

# Der neue Art. 8 UWG

## – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle

Hubert Stöckli, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg, Direktor des Instituts für Baurecht<sup>1</sup>

### I. Die «Irreführung» wegrevidiert

1. Die Referendumsfrist für das teilrevidierte Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) ist am 6. Oktober 2011 ungenutzt abgelaufen. Damit wird namentlich<sup>2</sup> der abgeänderte Art. 8 UWG über die «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» gelegentlich in Kraft treten. In seiner revidierten Fassung lautet er wie folgt:

«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.»

Mit dieser Revision hatte es der Bundesrat erklärermassen darauf angelegt, «eine im Vergleich mit dem europäischen Recht bestehende Lücke» zu schliessen und «eine für Schweizer Bürgerinnen und Bürger bestehende Diskriminierung» zu beseitigen<sup>3</sup>. Dem Parlament hatte der Bundesrat zwar noch eine andere Fassung vorgeschlagen; Gesetz aber wird Art. 8 UWG mit einem Wortlaut, der jenem des europarechtlichen Vorbilds<sup>4</sup> in allen Teilen entspricht. Nicht überraschend, wirft der neue Artikel mehrere Fragen auf. So etwa muss angesichts der neuen Formulierung geklärt werden, in welchem Verhältnis die **Verletzung von Treu und Glauben** einerseits und das vorausgesetzte Missverhältnis andererseits zueinander stehen. Falsch wäre, die Verletzung von Treu und Glauben und das Missverhältnis als voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale zu verstehen. Richtig ist vielmehr, dass jedes erhebliche Missverhältnis in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil der Konsumentin ausfällt, gegen Treu und Glauben verstösst, also unlauter ist, wenn es durch allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffen wird.<sup>5</sup> Wollte man dies anders sehen, hätte man es mit einer unsinnigen Bestimmung zu tun, nach der gegen den «Grundsatz von Treu und Glauben» verstösst (= unlauter ist, siehe Art. 2 UWG), was Treu und Glauben verletzt. Bei dieser Lesart ist es auch so, dass zwar im Gesetzestext von einem «ungerechtfertigten» Missverhältnis die Rede ist, darin aber kein eigenständiges, separat abzurufendes Tatbestandsmerkmal liegt.<sup>6</sup> Die Bewertung der vertraglichen Lasten-/Pflichtenverteilung, die darin zum Ausdruck kommt («ungerechtfertigt»), ist schon im «Missverhältnis» enthalten. In Anlehnung an die englischen Fassung des europarechtlichen Vorbilds<sup>7</sup> lässt sich der Zweck,

dem Art. 8 UWG zu dienen hat, so ausdrücken, dass es hier um die Sicherung eines Mindestmasses inhaltlicher Vertragsfairness geht. Im Folgenden aber werde ich vor allem davon sprechen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Art. 8 UWG gegenüber dem bisherigen Recht massiv eingeschränkt hat und so die Revision nur partiell gelungen ist.

2. Beginnen möchte ich mit einem Rückblick auf den **Ausgangspunkt der Revision**. Wenn es um allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und die Frage geht, was sich unangemessenen AGB-Klauseln aus rechtlicher Sicht entgegensetzen lässt, wird reflexartig auch Art. 8 UWG genannt. Sieht man sich aber die Rechtsprechung an, hat die Bestimmung dort kaum Spuren hinterlassen.<sup>8</sup> Das lag und liegt – folgt man der landläufigen Erklärung<sup>9</sup> – daran, dass die Bestimmung in ihrem Tatbestand eine «Irreführung» der anderen Vertragspartei durch AGB voraussetzte. Das führte dazu, dass eine AGB-Klausel, die eine der «Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und

<sup>1</sup> Dies ist eine erste Auseinandersetzung mit dem neuen Art. 8 UWG, die wir in unserer Zeitschrift publizieren. Im nächsten Heft (BR/DC 1/2012) folgt eine Stellungnahme von PASCAL PICHONNAZ, der sich in seinem französischsprachigen Beitrag Fragen annehmen wird, die ich hier ausspare.

<sup>2</sup> Revidiert wurden auch weitere Bestimmungen, insbesondere die Art. 3 und 10 UWG.

<sup>3</sup> Bundesrätliche Botschaft vom 2. September 2009 (BBl 2009 6151 ff., nachfolgend Botschaft UWG), S. 6186.

<sup>4</sup> Siehe Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff., nachfolgend Richtlinie).

<sup>5</sup> Diese Betrachtungsweise, die den im neuen Art. 8 UWG enthaltenen (aber verwirlichen und überflüssigen) Mehrfachnennungen entgegenwirkt, verdanke ich einer engagierten Diskussion mit MLaw CHRISTOF BERGAMIN, Rechtsanwalt.

<sup>6</sup> WOLF, Kommentar AGB-Recht, München 2009, N 8 zu Art. 3 RL 93/13/EWG. Von «ungerechtfertigt» ist weder in der englischen noch in der französischen Version der Richtlinienbestimmung (Art. 3) die Rede, was meine Meinung stützt.

<sup>7</sup> Art. 3 der einschlägigen Richtlinie lautet: «A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.»

<sup>8</sup> Eine bis anhin wichtige Ausnahme ist BGer. 4C.538/1996 (5.8.1997) E. 2.1 (= Pra 1998, S. 55 f.; siehe auch BGE 119 II 447; BGer. 4A\_120/2008 [19.5.2008] E. 2.1.1; grundlegend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 1154), wo das Bundesgericht erkannte, dass die von der Bestimmung bisher vorausgesetzte Irreführung schon dann zu bejahen sei, wenn eine AGB-Klausel zur Irreführung geeignet ist, was es erlaubt hätte, AGB-Klauseln unter objektivierenden Gesichtspunkten zu überprüfen. Diese Entwicklung hat indes nicht eingesetzt, der in diesem Urteil geäußerte Gedanke, der auch in der bisherigen französischsprachigen Fassung des Art. 8 UWG angelegt war, verpuffte wirkungslos.

<sup>9</sup> Namentlich auch in der Botschaft UWG, S. 6160.

Pflichten» vornahm, vor dem UWG bestehen konnte, wenn sie ihrer Formulierung nach keinen Zweifel über ihre massive Einseitigkeit offenliess.<sup>10</sup> In der Praxis vermochte man die erforderliche textliche Klarheit augenscheinlich herzustellen, was womöglich von Unverfrorenheit zeugte, zumindest aber eine Irreführung darüber vermied. Da es also in praktischen Fällen an der Irreführung zumeist fehlte, stellte der «bisherige Artikel 8 UWG kein effizientes Instrument zur Überprüfung von AGB dar»<sup>11</sup>. So der unbefriedigende Rechtszustand bis anhin.

3. Damit wollte der Bundesrat nach langen Jahren aufräumen.<sup>12</sup> Er schlug vor, das Erfordernis der **Irreführung aus Art. 8 UWG** zu streichen und damit eine gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB zu schaffen.<sup>13</sup> Diesen Weg hatte das Bundesgericht bislang mangels gesetzlicher Grundlage nicht gehen wollen.<sup>14</sup> Das Parlament aber nahm das Anliegen des Bundesrates auf, wenn auch keineswegs einmütig. Im Gegenteil: Der Widerstand gegen die Teilrevision war zum Teil massiv – und unverblümt. Bezeichnend ist das folgende Votum: «Die Minderheit [der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen, die im Vorfeld unterlag] ... beklagt sich und sagt, das geltende Recht sei nutzlos und nicht praktikabel – kein Wunder: Wir wollen gar nicht etwas anderes.»<sup>15</sup> Und doch: Der Gesetzgeber revidierte Art. 8 UWG und strich darob das Erfordernis der Irreführung, das im Urteil vieler die bisherige Fassung gehemmt hatte.

## II. Ein Fortschritt unter Einbusse

1. Was ist damit gewonnen? Nicht wenig, denn inskünftig kann eine AGB-Klausel noch so glasklar formuliert und von der anderen Vertragspartei richtig verstanden worden sein: Schafft die Klausel 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», so weist sie einen Inhaltsmangel auf und ist deshalb (infolge Widerrechtlichkeit) nichtig (Art. 20 OR)<sup>16</sup>, also ohne Weiteres (insbesondere ohne Klage) unwirksam. Die **offene Inhaltskontrolle** ist damit auch in der Schweiz angekommen. Das ist ein wesentlicher Fortschritt, wenn auch vorderhand nur auf dem Papier, was deshalb zu betonen ist, weil es erheblicher Mittel bedarf, einen entsprechenden Prozess zu führen. Machen aber die Verbände von ihrem Klagerecht (Art. 10 UWG) Gebrauch, sollte es schon bald erste Urteile geben. An einseitigen AGB fehlt es nicht.

2. In diesem einen Punkt also folgte der Gesetzgeber dem Bundesrat. Ein Fortschritt – auf den ein Rückschritt folgte.<sup>17</sup> Denn im Parlament wurde Art. 8 UWG um ein Element ergänzt, das der Bundesrat nicht vorgeschlagen hatte und das den **Anwendungsbereich der Bestimmung empfindlich einschränken** sollte. Denn inskünftig greift Art. 8 UWG nur noch in jenen Fällen, in denen «Konsumentinnen und Konsumenten» durch einseitige AGB-Klauseln benachteiligt wer-

den.<sup>18</sup> Das ist eine einschneidende Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand, unter dem sich auch Unternehmer auf Art. 8 UWG berufen konnten, um sich (Irreführung vorausgesetzt) etwa gegen Ausschreibungsunterlagen der öffentlichen Hand oder gegen ungerechtfertigt einseitige AGB-Klauseln in Subunternehmerverträgen zu wenden. Ein eindrückliches Beispiel der zweiten Sorte ist jene Koordinations-Klausel in einem Subunternehmervertrag, die diesen Vertrag ohne Weiteres entschädigungslos dahinfallen lässt, wenn der Hauptvertrag vom Bauherrn aus irgendeinem Grund gekündigt wird.<sup>19</sup> Den Unternehmen hat das Parlament Art. 8 UWG aus der Hand geschlagen; ihnen steht das Instrument nicht länger zur Verfügung. Damit gehört jetzt auch Art. 8 UWG zu den Bestimmungen, die der Schaffung eines abgekoppelten Konsumentenschutzrechts Vorschub leisten und darob die nicht minder schutzwürdigen, gleichgelagerten Interessen der Unternehmen preisgeben. In der Konsequenz nimmt der Gesetzgeber es auch in Kauf, dass ein Unternehmen zwischen Hammer und Amboss gerät, indem es von Konsumentenseite unter Beschuss kommt, ohne sich seinerseits gegen die AGB wenden zu können, in denen ihm durch die Marktvorstufe treuwidrige Nachteile aufgedrückt werden – was die parlamentarischen Vertreter mittelständischer Interessen womöglich nicht bedacht haben.

## III. Der Restnutzen der Bestimmung

1. Wem dient Art. 8 UWG noch? Auszulegen ist, wer die «Konsumentinnen und Konsumenten» sind, welche die Bestimmung schützen soll.

<sup>10</sup> Siehe KRAMER, Berner Kommentar, N 287 zu Art. 19–20 OR.

<sup>11</sup> Botschaft UWG, S. 6176.

<sup>12</sup> Vgl. die einschlägigen Vorstösse im Parlament, die in der Botschaft UWG, S. 6159, aufgeführt werden.

<sup>13</sup> Botschaft UWG, S. 6176.

<sup>14</sup> Vgl. BGE 135 III 8 E. 2.2.

<sup>15</sup> Nationalrat FLURI, AB 2011 N 800.

<sup>16</sup> Siehe Botschaft UWG, S. 6180; auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1156; PROBST, Handkommentar UWG, N 68 zu Art. 8 UWG; offengelassen in BGE 119 II 448.

<sup>17</sup> Siehe schon GAUCH, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: NZZ vom 30. August 2011, S. 21. Unerwartet kam dies allerdings nicht. Schon in der Vernehmlassung war gefordert worden, Art. 8 UWG «auf den Verkehr mit Konsumenten zu beschränken» (Botschaft UWG, S. 6180).

<sup>18</sup> Was der Bundesrat von dieser Einschränkung hält, ergibt sich aus der Botschaft, S. 6180: «Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer schlugen vor, die Anwendbarkeit von Artikel 8 auf den Verkehr mit Konsumenten zu beschränken. Eine solche Beschränkung wäre aber nicht sachgerecht, da gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden. Zudem wäre es eine Durchbrechung des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des UWG auf alle Abnehmerstufen.»

<sup>19</sup> Das Problem ist nicht, dass der Subunternehmervertrag mittels einer Resolutiv-Bedingung vom Bestand des Hauptwerkvertrages abhängig gemacht wird; stossend ist vielmehr, dass jegliche Ersatzfolge (zur vollen Schadloshaltung siehe Art. 377 OR) wegbedungen wird, was in der Vorstellung des Hauptunternehmers wohl auch dann zu gelten hätte, wenn der Bauherr seinen Vertrag mit dem Hauptunternehmer infolge eines Fehlverhaltens des letzteren auflöst.

a. Wer das **Tatbestandselement «Konsumentinnen und Konsumenten»** auslegt, hat sich – in entstehungszeitlicher Perspektive, der hier aufgrund der zeitlichen Nähe erhebliche Bedeutung zukommt – die Genese der Bestimmung vor Augen zu halten. Der Bundesrat wollte den Rückstand auf das EU-Recht wettmachen.<sup>20</sup> In der parlamentarischen Beratung wurden dann aber Stimmen laut, die dem bundesrätlichen Vorschlag ankreideten, er gehe über das Schutzniveau des EU-Rechts hinaus. In der Tat: Im bundesrätlichen Vorschlag war von einer Einschränkung auf Konsumenten und Konsumentinnen nicht die Rede. Vielmehr wollte der Bundesrat alle schützen, auch die Unternehmen, da «gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden»<sup>21</sup>.

b. Das Parlament aber suchte (in diesem Punkt) die **Harmonisierung mit dem europäischen Recht** und wollte eine Bestimmung schaffen, die ihrem subjektiven Geltungsbereich nach das Schutzniveau der einschlägigen EU-Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erreicht, die dieses Niveau aber nicht übersteigt. Die Richtlinie ist auf den Schutz des Verbrauchers beschränkt, den sie umschreibt als eine

«natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann» (Art. 2 lit. b).

Die Limitierung auf den Konsumentenschutz war Bestandteil eines Kompromissvorschlags, wie die Aussage von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN belegt:

«Der Kompromissvorschlag schränkt den Geltungsbereich auf AGB ein, die gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten verwendet werden. AGB unter Gewerbetreibenden werden damit nicht erfasst. Damit wird der Einwand, Artikel 8 gehe weiter als die EU-Richtlinie ... entkräftet.»<sup>22</sup>

c. In der Hitze der Beratungen mag man übersehen haben, dass die Richtlinie, deren Schutzniveau angepeilt wurde, einer mitgliedstaatlichen Regelung, die auch Unternehmen Schutz vor missbräuchlichen AGB gewährt, keineswegs entgegensteht. Das spielt indes hier keine Rolle, denn nach den Materialien schützt Art. 8 UWG lediglich «Konsumenten und Konsumentinnen», was auch sein Wortlaut unzweifelhaft zum Ausdruck bringt. Unzweifelhaft ist aber auch, dass der Begriff der Konsumentin hier anders, nämlich weiter auszulegen ist als in anderem Zusammenhang. So etwa wäre es falsch, bei Art. 32 Abs. 2 ZPO anzuknüpfen und dann Art. 8 UWG lediglich auf AGB-Klauseln über «Leistungen des üblichen Verbrauchs» (Art. 32 Abs. 2 ZPO)<sup>23</sup> einwirken zu lassen. Denn so eindeutig es ist, dass der schweizerische Gesetzgeber sich an EU-Recht anlehnte, so klar ist es auch, dass dort der Schutz **sämtlichen Verträgen gilt, die von Verbrauchern eingegangen werden**, ohne dass das limitierende Kriterium des «üblichen Verbrauchs» zum Tragen käme.<sup>24</sup> Mancher mag dieses Ergebnis ablehnen und geltend machen, es sei schon im Wort «Konsum» angelegt, dass es um Geschäfte des üblichen Verbrauchs geht. In der Tat: Konsum

wird in meinem grossen Duden-Wörterbuch als «Verbrauch (bes. von Nahrungs-, Genussmitteln)» umschrieben. Indes steht auch für die EU-Richtlinie fest, dass zum Beispiel «Geschäfte zur Vermögensanlage und Vermögensverwaltung»<sup>25</sup> unter ihre Regeln fallen können, solange sie im Rahmen der nicht gewerblichen Tätigkeit einer natürlichen Person abgeschlossen werden. Wer im Sinne des Art. 8 UWG als Konsumentin gilt, bestimmt sich demnach nicht nach einem positiven Kriterium («üblicher Verbrauch»), sondern einzig danach, ob der Vertrag «ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann» oder nicht.<sup>26</sup>

d. Bei dieser weiten (aber richtlinienkonformen) Auslegung steht fest, dass sich namentlich **private Bauherren** auf Art. 8 UWG berufen können, wenn sie sich einseitigen AGB von Planern, Handwerkern oder auch Baustofflieferanten gegenübersehen. Ein besonders wichtiger Anwendungsbereich könnte sich bei jenen Verträgen entwickeln, die Konsumenten über den Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan abschliessen. Diese Verträge sind häufig dadurch gekennzeichnet, dass der Verkäufer seine eigene Haftung weitestmöglich ausschliesst, um – zwecks vermeintlicher Linderung der Nachteile, die mit dem Haftungsausschluss verbunden sind – den Käufern allfällige Mängelrechte gegen seine Subunternehmer abzutreten, an die sich alsdann die Käufer bei Problemen zu wenden haben. Diese Kombination von Freizeichnung und Abtretung ist nicht nur in rechtlicher Hinsicht kritisch, weil die Abtretung von Mängelrechten nur in beschränktem Mass überhaupt zulässig ist.<sup>27</sup> Sie bewirkt in vielen Fällen eine massive Benachteiligung der Käufer, die zwar mit einem Generalunternehmer kontrahieren, in der Phase der Mängelhaftung aber wieder so da stehen, als hätten sie im klassischen Modell mit zahlreichen Nebenunternehmern gebaut. Rechtlich ist es inskünftig möglich, solche nachteiligen Abreden auch unter Art. 8 UWG anzugreifen. Vielleicht wird man einwenden, dass solche Abreden keine AGB-Klauseln seien. Das mag im Einzelfall zutreffen. Häufig aber wird sich zeigen, dass die Abreden für einen Mehrfachgebrauch vorformuliert wurden

<sup>20</sup> Botschaft UWG, S. 6186.

<sup>21</sup> Botschaft UWG, S. 6173.

<sup>22</sup> AB 2011 N 800.

<sup>23</sup> Dazu BGE 132 III 272, zu Art. 22 Abs. 2 GestG, dessen Anwendungsbereich eng zu verstehen war, «denn der Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs». Auf Art. 22 Abs. 2 GestG folgte Art. 32 Abs. 2 ZPO, der den Vorgänger beseitigte, dessen Gehalt aber übernahm. Siehe BRUNNER, Dike-Komm-ZPO, N 8 zu Art. 32 ZPO; LAMBELET, Handkommentar ZPO, N 3 zu Art. 32 ZPO.

<sup>24</sup> Siehe WOLF, Kommentar AGB-Recht, N 29 zu Art. 1 RL 93/13/EWG, der dort bestätigt, dass namentlich «Arbeiten an unbeweglichen Sachen», aber auch «Grundstücksgeschäfte in den Anwendungsbereich der Richtlinie» fallen.

<sup>25</sup> WOLF, Kommentar AGB-Recht, München 2009, N 7 zu Art. 2 RL 93/13/EWG.

<sup>26</sup> Im Unterschied zur Rechtslage nach Art. 32 ZPO ist hier eine negative Abgrenzung bestimmend; siehe BGE 132 III 272 (zu Art. 22 Abs. 2 GestG); weiter BRUNNER, Dike-Komm-ZPO, N 13 f. zu Art. 32 ZPO.

<sup>27</sup> Siehe BGE 114 II 247 E. aa; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 2037 ff.; STÖCKLI, Stockwerkeigentum ab Plan, Schweizerische Baurechtstagung 2009, Tagungsunterlage, S. 15.



und nicht individuell verhandelt werden konnten, was für eine Qualifikation als AGB spricht<sup>28</sup>. Man mag auch deshalb widersprechen, weil entsprechende Verträge in aller Regel<sup>29</sup> öffentlich beurkundet werden. Zuzugeben ist, dass solche Verträge häufig von Notarinnen und Notaren formuliert werden, die im Auftrag des Verkäufers handeln. Das ist indes keine Garantie für die inhaltliche Ausgewogenheit, wie die Praxis lehrt. Zudem bürgt die Mitwirkung einer Notarin oder eines Notars bloss dafür, dass die Parteien über ihre Rechte belehrt werden.<sup>30</sup> Die Rechtsbelehrungspflicht schafft indes lediglich Klarheit über die gegenseitigen Rechte und Pflichten, inhaltliche Ausgewogenheit sichert sie nicht.

## 2. Nach alledem schliesslich zur Frage, **was für die Unternehmen noch bleibt.**

a. Von der EG-Richtlinie wird gesagt, sie erfasse zwar auch die Verträge Gewerbetreibender, dies aber lediglich insoweit, als die Verträge nicht gewerblichen oder beruflichen Zwecken dienen.<sup>31</sup> Das steht in Einklang mit der dieser Richtlinie eigenen Legaldefinition des Verbrauchers, lässt aber nur dann einen auch praktisch relevanten Anwendungsbereich offen, wenn man vom Geltungsbereich der Richtlinie einzig jene Verträge der Gewerbetreibenden ausnimmt, die in einem direkten, unmittelbaren Bezug zu deren «gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit» stehen.<sup>32</sup> Aus meiner Sicht lässt sich indes diese enge Auslegung der «gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit», die den Schutzbereich des Art. 8 UWG ausweiten würde, mit den Ergebnissen der parlamentarischen Debatte schwerlich in Einklang bringen.

b. Damit fällt die Schweiz mit dem neuen Art. 8 UWG gegenüber der bisherigen Rechtslage, der diese Beschränkung fremd war, zurück: also Rück- statt Fortschritt, wenn man der Meinung ist, dass auch Unternehmen Schutz vor AGB verdienen. Was aber bleibt? Sicher steht die **Ungewöhnlichkeitsregel** offen<sup>33</sup>; sie wird durch Art. 8 UWG nicht beeinträchtigt. In BGE 135 III 7 E. 2.1 wurde diese Regel wie folgt umschrieben: Von «der global erklärten Zustimmung» zu allgemeinen Geschäftsbedingungen sind «alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist [BGE 119 II 446 E. 1a]. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt ... Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren ...» Wie diese Umschreibung belegt, praktiziert das Bundesgericht mittels der Ungewöhnlichkeitsregel eine verdeckte Inhaltskontrolle, die auch Unternehmen, nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten für sich in Anspruch nehmen können.<sup>34</sup> Was den Umstand anbelangt, dass sich bloss die «schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei» auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann, sei entwarnt: Denn als «schwächere Partei» muss auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen

ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet» (BGE 109 II 457 E. 5a).

c. Auch kann eine AGB-Klausel, welche die andere Vertragspartei in die Irre führt, ohne dabei das von Art. 8 UWG geforderte Missverhältnis zu schaffen, aus anderen Rechtsgründen angreifbar ist. So mag die Klausel zu Fall kommen, weil sie gegen die lauterkeitsrechtliche Grundnorm in Art. 2 UWG verstösst, nach dem «jedes täuschende Geschäftsgewaren» widerrechtlich ist. Möglich ist aber auch, dass sich die Klausel auf der Grundlage des Art. 28 OR stürzen lässt, der bei absichtlicher Täuschung greift. Darauf können sich auch Unternehmen berufen. Zudem gilt auch für Unternehmer der AGB-rechtliche Grundsatz, dass eine individuelle Abrede einer AGB-Klausel vorgeht, sie also im Widerspruchsfall verdrängt. Weiter sei auf die Unklarheitenregel verwiesen, nach der «zweideutige Wendungen im Zweifel zu Lasten ihres Verfassers auszulegen sind» (BGE 115 II 268 E. 5a).<sup>35</sup>

## IV. Fortbestehender Revisionsbedarf

Der Gesetzgeber wollte das Schutzniveau der EG-Richtlinien nicht überbieten und limitierte Art. 8 UWG auf Verträge von Konsumentinnen und Konsumenten. Soviel scheint klar. Indes ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie es den Mitgliedstaaten nicht untersagt, für einen weiter gehenden Schutz zu sorgen. Was die Rechtslage in Deutschland angeht, so sind die dort einschlägigen § 305 ff. BGB nicht bloss auf Verträge von Konsumentinnen und Konsumenten, sondern in weiten Zügen<sup>36</sup> **auch auf Unternehmerverträge** anwendbar. Von der Bauwirtschaft wird sogar gesagt, dass sie sich «bewusst oder unbewusst längst in die Abhängigkeit des Schutzes des AGB-Rechtes begeben» hat<sup>37</sup>. Fest steht somit, dass zwar der Schutz vor missbräuchlichen Klauseln im Gemeinschaftsrecht auf «Verbraucherverträge» beschränkt ist, die Mitgliedstaaten aber frei sind, diesen Schutz auch Unternehmen angedeihen zu lassen. Dass die Unternehmen auch in der Schweiz entsprechende Instrumente brauchen, belegt schon die Aussage seitens der Baumeister, wonach «es der Realität entspreche, dass die Bauherren den kleinen und mittleren

<sup>28</sup> Dazu PROBST, Handkommentar UWG, N 1 zu Art. 8 UWG.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 117 II 264 E. b zur Frage, wann werkvertragliche Abreden, die im Kontext eines Grundstückkaufs getroffen werden, ebenfalls formbedürftig sind.

<sup>30</sup> Zu dieser Pflicht vgl. zum Beispiel § 25 des Freiburger Gesetzes vom 20.9.1967 über das Notariat (SGF 261.1).

<sup>31</sup> Vgl. WOLF, Kommentar AGB-Recht, München 2009, N 8 zu Art. 2 RL 93/13/EWG.

<sup>32</sup> Ablehnend WOLF, Kommentar AGB-Recht, München 2009, N 8 zu Art. 2 RL 93/13/EWG.

<sup>33</sup> Zu deren Gehalt vgl. BGE 135 III 7 E. 2.1.

<sup>34</sup> Vgl. KOLLER TH., Einmal mehr: Das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: AJP 2008, S. 943 ff., besonders S. 950 ff.

<sup>35</sup> JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 451 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>36</sup> Siehe die Einschränkung durch § 310 Abs. 1 BGB.

<sup>37</sup> So die Wahrnehmung von MARKUS/KAISER/KAPPELLMANN, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 3. Aufl., Köln 2011, S. 4.

Unternehmen ihre AGB aufzwingen»<sup>38</sup>. Nimmt man dann noch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Blick, steht fest, dass nicht nur die Konsumenten und Konsumentinnen, sondern auch die Unternehmen ein spezifisches Instrument benötigen, mit dem sie sich gegen unfaire AGB zur Wehr setzen können. Es ist unverständlich, warum der schweizerische Gesetzgeber die entsprechenden Klagen der Unternehmen nicht hören will. Mit einem schlichten Verweis auf die abstrakte Vertragsfreiheit, mit dem man sich dann be-

hilft, ist sicher all jenen Unternehmen nicht geholfen, die missbräuchlichen AGB-Klauseln gegenüberstehen und keine Möglichkeit haben, auf andere Geschäftspartner auszuweichen, weil auch die anderen Geschäftspartner keine anderen AGB haben.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> So nachzulesen im Bericht Ergebnis Vernehmlassungsverfahren, S. 11.

<sup>39</sup> Zu diesem Befund siehe auch die Botschaft UWG, S. 6178.