

SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2013

---

**Das Bankkonto**  
**Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz**

**Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung**

Prof. Dr. Thomas Koller

Susan Emmenegger (Hrsg.)  
Institut für Bankrecht  
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-3430-0

Basel 2013



# Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung

Thomas Koller, Bern\*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	19
Materialien.....	21
I. Einleitung .....	22
1. AGB und Banken: Die siamesischen Zwillinge.....	22
2. Die Mühe der Banken und der Wirtschaftsjuristen im Umgang mit AGB.....	23
3. Die Beschränkung des Themas dieses Beitrages.....	25
II. Der revidierte Art. 8 UWG im Überblick.....	26
1. Das Fehlen einer wirksamen offenen Inhaltskontrolle im bisherigen Recht.....	26
2. Die Stossrichtung der Revision von Art. 8 UWG.....	28
3. Der neue Art. 8 UWG im internationalen Vergleich .....	29
III. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG .....	31
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	32
2. Was sind Konsumentinnen und Konsumenten?.....	33
a) In der herrschenden Lehre anerkannte Elemente des Konsumentenvertrages .....	34

---

\* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern.  
Ich danke unserer Hilfsassistentin Frau Sladjana Rmandic, BLaw, für die Mithilfe bei den Recherchen und bei der Vorbereitung des Vortrages sowie meiner Assistentin Frau lic.iur. Eylem Demir, meiner Assistentin Frau lic.iur. Esther Scheitlin, Rechtsanwältin, und meinem Assistenten Herrn David Jost, MLaw, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 22. Mai 2013 abgeschlossen; der Basler Kommentar zum UWG, dessen Erscheinen auf Sommer 2013 angekündigt war, ist daher in diesem Beitrag nicht berücksichtigt.

b)	Das umstrittene Element der «Leistungen des üblichen Verbrauchs» .....	36
c)	Beispiele aus dem Bankrecht .....	37
IV.	Der Tatbestand von Art. 8 UWG.....	38
1.	Das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien .....	40
2.	Die Erheblichkeit des Missverhältnisses .....	43
3.	Das «ungerechtfertigte» Missverhältnis .....	45
4.	In Treu und Glauben verletzender Weise .....	46
a)	Der Grundsatz der Fairness als Beurteilungsmassstab .....	46
b)	Die treuhandähnliche Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite.....	47
c)	Einzelfallbezogene oder generalisierende Betrachtungsweise? ....	49
d)	Konkretisierung anhand von Fallgruppen? .....	51
5.	Beispiele aus der Bankpraxis.....	52
a)	Risikotragung bei Legitimationsmängeln .....	52
b)	Genehmigungsklauseln.....	55
c)	Änderungsvorbehalte.....	58
d)	Vorzeitige Kündigung einer Festhypothek.....	61
e)	Fazit .....	63
V.	Die Rechtsfolgen bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG.....	64
1.	Vertragsrechtliche Rechtsfolgen .....	64
2.	Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen .....	68
a)	Die UWG-Klagen im Allgemeinen .....	68
b)	Das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes im Besondern.....	69
c)	Die Tragweite dieser abstrakten AGB-Kontrolle bzw. Generalkontrolle.....	71
d)	Ausblick .....	75
3.	Aufsichtsrechtliche Rechtsfolgen .....	76
4.	Strafrechtliche Rechtsfolgen.....	77
VI.	Übergangsrecht.....	78
VII.	Schluss.....	80

## Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 22. Mai 2013.

- BAHAR RASHID, *Conditions générales: A Time for Change*, in: Luc Thévenoz et Christian Bovet (éd.), *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, Zürich 2012, S. 99 ff.
- BASEDOW JÜRGEN, Kommentierung der §§ 305 und 310 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2012 (zit. *MK-BASEDOW*).
- BIERI LAURENT, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, S. 47 ff.
- BOPP LUKAS/BESSENIH BALTHASAR, Art. 89 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Teil 1, 2. Aufl., Zürich 2013.
- BRUNNER ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der *Verbandsklage*, in: Stephan Fuhrer/Stephan Weber (Hrsg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?*, Zürich 2011, S. 141 ff.
- BUCHER EUGEN, *Wer haftet wem?*, Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen (Urteilsanmerkung zu BGE 108 II 315 und 109 II 116), in: *recht* 1984, S. 97 ff.
- BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – *Anmerkungen zum intertemporalen Recht*, in: *recht* 2012, S. 86 ff.
- BÜYÜKSAGIS ERDEM, *La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées ?*, in: *AJP* 2012, S. 1393 ff.
- DUPONT ANNE-SYLVE, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: François Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, S. 99 ff.
- FORNAGE ANNE-CHRISTINE, *La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, Étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, Berne u. a. 2011.
- FURRER ANDREAS, *Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?*, in: *HAVE – Haftung und Versicherung* 2011, S. 324 ff.
- GAUCH PETER, *Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Bankhaftungsrecht*, Schweizerische Bankrechtstagung 2006, Basel 2006, S. 195 ff.
- *Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG*, *BR* 1987, S. 51 ff.
- HAHN ANNE-CATHERINE, Art. 89 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, *AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung*, in: *AJP* 2012, S. 1188 ff.

- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das *Kuckucksei* im UWG, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- HÜNERWADEL ANDREAS/HOFBAUER SIMONE, *Erhöhte Anforderungen an AGB* mit Konsumenten, in: Wenger & Vieli Rechtsanwälte, Spotlight Mai 2012.
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE, Art. 10 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern 2010.
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, *Eckpunkte* der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, in: recht 2012, S. 80 ff.
- KOLLER THOMAS, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer *Deckungsausschlussklausel* in der Betriebshaftpflichtversicherung, in: recht 1999, S. 43 ff.
- Einmal mehr: das Bundesgericht und seine *verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*, in: AJP 2008, S. 943 ff.
- KOLLER-TUMLER MARLIS, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Zur Entstehung eines neuen Rechtsbegriffs, Bern 1995.
- Einführung in die *Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes*, SPR Band X, Basel 2008.
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die *UWG-Revision* vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter vom 20. Februar 2012.
- MARCHAND SYLVAIN, *Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries*, in: HAVE – Haftung und Versicherung 2011, S. 328 ff.
- MARTIN CÉLINE A., *Die AGB der Schweizer Banken*, in: Matti Hauer u.a. (Hrsg.), *Macht im Zivilrecht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012, Stuttgart 2013 (erscheint demnächst).
- OBERHAMMER PAUL, Art. 89 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010.
- PICHONNAZ PASCAL, *Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence*, in: plaidoyer 5/11, S. 34 ff.
- *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: BR 2012, S. 140 ff.
- PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD, Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, in: SJZ 2010, S. 285 ff.
- RÜETSCHI DAVID, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, Ein kasuistischer Lösungsansatz, in: recht 2013, S. 101 ff.
- RUSCH ARNOLD F., *Schadenabwälzungsklauseln* in der Inhaltskontrolle, in: SZW 2012, S. 439 ff.
- *Bankgebühren* vor der Inhaltskontrolle, in: recht 2011, S. 170 ff.
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, *Einseitige Änderungsrechte* in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, in: SZW 2008, S. 37 ff.
- SCHMID JÖRG, Die *Inhaltskontrolle* Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 2012, S. 1 ff.
- *Grundpfandrechte* und der neue Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Immobilienfinanzierung*, Schweizerische Bankrechtstagung 2012, Basel 2012, S. 71 ff.

- SCHOTT ANSGAR, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle*, in: Der Schweizer Treuhänder 2/12, S. 78 ff.
- SCHWENZER INGEORG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012.
- STAUDINGER JULIUS VON/COESTER MICHAEL, Kommentierung des § 307 BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin Neubearbeitung 2006, Kommentierung des § 307 BGB (zit. *STAUDINGER/COESTER*).
- STAUDINGER JULIUS VON/SCHLOSSER PETER, Kommentierung der §§ 305, 306 und 310 AGB sowie des UKlaG, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin Neubearbeitung 2006, Kommentierung der §§ 305, 306 und 310 AGB sowie des UKlaG (zit. *STAUDINGER/SCHLOSSER*).
- STÖCKLI HUBERT, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, in: BR 2011, S. 184 ff.
- UWG 8 – *neues Recht gegen unfaire Verträge*, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, S. 171 ff.
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, *Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB*, in: recht 2012, S. 93 ff.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur *Strukturierung* eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter vom 29. Oktober 2012.
- VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC (editors), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (*DCFR*), Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), München 2009.
- WURMNEST WOLFGANG, Kommentierung der §§ 307 bis 309 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2012 (zit. *MK-WURMNEST*).

## Materialien

- BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151 ff.
- BUNDESRÄTLICHER ENTWURF für ein revidiertes Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6193 ff.
- STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 29. September 2010, AB 2010 S 929 ff.
- NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 8. März 2011, AB 2011 N 220 ff.
- STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 17. März 2011, AB 2011 S 304 f.
- NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 31. Mai 2011, AB 2011 N 799 ff.

STÄNDERAT, Beratung der Vorlage am 8. Juni 2011, AB 2011 S 493 f.

NATIONALRAT, Beratung der Vorlage am 14. Juni 2011, AB 2011 N 1081 f.

STÄNDERAT, Beschluss vom 16. Juni 2011 gemäss Antrag der Einigungskonferenz, AB 2011 S 635.

NATIONALRAT, Beschluss vom 16. Juni 2011 gemäss Antrag der Einigungskonferenz, AB 2011 N 1226 f.

STÄNDERAT, Annahme in der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2011, AB 2011 S 705.

NATIONALRAT, Annahme in der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2011, AB 2011 N 1287.

AMTLICHE SAMMLUNG, Publikation der Änderungen vom 17. Juni 2011 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, AS 2011, S. 4909.

Zum Vergleich:

RICHTLINIE 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 095 vom 21. April 1993, S. 29 ff., deutsche Fassung.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Outline Edition, Munich 2009 (abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)).

## I. Einleitung

### 1. AGB und Banken: Die siamesischen Zwillinge

AGB und Banken, ein uraltes Thema! Als gewöhnlicher Bankkunde kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen und Banken ähnlich miteinander verbunden sind wie siamesische Zwillinge, bei denen nicht alle lebenswichtigen Organe doppelt vorhanden sind. Wenn man sie trennen wollte, würde ein Zwilling geopfert werden müssen. Und will man die Flut an Literatur, die in den letzten Monaten über den neuen Art. 8 UWG<sup>1</sup> geschrieben worden ist, ernst nehmen, so müsste man als Vertragsrechtler unweigerlich zum Schluss kommen, dass es die armen Banken sind, denen man die Lebensgrundlage entzieht, wenn sie nicht mehr nach Lust und Laune ihre AGB formulieren können.

Banken hatten schon immer Mühe im Umgang mit AGB. Unvergessen ist die grossartige Analyse Allgemeiner Vertragsbedingungen (AVB) der

---

<sup>1</sup> SR 241.



Banken von PETER GAUCH in seinem Referat an der Schweizerischen Bankrechtstagung 2006, die ihn zu den Schlüssen führte, « ... die Schweiz [ist] ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB»<sup>2</sup> und «Die Schweizer Banken mögen die besten der Welt sein, ihre derzeitigen Vertragsbedingungen aber sind es nicht»<sup>3</sup>. Was ihn zu diesen Schlussfolgerungen veranlasste, sei hier nur anhand folgender Worte illustriert: «Ich muss gestehen, dass ich vom Ausmass der [Haftungs]Einschränkung überrascht war, liess ich mich doch bis anhin von den Hochglanzprospekten der Banken und von den Bankhäusern verleiten, die den Eindruck gediegener Kundenfreundlichkeit vermitteln.»<sup>4</sup>

Ob die Schweizer Banken immer noch die besten der Welt sind, wollen wir heute lieber nicht prüfen. Das wäre derzeit viel zu riskant ... ! Prüfwert ist aber, wie sich sieben Jahre nach PETER GAUCHS Vortrag und ein paar Monate nach dem Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG die AGB-rechtliche Lage der Banken präsentiert. Vielleicht hat sich ja seit seinen mahnenden Worten rechtlich und tatsächlich doch etwas zum Besseren verändert.

## **2. Die Mühe der Banken und der Wirtschaftsjuristen im Umgang mit AGB**

Einleitend gestatte ich mir dazu die folgende Hypothese: Schweizer Banken haben nach wie vor Mühe im Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Vielleicht sind es allerdings nicht so sehr die Banken selber, sondern die vermeintlich in ihrem Sinn schreibenden Wirtschaftsjuristen, welche grösste Mühe haben. *Denn seitdem der Gesetzgeber den revidierten Art. 8 UWG erlassen hat, verzeichnen wir in der schweizerischen juristischen Literatur etliche verwenderfreundliche Beiträge, in denen der Tendenz nach versucht wird, die Tragweite dieser neuen Bestimmung kleinzureden.* Zum Teil ist gar davon die Rede, die Formulierung des neuen Art. 8 UWG lasse den Spielraum für eine offene Inhaltskontrolle deutlich schrumpfen und sei als Aufforderung an die Rechtsanwender zu verstehen, nur mit Zurückhaltung und unter Berück-

---

<sup>2</sup> GAUCH, Vertragshaftung, S. 214.

<sup>3</sup> GAUCH, Vertragshaftung, S. 225.

<sup>4</sup> GAUCH, Vertragshaftung, S. 198.

sichtigung sämtlicher Umstände ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis von Rechten und Pflichten zu bejahen.<sup>5</sup>

Diese in einem Teil der wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Literatur feststellbare Strömung ist nicht unbedenklich. Dass sie nicht kundenfreundlich ist, kann man noch verstehen. Wirtschaftsjuristen (und ganz besonders Bankjuristen) sehen ihre Aufgabe in der Regel ja nicht darin, in wissenschaftlichen Publikationen kundenfreundliche Thesen zu vertreten. Das ist die Aufgabe von Juristinnen und Juristen an den Universitäten, die nicht darauf aus sind, von Banken oder anderen Unternehmen Gutachteraufträge zu erhalten.<sup>6</sup> Problematisch, ja vielleicht sogar gefährlich ist diese Strömung aber, weil sie die Banken und andere AGB-Verwenderinnen möglicherweise in falscher Sicherheit wiegt. Offenbar hat die wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Literatur aus dem Desaster bei den Retrozessionen nichts gelernt. Auch dort hat man nach dem ersten Urteil des Bundesgerichts im Jahr 2006<sup>7</sup> mit allen Mitteln versucht, die Bedeutung des Entscheids kleinzureden und bankenkritische Stimmen zu übertönen oder gar nicht erst zu Wort kommen zu lassen. Jahrelang scheinen die Banken selber an das geglaubt zu haben, was für sie geschrieben wurde. Die Folgen waren, wie wir heute<sup>8</sup> wissen, verheerend. Es würde mich nicht wundern, wenn die Banken in nächster Zeit voraussichtlich teuer für diese Fehleinschätzung werden bezahlen müssen. Es wird sich weisen, ob sich künftig bei den AGB mit dem neuen Art. 8 UWG eine ähnliche Entwicklung anbahnt. Zwar werden die finanziellen Folgen verlorener AGB-Prozesse für die Banken wesentlich weniger gravierend sein als die Fehleinschätzung der ganzen Branche in Bezug auf die Retrozessionen. Aber die Reputationsrisiken sollten zumindest nicht unterschätzt werden.

Nach meinem Dafürhalten wäre es endlich an der Zeit, dass bei den Banken und den Wirtschaftsjuristen ein *Mentalitätswandel* in Sachen AGB vollzogen würde. Warum geben die besten Banken der Welt und ihre Rechtsberater ihre Abwehrhaltung nicht auf? Sie haben sie doch gar nicht

---

<sup>5</sup> So etwa KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 124 f. Ähnlich SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80 («Insofern stellt Art. 8 revUWG sogar erhöhte Anforderungen an die AGB-Kontrolle.»).

<sup>6</sup> Denen im Gegenzug allerdings etwa vorgehalten wird, sie würden Banken-AGB mit Misstrauen («avec méfiance») begegnen, und Banken-AGB hätten bei ihnen eine schlechte Presse («mauvaise presse»; so BAHAR, A Time for Change, S. 99).

<sup>7</sup> BGE 132 III 460.

<sup>8</sup> Nach BGE 137 III 393 und 138 III 755.

nötig. Denn für die Banken – nicht aber für deren Kunden – sind AGB-Probleme im Vergleich zu den Problemen mit dem Schwarzgeld, mit den Libor-Verfälschungen, mit betrügerischen Investmentbankern, mit Retrozessionen etc. doch Kleinigkeiten.

Immerhin: Vielleicht lässt sich die einleitende Hypothese mit der Zeit zumindest teilweise falsifizieren. Eine diagonale Durchsicht der allerneuesten Banken-AGB lässt diesbezüglich eine gewisse Hoffnung aufkommen! Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein.<sup>9</sup> Möglicherweise sind die Banken doch nicht (mehr) ganz so schlimm wie die für sie schreibenden Juristen.

### 3. Die Beschränkung des Themas dieses Beitrages

In den folgenden Ausführungen steht, wie vom Titel des Vortrages vorgegeben, der neue Art. 8 UWG im Zentrum des Interesses. Dabei gilt es zu analysieren, inwieweit sich diese Bestimmung für eine *AGB-Inhaltskontrolle* eignet, die diesen Namen verdient. Nicht Gegenstand dieses Beitrages bilden demgegenüber die anderen Instrumente der AGB-Kontrolle, d.h. die *Konsens- oder Geltungskontrolle* und die *Auslegungskontrolle* sowie die *Inhaltskontrolle, soweit sie sich nicht auf Art. 8 UWG stützt*.<sup>10</sup> Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG (d.h. bei der Verwendung von AGB ausserhalb des Verbraucherrechts<sup>11</sup>) kommt diesem klassischen Kontrollinstrumentarium weiterhin seine volle Bedeutung zu. Wie weit seine Tragweite dagegen bei Konsumentenverträgen in Zukunft durch den revidierten Art. 8 UWG zurückgedrängt wird, wird sich zeigen müssen. Sollten die Gerichte – wie von Konsumentenseite erhofft – die neue Bestimmung für eine effiziente

---

<sup>9</sup> Vgl. unten Ziff. IV.5.

<sup>10</sup> Zum klassischen AGB-Kontrollinstrumentarium besteht eine beinahe unüberblickbare Literatur. In allen gängigen Lehrbüchern zum schweizerischen Obligationenrecht finden sich gute Darstellungen im Überblick. Detaillierter dazu etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel.

An höchstrichterlicher Rechtsprechung sei auf die Klassiker BGE 109 II 452 («Hühnerstall-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) und BGE 115 II 264 («Feuersbrunst-Fall»; Unklarheitsregel) sowie auf die für die neuere Zeit wegleitenden BGE 135 III 1 («Prämienänderungs-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) und BGE 138 III 411 («Taggeldversicherungs-Fall»; Ungewöhnlichkeitsregel) verwiesen.

Einen Überblick über die Entwicklung in neuerer Zeit und Analysen bieten z.B. KLETT/HURNI, Eckpunkte, und TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle.

<sup>11</sup> Zum Anwendungsbereich von Art. 8 UWG siehe unten Ziff. III.

und eher strikte Inhaltskontrolle fruchtbar machen, so wird der Bedarf nach einer Geltungskontrolle und zum Teil wohl auch nach einer ausgedehnten Auslegungskontrolle<sup>12</sup> sinken. Andernfalls würde das klassische Kontrollinstrumentarium weiterhin auch im Verbraucherrecht von grosser Relevanz bleiben.

## II. Der revidierte Art. 8 UWG im Überblick

### 1. Das Fehlen einer wirksamen offenen Inhaltskontrolle im bisherigen Recht

Das von PETER GAUCH 2006 so treffend geschilderte Malaise bei den Banken-AGB kommt nicht von ungefähr. *Im schweizerischen Recht fehlte bis anhin eine wirksame offene AGB-Inhaltskontrolle.* Anders als praktisch sämtliche andern europäischen Länder verfügte (und verfügt) die Schweiz nicht über eine umfassende gesetzliche Regelung der AGB-Problematik. Das OR<sup>13</sup> und das VVG<sup>14</sup> kennen nur ganz wenige Sondernormen, die punktuell Fragen im Zusammenhang mit AGB regeln.<sup>15</sup> Das allgemeine schuldrechtliche Instrumentarium zum Schutz einer Vertragspartei gegen unangemessene Benachteiligung durch die Gegenseite, wie z.B. die Willensmängelregeln, Art. 21 OR, Art. 27 ZGB<sup>16</sup> etc., konnte für eine effektive AGB-Inhaltskontrolle nicht fruchtbar gemacht werden.<sup>17</sup> Der in der Lehre seit langem diskutierte Vorschlag, das Kriterium der «öffentlichen Ordnung» in Art. 19 Abs. 2 OR für die AGB-Inhaltskontrolle zu verwenden,<sup>18</sup> fand in der Rechtsprechung keinen Niederschlag.

In der Rechtsprechung wurde das Fehlen einer offenen Inhaltskontrolle bisher zum Teil durch eine sogenannte «*verdeckte*» *Inhaltskontrolle unter dem*

---

<sup>12</sup> Zum Verhältnis zwischen Auslegungskontrolle und Inhaltskontrolle vgl. unten Ziff. IV.5.a), b) und d) sowie Ziff. V.1., je in fine.

<sup>13</sup> SR 220.

<sup>14</sup> SR 221.229.1.

<sup>15</sup> Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR; Art. 33 VVG (siehe zu letzterer Bestimmung etwa BGE 115 II 264 [«Feuersbrunst-Fall»] sowie TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 53).

<sup>16</sup> SR 210.

<sup>17</sup> Gl.M. BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1397 und S. 1399 f. (mit Hinweis auf die Willensmängelregeln und auf Art. 21 OR).

<sup>18</sup> Dazu etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 58 ff., m.Nw.

*Deckmantel der zur Geltungskontrolle gehörenden Ungewöhnlichkeitsregel kassiert.*<sup>19</sup> Den Gerichten, allen voran dem Bundesgericht, fiel es offenbar (methodologisch) leichter, einer AGB-Klausel die Wirksamkeit zu versagen, weil ihr der Gegner des Verwenders nach den Regeln der Konsenslehre nicht hinreichend zugestimmt hatte, als sie – weil gegen rechtliche Schranken verstossend – nicht anzuwenden, obwohl eine (formal) gültige Zustimmung vorlag. Über Jahrzehnte hinweg bot diese verdeckte AGB-Inhaltskontrolle allerdings keinen grossen Schutz, legte doch das Bundesgericht lange Zeit einen strengen Massstab an die Ungewöhnlichkeitsregel insgesamt und an das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit im Besonderen an.<sup>20</sup> Eine sachte Wende zeichnete sich erst ab dem Jahr 2008 ab. Seit dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_187/2007 vom 9. Mai 2008 («Betriebshaftpflichtversicherungs-Fall»)<sup>21</sup> lässt sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel eine etwas «kundenfreundlichere» Tendenz feststellen.<sup>22</sup> Wie dauerhaft und wirksam diese Tendenz sein wird, lässt sich allerdings aufgrund der wenigen Urteile noch nicht verlässlich abschätzen. Zudem ist die verdeckte ABG-Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel nicht nur methodologisch fragwürdig, sondern sie weist auch praktisch eine klare Schwäche auf, weil die Tragweite des Kriteriums der subjektiven Ungewöhnlichkeit im Einzelfall Schwierigkeiten bieten kann.<sup>23</sup> Eine offene Inhaltskontrolle, die diesen Namen verdient, wäre daher längst überfällig gewesen.

An sich hätte Art. 8 UWG in der Fassung vom 19. Dezember 1986 (altArt. 8 UWG) eine Basis für eine solche offene AGB-Inhaltskontrolle bieten können. Diese Bestimmung hatte den folgenden Wortlaut:

«Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder;

---

<sup>19</sup> Ausführlich dazu etwa TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, m.Nw.

<sup>20</sup> Nachweise dazu bei TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, S. 951 f.

<sup>21</sup> Zu diesem Urteil einlässlich TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle; kursorisch auch KLETT/HURNI, Eckpunkte, S. 84.

<sup>22</sup> So ganz deutlich etwa in BGE 135 III 1; ähnlich auch 135 III 225.

<sup>23</sup> Vgl. dazu TH. KOLLER, Verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, S. 952.

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.»

Die Erfahrung hat indessen gezeigt, dass das Kriterium «in irreführender Weise» im Ingress dieser Norm eine effiziente AGB-Inhaltskontrolle verhinderte.<sup>24</sup> AltArt. 8 UWG erwies sich daher als «zahnloser Tiger» im Kampf gegen inhaltlich unangemessene AGB-Klauseln. Insbesondere hatte diese Bestimmung im Verhältnis zur Ungewöhnlichkeitsregel kaum eigenständige Bedeutung. Höchststrichterliche Urteile zu altArt. 8 UWG gibt es denn auch nur wenige.<sup>25</sup>

## 2. Die Stossrichtung der Revision von Art. 8 UWG

Mit der Revision von Art. 8 UWG gedachte der Bundesrat, den Schutz von Schweizer Kundinnen und Kunden gegen unangemessene AGB-Klauseln zu verbessern. Missbräuchliche AGB seien EU-weit geregelt und unterlägen einer gerichtlichen Überprüfung. Exportierende Schweizer Unternehmen oder im EU-Raum ansässige Schweizer Firmen seien also gehalten, dort AGB zu verwenden, die einer (abstrakten) Inhaltskontrolle offen stünden. Der Bundesrat erachtete es als wünschenswert, dass Schweizer Kundinnen und Kunden in diesem Bereich nicht weiterhin diskriminiert würden.<sup>26</sup> *Daher sollte insbesondere durch Streichen des Tatbestandsmerkmals der Irreführung der Weg für eine offene Inhaltskontrolle bereitet werden.*<sup>27</sup> Der Schutzbereich sollte sich dabei auf sämtliche Abnehmer erstrecken, und nicht bloss auf Konsumentinnen und Konsumenten.<sup>28</sup> Demgemäss sah der bundesrätliche Ent-

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu etwa BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6178.

So treffend auch das Bundesgericht unter Berufung auf die Lehre im Urteil 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall») E. 5.6.3.2.1: «... namentlich das - selten erfüllte - Merkmal der Irreführung...».

<sup>25</sup> Siehe als illustratives Beispiel BGE 119 II 443; daneben sodann 117 II 332 und 122 III 373 sowie das Urteil des Bundesgerichts 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002 und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall»).

<sup>26</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

<sup>27</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6178.

Daneben schlug der Bundesrat dem Parlament weitere Umformulierungen von Art. 8 UWG vor, auf die hier indessen nicht eingegangen wird. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Neufassung von Art. 8 UWG findet sich in BBl 2009, S. 6193 f.

<sup>28</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

wurf eines revidierten Art. 8 UWG keine Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Norm auf Verbraucherverträge vor.

Bereits in der Vernehmlassung waren die Stellungnahmen zur Verschärfung von Art. 8 UWG kontrovers ausgefallen.<sup>29</sup> Auch in den parlamentarischen Beratungen war die vorgeschlagene Revision ausserordentlich umstritten.<sup>30</sup> Insbesondere im Nationalrat war der Widerstand gegen eine Änderung von Art. 8 UWG sehr stark. Symptomatisch dafür sind etwa die plakative Aussagen von Nationalrat KURT FLURI: «Wir wollen gar nicht etwas anderes! Unserer Meinung nach genügt das geltende Recht eben. Das neue Recht, wie es der Bundesrat vorgeschlagen hat, wollen wir nicht; wir wollen nach wie vor keine Änderung des geltenden Artikels 8.»<sup>31</sup> Besonders starke Bedenken hatten viele Parlamentarier gegen die Erweiterung der abstrakten Normenkontrolle.<sup>32</sup>

Am Ende obsiegte in den Beratungen ein Kompromissvorschlag des Ständerates. Die wichtigste Änderung gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag bestand darin, dass der neue Art. 8 UWG nur noch auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten angewandt werden soll. Die definitiv verabschiedete und seit 1. Juli 2012 geltende Fassung von Art. 8 UWG lautet:

«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.»

### 3. Der neue Art. 8 UWG im internationalen Vergleich

Auf den ersten Blick scheint der revidierte Art. 8 UWG relativ wortgetreu dem EU-Recht nachgebildet zu sein. In der Tat ist die Ähnlichkeit zwischen dieser Norm und Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU<sup>33</sup> scheinbar sehr

---

<sup>29</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169.

<sup>30</sup> Auf die Einzelheiten der parlamentarischen Beratungen ist hier nicht einzugehen. Diese Beratungen können in den oben bei den Materialien aufgeführten Amtlichen Bulletins des Ständerats und des Nationalrats (AB S und AB N) nachgelesen werden. Die Entwicklungsgeschichte des neuen Art. 8 UWG wird ausführlich nachgezeichnet bei HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1190 ff.

<sup>31</sup> AB 2011 N 800, Sitzung vom 31. Mai 2011.

<sup>32</sup> Zur abstrakten Normenkontrolle unten Ziff. V.2.

<sup>33</sup> Siehe zu dieser Richtlinie den Hinweis oben bei den Materialien.

gross.<sup>34</sup> Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU in der deutschen Fassung lautet:

«Eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.»

Dieser erste Eindruck indessen täuscht, wie ein Blick in die englische Fassung zeigt:

«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>35</sup>

In dieser Fassung – und soweit ersichtlich auch in allen andern Fassungen<sup>36</sup> von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU ausser der deutschen – *ist nur von einem erheblichen, nicht aber zusätzlich auch von einem ungerechtfertigten Missverhältnis die Rede*. Bezeichnenderweise hat denn auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung in das nationale Recht das Kriterium «ungerechtfertigt» nicht übernommen.<sup>37</sup>

Auch ein Blick in die neuere Entwicklung des europäischen Vertragsrechts zeigt, dass bei der AGB-Inhaltskontrolle eine erhebliche Benachteiligung der Konsumentinnen genügt und das Fehlen einer Rechtfertigung nicht erforderlich ist. So lautet z.B. Art. II. – 9:403 DCFR wie folgt:

«In a contract between a business and a consumer, a term (which has not been individually negotiated) is unfair for the purpose of this Section, if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.»<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Ebenso auch HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1192.

<sup>35</sup> Siehe <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:HTML>>.

<sup>36</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

<sup>37</sup> Gemäss § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben *unangemessen benachteiligen* (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>38</sup> Vgl. dazu ausführlich VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 634 ff.



Bei dieser Sachlage wird man auch ohne vertiefte wissenschaftliche Untersuchung die Aussage wagen dürfen, dass die deutsche Fassung von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU den Sinn und Geist der Bestimmung nicht treffend wiedergibt. Unser Parlament hat dies übersehen und sich bei der Neufassung von Art. 8 UWG offenkundig (nur) von der deutschen Fassung inspirieren lassen. Die freiwillige («autonome») Übernahme ausländischen, insbesondere europäischen Rechts in das schweizerische Recht stösst in unserer Politik in der Regel auf wenig Gegenliebe. Umso störender ist es, wenn ausgerechnet dann, wenn der Gesetzgeber eine Ausnahme macht,<sup>39</sup> dies auf derart unbefriedigende Weise geschieht. Rechtsvergleichung ist offenkundig keine Stärke des schweizerischen Gesetzgebers.

Auf die Tragweite des Kriteriums des «ungerechtfertigten» Missverhältnisses wird noch zurückzukommen sein.<sup>40</sup>

### III. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG

Der neue Art. 8 UWG findet, anders als im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen, nur auf *Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* Anwendung.<sup>41</sup> Zudem setzt er voraus, dass *Allgemeine Geschäftsbedingungen* verwendet werden. Diese beiden Voraussetzungen sind näher zu prüfen.

---

<sup>39</sup> Kritisch demgegenüber HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1193, denen zufolge bei der Auslegung von Art. 8 UWG nur sehr begrenzt auf die AGB-Richtlinie der EU abgestellt werden könne. Diese Aussage impliziert, dass im Zusammenhang mit dem neuen Art. 8 UWG nur beschränkt von einem autonomen Nachvollzug europäischen Rechts die Rede sein kann. Ähnlich zurückhaltend BAHAR, A Time for Change, S. 133, sowie KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 127.

<sup>40</sup> Siehe unten Ziff. IV.3.

<sup>41</sup> A.M. HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 25, der zufolge die Konsumenteneigenschaft keineswegs als Bedingung für die Anwendung von Art. 8 UWG als solchem vorgegeben sei. Der Zusatz «insbesondere» im Ingress von Art. 8 UWG lasse erkennen, dass noch andere Definitionen für missbräuchliche AGB denkbar seien, und zwar ohne Beschränkung auf Konsumenten. Ob Gerichte dieser Auffassung folgen werden, darf im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG klar auf Verbraucherverträge beschränken wollte, bezweifelt werden. Zutreffend ist allerdings, dass die Verwendung missbräuchlicher AGB ausserhalb von Verbraucherverträgen gegebenenfalls (zumindest theoretisch) gegen die Generalklausel von Art. 2 UWG verstossen könnte (so HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, passim).

## 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden gemäss herrschender Lehre *vorformulierte Vertragsbestimmungen* verstanden, die für die *Verwendung bei einer Vielzahl von Verträgen bestimmt sind und von einer Partei einseitig gestellt bzw. unter den Parteien nicht ausgehandelt werden.*

Die Handhabung dieser Kriterien ist in der Regel einfach. Probleme bieten kann je nach den Umständen allerdings die Frage, wann von einer Partei vorgeschlagene (also vorformulierte) Vertragsklauseln als «ausgehandelt» gelten. Insbesondere kann man sich fragen, ob von einer Partei vorformulierte Bestimmungen ihren (ursprünglichen) AGB-Charakter verlieren, *wenn sie von den Parteien vor Vertragsschluss besprochen, aber nicht abgeändert werden.* Bei Banken-AGB wird sich dieses Problem bei «gewöhnlichen» Bankkundinnen in der Regel nicht stellen, weil diese Kundinnen im Allgemeinen die Banken-AGB diskussionslos (und meist wohl auch ungelesen) akzeptieren und weil zudem die Banken selber bzw. ihre Angestellten vor allem im Massengeschäft wenig Lust haben dürften, mit ihren Kundinnen ihre AGB zu besprechen. Ausnahmen sind aber denkbar, so etwa bei besonders kritischen («querulatorischen») Alltagskunden am Bankschalter oder vor allem bei sehr vermögenden Kundinnen, welche vom Kundenberater im Rahmen von umfassenden Gesprächen über alle möglichen Aspekte der Bank-Kunden-Beziehung orientiert werden.<sup>42</sup>

*Richtigerweise kann mit dem blossen Besprechen von vorformulierten Vertragsklauseln allein diesen der Charakter von AGB noch nicht genommen werden.*<sup>43</sup> Denn sonst hätten es AGB-Verwenderinnen in der Hand, mit wenig Aufwand den mit Art. 8 UWG angestrebten Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten auszuhebeln. Banken etwa bräuchten bloss die Kundinnen auf zwei oder drei besonders kritische AGB-Klauseln aufmerksam zu machen, um diese Klauseln gegen Art. 8 UWG zu immunisieren. Bei der Ungewöhnlichkeitsregel würde ein solches Vorgehen (zumindest theoretisch) funktionieren, weil jeder AGB-Klausel mit einer hinreichenden Aufklärung

---

<sup>42</sup> Bei Kunden dieser Art wird die Frage, ob eine bestimmte Vertragsbestimmung noch eine AGB-Klausel ist oder nicht, zum Teil offen gelassen werden können, weil möglicherweise das zweite Anwendungskriterium, das Vorliegen eines Konsumentenvertrages (dazu sogleich im Text), nicht erfüllt ist.

<sup>43</sup> Vgl. dazu auch VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 1:110, S. 162: «In general, such negotiation not only requires a simple conversation about the term but must offer a real chance to influence it.»

der Vertragspartnerin vor Vertragsschluss der Überrumpelungseffekt genommen und damit das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit «zerstört» werden kann. Für eine Kontrollnorm wie Art. 8 UWG dagegen, die nicht auf der Konsensebene angesiedelt ist, sondern der Zulässigkeit von bestimmten Vertragsklauseln eine inhaltliche Schranke entgegensetzen will, passt dies nicht.

«Unter den Parteien nicht ausgehandelt» muss mehr bedeuten. Nur *wenn der Gegnerin der AGB-Verwenderin eine ernsthafte Möglichkeit offenstand, eine diskutierte Klausel zu ändern oder zu streichen*, wofür die Verwenderin beweisbelastet wäre,<sup>44</sup> könnte nicht mehr von einer AGB-Klausel gesprochen werden.<sup>45</sup> Im Bankenalltag dürfte das bei «gewöhnlichen» Bankkundinnen in aller Regel nicht zutreffen. Ebenso wenig wird man annehmen können, Vertragsbedingungen seien ausgehandelt, bloss weil einer Kundin im Umgang mit der Bank eine externe Beraterin zur Seite stand.<sup>46</sup>

## 2. Was sind Konsumentinnen und Konsumenten?

Art. 8 UWG definiert den Begriff der «Konsumentinnen und Konsumenten» nicht. Daher muss durch Auslegung ermittelt werden, was unter diesem Begriff im Rahmen dieser Norm zu verstehen ist.

Im schweizerischen Recht hat sich in den letzten Jahrzehnten – wie in andern Rechtsordnungen auch – der Begriff des «Konsumentenvertrages»

---

<sup>44</sup> BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1402; vgl. dazu für das EU-Recht Art. 3 Abs. 2 para 3 der AGB-Richtlinie der EU sowie Art. II – 1:110 (4) DCFR.

Unhaltbar wäre es daher anzunehmen, eine Klausel sei ausgehandelt, wenn sich der Kunde bewusst dafür entschlossen habe, den Vertrag nicht zu verhandeln (so aber etwa BAHAR, A Time for Change, S. 133 Fn. 162, m.Nw.).

<sup>45</sup> So auch das EU-Recht (Art. 3 Abs. 2 para 1 in fine der AGB-Richtlinie der EU). Vgl. ebenso Art. II – 1:110 (1) DCFR: « ... if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance ... » (dazu etwa VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II – 1:110, S. 161 f.).

A.M. offenbar BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1402, dem zufolge es genügen soll, wenn der Kunde auf eine bestimmte Klausel vor Vertragsschluss aufmerksam gemacht wird.

Zum deutschen Recht vgl. etwa STAUDINGER/SCHLOSSER, § 305 BGB Rz. 36, unter Hinweis auf BGHZ 143, 103 («Aushandeln ... bedeutet mehr als verhandeln.»); ebenso MK-BASEDOW, § 305 BGB Rz. 35 («Dabei muss der Verhandlungspartner zumindest die reale Möglichkeit erhalten, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen beeinflussen zu können.»).

<sup>46</sup> So aber SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79.

bzw. «Verbrauchervertrages» etabliert,<sup>47</sup> und zwar im Anschluss an die Verankerung des Ziels des Konsumentenschutzes in der Bundesverfassung im Jahr 1981.<sup>48</sup> Allerdings liessen sich die Konturen dieser Rechtsfigur nicht scharf herausbilden. Das hat seinen Grund darin, dass Verbraucherverträge in zahlreichen Gesetzesbestimmungen eine Rolle spielen,<sup>49</sup> die Umschreibungen des Begriffes aber in diesen Normen nicht einheitlich sind. Der Konsument ist – wie es HOLLIGER-HAGMANN ausdrückt – «... trotz Verfassungswürde und mehr als dreissigjähriger Existenz in unserer Rechtsordnung immer noch ein schillernder Begriff.»<sup>50</sup>

#### a) In der herrschenden Lehre anerkannte Elemente des Konsumentenvertrages

Weitgehend Übereinstimmung herrscht in der Lehre darüber, dass für einen Konsumentenvertrag im Allgemeinen mindestens folgende Merkmale erfüllt sein müssen<sup>51</sup>: Der Vertrag muss geschlossen werden zwischen einer *gewerbmässigen Anbieterin von Waren oder Dienstleistungen* einerseits<sup>52</sup> und einer *natürlichen Person*<sup>53</sup> andererseits, *die nicht zu beruflichen oder gewerblichen,*

<sup>47</sup> Einlässlich dazu etwa KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, und DIES., Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, S. 1 ff. (mit ausführlichem Literaturverzeichnis), sowie FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 12 ff. Rz. 42 ff.

<sup>48</sup> Art. 31<sup>sexies</sup> altBV i.d.F. vom 14. Juni 1981; heute Art. 97 BV.

<sup>49</sup> So etwa Art. 40a Abs. 1 OR, Art. 210 Abs. 4 OR (i.d.F. vom 16. März 2012, i.K. seit 1. Januar 2013), Art. 2 f. KKG, Art. 114 und Art. 120 IPRG, Art. 15 revLugÜ, Art. 2 lit. a CISG, Art. 32 Abs. 2 ZPO.

<sup>50</sup> HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 10; ähnlich SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 8, und DERS., Grundpfandrechte, S. 93.

<sup>51</sup> Vgl. dazu für das deutsche Recht ausführlich etwa MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 42 ff.; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 47 f.

<sup>52</sup> Siehe etwa Art. 40a Abs. 1 lit. a OR, Art. 210 Abs. 4 lit. c OR, Art. 2 KKG, Art. 32 Abs. 2 ZPO. Vgl. auch Art. 2 lit. c der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (2) DCFR sowie § 14 BGB.

Nicht massgebend ist die Eigenschaft des Verkäufers dagegen bei Art. 2 lit. a CISG. Das UN-Kaufrecht findet auch dann keine Anwendung, wenn es sich bei beiden Vertragsparteien um Privatpersonen handelt.

A.M. als hier THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 20, dem zufolge Art. 8 UWG auch zur Anwendung kommen könne, wenn der AGB-Verwender nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

<sup>53</sup> SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 8 f.; THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 18; vgl. auch Art. 2 lit. b der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (1) DCFR sowie § 13 BGB; für das Verbraucherrecht generell FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 20 Rz. 75.

sondern zu *privaten bzw. familiären Zwecken*<sup>54</sup> handelt. Dies gilt auch für den Verbrauchervertrag i.S.v. Art. 8 UWG. Gewerbetreibende als Vertragsgegner einer AGB-Verwenderin kommen damit (soweit sie nicht im privaten Bereich handeln) nicht in den Genuss des Schutzes von Art. 8 UWG.<sup>55</sup> Problematisch ist dies insbesondere bei KMU, welche mit starken Gegnern Verträge schliessen und deren AGB akzeptieren müssen. Die Schutzbedürftigkeit dieser KMU wäre wohl in vielen Fällen gegeben. Dass unser Gesetzgeber, der sich sonst immer um das Wohl der KMU zu kümmern vorgibt, gerade solche Unternehmen vom Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ausgeschlossen hat, ist höchst fragwürdig.<sup>56</sup>

Verträge zwischen Banken und *Geschäftskundinnen* (Kreditverträge, Kontoverträge etc.) unterliegen somit nicht der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (sondern bloss dem übrigen AGB-Kontrollinstrumentarium).<sup>57</sup> Ob dies dazu führen wird, dass die Banken künftig für Privatkundinnen und Geschäftskundinnen unterschiedliche AGB verwenden werden<sup>58</sup>, wird sich weisen.

---

A.M. PICHONNAZ, *Clauses abusives*, S. 36 f., dem zufolge Art. 8 UWG auch anwendbar sein soll, wenn eine *juristische Person* einen Vertrag geschlossen hat, der keinen Bezug zu ihrer Geschäftstätigkeit hat. Ebenso DERS., *Le nouvel article 8 LCD*, S. 141.

<sup>54</sup> In den verschiedenen Normen findet sich z.T. die «positive» Umschreibung (privat oder familiär [Art. 40a Abs. 1 OR; Art. 210 Abs. 4 lit. b OR; Art. 2 lit. a CISG; Art. 32 Abs. 2 ZPO]), zum Teil die negative (nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke [Art. 3 KKG; Art. 15 revLugÜ; Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978, SR 942.211; vgl. auch Art. 2 lit. b der AGB-Richtlinie der EU und Art. I. – 1:105 (2) DCFR]) und zum Teil eine Kombination beider Elemente (Art. 114 und Art. 120 IPRG).

<sup>55</sup> A.M. HOLLIGER-HAGMANN, *Kuckucksei*, Rz. 25 (vgl. oben Fn. 41).

<sup>56</sup> G.L.M. SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 7 f.; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 93; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 185; DERS., *Neues Recht gegen unfaire Verträge*, S. 176 f.; ebenso wohl auch HOLLIGER-HAGMANN, *Kuckucksei*.

<sup>57</sup> Vgl. oben Ziff. I.3.

<sup>58</sup> Siehe dazu den generellen Hinweis für Unternehmer, separate AGB für Konsumenten zu schaffen, bei HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2. Zweifelnd demgegenüber FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 327, der vermutet, dass sich viele Unternehmen aus Effizienzgründen dazu durchringen werden, in ihren (einheitlichen) AGB den Standard von Art. 8 UWG einzuhalten.

## b) Das umstrittene Element der «Leistungen des üblichen Verbrauchs»

Umstritten ist demgegenüber ein anderer Punkt. Gemäss Art. 32 Abs. 2 ZPO sowie Art. 114 und Art. 120 IPRG liegt ein Konsumentenvertrag nur vor, wenn der *Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs* geschlossen wurde. Mit diesem zusätzlichen Element, das die andern gesetzlichen Bestimmungen über Verbraucherverträge nicht enthalten, wird der Begriff des Konsumentenvertrages massiv eingeschränkt. Dies wirft die (in der Lehre umstrittene) Frage auf, ob Art. 8 UWG dieser enge Konsumentenvertragsbegriff zugrunde liegt oder der weitere Begriff, wie er sich etwa aus Art. 40a Abs. 1 OR, Art. 210 Abs. 4 lit. b OR, Art. 3 KKG, Art. 15 revLugÜ und Art. 2 lit. a CISG ergibt.<sup>59</sup>

Sachgerecht kann hier nur der weite Begriff des Konsumentenvertrages sein; andernfalls würde Art. 8 UWG weitgehend leerlaufen.<sup>60</sup> Unter den engen Verbrauchervertragsbegriff fallen praktisch nur Alltagsgeschäfte, und solche werden – von Ausnahmen abgesehen<sup>61</sup> – eher selten unter Verwendung von AGB abgeschlossen. Der schweizerische Gesetzgeber selber hat in Art. 210 Abs. 4 lit. b OR (erlassen am 16. März 2012) sehr schön zum Ausdruck gebracht, dass er in neuerer Zeit von einem weiten Verständnis des Konsumentenvertrages ausgeht. Denn in dieser Bestimmung, die anders als Art. 8 UWG den Konsumentenbegriff klar umschreibt, ist nur vom «persönlichen oder familiären Gebrauch», nicht aber von den «Leistungen des üblichen Verbrauchs» die Rede. Man wird vernünftigerweise nicht davon ausgehen können, *dass der Gesetzgeber mit einem Abstand von bloss rund neun Mo-*

<sup>59</sup> Für das weitere Verständnis des Konsumentenvertragsbegriffs: BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 53 Rz. 16; DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 115 f. Rz. 31 ff.; HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2 (zumindest implizit); SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 9; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 93 ff.; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 186; DERS., *Neues Recht gegen unfaire Verträge*, S. 177; SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 100; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 19. Für das engere Verständnis demgegenüber: FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 326; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1195; KUT/STAUBER, *UWG-Revision*, Rz. 115; MARCHAND, *Art. 8 LCD*, S. 330; SCHOTT, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 79.

Generell kritisch zum Tatbestandselement der «Leistungen des üblichen Verbrauchs» in Art. 120 IPRG und im Prozessrecht FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 305 ff. Rz. 1326 ff. und S. 325 ff. Rz. 1405 ff.

<sup>60</sup> Ähnlich auch THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 19.

<sup>61</sup> Dazu sogleich unter Ziff. III.2.c).

*naten zwei Verbraucherschutznormen mit einem unterschiedlichen Verständnis des Verbraucherbegriffs verabschieden wollte.*

Ein Blick über die Grenzen bestätigt dieses Ergebnis. Weder das EU-Recht noch der DCFR kennen beim Konsumentenvertrag die Einschränkung auf «Leistungen des üblichen Verbrauchs».<sup>62</sup> Dass der schweizerische Gesetzgeber in Art. 8 UWG von dem somit weitherum anerkannten Begriff des Verbrauchervertrages abweichen wollte, ohne dies – wie in Art. 32 Abs. 2 ZPO – ausdrücklich zu sagen, ist nicht leichthin anzunehmen.

### **c) Beispiele aus dem Bankrecht**

Welche Tragweite den skizzierten Elementen im Bankrecht zukommt, lässt sich anhand eines einfachen Beispiels illustrieren. Ein Vertrag zwischen einer Bank und einer Kundin über ein Lohnkonto stellt auf jeden Fall einen Konsumentenvertrag dar: Lohnkonti sind sehr weit verbreitet und damit üblich; zudem dienen sie offenkundig dem Verbrauch.<sup>63</sup> Ein Sparkonto einer Privatperson dagegen wäre nur nach dem weiteren<sup>64</sup>, nicht aber nach dem engeren Verständnis ein Konsumentenvertrag: Zwar ist ein solches Konto ebenfalls üblich, aber es dient nicht dem Verbrauch (sondern eben im Gegenteil dem Sparen). Eine Kundin, welche bei ein und derselben Bank sowohl ein Lohn- als auch ein Sparkonto unterhält, für das die gleichen AGB gelten, würde somit für das eine Konto den Schutz von Art. 8 UWG in Anspruch nehmen können, für das andere aber nicht. Das wäre schlicht absurd.

Zugegeben: Auch bei einem weiteren Verständnis des Konsumentenbegriffs können sich absurd anmutende Differenzierungen ergeben. Nutzt eine Bankkundin eine Kreditkarte für private Zwecke, so ist Art. 8 UWG anwendbar (und dies sogar bei einem engen Verständnis des Konsumentenbegriffs, da Kreditkarten dem Verbrauch dienen und heute üblich sind). Bei einer Nutzung für berufliche oder gewerbliche Zwecke dagegen entfällt der Schutz von Art. 8 UWG. Bucht also z.B. jemand mit der Kreditkarte gleichzeitig eine Ferienreise und eine Geschäftsreise, so kann er sich gegenüber dem Kartenunternehmen für die eine Zahlung auf Art. 8 UWG berufen und

---

<sup>62</sup> Art. 2 lit. a der AGB-Richtlinie der EU; Art. I. – 1:105 (1) DCFR.

<sup>63</sup> Ebenso BAHAR, A Time for Change, S. 131.

<sup>64</sup> So für das deutsche Recht ausdrücklich MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 51 («Wer spart und sein Vermögen anlegt, konsumiert zwar gerade nicht, schliesst den Vertrag aber zu privaten Zwecken und ist damit Verbraucher ...»).

für die andere nicht. Die Absurdität dieser Unterscheidung aber hat der Gesetzgeber zu verantworten ...

Legt man – wie hier vertreten – Art. 8 UWG das weitere Verständnis des Konsumentenvertrages zugrunde, so hat dies für Banken erhebliche Auswirkungen.<sup>65</sup> Auch Verträge über die *Finanzierung von Liegenschaften* (Hypotheken), *Anlageberatungsverträge*, *Vermögensverwaltungsverträge* etc. fallen in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, sofern die Kundin nicht im beruflichen oder gewerblichen, sondern im privaten bzw. familiären Bereich handelt.<sup>66</sup> Abweichendes mag gelten, wenn z.B. eine Vermögensanlage « ... im Rahmen einer planmässigen Strategie und mit einer organisatorischen Ausstattung betrieben (wird), die der eines Gewerbes mit einer selbständigen Berufstätigkeit gleichkommt»<sup>67</sup>. Eine solche «Berufstätigkeit» im Zusammenhang mit Anlagegeschäften darf aber nicht leichthin angenommen werden.

#### IV. Der Tatbestand von Art. 8 UWG

Der Tatbestand des neuen Art. 8 UWG ist ausserordentlich offen formuliert und daher in hohem Masse *konkretisierungsbedürftig*. THOUVENIN hat diesen Umstand treffend so umschrieben: Der Tatbestand erscheine zunächst weitgehend *strukturlos* und daher müsse der Versuch unternommen werden, ihm eine Struktur zu entnehmen, die eine objektiv nachvollziehbare Anwendung durch die Gerichte erlaube.<sup>68</sup> Die ist umso mehr erforderlich, als es der schweizerische Gesetzgeber unterlassen hat, diese *Generalklausel* mit einer «grauen» oder gar «schwarzen» Liste von *Beispielen von AGB-Klauseln* zu ergänzen, die – bei einer grauen Liste mit und bei einer schwarzen Liste ohne *Wertungsmöglichkeit*<sup>69</sup> – als missbräuchlich zu betrachten wären. Mit sol-

---

<sup>65</sup> Ebenso BAHAR, A Time for Change, S. 131.

<sup>66</sup> Gl.M. SCHMID, Grundpfandrechte, S. 95, sowie HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2 (für Hypothekarkredite).

A.M. SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79, aufgrund seines engeren Verständnisses des Konsumentenbegriffs.

Differenzierend wohl BAHAR, A Time for Change, S. 132 (speziell für komplexere Vermögensverwaltungen).

<sup>67</sup> So für das deutsche Recht MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 51.

<sup>68</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 1 in fine.

<sup>69</sup> Vgl. dazu als Beispiele etwas die §§ 308 und 309 BGB.



chen (nicht abschliessenden<sup>70</sup>) Beispielen hätte verdeutlicht werden können, welche Massstäbe nach Auffassung des Gesetzgebers an eine AGB-Inhaltskontrolle zu legen sind.

Im Folgenden sollen die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 8 UWG näher analysiert und so der Versuch unternommen werden, diese Generalklausel zu konkretisieren. Dabei darf indessen nicht vergessen werden, dass die Frage, ob eine bestimmte AGB-Klausel missbräuchlich ist oder nicht, nur aufgrund einer *Gesamtwürdigung* aller dieser Elemente beurteilt werden kann. Hilfreich bei dieser Konkretisierung kann gelegentlich ein Blick über die Grenzen sein. Wie dargelegt, hat sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Neuformulierung von Art. 8 UWG im Wesentlichen an die AGB-Richtlinie der EU angelehnt. Daher ist es sachgerecht, sich bei der Konkretisierung dieser Generalklausel (auch) an dieser Richtlinie<sup>71</sup> und – pars pro toto – an deren Umsetzung im deutschen Recht zu orientieren. Im Weiteren kann auch ein gelegentlicher Blick in den DCFR von Nutzen sein. Im Anschluss an diese Analyse sollen zur Verdeutlichung ein paar Beispiele von AGB-Klauseln aus Bankverträgen näher betrachtet werden.

---

Auch die AGB-Richtlinie der EU enthält (im Anhang) Beispiele von AGB-Klauseln, welche als missbräuchlich zu werten sind.

Zu den Ausdrücken «graue» und «schwarze» Listen («liste grise/liste noire») BÜYÜKSAGIS, *La bonne foi dans l'article 8 LCD*, S. 1398.

<sup>70</sup> So etwa Art. 3 Abs. 3 der AGB-Richtlinie der EU, der klar festhält, dass die im Anhang der Richtlinie aufgeführten Klauseln *eine nicht erschöpfende Liste darstellen und bloss als Hinweise dienen*.

<sup>71</sup> FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 232 f. Rz. 1008 und Rz. 1010; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 2; SCHMID, *Grundpfandrechte*, S. 100.

Ähnlich SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 101, die ausführen, es sei davon auszugehen, dass der Klauselkatalog der AGB-Richtlinie der EU den Schweizer Gerichten zumindest als Orientierungshilfe bei der Anwendung von Art. 8 UWG dienen werde, sowie HÜNERWADEL/HOFBAUER, *Erhöhte Anforderungen an AGB*, S. 2.

Grundsätzlich a.M. HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1193, denen zufolge nur sehr begrenzt auf diese Richtlinie abgestellt werden könne; zurückhaltend auch BAHAR, *A Time for Change*, S. 133.

## 1. Das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien

Ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten setzt ein *Ungleichgewicht zu Lasten der Kundin* voraus. Ob eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten vorliegt, kann nur aufgrund einer Wertung entschieden werden, die stets den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten hat.<sup>72</sup> Daher kommen hier nicht bloss *formelle Ungleichverteilungen* von Rechten und Pflichten – wie z.B. unterschiedliche Kündigungsfristen, unterschiedliche Rücktrittsregeln für die Parteien – in Betracht, sondern auch *materielle Ungleichverteilungen*. Solche materiellen Missverhältnisse stehen zur Diskussion, wenn Rechte und Pflichten zwar formal gleich verteilt sind, diese sich faktisch aber für die Parteien unterschiedlich auswirken.<sup>73</sup> Ebenso kann ein solches «materielles» Missverhältnis in Frage stehen, wenn die Unternehmerin der Kundin als «Kompensation» für eine ungünstige AGB-Klausel ein Recht einräumt, das der Kundin kaum Vorteile bringt bzw. von dieser faktisch nicht oder nicht ohne Nachteil genutzt werden kann (so z.B. wenn eine Bank sich bei einer Festhypothek das Recht zur einseitigen Zinssatzerhöhung unter bestimmten Voraussetzungen vorbehält und der Kundin dafür im Gegenzug ein Recht zur vorzeitigen Kündigung der Festhypothek einräumt<sup>74</sup>).

An welchem *Referenzmassstab* das Ungleichgewicht zu messen ist, sagt Art. 8 UWG nicht. In Frage kommen hier das *dispositive Gesetzesrecht* und, wo dieses fehlt, die *Vertragsnatur*,<sup>75</sup> ja letztlich gar alle dem geschriebenen und ungeschriebenen Recht *immanenten Rechtsprinzipien*.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 33. Siehe zum Kriterium von Treu und Glauben auch unten Ziff. IV.4.

<sup>73</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 36 f.

<sup>74</sup> Vgl. zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.c) in fine.

<sup>75</sup> RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11 f.; DERS., Grundpfandrechte, S. 97 f.; ähnlich FURRER, AGB-Inhaltskontrolle, S. 326 f.

Ähnlich für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 635, und für das Recht der EU das Urteil des EuGH vom 14. März 2013, Mohamed Aziz v. Catalunyaacaixa, C-415/11, Rn. 68.

A.M. BAHAR, A Time for Change, S. 134; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Inhaltskontrolle, S. 1197; ebenso wohl auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100, und MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 330.

Undeutlich diesbezüglich KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 120.

<sup>76</sup> So für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 119.

Ein zentrales Problem bei der Beurteilung des Missverhältnisses von Rechten und Pflichten ist die Frage der *Kompensation*, d.h. die Frage, ob eine umstrittene AGB-Klausel für sich allein zu betrachten oder in Relation zur gesamten Verteilung von Rechten und Pflichten im Vertrag zu setzen ist. Auf jeden Fall wird man eine AGB-Klausel, welche die Kundin belastet, mit andern AGB-Klauseln in eine Gesamtbetrachtung einbeziehen müssen, die der Kundin Rechte einräumen, welche *in einem sachlichen Zusammenhang mit der umstrittenen Klausel stehen*. Eine Betrachtung der AGB als Ganzes dagegen, d.h. eine Berücksichtigung auch von Klauseln, die keinen sachlichen Zusammenhang mit der fraglichen Klausel haben, wäre nicht sachgerecht.<sup>77</sup> So wäre z.B. nicht einzusehen, weshalb in einem Bankvertrag eine kundenunfreundliche Risikotragungsregel im Fall von Legitimationsmängeln durch eine kundenfreundliche Klausel über die Pflicht zur Remonstration bei «Unrichtigkeit» eines Bankauszuges ausgeglichen werden könnte.<sup>78</sup> Das wäre völlig intransparent.

Besonders umstritten ist in der Lehre die Frage, ob eine AGB-Verwenderin einwenden könne, eine kundenunfreundliche AGB-Klausel werde durch einen *günstigen Preis* aufgewogen. Diese Frage mag insbesondere für Banken wichtig sein, die etwa versucht sein könnten geltend zu machen, ungünstige AGB-Klauseln in ihren Verträgen – z.B. Risikotragungsklauseln zu Lasten von Kunden – würden durch niedrige Gebühren für den Zahlungsverkehr oder für die Vermögensverwaltung ausgeglichen.<sup>79</sup> Eine

---

Siehe zu solchen für die AGB-Inhaltskontrolle herbeizuziehenden Prinzipien (wie das *Transparenzgebot* oder den Gesichtspunkt der *Risikobeherrschung*) auch etwa TH. KOLLER, Deckungsausschlussklausel, S. 49 und S. 59 f.

<sup>77</sup> Gl.M. THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 40.

Für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 125 ff., sowie MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 36.

Für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:407, S. 650.

A.M. (d.h. für eine Betrachtung des Vertrages als Ganzes) BAHAR, A Time for Change, S. 133; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Inhaltskontrolle, S. 1196 f.; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 289; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

<sup>78</sup> Das Gegenteil hingegen könnte möglich sein. Eine Bank, welche Risiken aus Legitimationsmängeln in weitem Umfang übernimmt, kann unter Umständen ein legitimes Interesse daran haben, dass der Kunde einen Bankauszug rasch beanstandet, wenn aufgrund eines Legitimationsmangels eine Fehlzahlung erfolgt ist. Denn so lässt sich möglicherweise der Schaden der Bank in Grenzen halten oder verkleinern.

<sup>79</sup> So waren Banken in den letzten Jahren etwa geneigt, gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Retrozessionen mit dem Argument anzukämpfen, dem Ver-

solche Kompensation zwischen einer kundenunfreundlichen AGB-Klausel und dem Preis wäre indessen ebenfalls völlig intransparent und ist daher abzulehnen.<sup>80</sup> Eine Ausnahme wäre – wenn überhaupt – höchstens vorstellbar, wenn die Anbieterin ihren Kundinnen zwei Vertragsvarianten zur Auswahl stellt, und zwar die eine Variante mit kundenunfreundlichen AGB und einem tieferen Preis sowie die andere Variante mit kundenfreundlichen AGB und einem höheren Preis. Dann müsste allerdings von der AGB-Verwenderin verlangt werden, dass sie die Kunden vor Vertragsschluss klar und deutlich über die Nachteile der ungünstigen AGB-Klauseln aufklärt.<sup>81</sup> An eine solche Aufklärung müssten aber nach meinem Dafürhalten sehr hohe Anforderungen gestellt werden; andernfalls besteht ein grosses Risiko, dass die Anbieter in ihren AGB ein aus der Sicht der Inhaltskontrolle unerwünschtes *race to the bottom* veranstalten könnten.<sup>82</sup>

---

zucht des Kunden auf Retrozessionen stünden günstige Tarife für die Vermögensverwaltung gegenüber. Das Bundesgericht ist dieser Sichtweise zu Recht nicht gefolgt (so zumindest implizit BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398).

<sup>80</sup> G.L.M. THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 39.

Für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 129 ff., und MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 43 f.

Zum europäischen Recht etwa VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 634: «The term ‚significant imbalance‘ has been replaced by the phrase ‚significantly disadvantages‘ in order to avoid the possible misunderstanding that the price-performance ratio of the contract could be a measure to determine unfairness.»; siehe ebenso DIES., DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:407, S. 650.

A.M. BAHAR, A Time for Change, S. 133; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 54 Rz. 19; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119 in fine; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 37.

<sup>81</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 41.

Differenzierter für das deutsche Recht STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 138.

<sup>82</sup> Zur Problematik des *race to the bottom* THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 39; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 132, m.Nw. Vgl. dazu auch die Überlegungen zur rechtsökonomischen Begründung der AGB-Inhaltskontrolle bei MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 40 ff., m.Nw.

Die Problematik des *race to the bottom* wird etwa übersehen von BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 55 Rz. 23.

## 2. Die Erheblichkeit des Missverhältnisses

Eine AGB-Klausel ist nicht schon dann missbräuchlich, wenn sie zu einem Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zu Lasten der Kundin führt. Dieses Missverhältnis muss zudem *erheblich* sein; Geringfügigkeit genügt nicht.<sup>83</sup>

Die Tragweite dieses Tatbestandselements von Art. 8 UWG ist – wie die Tragweite aller andern Tatbestandselemente auch – in der Literatur umstritten. Genügt es, dass das Missverhältnis bloss «fühlbar»<sup>84</sup> bzw. «spürbar»<sup>85</sup> ist oder muss es «offenbar»<sup>86</sup> sein? Ist auf Billigkeitserwägungen<sup>87</sup> abzustellen oder soll demgegenüber eine Beurteilung der Äquivalenzstörung nach den für Art. 21 OR (Übervorteilung) geltenden Regeln<sup>88</sup> erfolgen?

Letzteres wäre offenkundig zu streng und würde eine AGB-Inhaltskontrolle, die diesen Namen verdient, verunmöglichen. Sachgerechter ist nach meinem Dafürhalten ein anderer Ansatz, der von THOUVENIN vertreten wird: Erforderlich ist eine qualitative und quantitative «Gesamtbeurteilung», die darauf abstellt, wie zentral die in Frage stehenden Rechte und Pflichten der Parteien im Kontext des Vertrages sind. *Je zentraler ein konkretes Recht des AGB-Verwenders bzw. eine konkrete Pflicht des Kunden ist, desto eher genügt eine Abweichung von der Referenzgrösse, um erheblich zu sein.*<sup>89</sup> Wie bei allen andern Tatbestandselementen von Art. 8 UWG ist somit auch beim Kriterium der Erheblichkeit eine *Wertung* gefragt.<sup>90</sup> Erforderlich ist dabei

---

<sup>83</sup> KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 119.

<sup>84</sup> SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11.

<sup>85</sup> HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201.

<sup>86</sup> Ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 10; DERS., Grundpfandrechte, S. 96.

<sup>87</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 53 Rz. 17; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 37; SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100. Ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 11.

<sup>88</sup> SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79 f.; BAHAR, A Time for Change, S. 134; zumindest ansatzweise auch DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 119 Rz. 40.

Deutlich ablehnend SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 10; DERS., Grundpfandrechte, S. 96.

<sup>89</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 49.

Ähnlich für das europäische Recht VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 9:403, S. 635: «The more significant the disadvantage, the better the justification must be.»

<sup>90</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang für das deutsche Recht zum Kriterium der «unangemessenen Benachteiligung» gemäss § 307 Abs. 1 BGB sehr plastisch STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 96: «Darüber hinaus enthält das Merkmal der ‚unangemessenen Benachteiligung‘ jedoch keine sachliche oder gar subsumtionsfähige

eine sachgerechte *Interessenabwägung*: Dem Interesse der Verwenderin an der Wirksamkeit der Klausel ist das Interesse der Kundin am Wegfall der Klausel entgegenzusetzen.<sup>91</sup> Dem Interesse der Kundin am Wegfall einer strittigen AGB-Klausel ist bei dieser Abwägung ein umso höheres Gewicht einzuräumen, je zentraler die Stellung der betroffenen Rechte und Pflichten im Gesamtkontext des Vertrages ist.

Dies lässt sich anhand von zwei Beispielen aus der Bankpraxis sehr schön illustrieren:

a) Gewisse Banken sehen in den AGB zu ihren Festhypotheken vor, dass die Bank zur (einseitigen) Anhebung des Zinssatzes befugt ist, wenn die Refinanzierungskosten aufgrund behördlicher Massnahmen steigen (z.B. wenn die Nationalbank die Anforderungen an die Eigenmittelunterlegung verschärft<sup>92</sup>). Die Fixierung des Zinssatzes für die ganze Laufdauer ist bei einer Festhypothek *das* zentrale Element; die Festhypothek wird ja gerade durch die Unveränderbarkeit des Zinssatzes charakterisiert. In Frage steht somit bei der hier diskutierten AGB-Klausel der wichtigste Punkt des Vertrages. Die Abweichung von der Referenzgrösse ist daher auf jeden Fall als erheblich zu qualifizieren, und zwar selbst dann, wenn die Zinssatzerhöhung bescheiden ausfallen sollte.

b) Eine AGB-Klausel, welche für den Fall von Legitimationsmängeln (wie z.B. Unterschriftenfälschungen) praktisch sämtliche Risiken – ausser bei grobem Verschulden der Bank – auf die Kundin abwälzt<sup>93</sup>, greift ausserordentlich stark in die Rechtsstellung der Kundin ein. Plastisch gesprochen (und vereinfacht ausgedrückt) *verspricht die Bank so nicht mehr, Zahlungsaufträge der Kundin auszuführen, sondern Zahlungsaufträge, die so aussehen, als würden sie von der Kundin stammen*. Mit einer solchen Bestimmung würde, wenn sie wirksam sein sollte, die Natur der Bankbeziehung grundlegend geändert. Das Risiko, Opfer von zufälligen Vermögensverlusten zu werden, wäre derart gross, dass sich im Grunde niemand mehr ein Bankkonto leisten könnte. Da eine solche Risikotragungsklausel den Kern des Vertrages be-

---

Aussage, sondern formuliert nur die Wertungsaufgabe für den Rechtsanwender im Einzelfall (...).»

<sup>91</sup> So für das deutsche Recht MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 33; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 96.

<sup>92</sup> Siehe zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.c) in fine.

<sup>93</sup> Siehe zu diesem Beispiel auch unten Ziff. IV.5.a).

trifft, ist die Abweichung von der Referenzgrösse (Tragung des Risikos durch die Bank, ausser die Kundin treffe ein Verschulden<sup>94</sup>) erheblich.<sup>95</sup>

### 3. Das «ungerechtfertigte» Missverhältnis

Gemäss Wortlaut von Art. 8 UWG muss das Missverhältnis der Rechte und Pflichten nicht bloss erheblich, sondern darüber hinaus auch *ungerechtfertigt* sein.

Wie bereits erwähnt, stimmt der neue Art. 8 UWG in diesem Punkt mit der deutschen Fassung von Art. 3 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU überein, während die andern Sprachfassungen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie das Tatbestandsmerkmal «ungerechtfertigt» nicht kennen.<sup>96</sup> Es bestehen gute Gründe für die Annahme, dass der deutsche Wortlaut dieser Norm deren Sinn und Geist nicht treffend wiedergibt.<sup>97</sup> Schon aus diesem Grund wäre es besser gewesen, wenn der schweizerische Gesetzgeber auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichtet hätte.

Darüber hinaus macht es aber auch in der Sache selbst Schwierigkeiten, die Tragweite dieses Kriteriums zu erfassen. Im Grunde ist es bereits sprachlich ein Unding, von einem «ungerechtfertigten Missverhältnis» zu sprechen. Denn das würde an sich voraussetzen, dass ein Missverhältnis auch gerechtfertigt sein könnte. Ein «gerechtfertigtes Missverhältnis» aber wäre ein Widerspruch in sich selbst.<sup>98</sup> Sprachlich «korrigieren» lässt sich der Tatbestand von Art. 8 UWG nur, wenn man (gedanklich) «Missverhältnis» z.B. durch «Ungleichverteilung» ersetzt und annimmt, grundsätzlich könne eine (erhebliche) Ungleichverteilung von Rechten und Pflichten aufgrund bestimmter Umstände gerechtfertigt sein. Eine selbständige Bedeutung käme dann aber diesem Tatbestandsmerkmal gar nicht zu, denn diese Umstände sind ja schon bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, die bei der

---

<sup>94</sup> Dazu RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 439 f., unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

<sup>95</sup> Gl.M. RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442.

In diesem Sinne zutreffend vor beinahe dreissig Jahren auch schon BUCHER, Wer haftet wem?, S. 101 f., dort mit dem plakativen Titel «Eine konsequente Zufallshaftung des Bankkunden wäre sachlich inakzeptabel».

Vgl. dazu auch unten Ziff. IV.5.a).

<sup>96</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

<sup>97</sup> Vorn Ziff. II.3.

<sup>98</sup> So auch THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50.

Prüfung der Erheblichkeit des Missverhältnisses vorgenommen werden muss.<sup>99</sup>

*Die hier diskutierten Tatbestandsmerkmale von Art. 8 UWG dürfen nicht losgelöst vom Kriterium von Treu und Glauben (dazu sogleich unten Ziff. IV.4) gesehen werden. Das gilt in ganz besonderem Masse für das Tatbestandsmerkmal «ungerechtfertigt». In der Literatur wird denn auch überwiegend geltend gemacht, die Frage, ob ein erhebliches Missverhältnis ungerechtfertigt sei, müsse nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung geprüft werden.<sup>100</sup> Deutlicher liesse sich nicht zum Ausdruck bringen, dass diesem Tatbestandsmerkmal keine eigenständige Bedeutung zukommt (und dass es somit überflüssig ist).<sup>101</sup>*

#### **4. In Treu und Glauben verletzender Weise**

##### **a) Der Grundsatz der Fairness als Beurteilungsmassstab**

Nach herrschender Lehre handelt es sich beim Kriterium von Treu und Glauben in Art. 8 UWG *nicht um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern vielmehr um einen Beurteilungsmassstab.*<sup>102</sup> Die bei der Anwendung von Art. 8

---

<sup>99</sup> Ähnlich THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 50, der allerdings ausführt, der Begriff «ungerechtfertigt» sei bereits im Begriff «Missverhältnis» enthalten.

Ähnlich auch KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 121.

<sup>100</sup> HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201 f.; MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.2.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 14; DERS., Grundpfandrechte, S. 98 ff.

Ähnlich auch FURRER, AGB-Inhaltskontrolle, S. 327.

<sup>101</sup> G.L.M. DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 124 Rz. 49 («manifestement superflue»); HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1201 f.; STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG, S. 184.

A.M., aber ohne nähere Erklärung, SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 79.

<sup>102</sup> BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1408; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 125; RUSCH, Bankgebühren, S. 172; SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100; THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 23 f.

Ähnlich SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 13 f. (unter Hinweis auf die deutsche Lehre), sowie STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG, S. 184, und HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1204.

Siehe für das deutsche Recht etwa STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97.

Kritisch zu diesem Beurteilungsmassstab (wegen der fehlenden Klarheit) MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 330.



UWG erforderliche umfassende Interessenabwägung<sup>103</sup> hat – dies ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit<sup>104</sup> – nach dem *Grundsatz der Fairness* zu erfolgen.<sup>105</sup> In seiner Botschaft hat der Bundesrat diesen Gedanken wie folgt ausgedrückt: «Das Kriterium von Treu und Glauben erlaubt eine differenzierte Bewertung in Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner.»<sup>106</sup> Zu prüfen ist, ob die erhebliche Ungleichverteilung von Rechten und Pflichten (zu Lasten der Konsumentin) aus der Sicht einer loyalen Person als sachgerecht erscheint.<sup>107</sup> Bei einem erheblichen Missverhältnis in der Verteilung von Rechten und Pflichten in AGB ist dies nicht leichthin anzunehmen. Daher kann man – wie dies in der Lehre zum Teil vertreten wird<sup>108</sup> – durchaus von *einer (natürlichen) Vermutung für einen Verstoss gegen Treu und Glauben ausgehen, wenn das Tatbestandselement des erheblichen Missverhältnisses erfüllt ist*. Es ist dann Sache der Verwenderin, Umstände darzulegen, aus denen geschlossen werden kann, dass die strittige AGB-Klausel doch dem Fairnessprinzip entspricht.

#### **b) Die treuhandähnliche Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite**

Im Grunde könnte man sich fragen, ob die Erwähnung dieses Beurteilungsmassstabes in Art. 8 UWG überhaupt erforderlich ist. Denn gemäss Art. 2 ZGB hat ja jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln, d.h. Treu und Glauben ist von allen Rechtssubjekten, mithin auch von AGB-Verwendern, stets zu

---

A.M. wohl BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 56 Rz. 24, dem zufolge es sich hier um «une condition supplémentaire» handelt. Ähnlich auch FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 234 Rz. 1019 («le caractère cumulatif des critères»).

<sup>103</sup> Dazu schon vorn Ziff. IV.2.

<sup>104</sup> SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*, S. 100.

<sup>105</sup> FURRER, *AGB-Inhaltskontrolle*, S. 327; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1204; RUSCH, *Bankgebühren*, S. 172; STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG*, S. 184 («Sicherung eines Mindestmasses inhaltlicher Vertragsfairness»).

<sup>106</sup> BOTSCHAFT, *BBl* 2009, S. 6179.

<sup>107</sup> SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 14; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 99.

<sup>108</sup> DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 126 Rz. 52; SCHMID, *Inhaltskontrolle*, S. 15; DERS., *Grundpfandrechte*, S. 100.

Tendenziell a.M. wohl BOTSCHAFT, *BBl* 2009, S. 6178 («AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung [erheblich] abweichen.») und dem folgend FORNAGE, *Mise en oeuvre*, S. 235 f. Rz. 1024.

berücksichtigen.<sup>109</sup> Bei richtiger Betrachtungsweise muss man aber dem Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 8 UWG eine weitergehende Bedeutung zumessen. Der Fairnessgrundsatz verpflichtet den AGB-Verwender, « ... bei der Formulierung seiner AGB *den berechtigten Interessen des Konsumenten Rechnung (zu) tragen ...*»<sup>110</sup> bzw. – wie es im Ingress der AGB-Richtlinie der EU heisst – «Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der andern Partei, *deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss*, loyal und billig verhält.»<sup>111</sup> Der AGB-Verwenderin obliegt somit gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG eine eigentliche *Interessenwahrungspflicht gegenüber der Kundin*, die darauf beruht, dass AGB anders als gewöhnliche Vertragsklauseln nicht ausgehandelt werden, sondern das Resultat faktisch einseitiger Gestaltungsmacht der Verwenderin sind und daher der Korrektur durch eine solche Interessenwahrung bedürfen.<sup>112</sup>

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so ist eines klar: *Der Massstab von Treu und Glauben erhöht* – anders als in der Literatur zum Teil geltend gemacht wird<sup>113</sup> – *die Schwelle zur Bejahung der Unlauterkeit nicht und lässt den Spielraum für eine offene Inhaltskontrolle nicht schrumpfen*. Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet vielmehr zur loyalen Beachtung der Interessen der Gegenseite und kann so zu einer wirksamen Inhaltskontrolle beitragen. Das impliziert gerade keine Zurückhaltung in der Bejahung eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses<sup>114</sup>, im Gegenteil. Denn nur so kann – wie es THOUVENIN treffend ausdrückt – « ... dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Vertragspartner auf den Inhalt der AGB keinen Einfluss hatte und der Rechtsmissbrauch nicht allein im Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, *sondern auch – und gerade –*

<sup>109</sup> Ansatzweise (für das deutsche Recht) in diesem Sinne auch STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97.

<sup>110</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 30 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>111</sup> AGB-Richtlinie der EU, Erwägung 16 (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 100.

<sup>112</sup> Sinngemäss ebenso THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31, der ausführt, als Grundsatz müsse gelten, dass die Schwelle für das Eingreifen wegen Rechtsmissbrauchs tiefer anzusetzen sei als bei einem Vertrag, dessen Inhalt von den Parteien ausgehandelt worden sein.

<sup>113</sup> KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 124.

<sup>114</sup> So aber KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 125, und ähnlich auch SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

*in der Ausnützung der Gestaltungsmacht durch den AGB-Verwender begründet ist.»*<sup>115</sup> Noch deutlicher in diesem Sinne äussert sich (für das deutsche Recht) COESTER: «Dem Verwender, der faktisch die Vertragsgestaltung einseitig okkupiert, wird mittelbar die *treuhandähnliche Obliegenheit* zugewiesen, dabei auch die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen (...).»<sup>116, 117</sup> In diesem Sinne erhöht der Beurteilungsmassstab von Treu und Glauben gemäss Art. 8 UWG das Pflichtenprogramm der Verwenderin und senkt damit die Schwelle zur Bejahung der Unlauterkeit.

**c) Einzelfallbezogene oder generalisierende Betrachtungsweise?**

Ein Problem ist damit noch nicht geklärt: Hat die an Treu und Glauben gemessene Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu erfolgen oder ist eine generalisierende (typisierende) Betrachtung erforderlich?

In der Literatur wird vereinzelt sehr stark betont, dass (jedenfalls bei der Individualkontrolle von AGB) auf den Einzelfall abzustellen sei, so ganz besonders plastisch etwa von BÜYÜKSAGIS: «En effet, ce qui pourrait être un déséquilibre notable et injustifié pour un individu ne le sera pas nécessairement pour un autre.»<sup>118</sup> HESS/RUCKSTUHL vertreten die Auffassung, die geforderte Verletzung von Treu und Glauben bilde ein Kriterium, welches eine starke Einzelfallbezogenheit aufweise (weshalb gar eine abstrakt als miss-

---

<sup>115</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>116</sup> STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 97, m.Nw. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>117</sup> BAHAR, A Time for Change, S. 106 ff., sieht das Problem von AGB *nicht in der einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders, sondern in der mangelnden Transparenz von AGB* (vgl. spez. S. 111: « ... le problème des conditions générales n'est donc pas la standardisation de l'offre et l'absence de négociation en tant que telles. [...] Le problème des conditions générales résulte bien plus d'un manque de transparence quant au contenu de la prestation [...]»). M.E. liesse sich aber auch mit diesem Ansatz die treuhandähnliche Obliegenheit der Verwenderin, die Interessen der Gegenseite angemessen zu berücksichtigen, begründen.

<sup>118</sup> BÜYÜKSAGIS, La bonne foi dans l'article 8 LCD, S. 1408.

Andeutungsweise wohl ebenfalls für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 56 Rz. 26 ff. (mit Ausführungen, welche eher zur Ungewöhnlichkeitsregel passen würden); SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15; DERS., Grundpfandrechte, S. 99; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

bräuchlich festgestellte Klausel im Einzelfall nicht missbräuchlich zu sein brauche).<sup>119</sup> Auch die BOTSCHAFT scheint in diese Richtung zu deuten:

«Wenn AGB auf die Vereinbarkeit mit dem Prinzip von Treu und Glauben überprüft werden, können im Falle der Individualkontrolle auch die konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitberücksichtigt werden. Dagegen drängt sich bei einer abstrakten Inhaltskontrolle zwangsläufig eine typisierende, am durchschnittlichen Vertragspartner orientierte Betrachtungsweise auf.»<sup>120</sup>

Nicht eindeutig ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme von THOUVENIN. Zwar ermöglicht ihm zufolge Art. 8 UWG auch im Rahmen einer Individualkontrolle einzig eine abstrakte Prüfung; die konkreten Umstände des Vertragsschlusses könnten also nicht in die Beurteilung miteinbezogen werden.<sup>121</sup> Im Gegenzug meint aber auch er (unter anderem unter Berufung auf die AGB-Richtlinie der EU), dass die vertragsrechtliche AGB-Kontrolle immer Individualkontrolle sei und unter Einschluss der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen habe.<sup>122</sup>

Im Übrigen äussert sich die schweizerische Lehre soweit ersichtlich kaum bzw. nicht ausdrücklich zu dieser Problematik. Der Tendenz nach scheinen gewisse Autoren eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise bei der Individualkontrolle zu befürworten.<sup>123</sup>

Sachgerecht ist nach meinem Dafürhalten nur eine Betrachtungsweise, die sich auch bei der Individualkontrolle von den konkreten Umständen des Einzelfalles (wie z.B. die Geschäftserfahrenheit der Kundin, die Aufklärung der Kundin über die Tragweite bestimmter Klauseln durch den AGB-Verwender etc.) löst. Solche konkreten Umstände des Einzelfalles sind im Rahmen der Einbezugskontrolle (dort insbesondere im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel) und der Auslegungskontrolle zu berücksichtigen, nicht aber bei der Inhaltskontrolle.<sup>124</sup> Massgebend sein muss daher auch

---

<sup>119</sup> HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1208 f.

<sup>120</sup> BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179.

<sup>121</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6 in fine.

<sup>122</sup> THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 5.

<sup>123</sup> Siehe etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15; ähnlich, wenn auch undeutlich BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 56 Rz. 27 (spez. unter Berücksichtigung der Fn. 31), sowie BAHAR, A Time for Change, S. 134.

<sup>124</sup> So auch für das deutsche Recht ausserhalb von Verbraucherverträgen STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 109.

bei der Individualkontrolle eine generalisierende, typisierende Betrachtungsweise (die durchaus gruppentypische Differenzierungen zulässt), wie dies etwa im deutschen Recht – allerdings nur ausserhalb des Verbraucherrechts – gilt.<sup>125</sup> Denn eine einzelfallbezogene Beurteilung von AGB-Klauseln bei der Individualkontrolle könnte eine wirksame AGB-Inhaltskontrolle wesentlich erschweren. Zudem würde dadurch die Generalkontrolle von AGB gestützt auf Verbandsklagen oder Klagen des Bundes gemäss Art. 9 f. UWG weitgehend ihres Sinnes beraubt. Darauf wird einlässlich zurückzukommen sein.<sup>126</sup>

#### **d) Konkretisierung anhand von Fallgruppen?**

In der Literatur werden zur Veranschaulichung und Konkretisierung dessen, was gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG verstossen könnte, eine Fülle von (beispielhaften) Fallgruppen genannt und diskutiert, so etwa das *Fehlen eines schutzwürdigen Interesses* und die *nutzlose Rechtsausübung*, das *krasse Missverhältnis der Interessen*, *widersprüchliches Verhalten* und *zweckwidrige Rechtsausübung*<sup>127</sup> oder *Risikosphäre und Risikobeherrschung*, der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit*, die *Berücksichtigung der Art der Güter und Dienstleistungen* sowie die *Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses*.<sup>128</sup>

Die Zukunft wird weisen müssen, ob und inwieweit sich der Beurteilungsmassstab der Fairness i.S.v. Art. 8 UWG mit Hilfe dieser (und allenfalls weiterer) Fallgruppen konkretisieren lässt. Wichtig und brauchbar sind sicher Überlegungen zur Risikobeherrschung, zur Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit sowie zur Art der Güter und Dienstleistungen, während etwa die Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses wegen Intransparenz abzulehnen ist.<sup>129</sup> *Wesentlich ist aber ohnehin, dass die Beurteilung stets aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände erfolgt und dass dabei der oben geschilderten treuhandähnlichen Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der Gegenseite Rechnung getragen wird.* Diese Schwelle dürfte

---

Abweichendes gilt im deutschen Recht aber für Verbraucherverträge (dazu unten Ziff. V.2.c).

<sup>125</sup> Dazu einlässlich STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 109 ff.

<sup>126</sup> Siehe unten Ziff. V.2.c).

<sup>127</sup> Dazu ausführlich THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31.

<sup>128</sup> Dazu ausführlich HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1205 f.

<sup>129</sup> Dazu vorn Ziff. IV.1.

allemaal schon deutlich unterhalb der Schwelle einiger der erwähnten Fallgruppen (wie etwa der nutzlosen Rechtsausübung oder des krassen Missverhältnisses der Interessen) erreicht sein. Daher sollten gewisse Fallgruppen nur mit der gebotenen Zurückhaltung als «Vergleichsgrössen» herangezogen werden.

Nützlicher können allenfalls die in der Literatur in Anlehnung an das Votum von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN im Nationalrat als mögliche Beispiele für missbräuchliche AGB-Klauseln aufgeführten Klauselgruppen sein, so etwa *Freizeichnungsklauseln*, Klauseln, welche dem Verwender ein *einseitiges Änderungsrecht* einräumen, *Abreden über Konventionalstrafen*, *Verrechnungsverbote*, *Verwirkungs- und Schriftformklauseln*, *Verlängerungsklauseln*, *Einwilligungsklauseln*, *Auslegungs- und Beweislastklauseln* oder *Rechtswahl-, Gerichtsstand- und Schiedsgerichtsklauseln*.<sup>130</sup> Diese (nicht abschliessend zu verstehenden) Klauselgruppen illustrieren sehr schön, was der Tendenz nach als unlauter i.S.v. Art. 8 UWG qualifiziert werden könnte. Ebenso hilfreich können aber auch die Klauseln der «grauen Liste» im Anhang der AGB-Richtlinie der EU sein<sup>131</sup> (die teilweise mit den vorstehend aufgeführten Klauselgruppen übereinstimmen).

## 5. Beispiele aus der Bankpraxis

### a) Risikotragung bei Legitimationsmängeln<sup>132</sup>

*Risikotragungsklauseln bei Legitimationsmängeln* haben in Banken-AGB eine grosse praktische Bedeutung. Ohne anderweitige vertragliche Abrede könnten Banken das Konto einer Kundin nur belasten, wenn sie Zahlungsaufträge ausgeführt haben, die von der Kundin stammen. Stammt ein Zahlungsauftrag nicht von der Kundin, sondern von jemandem anderem (der z.B. die Unterschrift gefälscht hat oder sonst wie verfälschend – z.B. durch Veränderung von Ziffern oder durch den Austausch von Zahlungsbelegen – eingegriffen hat), ohne dass die Bank dies merkt, so führt sie eine *Putativweisung* aus. Die Befolgung einer Putativweisung aber stellt keine korrekte Auftrags-

---

<sup>130</sup> Dazu statt aller etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 12 f. (unter Hinweis auf das Votum von Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN im Nationalrat, AB 2011 N 229).

Ähnlich auch SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 101.

<sup>131</sup> So auch etwa SCHMID, Grundpfandrechte, S. 100, und SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 101.

<sup>132</sup> Siehe zu diesem Beispiel bereits schon vorn Ziff. IV.2.

ausführung i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR dar und verschafft der Bank daher keinen Anspruch auf Verwendungsersatz.<sup>133</sup> Mit Risikotragungsklauseln in ihren AGB versuchen die Banken, dem entgegenzuwirken und sich ein *Recht auf Schadloshaltung zu Lasten der Kundin* zu sichern, wenn sie Opfer einer entsprechenden Fälschung werden.

In Banken-AGB fanden sich in diesem Zusammenhang früher etwa Klauseln wie die folgende:

«Die Bank prüft die Legitimation durch Vergleich der Unterschriften mit den bei ihr deponierten Unterschriften. Zu einer weitergehenden Legitimationsprüfung ist die Bank nicht verpflichtet, aber berechtigt. Aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann.»

Wie bereits erwähnt<sup>134</sup>, ist eine solche Risikotragungsklausel nicht sachgerecht. Hier wird in *ganz erheblicher Weise* zu Lasten der Kundin von dem abgewichen, was ohne die AGB-Klausel gelten würde. Mit einer solchen Klausel, die das ganze Zufallsrisiko der Kundin zuweist, könnte sich – würde sie wirklich ernst genommen – niemand ein Bankkonto leisten. Sie verstösst zudem in geradezu eklatanter Weise *gegen den Grundsatz der besseren Risikoherrschaft*. Denn die Banken haben es in der Hand, über die Erhöhung von Sicherheitsstandards die Folgen von Legitimationsmängeln zu reduzieren. Erhöhte Sicherheitsstandards aber sind mit Kosten verbunden, und für entsprechende Investitionen besteht überhaupt kein Anreiz, wenn nicht die Bank die Risiken aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln zu tragen hat, sondern die Kundin. Eine solche Risikoabwälzung, welche die legitimen Interessen der Kundin in keiner Weise wahrt, *verstösst damit gegen Treu und Glauben*. Vor Art. 8 UWG kann eine solche Klausel keinen Bestand haben.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> BGE 94 II 37 E. 5 S. 40 (« ... denn der blosse Putativauftrag ist kein Auftrag [...]»)  
Siehe zur «Rechtsslage ohne AGB» auch RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 439 f., m.Nw., und aus der neueren Rechtsprechung etwa BGE 132 III 449 E. 2 S. 451 f.

<sup>134</sup> Vgl. vorn Ziff. IV.2.

<sup>135</sup> Gl.M. RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 442 f., mit den treffenden Ausführungen: «Der Bankkunde muss ein nicht steuerbares Risiko tragen, das sein ganzes Bankguthaben auffressen kann. (...) Die Bank hingegen hat das Risiko besser im Griff. Sie kann es durch die notwendige Sorgfalt bei der Legitimationsprüfung erkennen, aufgrund der Grösse und Vielzahl von Kundenbeziehungen besser tragen und auch versichern.»

In neuerer Zeit haben nun aber etliche Banken ihre entsprechenden AGB-Klauseln geändert. Eine neuere Version lautet z.B.:

«Der Kunde hat seine Bankunterlagen sorgfältig aufzubewahren, damit Unbefugte nicht auf die darin enthaltenen Informationen zugreifen können. Erteilt er Zahlungsaufträge, so beachtet er alle Vorsichtsmassnahmen, welche das Risiko von Betrügereien vermindern. Codes hält er geheim, um Missbräuche zu verhindern. Schäden, die auf einer Verletzung dieser Sorgfaltspflichten beruhen, trägt der Kunde. XXX (= die Bank) trifft angemessene Massnahmen, um Betrügereien zu erkennen und zu verhindern. Verletzt sie dabei die geschäftsübliche Sorgfalt, übernimmt sie den eingetretenen Schaden. Tritt ein Schaden ein, ohne dass XXX oder der Kunde ihre Sorgfalt verletzt haben, so trägt ihn diejenige Partei, deren Einflussbereich er zuzurechnen ist.»

Diese Klausel ist wesentlich kundenfreundlicher. Die Schadenüberwälzung auf die Kundin für den Fall, dass sie Sorgfaltspflichten verletzt, entspricht im Wesentlichen der Schadenersatzregelung gemäss Art. 402 Abs. 2 OR. Der Kundin Sorgfaltspflichten im Umgang mit ihren Bankunterlagen zuzuweisen, ist für sich genommen durchaus sinnvoll. Auslegungs- bzw. konkretisierungsbedürftig ist allerdings der Umfang dieser Pflichten. Muss die Kundin ihre Kontoinformationen zu Hause in einem Tresor aufbewahren oder reicht es, wenn sie sie in einen Ordner ablegt, den ein Einbrecher ohne weiteres behändigen kann? Darf sie ein Couvert mit Zahlungsaufträgen in einen Postbriefkasten im Quartier werfen oder muss sie das Couvert zur Bank bringen? Legt man hier einen hohen Massstab an die Sorgfaltspflichten an, denen die Kundin zu genügen hat, so wird das Bankkonto der Kundin rasch einmal mehr Last als Freude bringen. Je nach den Umständen wäre dann mit der Klausel wiederum ein erheblicher Nachteil für die Kundin verbunden, der mit einer legitimen Interessenwahrungspflicht, die der Bank der Kundin gegenüber obliegt, nicht vereinbar wäre.

Noch grössere Probleme bei einer Inhaltskontrolle bietet der letzte Satz der neu formulierten AGB-Klausel. Grundsätzlich liegt das Risiko von Schäden, die ohne die Verletzung von Sorgfaltspflichten einer Partei eintreten, wie erwähnt bei der Bank. Mit dem letzten Satz der AGB-Klausel wird dieses *Zufallsrisiko* teilweise zur Kundin hin verschoben, d.h. die Kundin wird benachteiligt. Ob diese Benachteiligung erheblich und treuwidrig ist, hängt davon ab, wie der Einflussbereich der Kundin abgrenzt wird. Nach meinem



Dafürhalten dürfte die fragliche AGB-Klausel insoweit vor Art. 8 UWG nur Bestand haben, wenn dieser Einflussbereich relativ eng aufgefasst wird.<sup>136</sup>

Dieses Beispiel illustriert ein weiteres Problem sehr eindrücklich: *Oft lässt sich eine AGB-Inhaltskontrolle nicht losgelöst von der Auslegungskontrolle durchführen.* Je kundenfreundlicher die Auslegung, desto geringer ist die Gefahr, dass eine AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstößt. Die Zukunft wird weisen müssen, wie die Gerichte und die AGB-Verwender mit diesem Zusammenspiel von zwei verschiedenen AGB-Kontrollebenen umgehen werden.<sup>137</sup> Besonders spannend könnte dieses Zusammenspiel werden, wenn sich eine AGB-Verwenderin im Rahmen einer Generalkontrolle zur Abwehr einer Verbands- oder Bundesklage darauf beruft, die umstrittene Klausel sei zu ihren Lasten kundenfreundlich auszulegen und halte daher vor der Inhaltskontrolle stand. Soll die abstrakte Inhaltskontrolle durch Verbands- oder Bundesklagen nicht ihres Sinnes beraubt werden, wird man jedenfalls der AGB-Verwenderin in einem solchen Prozess nicht leichtthin ein solches Argument abnehmen dürfen. *Insbesondere wird man es der Verwenderin versagen müssen, im Rahmen einer Verbands- oder Bundesklage die Unklarheitsregel anzurufen.*<sup>138</sup> Die Unklarheitsregel dient dem Schutz der Kundin, nicht der Verwenderin; deren Anrufung durch die Verwenderin wäre daher rechtsmissbräuchlich.<sup>139</sup>

## b) Genehmigungsklauseln

Banken-AGB enthalten wohl durchwegs Klauseln, welche die Frage regeln, was gelten soll, wenn der Kundin Banktransaktionen gemeldet oder Kontoauszüge zugestellt werden und diese bei allfälligen Fehlern nicht bzw. nicht umgehend reagiert. Eine früher verwendete entsprechende Klausel hatte z.B. den folgenden Wortlaut:

---

<sup>136</sup> Wahrscheinlich noch enger RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 443, der andeutet, dass aus seiner Sicht bloss eine Klausel gültig sei, welche eine Abwälzung nur *im Ausmass eines allfälligen Kundenverschuldens* vorsehe (Hervorhebung bereits im Original).

<sup>137</sup> Vgl. zum Zusammenspiel zwischen Inhaltskontrolle und Auslegungskontrolle – und dabei insbesondere zur hier vertretenen Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung – unten Ziff. V.1. und dort insbesondere Fn. 174.

<sup>138</sup> A.M. offenbar BAHAR, A Time for Change, S. 135.  
Siehe zur Verbands- und zur Bundesklage unten Ziff. V.2.b).

<sup>139</sup> Vgl. dazu auch unten Ziff. IV.5. b) und d) sowie Ziff. V.1., je am Schluss.

«Alle Einwendungen oder Beschwerden betreffend die Ausführung oder Nichtausführung von Aufträgen jeder Art, betreffend Konto- oder Depot- bzw. Vermögensauszüge oder die Bewertung von Guthaben oder andere Mitteilungen der Bank sind sofort nach Empfang der diesbezüglichen Anzeige, in jedem Fall innerhalb eines Monats seit Zustellung anzubringen; unterbleibt eine solche Beanstandung, so gelten die Ausführung oder Nichtausführung des Auftrags sowie die entsprechende Mitteilung als genehmigt.»

Diese Klausel beinhaltet eine *Genehmigungsfiktion* zu Lasten der Kundin. Von ihrem Wortlaut her soll sie auch gelten, wenn die Bank einen schweren Fehler gemacht hat (obwohl sich die Bank in einem solchen Fall gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen könnte, sofern die Genehmigungsfiktion zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt<sup>140</sup>). Unklar ist sodann, was unter «sofort nach Empfang» zu verstehen ist. Gemeint sein muss damit jedenfalls von der Sprachlogik her weniger als ein Monat, sonst wäre dieser Satzteil überflüssig. Daher riskiert jede Kundin, die für eine oder zwei Wochen abwesend ist (z.B. in den Ferien) und daher nicht «sofort» einen Bankauszug beanstanden kann, Opfer der Genehmigungsfiktion zu werden. Die Klausel läuft letztlich auf eine sehr kurze Verwirkung von Ansprüchen der Kundin hinaus und ist zudem – soweit schwere Fehler der Bank in Frage stehen – «überschiessend» formuliert. Das Bundesgericht hat zwar solche Genehmigungsfiktionen in seiner bisherigen Rechtsprechung in gewissen Grenzen akzeptiert.<sup>141</sup> Die hier diskutierte Klausel benachteiligt aber die Kundin ganz erheblich und trägt ihren Interessen nicht angemessen Rechnung. Vor dem neuen Art. 8 UWG dürfte sie daher nicht (mehr) standhalten.

In letzter Zeit haben die Banken ihre entsprechenden AGB-Klauseln zum Teil modifiziert. Neu mag eine solche Klausel z.B. wie folgt lauten:

«Will der Kunde geltend machen, dass Aufträge mangelhaft oder nicht ausgeführt wurden, oder Konto/Depotauszüge oder andere Mitteilungen

---

<sup>140</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3, m.Nw.

Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2006 vom 4. August 2006 E. 2.1, dem zufolge Stillschweigen nur insoweit als Zustimmung zu werten ist, als die Bank nicht weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Bankkunden der Genehmigungswille fehlt.

<sup>141</sup> Siehe dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A\_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.2, m.Nw.; vgl. zudem auch BAHAR, A Time for Change, S. 118. Zu den Grenzen siehe oben Fn. 140.

von XXX (= die Bank) beanstanden, muss er dies sofort nach Empfang der entsprechenden Anzeige, spätestens aber innert einer von XXX allenfalls angesetzten Frist vorbringen. Vom Kunden nicht rechtzeitig erfolgte Beanstandungen können dazu führen, dass er die ihm obliegende Schadenminderungspflicht verletzt und er für den hieraus entstehenden Schaden einzustehen hat.»

Diese Klausel ist wesentlich kundenfreundlicher formuliert. Sie beinhaltet keine Genehmigungsfiktion mehr, sondern bloss noch eine *Schadenersatzregelung*. Reagiert die Kundin auf Fehler nicht, so schliesst dies eine spätere Korrektur (anders als bei einer Genehmigungsfiktion) nicht mehr aus. Die Klausel bezweckt nur noch, die Bank vor Schaden aus weiteren Fehlbuchungen etc. zu bewahren, die sich bei einer Reklamation durch die Kundin hätten vermeiden lassen, bzw. der Bank zu ermöglichen, sich rechtzeitig an Dritte zu wenden, welche von Fehlbuchungen profitiert haben. Eine solche Schadenminderungspflicht der Kundin ist für sich genommen durchaus sachgerecht.<sup>142</sup> Insoweit wird man von einem Verstoss gegen Art. 8 UWG nicht sprechen können.

Problematisch ist aber wiederum die Frage, was unter «sofort nach Empfang» zu verstehen ist.<sup>143</sup> Eine Frist von weniger als einem Monat wäre nach meinem Dafürhalten heikel, da Kunden aus beruflichen oder privaten Gründen (z.B. Ferien) ohne weiteres mehrere Wochen ortsabwesend sein können und daher zu einer kurzfristigen Remonstration aus legitimen Gründen nicht in der Lage sind. Bei einer rigorosen Auslegung dieser Klausel dürfte sie daher gegen Art. 8 UWG verstossen. Da eine rigorose Auslegung vom Wortlaut der Klausel her nicht ausgeschlossen ist und sich die Bank im Rahmen einer Generalkontrolle nicht auf eine kundenfreundliche Interpretation berufen kann<sup>144</sup>, wird die neue AGB-Klausel jedenfalls bei ei-

---

<sup>142</sup> Vorausgesetzt allerdings, dass die Anforderungen an die Art und Weise der Remonstration nicht zu hoch angesetzt werden (höchst problematisch diesbezüglich das Urteil des Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005, wo eine telefonische Reaktion an den Kundenberater als nicht hinreichend erachtet wurde).

<sup>143</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch etwa § 308 Ziff. 5 BGB, wonach dem Kunden eine «angemessene Frist» einzuräumen ist (lit. a) und der AGB-Verwender zudem den Kunden bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen hat (lit. b).

<sup>144</sup> Vgl. dazu auch vorn Ziff. IV.5. a) sowie hinten Ziff. IV.5.d) und Ziff. V.1, je am Schluss. Zur Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung insbesondere Fn. 174.

ner abstrakten Inhaltskontrolle vor Art. 8 UWG möglicherweise nicht standhalten.

**c) Änderungsvorbehalte<sup>145</sup>**

Die meisten (wenn nicht gar alle) Banken-AGB enthalten *Änderungsvorbehaltsklauseln*. Eine solche Klausel kann z.B. wie folgt lauten:

«Die Bank kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit ändern. Der Kunde wird vorgängig schriftlich oder auf andere geeignete Weise informiert.»

Eine solche Klausel ist unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG ausserordentlich problematisch. *Letztlich liefert sie die Kundin vorbehaltlos der Willkür der Bank aus*, soll doch so die Bank die Möglichkeit haben, ihre AGB jederzeit einseitig zu ändern.<sup>146</sup> Eine Zustimmung der Kundin zur Vertragsänderung erachtet die Bank offenkundig nicht mehr als erforderlich. Damit entfernt sich die Bank weit vom klassischen vertragsrechtlichen Denken.<sup>147</sup> Zutreffend haben RUSCH/HUGUENIN solche in AGB versteckten Klauseln als «trojanisches Pferd im Vertrag» bezeichnet.<sup>148</sup>

Mit einer solchen Klausel sind zahlreiche Fragen verbunden. Offen bleibt z.B., ob die Kundin gegen die Änderung remonstrieren kann. Sollte eine Remonstration grundsätzlich ausgeschlossen sein, so würde die Klausel ganz offenkundig gegen Art. 8 UWG verstossen. Unklar ist aber auch, was bei einer allfälligen Remonstration geschieht. Akzeptiert die Bank die Remonstration *tel quel* (womit die bisherigen AGB weitergelten) oder kündigt

---

<sup>145</sup> Siehe zu Änderungsvorbehaltsklauseln einlässlich (mehrere Jahre vor Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG) bereits RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte.

<sup>146</sup> Besonders belastend sind für Bankkunden die Änderung von Bankgebühren, und dabei *insbesondere die Einführung neuer Gebühren* (z.B. für die Kontosaldierung, für die Auslieferung von Wertpapieren oder für die Umbuchung von Wertpapieren aus dem Depot auf das Depot bei einer andern Bank). Bankgebühren bieten aber nicht nur bei einer Änderung, sondern ganz allgemein Probleme im Zusammenhang mit Art. 8 UWG (dazu einlässlich etwa RUSCH, Bankgebühren, S. 170 ff.).

<sup>147</sup> Treffend zu solchen Klauseln RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 54: «Das Grundverständnis, dass Verträge ausgehandelt werden und auf einem Konsens beruhen, ist in diversen Branchen gänzlich verloren gegangen. Stattdessen verhalten sich einige Unternehmungen wie Gesetzgeber, die über den Inhalt der Vertragsbeziehung zu ihren Kunden auch nach Vertragsschluss einseitig entscheiden.»

<sup>148</sup> RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 37.

sie die Bankbeziehung? Da die Bank dies in ihrer Klausel nicht ausschliesst, wird die Kundin mit einer solchen Reaktion rechnen müssen. Da die Kündigung der Bankbeziehung für die Kundin ausserordentlich belastend ist, müsste man wohl auch aus diesem Grund von einem Verstoss gegen Art. 8 UWG sprechen.<sup>149</sup>

Eine ganz besondere Sachlage kann beim E-Banking entstehen. Bisweilen haben Banken in den letzten Jahren beim E-Banking ein elektronisches Akzept der geänderten AGB verlangt, bevor weitere E-Banking-Vorgänge möglich waren, d.h. die Kundin konnte weitere E-Banking-Transaktionen erst vornehmen, nachdem sie die neuen AGB akzeptiert hatte. Da die meisten Kunden (z.B. für die Abwicklung von Zahlungen) darauf angewiesen sind, ihre E-Banking-Transaktionen rasch erledigen zu können, in der Regel also mit solchen Transaktionen nicht warten können, bis sie bei einer andern Bank ein Konto mit E-Banking eingerichtet haben, besteht hier ein faktischer Zwang, die neuen AGB sofort zu akzeptieren. *Darin liegt ein ganz krasser Verstoss gegen Art. 8 UWG.* Entschärft wird die Situation, wenn die Kunden noch während einer Überlegungsfrist von ein paar Wochen die Möglichkeit zum E-Banking haben, bis sie sich zum Akzept der neuen AGB entschliessen müssen. Aber auch dann gilt, was oben gesagt wurde: Zwingt man die Kundin – wenn auch nach einer Überlegungsfrist – dazu, entweder geänderte AGB zu akzeptieren oder auf das E-Banking zu verzichten, so ist dies für sie in aller Regel ausserordentlich belastend. Selbst dies dürfte somit vor Art. 8 UWG nicht standhalten.

*Entschärft werden könnte die Frage, ob eine solche Änderungsvorbehaltsklausel gegen Art. 8 UWG verstösst, in Zukunft durch eine insgesamt griffige AGB-Inhaltskontrolle.* Denn wenn die Kundin generell sehr gut gegen die Verwenderin geschützt wird, sind einseitig geänderte AGB für sie von nicht allzu grossem Nachteil. Es bleibt dann «nur» noch das (allerdings nicht zu unterschätzende) Prognoserisiko, wenn sie sich die Frage stellt, ob sie die geänderten AGB stillschweigend akzeptieren soll, weil die heiklen neuen Klauseln ja wegen eines Verstosses gegen Art. 8 UWG ohnehin nicht gültig sind.

---

<sup>149</sup> Siehe für das europäische Recht zu den Änderungsvorbehalten in AGB auch Ziff. 1 lit. j des Anhangs der AGB-Richtlinie der EU (allerdings mit «Gegenausnahmen» in Ziff. 2 lit. b).

Zu Recht haben bereits im Jahr 2008 RUSCH/HUGUENIN, Einseitige Änderungsrechte, S. 54, die Notwendigkeit einer offenen Inhaltskontrolle (und dabei insbesondere einer vom Einzelfall losgelösten Generalkontrolle) betont.

Hier kann nur eine mehrjährige konstant kundenfreundliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu Art. 8 UWG helfen. Ob (und bis wann) die kommen wird, steht zurzeit jedoch in den Sternen.

Kurz: Hält eine Änderungsvorbehaltsklausel, wie sie hier diskutiert wird, vor Art. 8 UWG nicht stand, so kann sich die Bank einer Kundin gegenüber nicht auf die neuen AGB berufen, wenn diese auf die Zustellung der neuen AGB nicht ablehnend reagiert hat.<sup>150</sup> *Aus dem Stillschweigen der Kundin kann dann nicht auf ein Akzept der neuen AGB geschlossen werden.*

In Banken-AGB gibt es neben allgemeinen (die AGB als Ganzes betreffenden) zum Teil auch *spezielle Änderungsvorbehaltsklauseln*. So findet man z.B. in Verträgen über *Festhypotheken* die folgende Klausel<sup>151</sup>:

«Die Zinssätze bzw. Zinsmargen der unter dem Rahmenkreditvertrag benutzten Produkte (...) werden angepasst, sofern der Bank bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus diesem Vertrag aufgrund staatlicher Anordnungen (Änderungen der gesetzlichen Eigenmittelunterlegungssätze, Mindestreserven u.ä.) Mehrkosten entstehen.»

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre eine solche Änderungsvorbehaltsklausel *zumindest ungewöhnlich*, wenn der Kundin im Gegenzug nicht ein Kündigungsrecht im Falle einer Zinserhöhung eingeräumt wird.<sup>152</sup> Darüber hinaus wird sie aber auch gegen Art. 8 UWG verstossen, und zwar selbst dann, wenn die Kundin die Festhypothek bei einer Zinserhöhung kündigen dürfte. *Das Recht der Bank zur einseitigen Zinserhöhung widerspricht dem Gedanken der Festhypothek, die sich ja gerade durch einen festen Zinssatz über die ganze Laufzeit des Kreditverhältnisses charakterisiert, fundamental.* Die der Kundin aufgebürdete Benachteiligung würde durch ein ihr allenfalls eingeräumtes Kündigungsrecht nicht aufgewogen. Denn die Kündigung der Festhypothek würde der Kundin in dieser Situation kaum nützen, da sie sich nicht anderweitig einen günstigeren Kredit verschaffen können. Banken müssen bei Festhypotheken mit dem Risiko leben, dass Eigenmittelunterlegungsvorschriften ändern. Die Abwälzung dieses typischerweise in ihrem Sphärenbereich liegenden Risikos auf die Kundin trägt deren Interes-

---

<sup>150</sup> Auf einem ganz andern Blatt steht die Frage, ob die Bank die Zustellung der neuen AGB (die ja in aller Regel mit gewöhnlicher Post versandt werden) beweisen kann. Damit riskiert die Bank, sich schon aus beweisrechtlichen Gründen nicht auf die geänderten AGB berufen zu können.

<sup>151</sup> Siehe zu diesem Beispiel bereits schon vorn Ziff. IV.1. und 2.

<sup>152</sup> BGE 135 III 1 (betreffend Prämienerrhöhung bei einer Elementarschadenversicherung).

senlage in keiner Weise Rechnung und verstösst daher klar gegen Treu und Glauben.<sup>153</sup>

#### d) Vorzeitige Kündigung einer Festhypothek

Festhypotheken zeichnen sich durch eine vertraglich genau fixierte Dauer des Kreditverhältnisses aus. Dennoch enthalten die entsprechenden Verträge in den AGB in aller Regel Klauseln, welche der Bank unter gewissen Voraussetzungen eine vorzeitige Kündigung der Festhypothek erlauben. Solche Regelungen sind insoweit verständlich und im Wesentlichen unbedenklich, als sie die Bank berechtigen, z.B. im Falle eines Konkurses des Schuldners oder bei einem Verzug des Schuldners mit der Zahlung des Hypothekarzinses das Kreditverhältnis vorzeitig aufzulösen.

Darüber hinaus finden sich in den Verträgen über Festhypotheken aber oft auch weitere Bestimmungen über das Recht der Bank zur vorzeitigen Vertragsbeendigung. Als Beispiel sei etwa die folgende AGB-Klausel erwähnt:

«Die Bank kann diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung ganz oder teilweise kündigen und (...) die Rückzahlung verlangen, falls eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- (...);
- die Bonität des Schuldners hat sich wesentlich verschlechtert;

---

<sup>153</sup> Bankjuristen werden geneigt sein, die hier diskutierte Klausel als Vertragsanpassungsklausel zu charakterisieren, welche eine bestimmte Fallkonstellation vertraglich regeln will, die sonst unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* beurteilt werden müsste. Eine solche vertragliche Regelung müsse möglich sein.

Das mag für Kreditkunden im gewerblichen Bereich vielleicht zutreffen. Gewerbliche Kunden werden in vielen Bereichen ihrer Geschäftstätigkeit mit vertraglichen «Hardship-Regeln» konfrontiert sein und solche Regeln bis zu einem gewissen Grad akzeptieren müssen (wobei dies bei der hier diskutierten Klausel im Hinblick auf deren inhaltliche Unbestimmtheit fraglich ist [vgl. zu dieser Problematik BGE 135 III 1 E. 2.5 S. 10]). Für den Privatbereich (d.h. für Konsumentinnen und Konsumenten) darf die Rechtsordnung aber die Zulässigkeit einer vertraglichen Zuweisung des «Veränderungsrisikos» an den Kunden nur mit grösster Zurückhaltung akzeptieren.

Die hier diskutierte AGB-Klausel ist im Übrigen noch aus einem andern Grund problematisch. Verschärfungen von Eigenmittelunterlegungssätzen sind oft die Folge einer übermässigen Aufblähung des Kreditvolumens durch die Banken. Es geht nicht an, dass die Banken die Folgen ihres eigenen (Fehl)Verhaltens auf die Kunden abwälzen dürfen.

- (...);
- die als Sicherheit dienenden Grundstücke werden nach Ansicht der Bank einzeln oder gesamthaft in ihrem Wert vermindert oder bieten ihr sonst nicht mehr genügend Deckung;
- (...).»

Mit einer solchen AGB-Klausel würde sich die Kundin über weite Strecken der Willkür der Bank ausliefern. Die Bank hätte es in der Hand, nach ihrem Ermessen zu bestimmen, ob sich die Bonität der Schuldnerin wesentlich verschlechtert oder ob das als Sicherheit dienende Grundstück sich in seinem Wert vermindert hat. Darin liegt eine ganz erhebliche Benachteiligung der Kundin. *Bei der ersten Fallvariante* (Bonitätsverschlechterung der Schuldnerin) ist zudem nicht einmal ersichtlich, welches schützenswerte Interesse die Bank an einer vorzeitigen Kündigung hat, da kein Schuldnerverzug vorliegt und ihr ein vollwertiges Grundstück als Sicherheit zur Verfügung steht. Insoweit liegt ein krasses Interessenmissverhältnis und damit ein Verstoss gegen Treu und Glauben geradezu offenkundig auf der Hand. Bei der zweiten Fallvariante (Wertverminderung des als Sicherheit dienenden Grundstücks) ist ein schützenswertes Interesse der Bank an einer vorzeitigen Vertragsauflösung eher ersichtlich. Denn ist ein weiterer Wertezzerfall zu befürchten, so könnte die Bank mit einer vorzeitigen Vertragsauflösung (die bei Unfähigkeit der Schuldnerin zur Kreditrückzahlung zur Verwertung des verpfändeten Grundstücks führt) ihr Ausfallrisiko verkleinern. Höchst problematisch ist aber auch bei dieser Fallvariante, dass sich die Kundin praktisch völlig der Willkür der Bank ausliefert, da gemäss Wortlaut der AGB-Klausel ihre «Ansicht», also ihr Ermessen, massgebend dafür ist, ob eine hinreichende Wertverminderung eingetreten ist oder nicht. So hätte es z.B. eine Bank in der Hand, Festhypotheken in ganzen Quartieren und Dörfern in Flughafennähe vorzeitig zu kündigen, wenn sie zur Auffassung gelangt, dass ein geändertes Anflugregime die Liegenschaften in der hohen Lärmimmissionen ausgesetzten neuen Anflugschneise signifikant entwertet hat. Allein die Vorstellung, dass wegen einer solchen AGB-Klausel von einem Tag auf den andern plötzlich massenhaft «Südschneisler» ohne Dach über dem Kopf auf der Strasse stehen könnten, ist schwer erträglich. Was braucht es mehr, um die Unfairness einer solchen Klausel zu belegen?

Auch hier zeigt sich aber einmal mehr, wie eng die AGB-Inhaltskontrolle mit der Auslegungskontrolle zusammenhängt. Was heisst bei der ersten Fallvariante «wesentlich verschlechtert», wie weit gestattet die zweite Fallvariante der Bank eine Ermessensausübung? Legt man die hier diskutierte



Klausel sehr eng aus, gewährt man also der Bank nur in ausserordentlichen Extremfällen ein Recht zur vorzeitigen Kündigung, so liesse es sich vielleicht vertreten, nicht mehr von einem gegen Treu und Glauben verstossenden erheblichen Missverhältnis von Rechten und Pflichten zu sprechen. Im Einzelfall mag so der Hypothekarschuldnerin über eine kundenfreundliche Auslegung geholfen werden, soweit die Kundin selber eine solche Auslegung geltend macht. Fest steht indessen, dass sich die Bank auch hier – wie generell<sup>154</sup> – zur Abwehr einer Verbands- oder Bundesklage im Rahmen einer Generalkontrolle nicht auf eine kundenfreundliche Auslegung oder gar auf die Unklarheitsregel berufen darf.<sup>155</sup> Diese Klausel lässt sich vom Wortlaut her kundenunfreundlich auslegen, und darauf ist die Bank im Rahmen einer abstrakten (ebenso aber auch bei einer konkreten<sup>156</sup>) Inhaltskontrolle zu behaften.<sup>157</sup>

#### e) **Fazit**

Die (willkürlich ausgewählten) Beispiele von AGB-Klauseln in Bankverträgen haben verschiedenes gezeigt. Zum einen lässt sich in gewissen (wenn auch nicht in allen) Bereichen ein erfreulicher Trend hin zu kundenfreundlicheren Regelungen feststellen. Den Anstoss dazu dürfte wohl der neue Art. 8 UWG geboten haben. Die Banken haben offenbar nicht allein darauf vertraut, dass die Gerichte die revidierte Bestimmung so restriktiv anwenden werden, wie von etlichen Wirtschaftsjuristen in zahlreichen Publikationen postuliert. Zum andern hat sich aber auch gezeigt, dass viele (alte und neue) AGB-Klauseln einen sehr grossen Spielraum bei der Auslegung zulassen und dass diese Klauseln je nach Auslegung vor Art. 8 UWG standhalten könnten oder nicht. Für die Banken sind damit erhebliche Risiken verbunden: *Denn versagt man ihnen – wie hier vertreten – die Möglichkeit, sich selber im*

---

<sup>154</sup> Siehe dazu schon vorn Ziff. IV.5.a) und b) sowie hinten Ziff. V.1., je am Schluss.  
Zur Ablehnung einer geltungserhaltenden Auslegung insbesondere Fn. 174.

<sup>155</sup> A.M. offenbar BAHAR, A Time for Change, S. 135.

<sup>156</sup> Vgl. dazu unten Ziff. V.1. in fine und speziell Fn. 174.

<sup>157</sup> Ebenso wenig kann die Bank zu ihren Gunsten geltend machen, sie mache von dieser Klausel in der Praxis überhaupt nicht oder nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch. Das mag – wenn es überhaupt zutreffen sollte – ausserrechtliche Gründe haben, so etwa dass die Bank um ihr Ansehen fürchtet, dass sie Angst davor hat, mit einer Massenkündigung von Festhypotheken bei den Grundstückspreisen eine Abwärtsspirale in Ganz zu setzen, oder dass – weil ein besonders vornehmes Quartier betroffen ist – auch viele Bankkaderleute Opfer der Kündigungswelle werden könnten.

*Individualprozess oder im Rahmen einer Generalkontrolle auf eine kundenfreundliche Interpretation zu berufen, so ist die strittige Klausel unrettbar verloren: Im Individualprozess, weil eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen ist,<sup>158</sup> bei der abstrakten Kontrolle im Rahmen einer Verbands- oder Bundesklage, weil die Klausel generell als missbräuchlich erklärt werden kann.<sup>159</sup>*

## V. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG

### 1. Vertragsrechtliche Rechtsfolgen

Von der systematischen Stellung her handelt es sich bei Art. 8 UWG um eine lauterkeitsrechtliche Bestimmung. Dies hat kurz nach Inkrafttreten des neuen UWG gegen Ende der achtziger Jahre eine Kontroverse zur Frage ausgelöst, ob dieser Norm auch vertragsrechtliche Wirkung zukommt oder nicht. Diese Kontroverse ist heute entschieden. Nach herrschender, wenn nicht gar einhelliger Lehre ist Art. 8 UWG nicht bloss wettbewerbsrechtlich, sondern auch vertragsrechtlich von Bedeutung; *er bildet nicht nur eine lauterkeitsrechtliche (und damit deliktische) AGB-Inhaltskontrollnorm,<sup>160</sup> sondern auch eine vertragsrechtliche.*

Eine AGB-Klausel, welche gegen Art. 8 UWG verstösst, ist *nichtig*. Die Kundin (nicht aber die Verwenderin<sup>161</sup>) kann sich im vertragsrechtlichen Streit auf diese Nichtigkeit berufen.<sup>162</sup> Die Nichtigkeit einer solchen Klausel hat jedoch nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge. *Von der Nichtigkeit betroffen ist bloss die betreffende Klausel selbst; der Rest des Vertrages bleibt bestehen.* Es handelt sich somit um eine Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20

---

<sup>158</sup> Dazu unten Ziff. V.1. in fine.

<sup>159</sup> Dazu unten Ziff. V.2.

<sup>160</sup> Dazu sogleich in Ziff. V.2.

<sup>161</sup> So zutreffend auch STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 177.

<sup>162</sup> Nicht erforderlich ist, dass der Kunde im Prozess ausdrücklich die Nichtigkeit geltend macht. *Das Gericht kann und muss die Nichtigkeit einer AGB-Klausel von Amtes wegen vorfrageweise feststellen*, wenn und soweit es zur Stützung der von Kunden geltend gemachten Anträge dient (SCHMID, Grundpfandrechte, S. 101).

Auch im europäischen Recht haben die Gerichte die Missbräuchlichkeit von AGB-Klauseln (und damit deren Unverbindlichkeit für den Kunden gemäss Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU) *von Amtes wegen* zu prüfen (Urteil des EuGH vom 14. März 2013, Mohamed Aziz v. CatalunyaCaixa, C-415/11, Rn. 46; Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 42, je m.Nw.).

Abs. 2 OR.<sup>163</sup> Unbeachtlich wäre eine allfällige Einwendung der Verwenderin, sie hätte den Vertrag ohne die umstrittene AGB-Klausel nicht geschlossen, weshalb – wenn schon – der ganze Vertrag nichtig sein müsse.<sup>164</sup>

Schwieriger zu beantworten ist eine andere Frage: *Entfällt eine als missbräuchlich qualifizierte AGB-Klausel ersatzlos*, mit der Folge, dass an ihrer Stelle dispositives Gesetzesrecht zur Anwendung kommt<sup>165</sup> bzw. dass – soweit dispositives Gesetzesrecht fehlt – das Gericht lückenfüllend tätig werden muss? Oder kann sich die AGB-Verwenderin auf eine *geltungserhaltende Reduktion* berufen, mit der Folge, dass die strittige Klausel in dem Umfang aufrechterhalten wird, in welchem sie gerade noch zulässig (d.h. nicht missbräuchlich) ist?

Von einem Teil der neueren schweizerischen Lehre wird – in Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen BGH – zu Art. 20 Abs. 2 OR die Auffassung vertreten, gegen die geltungserhaltende Reduktion bestünden *erhebliche rechtspolitische Bedenken*, wenn die Nichtigkeit darauf zurückzuführen sei, *dass gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Norm zum Schutze der sozial*

---

<sup>163</sup> BAHAR, A Time for Change, S. 135; BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 57 Rz. 29 f.; DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 135 Rz. 70; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1209 ff.; HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 130 f. (mit gewissen Zweifeln); MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; DERS., Le nouvel article 8 LCD, S. 143 f.; SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 16; DERS., Grundpfandrechte, S. 101; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80; STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 177 f.; DERS., Der neue Art. 8 UWG, 185; SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerrecht des Bundes, S. 101.

Vgl. auch BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6180.

Zum europäischen Recht siehe Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU. Da Art. 8 dieser Richtlinie den Mitgliedstaaten erlaubt, strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten, kann das nationale Recht der Mitgliedstaaten eine Regelung vorsehen, *wonach der Vertrag als Ganzes nichtig ist, wenn dadurch ein besserer Schutz des Konsumenten erreicht wird* (Urteil des EuGH vom 15. März 2012, Jana Perenicová und Vladislav Perenic v. SOS financ spol. s.r.o., C-453/10, Rn.35.). Die Totalnichtigkeit im Interesse des Kunden wäre in besonderen Fällen wohl auch im schweizerischen Recht eine mögliche sachgerechte Lösung.

<sup>164</sup> STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 178.

Das deutsche Recht sieht vor, dass ein Vertrag insgesamt unwirksam ist, wenn das Festhalten an ihm eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde (§ 306 Abs. 3 BGB). Bei dieser Bestimmung handelt es sich indessen um eine Ausnahmeregel, die nur unter restriktiven Voraussetzungen zugunsten des Verwenders zur Anwendung kommt (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 306 BGB Rz. 31).

<sup>165</sup> Vgl. für das deutsche Recht § 306 Abs. 2 BGB.

*schwächeren Vertragspartei verstossen werde.* Die geltungserhaltende Reduktion liefere hier geradezu einen Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren. Unter dem Gesichtspunkt der *Prävention* müsse daher in diesen Fällen die geltungserhaltende Reduktion abgelehnt werden (wenn sich die sozial stärkere Partei darauf berufe).<sup>166</sup> Das Bundesgericht ist dieser Auffassung im berühmtem «Leasing-Fall» gefolgt.<sup>167</sup>

Dieser Ansatz lässt sich ohne weiteres auf AGB-Klauseln übertragen, die vor einer Inhaltskontrolle nicht standhalten.<sup>168</sup> Das Bundesgericht hat dazu überzeugend ausgeführt:

«... die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoß gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen (...).»<sup>169</sup>

Die Verwenderin kann daher nicht geltend machen, wenn die umstrittene AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstosse, sei sie trotzdem noch anwendbar, wenn auch bloss in reduziertem, d.h. gerade noch erlaubtem Umfang. Eine solche AGB-Klausel ist vielmehr vollumfänglich unwirksam, wenn sich die Kundin auf die Nichtigkeit beruft.<sup>170</sup> Möglich ist dagegen eine geltungserhal-

<sup>166</sup> SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Rz. 32.45, m.Nw.; weitere Nachweise im Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 («Leasing-Fall»).

<sup>167</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 («Leasing-Fall»).

<sup>168</sup> So bereits schon SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Rz. 32.45.

<sup>169</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 («Leasing-Fall»).

Für das europäische Recht ähnlich der EuGH: «Diese Befugnis trüge nämlich dazu bei, den Abschreckungseffekt zu beseitigen, der für die Gewerbetreibenden darin besteht, dass solche missbräuchliche Klauseln gegenüber dem Verbraucher schlicht unangewendet bleiben (...).» (Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 69).

<sup>170</sup> G.L.M. BIERI, Le contrôle judiciaire, S. 57 Rz. 30; HÜNERWADEL/HOFBAUER, Erhöhte Anforderungen an AGB, S. 2 (zumindest implizite); KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 131; MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Clauses abusives, S. 38; DERS., Le nouvel article 8 LCD, S. 144; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 290; RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 443 f.; SCHMID, Inhaltskon-

tende Reduktion, wenn die Kundin eine solche beansprucht, weil sie für sie günstiger ist als die Anwendung dispositiven Gesetzesrechts.<sup>171</sup> Die gegen eine geltungserhaltende Reduktion geltend gemachten rechtspolitischen Bedenken kommen diesfalls nicht zum Tragen.

Für AGB-Verwenderinnen (und die sie kautelarjuristisch beratenden Anwälte) sind damit – aus generalpräventiven Gründen durchaus gewollt – hohe Risiken verbunden. Wer versucht, bei der Formulierung von AGB-Klauseln den Spielraum etwas zu stark zu seinen Gunsten auszunutzen, muss damit rechnen, dass die Klausel als Ganzes entfällt und dass er damit schlechter dasteht, als wenn er die Klausel etwas zurückhaltender formuliert hätte.

Dieses Risiko ist für AGB-Verwenderinnen nicht unbeträchtlich. Die vorn<sup>172</sup> als Beispiele diskutierten AGB-Klauseln sind z.T. offen und gar «überschiessend» formuliert, d.h. sie liessen vom Wortlaut her nebst sachlich vertretbaren Auslegungs- bzw. Fallvarianten auch solche Anwendungsvarianten zu, welche vor Art. 8 UWG nicht standhalten. Bei konsequenter Anwendung der hier vertretenen Auffassung, wonach eine geltungserhaltende Reduktion ausgeschlossen ist, müsste dies zur Folge haben, dass die entsprechenden Klauseln insgesamt (also auch bei sachlich vertretbaren Auslegungs- bzw. Fallvarianten) keine Anwendung finden. *Auf eine kundenfreundliche Auslegung wird sich die Bank selber (anders als die Kundin) im Individualprozess – genauso wie bei der Generalkontrolle<sup>173</sup> – nicht berufen können, um*

---

trolle, S. 16 (jedenfalls implizite: «An die Stelle der nichtigen Klausel tritt grundsätzlich das dispositive Gesetzesrecht.»); DERS., Grundpfandrechte, S. 101.

Differenzierend HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1211 («Eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel ist im Einzelfall abzulehnen, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der AGB-Verwender bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert, wenn es also nahe liegt, dass versucht werden soll, eine Schutznorm zu unterlaufen. Eine solche Annahme darf jedoch nicht leichthin angenommen werden.»).

Offen gelassen bei BAHAR, A Time for Change, S. 135; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.

Vgl. auch den Hinweis in der BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6180.

Auch im europäischen Recht ist gemäss Art. 6 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU eine geltungserhaltende Reduktion einer missbräuchlichen AGB-Klausel ausgeschlossen (Urteil des EuGH vom 14. Juni 2012, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rn. 65 ff.).

<sup>171</sup> KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 131; ansatzweise ebenso MARCHAND, Art. 8 LCD, S. 331.

<sup>172</sup> Ziff. IV.5.

<sup>173</sup> Vgl. dazu vorn Ziff. IV.5.a), b) und d), je am Schluss, sowie unten Fn. 191.

ihre AGB-Klausel *wenigstens teilweise inhaltlich zu retten*.<sup>174</sup> Banken-AGB könnten so über weite Strecken gegenstandslos werden.

## 2. Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen

Lauterkeitsrecht ist (zivilrechtliches) *Deliktsrecht*. Wer gegen Art. 8 UWG verstösst, verhält sich widerrechtlich.<sup>175</sup> Die zivilrechtlichen Folgen eines solchen Verhaltens sind in Art. 9 ff. UWG geregelt.

### a) Die UWG-Klagen im Allgemeinen

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (*Unterlassungsklage*), eine bestehende Verletzung zu beseitigen (*Beseitigungsklage*) oder die Widerrechtlichkeit festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (*Feststellungsklage*).<sup>176</sup> Zudem kann er nach Massgabe des Obligationenrechts – d.h. des ausservertraglichen Haftpflichtrechts – auf *Schadenersatz* und *Genugtuung* sowie entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf *Herausgabe des Gewinns* klagen.<sup>177</sup> Für die Verwenderinnen missbräuchlicher AGB besteht somit (theoretisch) das Risiko, von Konkur-

---

<sup>174</sup> Die Frage, ob und inwieweit AGB-Klauseln künftig durch eine einschränkende Auslegung vor dem Filter der Inhaltskontrolle gerettet werden können, dürfte von grosser Bedeutung werden. Die Zukunft wird weisen müssen, wie die Gerichte damit umgehen. In Deutschland wird der Problembereich der *geltungserhaltenden Auslegung* einlässlich diskutiert (vgl. dazu etwa STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 27 ff.; weniger deutlich MK-WURMNEST, § 307 BGB Rz. 37).

Im europäischen Recht dürfte ausserhalb des AGB-Rechts an sich der Grundsatz der geltungserhaltenden Auslegung gelten. So lautet etwa Art. II. – 8:106 DCFR mit der Überschrift «Preference for interpretation which gives terms effect» wie folgt: «An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.» Für die AGB-Generalkontrolle gilt dieser Grundsatz *indessen nicht* (VON BAR/CLIVE, DCFR, Vol. I, Art. II. – 8:106, S. 570 Ziff. 2.). Nach meinem Dafürhalten darf dieses Prinzip aber auch bei der individuellen AGB-Inhaltskontrolle nicht angewandt werden.

<sup>175</sup> Vgl. dazu die Generalklausel von Art. 2 UWG.

<sup>176</sup> Art. 9 Abs. 1 UWG.

<sup>177</sup> Art. 9 Abs. 3 UWG.

rentinnen oder Kundinnen<sup>178</sup> in einen entsprechenden Zivilprozess verwickelt zu werden. Wie hoch dieses Risiko in der Praxis ist, ist allerdings schwer abzuschätzen. Für Kundinnen und Kunden bestehen kaum Anreize zu einer UWG-Klage, da ihnen ja die vertragsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die ihnen mehr bringen.<sup>179</sup> Das Risiko von Konkurrentenklagen (vor allem auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung<sup>180</sup>) mag je nach Branche höher sein. Bei Banken aber dürfte kaum je ein Interesse vorhanden sein, gegen eine Konkurrentin wegen Verletzung von Art. 8 UWG lauterkeitsrechtlich vorzugehen. Das Risiko einer Retorsionsklage (welche Bank kann schon sicher sein, dass alle ihre AGB-Klauseln vor Art. 8 UWG standhalten?) wäre viel zu hoch. Und der mögliche Gewinn wäre wohl im Verhältnis zum Reputationsverlust, den die klagende Bank erleiden würde, weil sie eine Konkurrentin «anschwärzt», viel zu gering.

#### **b) Das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes im Besondern**

Wesentlich gewichtiger sind die Klagemöglichkeiten der Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (*Konsumentenschutzorganisationen*),<sup>181</sup> und des *Bundes*.<sup>182</sup> Konsumentenschutzorganisationen und der Bund

---

<sup>178</sup> Zur Klageligitimation der Kunden vgl. Art. 10 Abs. 1 UWG. Siehe auch PICHONNAZ/FORNAGE, *Le projet de révision*, S. 290 f.

<sup>179</sup> Dazu oben Ziff. V.1.

Immerhin sind – vor allem etwa bei Versicherungsverträgen – Konstellationen denkbar, bei denen der Kunde ein Interesse z.B. an der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer AGB-Klausel hat, bevor um konkrete Leistungen bzw. Pflichten gestritten wird (DUPONT, *Le nouvel article 8 LDC*, S. 131 ff. Rz. 66 f.).

<sup>180</sup> Schadenersatzklagen dürften extrem selten sein, weil der Kläger einen Schaden, verursacht durch die Verwendung missbräuchlicher AGB durch einen Konkurrenten, kaum nachweisen können und das Prozessrisiko daher in der Regel zu hoch wäre.

<sup>181</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.

Klagen von Berufs- und Wirtschaftsverbänden gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG können hier vernachlässigt werden. Zwar ist die Vorstellung, dass z.B. die *Schweizerische Bankiervereinigung* gegen eine Bank wegen eines Verstosses gegen Art. 8 UWG lauterkeitsrechtlich vorgeht, reizvoll. In der Realität ist indessen mit einer solchen Klage nicht zu rechnen.

<sup>182</sup> Art. 10 Abs. 3 UWG.

Zum mit der UWG-Revision wesentlich ausgeweiteten Klagerecht des Bundes einlässlich SUTTER/LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes*.

können zwar nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung klagen. Aber eine scharfe Waffe im Kampf gegen missbräuchliche AGB können solche Klagen doch sein, zumal mit der Klage auch verlangt werden kann, dass *das Urteil Dritten mitgeteilt oder* – noch wichtiger – *gar veröffentlicht* wird.<sup>183</sup> Nicht nur der Zwang, die gerichtlich als missbräuchlich festgestellten AGB-Klauseln künftig nicht (mehr) zu verwenden («präventives Verwendungsverbot»<sup>184</sup>) und schon verwendete Klauseln (zugunsten der am Prozess nicht beteiligten Kundinnen) aus den Verträgen zu entfernen<sup>185</sup>, dürfte für das betroffene Unternehmen schmerzhaft sein. Vor allem für Banken wird der mit einer allfälligen Prozessniederlage verbundene *Reputationsverlust* wohl noch mehr ins Gewicht fallen.<sup>186</sup>

Besondere Bedeutung dürfte bei Banken das Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und des Bundes erlangen, weil bei den einzelnen Verträgen für die Kundin oft nur ein geringes finanzielles Interesse im Spiel ist, eine Individualklage sich also für sie kaum lohnen wird, während für die Bank im Massengeschäft höhere Beträge in Frage stehen. Hier kann diese UWG-Klagemöglichkeit im Ergebnis eine ähnliche Wirkung erzielen wie eine im schweizerischen Recht nicht vorgesehene «class action».<sup>187</sup>

Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob Konsumentenschutzorganisationen ihre Klageberechtigung zusätzlich auch auf Art. 89 ZPO abstützen könnten. In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, die Verwen-

<sup>183</sup> Art. 9 Abs. 2 UWG.

<sup>184</sup> Ausdruck nach STÖCKLI, Neues Recht gegen unfaire Verträge, S. 178; siehe auch BRUNNER, Verbandsklage, S. 151.

<sup>185</sup> BRUNNER, Verbandsklage, S. 152; a.M. GAUCH, Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», S. 60, dem zufolge Verbände nicht legitimiert sind, in für sie «fremde» Verträge einzugreifen und auf richterliche Ungültigerklärung entsprechender AGB in den einzelnen Verträgen zu klagen.

Im deutschen Recht (das bei der Verbandsklage keinen ausdrücklichen Beseitigungsanspruch vorsieht) ist offenbar umstritten, ob im Unterlassungsanspruch bezüglich AGB-Klauseln auch ein Beseitigungsanspruch enthalten ist (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 1 UKlaG Rz. 23). Indessen erstreckt sich die Unterlassungsverpflichtung auch darauf, sich bei einer Vertragsabwicklung nicht auf eine Klausel zu berufen (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 1 UKlaG Rz. 19 und § 11 UKlaG Rz. 6). Im Ergebnis kommt dies einer Beseitigungsverpflichtung gleich.

Zur Rechtskrafterstreckung eines im Verbandsklageverfahren erwirkten Unterlassungsurteils auf die Kunden des Verwenders («Urteilswirkung zugunsten Dritter») im deutschen Recht vgl. STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 1 ff.

<sup>186</sup> Ebenso DUPONT, Le nouvel article 8 LCD, S. 136 Rz. 73, betreffend Versicherungen.

<sup>187</sup> Im gleichen Sinn BAHAR, A Time for Change, S. 136.



dung missbräuchlicher AGB im Massengeschäft bilde i.S.v. Art. 89 ZPO eine Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen der Personengruppe «Konsumenten», deren Interessen durch Konsumentenschutzorganisationen gewahrt werden.<sup>188</sup> Diesfalls wären diese Organisationen auch gestützt auf Art. 89 ZPO zur Verbandsklage legitimiert.

**c) Die Tragweite dieser abstrakten AGB-Kontrolle bzw. Generalkontrolle**

In der Debatte um die Revision von Art. 8 UWG bildeten das schon bestehende Klagerecht der Konsumentenschutzorganisationen und das wesentlich erweiterte Klagerecht des Bundes Gegenstand heftiger Diskussionen. Denn diese Klagen ermöglichen eine Kontrolle von AGB ausserhalb eines konkreten Anwendungsfalles (*abstrakte AGB-Inhaltskontrolle* bzw. treffender *Generalkontrolle*<sup>189</sup>) durch am Vertrag nicht beteiligte Dritte, was von Gegnern der Vorlage als Verletzung der Vertragsfreiheit kritisiert wurde.<sup>190</sup> Dies ändert indessen nichts daran, dass die Klagemöglichkeit formal besteht. Fraglich mag allenfalls sein, nach welchem *materiellen Massstab* Gerichte abstrakte AGB-Inhaltskontrollklagen beurteilen werden.<sup>191</sup> In der Literatur ist z.B. umstritten, ob bei einer *Individualkontrolle* der AGB die konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitzuberoücksichtigen sind, während bei einer Generalkontrolle (zwangsläufig) nur eine typisierende Betrachtungsweise möglich ist,<sup>192</sup> oder ob eine Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG stets –

---

<sup>188</sup> BRUNNER, Verbandsklage, S. 151.

<sup>189</sup> Begriff nach THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 4 f., als Gegensatz zur *Individualkontrolle* (d.h. der Prüfung von AGB im Rahmen eines konkreten Vertrages).

<sup>190</sup> Siehe etwa BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6169; AB 2011 N 222 (Votum NR PIRMIN SCHWANDER: «Wir wollen in jedem Fall keine abstrakte Normenkontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das greift unseres Erachtens zu sehr in die Vertragsfreiheit ein, damit wird die Vertragsfreiheit total eingeschränkt.»); AB 2011 N 228 (Votum NR KURT FLURI); AB 2011 N 800 (Votum NR PIRMIN SCHWANDER).

<sup>191</sup> Unter anderem wird sich dabei auch die Frage stellen, wie die abstrakte Inhaltskontrolle und die Auslegungskontrolle zusammenspielen. Von Interesse ist hier vor allem, ob und inwieweit sich ein AGB-Verwender bei einer Verbands- oder Bundesklage im Rahmen seiner Abwehrstrategie auf eine kundenfreundliche (d.h. zu seinen Lasten gehende) Auslegung berufen kann, um im lauterkeitsrechtlichen Verfahren zu obsiegen (dazu vorn Ziff. IV.5.a), b) und d). Zum Verhältnis zwischen Auslegungs- und Inhaltskontrolle in einem vertragsrechtlichen Verfahren siehe vorn Ziff. V.1. in fine sowie speziell Fn. 174.

<sup>192</sup> So etwa SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 15.

also auch im Rahmen einer Individualkontrolle – ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertragsschlusses zu erfolgen hat.<sup>193</sup>

HESS/RUCKSTUHL vertreten in diesem Zusammenhang die These, das vom Gesetzgeber in Art. 8 UWG eingefügte Kriterium der Verletzung von Treu und Glauben weise eine starke Einzelfallbezogenheit auf. Eine individuelle AGB-Kontrolle und eine abstrakte AGB-Kontrolle könnten somit unterschiedliche Resultate hervorbringen. *Eine abstrakt als missbräuchlich festgestellte Klausel könne daher in einer individuellen Überprüfung als nicht mehr missbräuchlich erscheinen.* Daher müsse eine solche Klausel konkret auch weiterhin verwendet werden können. *Im Rahmen eines Verfahrens von Konsumentenschutzorganisationen sei es daher nicht möglich, eine Nichtigkeit von AGB-Klauseln mit Wirkung auch für individuell-konkrete Verträge verbindlich festzustellen.* Die abstrakte Normenkontrolle werde so im Endeffekt ad absurdum geführt.<sup>194</sup>

In der Tat würde auf diese Weise die abstrakte Normenkontrolle bzw. Generalkontrolle von AGB, wie sie im UWG vorgesehen ist, ad absurdum geführt. Nun war aber die Verstärkung des Schutzes der Konsumentinnen gegen missbräuchliche AGB über den Ausbau dieser abstrakten Normenkontrolle ein wichtiges Anliegen der UWG-Revision. Eindringlich belegt wird dies durch den Ausbau des Klagerechts des Bundes, ebenso aber auch durch den Umstand, dass die einzige generelle AGB-Inhaltskontrollnorm, die das schweizerische Recht kennt, im UWG belassen und nicht in das OR überführt wurde. Zwar stiess dieses Anliegen in den parlamentarischen Beratungen im Nationalrat auf grossen Widerstand<sup>195</sup>, aber am Ende blieb dieser Widerstand ohne Erfolg. Unter diesen Umständen macht es keinen Sinn anzunehmen, eine im Rahmen einer Generalkontrolle als missbräuchlich qualifizierte AGB-Klausel könne im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertrages als nicht missbräuchlich eingestuft werden. *Die vom Gesetzgeber angestrebte wirksame abstrakte AGB-Inhaltskontrolle ist nur möglich, wenn für die Individualkontrolle kein strengerer Prüfungsmassstab gilt als für die Generalkontrolle, bei der Individualkontrolle also konkrete Umstände*

---

<sup>193</sup> So THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6.

Siehe zu dieser Kontroverse bereits auch vorn Ziff. IV.4.c).

<sup>194</sup> HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1208 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>195</sup> So am Schluss der Debatte deutlich etwa die Voten der Nationalräte PIRMIN SCHWANDER und KURT FLURI, AB 2011 N 1227. Siehe auch die weiteren Nachweise in Fn. 190.

*des Vertragsschlusses nicht zu Gunsten der Verwenderin berücksichtigt werden dürfen.*<sup>196</sup>

Im deutschen Recht wird diese Frage einlässlich diskutiert. Dies hat seinen Grund darin, dass gemäss § 310 Abs. 3 Ziff. 3 BGB *bei Verbraucherverträgen bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind*. Diese Norm bezweckt die Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU.<sup>197</sup> Nach wohl herrschender, wenn auch nicht unumstrittener Lehre soll sich aus dieser Bestimmung ergeben, dass die individuell-konkrete Betrachtung im Individualprozess nicht anstelle der zwangsläufig generalisierenden Betrachtungsweise im Verbandsklageverfahren treten, *diese aber ergänzen und korrigieren soll, und zwar in beide Richtungen.*<sup>198</sup> Allerdings wird in der Lehre im gleichen Atemzug die praktische Bedeutung dieser Aussage relativiert. Das Massengeschäft sei aus der Natur der Sache durch eine starke Gleichförmigkeit der Vertragsabschlüsse gekennzeichnet. Der wirtschaftliche Vorteil von AGB liege primär darin, dass sich Vertragsverhandlungen erübrigen würden. Kein AGB-Verwender werde nur deshalb in Einzelverhandlungen über sein Bedingungswerk eintreten, weil er für den Konfliktfall mit der Anlegung eines individuell-konkreten Prüfungsmassstabes rechnen könne.<sup>199</sup> Es ist daher schwer vorstellbar, dass in der Praxis AGB-Klauseln bei einer Individualkontrolle als nicht missbräuchlich eingestuft werden, die bei einer Generalkontrolle als gegen Art. 8 UWG verstossend qualifiziert werden (während es durchaus denkbar ist, dass einer Generalkontrolle standhaltende AGB-Klauseln im Rahmen einer Individualkontrolle je nach den Umständen als missbräuchlich erachtet werden können). Unter diesen Umständen macht es kaum Sinn, die abstrakte AGB-Kontrolle mit der Begründung praktisch leer laufen zu lassen, eine AGB-

---

<sup>196</sup> So treffend THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 6; a.M. BOTSCHAFT, BBl 2009, S. 6179.

<sup>197</sup> MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 76; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 69.

Obwohl Art. 4 Abs. 1 der AGB-Richtlinie der EU für alle EU-Mitgliedstaaten gilt, scheint offenbar in den andern Mitgliedstaaten (ausser in Deutschland) in der Rechtswissenschaft kaum eine Diskussion über unterschiedliche Prüfungsmassstäbe bei der Generalkontrolle einerseits und der Individualkontrolle andererseits stattzufinden (so jedenfalls MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 79, sowie STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 70). Ob dies zutrifft, entzieht sich meiner Kenntnis.

<sup>198</sup> MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 76 ff., spez. Rz. 81; STAUDINGER/SCHLOSSER, § 310 BGB Rz. 69 ff., spez. Rz. 70; STAUDINGER/COESTER, § 307 BGB Rz. 116 ff., spez. Rz. 118.

<sup>199</sup> MK-BASEDOW, § 310 BGB Rz. 80.

Verwenderin könne (theoretisch) im Individualprozess immer noch darlegen, dass die umstrittene AGB-Klausel aufgrund der besonderen Umstände doch nicht missbräuchlich sei.

Die in der offenbar herrschenden deutschen Lehre vertretene Auffassung ist zudem kaum mit § 11 UKlaG<sup>200</sup> vereinbar. Nach dieser Bestimmung kann sich die betroffene Vertragspartei auf die Wirkung eines im Verbandsklageverfahren ergangenen Unterlassungsurteils berufen, wenn der Verwender gegen das Unterlassungsgebot verstösst. Diese «einseitige Rechtskrafterstreckung»<sup>201</sup> verträgt sich letztlich nicht mit der Vorstellung, dass eine abstrakt als missbräuchlich eingestufte AGB-Klausel im Einzelfall doch nicht missbräuchlich sein könnte.

Für das schweizerische Recht muss bei einer Würdigung aller Umstände gelten, was oben gesagt wurde: Erweist sich eine AGB-Klausel im Rahmen einer Generalkontrolle als missbräuchlich, so ist ihre Verwendung losgelöst vom Einzelfall in allen Verträgen missbräuchlich. Stellt ein Gericht im Rahmen einer Klage des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation fest, dass eine AGB-Klausel gegen Art. 8 UWG verstösst, *so hat dies mithin die Nichtigkeit der Klausel in allen bestehenden Verträgen zur Folge*, und jede Kundin kann sich in einem Prozess mit der Verwenderin auf diese Nichtigkeit berufen («erga-omnes-Wirkung» der Generalkontrolle).<sup>202</sup> Das Gegenteil indessen trifft nicht zu: Wie bereits dargelegt, kann eine AGB-Klausel im Einzelfall je nach den Umständen durchaus missbräuchlich i.S.v. Art. 8 UWG sein, auch wenn sie die Prüfung im Rahmen einer Generalkontrolle bestanden hat. Obsiegt also die AGB-Verwenderin in einem Klageverfahren des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation, so mag dies für sie in einem (vertragsrechtlichen) Prozess mit einer Kundin faktisch von Vorteil sein; einen Persilschein hat sie damit aber nicht. *Ein Urteil in einem Klagever-*

---

<sup>200</sup> Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und andern Verstössen (Unterlassungsklagengesetz) vom 26. November 2001.

<sup>201</sup> STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 4.

<sup>202</sup> MARTIN, Die AGB der Schweizer Banken, Ziff. C.III.4.; PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, S. 145; grundsätzlich a.M. HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, 1209.

Für das deutsche Recht dazu STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 1 ff.

In Art. 209/B Abs. 1 des ungarischen Zivilgesetzbuches ist eine solche erga-omnes-Wirkung ausdrücklich vorgesehen (siehe dazu das Urteil des EuGH vom 26. April 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, C-472-10, Rn. 14, in welchem sich der EuGH grundsätzlich positiv zur erga-omnes-Wirkung von Verbandsklageurteilen im Zusammenhang mit missbräuchlichen AGB äussert).

*fahren des Bundes oder einer Konsumentenschutzorganisation kann nur zugunsten, nicht aber zulasten der am Prozess nicht beteiligten Kundin wirken.*<sup>203</sup> Man kann dies – in Anlehnung an das deutsche Recht<sup>204</sup> – als *einseitige Rechtskrafterstreckung* bezeichnen.<sup>205</sup>

#### **d) Ausblick**

Ob und in welchem Umfang Konsumentenschutzorganisationen oder der Bund künftig von den Klagemöglichkeiten gemäss Art. 10 UWG im Zusammenhang mit AGB effektiv Gebrauch machen werden, wird sich weisen müssen. Der Bund will sich offenbar eine gewisse Zurückhaltung auferlegen und den Kampf gegen missbräuchliche AGB primär den Konsumentenschutzorganisationen überlassen. Anders soll es sich aber verhalten, wenn eine missbräuchliche AGB-Klausel branchenweit verwendet wird; dann könne sich – so SUTTER/LÖRTSCHER – der Bund seiner Verantwortung nicht entziehen.<sup>206</sup> Das könnte bei gewissen Klauseln in Banken-AGB oder in AGB von Kreditkartenunternehmen durchaus der Fall sein.

---

<sup>203</sup> Vgl. dazu für das deutsche Recht § 11 UKlaG: Handelt der Verwender einem in einem Verbandsklageverfahren ergangenen Unterlassungsgebot zuwider, so kann sich der Kunde auf das Unterlassungsurteil berufen. Es handelt sich hier um eine *einseitige Rechtskrafterstreckung zugunsten des Dritten* (STAUDINGER/SCHLOSSER, § 11 UKlaG Rz. 2 und Rz. 4).

<sup>204</sup> Siehe dazu vorstehend Fn. 203.

<sup>205</sup> Die Zukunft wird weisen müssen, ob sich diese Rechtsfigur im schweizerischen Recht durchsetzen wird. Die herrschende Lehre äussert sich bei der Verbandsklage nach Art. 89 ZPO gegen eine solche Rechtskrafterstreckung (BOPP/ BESSENICH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 89 ZPO N. 6; HAHN, Stämpflis Handkommentar, Art. 89 ZPO N. 15; OBERHAMMER, Basler Kommentar, Art. 89 ZPO N. 20. Ähnlich JUNG/SPITZ, Stämpflis Handkommentar, Art. 10 UWG Rz. 34 («Mit der Beseitigungsklage können zudem die von den Konsumenten geschlossenen Verträge nicht aufgelöst bzw. rückgängig gemacht werden ([...]»), sowie GAUCH, Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», S. 60.

<sup>206</sup> SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 99; vgl. auch SCHMID, Inhaltskontrolle, S. 17; DERS., Grundpfandrechte, S. 102; KUT/STAUBER, UWG-Revision, Rz. 148; PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision, S. 292.

### 3. Aufsichtsrechtliche Rechtsfolgen

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG<sup>207</sup> haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung* zu bieten. Das wirft die Frage auf, ob eine Bank die erforderliche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bietet, wenn sie mit der Verwendung missbräuchlicher AGB gegen Art. 8 UWG verstösst.<sup>208</sup> Wird dies bejaht, so kann und muss die FINMA gegen die betreffende Bank aufsichtsrechtlich einschreiten.

Die FINMA hat (ebenso wie früher die Eidgenössische Bankenkommission) bisher soweit ersichtlich noch nie aufsichtsrechtliche Schritte gegen Banken wegen Verwendung missbräuchlicher AGB eingeleitet.<sup>209</sup> Jahrelang haben Vertreter der FINMA in mündlichen Diskussionen diese Haltung damit begründet, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen *zivilrechtliche Fragen* betreffen würden und somit aufsichtsrechtlich nicht relevant seien. Überzeugend ist dies indessen nicht. Ein Verstoss gegen Art. 8 UWG ist *nicht nur vertragsrechtlich* von Bedeutung, sondern auch *louterkeitsrechtlich* und stellt damit ein (wenn auch nur zivilrechtliches<sup>210</sup>) *Delikt* dar. Zudem beschränkt sich eine Verletzung von Art. 8 UWG naturgemäss nicht auf Einzelfälle, sondern bildet – da Tausende oder Zehntausende von Kunden betroffen sind – ein *Massenphänomen*. Daher steht nach meinem Dafürhalten *auch das korrekte Geschäftsgebaren einer Bank zur Diskussion*, wenn sie missbräuchliche AGB verwendet. Aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen eine fehlbare Bank sind somit je nach den Umständen durchaus angezeigt.<sup>211</sup>

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick in das Versicherungsaufsichtsrecht. Gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG<sup>212</sup> hat die FINMA die Versi-

<sup>207</sup> SR 952.0.

<sup>208</sup> Siehe dazu auch BAHAR, A Time for Change, S. 139 ff.

<sup>209</sup> Treffend dazu BAHAR, A Time for Change, S. 141: « ... l'appétit de la FINMA de se faire l'avocate des épargnants et des investisseurs en matière de conditions générales semble limité.»

<sup>210</sup> Zu den fehlenden strafrechtlichen Rechtsfolgen sogleich unten Ziff. V.4.

<sup>211</sup> Zumindest ansatzweise wohl ähnlich BAHAR, A Time for Change, S. 146, der dieses Problem im grösseren Zusammenhang sieht: Es sei die Frage zu stellen, ob die FINMA ein generelles Mandat habe sicherzustellen, dass die beaufsichtigten Banken die Interessen von Sparern und Investoren nicht verletzen würden. *Eine Bejahung dieser Frage würde seiner Ansicht nach allerdings zu einer wahren kopernikanischen Revolution im schweizerischen Bankrecht führen.*

<sup>212</sup> SR 961.01.

cherten *gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen* sowie der Versicherungsvermittler und Versicherungsvermittlerinnen zu schützen. Als Missbrauch im Sinne dieser Bestimmung gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, *namentlich die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.*<sup>213</sup> Gegen Versicherungsunternehmen, welche missbräuchliche AGB verwenden, hat die FINMA somit aufsichtsrechtlich vorzugehen. Warum dasselbe nicht auch für von der FINMA beaufsichtigte Banken gelten soll, wäre nicht einzusehen.

#### 4. Strafrechtliche Rechtsfolgen

Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen bestimmte UWG-Tatbestände sind auch mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt.<sup>214</sup> Art. 8 UWG ist indessen in den Strafbestimmungen des UWG nicht aufgeführt. Wer missbräuchliche AGB verwendet, hat allein aus diesem Grund somit noch keine Strafverfolgung zu gewärtigen,<sup>215</sup> und dies selbst dann nicht, wenn er – was in der Praxis wohl nicht selten sein dürfte – seinen Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten AGB zugrunde legt, bei denen er zumindest billigend in Kauf nimmt, dass sie gegen Art. 8 UWG verstossen könnten.

Eine Strafverfolgung ist allerdings möglich, wenn im konkreten Fall bei der Verwendung von AGB nicht nur der Tatbestand von Art. 8 UWG erfüllt ist, sondern zugleich auch einer der mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrten UWG-Tatbestände. Bei Banken wäre in diesem Zusammenhang z.B. eine gleichzeitige Verletzung von Art. 8 und Art. 3 lit. m UWG denkbar.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Art. 117 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung; AVO; SR 961.011).

<sup>214</sup> Art. 23 ff. UWG.

<sup>215</sup> SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, S. 99.

<sup>216</sup> Art. 3 UWG ist in Art. 23 UWG im Katalog der strafbewehrten UWG-Tatbestände aufgeführt.

Ebenso ist es z.B. denkbar, dass missbräuchliche AGB zugleich auch gegen Art. 3 lit. i UWG verstossen (Bsp. nach HOLLIGER-HAGMANN, Kuckucksei, Rz. 29).

## VI. Übergangsrecht

Die Frage, auf welche unter Verwendung von AGB geschlossenen Verträge der neue Art. 8 UWG in zeitlicher Hinsicht Anwendung findet, ist für alle Verwender von grosser Bedeutung, welche – wie z.B. Banken<sup>217</sup> und Versicherungen – Verträge von einer gewissen Dauer abschliessen.

Das UWG selber enthält keine Übergangsbestimmungen. Zur Beantwortung der Frage muss daher auf die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln zurückgegriffen werden, die sich im Schlusstitel des ZGB finden. Gemäss Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB unterliegen die vor dem Inkrafttreten neuen Rechts vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen (*Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts*). Eine Ausnahme von diesem Prinzip sieht Art. 2 SchlT ZGB vor: Bestimmungen des neuen Rechts, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat.<sup>218</sup> Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr.<sup>219</sup>

Offenkundig und unbestritten ist, dass der neue Art. 8 UWG auf alle Verträge Anwendung findet, die ab 1. Juli 2012 (d.h. ab Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG) abgeschlossen wurden. Ebenfalls unbestritten ist, dass Art. 8 UWG bei altrechtlichen Verträgen auf AGB-Klauseln anzuwenden ist, die nach dem 30. Juni 2012 abgeändert worden sind. Umstritten ist demgegenüber, ob der neue Art. 8 UWG bei altrechtlichen Verträgen für die ganzen AGB massgebend ist, wenn nach dem 30. Juni 2012 nur einzelne Klauseln geändert wurden, ob also die Modifikation einzelner Klauseln dazu führt, dass auch die unverändert gebliebenen Klauseln nach neuem Recht beurteilt werden.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> BÜHLER/STÄUBER, Anmerkungen zum intertemporalen Recht, S. 86 (Hypothekerverträge).

<sup>218</sup> Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB.

<sup>219</sup> Art. 2 Abs. 2 SchlT ZGB.

<sup>220</sup> Für die Anwendung des neuen Art. 8 UWG auf die ganzen AGB RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, S. 444, und THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 53.

Für die Anwendung bloss auf die geänderten Klauseln HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, S. 1211; SCHOTT, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 80.



Heftig diskutiert wird in der Lehre die Frage, ob der neue Art. 8 UWG auch auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge Anwendung findet. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, *beim revidierten Art. 8 UWG handle es sich um eine Norm, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sei; er müsse daher gestützt auf Art. 2 SchlT ZGB auch auf altrechtliche Verträge angewandt werden.*<sup>221</sup> Ein anderer Teil der Lehre ist demgegenüber der Meinung, Art 8 UWG sei zwar (selbstverständlich) zwingendes Recht, gehöre aber nicht zum schweizerischen *ordre public* und sei daher auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge nicht anwendbar.<sup>222</sup>

Sachgerecht ist es nach meinem Dafürhalten, den neuen Art. 8 UWG auch auf unverändert gebliebene altrechtliche Verträge anzuwenden. Die von RÜETSCHI vorgenommene einlässliche Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB zeigt dies eindrücklich: *Dort, wo aus sozialpolitischen Gründen eine Norm zum Schutz der schwächeren Partei eingeführt worden war, wurde eine Anwendung von Art. 2 SchlT ZGB bejaht, dies jedenfalls dann, wenn es nicht um die Gültigkeit des ganzen Vertrages, sondern bloss um einzelne Vertragsklauseln ging, wo also nicht das Vertrauen der einen Partei in den Bestand des ganzen (seinerzeit gültig abgeschlossenen) Vertrages zu Debatte stand.*<sup>223</sup> Das lässt sich ohne weiteres auf den revidierten Art. 8 UWG übertragen, mit dem der Gesetzgeber eine wesentliche Verbesserung der AGB-Inhaltskontrolle zum Schutze der Konsumentinnen und Konsumenten bezweckte. Hinzu kommt, wie RÜETSCHI treffend ausführt, dass ein AGB-Verwender letztlich schon vor dem 1. Juli 2012 kein schützenswertes Vertrauen in den Bestand von AGB-Klauseln aufbauen konnte, die den Vorwurf der Missbräuchlichkeit in sich tragen. Dass solche Klauseln mög-

---

Nicht eindeutig PICHONNAZ, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 143.

<sup>221</sup> Einlässlich dazu RÜETSCHI, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, S.103 f.; ebenso PICHONNAZ, *Le nouvel article 8 LCD*, S. 143; SCHMID, *Grundpfandrechte*, S. 104.

<sup>222</sup> Einlässlich dazu BÜHLER/STÄUBER, *Anmerkungen zum intertemporalen Recht*, S. 86 ff.; ebenso BIERI, *Le contrôle judiciaire*, S. 60 Rz. 42; HESS/RUCKSTUHL, *AGB-Kontrolle*, S. 1211; RUSCH, *Schadenabwälzungsklauseln*, S. 444; SCHOTT, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen*, S. 80; THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 59.

Zur Hauptsache wird von diesem Teil der Lehre geltend gemacht, dass die Neufassung von Art. 8 UWG im Parlament heftig umstritten war. Dies spreche gegen die Qualifikation dieser Norm als Grundprinzip der Rechtsordnung bzw. als Verkörperung grundlegender gesellschaftspolitischer und ethischer Anschauungen (so deutlich statt aller etwa THOUVENIN, *Strukturierung*, Rz. 57).

<sup>223</sup> RÜETSCHI, *Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge*, S. 107.

licherweise nicht gegen den früher geltenden Art. 8 UWG verstossen haben, ändert daran nichts; denn der Vorwurf, bei der Verwendung von AGB die Verhandlungsmacht zu missbrauchen, stand schon seit Jahren im Raum.<sup>224</sup>

Neben diesen (wichtigen) rechtstheoretischen Überlegungen sprechen aber auch praktische Aspekte für die Anwendung des neuen Art. 8 UWG auch auf vor dem 1. Juli 2012 geschlossene Verträge. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, Neuordnungen (jedenfalls soweit zwingendes Recht vorliegt) möglichst bald zu verwirklichen.<sup>225</sup> Dieses Bedürfnis ist vor allem bei lange dauernden Verträgen von Bedeutung. Unter praktischen Gesichtspunkten ist es schwer vorstellbar, dass bei langjährigen Verträgen auch Jahrzehnte nach Inkrafttreten des neuen Rechts noch altes Recht (das dann viele Juristen gar nicht mehr kennen werden) angewandt werden soll.

Die Zukunft wird zeigen, welcher der skizzierten Auffassungen die Rechtsprechung folgen wird. Für die Banken mag diese Frage bis dann vielleicht nicht mehr von grosser praktischer Bedeutung sein, weil diese ihre AGB (jedenfalls bei Kontoverträgen) erfahrungsgemäss sehr häufig ändern. Wendet man auf solche Verträge für die ganzen AGB (also auch für die unverändert gebliebenen Teile) den neuen Art. 8 UWG an<sup>226</sup>, so braucht Art. 2 SchlT ZGB nicht mehr geprüft zu werden.

## VII. Schluss

Die Auslegeordnung zu Art. 8 UWG hat gezeigt: Auf die Banken und ihre Juristen, aber auch auf die Bankkundinnen kommen spannende Zeiten zu. Ob bzw. in welchem Umfang die Banken ihre alten und/oder neuen AGB vor Art. 8 UWG werden retten können, wird sich weisen müssen. Allfällige Verbands- und Bundesklagen einerseits sowie von prozessfreudigen Bankkundinnen geführte Individualklagen andererseits werden erste Meilenstei-

---

<sup>224</sup> RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, S. 108.

A.M. BÜHLER/STÄUBER, Anmerkungen zum intertemporalen Recht, S. 89, welche die Auffassung vertreten, Verwender dürften darauf vertrauen, dass vor dem 1. Juli 2012 vereinbarte AGB gemäss der bisherigen Fassung von Art. 8 UWG beurteilt werden.

<sup>225</sup> RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, S. 103.

<sup>226</sup> Was sich schon aus praktischen Gründen empfiehlt, denn den revidierten Art. 8 UWG nur auf seit dem 1. Juli 2012 geänderte AGB-Klauseln anzuwenden, würde zu einer im Einzelfall völlig unübersichtlichen Lage führen. Eine «gespaltene» AGB-Kontrolle wäre vor allem nach mehreren zeitlich aufeinanderfolgenden AGB-Änderungen kaum noch sinnvoll möglich.

ne bei der Konkretisierung der neuen AGB-Inhaltskontrollnorm setzen. Interessant wird aber vor allem sein, wie die Gerichte – allen voran das Bundesgericht – mit dieser Bestimmung umgehen werden. Ihnen kommt bei der Realisierung einer griffigen Inhaltskontrolle, wie sie mit dem revidierten Art. 8 UWG angestrebt wird, die Hauptrolle zu.