

## Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG

PETER GAUCH

Professor an der Universität Freiburg\*

*La nouvelle loi sur la concurrence déloyale contient un article (art. 8), traitant des «conditions commerciales abusives». En raison de l'importance que ce texte pourrait avoir dans la construction (cf. éditorial), l'auteur en propose en primeur une analyse détaillée.*

### I. Einleitung

1. Die Vertragspraxis des schweizerischen Baurechts wird in ganz erheblichem Ausmass durch Allgemeine Vertragsbedingungen beherrscht, die von einer Partei oder einem Dritten (z. B. einem Berufsverband) generell vorformuliert sind. Das ist bekannt. Und ebenso bekannt ist das verbreitete Unbehagen darüber, dass im Rahmen solcher Bedingungen die Privatautonomie durch ungleiche Machtverteilung zwischen den Parteien in Frage gestellt wird. Dieses Unbehagen äussert sich in unzähligen Versuchen, die Allgemeinen Vertragsbedingungen rechtlich unter Kontrolle zu bringen:

2. So haben Lehre und Rechtsprechung zahlreiche Regeln entwickelt, um mit dem Phänomen der Allgemeinen Vertragsbedingungen fertig zu werden<sup>1</sup>. Ausgangspunkt ist die Grundregel, wonach Allgemeine Vertragsbedingungen nur durch vereinbarte Übernahme in den konkreten Einzelvertrag Geltung erlangen und als Bestandteil des Vertrages «individuell» (also nicht einheitlich) auszulegen sind<sup>2</sup>. Die Grundregel wird ergänzt durch verschiedene Sonderregeln. Zum Beispiel gehen individuelle Abreden den Allgemeinen Vertragsbedingungen schlechthin vor. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Bedingungen im Zweifel zuungunsten des Verwenders auszulegen<sup>3</sup>. Und nach der Ungewöhnlichkeitsregel gilt der Satz, dass vorformulierte, für den konkreten Vertrag aber

ungewöhnliche Bestimmungen, mit denen eine Partei bei bloss globaler Übernahme<sup>4</sup> nicht gerechnet hat und (aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses) auch nicht rechnen musste, zugunsten dieser Partei unverbindlich bleiben<sup>5</sup>.

### II. Art. 8 des revidierten UWG

Die Regeln, die von der Lehre und Rechtsprechung zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen entwickelt wurden, sind weder im OR noch in einem sonstigen Gesetz zusammengefasst. Anders als im Ausland hielt sich der Gesetzgeber in der Schweiz, was die Ordnung Allgemeiner Bedingungen betrifft, lange Zeit zurück<sup>6</sup>. Diese Zurückhaltung wird jetzt durchbrochen durch das revidierte UWG<sup>7</sup>, das demnächst in Kraft treten wird. Denn nach Art. 8 des revidierten Gesetzes (UWG) handelt unlauter, wer «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» verwendet. In der Verwendung solcher Geschäftsbedingungen liegt nach der Wertung des Gesetzgebers ein «gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Verhalten... , welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst» (Grundsatznorm, Art. 2 UWG)<sup>8</sup>. Es lässt die nach Treu und Glauben gebotene Rücksichtnahme auf die Belange des Geschäftspartners vermissen und verstösst gegen die

\* Herzlichen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Walter Schlupe für die kritische Durchsicht des Manuskripts und Frau RA Monika Leu für die Kontrolle und Bereinigung der Belegstellen.

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler: Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, Nr. 839 b ff.; Kramer, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81, 1985, S. 17 ff. / 33 ff.; Baudenbacher, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983. Alle mit zahlreichen Verweisen.

<sup>2</sup> Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 831 ff. und Nr. 900 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N 451 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>4</sup> Eine Globalübernahme (Übernahme durch Globalerklärung) liegt vor, soweit eine Partei den Inhalt der Allgemeinen Bedingungen entweder nicht zur Kenntnis nimmt oder nicht überlegt und versteht (Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 830).

<sup>5</sup> Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 837.

<sup>6</sup> Dies, obwohl es an Vorstössen im Parlament, die auf eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Vertragsbedingungen abzielten, nicht gefehlt hat. Vgl. dazu die nachfolgend (Anm. 9) zitierte Botenschaft, S. 1014 und 1052.

<sup>7</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (Referendumsvorlage: BBl 1987 I, S. 27 ff.; Frist lief unbenutzt ab).

<sup>8</sup> Zum lauterkeitsrechtlichen Bezug der AGB-Problematik vgl. auch Sticher, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss. St. Gallen, 1981.



Schranken, die der Wirtschaftsfreiheit durch die Funktionsregeln des Wettbewerbes gezogen sind<sup>9</sup>. Nachfolgend befasse ich mich zunächst mit den «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen», dann mit deren «Verwendung».

#### A. Die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen»

1. Unlauter nach Art. 8 UWG handelt, wer «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» verwendet. Der **Ausdruck** «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» findet sich im Randtitel der neuen Vorschriften («Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»). Er ist eine Kurzbezeichnung, als solche brauchbar, wenn auch gefährlich, weil er zur falschen Annahme verleiten könnte, die Geschäftsbedingungen, von denen Art. 8 UWG handelt, müssten einen «rechtsmissbräuchlichen» (Art. 2 Abs. 2 ZGB) Inhalt haben. Dem aber ist nicht so, wie sich aus dem Text des Art. 8 UWG und der darin enthaltenen Definition ergibt. «Missbräuchliche Geschäftsbedingungen», deren Verwendung unlauter ist, sind danach:

«Vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen . . . , die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.»

2. Der Text des Art. 8 UWG ist auslegungsbedürftig. Er bedarf einer **Erklärung** in mehrfacher Hinsicht:

a. Bei den «**allgemeinen Geschäftsbedingungen**» des Art. 8 UWG handelt es sich um Allgemeine Vertragsbedingungen (z. B. auch Branchenbedingungen wie die SIA-Norm 118), die der Verwender<sup>10</sup> selbst oder ein Dritter (z. B. der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein) für eine Vielzahl individueller Verträge vorformuliert hat. Gemeint sind *Einzelbestimmungen* («Vertragsklauseln»<sup>11</sup>), die zu einem vorgeformten Vertragsinhalt (von grösserem oder kleinerem Umfang<sup>12</sup>) gehören und von den konkreten Vertragsparteien nicht individuell ausgehandelt wurden<sup>13</sup>. Im übrigen ist zu bemerken:

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft (= «Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb» vom 18. Mai 1983), BBl 1983 II, S. 1043.

<sup>10</sup> Zum Begriff des Verwenders vgl. unten im Text.

<sup>11</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1051. Zu beachten ist allerdings, dass sich nicht jede vorformulierte Vertragsklausel in einer einzigen Vertragsbestimmung erschöpft. Vielmehr gibt es Vertragsklauseln, die verschiedene eigenständige Regeln und damit mehrere Einzelbestimmungen umfassen, obwohl sie äusserlich eine Einheit bilden. Trifft dies zu, so ist jede dieser Einzelbestimmungen eine «Geschäftsbedingung» im Sinne des Art. 8 UWG.

<sup>12</sup> Der vorgeformte Vertragsinhalt, der die «Vertragsklauseln» enthält, kann in einem ganzen Regelwerk (wie die SIA-Norm 118) bestehen, sich aber auch auf wenige Worte beschränken.

<sup>13</sup> Vgl. Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073. Vorformulierte Vertragsbedingungen, die individuell ausgehandelt (nicht nur vorgelesen und erläutert) werden, erlangen den Charakter einer Individualabrede. Das setzt voraus, dass über die betreffenden Geschäftsbe-

dingungen (unter Einbezug möglicher Änderungen) ernsthaft verhandelt wird und sich der Verwender in erkennbarer Abänderungsbereitschaft auf die Verhandlung mit seinem Partner einlässt. Dass die verhandelten Vertragsbedingungen tatsächlich geändert werden, ist nicht erforderlich. Soweit aber die Verhandlung zu einer Abänderung des vorformulierten Textes führt, fehlt es für die Anwendung des Art. 8 UWG bereits am Element der Vorformulierung. Die Beweislast für das individuelle Aushandeln trägt der Verwender.

– Auf die *äussere Erscheinungsform* kommt es nicht an. So können die Allgemeinen Vertragsbedingungen zum Beispiel in die Vertragsurkunde selbst (z. B. in ein Mietvertragsformular) integriert, in einem separaten Schriftstück (z. B. der SIA-Ordnung 102) enthalten, gedruckt, vervielfältigt, fotokopiert oder elektromagnetisch gespeichert sein.

– Art. 8 UWG erfasst auch Allgemeine Vertragsbedingungen, die (wie Allgemeine Versicherungsbedingungen) einer *behördlichen Prüfung oder Genehmigung* unterliegen, bei einer *Preisüberwachung* unbeanstandet bleiben oder *«paritätisch»* (z. B. durch Repräsentanten der Bauherren- und Unternehmerkreise oder durch Vertreter eines Mieter- und eines Hauseigentümergebietes) ausgearbeitet wurden. Ausgeklammert bleiben hingegen vorgeformte Vertragsbedingungen (z. B. die normativen Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen, Art. 357 Abs. 1 OR), die als Inhalt bestimmter Einzelverträge gesetzlich vorgeschrieben sind, so dass sie ihre Geltung für den Einzelvertrag nicht aus der Übernahme durch die Parteien, sondern aus dem Gesetze ableiten<sup>14</sup>.

b. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen **benachteiligen «eine Vertragspartei»**, das heisst den Vertragspartner des Verwenders, weil sie von der gesetzlichen oder durch die Vertragsnatur vorgezeichneten Ordnung (unten, lit. d und e) erheblich abweichen. Im einzelnen:

– Ob eine vorformulierte Vertragsbedingung von der erwähnten Ordnung abweicht, beurteilt sich nach ihrem Inhalt, den es durch *Vertragsauslegung* zu ermitteln gilt. Zur Anwendung gelangen die gebräuchlichen Auslegungsmittel und Auslegungsregeln<sup>15</sup>, jedoch mit folgender Einschränkung: Führen die Auslegungsmittel zu keinem sicheren Ergebnis und lassen sich mindestens zwei verschiedene Bedeutungen ernsthaft vertreten<sup>16</sup>, so kommt es für den Unlauterkeitstatbestand des Art. 8 UWG auf die für den Vertragspartner des Verwenders ungünstigste Bedeutung an. Die üblichen Regeln für Zweifelsfälle<sup>17</sup> (namentlich die Unklarheitsregel) bleiben somit aus dem Spiel. Dies rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass gerade mehrdeutige Vertragsbedingungen den Geschäftsverkehr erheblich stören; denn sie ermöglichen es dem Verwender, in einem Vertragsstreit mit der für ihn günstigsten Bedeutung zu argumentieren, um den Vertragspartner von der Wahrung seiner Rechte abzuhalten<sup>18</sup>.

dingungen (unter Einbezug möglicher Änderungen) ernsthaft verhandelt wird und sich der Verwender in erkennbarer Abänderungsbereitschaft auf die Verhandlung mit seinem Partner einlässt. Dass die verhandelten Vertragsbedingungen tatsächlich geändert werden, ist nicht erforderlich. Soweit aber die Verhandlung zu einer Abänderung des vorformulierten Textes führt, fehlt es für die Anwendung des Art. 8 UWG bereits am Element der Vorformulierung. Die Beweislast für das individuelle Aushandeln trägt der Verwender.

<sup>14</sup> Vgl. darüber *Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar, N 523 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>15</sup> Vgl. *Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar, N 344 ff. und N 411 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>16</sup> *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 440 zu Art. 18 OR.

<sup>17</sup> Vgl. *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 440 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>18</sup> Vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, Kommentar zum (bundesdeutschen) Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 5. Aufl., Köln 1987, S. 876.

– Die *Abweichung muss zwar nicht krass, aber doch erheblich* sein. Einerseits muss es sich um eine Abweichung handeln, die für den betroffenen Vertragspartner «*fühlbar*»<sup>19</sup>, also mehr als nur ganz geringfügig ist. Und zum andern darf die Abweichung<sup>20</sup> weder durch typische Gegeninteressen des Verwenders<sup>21</sup> noch durch schützenswerte Interessen Dritter<sup>22</sup>, noch dadurch gerechtfertigt sein, dass sie eine überholte Dispositivnorm des Gesetzes, zum Beispiel jene über die Gefahrentragung des Käufers (Art. 185 OR) oder über die strenge Rügepflicht des Werkbestellers (Art. 367/370 OR), den geltungszeitlichen Gerechtigkeitsvorstellungen «*anpasst*»<sup>23</sup>. Widersprechen verschiedene Bestimmungen, die ein vorgeformter Vertragstext enthält, dem Gesetz oder der Vertragsnatur, so ist möglich (und genügend), dass die Abweichung erst durch deren «*Zusammenspiel*» erheblich wird. Beinhaltet die Abweichung zugleich einen Verstoss gegen standesrechtliche Mindestanforderungen, wie sie zum Beispiel für Arzt-, Architektur und Anwaltsverträge gelten können, so spricht eine starke Vermutung für deren Erheblichkeit<sup>24</sup>. Immer erheblich ist eine Abweichung, wenn sie gegen zwingendes Privatrecht, die öffentliche Ordnung<sup>25</sup> oder gegen die guten Sitten (namentlich gegen das Persönlichkeitsrecht eines Vertragspartners) verstösst.

– Die erhebliche Abweichung von Gesetz oder Vertragsnatur muss den Vertragspartner des Verwenders benachteiligen. Das *Erfordernis der Benachteiligung* («zum Nachteil einer Vertragspartei») ist erfüllt, wenn die kritischen Vertragsbedingungen (ob sie gültig sind oder nicht) auf eine Schlechterstellung des Vertragspartners abzielen, ohne dass dessen Belange durch die übrige Vertragsgestaltung angemessen (im Sinne eines gerechten Interessenausgleiches) gewahrt werden<sup>26</sup>. Ob dies zutrifft, beurteilt sich immer unter Mitberücksichtigung des gesamten (auch individuell) vereinbarten Vertragsinhaltes<sup>27</sup>. So

<sup>19</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1074.

<sup>20</sup> Z. B. eine verlängerte Rüge- oder Verjährungsfrist in einem Bauwerkvertrag oder eine verschärfte Anzeigepflicht in einem Versicherungsvertrag.

<sup>21</sup> Vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 378. Solche Gegeninteressen des Verwenders ergeben sich (wenn überhaupt) aus der besondern Eigenart des Vertrages (z. B. eines Bauwerkvertrages, eines Planungsvertrages), für den die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden. So entspricht etwa der Vorrang der Nachbesserung, den die SIA-Norm 118 (Art. 169 Abs. 1) im Interesse des Unternehmers vorsieht, der Besonderheit des Bauwerkvertrages (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 1956). Dasselbe gilt für die Pflicht des Bauherrn, Abschlagszahlungen zu leisten (SIA-Norm 118, Art. 144 ff.), jedenfalls dann, wenn es um die Ausführung eines grösseren Bauwerkes geht (*Gauch*, a. a. O., Nr. 797).

<sup>22</sup> Z. B. durch das Kollektivinteresse «aller» Versicherten. Vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 381.

<sup>23</sup> Vgl. *Baudenbacher*, a. a. O., S. 310.

<sup>24</sup> Zum Begriff der «öffentlichen Ordnung» vgl. *Gauch/Schluop*, 4. Aufl., Nr. 507.

<sup>25</sup> Vgl. sinngemäss BGH, NJW 1984, S. 1182; 1985, S. 2328; 1986, S. 424.

<sup>26</sup> Vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 382.

kann der Vertrag zum Beispiel eine andere (widersprechende) Abrede enthalten, die der nachteiligen Vertragsbedingung (als Individualabrede oder nach Massgabe einer vereinbarten Rangordnung<sup>28</sup>) vorgeht und sie deshalb verdrängt, womit eine Benachteiligung im Sinne des Art. 8 UWG entfällt.

Auch ist möglich, dass eine erhebliche Abweichung (z. B. eine erhebliche Haftungsbeschränkung des Verwenders<sup>29</sup> oder ein Abtretungsverbot), die bei isolierter Betrachtung die Interessen des betroffenen Vertragspartners verletzt, durch eine vorteilhafte Vertragsbestimmung («etwa durch einen deutlich günstigeren Preis» oder eine verlängerte Rügefrist) aufgewogen wird<sup>30</sup>, so dass der Vertrag trotz der Abweichung einen angemessenen Interessenausgleich gewährleistet<sup>31</sup>. Vorbehalten bleibt allerdings der Verstoss gegen zwingendes Privatrecht, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten, da sich ein solcher Verstoss durch keine andern Vertragsvorteile «kompensieren» lässt.

c. Die **benachteiligte Vertragspartei** kann, muss aber nicht, der Kunde des Verwenders sein.

– Art. 8 UWG verlangt also nicht, dass es sich beim Benachteiligten um den Abnehmer (den «Erwerber», «Konsumenten», «Verbraucher» oder sogar den «Letztverbraucher») der typischen Vertragsleistung (Sach- oder Dienstleistung) handelt<sup>32</sup>. Vielmehr ist der gesetzliche *Unlauterkeitstatbestand auch dann erfüllt, wenn der Anbieter der typischen Vertragsleistung* (z. B. ein Verkäufer, Bauunternehmer, Architekt oder Bauingenieur) *benachteiligt wird*, der zu den vom Abnehmer gestellten Bedingungen (z. B. zu dessen «Bezugs-» oder «Einkaufsbedingungen») kontrahiert. Dieses weite Verständnis der geschützten Vertragspartei (das z. B. auch den Subunternehmer im Verhältnis zum Hauptunternehmer einschliesst) entspricht der Zweckbestimmung des Art. 1 UWG, wonach das Gesetz «den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller (!) Beteiligten . . . gewährleisten» soll (Art. 1 UWG), was die Rolle der Konsumenten sowohl als Adressaten als auch als Mitgestalter des Wettbewerbes verdeutlicht<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Z. B. Art. 21 der SIA-Norm 118.

<sup>29</sup> Etwa die Beschränkung der Haftung auf «direkten Schaden» (SIA-Ordnung 102, Art. 1.6).

<sup>30</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1074. Kritisch zu dem in der Botschaft ausdrücklich hervorgehobenen «Preisargument»: *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 383 f.; *Baudenbacher*, a. a. O., S. 234 f. Das Argument dürfte aber zumindest insoweit stehen, als der Vertragspartner «zwischen der ungünstigeren Kondition (z. B. beschränkte Haftung des Verwenders) zum niedrigeren Preis und der günstigeren Kondition (z. B. Vollhaftung) zum höheren Preis» wählen kann (*Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 384).

<sup>31</sup> Zwar trifft es nicht zu, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zwangsläufig (!) einseitig sind (ungenau: Botschaft, BBl 1983 II, S. 1051). Im Zweifel aber rechtfertigt es sich, die vorausgesetzte Benachteiligung anzunehmen. Und eine festgestellte Benachteiligung wird nicht deshalb irrelevant, weil der Verwender die (für den Vertragspartner) nachteilige Vertragsbedingung bislang nicht geltend gemacht hat, die betroffene Partei ein übernommenes Risiko versichern könnte oder sie bei Vertragsabschluss in der Lage gewesen wäre, ihre eigenen Interessen besser wahrzunehmen (vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 385 und 377). Umgekehrt ist die individuelle oder typische «Unterlegenheit» des Betroffenen kein Kriterium, das es nach Art. 8 UWG gestattet, das Erfordernis der Benachteiligung abzuschwächen.

<sup>32</sup> Ungenau: Botschaft, BBl 1983 II, S. 1027.

<sup>33</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1058.



- Des weitern ist gleichgültig, ob es sich bei der benachteiligten Partei um eine *natürliche oder juristische Person* (des privaten oder öffentlichen Rechtes) handelt, mag sie geschäftserfahren sein, zum Kreis der Kaufleute gehören oder nicht. Ausserdem macht es keinen Unterschied, ob der Benachteiligte den «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» nur global zugestimmt oder ob er deren Inhalt gekannt und richtig verstanden hat.

**d. Die «gesetzliche Ordnung»,** von der vorformulierte Vertragsbedingungen erheblich abweichen können, ist ein Sammelbegriff. Er umfasst sowohl die dispositiven als auch die zwingenden Gesetzesbestimmungen, und zwar stets mit dem Gehalt, der ihnen nach Wortlaut und richtiger Auslegung (allenfalls nach Massgabe bewährter Lehre und Überlieferung<sup>34</sup>) zukommt<sup>35</sup>. Merke:

- Zu den Gesetzesbestimmungen gehören auch die *Beweislastregeln*, die sich aus dem Gesetz (namentlich aus Art. 8 ZGB) ergeben. Folglich weichen Vertragsbedingungen, die mit solchen Beweislastregeln nicht im Einklang stehen<sup>36</sup>, von der «gesetzlichen Ordnung» ab. Das gilt namentlich auch für Vertragsbedingungen, die einen Sachverhalt (z.B. eine abgegebene Erklärung) durch unüberlegliche Vermutung fingieren<sup>37</sup>.

- Die Abweichung bezieht sich auf eine oder mehrere Gesetzesbestimmungen, die auf den konkreten Vertrag «unmittelbar oder sinngemäss» anwendbar sind. Über die *sinngemässe Anwendung von Gesetzesrecht* hat der Richter zu entscheiden, wenn es um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB) geht<sup>38</sup>. Soweit eine Gesetzeslücke vorliegt, die vom Richter «modo legislatoris» auszufüllen ist, kommt eine analoge Anwendung passender Gesetzesnormen nicht nur für Innominat-, sondern auch für Nominatverträge in Betracht, weshalb sich die Wendung von der «sinngemäss anwendbaren» Gesetzesordnung auf beide Vertragsarten bezieht<sup>39</sup>. Je individueller jedoch der konkrete Vertrag ausgestaltet ist, desto weniger lässt er Raum für eine sinngemässe Gesetzesanwendung. So bleibt kein Platz für Gesetzesanalogie, sobald sich eine Rechtsfrage nach dem «hypothetischen» Parteiwillen entscheiden würde, falls die Parteien nicht selbst eine Regelung getroffen hätten<sup>40</sup>.

- Soweit eine anwendbare Gesetzesbestimmung auf die *Verkehrsübung*<sup>41</sup> verweist<sup>42</sup>, wird diese, kraft des gesetzlichen Verweises, zum mittelbaren Gesetzesrecht<sup>43</sup> und bildet somit Bestandteil der «gesetzlichen Ordnung». Deshalb verstossen zum Beispiel Vertragsbedingungen, welche die einem Beauftragten (etwa einem beauftragten Architekten) geschuldete Vergütung übungswidrig (Art. 394 Abs. 3 OR<sup>44</sup>) zu hoch oder zu tief ansetzen, gegen die «gesetzliche Ordnung».

- Von den Gesetzesbestimmungen und der Verkehrsübung zu unterscheiden sind die *Normen des Gewohnheitsrechts* (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Sie bleiben in Art. 8 UWG wohl deshalb unerwähnt, weil sie im Gebiete des Vertragsrechts nur selten vorkommen. Doch sind sie, soweit es sie gibt, den Bestimmungen der «gesetzlichen Ordnung» gleichzustellen.

**e. Würde sich der Anwendungsbereich des Art. 8 UWG auf Fälle beschränken, in denen Allgemeine Geschäftsbedingungen von der anwendbaren Gesetzesordnung abweichen, wäre der Artikel lückenhaft. Das aber trifft nicht zu. Denn: Neben die Abweichung von der gesetzlichen Ordnung tritt in Art. 8 UWG – ergänzend und subsidiär – der weitere Fall, da die vorformulierten Bedingungen «eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten» vorsehen. In erster Linie angesprochen werden damit die Innominatverträge<sup>45</sup>. Soweit es für sie an einer unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren Gesetzesregelung fehlt, beurteilt sich die «Missbräuchlichkeit» vorformulierter Bedingungen nach dem Massstab der «Vertragsnatur». Aber auch bei Nominatverträgen muss, sobald es für die Beantwortung einer Rechtsfrage keine anwendbare Gesetzesbestimmung gibt, auf diesen vertragsimmanenten Massstab zurückgegriffen werden. Hervorzuheben sind zwei Punkte:**

- Das *Kriterium der «Vertragsnatur»* ist stark konkretisierungsbedürftig. Es verweist auf die Eigenart des Vertrages, die sich aus seinem Zweck<sup>46</sup> und Sinnzusammenhang ergibt. Daran misst sich, ob die «Verteilung von Rechten und Pflichten»<sup>47</sup> der «Vertragsnatur» widerspricht. Das kann schon deswegen zutreffen, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel enthalten, die nicht zum typischen Inhalt des Vertrages gehört, für den sie verwendet wird<sup>48</sup>.

Darüber hinaus ist der erwähnte Widerspruch immer zu bejahen, wenn die betroffene Vertragspartei in der Rechtsstellung, die ihr der Vertrag nach seinem Zweck und Sinnzusammenhang einräumen soll, *beeinträchtigt* wird. Die Beeinträchtigung kann ihren Grund in Freizeichnungs-, Rücktritts- oder andern Vertragsklauseln haben, die bewirken, dass das wirtschaftliche Ergebnis, auf das der Vertrag abzielt, nur beschränkt erreicht oder dass es gefährdet wird<sup>49</sup>. Vielfach (und zwar namentlich auch bei Nominatverträgen) beruht die Beeinträchtigung auf vorformulierten Bedingungen, welche die versprochene Vertragsleistung des Betroffenen (z.B. durch den Vorbehalt von Preis- und Beststellungsände-

dern bestimmt (über den engen Wortlaut des Gesetzes hinaus) auch den Umfang der geschuldeten Vergütung, und zwar selbst dann, wenn die Vergütungspflicht als solche auf Vereinbarung beruht (*Gauch*, Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, hrsg. von *Gauch/Tercier*, Freiburg 1986, Nr. 17).

<sup>45</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073.

<sup>46</sup> Vgl. Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073.

<sup>47</sup> Die Worte «Rechte» und «Pflichten» haben in Art. 8 UWG einen weiten Sinn. Zu den «Rechten» gehören z.B. auch Machtbefugnisse, Gestaltungsrechte, Einrederechte und blosser «Zuständigkeiten» (etwa zum Empfang einer Kündigung). «Pflichten» können nicht nur Haupt- oder Nebenpflichten sein. Vielmehr ist das Wort so zu verstehen, dass es über die eigentliche Verpflichtung hinaus jede rechtserhebliche Belastung (z.B. durch eine Obliegenheit oder eine bestimmte Vollmachtslage) einschliesst.

<sup>48</sup> Beispiel für den Grundstückkaufvertrag: Architekten- oder Unternehmerklausel zu Lasten des Käufers. Für den Mietvertrag: Kaufverpflichtung zu Lasten des Mieters. Für den Bauwerkvertrag: Kundgabebestimmung über die Vollmacht der Bauleitung (z.B. Art. 33 Abs. 2 der SIA-Norm 118).

<sup>49</sup> Vgl. sinngemäss *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 397.

<sup>34</sup> Art. 1 Abs. 3 ZGB; vgl. dazu *Meier/Hayoz*, Berner Kommentar, N 43 f. und N 423 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>35</sup> Ähnlich: Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073.

<sup>36</sup> Z.B. Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 und Art. 3.1.2 der SIA-Ordnung 102 (vgl. dazu *Gauch*, zit. in Anm. 44, Nr. 56).

<sup>37</sup> Z.B. Art. 163 Abs. 2 der SIA-Norm 118, letzter Satz.

<sup>38</sup> *Meier/Hayoz*, a. a. O., N 346 ff. zu Art. 1 ZGB.

<sup>39</sup> Das ist zu betonen gegenüber der zu engen Auffassung, wonach «mit der Wendung ‚sinngemäss anwendbare gesetzliche Ordnung‘ darauf hingewiesen (wird), dass die vorliegende Bestimmung auch auf sogenannte Innominatverträge Anwendung findet» (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073).

<sup>40</sup> Vgl. dazu *Jäggi/Gauch*, a. a. O., Nr. 498, 533 f., 535 f. und 537.

<sup>41</sup> Über die Verkehrsübung im allgemeinen: *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 392 ff. zu Art. 18 OR; *Merz*, Schweizerisches Privatrecht VI/1, S. 43 ff.

<sup>42</sup> Z.B. Art. 112 Abs. 2, Art. 262 Abs. 1, Art. 263 Abs. 2, Art. 394 Abs. 3, Art. 430 Abs. 1 OR.

<sup>43</sup> *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 282 und N 522 zu Art. 18 OR; *Merz*, a. a. O., S. 44.

<sup>44</sup> Die Übung, die auf die Art. 394 Abs. 3 OR verweist, begründet (mangels anderer Abrede) nicht nur eine Vergütungspflicht, son-

ungen) erschweren oder dessen Anspruch auf die Gegenleistung (etwa durch vorgesehene Rabatte oder ähnliche Abzüge) tangieren.

- Die *Frage, welche Rechtsstellung der Eigenart des Vertrages angemessen ist*, wird in vielen Fällen nur schwierig zu beantworten sein. Um so wichtiger sind einschlägige Verkehrsübungen<sup>50</sup>, allgemeine Rechtsgrundsätze und das «richterliche Vertragstypenrecht», das sich für verkehrstypische Innominatverträge herausgebildet hat<sup>51</sup>. Sie dienen dem Rechtsanwendenden als Orientierungshilfen, die es beim Entscheid über die angemessene (gerechte) Rechtsstellung eines Vertragspartners mitzubersichtigen gilt<sup>52</sup>.

**f. Das Merkmal der Irreführung** («in irreführender Weise») blieb im Revisionsvorschlag des Bundesrates bewusst unerwähnt<sup>53</sup>; es kam erst in den Beratungen des Parlamentes zum Tatbestand hinzu<sup>54</sup>. Das Merkmal ist erfüllt, wenn die in Frage stehenden Geschäftsbedingungen (z.B. durch eine unklare oder unbestimmte Fassung, durch ihre Kompliziertheit<sup>55</sup>, ihre Sprache, ihre Plazierung, ihre graphische Gestaltung oder ihre Eingliederung in einen umfangreichen Formularetext) geeignet sind, die nachteilige Abweichung von Gesetz oder Vertragsnatur zu verschleiern oder den Vertragspartner über den massgeblichen Sinn oder die Beachtlichkeit einer nachteiligen Vertragsklausel zu täuschen.

Vorausgesetzt und ausreichend ist diese Eignung (!) zur Irreführung, weshalb es weder auf eine Täuschungsabsicht des Verwenders noch darauf ankommt, dass ein Vertragspartner tatsächlich getäuscht wird<sup>56</sup>. Überhaupt sind an das Merkmal der Irreführung nur geringe Anforderungen zu stellen. So reicht etwa die objektive Mehrdeutigkeit einer Vertragsbestimmung aus, um sie zur Irreführung geeignet zu machen.

## B. Die «Verwendung» der missbräuchlichen Geschäftsbedingungen

**1. Das unlautere Verhalten, das Art. 8 UWG verpönt, besteht in der «Verwendung» der missbräuchlichen**

<sup>50</sup> Zur Verkehrsübung, auf die eine anwendbare Gesetzesbestimmung verweist, vgl. oben im Text.

<sup>51</sup> *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 550 zu Art. 18 OR.

<sup>52</sup> Hat sich z.B. eine bestimmte Vertragsregelung im Verkehrskreis, dem beide Vertragspartner angehören, als Übung (Ortsübung, Handelsgebrauch usw.) durchgesetzt, die allseitig gehandhabt wird, so spricht dies für die Zweckmässigkeit der Regelung. Ob eine solche Übung besteht, ist eine Tatfrage, bei deren Beantwortung zu beachten bleibt, dass die blosser «Kodifikation» von Vertragsregeln durch Fachkreise oder andere Organisationen noch keine Verkehrsübung begründet (*Merz*, a. a. O., S. 45; *Jäggi/Gauch*, a. a. O., N 402 und 403 zu Art. 18 OR).

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft, BBl 1983 II, S. 1072.

<sup>54</sup> Vgl. Amtliches Bulletin, Ständerat 1986, S. 423; Nationalrat 1986, S. 1252 ff.

<sup>55</sup> Ein Schulbeispiel für «komplizierte» Geschäftsbedingungen bilden die sehr differenzierten Honorartarife, die der SIA in seinen Honorarordnungen festgelegt hat.

<sup>56</sup> Diesbezüglich gilt das gleiche wie für das «täuschende Verhalten», von dem die Generalklausel (Art. 2 UWG) spricht (vgl. Botschaft, BBl 1983 II, S. 1060), obwohl einzelne Votanten im Stände- und Nationalrat den Ausdruck «Täuschungsabsicht» verwendet haben (vgl. Amtliches Bulletin, zit. in Anm. 54).

Geschäftsbedingungen zur Vertragsgestaltung<sup>57</sup>. In diesem Sinne «verwendet» die Geschäftsbedingungen, wer als Vertragspartei deren Übernahme in einen konkreten Vertrag veranlasst, sei es bei Vertragsabschluss oder später<sup>58</sup>, im kaufmännischen Verkehr oder ausserhalb. Verschulden, Böswilligkeit oder Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sind nicht erforderlich. Auch genügt es, dass von den verwendeten Geschäftsbedingungen nur eine einzige «missbräuchlich» ist, obwohl das Gesetz, dessen Terminologie hier übernommen wird, den Ausdruck «Geschäftsbedingung» in der Mehrzahl gebraucht. Hervorzuheben sind die folgenden Einzelpunkte:

**a. Im Sinne des Art. 8 UWG ist *Verwender*** diejenige Partei, auf deren Veranlassung (Initiative) die Übernahme der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» zurückgeht. Das kann der Offerent, der Gegenofferent, aber auch ein Vertragspartner sein, der die Gegenpartei (z.B. als Ausschreiber von Bauarbeiten oder als Versender von Tarifen, Katalogen, Preislisten und dergleichen) bewogen hat, die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» in deren Angebot einzubeziehen. Ob es sich dabei um eine natürliche oder um eine juristische Person (des privaten oder öffentlichen Rechtes) handelt, macht keinen Unterschied.

**b. *Unerheblich*** ist unter dem Gesichtspunkt des Art. 8 UWG aber auch:

- Ob der Vertrag, in den die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» übernommen werden, in dieser oder jener *Form* (z.B. mündlich oder schriftlich) zustandekommt und ob er formbedürftig ist (z.B. der öffentlichen Beurkundung unterliegt) oder nicht.

- Ob der Verwender *als Anbieter oder als Abnehmer* der typischen Vertragsleistung (z.B. als Verkäufer oder als Käufer einer Sache, als Hersteller oder als Besteller eines Werkes) auftritt. Dass es hierauf nicht ankommt, wurde bereits mit der Umschreibung der «benachteiligten Vertragspartei» klargestellt. Beizufügen bleibt, dass der Abnehmer auch dann als Verwender «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» in Frage kommt, wenn er (z.B. als einmaliger Bauherr) in keinem einschlägigen Wettbewerbsverhältnis zu andern steht<sup>59</sup>.

- Ob der Verwender die «*stärkere*» oder «*schwächere*» Partei ist. Auf die wirtschaftliche, intellektuelle oder sonstige Überlegenheit des Verwenders kommt es sowenig an wie darauf, ob er die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» der Gegenpartei geradezu «aufdiktiert» oder nicht<sup>60</sup>. Insbesondere entfällt die Unlauterkeit seines Verhaltens nicht deswegen, weil entbehrliche Leistungsgüter (z.B. Luxusgüter) Gegenstand des Vertrages sind oder es der benachteiligten Partei offen stand, den Vertrag mit andern Partnern und zu angemessenen Konditionen abzuschliessen.

- Ob die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» *vom Verwender selbst* (allenfalls von einer Hilfsperson des Verwenders) oder *von einem Dritten vorformuliert* wurden. Der Verwender, der an der Ausformulierung der Geschäftsbedingungen nicht mitgewirkt hat, untersteht Art. 8 UWG in gleicher Weise wie eine Partei, die

<sup>57</sup> Bei Teilzahlungsgeschäften und Kleinkreditverträgen kann im Einzelfall zugleich der Tatbestand des Art. 3 lit. m UWG erfüllt sein.

<sup>58</sup> Anlässlich einer Vertragsänderung.

<sup>59</sup> Vgl. Botschaft, BBl 1983 II, S. 1038.

<sup>60</sup> Demgegenüber beruht die Botschaft auf der Vorstellung, dass «der eine ... Partner dem andern die Vertragsbedingungen weitgehend «diktiert» (BBl 1983 II, S. 1051).



«eigene» Bedingungen verwendet. Es verhält sich also keineswegs so, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 8 UWG auf Allgemeine Geschäftsbedingungen beschränkt, deren «Festsetzung... durch eine Partei erfolgt» ist<sup>61</sup>. Art. 8 UWG verlangt nicht einmal, dass der Verwender die Geschäftsbedingungen, die er in den Vertrag einbringt, inhaltlich kennt oder versteht.

– Ob der Verwender die Übernahme der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» in dieser oder in jener Form (z. B. durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verweis) veranlasst. Überhaupt kommt es auf die *Modalitäten der Veranlassung* in keiner Weise an. So ist es zum Beispiel gleichgültig, ob der Verwender seinem Verhandlungspartner ausreichende Gelegenheit zum Studium der vorgeschlagenen Geschäftsbedingungen gibt oder ihn mit diesen Geschäftsbedingungen «überumpelt»<sup>62</sup>, indem er damit eine überraschende Abschlusssituation herbeiführt, auf die der andere psychisch nicht vorbereitet ist<sup>63</sup>. Zur Irreführung geeignet müssen nur (aber in jedem Fall) die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein, nicht die Umstände, unter denen die Bedingungen von der Gegenpartei übernommen werden.

**2. Was über die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» ausgeführt wurde, bedarf einer Ergänzung in dreifacher Hinsicht:**

**a.** Die Verwendung der Geschäftsbedingungen besteht dem Gesagten zufolge im Verhalten einer Vertragspartei, durch das sie die Übernahme der Bedingungen (deren Einbezug) in den konkreten Vertrag veranlasst. Wer (eigene oder fremde) Geschäftsbedingungen nur verfasst, herausgibt, veröffentlicht, vertreibt oder sonstwie zur *Verwendung empfiehlt* (ohne sie in einen konkreten Vertrag einzubringen), erfüllt den Tatbestand des Art. 8 UWG schon deshalb nicht, weil er die Bedingungen nicht tatbestandsmässig «verwendet». So sind zum Beispiel die *Herausgabe und der Vertrieb Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Berufs- und andere Verbände* von vornherein keine unlauteren Handlungen im Sinne des Art. 8 UWG, und zwar unabhängig vom Inhalt der Geschäftsbedingungen. Zum gleichen Ergebnis führt auch die Überlegung, dass Art. 8 UWG die Benachteiligung einer Vertragspartei voraussetzt und dass die vorausgesetzte Benachteiligung vom Gesamthalt des konkreten Vertrages abhängt, über den ein Dritter, der Allgemeine Vertragsbedingungen bloss empfiehlt, nicht verfügen kann<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Unrichtig daher: Botschaft, BBl 1983 II, S. 1073; ebenso S. 1051, wo ausserdem angenommen wird, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Anbieter (!) festgelegt werden, obwohl der Verwender nicht notwendigerweise der Anbieter ist.

<sup>62</sup> In der Botschaft dagegen wird das Element der «Überumpelung» stark in den Vordergrund gerückt (vgl. BBl 1983 II, S. 1072). Und richtig ist auch, dass die «Überumpelung», die durch die Vorformulierung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» erleichtert wird, unter lauterkeitsrechtlichen Aspekt besonders bedenklich erscheint (*Kramer*, a. a. O., SJZ 81, 1985, S. 35, *Sticher*, a. a. O., S. 169 ff.). Das alles aber ändert nichts an der Tatsache, dass dieses Element kein Tatbestandselement des Art. 8 UWG bildet.

<sup>63</sup> Vgl. *Sticher*, a. a. O., S. 172.

<sup>64</sup> Der Tatbestand des Art. 8 UWG reicht also nicht aus, um die blosser Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen einzufangen. Doch stellt sich die Frage, ob die Grundsatznorm des Art. 2 UWG zum Tragen kommt, falls empfohlene Bedingungen in irreführender Weise erheblich von Gesetz oder Vertragsnatur abweichen. Die Frage dürfte zu verneinen sein, obwohl Art. 2 UWG

**b.** In der Praxis kommt es häufig vor, dass sich eine Partei zum Vertragsabschluss eines *Abschlussgehilfen* (namentlich eines Vertreters) bedient. Veranlasst ein solcher Abschlussgehilfe die Übernahme «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», welche die Gegenpartei seines Geschäftsherrn benachteiligen, so stellt sich die Frage, auf wen Art. 8 UWG zur Anwendung gelangt.

– Sicher ist zunächst, dass die Partei (z. B. eine Bauherrschaft), die den Abschlussgehilfen (z. B. einen Architekten) beizog, dessen Verhalten unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbsrechtlichen Abwehrklagen (Art. 9 Abs. 1 und 2 / Art. 10 UWG) zu vertreten hat. Das Verhalten des Abschlussgehilfen wird ihr als eigenes Verhalten zugerechnet, weshalb sie als Verwender der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» gilt, und zwar unabhängig davon, durch wen die Bedingungen redigiert wurden. Diese Rechtslage ergibt sich aus Art. 11 UWG, wonach «der Geschäftsherr für Handlungen seiner Hilfskräfte» die gesetzlichen Abwehrrsprüche des Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG «gegen sich gelten lassen» muss<sup>65</sup>.

– Wie aber verhält es sich mit dem Abschlussgehilfen, der die Übernahme der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» in den «fremden» Vertrag veranlasst? Erfüllt er selbst den Tatbestand des Art. 8 UWG? Mit Rücksicht darauf, dass die Übernahme der verpönten Geschäftsbedingungen auf sein Verhalten zurückgeht, läge es nahe, die Frage zu bejahen.

Dennoch ist die Frage zu verneinen, wenn man auf das bisher Gesagte abstellt, wonach Verwender im Sinne des Art. 8 UWG eine Vertragspartei ist. Dieser enge (mit der Parteieigenschaft gekoppelte) Verwenderbegriff liegt auch den nachfolgenden Ausführungen zugrunde. Ob und unter welchen Voraussetzungen es sich rechtfertigen könnte, den Begriff des Verwenders auf Abschlussgehilfen auszudehnen, ist eine Frage, die hier offen bleiben mag. Der Wortlaut des Art. 8 UWG stände einer solchen Ausdehnung nicht im Weg<sup>66</sup>.

**c.** Dass Allgemeine Vertragsbedingungen von dritter Seite ausformuliert wurden, vermag die Anwendung des Art. 8 UWG zwar nicht auszuschliessen. Schwierigkeiten aber bereitet der mögliche *Fall, da die Übernahme solcher Bedingungen* (z. B. der SIA-Ordnung 102) *dem vorvertraglichen Verständnis beider Parteien entspricht*, so dass der Vorschlag (die Initiative) zur Übernahme von beiden Parteien ausgeht oder es nur vom Gang der Vertragsverhandlungen (eventuell vom Zufall) abhängt, wer die Übernahme zuerst vorschlägt<sup>67</sup>. In diesem Fall dürfte es zu weit gehen, der

«auch wettbewerbsrechtliche Handlungen Dritter» einfängt, welche «nicht unmittelbar – als Wettbewerber oder Kunden – in das Spiel der Konkurrenz eingreifen» (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1060). Denn durch die Empfehlung solcher Bedingungen werden die wirtschaftlichen Interessen der Marktparteien erst latent gefährdet, was nach der Wertung des Gesetzgebers, die in die Tatbestandsbeschreibung des Art. 8 UWG eingeflossen ist, für die Annahme einer unlauteren Handlung offensichtlich nicht genügt. Wollte man anders entscheiden, wäre es erforderlich, zumindest den Kreis der unlauteren Handlungen einzuengen und z. B. wissenschaftliche Publikationen davon auszunehmen.

<sup>65</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1079.

<sup>66</sup> Doch kann der Wortlaut allein nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr sind auch die Rechtsfolgen (z. B. die Schadenersatzfolgen nach Art. 9 Abs. 3 UWG) mitzuberücksichtigen, die den Abschlussgehilfen treffen, falls er den Tatbestand des Art. 8 UWG selbst erfüllt.

<sup>67</sup> *Gauch/Schlupe*, 4. Aufl., Nr. 898; *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O., S. 76 f.

einen oder andern Partei eine unlautere Handlung anzulasten, falls ihr Vertragspartner durch übernommene Bedingungen benachteiligt wird. Ein Wettbewerbschutz, der im Grundsatz von Treu und Glauben gründet (Art. 2 UWG), ist nicht am Platz, wenn schon der Vorschlag zur Übernahme dem eigenen Willen des Benachteiligten entspricht.

### III. Die Vertragsgeltung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»

Die neue Gesetzesvorschrift des Art. 8 UWG hat gewiss den Vorteil, dass sie an das Sanktionensystem des UWG anknüpft<sup>68</sup>. Doch dient sie als Bestandteil des UWG nur (aber immerhin) dem wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsschutz (Art. 1 UWG) und vermag deshalb eine umfassende Gesetzgebung zur Kontrolle Allgemeiner Vertragsbedingungen nicht zu ersetzen<sup>69</sup>. Das gilt um so mehr, als schon die Frage, welche Auswirkung Art. 8 UWG auf die Vertragsgeltung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» hat, zu Schwierigkeiten führt.

**1.** Sicher ist zwar, dass derjenige, der «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» verwendet, unlauter (Art. 8 UWG) und deshalb widerrechtlich (Art. 2 UWG) handelt. Das allein aber bildet noch keinen Grund, um den betreffenden Vertragsbedingungen, wenn sie in einen konkreten Vertrag übernommen werden, die *Geltung nach Obligationenrecht* zu versagen<sup>70</sup>. Insbesondere ist eine für den Vertragspartner des Verwenders nachteilige Vertragsabrede nicht schon deshalb nichtig, weil sie durch die Übernahme «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» vereinbart wurde. Denn:

– Der Verstoss gegen Art. 8 UWG begründet (trotz der gegebenen Widerrechtlichkeit) *keinen Inhaltsmangel im Sinne des Art. 20 OR*<sup>71</sup>. Unlauter und widerrechtlich nach Art. 8 UWG ist nämlich nicht die Vereinbarung eines von Gesetz oder Vertragsnatur erheblich abweichenden Vertragsinhaltes, der eine Vertragspartei benachteiligt, sondern die Vereinbarung eines solchen Inhalts unter Verwendung Allgemeiner und zur Irreführung geeigneter Geschäftsbedingungen. Die Widerrechtlichkeit beschlägt also

<sup>68</sup> *Kramer*, a. a. O., SJZ 81, 1985, S. 35.

<sup>69</sup> Dennoch hielt es die vorbereitende Expertenkommission «für angezeigt, zunächst einmal diese... Lösungsvariante» (Art. 8 UWG) «weiterzuverfolgen und ihr die Chance zur Bewährung in der Praxis einzuräumen, bevor eine umfangreiche Spezialgesetzgebung nach deutschem Muster oder eine besondere Revision des Obligationenrechts in Betracht gezogen werde» (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1027). Das entspricht auch der Intention des Bundesrates (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1053), der es «nach wie vor nicht für erwiesen» hält, «dass das Problem missbräuchlicher oder unkorrekter Vertragsklauseln nur mit einer aufwendigen Spezialregelung oder eingreifenden Änderungen des Vertragsrechts zu bewältigen ist» (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1052).

<sup>70</sup> Anders: *Kramer*, a. a. O., SJZ 81, 1985, S. 36 f.

<sup>71</sup> Nach Art. 20 OR ist «ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ... nichtig» (Abs. 1). «Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre» (Abs. 2).

nicht den Vertragsinhalt oder dessen Vereinbarung<sup>72</sup>, sondern einzig die *Art und Weise*, wie die Vereinbarung des für eine Partei nachteiligen Inhaltes zustandekommt. Damit aber befasst sich Art. 20 OR so wenig wie zum Beispiel mit der rechts- oder sittenwidrigen Einwirkung auf den Erfolg einer Versteigerung (Art. 230 OR) oder mit dem Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 OR), bei dem das Zustandekommen des Vertrages sittenwidrig ist<sup>73</sup>.

– An der umschriebenen Rechtslage vermag auch der Ausdruck «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» nichts zu ändern. Vielmehr hätte der Gesetzgeber, um den Unlauterkeitstatbestand des Art. 8 UWG durch Nichtigkeit der nachteiligen Abreden zu sanktionieren, die Nichtigkeitsfolge in einer *Spezialnorm* anordnen müssen. Nachdem dies unterlassen wurde, geht es nicht an, das vielleicht wünschbare Ergebnis (für das sich nicht einmal die bundesrätliche Botschaft ausspricht<sup>74</sup>) durch eine extensivsinnsüberschreitende Auslegung des Art. 20 OR doch noch zu erreichen.

**2.** Das Gesagte bedeutet indes nicht, dass der Vertragspartner des Verwenders, wenn er durch die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» benachteiligt wird, schutzlos ist. Vielmehr kommt er, wie es der wettbewerbsrechtlichen Natur des Art. 8 UWG und dessen Eingliederung in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb entspricht, «in den Genuss des Lauterkeitsschutzes»<sup>75</sup>. Er hat die Rechtsbehelfe des UWG, dem Art. 8 zugehört.

Insbesondere kann der Benachteiligte dem Richter beantragen, die «Verletzung» seiner wirtschaftlichen Interessen «zu beseitigen» (Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG). Diese *wettbewerbsrechtliche Beseitigungsklage* (Art. 9 Abs. 1 lit. b)<sup>76</sup> ist im Zusammenhang mit Art. 8 UWG eine *Anfechtungsklage*. Sie richtet sich auf Ungültigkeitserklärung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen», da sich die Verletzung der wirtschaftlichen Interessen, die eine Vertragspartei durch Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» erleidet, im vereinbarten Vertragsinhalt auswirkt und insofern fortbesteht. Ist die Klage erfolgreich, was kein Verschulden des Verwenders voraussetzt, so wird die Geltung der vorformulierten Vertragsbestimmungen, die zum Nachteil des Klägers verwendet wurden, durch Richterspruch (ex tunc) aufgehoben<sup>77</sup>. Darin liegt ein

<sup>72</sup> Vgl. *Gauch/Schlupe*, 4. Aufl., Nr. 501 f., wonach Art. 20 OR Fälle erfasst, in denen der vereinbarte Inhalt (das «Vereinbarte») oder die Vereinbarung eines solchen Inhaltes widerrechtlich ist.

<sup>73</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Sack*, Betriebsberater, Beilage 2, 1987, S. 26; *derselbe*, Unlauterer Wettbewerb und Folgevertrag, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1974, S. 446.

<sup>74</sup> Im Gegenteil wollte der Bundesrat keine «eingreifenden Änderungen des Vertragsrechts» (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1052). Vielmehr hielt er es «für angezeigt», das Problem der AGB «zunächst einmal... im Zusammenspiel mit dem verbesserten prozessualen Instrumentarium» des UWG zu lösen und «die Erfolgsaussichten zusätzlicher gesetzlicher Massnahmen – etwa im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts – erst zu prüfen, wenn diese Lösungsvariante, verbunden mit dem «vorgesehenen Ausbau zwingender Normen in besonders empfindlichen Gebieten», keine «ausreichende Verbesserung der Situation» bringen sollte (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1053).

<sup>75</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1053.

<sup>76</sup> Zum Gerichtsstand und Verfahren vgl. Art. 12 ff. UWG.

<sup>77</sup> Für die daraus entstehende Rechtslage gilt das gleiche wie im Fall, da ein Nichtigkeitsmangel «bloss einzelne Teile des Vertrages» betrifft. Art. 20 Abs. 2 OR und die Regeln über die «modifizierte» Teilnichtigkeit kommen sinngemäss zur Anwendung (vgl. dazu *Gauch/Schlupe*, 4. Aufl., Nr. 534 ff.; grundlegend: *Hürli-*



rechtswesentlicher Unterschied zur Nichtigkeit einer Vertragsabrede, die von vornherein besteht und die der Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen hat. Beizufügen sind die folgenden Punkte:

- Durch Art. 8 UWG soll «eine wirksamere Überprüfung der Gültigkeit und Angemessenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten» (!) ermöglicht werden<sup>78</sup>. Dieser Zweckvorstellung entspricht die wettbewerbsrechtliche Beseitigungsklage, die der benachteiligten Vertragspartei eine gerichtliche Anfechtung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» gestattet. Wer die Klage erhebt, kann auch verlangen, dass «das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird» (Art. 9 Abs. 2 UWG), was im Sinne eines über die Individualsphäre hinausgreifenden Wettbewerbsschutzes liegt.
- Die Beseitigungsklage ist nicht nur ein Angriffsmittel, sondern dient auch zur Verteidigung im Prozess, zur Abwehr von Begehren, die der Verwender auf die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» stützt. Sie hat den Vorteil, dass sie (im Unterschied zur Vertragsanfechtung nach Art. 21 und 31 OR) keiner gesetzlichen Verwirkungsfrist unterliegt. Darüber hinaus hat das revidierte UWG auf besondere Verjährungsvorschriften verzichtet, weil die Klage unverjährbar sei<sup>79</sup>. Doch ist zu beachten:
- Bei ungebührlichem Zögern mit der Klageanhebung dürfte es sich rechtfertigen, die Klagebefugnis des Säumigen in der Weise zu beschränken, dass er die Ungültigerklärung der beanstandeten Geschäftsbedingungen nur für die Zukunft (statt ex tunc) beantragen kann<sup>80</sup>. In jedem Fall aber untersteht die Beseitigungsklage dem Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>81</sup>. Und eine benachteiligte Partei, welche die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» durch nachträgliche Individualabrede (trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit) bestätigt, verliert dadurch ihr Klagerecht<sup>82</sup>.
- «Gedanklich» erübrigt sich eine Beseitigungsklage, falls die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» schon aus einem andern Grunde (ursprünglich) unwirksam sind, weil sie zum Beispiel zwingendes Gesetzesrecht verletzen oder an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern. Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Unwirksamkeit einer Vertragsabrede deren An-

mann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, S. 47 ff. und S. 74 ff.). Enthält z. B. das Gesetz eine anwendbare Regelung, so treten die einschlägigen Gesetzesvorschriften an die Stelle der ungültig erklärten Vertragsbedingungen. In den Schranken der Privatautonomie steht es den Parteien aber frei, die eingetretene Rechtslage durch Vereinbarung zu modifizieren. Fraglich ist nur, ob und inwieweit die Parteien schon zum Voraus (z. B. durch Vereinbarung von «salvatorischen Klauseln» oder andern Ersatzregeln) bestimmen können, was bei Ungültigerklärung einzelner Vertragsbedingungen zwischen ihnen gelten soll. Unwirksam ist sicher die zum Voraus getroffene Abrede, dass eine Vertragsbedingung trotz richterlicher Ungültigerklärung wirksam bleibt.

<sup>78</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1053.

<sup>79</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1057.

<sup>80</sup> Vgl. Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band 2, Bern 1975, S. 1001.

<sup>81</sup> Rechtsmissbräuchlich (weil widersprüchlich) handelt z. B., wer die Klage erst erhebt, nachdem er sich in Kenntnis der übernommenen Nachteile auf die Abwicklung des abgeschlossenen Vertrages eingelassen hat, obwohl ihm die Klagemöglichkeit bekannt und ihm eine Klageerhebung schon damals zumutbar war. Hingegen macht der blosse Umstand, dass der Kläger die «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» im Bewusstsein der daraus entstehenden Nachteile übernahm, die Beseitigungsklage nach dem Schutzzweck des Art. 8 UWG (Schutz des unverfälschten Wettbewerbs) nicht rechtsmissbräuchlich. Anders wäre höchstens zu entscheiden, wenn der Benachteiligte den Vertrag schon mit dem Willen zur spätern Klageerhebung abschloss und es ihm bekannt war, dass er bei gleichwertigen Konkurrenten des Verwenders zu ordentlichen Bedingungen kontrahieren könnte.

<sup>82</sup> Vgl. sinngemäss Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., S. 370.

fechtung nicht ausschliesst<sup>83</sup>, bleibt es dem Benachteiligten unbenommen, die Beseitigungsklage trotz der Unwirksamkeit zu erheben, was dem Richter (bei gegebener Prozesslage) die Möglichkeit gibt, aus verschiedenen Gründen auf Ungültigkeit der Abrede zu erkennen. Praktische Bedeutung hat ein solches Vorgehen dann, wenn nicht von vornherein zweifelsfrei feststeht, dass eine vorformulierte Vertragsbedingung zum Beispiel «ungewöhnlich» oder sonst unwirksam ist; oder wenn der Kläger nach Art. 9 Abs. 2 UWG verlangen will, dass das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

3. Richterliche Ungültigerklärung und ursprüngliche Unwirksamkeit der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» schliessen nicht aus, dass der Vertragspartner, zu dessen Nachteil die Bedingungen verwendet wurden, geschädigt ist. Trifft dies zu, so kann der Geschädigte seine Gegenpartei «nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz verklagen (Art. 9 Abs. 3 UWG)<sup>84</sup>. In Frage kommt ein Schadenersatzanspruch aus Delikt (Art. 41 ff. OR) oder aus «culpa in contrahendo», da die Gegenpartei durch die unlautere Verwendung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» nicht nur widerrechtlich (Art. 41 Abs. 1 OR) gehandelt, sondern auch gegen die vorvertragliche Treuepflicht (gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Verhandlungspartner) verstossen hat<sup>85</sup>. Sind sämtliche Haftungsvoraussetzungen (z. B. auch hinsichtlich des Verschuldens) erfüllt<sup>86</sup>, muss die geschädigte Partei vom Verwender so gestellt werden, wie wenn sie sich nie auf die Übernahme der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» eingelassen hätte<sup>87</sup>.

Aber auch dann, wenn der Benachteiligte die Beseitigungsklage unterlassen und damit die Geltung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» in Kauf genommen hat, kann sich eine Ersatzpflicht des Verwenders (aus Delikt oder «culpa in contrahendo») rechtfertigen (vgl. sinngemäss Art. 31 Abs. 3 OR). Im Vordergrund steht der Fall, da dem Geschädigten die Klageerhebung nicht zuzumuten war, weil dies für ihn nach den gegebenen Umständen (z. B. mit Rücksicht auf bereits gemachte Aufwendungen) grössere Nachteile als die Einhaltung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» gebracht hätte<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 547; grundlegend: Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, in FS Martitz, Berlin 1911, S. 224 f.; vgl. auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Auflage, Berlin 1979, S. 566 f., wonach dieser Standpunkt «heute allgemein anerkannt» ist.

<sup>84</sup> Zu den «Schadenersatzpflichten als Folge der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen» siehe im allgemeinen: Brandner, in Festschrift Oppenhoff, München 1985, S. 11 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 720.

<sup>86</sup> Die Deliktshaftung für Abschlussgehilfen richtet sich nach Art. 55 OR, während bei der Culpa-Haftung Art. 101 OR zur Anwendung kommt (Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 725). Dagegen befasst sich Art. 11 UWG («Klagen gegen den Geschäftsherrn») weder mit dieser noch mit jener Schadenersatzhaftung.

<sup>87</sup> An der umschriebenen Delikts- und Culpa-Haftung des Verwenders würde sich nichts ändern, wenn der Unlauterkeitstatbestand des Art. 8 UWG die Wichtigkeit der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» nach Art. 20 OR zur Folge hätte.

<sup>88</sup> Vgl. sinngemäss Gauch/Schlupe, 4. Aufl., Nr. 656; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 196.

#### IV. Das Klagerecht der Verbände und Konsumentenorganisationen

1. Die neue Bestimmung des Art. 8 UWG hat, wie gesagt, den Vorteil, dass sie an das Sanktionensystem des UWG anknüpft. Dazu gehört auch das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände<sup>89</sup> sowie der Konsumentenorganisationen<sup>90</sup>, das in Art. 10 Abs. 2 UWG geordnet ist. Diese Verbände oder Organisationen sind (bei gegebener Rechtsfähigkeit<sup>91</sup>) gesetzlich legitimiert, die wirtschaftlichen Interessen der Marktparteien gegen Verletzung durch unlauteren Wettbewerb zu schützen. Sie können im eigenen Namen auf Unterlassung einer drohenden oder auf Beseitigung einer bestehenden Verletzung klagen, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung feststellen lassen und «insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird» (Art. 10 Abs. 2 / Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG)<sup>92</sup>.

2. Das umschriebene Klagerecht der Verbände und Konsumentenorganisationen setzt nicht voraus, dass eigene Wirtschaftsinteressen des Klägers bedroht oder verletzt sind oder dass der Bedrohte oder Verletzte selber klagt. Die Klage richtet sich gegen unlauteren Wettbewerb jedwelcher Art, auch gegen die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Art. 8 UWG)<sup>93</sup>. Bei der Anwendung auf den Unlauterkeitstatbestand des Art. 8 UWG ergeben sich jedoch praktische Schwierigkeiten, auf die hier nicht im einzelnen eingetreten wird. Hingewiesen sei nur auf das folgende:

a. Passivlegitimiert ist, wer unlauteren Wettbewerb begeht. Nach Art. 8 UWG ist dies einzig, wer «missbräuchliche Geschäftsbedingungen» zur Übernahme in (mindestens) einen konkreten Vertrag «verwendet». Nur er kann von den Verbänden und Organisationen verklagt werden, also nicht, wer Allgemeine Vertragsbedingungen zur Verwendung im rechtsgeschäftlichen Verkehr bloss empfiehlt, indem er sie zum Beispiel herausgibt und vertreibt. Schon durch diese Einschränkung wird die Wirksamkeit des Klagerechts, das

<sup>89</sup> Gemeint sind «Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind» (Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG).

<sup>90</sup> Gemeint sind «Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen» (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG; vgl. darüber Botschaft, BBl 1983 II, S. 1078).

<sup>91</sup> Auf die Rechtsform der Verbände oder Organisationen kommt es hingegen nicht an. Klageberechtigt ist z. B. auch eine Konsumentenorganisation in Form einer Stiftung (Botschaft, BBl 1983 II, S. 1078).

<sup>92</sup> Zum Gerichtsstand und zum Verfahren siehe Art. 12 ff. UWG. Was die Schadenersatz-, Genugtuungs- und Herausgabeansprüche nach Art. 9 Abs. 3 UWG betrifft, so bleiben sie den Verbänden und Organisationen verschlossen.

<sup>93</sup> Von den strafrechtlichen Sanktionen, die das Gesetz für unlauteren Wettbewerb vorsieht (Art. 23 ff. UWG), bleibt die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Art. 8 UWG) hingegen ausgeklammert.

Art. 10 Abs. 2 UWG den Verbänden und Organisationen einräumt, erheblich geschmälert<sup>94</sup>.

b. Dazu kommt, dass Verbände und Organisationen, die ihre Klagebefugnis ausüben wollen, im Rahmen des Art. 8 UWG gezwungen sind, die Verwendung der beanstandeten Geschäftsbedingungen für mindestens einen konkreten Vertrag nachzuweisen, da sie zur unlauteren Handlung gehört. Gelingt der Nachweis, so ist zu entscheiden, ob die restlichen Tatbestandsmerkmale des Art. 8 UWG ebenfalls erfüllt sind<sup>95</sup>. Für diesen Entscheid kann sich der angerufene Richter nicht auf eine abstrakte Prüfung der beanstandeten Geschäftsbedingungen beschränken. Vielmehr muss er den übrigen Vertragsinhalt in die Würdigung einbeziehen, soweit der Verwender die tatbestandsmässige Benachteiligung des Vertragspartners mit einer vorgehenden Vertragsabrede oder mit ausgleichenden Vertragsvorteilen bestreitet<sup>96</sup>. Bei einem Verstoss gegen zwingendes Recht, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten ist der Einwand ausgleichender Vorteile jedoch von vornherein ausgeschlossen, da ein solcher Verstoss (wie bereits gesagt) sich nicht «kompensieren» lässt.

c. Ist der Tatbestand des Art. 8 UWG erfüllt, so kann der angerufene Richter auf entsprechende Verbands- oder Organisationsklage hin (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG):

- dem Beklagten «eine drohende Verletzung... verbieten», indem er ihm, falls eine Wiederholungsgefahr besteht<sup>97</sup>, die unlautere Weiterverwendung der kritischen Geschäftsverbindungen untersagt<sup>98</sup>;
- «die Widerrechtlichkeit» der Verletzung feststellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt», weil der Beklagte zum Beispiel fortfährt, die kritischen Geschäftsbedingungen zum Nachteil seiner Vertragspartner zu verwenden, oder nicht davon ablässt, sich auf «missbräuchliche Geschäftsbedingungen», die bereits vereinbart wurden, zu berufen;

<sup>94</sup> Die Einschränkung würde entfallen, wenn man die Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die in irreführender Weise erheblich von Gesetz oder Vertragsnatur abweichen, mit der Generalklausel des Art. 2 UWG erfassen könnte (vgl. dazu aber Anm. 64).

<sup>95</sup> Art. 9 Abs. 1 UWG lässt es zwar (im Hinblick auf die Unterlassungsklage) genügen, dass wirtschaftliche Interessen nur bedroht werden. Die Bedrohung muss ihren Grund aber in «unlauterem Wettbewerb» haben, was voraussetzt, dass der Unlauterkeitstatbestand erfüllt ist.

<sup>96</sup> Für solche Abreden und Vorteile trägt der Verwender die Behauptungs- und Beweislast.

<sup>97</sup> An das Erfordernis der Wiederholungsgefahr, ohne die es an einer «drohenden Verletzung» fehlt, sind nur geringe Anforderungen zu stellen. Die Gefahr der wiederholten Verwendung ist bei Geschäftsbedingungen, die der Verwender selber (für eine Vielzahl von Verträgen!) vorformuliert hat, ohne weiteres zu bejahen, wenn sich aus den Umständen (namentlich aus dem Verhalten des Verwenders) nicht etwas anders ergibt (vgl. Baumbach/Hefenmehl, 14. Aufl., Einleitung vor § 1 UWG, Nr. 250).

<sup>98</sup> Gegen das richterliche Verbot verstösst der Beklagte dann, wenn er durch Verwendung der betreffenden Geschäftsbedingungen erneut eine unlautere Handlung begeht, was voraussetzt, dass wiederum sämtliche Tatbestandselemente des Art. 8 UWG (z. B. auch das Element der Benachteiligung) erfüllt sind.



– anordnen, dass «das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird».

d. Dagegen bedarf es einer Beseitigungsklage der benachteiligten Vertragspartei, damit der Richter «missbräuchliche Geschäftsbedingungen», die für einen konkreten Vertrag verwendet wurden, ungültig erklären kann. *Der Benachteiligte bleibt «Herr» seines Vertrages.* Die Verbände oder Konsumentenorganisationen sind nicht legitimiert, in diesen (für sie «fremden») Vertrag dadurch einzugreifen, dass sie in eigenem Namen auf richterliche Ungültigerklärung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen» klagen<sup>99</sup>. Eben- sowenig können sie vom Richter verlangen, dass er dem Verwender untersagt, sich gegenüber seinem Vertragspartner weiterhin auf die vereinbarten («missbräuchlichen») Geschäftsbedingungen zu berufen.

## V. Schlussbemerkung

1. Von den **zahlreichen Rechtsfragen**, die sich im Zusammenhang mit der Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» stellen, wurden vorstehend nur einige wenige behandelt. Viele der behandelten Fragen (z. B. jene nach der Vertragsgeltung der «missbräuchlichen Geschäftsbedingungen») werden sich zweifellos zu kontroversen Streitfragen entwickeln. Andere Fragen wiederum sind offen. Sie betreffen zum Beispiel die Anwendung des Art. 8 UWG auf öffentlich-rechtliche Verträge, die Klagebefugnis der Kunden nach Art. 10 Abs. 1 UWG, die vorsorglichen Massnahmen (Art. 14 UWG) und den Fall, da Allgemeine Bedingungen (z. B. vorformulierte Submissionsbedingungen) nicht zur Vertragsgestaltung, sondern zur Regelung des vorvertraglichen Verhandlungsverhältnisses (z. B. des Submissionsverhältnisses) verwendet werden. Für den zuletzt genannten (häufigen) Fall, der in Art. 8 UWG vernachlässigt wird, fragt es sich,

ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 8 UWG sinngemäss zur Anwendung kommt.

2. Trotz aller Fragen, die Art. 8 UWG aufwirft, ist die neue Gesetzesbestimmung grundsätzlich zu begrüssen. Zwar vermag sie (wie schon erwähnt) eine umfassende Gesetzgebung zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht zu ersetzen. Auch melden sich Zweifel, ob «eine Regelung der AGB im UWG» tatsächlich so «naheliegend» ist, wie in der Botschaft des Bundesrates<sup>100</sup> (ohne zwingende Begründung) behauptet wird<sup>101</sup>. «Näherliegend» wäre es, die notwendige Regelung im OR zu treffen. Das aber ändert nichts an der Tatsache, dass Art. 8 UWG (im Rahmen des politisch Möglichen) **ein Schritt in die richtige Richtung** ist<sup>102</sup>. Wie sich dieser Schritt auf die Vertragspraxis auswirken wird, muss die Zukunft weisen. Ein Dreifaches aber steht jetzt schon fest: *a.* Die schweizerischen Gerichte stehen vor einer schweren Aufgabe; denn ihnen obliegt es (in Zusammenarbeit mit der Rechtswissenschaft), den allgemein formulierten Art. 8 UWG zu konkretisieren. *b.* Die Allgemeinen Vertragsbedingungen, die im Bauwesen zu Hauf verwendet werden (auch jene der öffentlichen Hand), gehen unsicheren Zeiten entgegen; die Rechtsunsicherheit wird so lange dauern, bis sich eine gefestigte Rechtsprechung zu Art. 8 UWG herausgebildet hat, was viele Jahre in Anspruch nimmt. *c.* Als wichtigster Herausgeber Allgemeiner Baubedingungen muss jetzt der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein mit höchster Sorgfalt auf eine inhaltlich ausgewogene Gestaltung seiner Baubedingungen achten. Durch Art. 8 UWG ist er aufgerufen, auch eingeführte Baubedingungen (z. B. die unlängst revidierten Honorarordnungen) einer kritischen Nachprüfung zu unterziehen. Das alles schuldet der SIA sich selbst, vor allem aber den zahllosen Baubeteiligten, die seine Baubedingungen im Alltag verwenden.

<sup>99</sup> Im Rahmen der anwendbaren Prozessordnung ist allerdings möglich, dass ein Verband oder eine Organisation die Beseitigungsklage als bevollmächtigter Vertreter und damit im Namen des Benachteiligten erhebt.

<sup>100</sup> Botschaft, BBl 1983 II, S. 1053.

<sup>101</sup> Zur diesbezüglichen Kontroverse vgl. *Kramer*, a. a. O., SJZ 81, 1985, S. 34f.

<sup>102</sup> *Kramer*, a. a. O., SJZ 81, 1985, S. 39.

Ende Oktober erscheint:

## Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil

ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht

Gemeinsames Lehrmittel der Professoren **Peter Gauch** (Universität Freiburg) und **Walter R. Schlupe** (Universität Zürich)

4., ergänzte, verbesserte und nachgeführte Auflage 1987  
Zwei Bände, XXXVII, 656 Seiten, A4, broschiiert, zirka Fr. 80.–

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich