</sup>, wonach der lautere Wettbewerb im Interesse *«aller Beteiligten»*<sup>2</sup> geschützt werden soll, wozu auch die Konsumenten gehören. In seiner Botschaft aus dem Jahr 1983 zur UWG-Revision wies der Bundesrat denn auch ausdrücklich auf das *«erstarkte Konsumentenbewusstsein»* hin und stellte fest, zu *«einem fairen Wettbewerb gehör[e] das klare, täuschungsfreie Angebot an den Konsumenten»*<sup>3</sup>.

[Rz 4] Vor diesem Hintergrund sollen im Rahmen des vorliegenden Beitrags<sup>4</sup> vor allem *zwei Fragen* geklärt werden. Welche *Konsumentenschutznormen* enthält das heutige UWG (nachstehend Abschnitt II)? Welche spezifischen dogmatischen und praktischen *Anwendungsprobleme* bringen diese mit sich (nachstehend Abschnitt III)? Zur Abrundung wird abschliessend kurz das *Kartellrecht* unter dem Gesichtspunkt des Konsumentenschutzes betrachtet (Abschnitt IV).

## II. Konsumentenschutzbestimmungen im UWG

### A. Allgemeines

[Rz 5] Nach der *UWG-Botschaft* geht das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von der *«Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit»*<sup>5</sup> aus, was der sog. *«Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts»*<sup>6</sup> entspreche. Mit dieser – häufig gemachten, aber kaum je näher begründeten – allgemeinen Aussage ist wenig ausgesagt bzw. geklärt, da die *Konsumentenkaufkraft* zweifelsohne ein bedeutender *Wirtschaftsfaktor* ist und als solcher einen relevanten Teil der *«Wirtschaft»* darstellt. So betrachtet leuchtet weder die *«Dreidimensionalität»* noch die *«Gleichwertigkeit»* der Interessen von *«Wirtschaft»*, *«Konsumenten»* und *«Allgemeinheit»* ein. Wenn man schon von *«Dreidimensionalität»* sprechen möchte, wäre zutreffender zwischen den Interessen der *Anbieter* (= Privatinteresse), der *Abnehmer* (= Privatinteresse) und der *Allgemeinheit* (= öffentliches Interesse) zu differenzieren. Diesfalls wäre dann aber zu klären, weshalb die *zwei Privatinteressen* (der Anbieter einerseits, der Abnehmer andererseits) sowie das *öffentliche Interesse* (der Allgemeinheit) je für sich gleichwertig sein sollen und was dies für die *Auslegung* von UWG-Bestimmungen konkret bedeutet. Dem Begriff der *«Dreidimensionalität»* fehlt es zur Zeit an einem hinreichend bestimmten Inhalt.

---

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983 (im Folgenden: UWG-Botschaft 1983), BBl 1983 II 1009, 1058.

<sup>2</sup> Art. 1 UWG. – Im ursprünglichen UWG vom 30. September 1943 (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb) fehlte es zwar noch an einer entsprechenden Zweckbestimmung, aber klageberechtigt waren gemäss Art. 2 Abs. 2 aUWG schon damals die in ihren wirtschaftlichen Interessen geschädigten *«Kunden»*, also auch Konsumenten. In der Praxis blieb dieses Klagerecht alledings weitgehend wirkungslos (vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1018).

<sup>3</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1012 (Hervorhebung hinzugefügt). – Das UWG stützt sich gemäss seinem Ingress seither ausdrücklich auch auf den Konsumentenschutzartikel Art. 97 Abs. 1 und 2 BV (früher Art. 31<sup>sexies</sup> BV) als Verfassungsgrundlage.

<sup>4</sup> Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Referat, welches der Autor am 18. November 2016 an einer Jubiläumsfachtagung zum Lauterkeits-, Kartell- und Preisüberwachungsrecht in Bern (Hotel Bellevue) gehalten hat.

<sup>5</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1058.

<sup>6</sup> Ibidem. Ebenso von BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008 [zit.: von BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüterrecht], N 1056.

[Rz 6] Vorliegend braucht dieser Aspekt indes nicht weiterverfolgt zu werden, da in erster Linie die Frage interessiert, *inwieweit* das heutige UWG *Konsumentenschutzinteressen* verfolgt bzw. verfolgen soll. In dieser Hinsicht fällt auf, dass im Laufe der Zeit immer *weitere* und *detailliertere Einzeltatbestände* ins UWG *aufgenommen* worden sind, die nur noch schwerlich *dogmatische Leitlinien* erkennen lassen, welche die Auslegung des UWG erleichtern. Bildlich gesprochen hat es der Rechtsanwender beim UWG weniger mit einem stilsicher konzipierten, juristischen Gebäude zu tun, sondern eher mit einer unübersichtlichen Rechtsbaute, die ob der vielen Anbauten und Renovationen schwer zu fassen ist. Dazu hat nicht zuletzt – um im Bild zu bleiben – der jüngste konsumentenschutzrechtliche Anbau in Form eines «AGB-Erkers» beigetragen.

[Rz 7] Aus der Sicht des hier zu diskutierenden Konsumentenschutzes ist in erster Linie von Interesse, *welche Konsumentenschutzbestimmungen* das heutige UWG enthält. Zur Beantwortung dieser Frage ist es angezeigt, zwischen jenen Bestimmungen zu unterscheiden, die *spezifisch* auf den Schutz von Konsumenten *ausgerichtet* sind (nachstehend lit. D), und jenen Bestimmungen, die den Konsumenten im Rahmen des *allgemeinen Kundenschutzes* vor unlauterem Wettbewerb mitzuschützen (nachstehend lit. C). Beiden Arten von Konsumentenschutznormen stehen jene UWG-Bestimmungen gegenüber, die in erster Linie auf den Schutz von *Mitbewerbern* (Konkurrenten) ausgerichtet sind und dem Konsumenten gegebenenfalls *indirekt* einen gewissen Schutz bieten. Letztere Bestimmungen werden als erste erörtert (nachstehend lit. B)<sup>7</sup>.

## B. Lauterkeitsrechtlicher Mitbewerberschutz

[Rz 8] Gemäss seiner Zweckbestimmung will das UWG den «lauteren und unverfälschten Wettbewerb»<sup>8</sup> im Interesse «aller Beteiligten»<sup>9</sup> gewährleisten. Am Wettbewerb beteiligt – also auch an seiner Lauterkeit und Unverfälschtheit interessiert – sind in einer Marktwirtschaft in erster Linie die *Mitbewerber* (Konkurrenten). In der Tat beeinträchtigt unlauteres Wettbewerbsverhalten eines Mitbewerbers regelmässig die Wettbewerbsstellung seiner Konkurrenten. Es liegt daher auf der Hand, dass diverse UWG-Bestimmungen primär auf den Schutz von *Mitbewerbern ausgerichtet* sind. Mit andern Worten: Mitbewerber sollen im Wettbewerb nicht durch das unlautere Verhalten von Konkurrenten (oder allfälliger Dritter) benachteiligt werden<sup>10</sup>.

[Rz 9] Folgende Bestimmungen des UWG können schwergewichtig dieser *Kategorie* zugeordnet werden:

[Rz 10]

---

<sup>7</sup> Die Unterscheidung hat mehr *typologischen* denn *klassenlogischen* Charakter, da etliche Bestimmungen zwar auf einen *Hauptzweck* ausgerichtet sind (z.B. Schutz der Mitbewerber vor unlauterer Verwendung von Titeln oder Berufsbezeichnungen durch Konkurrenten), aber *gleichzeitig* auch im Interesse weiterer Personen (z.B. der Nachfrager oder Konsumenten) liegen.

<sup>8</sup> Die romanischen Texte sprechen in Art. 1 UWG von «*concurrency loyale et qui ne soit pas faussée*» bzw. «*concorrenza leale e inalterata*».

<sup>9</sup> Die romanischen Gesetztexte sprechen von «*dans l'intérêt de toutes les parties concernées*» bzw. von «*nell'interesse di tutte le parti interessate*».

<sup>10</sup> Dies entspricht dem *deliktischen* Ursprung des schweizerischen Lauterkeitsrechts; dazu Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2016 [zit.: SHK UWG-AUTOR], SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 10, 84 sowie Art. 1 N 29.

- *Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG* schützt den *Mitbewerber* vor unrichtigen, irreführenden oder unnötig herabsetzenden Äusserungen seitens anderer Konkurrenten (oder Dritter<sup>11</sup>; z.B. Medien). Das *wettbewerbsrelevante Erscheinungsbild* eines Mitbewerbers auf dem Markt soll *nicht* von anderen *angeschwärzt* werden dürfen<sup>12</sup>.

[Rz 11]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG* will Mitbewerber vor *irreführenden*, und damit *wettbewerbsverfälschenden Angaben* über die *eigenen* Geschäftsverhältnisse (z.B. Firma, Adresse, UID, Rechtsform, Umsatz, Gewinn, Zertifizierungen, Auszeichnungen) eines Konkurrenten schützen<sup>13</sup>. Ein Konkurrent soll also nicht durch irreführende Angaben über seine eigenen Geschäftsverhältnisse seinen Marktanteil (zulasten von Mitbewerbern) vergrössern können<sup>14</sup>.

[Rz 12]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. c UWG* schützt den Mitbewerber davor, dass ein Konkurrent durch die Verwendung unzutreffender *Titel* oder *Berufsbezeichnungen* sich einen *unlauteren Wettbewerbsvorteil* verschaffen kann<sup>15</sup>.

[Rz 13]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG* soll den Mitbewerber davor schützen, dass ein Konkurrent eine *Verwechslungsgefahr* mit seinen eigenen Waren oder Dienstleistungen herbeiführt, – indem er z.B. eine täuschend ähnliche Verpackung für seine Produkte verwendet<sup>16</sup>, – um sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Ein Konkurrent darf also nicht die *Wertschätzung*, welche das *Produkt eines Mitbewerbers* bei der Kundschaft genießt, durch unlautere Vermarktung seiner eigenen Produkte *ausnutzen*<sup>17</sup>.

[Rz 14]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG* bietet dem *Mitbewerber* Schutz vor unrichtigen, irreführenden, unnötig herabsetzenden oder anlehnenden, d.h. vor *nachteiligen Vergleichen* seiner Leistungen mit den Leistungen von Konkurrenten<sup>18</sup>.

[Rz 15]

---

<sup>11</sup> Vgl. Hilty Reto/Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 [zit.: BSK UWG-AUTOR]; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 8.

<sup>12</sup> Vgl. SHK UWG-SPITZ, Art. 3 lit. a N 29; ferner Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 3. November 1942 [im Folgenden «UWG-Botschaft 1942»], BBl 1942 665, 689.

<sup>13</sup> Es gilt somit das *Wahrheits-* und *Klarheitsgebot* für wettbewerbsrelevante Informationen.

<sup>14</sup> Vgl. auch UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 689 f.

<sup>15</sup> Vgl. auch BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 2. – A.M. offenbar SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 1 wo nur die «Marktgegenseite» als geschützt betrachtet wird. (Dies ist zu bezweifeln, da bereits das UWG 1943 in Art. 1 Abs. 2 lit. c einen entsprechenden Tatbestand kannte und die zugehörige Botschaft keine Hinweise liefert, dass der Gesetzgeber nur oder primär die Marktgegenseite schützen wollte [vgl. UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 690]. Stattdessen ging der Gesetzgeber vom Grundsatz aus, dass unlauterer Wettbewerb primär den *Mitbewerber* betrifft und nur mittelbar den Kunden. Vgl. UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 675 f [«Massgebend hiefür ist die Überlegung, dass unlauterer Wettbewerb, wiewohl er *unmittelbar stets den oder die Mitbewerber trifft*, zugleich auch unlauteres Geschäftsgebahren darstellen kann, das in seinen mittelbaren Auswirkungen unter Umständen auch die Kunden benachteiligt.»]).

<sup>16</sup> Vgl. UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 690.

<sup>17</sup> BGE 125 III 193, 207 Erw. 2b.

<sup>18</sup> SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 4. Vgl. auch UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1049 («Demgegenüber bezweckt der Tatbestand der vergleichenden Werbung den Schutz von Mitbewerbern und Konsumenten.»).

- *Art. 4 lit. a UWG* bietet dem *Mitbewerber*<sup>19</sup> Schutz davor, dass sein Vertragspartner («Abnehmer») durch einen Konkurrenten zum *Vertragsbruch* verleitet wird, weil dieser *selber* mit dem Vertragspartner einen Vertrag abschliessen möchte. Die Abwerbung von Kunden mittels Anstiftung zum Vertragsbruch ist demnach unlauter und rechtswidrig. Als «Abnehmer» gilt nicht nur der Endverbraucher (Konsument), sondern auch jeder andere Erwerber von Gütern oder Dienstleistungen auf den *vorgelagerten* Wirtschaftsstufen<sup>20</sup>. Geschützt vor unlauteren Eingriffen der Konkurrenz in bestehende Vertragsverhältnisse sind also die Vertragspartner von Abnehmern auf *allen Wirtschaftsstufen*<sup>21</sup>.

[Rz 16]

- *Art. 4 lit. c UWG*<sup>22</sup> will den Mitbewerber davor schützen, dass seine *Hilfspersonen* durch Konkurrenten oder Dritte zur *Auskundschaftung* oder zum *Verrat* seiner *Fabrikations-* oder *Geschäftsgeheimnisse* verleitet werden. Der Wettbewerb darf folglich nicht von Konkurrenten oder Dritten<sup>23</sup> durch die *Verleitung zum Vertragsbruch* verfälscht werden<sup>24</sup>.

[Rz 17]

- *Art. 4 lit. d UWG*<sup>25</sup> schützt den Mitbewerber (Konsumkreditgeber) davor, dass sein *Konsumkreditnehmer* von einem *Konkurrenten* veranlasst wird, den bestehenden Konsumkreditvertrag zu widerrufen, um anschliessend selber mit ihm einen Konsumkreditvertrag abzuschliessen. Die Kundschaft soll einem Mitbewerber also nicht durch unlautere Methoden eines Konkurrenten abgeworben werden können<sup>26</sup>.

[Rz 18]

- *Art. 4a Abs. 1 lit. a und b UWG*<sup>27</sup> will den Mitbewerber<sup>28</sup> vor *aktiver* und *passiver Bestechung* in der *Privatwirtschaft* schützen. Unlauter ist nicht nur das Anbieten, Versprechen oder Gewäh-

---

<sup>19</sup> Vgl. auch SHK UWG-Spritz, Art. 4, N 12.

<sup>20</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1061, 1069.

<sup>21</sup> Vgl. auch SHK UWG-Spritz, Art. 4, N 48.

<sup>22</sup> Diese Bestimmung knüpft an Art. 1 Abs. 2 lit. f aUWG 1943 an (vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1069; UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 692; SHK UWG-Spritz, Art. 4 N 2).

<sup>23</sup> SHK UWG-Spritz, Art. 4 N 71.

<sup>24</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1069.

<sup>25</sup> Diese Bestimmung knüpft an Art. 1 Abs. 2 lit. k aUWG 1943 an, welcher durch das Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag eingefügt worden war (in Kraft ab 1. Januar 1962). Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag vom 26. Januar 1960 [im Folgenden «UWG-Botschaft 1960»], BBl 1960 I 523, 552, 586 f.

<sup>26</sup> Vgl. UWG-Botschaft 1960, BBl 1960 I 523, 568 f. – Man muss sich freilich fragen, ob das Abwerben von Kundschaft durch das Gewähren besserer Vertragsbedingungen nicht zur *Essenz des Wettbewerbs* gehört und daher die Unlauterkeit dieses Verhaltens durch ein *treuwidriges* Vorgehen erwiesen sein muss. Vgl. auch SHK UWG-Spritz, Art. 4 N 75; BSK UWG-Volkart, Art. 4 lit. d, N 2, 19.

<sup>27</sup> Diese Bestimmung wurde durch Art. 2 Ziff. 2 des Bundesbeschlusses vom 7. Okt. 2005 über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption eingeführt, welche seit 1. Juli 2006 in Kraft ist (BBl 2004 7043, 7045).

<sup>28</sup> Die Privatbestechung verfälscht den Wettbewerb und verletzt damit die Interessen der «übrigen Wettbewerbs Teilnehmer» (BBl 2004 6983, 7012). Art. 4a UWG dient daher namentlich dem «Schutz des Vertrauens und der Loyalität» im Geschäftsverkehr (vgl. BBl 2004 6983, 7007). Gleichzeitig schützt diese Bestimmung die Vermögensinteressen des Mitbewerbers, welcher durch ein treuwidriges Verhalten seiner («korrumpierten») Hilfsperson einen Nachteil erleidet. Vgl. SHK UWG-Spritz, Art. 4a N 2 f.

ren nicht gebührender Vorteile (aktive Bestechung), sondern auch das Annehmen, Fordern oder sich Versprechenlassen solcher Vorteile (passive Bestechung)<sup>29</sup>.

[Rz 19]

- Art. 5 UWG schützt – unter dem Titel «Verwertung fremder Leistungen» – den Mitbewerber davor, dass seine *Arbeitsergebnisse*, die er jemandem anvertraut hat oder die jemandem unbefugtermassen überlassen worden sind, verwertet<sup>30</sup>. Gleiches gilt für die Verwertung des *marktreifen Arbeitsergebnisses* eines Mitbewerbers mittels technischer Reproduktionsverfahren ohne angemessenen eigenen Aufwand<sup>31</sup>.

[Rz 20]

- Art. 6 UWG<sup>32</sup> schützt den Mitbewerber vor der Verwertung oder Offenbarung unrechtmässig in Erfahrung gebrachter *Fabrikations-* oder *Geschäftsgeheimnisse* durch Konkurrenten oder Dritte. Geschützt wird nicht das Geheimnis *per se* im Sinne eines Immaterialgüterrechts, sondern dessen *Offenbarung* oder *Verwertung* durch jemanden, der auf unlautere Weise davon Kenntnis erhalten hat.

[Rz 21]

- Art. 7 UWG<sup>33</sup> schützt den Mitbewerber davor, dass ein Konkurrent die *Arbeitsbedingungen*, welche für beide massgeblich sind (z.B. kraft Gesetz oder GAV), nicht einhält. Damit soll verhindert werden, dass ein Konkurrent sich durch die Verletzung verbindlicher Arbeitsbedingungen («*soziales Dumping*»), einen Wettbewerbsvorteil verschafft<sup>34</sup>.

## C. Lauterkeitsrechtlicher Kunden- bzw. Adressatenschutz

[Rz 22] Neben den eben diskutierten UWG-Bestimmungen<sup>35</sup>, welche in erster Linie den *Mitbewerber* vor unlauterem Wettbewerb schützen wollen – aber *indirekt* auch der *Marktgegenseite* (wozu u.a. die *Konsumenten* gehören) zugute kommen, – gibt es diverse UWG-Bestimmungen, die *direkt* auf den Schutz der *Kunden* gewerblicher Anbieter abzielen.

[Rz 23] «Kunden» im Sinne dieser Bestimmungen sind sowohl *gewerbliche Abnehmer* (z.B. Produzenten oder Händler) als auch *Konsumenten* (Endabnehmer). Eine spezifische *Beschränkung* auf Konsumenten sieht das Gesetz in diesen Fällen *nicht* vor. Folgende UWG-Bestimmungen können dieser *Kategorie* zugeordnet werden:

[Rz 24]

---

<sup>29</sup> Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption vom 10. November 2004, BBl 2004 6983 ff.

<sup>30</sup> Art. 5 lit. a und b UWG. Vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1069 f.

<sup>31</sup> Art. 5 lit. c UWG; BGE 131 III 384, 395 Erw. 5.2 («Unlauter ist aber der parasitäre Wettbewerb, indem man einen Konkurrenten für sich arbeiten lässt und seine Leistung nutzt, um daraus (unmittelbar) einen eigenen Erfolg zu erzielen»). Vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1070.

<sup>32</sup> Diese Bestimmung entspricht Art. 1 Abs. 2 lit. g aUWG 1943. Vgl. UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 692 f.

<sup>33</sup> Diese Bestimmung entspricht Art. 1 Abs. 2 lit. h aUWG 1943. Vgl. UWG-Botschaft 1942, BBl 1942 665, 693.

<sup>34</sup> SHK UWG-JUNG, Art. 7 N 1.

<sup>35</sup> Dazu oben Rz. 8 f.

- *Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG* schützt den *Kunden* vor Täuschung durch gewerbliche Anbieter über deren eigene oder fremde Leistungsfähigkeit, indem wiederholt *Angebote unter Einstandspreisen* gemacht und diese in der Werbung besonders hervorgehoben werden<sup>36</sup>. Die lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit solcher «*Lockvogel*»-Angebote gewährt sowohl dem *gewerblichen Abnehmer* als auch dem *Konsumenten* Schutz<sup>37</sup>. Im Geschäftsleben praktizieren typischerweise Grossverteiler in der Detailhandelsbranche Lockvogel-Angebote<sup>38</sup>, welche sich v.a. an *Konsumenten* richten.

[Rz 25]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG* schützt den *Kunden* vor Täuschung über den *effektiven Wert* eines Angebots, wenn der Anbieter besondere *Zugaben*, d.h. unentgeltliche, wirtschaftlich selbständige Zusatzleistungen (akzessorisch zur Hauptleistung) gewährt (z.B. Gratskissen bei Kauf eines Sofas)<sup>39</sup>. Solche Zugaben können sowohl *gewerbliche Abnehmer* als auch *Konsumenten* über den tatsächlichen Wert eines Angebots täuschen<sup>40</sup>, da dem *Kunden* der Preis der nicht fakturierten Zusatzleistung nicht bekannt ist. Die Bestimmung will insbesondere verhindern, dass das Verbot von «*Lockvogel*»-Angeboten<sup>41</sup> durch eine verbreitete Gewährung von Zugaben unterlaufen wird<sup>42</sup>.

[Rz 26]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG* schützt den *Kunden* vor der Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit durch *besonders aggressive Verkaufsmethoden* (z.B. durch Hinweis auf eine Gefährdung der Gesundheit bei Nichtkauf eines Produkts; Vortäuschung einer «einmalig günstigen» Kaufgelegenheit; Ausübung psychischen Drucks auf Werbefahrten oder Verkauf-Partys, postalische Zustellung unbestellter Ware per Nachnahme)<sup>43</sup>. Durch derartige Verkaufsmethoden ausgeübter *psychischer Druck* kann sowohl den *gewerblichen Abnehmer* als auch den *Konsumenten* treffen<sup>44</sup>, wobei letzterer als stärker gefährdet erscheint, zu wenig reflektierte Kaufentscheidungen zu treffen, die er nachträglich bereut<sup>45</sup>.

[Rz 27]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG* will den *Kunden* davor schützen, vom Verkäufer durch die *Verschleierung* von *Wareneigenschaften* über die wahre Beschaffenheit der angebotenen Ware getäuscht zu werden (z.B. fehlende oder falsche Produktangaben; Mogelpackung)<sup>46</sup>. Solche unlauteren Verkaufsmethoden können sowohl den *gewerblichen Abnehmer* als auch den *Konsumenten* täuschen<sup>47</sup>.

---

<sup>36</sup> Vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1043 ff., 1066 f.

<sup>37</sup> So auch SHK UWG-SPITZ, Art. 3 lit. f, N 62 f.

<sup>38</sup> Vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1043 f., 1066.

<sup>39</sup> Rabatte und Skonti sind dagegen zulässige Preisnachlässe, da sie den *Kunden* nicht über den Wert der Hauptleistung täuschen, sondern der definitive Preis ohne weiteres ersichtlich ist.

<sup>40</sup> So auch SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. g, N 23.

<sup>41</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG.

<sup>42</sup> Vgl. UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1067.

<sup>43</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1067.

<sup>44</sup> So auch SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. h, N 22.

<sup>45</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1049.

<sup>46</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1049, 1068.

<sup>47</sup> UWG-Botschaft 1983, BBl 1983 II 1009, 1049. So auch SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. i, N 19.



[Rz 28]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG* will den Kunden davor schützen, dass ihm, *ohne vorherige Einwilligung* bzw. ohne einen vorausgehenden Geschäftskontakt, auf *elektronischem Weg Massenwerbung* (sog. *spamming* per Fax, SMS, E-mail etc.) zugestellt wird. Unerwünschte Massenmails nehmen beim Empfänger u.a. Speicherkapazität und Arbeitszeit für deren Ausscheidung und Löschung in Anspruch<sup>48</sup>. Der Schutz vor unlauterer elektronischer Massenwerbung gilt sowohl für *gewerbliche Abnehmer* als auch für *Konsumenten*.

[Rz 29]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. p* und *lit. q UWG* wollen die Adressaten vor unlauteren *Angeboten* oder *Rechnungen* (ohne vertragliche Grundlage)<sup>49</sup> schützen, die auf das *Erschleichen kostenpflichtiger Verzeichniseinträge* abzielen («Adressbuchschwindelei»)<sup>50</sup>. Die Gesetzesbestimmung schützt *jedermann*, also sowohl beruflich bzw. gewerblich tätige Adressaten als auch Konsumenten, welche für persönliche bzw. familiäre Zwecke handeln<sup>51</sup>.

[Rz 30]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG* will Adressaten vor *Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystemen* schützen, welche die Gewährung vermögensrechtlicher Vorteile hauptsächlich an die Bedingung des *Anwerbens neuer Teilnehmer* knüpfen, deren Anzahl sich auf diese Weise rasch und weitgehend unkontrollierbar erhöht<sup>52</sup>. Diese Rechtsnorm schützt jedermann, d.h. sowohl beruflich bzw. *gewerblich* tätige Adressaten als auch (für persönliche bzw. familiäre Zwecke handelnde) *Konsumenten*<sup>53</sup>.

[Rz 31]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG* will Adressaten, die im *elektronischen Geschäftsverkehr* von gewerblichen Anbietern Angebote *ohne ausreichende Transparenzangabe* erhalten, vor unüberlegten Vertragsabschlüssen schützen<sup>54</sup>. Als Abnehmer gewerblich angebotener Leistungen kommen sowohl *Konsumenten* als auch *gewerbliche Abnehmer* (z.B. Händler) in Betracht<sup>55</sup>.

[Rz 32]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG* schützt Adressaten vor unlauteren *Gewinnversprechen*, deren Einlösung an die Vornahme einer *kostenpflichtigen* Handlung oder Transaktion des Gewinners gebunden ist<sup>56</sup>. Diese Bestimmung schützt *alle Adressaten* von unlauteren Gewinnversprechen, d.h. unabhängig davon, ob es sich um *gewerblich Tätige* oder *Konsumenten* handelt<sup>57</sup>.

---

<sup>48</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, 7991.

<sup>49</sup> SHK UWG-PROBST, Art. 3 Abs. 1 lit. q, N 11 ff.

<sup>50</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009 (im Folgenden «UWG-Botschaft 2009»), BBl 2009 6151, 6174 f.

<sup>51</sup> SHK UWG-PROBST, Art. 3 Abs. 1 lit. p, N 6.

<sup>52</sup> UWG-Botschaft 2009, BBl 2009 6151, 6176 f.

<sup>53</sup> Dementsprechend handelt es sich *nicht* um eine *Konsumentenschutznorm* (unzutreffend SHK UWG-THUT, Art. 3 Abs. 1 lit. r, N 3), sondern um eine Norm des allgemeinen *Kunden- bzw. Adressatenschutzes*, die auch *gewerbliche* Kunden erfasst und schützt.

<sup>54</sup> SHK UWG-PROBST, Art. 3 Abs. 1 lit. s, N 7.

<sup>55</sup> SHK UWG-PROBST, Art. 3 Abs. 1 lit. s, N 16.

<sup>56</sup> Diese Bestimmung war in der bundesrätlichen Botschaft noch nicht enthalten (vgl. BBl 2009 6151 ff.), sondern wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratung ins UWG eingefügt.

<sup>57</sup> SHK UWG-THUT, Art. 3 Abs. 1 lit. t, N 2.

[Rz 33]

- *Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG* schützt die «Kunden» (besser die «Adressaten») vor der Missachtung ihres (im Telefonbuch durch ein Asterisk [\*] deklarierten) Willens, von Dritten *keine Werbemitteilungen* zu erhalten sowie vor der *Weitergabe ihrer Daten* an Dritte zwecks Direktwerbung<sup>58</sup>. Geschützt werden auch hier *alle Adressaten* vor der unlauteren Zustellung unerwünschter Werbematerialien bzw. vor der Weitergabe ihrer Daten an Dritte, unabhängig davon, ob es sich um *gewerblich Tätige* oder *Konsumenten* handelt<sup>59</sup>.

## D. Lauterkeitsrechtlicher Konsumentenschutz

[Rz 34] Sowohl im *privatrechtlichen* 2. Kapitel<sup>60</sup> als auch im *verwaltungsrechtlichen* 3. Kapitel<sup>61</sup> des UWG finden sich vereinzelte Bestimmungen, die den Begriff des *Konsumenten* verwenden. Dies wirft die Frage auf, ob es sich dabei um *eigentliche Konsumentenschutznormen* handelt, die *ausschliesslich* den Konsumenten schützen wollen oder nicht<sup>62</sup>. Zu erörtern sind unter diesem Gesichtspunkt folgende Bestimmungen:

### a. Art. 3 Abs. 1 lit. k, l, m und n UWG

[Rz 35] Diese vier Bestimmungen befassen sich mit unlauterem Wettbewerbsverhalten im Zusammenhang mit der Gewährung von *Konsumkrediten* aufgrund des Konsumkreditgesetzes (KKG)<sup>63</sup>. Das KKG schützt *ausschliesslich Konsumenten*<sup>64</sup>, weshalb *gewerbliche* Kreditnehmer nicht in den Schutzbereich dieses Gesetzes fallen. Es handelt sich deshalb um ein klassisches Konsumentenschutzgesetz.

[Rz 36] Das UWG knüpft mit Art. 3 Abs. 1 lit. k, l, m und n an das KKG an und erklärt die *ungenügende Transparenz*<sup>65</sup> bei öffentlichen Auskündigungen von Konsumkrediten (lit. k) bzw. Konsumfinanzierungskrediten (lit. l) sowie bei der Verwendung von Vertragsformularen für Konsumkreditverträge (lit. m) als unlauter und damit widerrechtlich. Der Konsumentenschutz des KKG wird auf diese Weise durch einen *lauterkeitsrechtlichen* Schutz des UWG ergänzt, welcher im Interesse des Konsumkreditnehmers liegt. Insoweit dienen die Art. 3 Abs. 1 lit. k, l, m und n UWG dem *Konsumentenschutz*<sup>66</sup>. Dennoch handelt es sich *nicht* um *eigentliche Konsumentenschutznormen*.

---

<sup>58</sup> Diese Bestimmung war in der bundesrätlichen Botschaft noch nicht enthalten (vgl. BBl 2009 6151 ff.), sondern wurde erst im Laufe der parlamentarischen Beratung ins Gesetz aufgenommen.

<sup>59</sup> Vgl. auch SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. u, N 13.

<sup>60</sup> Vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 lit. n; 4 lit. d und Art. 8 UWG.

<sup>61</sup> Vgl. etwa Art. 16 Abs. 1; 16a Abs. 1; 19 Abs. 2 lit. a und Art. 24 UWG.

<sup>62</sup> Eigentliche Konsumentenschutzbestimmungen, die nur für Konsumenten gelten, können unter Umständen *indirekt* auch andern Marktteilnehmern, namentlich Unternehmen einen gewissen Schutz bieten. Zu denken ist etwa an die Klage eines Konkurrenten gegen einen Mitbewerber, wonach letzterer gegenüber den Konsumenten missbräuchliche AGB durchsetzt und dadurch unlauteren Wettbewerb gegenüber der Konkurrenz treibt. Für weitere Einzelheiten: PROBST THOMAS, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 [zit.: PROBST, AGB], § 12.

<sup>63</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG), SR 221.214.1.

<sup>64</sup> Dieser Begriff wird in Art. 3 KKG definiert.

<sup>65</sup> Fehlende, unklare oder unrichtige Angaben über wesentliche Vertrags Elemente; kein Hinweis auf Überschuldungsverbot.

<sup>66</sup> Vgl. BGE 120 IV 287, 293 Erw. 2 f.

men, da sie auch den *gewerblichen Kreditgeber* als *Mitbewerber* vor unlauteren Geschäftspraktiken der Konkurrenten bei der Gewährung von Konsumkrediten schützen<sup>67</sup>.

## b. Art. 8 UWG

[Rz 37] Am 1. Juli 2012 ist die revidierte Fassung von Art. 8 UWG über die *Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen* in Kraft getreten. Diese Bestimmung sieht für *Konsumenten-AGB* eine offene Inhaltskontrolle vor, welche *keine* Anwendung auf *gewerbliche Abnehmer* findet. Mit Art. 8 UWG<sup>68</sup> hat der Gesetzgeber erstmals eine *eigentliche Konsumentenschutznorm* ins UWG aufgenommen. Dies wirft die Frage auf, ob eine offene Inhaltskontrolle von Konsumenten-AGB ihren Platz im UWG hat oder ob dieser gesetzgeberische Entscheid unerwünschte *Anwendungsprobleme* mit sich bringt<sup>69</sup>.

## E. Zwischenergebnis

[Rz 38] Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich folgendes *Zwischenergebnis*:

[Rz 39] Das UWG schützt primär den im Wettbewerb stehenden *gewerblichen Anbieter*<sup>70</sup> vor unlauterer Beeinträchtigung seiner *Wettbewerbsstellung* durch Konkurrenten (oder allenfalls Dritte wie Medien, Konsumentenschutzorganisationen). Dementsprechend erklärt Art. 2 UWG in erster Linie jenes treuwidrige Verhalten als unlauter, welches das «Verhältnis zwischen *Mitbewerbern*» beeinflusst. Viele UWG-Bestimmungen sind folglich auf den *Mitbewerberschutz* ausgerichtet<sup>71</sup>.

[Rz 40] Gleichzeitig verbietet das UWG treuwidriges Verhalten im «Verhältnis zwischen Anbietern und *Abnehmern*». Damit wird die *Marktgegenseite* des Anbieters wettbewerbsrechtlich miterfasst, wobei der Gesetzgeber diese z.T. als «*Kunden*», z.T. als «*Konsumenten*» bezeichnet.

[Rz 41]

- Wo das Gesetz den *weitergefassten* Begriff des «*Kunden*» verwendet, sind darunter sowohl *Unternehmer* als auch *Konsumenten* (Endabnehmer) zu verstehen, die Waren oder Dienstleistungen beziehen. Dies *unabhängig* vom konkreten *Verwendungszweck*, ob die Waren oder Dienstleistungen für die Produktion oder den Handel eingesetzt werden oder dem persönlichen Konsum dienen.

[Rz 42]

- Wo das Gesetz die Marktgegenseite mit dem *engeren* Begriff des «*Konsumenten*» umschreibt, schützt es nur einen *Teil* der «*Kunden*», nämlich die Endabnehmer, d.h. grundsätzlich nur *natürliche* Personen, die Waren oder Dienstleistungen für den *persönlichen* oder *familiären Gebrauch* bzw. Verbrauch erwerben.

---

<sup>67</sup> Vgl. Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12. Juni 1978, BBl 1978 II 485, 603 f.; SHK UWG-MARANTA/SPITZ Art. 3 Abs. 1 lit. k–n, N 1.

<sup>68</sup> Für eine umfassende Darstellung dieser Bestimmung: PROBST AGB, N 290–513.

<sup>69</sup> Dazu unten, Abschnitt III, Rz 54 f.

<sup>70</sup> Dasselbe gilt für den praktisch weniger häufigen Fall des gewerblichen *Abnehmers* (Nachfragers), ohne dass dies im vorliegenden Text jeweils besonders erwähnt wird.

<sup>71</sup> Dazu oben, Abschnitt II/B, Rz. 8 ff.

[Rz 43] Daraus ergibt sich, dass das heutige UWG dem Konsumentenschutz auf *drei Ebenen* dient, nämlich:

[Rz 44]

- durch *indirekten* Konsumentenschutz aufgrund eines willkommenen *Nebeneffekts* des Mitbewerberschutzes (Ebene 1),
- durch *direkten* Konsumentenschutz im Rahmen des *allgemeinen Kundenschatzes* (Ebene 2),
- und seit dem 1. Juli 2012 durch *direkten* Konsumentenschutz im Rahmen eines *ausschliesslichen Sonderschutzes* für Konsumenten (Ebene 3).

[Rz 45] Während der Konsumentenschutz auf Ebene 1 dem Lauterkeitsrecht als *Reflexwirkung* weitgehend *inhärent* ist, impliziert der Konsumentenschutz im Rahmen eines allgemeinen *Kundenschutzes* (Ebene 2) eine *stärkere Gewichtung* der Interessen der *Marktgegenseite* (sich gegenseitig konkurrenzierender Mitbewerber). Dies ist lauterkeitsrechtlich folgerichtig, da der Schutz der Abnehmer vor unlauterem Wettbewerbsverhalten von Anbietern (= allgemeiner Kundenschutz) der Zielsetzung des UWG entspricht<sup>72</sup>. Ein *neues Element* hat dagegen der Konsumentenschutz auf Ebene 3 ins Lauterkeitsrecht eingeführt, ist doch hier – unter *Ausschluss anderer Kunden* bzw. Abnehmer – ein *Sonderschutz* für *Konsumenten* geschaffen worden.

[Rz 46] Mit diesem Schritt hat der Gesetzgeber das UWG in ein *punktuell*es *Konsumentenschutzgesetz* transformiert, was mit der Zielsetzung des UWG kaum vereinbar erscheint, da dieses nur einen *allgemeinen*, nicht aber einen *diskriminierenden* Kundenschutz zum Ziel hat. Mit andern Worten, der legislative Trend vom Konsumentenschutz als willkommenem *Nebeneffekt* des Mitbewerberschutzes, zum Konsumentenschutz als *Teil* des *allgemeinen Kundenschatzes*, zum Konsumentenschutz als ausschliesslichem *Sonderschutz* für Konsumenten ist insofern fragwürdig, als er in einer *Diskriminierung gewerblicher Abnehmer* endet.

[Rz 47] Diese Entwicklung macht zugleich deutlich, dass der Grundsatz der (angeblichen) *Gleichwertigkeit* der Interessen von Anbietern, Abnehmern und der Allgemeinheit angesichts der *drei Konsumentenschutzebenen* ohne dogmatisches Fundament ist und bei der Anwendung des UWG *keine normative Kraft* entfaltet.

## **Der lauterkeitsrechtliche Sonderschutz vor missbräuchlichen AGB für Konsumenten**

### **F. Die Entwicklungsgeschichte von Art. 8 UWG**

[Rz 48] Art. 8 UWG ist im Rahmen der *UWG-Revision* von 1983 ins Gesetz aufgenommen worden. Nachdem der *Bundesrat* in seiner Botschaft vorgeschlagen hatte, AGB seien als missbräuchlich zu betrachten, wenn sie «zum Nachteil einer Vertragspartei: a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder, b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen»<sup>73</sup>, modifizierte das *Parlament* den Text in dem Sinne, dass AGB nur dann unlauter sein sollen, wenn sie dies in *irre-*

---

<sup>72</sup> Vgl. Art. 2 UWG.

<sup>73</sup> Botschaft UWG, BBl 1983 II 1009, 1094.

*führender Weise* tun<sup>74</sup>. Der Gesetzgeber wollte damit den lauterkeitsrechtlichen Bezug zu Art. 2 UWG unterstreichen<sup>75</sup>.

[Rz 49] In der Rechtspraxis führte das Erfordernis der *Irreführung* dazu, dass Art. 8 UWG (1986) kaum zur Anwendung gelangte<sup>76</sup> und praktisch *keinen* Schutz vor missbräuchlichen AGB bot. Konsequenterweise erachtete die Lehre den Versuch, die AGB-Problematik mit der lauterkeitsrechtlichen Bestimmung von Art. 8 UWG zu lösen, mehrheitlich als gescheitert und befürwortete einen *obligationenrechtlichen* Ansatz mit offener *Inhaltskontrolle*<sup>77</sup>. Mit der Zeit setzte sich die Einsicht durch, dass ein wirksamer Schutz vor missbräuchlichen AGB nur durch eine *Gesetzesrevision* zu verwirklichen war.

[Rz 50] Die langwierigen Revisionsbestrebungen mit unterschiedlichen Vorentwürfen im Obligationenrecht (OR), Versicherungsvertragsgesetz (VVG) und UWG mündeten schlussendlich in ein *parlamentarisches Differenzbereinigungsverfahren* zwischen Ständerat und Nationalrat, in dessen Verlauf sich in der entscheidenden *Einigungskonferenz* vom 15. Juni 2011 folgender Gesetzeswortlaut von Art. 8 UWG als lauterkeitsrechtlicher *Kompromiss*<sup>78</sup> durchsetzte und am 1. Juli 2012 in Kraft trat:

«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».

## G. Drei Neuerungen des neuen Art. 8 UWG (2011)

[Rz 51] Ein *Vergleich* von Art. 8 UWG (1986) und Art. 8 UWG (2011) zeigt folgendes Bild:

---

<sup>74</sup> AB 1986 S 423; AB N 1252 ff.

<sup>75</sup> BAUDENBACHER CARL, *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel/Genf/München 2001 [zit.: BAUDENBACHER, *Kommentar UWG*], Art. 8 N 24; PEDRAZZINI M./PEDRAZZINI F, *Unlauterer Wettbewerb, UWG*, 2. Aufl., Bern 2002 [zit.: PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *UWG*], N 12.02.

<sup>76</sup> *Bejaht* wurde eine Verletzung von Art. 8 UWG namentlich in folgenden Entscheidungen: BGE 119 II 443, 447 f. (jedoch bloss als *obiter dictum*); Entscheid der SLK, sic! 1999, 608, 611 ff.; OGer TG vom 24. Februar 1993 (mp 97, 23 ff., nur *obiter dictum*). – *Verneint* wurde eine Verletzung von Art. 8 UWG namentlich in folgenden Entscheidungen: BGE 117 II 332; 122 III 373; BGER Pra 1998, Nr. 9 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4P.52/2000 vom 29. Juni 2000 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 5C.237/2000 vom 15. Februar 2001 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts B 22/00 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 5C.134/2002 vom 17. September 2002; Urteil des Bundesgerichts 5C.259/2003 vom 15. Juni 2004 E. 6; KGer SG GVP 1992 Nr. 19. – Offen gelassen im Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1.

<sup>77</sup> BAUDENBACHER, *Kommentar UWG*, Art. 8 N 26 ff.; KOLLER THOMAS, Einmal mehr: Das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 ff.; MERZ HANS, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Aufl., Freiburg 1988 [zit.: MERZ, *Vertrag*], § 2 N 96a («verfehlte Revision»); GAUCH PETER, *Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge*, Festschrift Honsell, Zürich 2002, 3 ff. [zit.: GAUCH, *FS Honsell*], 18 f.; DERS., BR 1987, 57, 60; DERS., *recht* 2006, 85 SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012 [zit.: SCHWENZER, *OR AT*], N 46.04; GAUCH P./SCHLUEP W.R./SCHMID J., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 [zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *OR AT*], N 1150a.

<sup>78</sup> Mit diesem Kompromiss verhinderte das Parlament *in extremis* das Scheitern der gesamten UWG-Revision.

<i>Art. 8 UWG (1986)</i>	<i>Art. 8 UWG (2011)</i>
Unlauter handelt insbesondere, wer <i>vorformulierte</i> allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in <i>irreführender Weise</i> zum Nachteil einer <i>Vertragspartei</i> : a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten <i>vorsehen</i> .	Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in <i>Treu und Glauben verletzender Weise</i> zum Nachteil der Konsumentinnen und <i>Konsumenten</i> ein <i>erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis</i> zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten <i>vorsehen</i> .

[Rz 52] Daraus ergeben sich *drei Neuerungen*:

- Das Kriterium der «*Irreführung*» ist durch jenes der «*Treuwidrigkeit*» ersetzt worden.
- Das *geschützte Rechtssubjekt* ist nicht mehr allgemein der *Vertragspartner* des AGB-Verwenders, sondern nur noch der *Konsument*.
- Das Kriterium der erheblichen Abweichung von der gesetzlichen Ordnung bzw. jenes einer der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten ist durch das einheitliche Kriterium des *erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses* zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten ersetzt worden.

## H. Die Anwendung von Art. 8 UWG (2011)

### a. Ausgangslage

[Rz 53] Mit dem neuen Art. 8 UWG (2011) hat der Gesetzgeber im UWG erstmals eine *eigentliche Konsumentenschutznorm* geschaffen. Dieser Schritt erfolgte an der Einigungskonferenz nicht nur unter zeitlichem und politischem Druck, sondern auch *ohne* rechtsdogmatische *Grundsatzdiskussion*. Das primäre Ziel lag offenkundig darin, ein Scheitern der *ganzen* Revisionsvorlage *in extremis* zu verhindern. Es überrascht daher nicht, dass der Text von Art. 8 UWG (2011) nicht ausgereift ist und knifflige *Anwendungsprobleme* aufwirft. Letztlich hat sich der Gesetzgeber übernommen, wenn er mit ein und derselben Bestimmung sowohl *obligationenrechtliche* als auch *lauterkeitsrechtliche* Ziele zu verwirklichen versucht. Mit der *Kumulierung inkohärenter Tatbestandselemente* hat er nur schwer aufzulösende Widersprüche in Art. 8 UWG (2011) hineingetragen. Im Folgenden sollen die wichtigsten Problemkreise kurz umrissen werden<sup>79</sup>.

### b. Interpretationsprobleme mit Art. 8 UWG

#### aa. Der Begriff des Konsumenten

[Rz 54] Im Unterschied zu Art. 8 UWG (1986), worin der Gesetzgeber *jeden Übernehmer* missbräuchlicher AGB (potentiell) geschützt hat, beschränkt Art. 8 UWG (1986) seinen *persönlichen*

<sup>79</sup> Für eine detaillierte Darstellung: PROBST, AGB, N 410–513.

*Schutzbereich auf Konsumenten.* Nach dem Vorbild der RL 93/13/EWG<sup>80</sup> betrachtet das neue UWG die AGB-Problematik bloss noch als reines *Konsumentenschutzproblem*. Im Vergleich zu Art. 8 UWG (1986), der auch Nicht-Konsumenten schützte, nimmt Art. 8 UWG (2011) dadurch eine *Diskriminierung* gewisser Abnehmer, namentlich *kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU)* in Kauf.

[Rz 55] Es ist fraglich, ob sich der Gesetzgeber der *praktischen Konsequenzen* dieser Gesetzesänderung hinreichend *bewusst* war<sup>81</sup>. Gewisse Zweifel sind angebracht, lässt doch die neue Bestimmung von Art 8 UWG (2011) den *bedeutenden Wirtschaftszweig der KMU ohne lauterkeitsrechtlichen Schutz* gegenüber missbräuchlichen AGB ihrer gewerblichen Geschäftspartner (z.B. Grosslieferanten, Generalimporteure).

[Rz 56] So gesehen ist es nicht überraschend, dass bereits am 23. September 2014 eine *parlamentarische Initiative* 14.440 eingereicht worden ist, welche die offene Inhaltskontrolle von AGB auf *gewerbliche Abnehmer ausdehnen* und damit deren Diskriminierung wieder beseitigen möchte. Es bleibt abzuwarten, welches *konkrete Ergebnis* diese Initiative zeitigen wird<sup>82</sup>.

[Rz 57] Was unter dem Begriff des «*Konsumenten*» zu verstehen ist, wird letztlich die Rechtsprechung zu entscheiden haben. Da der Text von Art. 8 UWG (2011) sich an *Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG* orientiert<sup>83</sup>, wird man darunter *natürliche Personen* verstehen, welche AGB beim Abschluss von Rechtsgeschäften mitübernehmen, die *nicht* zu ihrer *geschäftlichen* oder *beruflichen* Tätigkeit gehören.

[Rz 58] Eine Beschränkung auf *bewegliche Sachen* (wie bei Haustürgeschäften<sup>84</sup>), auf Leistungen des *üblichen Verbrauchs* bzw. *Gebrauchs* (wie im Zivilprozessrecht<sup>85</sup> und im IPR<sup>86</sup>) oder auf Verträge innerhalb gewisser *Wertgrenzen* (wie im KKG für Kreditverträge zwischen CHF 500 und CHF 80'000<sup>87</sup>) ist *abzulehnen*.

[Rz 59] Eine *Ausweitung* des Konsumentenbegriffs auf *juristische Personen* ist ebenfalls *nicht angezeigt*. Dies würde der gesetzgeberischen Absicht zuwiderlaufen, den *persönlichen Schutzbereich*

---

<sup>80</sup> Vgl. dazu PROBST, AGB, N 313 f.

<sup>81</sup> Im Ständerat wurde zwar darauf hingewiesen, dass mit der Neuformulierung von Art. 8 UWG (2011) «AGB unter Gewerbetreibenden» nicht mehr erfasst seien (AB 2011 S 304; ähnlich AB 2011 N 799; AB 2011 S 494), ohne aber das Kernproblem der Gesetzesrevision zu diskutieren. Dieses besteht darin, dass KMU als gewerbliche Abnehmer den (für sie nachteiligen) AGB ihrer Zulieferer nun ohne (lauterkeitsrechtlichen) Schutz ausgeliefert sind, obwohl ihre eigenen AGB, welche sie gegenüber den Konsumenten verwenden, der offenen Inhaltskontrolle unterliegen. Am konkreten Beispiel erläutert: während ein Garagist sich bei krass nachteiligen AGB des Generalimporteurs nicht auf Art. 8 UWG (2011) berufen kann, unterliegen seine eigenen AGB, die er gegenüber den Endabnehmern (Konsumenten) verwendet, der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011). Im Ergebnis können also Grosslieferanten durch AGB ihre Risiken auf die KMU abwälzen, die ihrerseits diese Risiken jedoch nicht auf die Endabnehmer (Konsumenten) überwälzen können. Damit geraten KMU in eine Art AGB-rechtliche «Zwickmühle» zwischen ihren gewerblichen Zulieferern einerseits und ihren privaten Abnehmern andererseits (vgl. dazu bereits PROBST THOMAS, Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht: Ein rückblickender Ausblick in die Zukunft, in: Jung P. (Hrsg.) Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Richterliche Eingriffe in den Vertrag, 2013, 223 ff. [zit.: PROBST, richterliche Inhaltskontrolle], 252).

<sup>82</sup> Der Initiative hat die Rechtskommission des Nationalrats am 25. Juni 2015 und die Rechtskommission des Ständerats am 2. Februar 2016 zugestimmt. Der Entwurf des neuen Textes liegt zur Zeit noch nicht vor.

<sup>83</sup> Vgl. PROBST, AGB, N 314, 448.

<sup>84</sup> Vgl. Art. 40a OR.

<sup>85</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 2 ZPO. – Der blosser Umstand, dass dem Kläger der Konsumentengerichtsstand zur Verfügung steht, bedeutet nicht, dass damit auch *materiellrechtlich* Konsumentenschutzrecht (z.B. Art. 40a ff. OR, PauRG, KKG) zur Anwendung gelangt. Der prozessrechtliche und der materiellrechtliche Konsumentenbegriff sind klar auseinanderzuhalten. Dazu PROBST, AGB, Fn 1565 (Punkt vier).

<sup>86</sup> Vgl. Art. 120 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG).

<sup>87</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG.

von Art. 8 UWG (2011) auf Konsumenten zu *beschränken*<sup>88</sup>. *Juristische Personen* und *gewerbliche Abnehmer* sind demzufolge über die obligationenrechtliche Ungewöhnlichkeitsklausel zu schützen<sup>89</sup>.

[Rz 60] *Keine Konsumenten* im Sinne von Art. 8 UWG (2011) sind *Arbeitnehmer*. Diese treten im Wirtschaftsprozess nicht als private *Abnehmer* von Waren oder Dienstleistungen für den familiären oder persönlichen Gebrauch bzw. Verbrauch auf<sup>90</sup>, sondern handeln – zwecks Erzielung von Erwerbseinkommen – als *private Anbieter* von Arbeitsleistungen für potentielle Arbeitgeber, welche regelmässig gewerbliche Nachfrager von Arbeitsleistungen sind. Allerdings ist zu beachten, dass Arbeitnehmer beim Vertragsabschluss oft als schwächere Partei erscheinen. Im Rahmen der *Konsenskontrolle* (insb. bei der Ungewöhnlichkeitsregel) kann diese mangelnde Geschäftserfahrung von Arbeitnehmern berücksichtigt werden. Dagegen ist eine *analoge* Anwendung der offenen Inhaltskontrolle von Konsumenten-AGB nach Art. 8 UWG (2011)<sup>91</sup> auf *Arbeitnehmer abzulehnen*<sup>92</sup>. Eine solche Analogie würde das Vorliegen einer *Gesetzeslücke* voraussetzen, wofür die Materialien keine konkreten Anhaltspunkte liefern, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Bestimmung *bewusst* auf *Konsumenten* beschränkt hat. Über diesen gesetzgeberischen Willen darf sich der Richter nicht einfach hinwegsetzen.

#### **bb. Die Feststellung des Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten**

[Rz 61] Anhand welchen *Referenzkriteriums* der Richter zu bestimmen hat, ob Konsumenten-AGB ein *Missverhältnis* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zulasten des AGB-Übernehmers vorsehen oder nicht, sagt weder das *Gesetz*, noch ergeben sich aus den *Gesetzesmaterialien* dazu dienliche Hinweise. Auch die *parlamentarische Beratung* liefert keine nützlichen Angaben<sup>93</sup>. Folgende Überlegungen dürften deshalb massgeblich sein:

[Rz 62] Die Parteien vereinbaren die vertraglichen (*Haupt-*)*Leistungspflichten* (z.B. Kaufobjekt, Kaufpreis) mittels *Individualabreden*<sup>94</sup>. Gegenstand von AGB bilden deshalb lediglich vertragliche *Nebenpunkte* (z.B. Gewährleistungsausschluss, Haftungsbeschränkung). Ohne die Vereinbarung von AGB würden diese Nebenpunkte *nicht* vom Vertrag, sondern vom *dispositiven Gesetz*

---

<sup>88</sup> Etwas anderes lässt sich auch aus dem Wort «insbesondere» in Art. 8 UWG nicht ableiten, da durch blosser Interpretation kein neuer Tatbestand (für juristische Personen) geschaffen werden kann, der vom Gesetzgeber *nicht beabsichtigt* war.

<sup>89</sup> Vgl. PROBST, AGB, N 516.

<sup>90</sup> Vgl. z.B. Art. 40a Abs. 1 OR.

<sup>91</sup> Unter dem früheren Art. 8 UWG (1986) wäre eine Anwendung der Inhaltskontrolle auf Arbeitnehmer noch möglich gewesen.

<sup>92</sup> Für das schweizerische Recht *nicht* hilfreich ist die deutsche Auffassung, wonach *Arbeitnehmer* ebenfalls «Verbraucher» sein sollen (vgl. BAG Urteil vom 15. Februar 2007 – 6 AZR 286/06). Die deutsche Betrachtungsweise basiert auf einem dogmatisch fragwürdigen, aber politisch bewussten Entscheid des *Gesetzgebers*, in § 13 BGB den Konsumentenbegriff *so weit* zu definieren, dass er auch *Arbeitnehmer* erfasst («... weder ihrer gewerblichen noch ihrer *selbständigen* beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann»). (Hervorhebung ergänzt). Die schweizerische Gesetzeslage ist eine *andere*.

<sup>93</sup> Vgl. PROBST, AGB, N 463 f.

<sup>94</sup> Dementsprechend nimmt Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EWG die (klaren) Bestimmungen über den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit der Gegenleistung von der Inhaltskontrolle aus. – Da die Richtlinie bloss das Ziel einer Mindestharmonisierung des nationalen Rechts verfolgt, ist es den Mitgliedstaaten jedoch nicht verboten, im nationalen Recht die Inhaltskontrolle auszuweiten. Vgl. Urteil des EuGH vom 3. Juni 2010 C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid gegen Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Slg. 2010, I-4785. Dazu PROBST, AGB, N 395 ff.



geregelt. Dies entspricht der *Risikoüberwälzungsfunktion* von AGB, indem diese von der obligatorischen Interessenabwägung, wie sie der Gesetzgeber vorgenommen hat, abweichen und dadurch Risiken auf den AGB-Übernehmer abwälzen.

[Rz 63] So betrachtet liegt es auf der Hand, die *Nachteile*, die ein AGB-Übernehmer durch akzeptierte AGB-Klauseln erleidet, anhand eines *Vergleichs* mit jener *gesetzlichen* oder *richterrechtlichen* Regel zu bestimmen, die zur Anwendung gelangt wäre, falls die Parteien *keine* AGB vereinbart hätten. Verglichen wird also die Rechtslage mit und ohne AGB. Dieser Ansatz besagt nichts anderes, als dass bei einem *Nominatvertrag* die Vergleichsbasis in der subsidiär *direkt* anwendbaren *dispositiven* Gesetzesbestimmung und bei einem *Innominatvertrag* in der subsidiär *analog* anwendbaren dispositiven Gesetzesbestimmung liegt. Dort, wo das dispositive Gesetz keine – weder direkt noch analog – subsidiär anwendbare Bestimmung enthält, also *lückenhaft* ist, bildet die vom Richter *modo legislatoris* zu formulierende *lückenfüllende Gesetzesregel* die Vergleichsbasis oder, falls es im Rechtsstreit nicht um eine Frage von allgemeiner Tragweite, sondern um ein limitiertes *Sonderproblem* des *konkreten Einzelvertrags* geht, der *hypothetische Parteiwille*. Mit anderen Worten, die Vergleichsbasis zur Bestimmung der Benachteiligung des AGB-Übernehmers durch AGB-Klauseln richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der *Füllung von Vertragslücken* (*Vertragsergänzung*)<sup>95</sup>.

[Rz 64] Dieser Ansatz steht im Einklang mit der *EuGH*-Rechtsprechung, welche im Urteil *Aziz/Catalunyacaixa*<sup>96</sup> festgehalten hat, dass ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» zulasten des Verbrauchers sich anhand einer Prüfung der bei *Fehlen einer Partevereinbarung* anwendbaren *nationalen Gesetzesvorschriften* beurteilt, um so zu bestimmen, ob bzw. inwieweit ein Vertrag für den AGB-Übernehmer eine *weniger günstige Rechtslage* schafft, als sie das nationale Recht vorsieht<sup>97</sup>.

### cc. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»?

[Rz 65] Auch zu dieser Frage enthalten *Gesetz* und *Gesetzesmaterialien* keine einschlägigen Hinweise. Klar ist jedoch, dass der Gesetzgeber das Attribut «ungerechtfertigt» aus *Art. 3 Abs. 1 der RL 93/13/EWG* übernommen hat. Dort findet es sich allerdings nur in der *deutschen* Fassung der RL, während die *anderssprachigen* Gesetzestexte<sup>98</sup> dieses Tatbestandselement *nicht* kennen.

---

<sup>95</sup> In der Literatur wird vereinzelt aus dem Umstand, dass das Parlament die Referenzkriterien des früheren Art. 8 lit. a (gesetzliche Ordnung) und lit. b (Vertragsnatur) des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs durch die Übernahme der Formulierung von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG ersetzt hat, gefolgert, das dispositive Gesetz dürfe nicht mehr als Referenzmassstab zur Bestimmung des Missverhältnisses verwendet werden (vgl. HESS M./RUCKSTUHL L., AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, 1188 ff., 1197). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da Art. 3 RL 93/13/EWG seinerseits auf das Referenzkriterium des dispositiven Rechts abstellt und die *EuGH*-Rechtsprechung dies bestätigt hat. Vgl. PROBST, AGB, N 340 sowie Erwägung 13 der RL 93/13/EWG. Es trifft deshalb nicht zu, dass der schweizerische Gesetzgeber das dispositive Gesetz als Referenzmassstab aufgegeben hat. Dies wäre in sich widersprüchlich, da unbestrittenermassen die *AGB-Kernproblematik*, welche mit der Inhaltskontrolle geregelt werden soll, gerade darin besteht, dass *AGB* vom *dispositiven Gesetz* *abweichen*. Vgl. auch COENDET THOMAS, Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, ZSR 133 (2014) I, 45 ff. [zit.: COENDET, AGB], 64.

<sup>96</sup> Urteil des *EuGH* vom 14. März 2013 C-415/11 *Mohamed Aziz gegen Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Slg. 2013, I- NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch unbekannt).

<sup>97</sup> Urteil des *EuGH* vom 14. März 2013 C-415/11 *Mohamed Aziz gegen Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Slg. 2013, I- NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht bekannt). Für weitere Einzelheiten, PROBST, AGB, N 459 ff.

<sup>98</sup> Verwiesen sei auf folgende Formulierungen von Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG: a) spanische Version («un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»); b) englische Version

Im EU-Recht kommt ihm deshalb *keine eigenständige Bedeutung* zu und in den *nationalen* Gesetzesbestimmungen zur Umsetzung der RL 93/13/EWG ist dieser Begriff – soweit ersichtlich – *nirgends* zu finden<sup>99</sup>. Der *EuGH* sieht darin *kein Problem*<sup>100</sup>.

[Rz 66] Hat der schweizerische Gesetzgeber damit einen *helvetischen Sonderfall* geschaffen? Dies trifft zu. Der Gesetzgeber hat im Erfordernis des «*ungerechtfertigten*» Missverhältnisses eine (zusätzliche) *Beschränkung* der Missbräuchlichkeit von AGB gesehen. Über diese *gesetzgeberische Absicht* darf sich der Richter bei der Auslegung von Art. 8 UWG (2011) *nicht ohne zwingende Gründe* hinwegsetzen. Mit andern Worten, das gesetzliche Erfordernis eines «*ungerechtfertigten*» erheblichen Missverhältnisses ist als gesetzliche Grundlage für die Zulässigkeit der *Kompensation* von *nachteiligen AGB* mit *anderweitigen, konkret vorteilhaften Vertragsbestimmungen* zu verstehen<sup>101</sup>.

#### dd. Wann ist ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis «*treuwidrig*»?

[Rz 67] Art. 8 UWG (2011) sagt reichlich *pleonastisch*, dass ein *treuwidriges* (= unlauteres) Verhalten oder Geschäftsgebaren vorliegt, wenn jemand AGB verwendet, die *treuwidrig* zulasten des AGB-Übernehmers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Die Feststellung, dass ein *treuwidriges* Verhalten *treuwidrig* ist, trifft sicherlich zu, stellt aber eine *semantische Leerformel* dar. Art. 8 UWG (2011) ist denn auch der *einzige* UWG-Sondertatbestand, der die *Treuwidrigkeit* besonders erwähnt. Anders als bei Art. 3 RL 93/13/EWG, der *keine lauterkeitsrechtliche* Bestimmung ist, stellt dies im schweizerischen UWG eine entbehrliche Wiederholung dar, da *alle* Sondertatbestände der Art. 3–8 UWG *Anwendungsfälle* eines unlauteren, also *treuwidrigen* Verhaltens im Wettbewerb sind<sup>102</sup>. Es liegt daher die Folgerung nahe, dass die Verwendung von AGB, die nach Art. 8 UWG (2011) ein erhebliches und *ungerechtfertigtes* Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen, auch *treuwidrig* und damit unlauter ist. Damit fällt auch bei diesem gesetzlichen Tatbe-

---

(«a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract»); c) französische Version («un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat»); d) italienische Version («un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»); e) portugiesische Version («um desequilíbrio significativo...entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato»); f) rumänische Version («un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract.»); g) dänische Version («en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser»); h) niederländische Version («evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen»). – Vgl. dazu schon, PROBST, richterliche Inhaltskontrolle, 254.

<sup>99</sup> Vgl. z.B. Deutschland: § 307 BGB; Frankreich: Art. L.132-1 Code de la consommation; Spanien: Art. 82 Real Decreto Legislativo 1/2007 (vgl. auch Urteil des EuGH vom 16. Januar 2014 C-226/12 *Constructora Principado SA gegen José Ignacio Menéndez Álvarez*, Slg. 2014, I-NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht bekannt), Rz. 8; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2009 C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, Slg. 2009, I-9579, Rz. 8); Portugal: Art. 51 Decreto-Lei 220/95 vom 31. Januar; Slowakei: § 53 slowakisches ZGB (vgl. Urteil des EuGH vom 15. März 2012 C-453/10 *Jana Pereniová und Vladislav Pereni gegen SOS financ spol. s.r.o.*, Slg. 2012, I-NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht bekannt), Rz. 18.

<sup>100</sup> Zwar zitiert der Gerichtshof in der deutschen Übersetzung seiner Urteile teilweise den Begriff des «*erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses*» gemäss der deutschsprachigen Version der Richtlinie, misst aber dem Wort «*ungerechtfertigt*» in seinen Entscheidungen *keine erkennbare Bedeutung* zu. Zudem hat er im Urteil *RWE/Verbraucherzentrale* ausdrücklich festgehalten, dass § 307 BGB dem Art. 3 der RL 93/13/EWG *entspreche*, obwohl § 307 BGB das Erfordernis «*ungerechtfertigt*» nicht kennt bzw. nennt.

<sup>101</sup> Für eine detaillierte Herleitung dieser Folgerung, siehe PROBST, AGB, N 477 ff.

<sup>102</sup> Dazu bereits PROBST, richterliche Inhaltskontrolle, 254.

standselement<sup>103</sup> der Rechtsprechung und Lehre die schwierige Aufgabe zu, einen misslungenen Gesetzestext<sup>104</sup> *sinnstiftend* zu interpretieren.

[Rz 68] Gemäss *Botschaft* sollte die «*Treuwidrigkeit*» Grundlage für eine «umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders und des Vertragspartners» sein<sup>105</sup>. Dabei hatte der Bundesrat in erster Linie eine differenzierte Beurteilung der Missbräuchlichkeit von AGB nach Massgabe der *Geschäftserfahrung* und *Rechtskundigkeit* des AGB-Übernehmers, also im Wesentlichen eine Differenzierung zwischen *Konsumenten* und *Unternehmen* im Auge<sup>106</sup>. Da indes das *Parlament* Art. 8 UWG (2011) auf eine reine *Konsumentenschutzbestimmung* beschränkt hat, ist dieser Interpretation die gesetzliche Grundlage weitgehend *entzogen*<sup>107</sup>.

[Rz 69] Daraus liesse sich folgern, der «*Treuwidrigkeit*» komme *keine* eigenständige Bedeutung zu<sup>108</sup>, da sie lediglich auf das Erfordernis der *Unlauterkeit* der AGB hinweise, die im Falle eines «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses» zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten *per se* erfüllt sei.

[Rz 70] Bemüht man sich jedoch in der «*Treuwidrigkeit*» mehr als einen inhaltsleeren, gesetzgeberischen Pleonasmus zu sehen, so ist dieses Erfordernis – in Anlehnung an die *EuGH-Rechtsprechung*<sup>109</sup> – dann erfüllt, wenn der AGB-Verwender als *loyaler Vertragspartner* nach *Treu und Glauben nicht annehmen durfte*, dass der Konsument die AGB auch dann akzeptiert hätte, wenn diese *nicht einseitig vorgegeben*, sondern *individuell verhandelbar* gewesen wären.

[Rz 71] Damit stellt sich die Frage, in *welchem Verhältnis* das Erfordernis der «*Treuwidrigkeit*» zu jenem des «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten» steht. Dieses Problem gibt es im *Unionsrecht nicht*, da dort dem Attribut «ungerechtfertigt» keine eigenständige Bedeutung zukommt. Im *schweizerischen* Recht kann dieses gesetzgeberische *Doppelerfordernis* wie folgt harmonisiert werden:

[Rz 72]

- Erweist sich ein (festgestelltes) erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten zulasten des Konsumenten als *treuwidrig* – weil der AGB-Verwender nach *Treu und Glauben nicht annehmen durfte*, der Konsument hätte die nachteiligen AGB auch dann ak-

---

<sup>103</sup> Zur ähnlichen Problematik des Begriffs «ungerechtfertigt», vgl. PROBST, AGB, N 477 ff.

<sup>104</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die pointierte Kritik an der Unfähigkeit des Gesetzgebers, im Bereiche der AGB mehr als «Flickwerk» zu erlassen, bei HESS/RUCKSTUHL, 1211 f. – Aus wissenschaftlicher Sicht hat die mangelhafte Qualität der Gesetzgebung in der Tat teilweise ein bedenkliches Ausmass erreicht. Dies trifft insbesondere auf Gesetzestexte zu, die direkt aus den parlamentarischen Gremien hervorgehen.

<sup>105</sup> BBl 2009 6151, 6179 («Das Kriterium von *Treu und Glauben* erlaubt eine differenzierte Bewertung im [sic] Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner»).

<sup>106</sup> Ibidem. Vgl. auch AB 2010 S 930 (Votum Janiak: «Bei der Bewertung nach *Treu und Glauben* sind sämtliche Aspekte des Vertragsverhältnisses einzubeziehen, beispielsweise das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien, ihre *Geschäftserfahrung*, aber vor allem auch die *Verständlichkeit* von solchen allgemeinen Geschäftsbedingungen.»).

<sup>107</sup> In der Literatur zu Art. 8 UWG wird teilweise zu wenig beachtet, dass die Ausführungen in der UWG-Botschaft zum Begriff von «*Treu und Glauben*» auf einem Textentwurf beruhen, welcher sich im Parlament nicht in der vorgeschlagenen Form durchzusetzen vermochte. – Ob eine differenzierte Auslegung innerhalb der Kategorie der «Konsumenten» möglich bzw. sinnvoll ist, bedürfte einer weiteren Überprüfung, da der Konsumentenschutz sich als «axiomatischen Pauschalschutz» versteht, der jeden schützt, der als Konsument auftritt, d.h. zu privaten (= nicht gewerblichen bzw. beruflichen) Zwecken Verträge abschliesst.

<sup>108</sup> Vgl. z.B. SCHWENZER, OR AT, N 46.04a.

<sup>109</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 14. März 2013 C-415/11 *Mohamed Aziz gegen Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Slg. 2013, I- NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht bekannt), Rz. 69; vgl. auch Urteil des EuGH vom 15. Januar 2015 C-537/13 *Birute iba gegen Arunas Devėnas*, Slg. 2015, I-NN (Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht bekannt), Rz. 3. – Damit wird Art. 8 UWG (2011) über den lauterkeitsrechtlichen Rahmen von Art. 2 UWG hinaus im Lichte von Art. 2 ZGB (v.a. des darin gründenden Vertrauensprinzips) interpretiert.

zeptiert, wenn sie nicht einseitig vorgegeben, sondern einzeln *ausgehandelt* worden wären<sup>110</sup> – ist die (*widerlegbare*) *Vermutung*<sup>111</sup> erstellt, dass das treuwidrige erhebliche Missverhältnis gleichzeitig auch *ungerechtfertigt* ist. Dem AGB-Verwender steht jedoch der *Gegenbeweis* offen, dass die *prima facie* als treuwidrig vermuteten Einzelbestimmungen der AGB durch *konkrete Vorteile* aus anderen Vertragsbestimmungen (AGB oder Individualabreden) zugunsten des Konsumenten soweit ausgeglichen werden, dass im Ergebnis trotz einseitiger AGB *kein missbräuchliches* Missverhältnis vorliegt.

[Rz 73]

- Wird die *Treuwidrigkeit* dagegen *verneint*, weil der Konsument die AGB auch bei *individueller Verhandlung* (ohne inhaltliche Abänderung bzw. kompensatorische Vorteile) *akzeptiert* hätte, erübrigt sich die Überprüfung des Kriteriums «ungerechtfertigt», es sei denn, der Konsument erbringe den *Beweis*, dass die Übernahme der AGB aus *anderen Gründen* als ungerechtfertigt und damit missbräuchlich erscheint.

## I. Ergebnis

[Rz 74] Im Lichte der vorstehenden Erörterungen zu Art. 8 UWG (2011) kann folgendes Ergebnis festgehalten werden:

[Rz 75]

- Die vom Gesetzgeber in Art. 8 UWG (2011) vorgenommene Kumulation *inkohärenter Tatbestandsmerkmale* schafft erhebliche *Interpretationsprobleme*. Diese lassen sich mit einigem gedanklichen Aufwand entschärfen.

[Rz 76]

- Die Einführung von Art. 8 UWG (2011) als *ausschliessliche Konsumentenschutzbestimmung* und damit als Sonderrecht für Konsumenten transformiert das UWG punktuell in ein Konsumentenschutzgesetz und verursacht eine fragwürdige *Diskriminierung gewerblicher Abnehmer* (v.a. KMU). Die diskriminatorische Schlechterstellung gewisser Kundensegmente ohne sachlichen Grund sollte der Gesetzgeber inskünftig vermeiden.

[Rz 77]

- Die gesetzgeberische Idee, mit einer lauterkeitsrechtlichen Bestimmung (Art. 8 UWG) sowohl die *konkrete Inhaltskontrolle* von AGB bei *Individualklagen* als auch die *abstrakte Inhaltskontrolle* von AGB bei *Verbandsklagen* (v.a. Konsumentenschutzorganisationen) *einheitlich* zu regeln, ist verfehlt. Solange der Gesetzgeber sich der Einsicht verschliesst, obligationenrechtliche und lauterkeitsrechtliche Aspekte getrennt zu regeln, wird das schweizerische Recht zu keiner kohärenten AGB-Kontrolle finden.

---

<sup>110</sup> Mit anderen Worten: AGB dürfen nicht dazu *missbraucht* werden, zulasten der Gegenpartei Bestimmungen in den Vertrag einzuschleusen, die bei offener Deklaration und Diskussion von der Gegenseite – nach Treu und Glauben – vernünftigerweise *nicht ohne Änderung* oder anderweitige, *kompensierende Gegenleistungen* akzeptiert worden wären.

<sup>111</sup> Treuwidrige AGB werden in der Regel auch «ungerechtfertigt» sein, da der AGB-Übernehmer im Falle einer individuellen Verhandlung die fragliche AGB eben nicht unverändert bzw. ohne Gegenleistung übernommen hätte. Angesichts des Gesetzeswortlauts ist es jedoch notwendig, dem AGB-Verwender den Gegenbeweis zu eröffnen, dass eine AGB-Klausel – trotz Treuwidrigkeit – (durch anderweitige Vorteile) gerechtfertigt ist.

[Rz 78]

- Mit Blick auf die im Titel aufgeworfene Frage haben wir es bis auf Weiteres mit einem *disharmonischen Konkubinat* von Lauterkeitsrecht und Konsumentenschutz zu tun.

## I. Kartellrechtlicher Konsumentenschutz vor missbräuchlichen AGB?

[Rz 79] Man kann sich fragen, ob neben dem Obligationenrecht und dem Lauterkeitsrecht auch das *Kartellrecht* den Konsumenten Schutz vor missbräuchlichen AGB bietet, sei es unter dem Gesichtspunkt einer *wettbewerbsbeschränkenden Abrede* (nachstehend, Abschnitt A) oder einer *missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung* durch den AGB-Verwender (nachstehend, Abschnitt B)<sup>112</sup>.

### A. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels oder über AGB?

[Rz 80] Obwohl Wettbewerbsabreden – ob im horizontalen oder im vertikalen Verhältnis – zwischen Mitbewerbern meist als *Individualabreden* getroffen werden, kann eine wettbewerbsbeschränkende Abrede auch *mittels AGB* oder *über AGB* erfolgen<sup>113</sup>.

[Rz 81] Konsumenten stehen weder zum gewerblichen Anbieter noch zu anderen Konsumenten in einem relevanten Wettbewerbsverhältnis und treten auf dem Markt auch nicht als AGB-Verwender auf. Direkt betroffen von AGB sind Konsumenten aber dort, wo sie die AGB gewerblicher Anbieter, deren Waren oder Dienstleistungen sie für persönliche Zwecke erwerben, *volens* übernehmen (müssen). Die Übernahme von AGB stellt indes weder eine *Wettbewerbsabrede* dar, noch stehen Konsumenten aus Art. 12 des Kartellgesetzes (KG) *zivilrechtliche Ansprüche* zu<sup>114</sup>. Insoweit bietet ihnen das Kartellrecht also keinen Schutz.

[Rz 82] Konsumenten können aber *indirekt* von AGB-Abreden unter sich konkurrenzierender gewerblicher Anbieter betroffen sein. Dies wäre etwa der Fall, wenn Konkurrenten sich darauf verständigten, gegenüber ihrer Kundschaft *gleich* oder *ähnlich nachteilige* Konsumenten-AGB zu verwenden, um einen Wettbewerb mit möglichst konsumentenfreundlichen AGB zu vermeiden. Dieser grundsätzlichen Möglichkeit stehen allerdings praktische und rechtliche Hürden entgegen:

[Rz 83]

- Praktisch gesehen stellen AGB für den Konsumenten regelmässig *keinen relevanten Wettbewerbsparameter* dar, weil es für ihn zeitlich und finanziell zu aufwendig wäre, den Inhalt von AGB verschiedener Anbieter zu analysieren und zu vergleichen. Aus seiner Sicht ist es deshalb ein *rationales* Verhalten, auf einen Vergleich verschiedener AGB zu verzichten<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Für eine detailliertere Diskussion der Problematik, siehe PROBST, AGB, N 580 ff.

<sup>113</sup> Vgl. AMSTUTZ M./CARRON B./REINERT M., in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT], Art. 4 I N 28 (mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung).

<sup>114</sup> MARTENET V./KILLIAS P.-A., in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence- MARTENET/KILLIAS], Art. 2 N 60; CR Concurrence-REYMOND, Art. 12 N 10, 60.

<sup>115</sup> Für weitere Einzelheiten: PROBST, AGB, N 593.

[Rz 84]

- Rechtlich ist sodann zu beachten, dass die Verwendung gleicher oder ähnlicher AGB durch Mitbewerber kaum je auf einem abgestimmten Verhalten der Konkurrenten beruhen wird, sondern das Ergebnis eines (zulässigen) *eigenständigen Parallelverhaltens* aufgrund *rationalen Geschäftsgebarens* der einzelnen Konkurrenten ist<sup>116</sup>.

[Rz 85] Unter dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden<sup>117</sup> bietet das Kartellrecht den Konsumenten somit keinen effektiven Schutz vor missbräuchlichen AGB.

## B. Durchsetzung missbräuchlicher AGB durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung des AGB-Verwenders?

[Rz 86] Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhält sich ein *marktbeherrschendes* Unternehmen u.a. dann unzulässig, wenn es seine Marktstellung *missbraucht*, um die *Marktgegenseite* zu *benachteiligen*. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Konsumenten missbräuchliche AGB deshalb akzeptieren, weil gewerbliche Anbieter ihre Marktmacht missbräuchlich ausnützen, um gegenüber ihrer Kundschaft unangemessene AGB durchzusetzen. Mit andern Worten: Erzwingen AGB-Verwender unangemessene Geschäftsbedingungen durch Missbrauch ihrer Marktmacht im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG? Dies trifft in der Regel *nicht* zu<sup>118</sup>.

[Rz 87] Art. 7 KG setzt u.a. einen *Kausalzusammenhang* zwischen dem Marktmachtmissbrauch des AGB-Verwenders einerseits und der Übernahme der unangemessenen AGB durch den Konsumenten andererseits voraus<sup>119</sup>. An dieser Kausalität fehlt es meistens, weil Konsumenten Waren und Dienstleistungen erwerben, ohne den *Inhalt* der AGB als *Entscheidungsparameter* zu betrachten; dies nicht zuletzt deshalb, weil Konsumenten davon ausgehen, dass sie innert vernünftiger Frist keine besseren, d.h. eindeutig weniger nachteiligen «AGB-Alternativen» finden werden<sup>120</sup>. Die fast flächendeckende Verbreitung von AGB im Wirtschaftsleben ist somit nicht die Folge eines *systematischen Marktmachtmissbrauchs* der AGB-Verwender, sondern folgt aus der *Logik* und *Rationalität* des *Massengeschäfts* in einer Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft. Dieser Realität kann sich auch ein Konsument nicht entziehen. Situationen, in denen die Übernahme von AGB *tatsächlich* durch einen Marktmachtmissbrauch des AGB-Verwenders erzwungen wird, ohne dass es zu Verhandlungen kommt und deshalb im Ergebnis eine Individualabrede vorliegt, werden deshalb seltene Ausnahmen darstellen.

[Rz 88] Fazit: Art. 7 KG bietet den Konsumenten *keinen effektiven Schutz* vor *unangemessenen AGB*. Diese Erkenntnis überrascht wenig, wenn man bedenkt, dass einerseits Art. 7 KG *keine AGB-spezifische* Bestimmung ist und andererseits die Verwendung von AGB *kein spezifisch kartellrechtliches* Problem darstellt.

---

<sup>116</sup> Für weitere Details: PROBST, AGB, N 594.

<sup>117</sup> Vgl. Art. 5 f. KG.

<sup>118</sup> Für eine detailliertere Begründung: PROBST, AGB, N 601 ff.

<sup>119</sup> Zur umstrittenen Frage der Kausalität, siehe AMSTUTZ M./CARRON B., in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010 [zit.: BSK KG-AMSTUTZ/CARRON], Art 7 N 21 ff.; vgl. auch BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4.

<sup>120</sup> Ein Ausweichen auf Konkurrenten, die dieselbe Ware oder Dienstleistung anbieten, ist *praktisch nutzlos*, da diese regelmässig ähnliche AGB verwenden.

## II. Ausblick

[Rz 89] Seit dreissig Jahren versucht der helvetische Gesetzgeber, die AGB-Problematik mit einer *lauterkeitsrechtlichen Einzelbestimmung* in Art. 8 UWG zu lösen. Der erste Versuch mit Art. 8 UWG (1986) ist ohne nennenswerte Wirkung geblieben und gescheitert. Der zweite Versuch mit Art. 8 UWG (2011) kumuliert *inkohärente Tatbestandsmerkmale* und transformiert das UWG in ein *punktuell*es Konsumentenschutzgesetz. Dies hat zur Folge, dass *gewerblichen Abnehmer* (v.a. KMU) *willkürlich diskriminiert* werden. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber bei einem künftigen dritten Versuch aus diesen Fehlern seine Lehren ziehen und statt Parteipolitik endlich Sachpolitik betreiben wird.

---

Prof. THOMAS PROBST ist ordentlicher Professor für Obligationenrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Freiburg, wo er insbesondere Obligationenrecht, Haftpflichtrecht, Europäisches Privatrecht, Konsumentenschutzrecht und Internationales Vertragsrecht doziert.