



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Masterthese
zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Die Auswirkungen der Revision von Artikel 8 UWG auf die Bauwirtschaft. Sind die Unternehmer die Verlierer?

Verfasserin:

Stefanie Huber
Wiihalde 2, 8305 Dietlikon
stefanie.huber83@gmail.com
079 632 56 89

Eingereicht bei:

Michael Hatz, RA lic. iur.
CAS Bau- und Immobilienrecht, Universität Freiburg

Abgabedatum:

12. August 2013

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Executive Summary.....	VII
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung / Ausgangslage.....	1
1.2 Zielsetzung.....	2
1.3 Abgrenzung des Themas.....	2
1.4 Vorgehen und Aufbau der Arbeit	2
2 Definitionen und rechtliche Grundlagen	4
2.1 Definitionen	4
2.1.1 Definition des Begriffs „Unternehmer“	4
2.1.2 Definition des Begriffs „professioneller Bauherr“	4
2.1.3 Definition des Begriffs „privater Bauherr“	5
2.1.4 Definition Werkvertrag (mit professionellen oder privaten Bauherren)	5
2.1.5 Definition Kaufvertrag für Stockwerkeigentum ab Plan.....	5
2.1.6 Definition Subunternehmervertrag	5
2.2 Rechtliche Grundlagen der AGB-Thematik	6
2.3 Die AGB-Kontrolle.....	7
2.3.1 Geltungskontrolle	7
2.3.2 Auslegungskontrolle.....	9
2.3.3 Von der verdeckten zur offenen Inhaltskontrolle	9
3 Der neue Artikel 8 UWG	12
3.1 Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis	12
3.2 Verstoss gegen Treu und Glauben	14
3.3 Einführung einer offenen Inhaltskontrolle.....	14
3.4 Rechtsfolge Nichtigkeit versus Reduktion auf das erlaubte Mass.....	15
4 Die UWG-Revision und deren Ziel.....	17
4.1 Veränderungen.....	17
4.1.1 Veränderungen im sachlichen Anwendungsbereich.....	17
4.1.2 Veränderungen im persönlichen Anwendungsbereich	18
4.1.3 Diskussion der Veränderungen.....	18
4.2 Definitionen des Begriffs „Konsument“	19

4.2.1	Definition gemäss Artikel 32 ZPO	19
4.2.2	Definition gemäss Artikel 3 KKG	21
4.2.3	Definition gemäss Artikel 2 Bundesgesetz über Pauschalreisen.....	22
4.2.4	Definition gemäss Artikel 114 i.V.m. Artikel 120 IPRG	23
4.2.5	Schlussfolgerung	24
4.3	Ein Vergleich mit dem Ausland.....	24
4.3.1	Der Wortlaut der Richtlinie 93/13/EWG im Vgl. mit dem von UWG 8..	25
4.3.2	Persönlicher Anwendungsbereich von Art. 2 Richtlinie 93/13/EWG.....	25
4.3.3	Die offene Inhaltskontrolle in der EU	26
5	Die Auswirkungen der Revision auf die Praxis, empirische Untersuchung	28
5.1	Einleitung.....	28
5.2	Interview mit Vertreter aus Forschung und Lehre	29
5.2.1	Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen	29
5.2.2	Bestandteile von Artikel 8 UWG	31
5.2.2.1	Unternehmer vs. Konsumenten.....	31
5.2.2.2	Erfordernis der Erheblichkeit.....	32
5.2.2.3	Ungerechtfertigtes Missverhältnis	33
5.2.2.4	In Treu und Glauben verletzender Weise	33
5.2.2.5	Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle.....	34
5.2.3	Einzelne Vertragsverhältnisse	35
5.2.4	Auslandvergleich	37
5.3	Interview mit Vertreter aus der Anwaltspraxis.....	38
5.3.1	Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen	38
5.3.2	Bestandteile von Artikel 8 UWG	38
5.3.2.1	Unternehmer vs. Konsumenten.....	38
5.3.2.2	Erfordernis der Erheblichkeit, ungerechtfertigtes Missverhältnis	39
5.3.2.3	In Treu und Glauben verletzender Weise	40
5.3.2.4	Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle.....	40
5.3.3	Einzelne Vertragsverhältnisse	40
5.3.4	Auslandvergleich	43
5.4	Interview mit Vertreter vom Schweizerischen Baumeisterverband	43
5.4.1	Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen	43
5.4.2	Bestandteile von Artikel 8 UWG	45
5.4.2.1	Unternehmer vs. Konsumenten.....	45

5.4.2.2	Erfordernis der Erheblichkeit.....	46
5.4.2.3	Ungerechtfertigtes Missverhältnis	46
5.4.2.4	In Treu und Glauben verletzender Weise	46
5.4.2.5	Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle.....	46
5.4.3	Einzelne Vertragsverhältnisse	47
5.4.4	Auslandvergleich.....	50
5.5	Allgemeine bzw. gemeinsame Resultate	50
5.6	Mögliche Definition des Begriffs des Konsumenten.....	53
5.7	Auswirkungen der Revision auf die einzelnen Vertragsverhältnisse	55
5.7.1	Auswirkungen für private Bauherren	55
5.7.2	Auswirkungen für Käufer von Stockwerkeigentum ab Plan.....	56
5.7.3	Auswirkungen für Unternehmer bzw. Subunternehmer.....	57
5.8	Auswirkungen für AGB-Verfasser im Allgemeinen	58
5.9	Auswertung bzgl. Auslandvergleich.....	58
6	Schlussbetrachtung.....	59
6.1	Fazit	59
6.2	Diskussion und Handlungsempfehlungen	59
6.3	Ausblick.....	60
	Literaturverzeichnis	61
	Internetquellen.....	63
	Anhang 1: Interview mit Prof. Dr. Hubert Stöckli und MLaw Lisa Aeschimann.....	64
	Anhang 2: Interview mit RA lic. iur. Daniel Gebhardt	84
	Anhang 3: Interview mit lic. iur. Patrick Hauser.....	99
	Anhang 4: Anhang Richtlinie 93/13/EWG.....	118

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
b2b	Business to business
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
EFH	Einfamilienhaus
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GU	Generalunternehmer
HEV	Hauseigentümergeverband
i.d.R.	in der Regel
IPB	Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
i.S. (v.)	im Sinne (von)
i.V.m.	in Verbindung mit
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
lit.	litera (Buchstabe)
OR	Obligationenrecht
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
TU	Totalunternehmer
u.a.	unter anderem

UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
Vgl.	Vergleich(e)
vs.	versus
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung

Executive Summary

Am 1. Juli 2012 wurde der revidierte Artikel 8 UWG in Kraft gesetzt. Ziel der Revision war, durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung und der Einführung einer offenen Inhaltskontrolle, ein griffigeres Instrumentarium gegen missbräuchliche AGB zu schaffen. Leider, muss man sagen, wurde der persönliche Anwendungsbereich, im Sinne eines Kompromisses, auf Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt, obwohl dies vom Bundesrat so nicht vorgeschlagen wurde. Denn der Schutzbereich des UWG bezieht sich gemäss seinem Artikel 2 auf sämtliche Anbieter und Abnehmer. Gerade durch diese Einschränkung herrscht nun grosse Uneinigkeit darüber, wer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden soll.

Da AGB gerade in der Bauwirtschaft eine sehr grosse Rolle spielen, wurde untersucht, auf welche Verträge bzw. Personen UWG 8 nach seiner Revision noch anwendbar ist.

Unternehmer, welche durch ihre konsumentenähnliche Stellung klar die schwächere Vertragspartei darstellen und in Bezug auf das strukturelle Ungleichgewicht den Schutz mehr als verdient hätten, können nach keiner der bereits bestehenden Definitionen mehr, mit gutem Gewissen, unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden. Auch für professionelle Bauherren stellt der neue UWG 8 keinen Schutz vor missbräuchlichen AGB mehr dar und auch nur wenn man den Begriff des Konsumenten weit auslegt, kann der private Bauherr noch darunter subsumiert werden.

Am Ziel einer praktikableren und griffigeren Ausgestaltung wurde also weit vorbei geliefert. Kann kein UWG-spezifischer Konsumentenbegriff eingeführt werden, stellt folglich die Revision – zumindest für die Bauwirtschaft – sicher keinen Fortschritt bzw. klar einen Rückschritt dar. Ob dies vom Gesetzgeber so gewollt war und nicht eine erneute Revision, ohne eine Einschränkung auf Konsumentinnen und Konsumenten das Ziel sein sollte, ist fraglich.

1 Einleitung

1.1 Problemstellung / Ausgangslage

Das revidierte Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) trat, mit Ausnahme des Artikels 8 am 1. April 2012 in Kraft. Letzterer wurde erst am 1. Juli 2012 in Kraft gesetzt.¹ Das UWG bezweckt gemäss seinem Artikel 1, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Mit der Revision wurde beabsichtigt den Schutz gegen einzelne unlautere Geschäftspraktiken zu verbessern, die Rechtsdurchsetzung zu stärken und die Grundlage für die Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden zu schaffen.²

Durch die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle, wollte man ein griffigeres Instrumentarium gegen missbräuchliche AGB schaffen. Im Gegensatz zum europäischen Ausland, wo schon seit den frühen Neunzigern eine echte Inhaltskontrolle von AGB erlaubt ist, war bis anhin die Schweiz ein eigentliches Paradies für AGB-Verwender, weil die Gerichte den Inhalt von AGB praktisch nur auf Übereinstimmung mit zwingendem Recht überprüfen konnten. Ansonsten fand eine Inhaltskontrolle nur in Ausnahmefällen, beispielsweise bei besonders ungewöhnlichen Klauseln, statt.³

Das ursprüngliche Ziel der Revision war, sowohl Konsumenten als auch gewerbliche Unternehmer, gleichermassen zu schützen. Im Sinne eines Kompromisses wurde dann die Inhaltskontrolle für gewerbliche Unternehmer wieder fallen gelassen und auf Konsumenten beschränkt.⁴ Welche Auswirkungen diese Einschränkung in Bezug auf die Bauwirtschaft haben wird, soll einerseits im Rahmen dieser Arbeit diskutiert werden, wird sich andererseits aber auch erst anhand von gerichtlichen Urteilen zeigen. Da es nämlich bis anhin an bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Thema fehlt, bleibt abzuwarten, wie praktikabel die neue Bestimmung sein wird und ob der neue Art. 8 UWG vom toten zum lebendigen Buchstaben erweckt wird.

¹ Botschaft zur Änderung des BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. Sept. 2009, S. 6151 ff., nachfolgend: Botschaft UWG, S. 6151 ff.

² Botschaft UWG, S. 6152.

³ Mathys, Roland / Suter, Benjamin: Strengere Inhaltskontrolle von AGB, Bulletin 3, Febr. 2002, S.2.

⁴ Wildhaber, Isabelle: Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr. Gefahr für die Vertragsfreiheit?, in: SJZ 1. Jan. 2011, S. 537.

1.2 Zielsetzung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, herauszufinden, wer von der Revision profitiert und wer die Verlierer sind bzw. wer besser und wer schlechter geschützt wird als zuvor oder sogar überhaupt nicht mehr. In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, wer vom Begriff des Konsumenten erfasst werden soll. Die Antwort auf diese Frage, ist im Rahmen dieser Arbeit von zentraler Bedeutung. Aufgrund dieser Antwort, soll gezeigt werden, wo demzufolge Handlungsbedarf seitens der Rechtsprechung besteht und wo diese konkretisierend bzw. definierend tätig werden muss.

1.3 Abgrenzung des Themas

Wie bereits einleitend erwähnt, wurden diverse Artikel des UWG revidiert. Im Rahmen dieser Masterarbeit soll nur die Revision von UWG 8 näher betrachtet werden. Auf die Änderungen der restlichen Artikel wird daher nur wo dies im Zusammenhang mit der Revision von Art. 8 UWG nötig sein sollte, näher eingegangen. Insbesondere soll untersucht werden, wie sich die Revision auf Verträge im Bau- und Immobilienwesen konkret ausgewirkt hat oder in Zukunft noch auswirken könnte. Einzelne Vertragsverhältnisse werden detaillierter beschrieben und im Rahmen von Interviews zur Sprache gebracht. Im Sinne eines Rechtsvergleichs soll die EU-Gesetzgebung bzw. die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vergleichend herangezogen werden.

Die SIA-Norm 118, als eine sehr wichtige und umfangreiche AGB näher zu betrachten und im Detail zu analysieren, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

1.4 Vorgehen und Aufbau der Arbeit

Um die aktuelle Situation und Rechtslage zu analysieren und zu beurteilen, wird vorgängig die bereits bestehende Literatur konsultiert. Da die Revision erst kürzlich stattfand, steht die Literatur hauptsächlich in Form von Beiträgen in juristischen Fachzeitschriften oder sonstigen Veröffentlichungen im Zusammenhang mit der Revision zur Verfügung.

Daraus geht hervor, dass verschiedene Autoren, verschiedene Sichtweisen bzw. Meinungen vertreten. Die unterschiedlichen Sichtweisen sollen dargelegt und wenn möglich

die Gründe dafür erläutert werden. Insbesondere soll die Problematik anhand von Experteninterviews mit verschiedenen juristischen Vertretern aus unterschiedlichen Tätigkeitsgebieten untersucht werden. Es wird aufgezeigt, was der Wunsch der Praxis an die Rechtsprechung ist und mit welchen Problemen sich diese auseinandersetzen hat.

Zunächst werden in Kapitel 2 verschiedene Begrifflichkeiten, welche für das Verständnis der Arbeit relevant sind, definiert. Darauf folgend soll die Definition und Bedeutung von AGB aufgezeigt werden. Zum besseren Verständnis der durch UWG 8 eingeführten offenen Inhaltskontrolle, wird die bisherige Möglichkeit zur Kontrolle von AGB erläutert. Darauf folgt in Kapitel 3 eine kurze Vorstellung der Bestandteile des neuen Art. 8 UWG.

Die Veränderungen vom alten zum neuen Art. 8 UWG werden in Kapitel 4 kurz aufgezeigt. Welche Auswirkungen man sich von der Revision versprochen hat und wie diese tatsächlich ausgefallen sind.

Anschliessend wird anhand der bestehenden Definitionen des Konsumenten der aktuellen Gesetzgebung, untersucht, ob eine der vorliegenden, im Rahmen von UWG 8 passend sein könnte. Ebenfalls wird in diesem Kapitel, gerade auch in Bezug auf die Definition des Konsumenten, ein kurzer Vergleich mit dem Ausland gezogen. Inwiefern wurde bei der Revision ein Blick ins Ausland gewagt und wo hat eine Angleichung stattgefunden und wo nicht?

In Kapitel 5 werden die Resultate der Interviews zusammengefasst und die verschiedenen Meinungen der Interviewpartner wiedergegeben. Zudem wird aufgezeigt, wo die Stärken bzw. Schwächen der Interviews lagen und welche Probleme bzgl. des Interviewfragebogens bei der Befragung aufgetaucht sind. Anhand der Resultate aus Kapitel 4 und 5 soll geschaut werden, ob eine, eigens für UWG 8 passende Definition, des Konsumenten gefunden werden kann.

In der Schlussbetrachtung soll ein Fazit gezogen und allfällige Handlungsempfehlungen abgegeben werden. Im Rahmen eines Ausblicks wird auf mögliche, weitere Untersuchungen hingewiesen.

2 Definitionen und rechtliche Grundlagen

Einleitend werden gewisse Begrifflichkeiten definiert. Zur Plausibilisierung der gesamten AGB-Thematik werden deren Tatbestandsvoraussetzungen kurz dargelegt und die Bestandteile der AGB-Kontrolle anschliessend anhand ihrer Prüfungsreihenfolge näher erläutert.

2.1 Definitionen

2.1.1 Definition des Begriffs „Unternehmer“

Der Begriff des Unternehmers wird hier gemäss Art. 363 OR, im Sinne des Werkvertragsunternehmers verstanden. Der Unternehmer verpflichtet sich zur Herstellung eines Werkes und erhält als Gegenleistung eine Vergütung des Bestellers. Oft als KMU definiert und organisiert, sind die Unternehmer weder in der Lage sich ihren Vertragspartner auszusuchen, noch die ihnen entgegengehaltenen AGB zu verhandeln. Entweder aufgrund von fehlendem Know-how oder weil sie keine Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, da die AGB von professionellen Bauherren (Definition unter 2.1.2) sich oft ähnlich oder gar brancheneinheitlich sind.

2.1.2 Definition des Begriffs „professioneller Bauherr“

Unter dem Begriff des professionellen Bauherren ist eine privat- oder öffentlich-rechtlich organisierte Firma oder Anstalt zu verstehen. Definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert. Es handelt sich um namhafte Firmen oder Anstalten, welche einerseits (richtungsweisend) im Bau- und Immobilienbereich tätig sind und andererseits über einen professionellen Aufbau, gewisse Strukturen sowie Kontrollmechanismen und hierarchische Strukturen verfügen. Das Bauen gehört mitunter zu ihren Kernkompetenzen und generiert einen gewissen abschöpfbaren Mehrwert. Professionelle Bauherren verfügen per Definition über ein gewisses Know-how und eine gewisse Erfahrung und fungieren als Verantwortliche in der Umsetzung und Realisierung von Immobilienprojekten. Sie kennen teilweise sogar den gesamten Bauprozess

und sind in der Lage ein Bauprojekt auch finanziell zu beurteilen oder extern beurteilen zu lassen und deren Daten auszuwerten.⁵

2.1.3 Definition des Begriffs „privater Bauherr“

Im Gegensatz dazu, wird vom privaten Bauherrn i.S. einer Privatperson gesprochen, welche weder professionell aufgestellt noch marktmächtig oder marktbestimmend ist. Im Unterschied zu Unternehmern und professionellen Bauherren, tritt er nicht als Verfasser von AGB auf, sondern muss sich diese von seinen jeweiligen Unternehmern entgegenhalten lassen. Das Bauen gehört nicht zu seinen Kernkompetenzen, sondern ist als Nebentätigkeit ausgestaltet. Die Kernkompetenz der Person oder Firma liegt in einem anderen Bereich. Die erstellte Baute dient oft sogar nur seinem eigenen privaten oder geschäftlichen Gebrauch. Es handelt sich also bspw. um eine oder mehrere Personen, welche ihr eigenes EFH oder Büro für den privaten Gebrauch bauen oder bauen lassen.

2.1.4 Definition Werkvertrag (mit professionellen oder privaten Bauherren)

Nach Art. 363 OR verpflichtet sich der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Durch den Werkunternehmer ist der Eintritt eines vertraglich vereinbarten Erfolgs geschuldet. Der geschuldete Erfolg besteht im herzustellenden Werk. Es ist daher auszulegen, ob ein Erfolg oder lediglich ein Tätigwerden geschuldet ist. Der Erfolg kann grundsätzlich in einem körperlichen oder immateriellen Werk bestehen.⁶

2.1.5 Definition Kaufvertrag für Stockwerkeigentum ab Plan

Der Kaufvertrag für Stockwerkeigentum ab Plan ist ein Grundstückkaufvertrag i.S.v. Art. 216 Abs. 1 OR, welcher zu seiner Gültigkeit öffentlich beurkundet werden muss.

2.1.6 Definition Subunternehmervertrag

Ein Subunternehmervertrag ist nichts anderes als ein Werkvertrag, welcher zwischen einem Unternehmer und seinem Subunternehmer abgeschlossen wird. Der SBV hat zwar seinen eigenen Subunternehmervertrag, doch unterscheidet sich dieser von seiner rechtlichen Qualifikation her, nicht vom schlichten Werkvertrag, weshalb an dieser Stelle auf die Erläuterungen zum Werkvertrag unter 2.1.4 verwiesen werden kann.

⁵ abgeleitet von Definition gemäss IPB.

⁶ Definition vgl. zitierte Internetquelle, abgerufen am 27. Juli 2013.

2.2 Rechtliche Grundlagen der AGB-Thematik

AGB sind aus dem täglichen Rechtsleben kaum mehr wegzudenken. Das Vertragsleben würde in vielen Bereichen gänzlich zum Erliegen kommen, würde man die Verwendung von AGB verbieten.⁷ Ihnen kommt in der Praxis eine entscheidende Bedeutung zu. Dank AGB sind der Abschluss und die Handhabung standardisierter Verträge, insbesondere im Dienstleistungssektor, überhaupt möglich.⁸ Nur dadurch gelingt es einer Vertragspartei ihre Geschäftsbeziehungen zu rationalisieren, ihre Vertragsbeziehungen umfassend und nach ihren Interessen zu regeln und ihre Interessen durchzusetzen und Risiken auf ihre Vertragspartner abzuwälzen.⁹ Aber gerade weil mit AGB nicht nur Rationalisierungszwecke verfolgt, sondern Verträge oft auch inhaltlich zu Lasten der Gegenpartei des AGB-Verfassers ausgestaltet werden, besteht das Bedürfnis, solchen AGB mit einer gerichtlichen Inhaltskontrolle (vgl. Kapitel 2.3.3) etwas entgegengesetzt zu können, was über die allgemeinen Inhaltsschranken i.S.v. Art. 19 OR und die Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR, hinausgeht.¹⁰ Damit von AGB im juristischen Sinn gesprochen werden kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Sie müssen für eine Vielzahl von Verträgen geschaffen, von einer Partei vorformuliert und der anderen Partei einseitig gestellt worden sein.¹¹ Sie erlangen nur Gültigkeit, wenn sie von den Parteien in den Vertrag übernommen wurden. Die Übernahme der AGB kann entweder ausdrücklich oder konkludent, häufig aber auch nur durch einen Verweis, erfolgen. Hat eine Partei den Inhalt der AGB nicht im Einzelnen zur Kenntnis genommen, verstanden oder beachtet, sondern nur pauschal ihr Einverständnis dazu gegeben, spricht man von einer Globalübernahme. Beim Vertragsabschluss verschiebt sich somit das Kräfteverhältnis zu Gunsten des AGB-Verwenders. Deshalb wurden für diese spezielle Situation von Gesetzgeber, Lehre und Rechtsprechung verschiedene Kontrollmechanismen entwickelt.¹² (Vgl. Kapitel 2.3).

Es genügt nicht, wenn die AGB lediglich für einen einzigen konkreten Vertrag ausgearbeitet werden. Der Autor und / oder der Verwender muss diese Bestimmungen für eine *Vielzahl von Verträgen* zur Anwendung bringen wollen. Ob die tatsächliche Anwen-

⁷ Stöckli, Hubert: UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 173.

⁸ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/59.

⁹ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/60.

¹⁰ Stöckli, Hubert: UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 173.

¹¹ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/58.

¹² Huguenin, Claire: OR AT, N 236 f.

dung bereits stattgefunden hat, ist hingegen nicht entscheidend.¹³ Die AGB müssen *formuliert* werden, ob durch den Verwender selbst oder einen Dritten spielt für die Qualifikation als AGB keine Rolle.¹⁴ AGB werden nicht im Einzelnen ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei *einseitig gestellt* bzw. vorgegeben. Die andere Vertragspartei wird vor vollendete Tatsachen gestellt und bekommt keine Möglichkeit den Vertragsinhalt zu verhandeln. Warum eine Verhandlung nicht möglich war, spielt für die Qualifizierung keine Rolle.¹⁵

2.3 Die AGB-Kontrolle

AGB werden oft von der stärkeren Vertragspartei einseitig formuliert. Es wird versucht v.a. die Risiken so weit als möglich auf die Gegenpartei abzuwälzen. Somit besteht die Gefahr, dass die schwächere Partei übermässig benachteiligt wird. Daher müssen der Verwendung von AGB Grenzen gesetzt und sie gewissen „Kontrollmechanismen“ unterstellt werden.¹⁶ Die Überprüfung der AGB findet anhand der Geltungskontrolle, der Auslegungskontrolle und der verdeckten bzw. offenen Inhaltskontrolle statt.

2.3.1 Geltungskontrolle

Nach dem Grundsatz der *Priorität von Individualabreden* haben individuelle Parteiabreden, welche den AGB widersprechen, immer Vorrang.¹⁷ Die AGB müssen zu ihrer Gültigkeit von der Gegenpartei ihres Verwenders zur Kenntnis genommen werden, d.h. durch Konsens Vertragsbestandteil geworden und damit in das Vertragsverhältnis *einbezogen* worden sein. Die Gegenpartei des AGB-Verwenders muss folglich mindestens i.S. einer Globalübernahme (Übernahme durch Globalerklärung) in zumutbarer Weise, ausdrücklich oder stillschweigend, von den Bestimmungen Kenntnis genommen haben.¹⁸ Dies ist nicht gleichbedeutend damit, dass sie die Bestimmungen im Detail kennt und gelesen hat. Die Vollübernahme bildet das Gegenstück zur Globalübernahme. Erklärt sich jemand mit den AGB einverstanden, nachdem er sie gelesen und zur Kenntnis genommen hat, spricht man von einer Vollübernahme. Es gilt jedoch prinzipiell die

¹³ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/65.

¹⁴ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/66.

¹⁵ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/67.

¹⁶ Schmid, Jörg: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148, 2012, S. 1 f., nachfolgend: Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S.1.

¹⁷ Huguenin, Claire: OR AT, N 413.

¹⁸ Gauch / Schlupe / Schmid, N 1128 ff.

Vermutung, dass AGB global übernommen werden.¹⁹ Bei Verträgen mit Konsumenten, muss die Einbeziehungsvereinbarung ausdrücklich sein, d.h. die AGB werden nur Vertragsbestandteil, wenn der Vertragspartner ausdrücklich auf diese hingewiesen wurde.²⁰ Massgeblich für die Beurteilung, ob die AGB in den Vertrag einbezogen wurden, sind folgende Punkte: Der Vertragspartner muss auf die AGB hingewiesen worden sein, vor Vertragsschluss die Möglichkeit gehabt haben diese zur Kenntnis zu nehmen und die Kenntnisnahme muss ihm zumutbar gewesen sein.²¹

Die *Ungewöhnlichkeitsregel* spielt in der Praxis eine besondere Rolle. Hier stellt sich die Frage, ob einzelne Bestimmungen, trotz gültiger Globalübernahme, überhaupt Geltung erlangen können, da es sich um ungewöhnliche oder überraschende Klauseln handelt, mit welchen die Gegenpartei, nach dem Vertrauensprinzip, vernünftigerweise nicht rechnen musste. Solche ungewöhnlichen oder geschäftsfremden Bestimmungen erlangen nur Geltung, wenn der Verwender seinen Vertragspartner ausdrücklich auf diese Bestimmungen aufmerksam gemacht hat, z.B. durch fettgedruckte Schrift oder sonstige auffällige Darstellung.²² Die Ungewöhnlichkeitsklausel kommt somit zur Anwendung, wenn weder Bestand noch Geltung des gesamten Vertrags in Frage stehen, sondern allein eine spezifische, überraschende AGB-Klausel umstritten ist.²³ Da eine Globalübernahme vermutet wird, muss grundsätzlich der AGB-Verwender beweisen, dass die zustimmende Vertragspartei, die Klausel bei Vertragsschluss kannte. Wenn jedoch der AGB-Verwender seine Gegenpartei auf die ungewöhnliche Klausel speziell aufmerksam gemacht hat, so wird deren Kenntnisnahme vermutet.²⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine AGB-Klausel ungewöhnlich, wenn der Zustimmende erstens branchenunerfahren ist und zweitens die AGB-Klausel einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweist. Eine Bestimmung gilt als „geschäftsfremd“, wenn sie den Charakter des Vertrags völlig ändert oder zum dispositiven Recht im krassen Widerspruch steht. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.²⁵ Die Lehre nimmt die Ungewöhnlichkeit einer Klausel bisweilen schon an, wenn nur die zweite Voraussetzung – d.h. der Widerspruch zum dispositiven Gesetzesrecht – erfüllt ist. Dies mit der Begründung,

¹⁹ Huguenin, Claire: OR AT N 417.

²⁰ Huguenin, Claire: OR AT N 415.

²¹ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/76.

²² Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 2.

²³ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/81.

²⁴ Huguenin, Claire: OR AT, N 423.

²⁵ BGE 119 II 443 ff., S. 446.

dass Klauseln aufgrund ihres Inhalts, ihrer Platzierung oder der vorhergehenden Vertragsverhandlungen auch für branchenfremde Vertragspartner ungewöhnlich sein können.²⁶

2.3.2 Auslegungskontrolle

Wenn aufgrund der Konsenskontrolle ausser Frage steht, dass die AGB Gültigkeit erlangt haben, einzelne Bestimmungen dennoch Anlass zur Diskussion geben, ist ihre inhaltliche Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln.²⁷ Für die Auslegung von AGB-Klauseln gelten keine besonderen Regeln, sondern sind die üblichen Auslegungsgrundsätze anzuwenden.²⁸ Wenn sich weder nach der Auslegung des Wortlauts noch nach den übrigen Auslegungsregeln ein klares Resultat ergibt, so wird die Klausel nach der sog. Unklarheitenregel, „im Zweifel“ in der für den Verfasser ungünstigeren Weise ausgelegt („in dubio contra stipulatorem“)²⁹. Denn er hatte ja schliesslich, im Gegensatz zu demjenigen, welcher sich die Klausel entgegenhalten lassen muss, die Möglichkeit, durch eine klare und eindeutige Formulierung, die Unsicherheit zu vermeiden.³⁰

2.3.3 Von der verdeckten zur offenen Inhaltskontrolle

Von der Lehre wird seit Langem gefordert, auch vorformulierte Vertragsbestimmungen müssten einer Inhaltskontrolle („Fairnesskontrolle“) unterzogen werden können.³¹ Das Bundesgericht zeigte jedoch bisher sehr viel Zurückhaltung, wenn es um eine direkte inhaltliche Kontrolle von AGB ging. Mit der Vornahme einer inhaltlichen Kontrolle, könnte ein Gericht eine konkrete AGB-Klausel dahingehend überprüfen, ob sie einen angemessenen Ausgleich der Parteiinteressen darstellt. Je stärker das Markt- und Informationsgefälle zwischen den Parteien ist, desto grösser ist die Gefahr, dass der Verwender einseitig die vertraglichen Risiken auf den Vertragspartner abwälzt. Dieser Missbrauch, derjenigen, welche als AGB-Verfasser auftreten, war einer der Auslöser der Entwicklung einer eigenen AGB-Dogmatik.³²

Bislang wurde v.a. auf dem Weg der Ungewöhnlichkeitsregel eine „verdeckte Inhaltskontrolle“ praktiziert. Es ist zwar zu begrüessen, dass unfairen AGB die Geltung versagt

²⁶ Gauch / Schlupe / Schmid, N 1142.

²⁷ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 2.

²⁸ Gauch / Schlupe / Schmid, N 1158 und 1241.

²⁹ Gauch / Schlupe / Schmid, N 1231.

³⁰ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 2 f.

³¹ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 3.

³² Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/86.

werden soll, doch spricht der Grundsatz der Methodenehrlichkeit dafür, dass man sich offen zur Inhaltskontrolle bekennt und nicht andere Kontrollkategorien als „Deckmantel“ vorschiebt.³³ Die verdeckte Inhaltskontrolle ist insofern unbefriedigend, als die Verwender von AGB durch Hervorheben und Hinweisen, der Ungewöhnlichkeitsregel und durch unzweideutiges Verfassen kritischer Klauseln, dem Anwendungsbereich der Unklarheitenregel entgehen können.³⁴ Es sprechen folglich inhaltlich überzeugende Gründe für die (offene) Inhaltskontrolle. Eine gerechte Rechtsordnung kann es nicht hinnehmen, dass das dispositives Gesetzesrecht von marktmächtigen Unternehmen massenhaft wegbedungen und durch unfaire Klauseln ersetzt wird.³⁵ Eine überzeugende Rechtfertigung für eine gerichtliche Inhaltskontrolle könnte wie folgt lauten: „Wer AGB einsetzen und daraus einen Nutzen ziehen will, dass sie sich ohne auch nur einen Hauch von Vertragsverhandlungen, gültig in konkrete Verträge übernehmen lassen, muss damit leben, dass der so geschaffene Vertragsinhalt gerichtlicher Nachprüfung unterliegt.“³⁶ Die Rechtsvergleichung zeigt ausserdem, dass zahlreiche (mit der Schweiz wirtschaftlich-sozial vergleichbare) Rechtsordnungen eine Inhaltskontrolle als sachgemäss ansehen. Alle EU-Mitglieder haben die europäische Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt, die eine Inhaltskontrolle vorsieht.^{37, 38} Eine offene Inhaltskontrolle stellt offensichtlich den schwerwiegendsten Fall eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit dar. Die EU hat hierfür in der Richtlinie 93/13/EWG für die EU-Mitgliedstaaten einen gemeinsamen Massstab entwickelt. Mit der Richtlinie werden nicht nur diejenigen Klauseln für nicht anwendbar erklärt, die zwingendem Recht widersprechen, sondern anhand einer exemplarischen Negativliste werden vielmehr Klauseln angeführt, die typischerweise einen Vertragspartner ungebührlich bevorzugen. Zudem werden auch typische Merkmale angeführt, bei deren Vorliegen von einer Ausnutzung einer Ungleichgewichtslage ausgegangen werden kann, die jedoch im Einzelfall zu prüfen ist.³⁹

Der alte Art. 8 UWG wurde durch sein Tatbestandsmerkmal der AGB-Verwendung „in irreführender Weise“ zur Untauglichkeit verunstaltet und konnte als Grundlage für eine lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle nicht dienen. Mit der am 17. Juni 2011 verab-

³³ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 3.

³⁴ Huguenin, Claire: OR AT, N 431.

³⁵ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 3.

³⁶ Stöckli, Hubert: UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 173.

³⁷ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 3.

³⁸ Vgl. dazu auch Kapitel 4.3.2.

³⁹ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/88.

schiedeten Revision von Art. 8 UWG, konnte dieser Missstand zumindest teilweise behoben werden.⁴⁰ (Vgl. dazu im Detail Kapitel 3.3). Es wird sich in Zukunft zeigen, ob und wenn ja wie, von einer offenen Inhaltskontrolle tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird.

⁴⁰ Schmid, Jörg in: ZBJV 148, 2012, S. 4.

3 Der neue Artikel 8 UWG

Damit eine missbräuchliche und unlautere AGB-Klausel vorliegt, müssen die folgenden Tatbestandselemente von UWG 8 erfüllt sein und die Klausel in einem Vertrag mit einem Konsumenten zu dessen Nachteil Verwendung finden.

3.1 Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis

Den Rechtsbegriff des offenbaren *Missverhältnisses* kennt man auch aus dem Tatbestand der Übervorteilung, welcher in OR 21 definiert wird. Für die Beurteilung und Betrachtung des erheblichen Missverhältnisses nach UWG 8, kann dieser vergleichend herangezogen werden. Gemäss OR 21, ist Voraussetzung für eine Übervorteilung, dass im Moment des Vertragsschlusses – in objektiver Hinsicht – eine offensichtliche Inäquivalenz zwischen vertraglicher Leistung und Gegenleistung besteht.⁴¹ Zur Beurteilung des Missverhältnisses ist der objektive Wert aller Leistungen (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) sowie alle Rechte und Pflichten der Parteien einander gegenüberzustellen. Zur Feststellung des objektiven Werts kann bspw. ein Markt- bzw. Börsenpreis oder ein übliches Entgelt für die betreffende Dienstleistung als Bemessungskriterium herangezogen werden.⁴² Im Unterschied zu UWG 8 braucht es für die Erfüllung des Tatbestandes nach OR 21 ein weiteres qualifizierendes Merkmal in subjektiver Hinsicht. Das Missverhältnis muss die Folge der (bewussten) Ausnützung einer Schwäche (z.B. Notlage, Unerfahrenheit, Leichtsinns) des Übervorteilten durch die Gegenpartei sein.⁴³

Das Erfordernis der *Erheblichkeit* bringt zum Ausdruck, dass ein nur geringfügiges Missverhältnis nicht genügt, um die AGB als unlauter zu definieren. Es fragt sich jedoch, was als Massstab für die Beurteilung des Missverhältnisses zu dienen hat.⁴⁴ In seiner Botschaft folgt der Bundesrat dem Prinzip der Folgerewägung: Das „Beibehalten der Klausel muss mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren [sein] und da-

⁴¹ Probst, Thomas: Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Peter Jung / Philippe Spitz (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SHK UWG), Bern 2010, UWG 8 N 20., nachfolgend: Probst, Thomas in: SHK UWG, Bern 2010, UWG 8 N 20.

⁴² Huguenin, Claire: OR AT, N 444.

⁴³ Probst, Thomas in: SHK UWG, Bern 2010, UWG 8 N 20.

⁴⁴ Kut, Ahmet / Stauber, Demian: Die UWG Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Febr. 2012, S. 19., nachfolgend: Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S. 19.

her die Nichtigkeit der Klausel als angemessene Folge“ erscheinen.⁴⁵ Andernorts hingegen wird der Grundsatz der Billigkeit als konturlos kritisiert, da nicht jene AGB nichtig sein soll, welche der Richter als unbillig empfindet. Es ist zudem fraglich, ob ein Richter überhaupt legitimiert sein kann, nach blossen Billigkeitserwägungen nur einzelne Teile eines von den Parteien abgeschlossenen Vertrages für nichtig zu erklären.⁴⁶ Denn der Wortlaut von UWG 8 deutet darauf hin, dass ein Gericht nicht fragen soll, ob eine bestimmte Klausel für sich allein unbillig ist, sondern, dass die Lauterkeit einer jeweiligen Klausel mit Blick auf die Gesamtheit der vertraglichen Rechten und Pflichten geprüft werden soll und zwar unabhängig davon, ob diese in den AGB selbst oder in einem anderen Vertragsbestandteil enthalten sind.⁴⁷ Dies im Unterschied zu Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie, welcher von einzelnen „Vertragsklauseln“ und nicht von „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ spricht.⁴⁸ Fraglich bleibt dennoch, was als Massstab für die Beurteilung der Erheblichkeit zu dienen hat. Nach gewissen Lehrmeinungen soll dies weiterhin das (dispositive) Gesetz oder das „gesetzliche Leitbild“ sein.⁴⁹ Vermutlich werden sich die Gerichte auf der Suche nach Ansatzpunkten – soweit vorhanden – an den gesetzlichen Regelungen orientieren, doch ist dabei grosse Zurückhaltung erforderlich. Denn die Variante der „erheblichen Abweichung von der gesetzlichen Ordnung“ wurde vom Gesetzgeber bewusst gestrichen. Um die Unlauterkeit von AGB bejahen zu können, müssen nun höhere Hürden überwunden werden. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben, welcher erheblich von der gesetzlichen Ordnung abweicht, genügt allein nicht. Die AGB müssen im Resultat zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis der vertraglichen Rechten und Pflichten führen. Oder umgekehrt formuliert: Selbst eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung führt für sich allein noch nicht zur Unlauterkeit. Um der erwähnten Billigkeit Konturen zu geben, tritt anstelle des gesetzlichen Leitbildes, der Vertragszweck bzw. die vertragliche Interessenslage der Parteien.⁵⁰

Des Weiteren muss das Missverhältnis gemäss dem Wortlaut von Art. 8 UWG nicht nur „erheblich“ sondern auch „ungerechtfertigt“ sein. Es dürfte allerdings kaum Fälle geben

⁴⁵ Botschaft UWG, S. 6179.

⁴⁶ Probst, Thomas in: SHK UWG, Bern 2010, UWG 8 N 84.

⁴⁷ „Dies entspricht auch Art. 4 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie, wonach die Missbräuchlichkeit unter Berücksichtigung der Güter oder Dienstleistungen, die Vertragsgegenstand sind, aller begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages beurteilt wird“.

⁴⁸ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.19.

⁴⁹ Rusch, Arnold F./ Maissen, Eva / Schmid, Jörg / Furrer, Andreas.

⁵⁰ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.19.

in denen die Erheblichkeit als erfüllt angesehen werden kann, das Missverhältnis aber als gerechtfertigt eingestuft wird. Es wird auch in der Lehre nur teilweise als kumulative Voraussetzung verstanden.⁵¹ Im Streitfall scheint es deshalb sachgerecht zu sein, vom Verwender zu verlangen, dass er die Gründe darlegt, weshalb ein festgestelltes erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten als gerechtfertigt angesehen werden soll.⁵²

3.2 Verstoss gegen Treu und Glauben

Nebst dem geforderten erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten wird, um die Unlauterkeit der AGB bejahen zu können, vom Gesetz verlangt, dass das Missverhältnis in den AGB den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Dieses Tatbestandselement tritt genau an die Stelle der bisherigen Formulierung „in irreführender Weise“. Die Streichung dessen war mit ein Grund für die Revision von Art. 8 UWG. Denn gerade durch dieses Erfordernis der „Irreführung“ wurde der alte Art. 8 UWG zum toten Buchstaben. Deshalb ist die Auslegung des Tatbestandselements „in Treu und Glauben verletzender Weise“ von entscheidender Bedeutung. Leider sucht man in den Materialien vergebens nach einer klaren Antwort auf diese wichtige Frage.⁵³ Wie auch schon beim offenbaren Missverhältnis, findet man andernorts in der Gesetzgebung teilweise eine Antwort auf die Frage, wie die Begrifflichkeit „in Treu und Glauben verletzender Weise“ im UWG definiert werden könnte. Einerseits spricht nämlich bereits das UWG selbst in seiner Generalklausel in Art. 2 vom Grundsatz von Treu und Glauben und andererseits statuiert Art. 2 ZGB den Grundsatz für das gesamte Privatrecht.

3.3 Einführung einer offenen Inhaltskontrolle

Bisher war es umstritten, ob die gerichtliche Kompetenz so weit geht, dass es im Rahmen einer AGB-Inhaltskontrolle eine massive Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung durch richterlichen Eingriff ausgleichen darf.⁵⁴ In seiner alten Fas-

⁵¹ anders z.B. Stöckli, Hubert in: „Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle aber nicht für alle“; wonach das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ kein eigenständiges, separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal ist, S. 184.

⁵² Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.20.

⁵³ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.20.

⁵⁴ Furrer, Andreas in: HAVE 2011, S. 324.

sung setzte UWG 8 eine „Irreführung“ der anderen Vertragspartei durch die AGB voraus. Der Kläger musste somit nachweisen, dass der Verfasser die entsprechende Klausel „in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei“ verwendet hat. Dies wurde so verstanden, dass der Betroffene nicht nur in die Irre geführt werden sollte, sondern dem Verwender musste eine irreführende Absicht nachgewiesen werden.⁵⁵ In praktischen Fällen fehlte es meist an dieser Absicht der Irreführung und deshalb stellte der bisherige Art. 8 UWG kein effizientes Instrumentarium zur Überprüfung von AGB dar. Durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung aus Art. 8 UWG, wollte man eine gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB schaffen. Damit kann inskünftig eine AGB-Klausel noch so klar formuliert und von der anderen Vertragspartei richtig verstanden worden sein. Schafft die Klausel in „Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten“, so handelt die Partei unlauter, die Bestimmung weist einen Inhaltsmangel auf und ist deshalb, weil sie widerrechtlich ist, nach Art. 20 OR nichtig, (vgl. auch Rechtsfolge Nichtigkeit unter 3.4). Damit ist die offene Inhaltskontrolle auch in der Schweiz angekommen. Es wird sich nun zeigen, ob es schon bald erste Urteile gegen einseitige AGB geben wird.⁵⁶

3.4 Rechtsfolge Nichtigkeit versus Reduktion auf das erlaubte Mass

Auch der neue Art. 8 UWG enthält keine Regelung der Rechtsfolge, beim Verstoss gegen diese Bestimmung. Weshalb es nicht erstaunen mag, dass auch hier die Meinungen auseinandergehen.⁵⁷ Gemäss UWG 2 ist die Verwendung missbräuchlicher AGB nicht nur unlauter, sondern auch widerrechtlich. Verträge mit widerrechtlichem Inhalt sind gemäss OR 20 I nichtig. Solche AGB unterstehen nebst den Klagen nach UWG 9 auch der Einrede der Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit. Den verletzten Konsumenten steht die Möglichkeit offen, die unlauteren Akte ungeschehen zu machen.⁵⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, können unlautere AGB-Klauseln nicht einfach auf das zulässige Mass reduziert werden, sondern sind gänzlich nichtig.⁵⁹ Wäre dem nicht so, sä-

⁵⁵ Furrer, Andreas in: HAVE 2011, S. 324.

⁵⁶ Stöckli, Hubert: Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 4/2011, S. 185.

⁵⁷ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S. 23.

⁵⁸ David, Lucas / Jacobs, Reto: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 399.

⁵⁹ BGer v. 18.12.2008, 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1: Lexus.

hen unseriöse Anbieter keine Motivation mehr darin, sich um lautere AGB-Klauseln zu bemühen, da sie selbst bei widerrechtlichen Klauseln nichts zu verlieren hätten.⁶⁰

⁶⁰ Lucas David / Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2012, N 399.

4 Die UWG-Revision und deren Ziel

4.1 Veränderungen

Der ursprüngliche Grund, welcher zur Revision von UWG 8 geführt hat, war wie erwähnt das Tatbestandsmerkmal der Irreführung. Durch dieses wurde der Anwendungsbereich der alten Bestimmung derart eingeschränkt, dass sie seit ihrem Inkrafttreten am 1. März 1988, in der Rechtspraxis bedeutungslos blieb.⁶¹ Ziel der Revision war, durch Streichung dieses Erfordernisses der Irreführung, unter anderem, eine griffigere Ausgestaltung der Bestimmung.⁶² Zum besseren Vergleich werden einleitend beide Wortlaute gegenübergestellt und die Veränderungen bzgl. des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs erläutert. Während die alte Bestimmung wie folgt lautete:

„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*
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“*

Ist der neue Wortlaut der Folgende:

„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.“

4.1.1 Veränderungen im sachlichen Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich von UWG 8 bezieht sich auf die Verwendung von AGB. Gegenüber der bisherigen Fassung wurde der Ausdruck „vorformulierte“ AGB weggelassen, zumal AGB – nach Schweizer Verständnis – begriffsnotwendig vom Verwender vorformuliert werden.⁶³ Nach wie vor, wird der Begriff der AGB selbst, nicht im Gesetz definiert. Vom bisherigen UWG 8 unverändert übernommen, wurde die Vo-

⁶¹ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.16 f.

⁶² Botschaft UWG, S. 6152.

⁶³ Die Richtlinie verfolgt einen anderen, umfassenderen Ansatz, indem sie nicht von AGB spricht, sondern von „nicht im einzelnen ausgehandelten“ Vertragsklauseln. In Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie werden diese wie folgt definiert: „Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrages, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.“

raussetzung, dass die AGB „verwendet“ werden müssen. Da Art. 8 UWG trotz einzelner Kritik aus der Lehre nicht in das Vertragsrecht überführt wurde, reicht es für eine lauterkeitsrechtliche Betrachtung aus, dass die AGB zum Zwecke des Vertragsschlusses eingesetzt werden. Nicht erforderlich ist, dass die AGB auch tatsächlich Vertragsbestandteil werden. Vielmehr genügt die bloße Veröffentlichung von AGB, sofern diese im Hinblick auf künftige Vertragsabschlüsse geschieht.⁶⁴ Somit gab es im sachlichen Anwendungsbereich keine grösseren Anpassungen.

4.1.2 Veränderungen im persönlichen Anwendungsbereich

Im persönlichen Anwendungsbereich hat sich mehr verändert und die Änderungen sind für die zukünftige Rechtsprechung auch einschneidender. Denn im Unterschied zum bisherigen Art. 8 UWG werden neu nur noch AGB, die zum Nachteil von Konsumenten verwendet werden, erfasst. Um im Parlament eine Mehrheit für die Revision erreichen zu können, wurde im Sinne einer Kompromisslösung, der persönliche Anwendungsbereich auf Konsumenten beschränkt. Weder wird aber der Begriff des Konsumenten im UWG selbst definiert, noch lässt sich den Materialien diesbezüglich etwas entnehmen. Wie der Begriff des Konsumenten definiert werden könnte, wird u.a. in Kapitel 4.2 weiterdiskutiert.

Somit bleibt es in b2b-Verhältnissen vermutlich bei der bisherigen Rechtslage und einer verdeckten Inhaltskontrolle unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel.⁶⁵

4.1.3 Diskussion der Veränderungen

Schaut man, welche Auswirkungen und Veränderungen man sich von der Revision versprochen hat und wie diese nun tatsächlich ausgefallen sind, kommt vermutlich ein bisschen Enttäuschung auf. Wie einleitend erwähnt, war das Ziel der Revision, die Schaffung eines griffigeren Instrumentariums gegen missbräuchliche AGB. Eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Konsumenten, war ursprünglich nicht vorgesehen, denn der Schutzbereich des UWG erstreckt sich auf sämtliche Anbieter und Abnehmer, nicht bloss auf Konsumenten.⁶⁶ Diverse Autoren und Vertreter aus der Praxis halten diese Einschränkung dann auch für unverständlich und wenig sinn-

⁶⁴ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S. 18.

⁶⁵ Kut, Ahmet / Stauber, Demian in: Jusletter 20. Febr. 2012, S.18 f.

⁶⁶ Botschaft UWG, S. 6169.

voll⁶⁷. Andernorts wird diese Einschränkung auch als Rückschritt angesehen.⁶⁸ Deshalb wurde im Rahmen dieser Arbeit die Hypothese aufgestellt, dass der Schutz vor missbräuchlichen AGB für Unternehmer und professionelle Bauherren als schwächere Vertragspartei, durch die Revision von Art. 8 UWG, nicht verbessert wurde. Einziger Gewinner könnte der private Bauherr sein.

Da sich das UWG selbst über eine Definition des Begriffs des Konsumenten aus Schweigt, muss diese an anderer Stelle in der Gesetzgebung gesucht werden, wie im Folgenden näher erläutert wird.

4.2 Definitionen des Begriffs „Konsument“

Nach einer Definition des Begriffs „Konsument“ bzw. Konsumentenvertrages sucht man im Zusammenhang mit der Revision von Art. 8 UWG vergeblich. Dieser Begriff wird jedoch andernorts, an verschiedenen Stellen in der Gesetzgebung, definiert. Diese sollen im Folgenden definiert und erklärt, bzw. auf ihre Praktikabilität in Bezug auf Verträge der Bauwirtschaft geprüft werden.

4.2.1 Definition gemäss Artikel 32 ZPO

Gemäss ihrem Artikel 1, regelt die ZPO das Verfahren vor kantonalen Instanzen für Streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und die Schiedsgerichtsbarkeit. Bei der ZPO handelt es sich, im Gegensatz zu einem materiellrechtlichen Erlass, wie z.B. das ZGB, um eine verfahrensrechtliche Ordnung, welche u.a. z.B. Gerichtsstände begründet.

Vielerorts wird für die Konkretisierung des Begriffs „Konsument“, im Zusammenhang mit der Revision von Art. 8 UWG, auf ZPO 32 verwiesen. Dieser begründet einen speziellen Gerichtsstand für Klagen aus Konsumentenverträgen. Der Zweck dieses Gerichtsstandes ist es, die gerichtliche Durchsetzung des Konsumentenschutzrechtes zu gewährleisten. Allfällige Rechtswegbarrieren sollen zu Gunsten der sozial schwächeren Partei beseitigt werden. Seit langem ist die Erleichterung des Zugangs zur Justiz ein

⁶⁷ Vgl. nebst entsprechenden Erläuterungen aus den Interviews, Holliger-Hagmann Eugénie.

⁶⁸ Fatzer, Peter / Hasenböhler, Franz: AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen? in: KPMG Legal, Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011 / 2012, S. 191.

anerkanntes Anliegen des nationalen und internationalen Prozessrechts. Rechtswegbarrieren entstehen hauptsächlich aus den geringeren finanziellen Mitteln des Konsumenten (fehlende Möglichkeit, den Prozess an einem anderen Ort als dem eigenen Wohnsitz zu führen), geringerer Verhandlungsmacht (Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand am eigenen Wohnsitz), der Übereilungsgefahr (übereilter Verzicht) und einem Informationsnachteil (Unkenntnis über die Bedeutung einer Gerichtsstandsregel). Zusätzlich stellt die Justiz für den durchschnittlichen Konsumenten i.d.R. ein relativ unbekanntes System dar, gegenüber welchem dieser erhebliche psychologische Barrieren aufbaut.⁶⁹

Ungeachtet dieses prozessualen Hintergrunds, wird die Person des Konsumenten in Artikel 32 ZPO wie folgt definiert: „Konsument ist, wer Waren oder Dienstleistungen für den privaten, persönlichen Verbrauch von einem Anbieter empfängt oder beansprucht; er gilt als Letztverbraucher (oder synonym Endverbraucher).⁷⁰ Der Begriff des Konsumentenvertrages lautet in Art. 32 Abs. 2 ZPO wie folgt: „Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden“. Somit kann nur eine natürliche Person Konsument sein, zumal Art. 32 lit. b ZPO für Klagen des Anbieters nur vom „Wohnsitz“ und nicht vom „Sitz“ der beklagten Partei spricht. Auch Konsumentenschutzorganisationen können sich nicht auf Art. 32 ZPO berufen.⁷¹ Der Anwendungsbereich von ZPO 32 ist gemäss Bundesgericht eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränkt sich, nach dem Willen des Gesetzgebers, ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs.⁷²

Nun stellt sich die Frage, ob Art. 32 ZPO der passende Artikel für eine Definition des Begriffs des Konsumenten nach Art. 8 UWG ist. Würde man sich bei der Definitionsfindung für UWG 8 in Zusammenhang mit ZPO 32 auf den prozessualen Hintergrund des Konsumentenschutzes und auf dessen Rechtsnatur stützen, könnte vielleicht der Konsument in Zusammenhang mit UWG 8 wie folgt definiert werden: *Beim Konsumenten handelt es sich um die sozial schwächere Partei, welche einerseits über die geringeren finanziellen Mittel und die geringere Verhandlungsmacht verfügt und andererseits*

⁶⁹ Feller, Urs / Bloch, Jürg in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 32 N 1.

⁷⁰ Feller, Urs / Bloch, Jürg in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 32 N 15.

⁷¹ Feller, Urs / Bloch, Jürg in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 32 N 16.

⁷² BGE 132 III 268, 272 E. 2.2.2.

vor einem übereilten Entscheid geschützt und dessen Informationsnachteil in den Vertragsverhandlungen berücksichtigt werden muss. Da aber stattdessen auf den Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 ZPO abgestellt wird und der Anwendungsbereich eng auszulegen ist⁷³, könnte nicht einmal mehr ein privater Bauherr – geschweige denn ein professioneller Bauherr oder Kleinunternehmer – unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden. Da aber Bauverträge von AGB dominiert werden⁷⁴, wäre dies doch wünschenswert. Demzufolge wird die Definition des Konsumenten nach Art. 32 Abs. 2 ZPO (auch von verschiedenen Autoren⁷⁵) als zu eng angesehen.

4.2.2 Definition gemäss Artikel 3 KKG

Nach Art. 3 KKG gilt als Konsument jede natürliche Person, die einen Kreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Folglich ist das KKG bei Vertragsabschlüssen mit juristischen Personen generell nicht anwendbar, bei natürlichen Personen gilt es dann nicht, wenn der Kredit für einen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zurechenbaren Zweck bestimmt ist, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine selbständige oder unselbständige Berufstätigkeit handelt. Bei „Mischnutzungen“, d.h. bei teils privaten und teils beruflichen / gewerblichen Zwecken dienenden Krediten, lässt sich nicht immer sofort eine klar entscheidbare Abgrenzung treffen. In solchen Fällen, erfolgt nur dann keine Unterstellung unter das KKG, wenn die private gegenüber der gewerblichen Nutzung von untergeordneter Bedeutung ist.⁷⁶ Diese Ausführungen lassen folgende Schlüsse zu: Ein KMU, welches als juristische Person organisiert ist, kann nicht unter den Konsumentenbegriff nach KKG 3 subsumiert werden. Das gleiche gilt für einen privaten Bauherren, i.S. einer natürlichen Person, welcher für seinen reinen beruflichen oder gewerblichen Zweck eine Baute erstellt. Hingegen könnte nach dieser Definition ein privater Bauherr eines EFH's oder eines Stockwerkeigentums, welcher dieses hauptsächlich für den persönlichen und familiären Gebrauch erstellt, von dieser Definition erfasst werden. Dasselbe sollte gelten, wenn er im Rahmen vom Bau eines EFH's zusätzlich noch ein Büro erstellt, welches gegenüber dem Anteil des erstellten Wohnbereichs eine untergeordnete Rolle spielt. Was aber z.B. gelten soll, wenn ein privater Bauherr ein Stockwerkeigentum i.S. einer Wohnung oder auch eines Büros baut und dieses anschliessend für

⁷³ Feller, Urs / Bloch, Jürg in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 32 N 4.

⁷⁴ Stöckli Hubert, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 173.

⁷⁵ U.a. Stöckli Hubert, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 4/2011, S. 186.

⁷⁶ Hess, Markus / Simmen, Robert (Hrsg.): Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 42.

berufliche Zwecke nutzt, scheint bereits wieder Fragen aufzuwerfen. Stellt man auf die anschliessende Nutzung ab, wird er von der Definition von KKG 3 nicht erfasst werden. Zieht man es jedoch vor zu sagen, dass er als Privatperson baut, könnte er wiederum darunter subsumiert werden. Des Weiteren ist nach dieser Definition unklar, was gelten soll, wenn er die gebaute Wohnung z.B. vermietet und sie nicht zum privaten oder persönlichen Gebrauch nutzt. Soll es dann wiederum eine Rolle spielen, ob der Mieter diese privat oder gewerblich nutzt? So oder so kann zusammenfassend gesagt werden, dass die Definition des Konsumenten in KKG 3 weiter geht als in ZPO 32 II. Nichtsdestotrotz aber auch keine abschliessende Antwort darauf liefert, wer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden soll und wer nicht. Klar scheint einzig, dass professionelle Bauherren keinesfalls davon erfasst werden.

4.2.3 Definition gemäss Artikel 2 Bundesgesetz über Pauschalreisen

Gemäss Art. 2 Abs. 3 Bundesgesetz über Pauschalreisen, spielt es keine Rolle, ob eine Person die Reise zu familiären oder sonst wie privaten Zwecken unternimmt oder ob sie sich im Rahmen ihres Gewerbes auf eine Pauschalreise begibt. Sie wird vor Vertragsverletzungen durch den Anbieter auf jeden Fall geschützt und ihr kommen auch alle in diesem Gesetz genannten Rechte eines „Konsumenten“ gleichermassen zu.⁷⁷ Ist somit eine pauschale Einschränkung des Begriffs des Konsumenten auf „persönliche und familiäre Bedürfnisse“ nach ZPO 32 II oder „nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet“ nach KKG 3 als gerechtfertigt anzusehen? Würde es nicht viel mehr Sinn machen, auch den Konsumentenbegriff von UWG 8 auf private und gewerbliche Zwecke auszudehnen? Denn so könnten sowohl private, aber eben gerade auch professionelle Bauherren und Unternehmer unter gewissen Voraussetzungen vom Schutz von UWG 8 profitieren, was sicher zu befürworten wäre. Würde man einer solchen Auslegung des Begriffs des Konsumenten folgen, würde UWG 8 sicherlich auch für die Baubranche praktikabel bzw. nützlich werden und sich von seinem Dasein als toter Buchstabe erholen können. Trotzdem ist nicht zu erwarten, dass in der Praxis der Begriff des Konsumenten für zukünftige Fälle, so oder ähnlich interpretiert werden wird, obwohl dies an dieser Stelle begrüsst werden würde. Die Gründe dafür sind nicht ganz klar.

⁷⁷ Holliger-Hagmann Eugénie: Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter 20. Febr. 2012, S. 4 f.

4.2.4 Definition gemäss Artikel 114 i.V.m. Artikel 120 IPRG

In Art. 114 IPRG lautet die allgemeine Definition des Konsumentenvertrags wie folgt: „Mit dem Konsumentenvertrag verpflichtet sich der Anbieter im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit zu einer sachlichen und / oder persönlichen Leistung, die für die privaten Zwecke des Konsumenten bestimmt ist. Der private Abnehmer (Konsument) nimmt die Vertragsleistung des betrieblichen Anbieters zu privaten Zwecken entgegen, welche entweder persönlicher oder familiärer Natur sein können.“⁷⁸ Früher wurde anstatt vom „Konsumenten“ im Sinne des privaten Anbieters, vom „Letztverbraucher“ gesprochen. Da das Wort „Letztverbraucher“ aber sowohl den privaten also auch den betrieblichen „Letztverbraucher“ bezeichnet, war dieser verwirrend und wurde aufgegeben.⁷⁹ Folglich sind die Parteien des Konsumentenvertrages nach Art. 114 IPRG, der betriebliche Anbieter der charakteristischen Leistung (Unternehmen) auf der einen und der private Abnehmer (Konsument) auf der anderen Seite. Auf Art. 114 IPRG können sich daher nur Konsumenten berufen, soweit sie in ihrer wirtschaftlichen Funktion, private Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen sind und diese zudem von einem betrieblichen Anbieter am Markt angeboten werden.⁸⁰ Die in IPRG 114 normierten besonderen Zuständigkeitsvorschriften folgen aus dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Unternehmen und Privaten beim Konsumentenvertrag.⁸¹

Für die Vertragsvoraussetzungen verweist Art. 114 auf Art. 120 IPRG. Dort spricht man von „Verträgen über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen und familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen“.⁸² Der Zweck von Art. 120 IPRG ergibt sich logischerweise ebenfalls aus dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Unternehmen und Privathaushalt beim Konsumentenvertrag, d.h. zwischen Anbieter und Konsument.⁸³ Einerseits beziehen sich also Art. 114 und 120 IPRG klar auf die Qualifikation des Konsumenten, andererseits wird aber im Normzweck auf das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Unternehmen und Konsumenten abgestellt. Da Art. 120 IPRG von Leistungen des üblichen *Verbrauchs* spricht, ist es ähnlich wie bei ZPO 32 II, fraglich, ob nicht sogar private Bauherren von der Be-

⁷⁸ BSK IPRG-Brunner, Alexander, Art. 114 N 7.

⁷⁹ BSK IPRG-Brunner, Alexander, Art. 114 N 8.

⁸⁰ BSK IPRG-Brunner, Alexander, Art. 114 N 26.

⁸¹ BSK IPRG-Brunner, Alexander, Art. 114 N 19.

⁸² Bundesgesetz vom 18. Dez. 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

⁸³ BSK IPRG-Brunner, Alexander, Art. 120 N 10.

stimmung ausgeschlossen werden. Würde man hingegen auf das strukturelle Ungleichgewicht abstellen, könnte der Anwendungsbereich bzw. die Definition der Bestimmung viel weiter gefasst werden. Einerseits hat man erkannt, dass die schwächere Partei mehr Schutz verdient als die vertragsstärkere. Andererseits hat man den Schutz aber auch gleich wieder auf Konsumenten bzw. private Abnehmer beschränkt und bewusst darauf verzichtet, weiterhin vom „Letztverbraucher“ zu sprechen, welcher sowohl den privaten wie auch den betrieblichen Abnehmer einschliessen könnte. Man wollte also bewusst nur noch Konsumenten im oben dargestellten Sinne schützen. Folglich eignet sich auch diese Bestimmung nicht für eine Definitionsfindung für den Konsumentenbegriff von UWG 8 im Zusammenhang mit Verträgen der Bauwirtschaft. Denn von dieser sollte doch zumindest der private Bauherr miterfasst werden. Da jedoch der Bau eines EFH's oder eines Stockwerkeigentums wohl kaum unter den Begriff des *üblichen Verbrauchs* subsumiert werden kann, ist auch dieser zu eng gefasst.

4.2.5 Schlussfolgerung

Keine der oben genannten, bereits bestehenden Definitionen, scheint die gewünschte Antwort darauf geben zu können, wie der Konsument im Rahmen von UWG 8, im Zusammenhang mit Verträgen der Bauwirtschaft, definiert werden könnte, sodass auch ein Unternehmer bzw. eine schwächere Vertragspartei, in Bezug auf das strukturelle Ungleichgewicht, darunter subsumiert werden könnte. Einzig die Definition des BG über die Pauschalreisen geht überhaupt in die richtige Richtung. Folglich soll anhand der Auswertung der Experteninterviews in den Kapiteln 5.5 bis 5.9 versucht werden, eine mögliche, passende und wünschenswerte Definition zu finden.

4.3 Ein Vergleich mit dem Ausland

Ziel der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen war, die Erreichung eines einheitlichen Mindestschutzes vor missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen in den europäischen Mitgliedstaaten. Die Gesetze zum vertraglichen Verbraucherschutz zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern, sollten auf ein Mindestniveau angehoben und einander angeglichen werden.⁸⁴

⁸⁴ Baier, Kirsten: Europ. Verbraucherverträge und missbr. Klauseln, Diss. Univ. Bielefeld, 2004, S. 1.

4.3.1 Der Wortlaut der Richtlinie 93/13/EWG im Vgl. mit dem von UWG 8

Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG ist „eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, 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“. Eine Klausel ist nach Abs. 2 „immer dann als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte“.

Die Gefahr der Verwendung solcher einseitig vorformulierter Vertragsbedingungen besteht in der mangelnden oder unzureichenden Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners des Verwenders.⁸⁵ Den nationalen Gesetzgebern wurde schliesslich der ausdrückliche Auftrag zum gesetzlichen Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers auf dem Gebiet der vorformulierten Vertragsklauseln erteilt.⁸⁶

Der neue Wortlaut von Art. 8 UWG wurde zwar in seiner Terminologie an Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie angeglichen, doch bleibt ein grosser und vielleicht entscheidender Unterschied zum europäischen Standard (und den entsprechenden nationalen Rechtsordnungen); die fehlende Liste der verbotenen Klauseln, die sog. Negativliste (mehr dazu unter Punkt 4.3.3).

4.3.2 Persönlicher Anwendungsbereich von Art. 2 Richtlinie 93/13/EWG

Gemäss Art. 2 b) Richtlinie 93/13/EWG ist ein Verbraucher eine „natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Demgegenüber steht der Gewerbetreibende, welcher in Art. 2 c) definiert wird. Im Jahre 2001 hat der EuGH bestätigt, dass sich der Begriff des Verbrauchers, wie er in Art. 2 lit. b definiert wird, ausschliesslich auf natürliche Personen bezieht. Eine juristische Person kann folglich kein Verbraucher sein.⁸⁷ Im Zusammenhang mit dem Begriff des Verbrauchers wurde auch hier die Frage aufgeworfen, ob nicht auch ein Gewerbetreibender schutz-

⁸⁵ Baier, Kirsten: Europ. Verbraucherverträge und missbr. Klauseln, Diss. Univ. Bielefeld, 2004, S. 2.

⁸⁶ Baier, Kirsten: Europ. Verbraucherverträge und missbr. Klauseln, Diss. Univ. Bielefeld, 2004, S. 5.

⁸⁷ Urteil des Gerichtshofes (Dritte Kammer) vom 22. November 2001. - Cape Snc gegen Idealservice Srl (C-541/99) et Idealservice MN RE Sas gegen OMAI Srl (C-542/99).

würdig und folglich i.S. der Richtlinie 93/13/EWG als Verbraucher betrachtet werden könnte, wenn er Geschäfte tätigt, für die ihm die konkrete Praxiserfahrung und damit die erforderliche unternehmerische Kompetenz fehlt. In ähnlicher Lage können sowohl „Kleinunternehmer“ als auch Unternehmer in einer Absatzkette sein, die zwar nicht Endverbraucher, aber auch nicht Grosshändler sind. Die Richtlinie äussert sich jedoch hierzu nicht. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH ist massgebliches Kriterium für die Auslegung des Verbraucherbegriffs. Als europarechtliche Norm muss die Richtlinie 93/13/EWG innerhalb der Gemeinschaft „autonom“ ausgelegt werden. Das heisst, dass die in der Richtlinie verwendeten Begriffe nicht nach dem Verständnis des jeweiligen nationalen Rechts, sondern richtlinienkonform auszulegen sind. Nach Ansicht des EuGH kommt eine Ausweitung des Verbraucherschutzes auf bestimmte Gruppen von Unternehmern nicht in Betracht.⁸⁸ Diese Begriffsbestimmung des Verbraucherschutzes i.S. des EuGH scheint doch dem persönlichen Anwendungsbereichs des neuen UWG 8 sehr nahe zu kommen, welcher auch nur noch AGB, die zum Nachteil von Konsumenten verwendet werden, erfasst.

4.3.3 Die offene Inhaltskontrolle in der EU

Eine offene Inhaltskontrolle stellt offensichtlich den schwerwiegendsten Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Die EU hat in der Richtlinie 93/13/EWG für die EU-Mitgliedstaaten einen gemeinsamen Massstab entwickelt. Mit der Richtlinie werden nicht nur diejenigen Klauseln für nicht anwendbar erklärt, die zwingendem Recht widersprechen. Vielmehr werden anhand, der bereits unter Punkt 4.3.1 erwähnten Negativliste,⁸⁹ exemplarisch Klauseln aufgeführt, welche typischerweise den einen Vertragspartner ungebührlich bevorzugen. Zudem werden auch typische Merkmale angeführt, bei deren Vorliegen von einer Ausnutzung einer Ungleichgewichtslage ausgegangen werden kann, welche jedoch im Einzelfall zu prüfen sind.⁹⁰ In Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie wird direkt auf diese Liste im Anhang verwiesen. Vergleicht man die doch eher schwammige und bis anhin unklare Rechtsgrundlage für eine Inhaltskontrolle in der Schweiz mit dem europäischen Ausland, fällt auf, dass es die Schweiz versäumt hat, sich an dem breit abgestützten, dogmatisch durchdrungenen und sich durch eine ausgefeilte Rechtsprechung auszeichnenden europäischen Standard zu orientieren.⁹¹ Es scheint unverständlich, dass wenn schon eine fast wörtliche Angleichung an die Richtlinien erfolgt ist,

⁸⁸ Baier, Kirsten: Europ. Verbraucherverträge und missbr. Klauseln, Diss. Univ. Bielefeld, 2004, S. 10 f.

⁸⁹ Vgl. Liste im Anhang.

⁹⁰ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/88.

⁹¹ Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/91.

nicht auch besagte Negativliste wenigstens ansatzweise übernommen wurde. Es bleibt zu hoffen, dass die Schweizer Gerichte, die Voraussetzungen von UWG 8, in Anlehnung an den europäischen Standard, interpretieren werden, sodass nebst der wörtlichen auch die Angleichung dem Sinn nach stattfinden wird.⁹²

⁹² Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2012, RZ 4/91.

5 Die Auswirkungen der Revision auf die Praxis, empirische Untersuchung

5.1 Einleitung

Alle drei angefragten Interviewpartner erklärten sich sofort bereit, zur Thematik Rede und Antwort zu stehen. Da sich das Thema nach Absprache mit der Betreuungsperson nicht für eine breite Feldforschung eignet, wurden drei Personen interviewt, welche für ihr jeweiliges Gebiet strategisch relevant sind.

Um die Antworten auf die Fragen zu verifizieren, wurden den Interviewpartnern die Fragen mit den von ihnen gegebenen Antworten zur Durchsicht abgegeben. Durch die Bestätigung der Richtigkeit der niedergeschriebenen Antworten, anhand des aufgenommenen Wortlautinterviews, hätte diesen ein stärkeres Gewicht verliehen werden sollen. Leider war es einzig Herr Hauser möglich seine Antworten gegenzulesen. Er hat diese mit einer kleinen Anpassung wie vorgeschlagen, abgesegnet. Was darauf schließen lässt, dass die Antworten entsprechend den aufgenommenen Interviews niedergeschrieben wurden.

Aufgrund der Schlüsselpositionen der jeweiligen Personen, wurde bewusst darauf verzichtet, diese zu anonymisieren. Es soll aus der Arbeit klar ersichtlich sein, welches Rechts- und Themen- bzw. Praxisgebiet, welche Meinung vertritt. Dies dient sowohl dem besseren Verständnis der Arbeit als auch der Plausibilisierung der gemachten Aussagen.

Im Folgenden soll der Nachvollziehbarkeit dienend, der Aufbau des Fragebogens kurz erläutert werden. Bei Frage I.1. wurde versucht eine Kategorisierung von 1 – 4 vorzunehmen, wo die AGB-Thematik in den Bereichen der Bauwirtschaft überhaupt eine Rolle spielt und wenn ja, welche bzw. von welcher Wichtigkeit. Aufgrund der vielen und unterschiedlichen Berührungspunkte dieser Thematik in der Bauwirtschaft im Allgemeinen und UWG 8 im Speziellen, wurde schnell klar, dass diese Frage nicht optimal gestellt und es kaum möglich war, eine solche Kategorisierung vorzunehmen. Deshalb wurde die Frage eher allgemein und offen beantwortet und zu den Unterpunkten einzeln Stellung genommen. Mit der Frage I.2. wurde versucht, gerade auch in Bezug auf die Bauwirtschaft, einen Orientierungsmassstab für AGB in Abgrenzung zu individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen zu finden. Ziel von Kapitel II.1. war es, eine Abgrenzung zwischen Unternehmer und Konsumenten vorzunehmen, bzw. es wurde

versucht, herauszufinden, wie ein Konsument im Rahmen des UWG definiert werden könnte und in welche Richtung sich nach Meinung der Interviewpartner die Rechtsprechung zukünftig entwickeln wird. In Kapitel II.2. wurde auf das Erfordernis der Erheblichkeit und in II.3 auf dasjenige des ungerechtfertigten Missverhältnisses näher eingegangen. Unter II.4. wurde das Tatbestandsmerkmal „in Treu und Glauben verletzender Weise“ untersucht und unter II.5. die Streichung des Erfordernisses der Irreführung. Anschliessend wurde die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle thematisiert. Schliesslich wurde unter III. 1. – 5. auf die einzelnen Vertragsverhältnisse zuerst allgemein und dann im Detail eingegangen. Thema waren Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren, Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren, Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan und Subunternehmerverträge. Im Schlusskapitel wurde ein kurzer Blick ins Ausland angesprochen. Der detaillierte Fragebogen inkl. der Antworten befindet sich im Anhang. In den folgenden drei Kapiteln (5.2 bis 5.4) werden die Aussagen der Experten zusammengefasst und sinngemäss wiedergegeben. Deshalb kann auf eine ständige Zitierung der Aussagen verzichtet werden.

5.2 Interview mit Vertreter aus Forschung und Lehre

5.2.1 Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Thematik von AGB-Klauseln bzw. einseitig vorformulierten Vertragsklauseln, spielt in der Bauwirtschaft in verschiedenen Bereichen eine entscheidende Rolle. Angesprochen wurden: Werk- und Planerverträge mit professionellen und privaten Bauherren, Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan und Subunternehmerverträge. UWG 8 kommt bzgl. Werk- und Planerverträgen mit professionellen Bauherren nicht zum Tragen. Da UWG 8 auf Konsumenten zugeschnitten ist und professionelle Bauherren auch nicht als Konsumenten von Bauleistungen angesehen werden können, spielen zwar AGB, nicht aber UWG 8 eine wichtige Rolle.

Bei Werk- und Planerverträgen mit privaten Bauherren, kommt es unabhängig davon, ob sie marktmächtig sind, darauf an, ob für den privaten Gebrauch gebaut wird oder nicht. Falls für den privaten Gebrauch gebaut und der Konsumentenbegriff i.S.v. KKG 3 definiert wird, spielt UWG 8 bzgl. Werk- und Planerverträgen mit privaten Bauherren eine wichtige Rolle. Abschliessend geklärt ist diese Frage allerdings noch nicht, da es ja bekanntlich auch Gegenmeinungen gibt.

Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan stellen auch ein Anwendungsgebiet dar, da es sich bei den Käufern ebenfalls um private Bauherren handelt.

Bei den Subunternehmerverträgen spielen zwar AGB, nicht jedoch UWG 8, eine grosse Rolle. Denn weder der Sub- noch der Hauptunternehmer sind nach der bereits sehr weit gefassten Definition i.S.v. KKG 3 als Konsumenten zu verstehen. Die Definition des Konsumenten sollte an diejenige der Richtlinie 93/13/EWG angelehnt werden.

Damit UWG 8 zur Anwendung kommen kann, muss nebst der Definition des Konsumenten, festgelegt werden, wann es sich um AGB handelt. Es ist deshalb notwendig einen Orientierungsmassstab für eine Abgrenzung zwischen AGB und einem individuell ausgehandelten Vertrag zu finden. Da das Thema der Marktmacht für UWG 8 keine Rolle spielt – sondern dies eine Verlinkung bzw. Vermischung mit dem Kartellrecht darstellen würde – sollte der Orientierungsmassstab nicht an die Marktmacht des Verhandlungspartners angeknüpft werden. Es wäre deshalb falsch, anzunehmen, dass es sich nur bei den vorformulierten Bedingungen von Marktmächtigen um AGB handelt. Zudem ist auch nach Kartellrecht, Marktmacht nicht per se unrechtmässig, sondern nur der Missbrauch der Marktbeherrschung.

Es sollte vielmehr geschaut werden, ob diese wirklich ausgehandelt wurden bzw. eine Bereitschaft zur Verhandlung bestand. Je nachdem handelt es sich um AGB oder nicht.

UWG 8 setzt nicht voraus, dass ich den Inhalt des Vertrages bzw. der AGB nicht genau kenne. Der Inhalt darf mir bestens bekannt sein. Dies im Unterschied zur Ungewöhnlichkeitsregel.

Bei den allgemeinen Bedingungen in einem Kaufvertrag für Stockwerkeigentum ab Plan, muss es sich nicht immer zwingend um AGB handeln. Trotz Vorlesung der Bestimmungen durch einen Notar, kann es sich, aber gleich wie in anderen Verträgen, um AGB handeln.⁹³ Um einen Orientierungsmassstab zu definieren, müsste deshalb vermutlich mit der Beweislast operiert werden. Werden in einem Vertrag Standardklauseln

⁹³ Fälschlicherweise wird von einem Teil der Lehre davon ausgegangen, dass wenn die allgemeinen Bestimmungen in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan von einem Notar vorgelesen werden, diese automatisch ihren AGB-Charakter verlieren.

verwendet und das Vorhandensein von AGB vermutet, müsste vermutlich der Verwender beweisen, dass es sich bei diesen nicht um AGB, sondern um individuell ausgehandelte Bestimmungen handelt.

Würde man hingegen auf die Marktmacht abstellen, müsste ja derjenige, welchem die AGB entgegeng gehalten werden, allenfalls auch beweisen, dass der andere marktmächtig ist und es sich deshalb um AGB handelt. Deshalb gehört die Marktmacht nicht zur Definition des Begriffs der AGB nach UWG 8 und sollte aufgrund der Gefahr einer Vermischung mit dem Kartellrecht, weder zur Definitionsfindung noch als Orientierungsmaßstab dienen.

5.2.2 Bestandteile von Artikel 8 UWG

5.2.2.1 Unternehmer vs. Konsumenten

Es wäre falsch, für die Definition des Konsumenten direkt an Art. 32 II ZPO anzuknüpfen, da dies bedeuten würde, dass UWG 8 lediglich auf AGB-Klauseln über „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ zum Tragen käme. Deshalb könnte für die Definition des Konsumenten z.B. auf Art. 3 KKG abgestellt werden, der wie folgt lautet: „Als Konsument gilt jede natürliche Person, die einen AGB-Vertrag abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Die beiden Definitionen unterscheiden sich durch die Begriffe „persönlicher Verbrauch“ versus „nicht beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit“. Vermutlich würde ZPO 32, im Gegensatz zu Art. 3 KKG, den privaten Hausbau nicht erfassen. Laut den gesetzlichen Beratungen im Parlament wurde auch das Ziel verfolgt, sich für die Definition des Konsumentenbegriffs an den EU Klausel-Richtlinien zu orientieren, welcher näher bei KKG 3 als bei ZPO 32 liegt. Es scheint deshalb naheliegend, sich für die Definition des Begriffs des Konsumenten an den Materialien zur Gesetzgebung zu orientieren. Würde man für die Konsumentendefinition auf ZPO 32 abstellen, könnte man sich fragen, warum bei weniger bedeutsamen Verträgen eine AGB-Kontrolle eingeführt werden soll und bei anderen nicht. Eine Lebensversicherung z.B. fällt sicher nicht unter den Begriff des „persönlichen Verbrauchs“ von ZPO 32. Wird sie aber zu nicht gewerblichen Zwecken abgeschlossen, ist doch der Versicherte ein Konsument. Warum soll man also bei minderen Geschäften (z.B. Kaffee kaufen = Verbrauch) geschützt werden und bei Grösseren nicht. Dies würde doch eine weitere Einschränkung des Konsumentenbegriffs darstellen, welche vom Gesetzgeber vermutlich so nicht gewollt war.

Da Art. 2 UWG von Anbietern und Abnehmern spricht, könnte man sich auch die Frage stellen, ob es nicht entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes ist, Art. 8 UWG nur auf Konsumenten anzuwenden. Da aber die Gesetzgebungsmaterialien diesbezüglich einigermaßen klar sind, wäre es vermutlich aus Respekt vor dem Gesetzgeber kein legitimes Vorgehen, den Begriff des Konsumenten über eine Auslegung von UWG 2, so weit zu fassen, dass damit generell Anbieter und Abnehmer gemeint sein könnten.

Aufgrund der Formulierung „insbesondere“ in UWG 8, könnte über eine Ausweitung des Konsumentenbegriffs nachgedacht werden. Aber auch hier sind Gesetzgebungsmaterialien einigermaßen klar und es käme vermutlich einer Missachtung des Willens des Gesetzgebers gleich, über den Begriff „insbesondere“ i.V.m. UWG 2, die AGB-Kontrolle auf Nichtkonsumenten auszuweiten. Der Gesetzgeber hat entschieden, die AGB-Frage auf Konsumenten zu beschränken und dies ist zu respektieren.

Dass der Begriff des Konsumenten im Rahmen der Rechtsprechung zu „die einseitig belastete Vertragspartei bzw. der i.d.R. schwächere Marktteilnehmer, KMU's sowie Konsumentinnen und Konsumenten“ „undefiniert“ wird, ist eher unwahrscheinlich. Dies käme vermutlich einer falschen Rechtsprechung gleich und die Ausweitung des Begriffs vom Konsumenten zur schwächeren Vertragspartei wäre massiv. Allerdings wurde auch noch kein spezifischer Konsumentenbegriff fürs UWG festgelegt. Deshalb könnte vielleicht schon versucht werden, einen UWG spezifischen Konsumentenbegriff festzulegen. Würde man prinzipiell einfach diejenigen schützen, welcher die AGB nicht verfasst hat, ginge dies vermutlich auch zu weit und hätte nichts mehr mit dem Begriff des Konsumenten zu tun. Man möchte mit dieser Norm zwar die idealtypisch Schwächeren unter Schutz stellen, aber von diesen nur die Konsumenten und die anderen nicht. Es scheint klar zu sein, dass Unternehmer nicht unter den Begriff des Konsumenten zu subsumieren sind.

5.2.2.2 Erfordernis der Erheblichkeit

Das Erfordernis der Erheblichkeit bringt zum Ausdruck, dass ein nur geringfügiges Missverhältnis nicht genügt, um die AGB als unlauter zu taxieren. Aufgrund dessen stellt sich die Frage, wie das Erfordernis der Erheblichkeit definiert werden bzw. an welchem Massstab sich das Gericht orientieren soll.

Im Rahmen von OR 21, ist im Zusammenhang mit der Übervorteilung von einem offenbaren Missverhältnis die Rede. Es fragt sich, ob erheblich und offenbar gleichbedeutend sind. Bevor ein Missverhältnis nach OR 21 angenommen werden kann, müssen sehr hohe Anforderungen erfüllt werden. Beim Missverhältnis nach UWG ist wohl weniger weit zu gehen. Auch die ausländische Praxis hat im AGB-Recht viel tiefere Anforderungen als an OR 21 gestellt werden. Deshalb ist der Massstab für die Erheblichkeit wohl eher negativ zu formulieren. Nämlich, dass an die Erheblichkeit von UWG 8 sicher weniger hohe Anforderungen gestellt werden sollten, als an das offenbare Missverhältnis nach Art. 21 OR. Aber wo anzusetzen ist, ist schwierig zu sagen.

5.2.2.3 Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Ob das ungerechtfertigte Missverhältnis ein separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal darstellt oder nicht, ist strittig. Ein Tatbestand oder ein Verhalten muss entweder unter den „Verstoss gegen Treu und Glauben“ oder „ungerechtfertigt“ subsumiert werden können. Es scheint unmöglich, dass etwas ungerechtfertigt ist, nicht aber Treu und Glauben verletzt oder umgekehrt, dass es Treu und Glauben verletzt, aber gerechtfertigt ist. Es scheint unmöglich diese beiden Merkmale krass voneinander zu trennen und als eigenständig zu prüfende Tatbestandselemente anzusehen. Es ist aber bekannt, dass es auch andere Stimmen zu diesem Thema gibt.

Sähe man all die verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen als einzeln zu prüfende Elemente an, würde Art. 8 UWG vermutlich, entgegen der Absicht des Gesetzgebers, unbrauchbar. Darum scheint die logische Schlussfolgerung zu sein, dass eine Bestimmung entweder ungerechtfertigt ist und somit gegen Treu und Glauben verstösst oder das Verhalten mit Treu und Glauben einher geht und gerechtfertigt ist.

5.2.2.4 In Treu und Glauben verletzender Weise

Das Erfordernis der Irreführung wurde als Tatbestandselement aus UWG 8 gestrichen. Deshalb kommt nun der Auslegung des Erfordernisses „in Treu und Glauben verletzender Weise“ grosse Bedeutung zu und es stellt sich die Frage, wie dieses im neuen Art. 8 UWG auszulegen ist. Eigentlich wird hier nämlich, was nach UWG sowieso gilt, wiederholt. Irreführend hiess, dass etwas nicht richtig verstanden bzw. absichtlich missverständlich formuliert wurde, weil man nicht verstehen sollte, was gemeint war. Dieses Element der Irreführung ist jetzt zwar nicht mehr erforderlich, etwas Irreführendes in die AGB zu schreiben, ist aber nach wie vor unlauter.

Neu an UWG 8 ist, dass es nun sicher auch Tatbestände gibt, welche zwar nicht irreführend, aber trotzdem unlauter sind. Als Vertragspartner weiss man genau, was vereinbart wurde und trotzdem kann man sich anschliessend auf UWG 8 berufen, dies auch als Idee der Inhaltskontrolle. Treu und Glauben allein lässt mehr Tatbestände zu als früher und soll nicht einfach als Platzhalter der Irreführung gelesen werden. Allerdings wurde schon das Erfordernis der Irreführung zu eng ausgelegt. Es existiert ein BGE, welcher besagt, dass „zur Irreführung geeignet“ bereits genügt hätte. Es brauchte keine tatsächliche Irreführung. Da dieser Entscheid jedoch in französischer Sprache abgefasst ist, wurde er nicht zur Kenntnis genommen. Es wäre deshalb vielleicht besser gewesen den alten Art. 8 UWG zu behalten, weil er nicht auf Konsumenten beschränkt war. Es hätte gereicht „*geeignet* zur Irreführung“ einzufügen. Dann wäre man wesentlich weiter gekommen, als mit der traditionellen Leseweise der Irreführung. Deshalb geht Treu und Glauben vermutlich weiter als irreführend.

5.2.2.5 Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

Durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung aus Art. 8 UWG, ist die offene Inhaltskontrolle auch in der Schweiz angekommen. Ein Gericht soll sich, ohne Rücksicht auf eine Irreführung, mit dem AGB-Inhalt auseinandersetzen können. Es darf somit überprüfen, ob eine Bestimmung noch fair oder so dermassen einseitig formuliert ist, dass sie nicht mehr als billig angesehen werden kann. Somit können auch glasklare Bestimmungen aufgegriffen und hinsichtlich ihrer Fairness überprüft werden. Es ist fraglich in wie weit dies zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit führt und wenn ja auf welcher Seite der Vertragsparteien. Einerseits wird zwar der AGB-Verwender in seiner Vertragsfreiheit eingeschränkt, andererseits wird aber derjenige, welcher sich die AGB entgegenhalten lassen muss, besser gegen unfaire AGB geschützt. Folglich führt es zur Einschränkung der Vertragsfreiheit auf der einen und zum Schutz der Vertragsfreiheit auf der anderen Seite.

B2b-Verträge unter der Begründung der Vertragsfreiheit von der Regelung auszunehmen und auf Verbraucherverträge zu beschränken, scheint weder richtig noch sinnvoll, denn das einzige was den Unternehmern bleibt, ist die Ungewöhnlichkeitsregel.

Es wird spannend sein zu beobachten, inwiefern die Praxis von dieser offenen Inhaltskontrolle Gebrauch machen wird. In der Anwendung wird die vermutlich auch etwas vom in Frage stehenden Streitwert abhängen. In der Praxis besteht wohl am ehesten die

Chance, dass Berufs- oder Konsumentenverbände vom Klagerecht Gebrauch machen werden. Bis jetzt wurde zwar das Verbandsklagerecht vom Konsumentenschutzverband i.S.v. UWG 8 i.V.m. UWG 10 noch nie in Angriff genommen, wurde aber in Aussicht gestellt.

5.2.3 Einzelne Vertragsverhältnisse

In Bezug auf einzelne Vertragsverhältnisse stellt sich die Frage, ob die Beschränkung auf Konsumenten für „bare Münze“ genommen oder für die Definition von Konsumenten das zugrundeliegende Vertragsverhältnis abgestellt werden soll. Der Konsumentenbegriff soll entweder darüber gebildet werden, wer im konkreten Anwendungsfall die schwächere Vertragspartei ist, d.h. wer wirklich Schutz verdient oder aber schematisch hergeleitet werden, indem nach der Schutzbedürftigkeit, wie sie in den meisten Fällen besteht, gefragt wird, ohne aber auf die tatsächliche Schutzbedürftigkeit abzustellen. Da es im Rahmen von UWG 8 nicht darauf ankommt, wer die stärkere oder schwächere Vertragspartei ist, wird dies vermutlich in der Anwendung nicht im Einzelfall geprüft. Vielmehr wird man wahrscheinlich schematisierend verfahren, indem man sagt, dass es sich um einen Konsumenten handelt, da der Vertrag nicht zu einem beruflichen oder gewerblichen, sondern privaten Zweck abgeschlossen wurde. Es spielt weder eine Rolle, ob der Vertragspartner reich oder arm ist, noch ob der Vertrag mit einem grossen oder kleinen Unternehmen abgeschlossen wurde. Um mit einem einigermaßen guten Gewissen sagen zu können, dass ein Unternehmer Konsument ist, müsste man definieren, was er konsumiert. Der Unternehmer erhält eine Vergütung, wäre er dann Konsument dieser Vergütung? Dies scheint etwas weit hergeholt zu sein. Stark wäre, wenn man immer auf die schwächere Partei abstellen könnte. Doch dies wäre schwierig in der Anwendung. Eine schematisierende Definition, welche mindestens auf einen Konsum abstellt, scheint darum passender.

Bei *Werk- und Planerverträgen mit professionellen Bauherren* präsentiert sich die Sachlage wie folgt: Durch die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Konsumentenverträge versagt die revidierte Bestimmung KMU's einen entsprechenden Schutz. Da aber gerade Unternehmer, welche professionellen Bauherren gegenüberstehen, oft als KMU's definiert und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln noch die Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen (da AGB professioneller Bauherren brancheneinheitlich sind), ist ihre Interessenlage mit derjenigen der Konsumenten zumindest vergleichbar und man muss sich überlegen, ob dies korrekt ist. Beson-

ders, wenn die öffentliche Hand ihre Bauleistungen im öffentlichen Vergabeverfahren vergibt, ist eine individuelle Verhandlung bzgl. der AGB ausgeschlossen, ansonsten die Offerte des Unternehmers grundsätzlich nicht berücksichtigt wird, da diese den vorgegebenen Bedingungen entsprechen muss.

Früher als Art. 8 UWG noch nicht auf Konsumenten eingeschränkt war, waren klar auch *private Bauherren im Rahmen von Werkverträgen* geschützt. Da dies nun aber nicht mehr so selbstverständlich ist, stellt die Revision eher einen Rückschritt gegenüber der alten Version dar. Ein Gericht müsste aber eigentlich zum Schluss kommen, dass ein privater Bauherr (i.S. eines „Einfamilienhäuschenbauers“), welcher einen Werkvertrag, der nicht seinem beruflichen Zweck dient, abschliesst, als Konsument geschützt wird. Dies auch in Anlehnung an die Klausel-Richtlinien, welche zwar nicht umgesetzt, in den Beratungen jedoch zur Orientierung hinzugezogen wurden. Es bleibt zu hoffen, dass sich private Bauherren, obwohl UWG 8 neu von Konsumenten spricht, auch weiterhin auf die AGB-Kontrolle berufen können. Man wollte den b2b-Bereich beschränken bzw. von der Anwendung ausnehmen, den restlichen Fällen soll der Schutz aber auch weiterhin gewährt werden, zumal bereits ZPO 32 zu einer zu weiten Einschränkung des Anwendungsbereichs von UWG 8 führt.

Momentan besteht tendenziell ein Verkäufermarkt, d.h. es ist möglich eine Käuferschaft indirekt zur Annahme allgemeiner Bestimmungen in einseitigen Verträgen zu zwingen. Ist ein Käufer nicht bereit diese zu akzeptieren, kann leicht ein anderer gefunden werden. Was bedeutet, dass seitens Verkäuferschaft eine gewisse Marktmacht besteht. Diese allgemeinen Bestimmungen in *Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan*, können nach der hier vertretenen Auffassung – zumindest teilweise – als AGB definiert werden. Im Gegensatz dazu stellt sich die Frage, wie sich die Sachlage ändern würde, wenn sich der Verkäufermarkt zum Käufermarkt wandeln und sich die Verhandlungsmacht der Käufer vergrößern würde. Würden dann die Käufer, wenn sie einzelne Bestimmungen individuell aushandeln könnten, immer noch als Konsumenten i.S.v. UWG 8 definiert werden? Da, wie bereits erwähnt, UWG 8 kein Machtgefälle i.S. eines Tatbestandselements voraussetzt, wären die unfairen Bestimmungen eines Verkäufers angreifbar, unabhängig davon, ob es sich um einen Käufer- oder Verkäufermarkt handelt. Bei der AGB-Kontrolle geht es vielmehr um eine Fairnesskontrolle für Verträge, bei welchen anstatt dem dispositiven Recht, die Bestimmungen in den AGB zum Tragen kommen. An und für sich gilt dies auch bei Verträgen mit Unternehmern, nur wurde der Schutz

auf Konsumenten beschränkt. Allein aus dieser Einschränkung jetzt abzuleiten, dass der Grundgedanke der AGB-Kontrolle der Schutz des Schwächeren ist, ist nicht korrekt. Da in der neuen Bestimmung der Konsument erwähnt ist, ist die Versuchung gross, anzunehmen, dass es sich dabei um die schwächere Partei handelt. Der Gesetzgeber hat schlicht entschieden, nur noch Konsumenten schützen zu wollen und die anderen nicht, obwohl man dies könnte. Folglich sollte man sich stärker auf den Begriff des Konsumenten fokussieren – nach welcher Definition auch immer – und für eine Definition, wer Konsument sein könnte, nicht das Marktungleichgewicht bzw. das Machtverhältnis zur Orientierung heranziehen.

Weder *Haupt- noch Subunternehmer* können sich länger auf UWG 8 berufen und ihnen bleibt nur die Ungewöhnlichkeitsregel. D.h. deren Schutz wurde, nicht wie gewünscht verbessert, sondern gar verschlechtert. Vermutlich wird sich an dieser Einschränkung auch i.S. einer korrigierenden Rechtsprechung nichts ändern, so dass auch Subunternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können. Der Sache nach wäre eine solche Rechtsprechung zwar in Ordnung, es käme aber zu einer Vermischung der Zuständigkeiten unseres Gewaltenteilungssystems. Es wäre deshalb ziemlich forsch, wenn sich die Rechtsprechung dafür entscheiden würde, trotz klarem Willen des Gesetzgebers, auch „Nichtkonsumenten“ unter UWG 8 zu subsumieren. Dies würde aus staatspolitischen Überlegungen heraus als störend empfunden werden.

5.2.4 Auslandvergleich

Um einen Orientierungsmaßstab für die Missbräuchlichkeit zu finden, kann eine Orientierung an der EU-Rechtsprechung hilfreich sein. Gerade auch bzgl. des Missbrauchskatalogs, kann es durchaus im Interesse der AGB-Verwender sein, zu wissen oder besser gesagt zu erahnen, welche Bestimmungen verwendet werden dürfen und welche nicht. Durch seine schwammige und undurchsichtige Formulierung und dem aufeinanderstapeln der verschiedenen Kriterien, macht UWG 8 in seiner Verwendung allen Mühe. Nicht nur die Konsumenten haben nämlich Probleme in der Anwendung, auch für Anwälte, welche für ihre Klienten AGB verfassen müssen, ist es schwierig abzuschätzen, was nach dem neuen UWG 8 noch möglich ist und was nicht.

5.3 Interview mit Vertreter aus der Anwaltspraxis

5.3.1 Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen

Eine klare Gewichtung konnte auch hier nicht vorgenommen werden, denn AGB spielen in all den vier oben genannten Vertragsformen eine Rolle. Manchmal haben grosse Bauherren, wie Novartis, Migros, Banken oder sonstige Unternehmen, welche in der IPB zusammengeschlossen sind, sogar eigene AGB.

Ein Bauunternehmer könnte sich nur auf die Ungewöhnlichkeitsregel und nicht auf UWG 8 berufen, da er kein Konsument ist. Diese Einschränkung ist völlig unverständlich. Die Konsumentenschützer vertreten zwar die Meinung, dass die Einschränkung auf Konsumenten positiv ist, dabei scheint doch klar zu sein, dass der Anwendungsbereich ohne diese Einschränkung ausgeweitet werden könnte.

Damit UWG 8 überhaupt zur Anwendung kommen kann, müssen AGB im Spiel sein. Deshalb muss ein Orientierungsmassstab für eine Abgrenzung zwischen AGB und einem individuell ausgehandelten Vertrag gefunden werden. Es ist schwer vorstellbar, dass wenn in einer Vielzahl von Verträgen mit Stockwerkeigentümern, eine Klausel z.B. über die Abtretung von Mängelrechten, immer identisch formuliert wurde, behauptet werden kann, dass es sich dabei nicht um AGB handelt, nur weil sich diese in der Vertragsurkunde befinden.

Die Verhandlungsmacht müsste in die Betrachtung mit einbezogen werden. Vielleicht könnte auch beim Umstand angesetzt werden, wer als Verfasser der AGB fungiert hat bzw. welche Bedingungen von einem Verkäufer einer Stockwerkeigentumspartzele einseitig diktiert wurden. Es könnte ein entsprechender Vertrag eines Amtsnotars mit demjenigen eines privaten Notars, welcher grundsätzlich individuell ausgestaltet werden kann, verglichen werden.

5.3.2 Bestandteile von Artikel 8 UWG

5.3.2.1 Unternehmer vs. Konsumenten

Würde man für die Definition des Konsumenten an ZPO 32 II anknüpfen, würde dies bedeuten, dass UWG 8 lediglich auf AGB-Klauseln über „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ zum Tragen käme. Nun stellt sich die Frage, ob dies nicht zu eng gefasst wäre. Denn man könnte z.B. auch sagen, dass der Konsumentenbegriff i.S.v. UWG, auf die sozial- oder marktschwächere Partei angewendet werden soll. Da an die ZPO-

Bestimmung ein spezielles Verfahren anknüpft und diese somit ein anderes Ziel verfolgt als das UWG, muss der Begriff des Konsumenten in der ZPO zwangsläufig eng formuliert werden. Da UWG 8 keine verfahrensrechtliche, sondern eine materiell-rechtliche Bestimmung darstellt, sollte für die Definition des Konsumenten auch nicht auf eine verfahrensrechtliche Ordnung, wie ZPO 32, sondern ein materiell-rechtliches Gesetz, wie z.B. KKG 3, abgestellt werden. Der Begriff des Konsumenten ist im materiellen Recht weiter zu verstehen als im Prozessrecht.

Durch die Formulierung „insbesondere“ den Schutz auch auf „Nicht-Konsumenten“ auszuweiten, sollte nicht per se ausgeschlossen werden. Vermutlich stellt der neue UWG 8 eine Bestimmung dar, welche der Bauwirtschaft keinen grossen Nutzen bringen wird, da es bzgl. der Anwendbarkeit in der Bauwirtschaft gewisse Schwierigkeiten gibt. Es ist zwar immer öfter Usus, dass AGB gerade auch aufgrund der unterschiedlichen Machtverhältnisse zur Anwendung gebracht werden und es somit tatsächlich der Fall sein kann, dass der schwächere Vertragspartner beim Bezug von bauwerkvertraglichen oder planerischen Leistungen keine grosse Wahl hat, ob er die ihm entgegengehaltenen AGB akzeptieren möchte oder nicht. Trotzdem fällt es wahnsinnig schwer, aufgrund des Begriffs „insbesondere“ UWG 8 derart auszuweiten, so dass z.B. auch ein mittelgrosses Planungsbüro, welches für einen grossen TU arbeitet, unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden kann. Es ist deshalb eher unwahrscheinlich, dass der Begriff durch die Rechtsprechung, zu die „einseitig belastete Vertragspartei bzw. der i.d.R. schwächere Marktteilnehmer, KMU's sowie Konsumentinnen und Konsumenten“ umdefiniert werden wird.

5.3.2.2 Erfordernis der Erheblichkeit, ungerechtfertigtes Missverhältnis

An welchem Massstab man sich für das Erfordernis der Erheblichkeit orientieren soll, wird hier anhand eines Beispiels erläutert. Angenommen ein Käufer eines Stockwerkeigentums oder eines EFH's wird mit einer Kombination aus Freizeichnungsklausel und Abtretung von Mängelrechten konfrontiert, rüttelt dies am Grundgedanken des Vertrages. Es wird einerseits ein Grundstück und andererseits aber eine Bauleistung verkauft. Auf die Beschaffenheit des Grundstücks kann man wenig Einfluss nehmen, auf die Bauleistung aber schon. Will man nun für diese erbrachte Bauleistung nicht mehr einstehen, wird ein erhebliches Missverhältnis geschaffen. Um es noch allgemeiner zu formulieren: Ein erhebliches Missverhältnis soll als gegeben angesehen werden, wenn für eine vertraglich versprochene Leistung nicht mehr eingestanden werden will. Das „unge-

rechtfertigte Missverhältnis“, sollte hier nicht als separat zu prüfendes Merkmal angesehen werden.

5.3.2.3 In Treu und Glauben verletzender Weise

Das schweizerische Privatrecht regelt den Begriff von Treu und Glauben bereits in ZGB 2. Nun könnte man sich fragen, ob mit der Verwendung des Begriffs „in Treu und Glauben verletzender Weise“ missbräuchlich gemeint ist, denn dann würde UWG 8 vermutlich obsolet. So betrachtet müsste für UWG 8 vielleicht eine eigene Deutung des Begriffs gefunden werden, was nicht einfach scheint. Es ist nämlich unverständlich, warum, obwohl bereits sehr viel gesetzlich geregelt ist, man jetzt das Gefühl hat, gewisse Aspekte neu legislieren zu müssen. Warum soll der Begriff von Treu und Glauben in UWG 8 anders formuliert werden, als in ZGB 2? Es ist zudem unklar, weshalb das Tatbestandsmerkmal von „in Treu und Glauben verletzender Weise“ überhaupt benötigt wird. Wird ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis geschaffen, ist ein Verhalten doch ohnehin rechtsmissbräuchlich.

5.3.2.4 Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

Durch die Streichung der Irreführung, ist eine offene Inhaltskontrolle nun auch in der Schweiz möglich. Sollte man zukünftig zum Schluss kommen, dass mittels UWG 8, über die bisherigen Schranken hinaus, in einen Vertrag eingegriffen werden kann, handelt es sich klar um eine Einschränkung der *inhaltlichen* Vertragsfreiheit, welche einen Bestandteil der Vertragsfreiheit bildet.

Art. 8 UWG, unter der Begründung der Vertragsfreiheit, auf Verbraucherverträge zu beschränken und b2b-Verträge von der Regelung auszunehmen, war auf keinen Fall sinnvoll.

Da die Bestimmung in der vorliegenden Fassung vom Parlament so gewollt war, wird es in der Praxis wahrscheinlich auch Versuche geben, von dieser offenen Inhaltskontrolle Gebrauch zu machen.

5.3.3 Einzelne Vertragsverhältnisse

Den Begriff des Konsumenten je nach Vertragsverhältnis anders auszulegen, wäre kaum vorstellbar. Es wäre komisch, sich nun bei jedem Vertragsverhältnis überlegen zu müssen, wer Konsument ist und wer nicht. Es stellt sich immer die Frage, wie weit sich der

Begriff des Konsumenten ausdehnen lässt. Der Konsument ist wohl diejenige Person, welche, egal in welchem Vertragsverhältnis, im entsprechenden Fachgebiet nicht vertiert ist, folglich im Alltag mit dem spezifischen Vertragsverhältnis nichts zu tun hat. Vielleicht könnte man sagen, dass es sich beim Konsumenten stets um einen Endverbraucher bzw. um den letzten in der Verbraucherkette handelt. So könnte unabhängig vom Vertragsverhältnis gesagt werden, ob es sich beim jeweiligen Vertragspartner um einen Konsumenten handelt oder nicht. Derjenige z.B., welcher beim Bauunternehmer zehn Einfamilienhäuser bestellt und diese anschliessend weiterverkauft, ist sicher kein Endverbraucher und fällt somit nicht unter die Schutzbestimmung von UWG 8. Derjenige aber, welcher für den persönlichen Gebrauch ein EFH baut, würde dann darunter fallen. Unabhängig vom Vertragsverhältnis, wäre folglich immer der letzte in der Verbraucherkette der Konsument. Kauft aber ein Anwaltsbüro zehn PC's, geht diese Argumentation wiederum nicht auf. Vielleicht könnte man es mit der Mehrwertsteuergesetzgebung vergleichen. Dass z.B. analog derjenige als Konsument definiert wird, welcher mit dem was er kauft, keinen Umsatz mehr erzielen bzw. keinen Vorsteuerabzug mehr machen kann. Die Frage der Definition wurde diesbezüglich noch nie im Detail diskutiert, aber momentan scheint einer solchen Definition nichts entgegenzustehen.

Nach der hier vertretenen Meinung wird es vermutlich nicht möglich sein, dass sich auch Unternehmer, welche *Werkverträge mit professionellen Bauherren* abschliessen, sich auf UWG 8 berufen können. Dies obwohl sie oft als KMU's definiert und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln, noch die Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, folglich ihre Interessenlage mit derjenigen der Konsumenten vergleichbar wäre. Dazu bedürfte es vermutlich einer weiteren Revision.

Nur der *private Bauherr*, könnte auch in Anlehnung an das bisher Gesagte bzgl. des Endverbrauchers, noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden. Ein kleiner Unternehmer, welcher eine Werkhalle für sich bauen lässt, würde aber bereits nicht mehr darunter fallen. In der Anwaltspraxis müsste natürlich für eine entsprechende Argumentation auch immer auf die Interessenlage des Klienten abgestellt werden. Müsste ein AGB-Verfasser vertreten werden, würde man argumentieren, dass nur Letzte in der Verbraucherkette, zu schützen sei. Nämlich derjenige, welcher mit dem was er kauft, keine gewerblichen Zwecke mehr verfolgt. Anders hingegen müsste argumentiert werden, wenn ein privater Bauherr Klient ist. Nämlich, dass der kleine Gewerbetreibende, welcher sich in einem sozialen Marktgefüge bewegt, genau so viel Schutz verdient,

wie ein klassischer Konsument. Es könnte argumentiert werden, dass UWG 8 ansonsten seinem Sinn beraubt würde.

Unabhängig davon, ob man sich auf einem Käufer- oder Verkäufermarkt bewegt, sobald die Möglichkeit besteht, Änderungen am Vertrag bzw. an den Musterbedingungen vorzunehmen, welche einseitig vorgelegt werden, handelt es sich nicht mehr um AGB, sondern um individuell ausgehandelte Bestimmungen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese Bestimmungen auf einem Beiblatt oder in der Vertragsurkunde befinden oder welches von beiden die stärkere Vertragspartei ist. Bzgl. der Spezialproblematik, der Abtretung der Mängelrechte, wo in *Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan* vom Verkäufer häufig seine eigene Haftung weit möglichst ausgeschlossen wird, können sich Käufer, sofern man sie als Konsumenten definiert, auf UWG 8 berufen. Nichtsdestotrotz steht ihnen eine viel stärkere Möglichkeit zur Verfügung. Für einen Käufer von Stockwerkeigentum, welcher nicht als erster den entsprechenden Vertrag mit dem Verkäufer abschliesst, ist die fragliche Abtretungsklausel ungültig. Da der Verkäufer die Mängelrechte mit seinen Unternehmern als Gesamtpaket vereinbart hat, diese nicht teilbar sind und mit der Unterzeichnung des ersten Kaufvertrages bereits gesamthaft abgetreten hat, können diese kein weiteres Mal abgetreten werden. Umgekehrt formuliert, heisst das, dass eine Freizeichnungsklausel, welche sich auf die Abtretung der Mängelrechte bezieht, in dem Umfang, in welchem die Abtretung gar nicht möglich war, nichtig ist.

Folgende Meinung wird von der Mehrheit vertreten: Die meisten dieser Verträge gehen pauschal davon aus, dass alle Mängelrechte abtretbar sind. Dies ist jedoch nicht der Fall. Grundsätzlich sind nur das Nachbesserungsrecht und das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens abtretbar, nicht aber die Rechte auf Wandlung und Minderung, da sie den Vertragsinhalt ändern. Wird von einem Unternehmer Minderung verlangt, wird eine Leistung, welche der Unternehmer hätte erbringen sollen, durch einen Minderpreis ersetzt und im Gegenzug muss entweder die Leistung gar nicht mehr erbracht oder die Arbeit nicht nachgebessert werden. Mit der Wandlung fällt sogar der gesamte Vertrag dahin. Diese beiden Rechte, Wandlung und Minderung, sind somit direkt mit dem Vertragsverhältnis verknüpft und deshalb nicht einzeln abtretbar.

Es wird als falsch empfunden, dass UWG 8 nicht so weit ausgelegt werden kann, dass auch *Subunternehmer* darunter subsumiert werden können. Dennoch scheint es unwahr-

scheinlich, dass dieser Mangel im Verlauf der Zeit durch entsprechende Rechtsprechung korrigiert werden kann. Diese vorgenommene Einschränkung, war offenbar vom Parlament gewollt, trotz der vom Bundesrat geäußerten Meinung. Ein Gericht kann nicht so weit gehen und sagen, dass der Wortlaut des Gesetzes vom Parlament nicht so gewollt war bzw. es sich dabei um ein Versehen handelt. Das Bundesgericht müsste den vorliegenden Wortlaut als nicht wünschenswert taxieren und sagen, dass dies aber nur de lege ferenda geändert werden kann.

5.3.4 Auslandvergleich

Ergibt sich bspw. aus den Materialien, dass eine EU-kompatible Regelung gewollt war und der Begriff des Konsumenten aus Versehen in die Bestimmung eingeflossen ist und sich aus den EU-Richtlinien generell eine andere Auffassung des Begriffs des Konsumenten ergeben würde, bestünde vielleicht eine Chance, dass UWG 8 von den Gerichten hierzulande auch anderes interpretiert werden könnte. Vermutlich war durch die explizite Erwähnung des Konsumenten im Gesetz, Ziel dessen Rechte zu verstärken. Erreicht hingegen, hat man im schlimmsten Fall, eine Einschränkung auf Konsumenten. Vielleicht haben aber auch diejenigen, von welchen die strenge Beschränkung so gewollt war, ihre Ziele nicht genau offengelegt und die anderen waren sich deshalb über die Auswirkungen im Unklaren.

5.4 Interview mit Vertreter vom Schweizerischen Baumeisterverband

5.4.1 Anwendungsgebiete allgemeiner Geschäftsbedingungen

AGB spielen sowohl auf Seiten Bauherrschaft als auch auf Seiten Bauunternehmer eine Rolle, da beide Parteien i.d.R. ihre AGB verfassen und diese dann austauschen, welche sich gewöhnlich widersprechen. Die AGB werden selbstverständlich nicht im Detail gelesen, sondern global übernommen und sich im Streitfall gegenseitig vorgehalten.

Die Unterscheidung in Subunternehmer- und Werkvertrag ist nicht optimal, da jeder Subunternehmervertrag nichts anderes als ein Werkvertrag ist. Werkverträge professioneller Bauherren fallen leider wahrscheinlich nicht unter den Schutz von UWG 8. Bei Werk- und Planerverträgen mit privaten Bauherren hängt dies davon ab, wie schlussendlich ein Gericht den Begriff des privaten Bauherren auslegt. Problematisch bzgl. der Verträge mit privaten Bauherren ist vermutlich, dass ein privater Bauherr UWG 8 gar

nicht kennt und es darum wahrscheinlich noch länger keine Gerichtsurteile im Zusammenhang mit UWG 8 und privaten Bauherren geben wird. Bis dahin bleibt unklar, wie ein solcher von einem Gericht qualifiziert wird. Es ist aber gut vorstellbar, dass er unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden kann.

Es ist fraglich, warum es strittig sein soll, dass es sich bei den allgemeinen Bestimmungen in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan, um AGB handelt. Wenn man davon ausginge, dass die AGB, wenn sie öffentlich beurkundet werden, einen anderen Status erhalten, ihren AGB-Charakter verlieren und auf Vertragsstufe gehoben werden, dann wäre UWG 8 natürlich nicht länger anwendbar. Solange aber über diese Thematik keine Gerichtsentscheid vorliegt, bleibt die Qualifizierung solcher Bestimmungen in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan, unklar.

Bezüglich der Subunternehmerverträge scheint die Sachlage ziemlich klar zu sein. Keine der beiden Vertragsparteien ist Konsument. Es kann darum höchstens im Rahmen der Unklarheiten- oder Ungewöhnlichkeitsregel versucht werden gegeneinander vorzugehen. Bevor aber der gerichtliche Weg eingeschlagen wird, findet man vermutlich vorher einen Kompromiss in gemeinsamen Verhandlungen.

Ab wann nicht mehr von AGB, sondern von einem individuell ausgehandelten Vertrag gesprochen werden kann, soll hier anhand der Praxis beantwortet werden. Oft werden, gerade in der Baubranche, AGB nicht als solche erkannt, obwohl es sich dabei zweifelsohne um welche handelt. Dies gilt v.a. für die SIA-Norm 118, welche kein Gesetz darstellt und somit auch nicht automatisch gilt, sondern nur, wenn sie explizit vereinbart wurde! Es gibt mehrere Kriterien, auf welche abgestellt werden kann, wenn man beurteilen muss, ob es sich um einen individuell ausgehandelten Vertrag oder um AGB handelt. Häufig werden z.B. AGB nur auf einem Beiblatt abgegeben, welche dann nicht selten den im Vertrag individuell ausgehandelten Bestimmungen widersprechen. Im Idealfall gibt dann, wenn die SIA-Norm 118 vereinbart wurde, deren Art. 21 Auskunft über die Rangfolge der Vertragsbestandteile. Dann geht natürlich die Vertragsurkunde vor. Weil aber seitens des AGB-Verfassers, oft davon ausgegangen wird, dass diese automatisch zum Tragen kommen, im Vertrag selbst aber etwas anderes vereinbart wurde, wird dieser Widerspruch häufig erst im Streitfall bemerkt. Angepasste SIA-Bestimmungen, werden häufig direkt in die Vertragsurkunde mit einbezogen und somit ist klar, dass diejenigen Punkte, welche Eingang in den Vertrag gefunden haben, sich

auf Stufe Vertrag befinden. Sie wurden direkt ausgehandelt und sind keine AGB mehr. Für die restlichen Punkte, welche nicht im Detail ausgehandelt wurden, wird auf die AGB bzw. auf die SIA-Norm 118 verwiesen, sofern sie als Vertragsbestandteil vereinbart wurde. AGB auf einem Beiblatt werden entweder gar nicht unterzeichnet oder nur mit einem Kürzel versehen. Die Form der AGB könnte ein Orientierungsmassstab sein.

5.4.2 Bestandteile von Artikel 8 UWG

5.4.2.1 Unternehmer vs. Konsumenten

Stützt man sich für die Definition des Konsumenten auf ZPO 32, könnte der private Bauherr eines EFH natürlich nicht mehr darunter subsumiert werden. Diese Definition wäre zu restriktiv. Es ist zu hoffen, sollte es ein Urteil zu UWG 8 geben, ZPO 32 von einem Richter weiter auslegt oder gar nicht erst beigezogen wird. Um eine Definition für den Begriff des Konsumenten zu finden, müsste vielleicht auch das, was das Parlament etwas im Unwissen eingeführt hat, korrigiert werden. Diese Einschränkung, wie sie jetzt dasteht, war vermutlich so nicht gewollt. Es wäre wünschenswert, dass sich dieser Fauxpas über die Rechtsprechung korrigieren lässt, dies wird aber kaum möglich sein. Da der Unternehmer für die Konsumentenschützer per se ein Feindbild darstellt, wussten diese sehr wohl, wen sie mit der Bestimmung schützen wollten und wen nicht. UWG 8 sollte nur den Konsumenten als schwache Partei zur Verfügung stehen und nicht den Unternehmern. Da UWG 2 von Anbietern und Abnehmern spricht, wäre dies, für einen mutigen Richter, eine Möglichkeit, den parlamentarischen Unfall zu korrigieren, da dies dem Grundgedanken des Gesetzes entspricht. Aber vermutlich hat ein Richter diesen Mut nicht.

Der parlamentarische Unfall könnte vielleicht auch behoben werden, indem man sagt, dass alles was nach dem Wort *insbesondere* kommt, eine nicht abschliessende, beispielhafte Aufzählung darstellt und bloss dem Leser des Gesetzes dient. Ein mutiger Richter könnte argumentieren, dass deshalb UWG 8 andere Fälle, wie z.B. b2b-Verträge nicht vom Anwendungsbereich ausschliesst. Es wäre schön, wenn sich die Rechtsprechung dahingehend entwickeln würde, dass aufgrund einer „Umdefinierung“ auch Unternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnten und der Begriff möglichst weit gefasst werden würde, dies wird aber vermutlich nicht passieren.

5.4.2.2 Erfordernis der Erheblichkeit

Da das Kriterium der Erheblichkeit bereits Bestandteil des alten Art. 8 UWG war, sollte man sich für die Definierung dieses Kriteriums am Masstab der alten Rechtsprechung orientieren, solange es noch keine neue gibt. Da früher zwischen „erheblich abweichen von der gesetzlichen Ordnung“ (lit. a) und „erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten“ (lit. b) unterschieden wurde, passt der alte lit. b vermutlich besser ins Konzept des neuen Art. 8 UWG, da dort von einem „erheblichen Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten“, die Rede ist. Doch hängt der Masstab der Erheblichkeit vielleicht schon auch ein bisschen damit zusammen, wie ungebildet die eine und wie mächtig die andere Seite ist.

5.4.2.3 Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Ob das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ ein eigenständig, separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal von UWG 8 darstellt, ist eine eher akademische Frage und spielt in der Praxis vermutlich nur in ganz wenigen Fällen, wenn überhaupt, eine Rolle. Denn egal, ob das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ getrennt oder in Kombination angeschaut werden soll, verstößt ein Verhalten gegen Treu und Glauben, ist es vermutlich automatisch ungerechtfertigt. Ansonsten wäre dies ein Widerspruch zu ZGB 2. Man könnte sich höchstens überlegen, ob Treu und Glauben nicht als Frage der Legalität, sondern als subjektives Gefühl der Legitimität angesehen werden könnte. Dann würde das Merkmal „ungerechtfertigt“ die Frage der Legalität beantworten.

5.4.2.4 In Treu und Glauben verletzender Weise

Die Streichung des Erfordernisses der Irreführung, verleiht der Auslegung des Tatbestandselements „in Treu und Glauben verletzender Weise“ stärkeres Gewicht. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Artikel bewusst um das Merkmal der „Irreführung“ gekürzt wurde. Somit wurde ein verstärkendes Wort gestrichen. Deshalb müsste nun eine Verletzung schneller als zuvor bejaht werden können, ansonsten würde die Streichung wenig Sinn machen. Da die Revision bereits schlecht ausgefallen ist, darf nun nicht auch noch der Fehler gemacht werden, einen Sachverhalt gleich streng wie früher zu beurteilen.

5.4.2.5 Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

Da AGB gern gesehene Instrumente sind, um die andere Vertragspartei über den Tisch zu ziehen, wurde mit Einführung der inhaltlichen Überprüfbarkeit von AGB eine faire

Lösung gefunden. Nichtsdestotrotz wird es im Rahmen von UWG 8 nicht viele Gerichtsurteile geben, da der Durchschnittskonsument diese Möglichkeit gar nicht kennt. Im besten Fall kommt vielleicht ein Anwalt auf die Idee UWG 8 anzurufen. Es wird aber vermutlich sehr heikel sein, einen ganzen Prozess nur auf UWG 8 abzustützen bzw. nur die AGB und nicht den Vertrag an sich anzuschauen.

Unter der Begründung der Vertragsfreiheit, Art. 8 UWG auf Verbraucherverträge zu beschränken und b2b-Verträge von der Regelung auszunehmen, war sicher nicht richtig. Doch muss der demokratische Entscheid respektiert werden.

Vermutlich würde von der offenen Inhaltskontrolle in der Praxis auch mehr Gebrauch gemacht werden, wenn klar wäre, dass auch Unternehmer bzw. b2b-Beziehungen sich auf UWG 8 berufen können. Diese kämen auch noch eher auf die Idee, sich mittels UWG 8 zur Wehr zu setzen. Geht man aber im Moment mal davon aus, dass nur „klassische“ Konsumenten sich darauf berufen können, wird vermutlich von dieser offenen Inhaltskontrolle nicht häufig Gebrauch gemacht werden und UWG 8 noch lange toter Buchstabe bleiben.

5.4.3 Einzelne Vertragsverhältnisse

Diskutiert man die Frage, ob die Beschränkung auf Konsumenten für „bare Münze“ genommen werden oder für die Definition des Begriffs des Konsumenten auch das zugrundeliegende Vertragsverhältnis ausschlaggebend sein soll, kommt man zum Schluss, dass das Vertragsverhältnis eigentlich in die Definitionsfindung miteinbezogen werden sollte. Denn zieht man ZPO 32 zur Definitionsfindung heran, welcher von „Leistungen des üblichen Verbrauchs spricht“, kommt vermutlich kaum jemand auf die Idee, dass UWG 8 auch bzgl. eines Werkvertrages zur Anwendung kommen könnte. Darum wäre es sinnvoll, den privaten Bauherren, welcher mit einem Bauunternehmer einen Werkvertrag abschliesst, als Konsumenten zu definieren. Somit könnte er sich auf Art. 8 UWG berufen. In einem Werkvertrag müsste der Begriff des Konsumenten weiter ausgelegt werden als nach Art. 32 II ZPO.

Bzgl. *Werkverträgen mit professionelle Bauherren* kann Folgendes gesagt werden: Gerade Unternehmer (oft KMU's), welche professionellen Bauherren gegenüberstehen, sind oft weder in der Lage die AGB zu verhandeln noch haben sie die Möglichkeit sich einen anderen Vertragspartner zu suchen. Obwohl sie so gesehen, von der Interesselage

her mit Konsumenten zumindest vergleichbar sind, müsste der Begriff des Konsumenten sehr extensiv und nicht nur nach ZPO 32 ausgelegt werden, damit sie darunter subsumiert werden könnten. Eine wörtliche Interpretation, d.h. nach dem allgemeinen Grundverständnis des Begriffs des Konsumenten in der Bevölkerung, käme ebenfalls nicht in Frage. Ein Richter müsste weiter gehen und sagen, dass man i.S. des Grundgedanken des Gesetzes immer die schwächere Partei schützen wollte. Somit könnte dies in einem b2b-Vertrag auch der Bauunternehmer sein, der gegen die professionell auftretende Bauherrschaft geschützt werden soll. Ein solch mutiger Entscheid würde sofort befürwortet werden.

Früher war klar, dass *private Bauherren* Art. 8 UWG anrufen konnten. Wenn er Glück hat, wurde sein Schutz nicht beschränkt. Legt aber ein Richter, die Definition des Begriffs des Konsumenten streng nach Art. 32 II ZPO aus, kommt er vermutlich sogar zum Schluss, dass auch der private Bauherr nicht mehr geschützt wird. Dies wird sich zeigen.

Bezüglich des Machtgefälles zwischen dem *Käufer eines Stockwerkeigentums* und einer Verkäuferschaft, welche die allgemeinen Bestimmungen in Verträgen einseitig diktiert, darf die Macht von UWG 8 nicht überschätzt werden. Ist ein Käufer eines Stockwerkeigentums nicht bereit, die seitens GU gestellten AGB zu akzeptieren, kann er vielleicht vorsichtig nachfragen, ob nicht ein paar Punkte angepasst oder anders formuliert werden könnten. Im besten Fall geht die Gegenseite auf die Änderungs- und Anpassungsvorschläge ein. Findet man keinen Konsens wird der GU vermutlich auf den Vertragsabschluss mit dem Käufer verzichten. Dies unabhängig davon, ob ein Käufer- oder Verkäufermarkt besteht und auch unabhängig vom Kaufpreis der Wohnung, da notfalls auch ein anderer Käufer gefunden wird. Vielleicht gibt es einmal den seltenen Fall, dass mit dem Kauf eines Stockwerkeigentums im Vorfeld so viel schief gelaufen ist, dass ein Käufer irgendwann genug hat und über UWG 8 versuchen wird, gegen den entsprechenden GU vorzugehen. Dies wird aber klar die Ausnahme sein. Hinzu kommt, dass mit der Einführung der neuen ZPO, bevor geklagt werden kann, einerseits zwingend Prozesskostenvorschuss geleistet werden muss und andererseits oft auch Anwaltskosten bereits vorgängig bezahlt werden müssen. Aufs Geratewohl müssen dann 10'000.- bis 15'000.- Franken ausgegeben werden. Stützt man dann den gesamten Prozess nur auf Art. 8 UWG, ist davon abzuraten, diesen überhaupt zu führen!

Bezüglich der Spezialproblematik der Abtretung der Mängelrechte kann Folgendes gesagt werden: Diese ist per se weder zulässig, noch möglich und wird aber trotzdem immer wieder gemacht. Es wird selten einen Kaufvertrag, mit teils werkvertraglichen und teils innominatvertraglichen Elementen geben, in welchem keine Mängelrechte abgetreten werden. Im Resultat unterschreiben die Käufer den Vertrag und am Tag x, an welchem ein Mangel auftritt, kontaktieren sie ihren GU. Dieser gibt ihnen den Namen und die Adresse des jeweiligen Unternehmers an. Anschliessend wird der Käufer den Unternehmer kontaktieren, dieser wird dem Käufer sagen, dass er nicht sein Vertragspartner sei und das Chaos ist perfekt! Kurz gesagt: Die Abtretung von Mängelrechten ist höchst umstritten, deshalb gibt es gegen dieses Vorgehen auch bereits lobbyistische Bemühungen. Der HEV hat den Bundesrat, die Parlamentarier, die Bauherrschaften, die Notariate und auch die grossen GU's und Verkäufer angeschrieben und auf die Aufsätze von Gauch / Stöckli verwiesen, wonach man in Zukunft doch bitte darauf verzichten sollte diese Mängelrechte abzutreten. Es gibt also momentan so starke lobbyistische Bemühungen gegen dieses Vorgehen, wie noch nie. Es wird sich zeigen, ob diese fruchten werden, vermutlich aber eher nicht. Geht man einmal davon aus, dass ein Richter den privaten Bauwerkvertrag so auslegt, dass der private Bauherr darunter subsumiert werden kann, d.h. den Begriff des Konsumenten nicht eng nach Art. 32 II ZPO auslegt, könnte die Anrufung von Art. 8 UWG eine Lösung sein, aber es wird vermutlich schwierig. Der durchschnittliche Wohnungskäufer ist kein Jurist. Er hat mit seinem mühsam gesparten Geld eine Wohnung gekauft. Nun kommen die ersten Mängel und er wird versuchen, indem er auf den GU zugeht, diesen beheben zu lassen. Der GU verweist den Käufer an den entsprechenden Unternehmer. Vermutlich bestünden die grösseren Chancen auf Erfolg, wenn direkt gegen den entsprechenden Unternehmer gerichtlich vorgegangen und von diesem das Nachbesserungsrecht verlangt werden würde, als wenn gestützt auf UWG 8, wegen missbräuchlichen AGB, gegen den GU vorgegangen wird. Schlussendlich bleibt die Frage, was im Resultat bestenfalls erreicht werden kann. Kommt ein Richter zum Schluss, dass die Bestimmung bzgl. Abtretung der Mängelrechte unlauter und somit nichtig ist, ist der Mangel noch immer nicht behoben. Der Unternehmer kann jetzt nicht mehr belangt werden, da dieser ja bereits verärgert wurde. Nun muss man mit einem Urteil, welches besagt, dass die Bestimmung der Abtretung der Mängelrechte nichtig ist, den GU angehen. Diesem muss das Urteil, entgegengehalten und von ihm die Nachbesserung verlangt werden. Leistet er dieser Aufforderung keine Folge, muss erneut vor Gericht gegangen werden. Jetzt muss auf Leistung, oder noch schlimmer, auf Feststellung geklagt werden. Hierzu muss ein Schaden beziffert

werden können. Es muss ein Gutachten eingeholt werden, welches erstens bestätigt, dass überhaupt ein Mangel vorliegt und zweitens die Höhe des Schadens beziffert. Es muss folglich enorm viel Zeit und Geld investiert werden. An dieser Sachlage wird sich vorerst nichts ändern. Wenn allerdings die Notariate bei den Beurkundungen plötzlich beginnen auf diese Missstände aufmerksam zu machen und dann der eine oder andere Kaufvertrag in letzter Minute nicht mehr abgeschlossen werden kann, führt dies vielleicht schon früher oder später zu einem Umdenken der GU's und sie verzichten auf die Abtretung der Mängelrechte. Da aber momentan die Entwicklungen des Marktes, mit der RPG-Abstimmung und der Zweitwohnungsinitiative sich nicht dahingehend abzeichnen, dass wir uns plötzlich auf einem Käufermarkt wiederfinden, wird es in den nächsten 10 Jahren wohl kaum wieder eine Phase geben, in welcher aktiv nach Käufern gesucht werden und man sich deshalb Gedanken dazu machen muss, wie man die Kaufverträge kundenfreundlicher gestalten könnte.

Dass sich *Subunternehmer* nicht länger auf UWG 8 berufen können bzw. deren Schutz nicht wie gewünscht verbessert, sondern verschlechtert wurde, wird nach der hier vertretenen Meinung die Revision als zu akzeptierender Unfall gewertet. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Mangel im Verlauf der Zeit durch entsprechende Rechtsprechung korrigiert werden kann, doch stehen die Chancen dafür wohl eher schlecht.

5.4.4 Auslandvergleich

Es ist dem Grundsatz nach per se gefährlich, ausländisch, rechtsvergleichende Überlegungen in unsere Rechtsauslegung mit einzubeziehen. Schlussendlich hat die Schweiz zum Glück noch nicht jede EU-Richtlinie übernommen. Es muss das Gesamtbild betrachtet werden. Es mag zwar sein, dass im konkreten Fall, die Auslegung des Gesetzes, unter Beiziehung der ausländischen Gesetzgebung, eher in die gewünschte Richtung ginge, hat man aber einmal damit angefangen, ist der erste Schritt diesbezüglich gemacht.

5.5 Allgemeine bzw. gemeinsame Resultate

Folgende Schlüsse, können aus den oben zusammengefassten Interviews gezogen werden. AGB spielen i.V.m. UWG 8 erst einmal nur für private Bauherren und Käufer von Stockwerkeigentum ab Plan eine Rolle, da ausgeschlossen wird, dass professionelle

Bauherren und Subunternehmer aufgrund des Konsumentenbegriffs sich auf UWG 8 berufen können.⁹⁴

Damit UWG 8 überhaupt zur Anwendung kommen kann, müssen AGB im Spiel sein. Wo für eine Abgrenzung zwischen AGB und individuell ausgehandelten Bestimmungen der *Orientierungsmassstab* angesetzt werden soll, ist nicht einfach zu definieren, weshalb es auch differenzierte Betrachtungsweisen gibt. Eine Möglichkeit wäre mit der Beweislast zu operieren, d.h. derjenige, welcher Standardklauseln verwendet, müsste beweisen, dass es sich bei diesen um individuell ausgehandelte Bestimmungen und nicht um AGB handelt.⁹⁵ Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob die Markt- bzw. Verhandlungsmacht in die Beurteilung mit einbezogen werden soll. Die einen sehen dies als Vermischung mit dem Kartellrecht⁹⁶ und die anderen würden eine Berücksichtigung der Verhandlungsmacht begrüssen bzw. sich überlegen, ob nicht auch auf den Umstand abgestellt werden könnte, wer als Verfasser der AGB fungiert hat.⁹⁷ Eine andere Überlegung wurde bezüglich der Form der AGB gemacht, im Speziellen bzgl. der SIA-Norm 118. Wird in der Vertragsurkunde nur auf gewisse AGB oder SIA-Normen – sofern vereinbart – verwiesen und werden diese nur in Form eines Beiblatts abgegeben, handelt es sich vermutlich um AGB. Sind diese aber direkt in die Vertragsurkunde miteinbezogen und Standard SIA-Normen gar explizit angepasst worden, scheint klar, dass sich diese nun auf Stufe Vertrag befinden, direkt ausgehandelt wurden und nicht mehr als AGB zu qualifizieren sind.⁹⁸

An welchem Massstab sich das *Erfordernis der Erheblichkeit* orientieren soll, wird unterschiedlich beantwortet. Es steht die Frage im Raum, ob „offenbar“ in OR 21 mit „erheblich“ gleichgesetzt werden kann. Wobei aber an das Missverhältnis nach OR 21 sehr hohe Anforderungen gestellt werden und dasjenige nach UWG eher weniger weit geht. Negativ formuliert würde dies bedeuten, dass an UWG 8 nicht so hohe Anforderungen zu stellen sind, wie an OR 21.⁹⁹ Ein erhebliches Missverhältnis kann aber auch als gegeben angesehen werden, wenn für eine vertraglich versprochene Leistung nicht mehr

⁹⁴ Vgl. Interview mit Aeschmann, Gebhardt, Hauser Stöckli.

⁹⁵ Vgl. Interview mit Stöckli.

⁹⁶ Vgl. Interview mit Stöckli.

⁹⁷ Vgl. Interview mit Gebhardt.

⁹⁸ Vgl. Interview mit Hauser.

⁹⁹ Vgl. Interview mit Stöckli.

eingestanden werden will.¹⁰⁰ Vielleicht wäre für die Qualifizierung des Kriteriums eine Orientierung an der alten Rechtsprechung zu lit. b angebracht, solange es noch keine neue zur Thematik gibt.¹⁰¹

Einigkeit herrscht darüber, dass es erstens wenig Sinn machen würde, das Tatbestandsmerkmal des *ungerechtfertigten Missverhältnisses* als separat zu prüfendes Element anzusehen und zweitens die Praktikabilität des Artikels vermutlich noch weiter eingeschränkt würde.¹⁰² Es ist auch nur schwer vorstellbar, wie ein Verhalten zwar gegen Treu und Glauben verstossen, aber dennoch gerechtfertigt sein soll.

Durch die Streichung der Irreführung rückt das Tatbestandselement in *Treu und Glauben verletzender Weise* stärker in den Fokus der Betrachtung. Da Treu und Glauben weiter geht als irreführend und der Tatbestand um das Merkmal der Irreführung gekürzt, d.h. ein verstärkendes Wort gestrichen wurde, müsste eine Verletzung nun schneller als zuvor angenommen werden können.¹⁰³ Denn neu gibt es vermutlich auch Tatbestände, welche nicht irreführend, aber trotzdem unlauter sind.¹⁰⁴ Zudem scheint nichts dagegen zu sprechen, den Begriff gleich wie in ZGB 2 zu definieren.¹⁰⁵

Durch die *Streichung des Erfordernisses der Irreführung*, wurde die *offene Inhaltskontrolle* in der Schweiz *eingeführt*. Dies führt als Bestandteil der Vertragsfreiheit zu einer Einschränkung der inhaltlichen Vertragsfreiheit.¹⁰⁶ Die Vertragsfreiheit des AGB-Verwenders auf der einen Seite wird beschränkt, zugleich aber derjenige, welchem die AGB entgegengehalten werden, besser vor unfairen AGB geschützt.¹⁰⁷ Die inhaltliche Überprüfbarkeit von AGB wird aber als faire Lösung empfunden und nicht als unerwünschte Einschränkung.¹⁰⁸ Dass aber unter der Begründung der Vertragsfreiheit, UWG 8 auf Verbraucherverträge beschränkt wurde, wird allgemein als wenig sinnvoll und nicht richtig empfunden. Nichtsdestotrotz ist die Beschränkung so hinzunehmen und der Wille des Gesetzgebers zu respektieren.¹⁰⁹ Geteilt sind die Meinungen darüber,

¹⁰⁰ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹⁰¹ Vgl. Interview mit Hauser.

¹⁰² Vgl. Interview mit Aeschimann, Gebhardt, Hauser, Stöckli.

¹⁰³ Vgl. Interview mit Hauser, Stöckli.

¹⁰⁴ Vgl. Interview mit Stöckli.

¹⁰⁵ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹⁰⁶ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹⁰⁷ Vgl. Interview mit Stöckli.

¹⁰⁸ Vgl. Interview mit Hauser.

¹⁰⁹ Vgl. Interview mit Gebhardt, Hauser, Stöckli.

ob von dieser offenen Inhaltskontrolle tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Einerseits wird dies klar bejaht, da die Bestimmung in der vorliegenden Fassung gewollt war.¹¹⁰ Die besten Chancen werden darin gesehen, dass Berufs- und Konsumentenverbände vom Verbandsklagerecht Gebrauch machen werden.¹¹¹ Andererseits wird aber die Meinung vertreten, dass es vermutlich mehr Anwendungsfälle geben würde, wenn klar wäre, dass auch Unternehmer bzw. b2b-Beziehungen sich auf UWG 8 berufen können, da diese im Gegensatz zum „normalen“ Konsument, noch eher auf die Idee kämen, dass es eine derartige Möglichkeit überhaupt gibt. Denn dem einfachen Konsumenten ist mit grösster Wahrscheinlichkeit UWG 8 gar nicht bekannt, weshalb vermutlich noch länger auf das erste Gerichtsurteil gewartet werden muss.¹¹²

5.6 Mögliche Definition des Begriffs des Konsumenten

Allgemein wird die Meinung vertreten, dass eine Definition des Konsumenten nach ZPO 32 II zu restriktiv gefasst ist. Denn somit könnte nicht einmal mehr der private Bauherr eines EFH darunter subsumiert werden, was nicht wünschenswert wäre. Eine Definition, welche sich auf KKG 3 bezieht und in Anlehnung an die Klausel Richtlinien gebildet wird, scheint da schon naheliegender zu sein, zumal zur Definitionsfindung nicht auf ein verfahrensrechtliches, sondern eine materiellrechtliche Gesetzgebung abgestellt werden sollte.¹¹³ Wünschenswert wäre aber, dass sogar eine noch weiter gehende Definition gefunden und generell die sozial- oder marktschwächere Partei unter Schutz gestellt werden kann. D.h. somit auch Unternehmern dieser Schutz zuteil werden könnte. Was aber gleichzeitig als unwahrscheinlich eingestuft wird.¹¹⁴ Denn nach der momentanen Rechtslage, sollte man sich stärker – nach welcher Definition auch immer – auf den Konsumentenbegriff fokussieren und für eine Definition, wer Konsument sein könnte, nicht ein Marktgleichgewicht zur Orientierung heranziehen.¹¹⁵

Einerseits wird eine Ausweitung des Konsumentenbegriffs über die Formulierung „insbesondere“ oder UWG 2, welcher von Anbietern und Abnehmern spricht, als Missachtung des gesetzgeberischen Willens und des Gewaltenteilungssystems angesehen. Andererseits würde eine solche Entwicklung aber begrüsst und keineswegs als per se falsch

¹¹⁰ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹¹¹ Vgl. Interview mit Stöckli.

¹¹² Vgl. Interview mit Hauser.

¹¹³ Vgl. Interview mit Gebhardt, Stöckli.

¹¹⁴ Vgl. Interview mit Hauser.

¹¹⁵ Vgl. Interview mit Stöckli.

oder nicht wünschenswert angesehen werden.¹¹⁶ Die Chance wird aber darin gesehen, dass ja bereits unterschiedliche Konsumentenbegriffe (wie unter 4.2 gezeigt) existieren, aber noch kein UWG spezifischer Konsumentenbegriff entwickelt wurde.¹¹⁷ Ein solcher könnte z.B. wie bereits unter 4.2.1 hergeleitet, lauten.

Ein ebenfalls sehr interessanter Ansatz wäre, für eine Definitionsfindung, auf den letzten in der Verbraucherkette abzustellen. D.h. analog der Mehrwertsteuergesetzgebung auf diejenigen, welcher mit dem was er kauft, verbraucht, konsumiert, keinen Umsatz mehr erzielen, bzw. keinen Vorsteuerabzug mehr machen kann.¹¹⁸

Regt man die Diskussion an, ob für die Definition des Konsumenten, das zugrundeliegende Vertragsverhältnis ebenfalls ausschlaggebend sein soll, kommt man zu unterschiedlichen Resultaten. Einerseits ist es unvorstellbar, dass der Begriff je nach Vertragsverhältnis anders ausgelegt werden soll¹¹⁹, andererseits wäre ein Einbezug des Vertragsverhältnisses in die Definitionsfindung wünschenswert, da nur rein über ZPO 32 vermutlich kaum jemand auf die Idee kommt, dass UWG 8 auch bzgl. eines Werkvertrages Anwendung finden könnte.¹²⁰ Generell könnte man es vielleicht so formulieren, dass der Konsument wohl diejenige Person ist, welche, egal in welchem Vertragsverhältnis, im entsprechenden Fachgebiet nicht versiert ist, folglich im Alltag mit dem spezifischen Vertragsverhältnis nichts zu tun hat.¹²¹ Vermutlich wird man aber für die Definitionsfindung vielmehr schematisierend verfahren, indem man sagt, dass es sich um einen Konsumenten handelt, da der Vertrag zu einem nichtberuflichen oder gewerblichen Zweck abgeschlossen wurde und man sich so mindestens auf eine Art Konsum abstützen kann. Stark wäre, wenn man sagen könnte, dass einfach immer die schwächere Partei genommen werden kann, doch wird dies in der Anwendung schwierig sein.¹²²

Unisono ging aus den Befragungen hervor, dass schlussendlich nur die bundesgerichtliche Rechtsprechung abschliessend beurteilen kann, wer als Konsument angesehen werden kann und wer nicht. Alle Befragten sind sich aber mehr oder weniger einig, dass unter den Konsumentenbegriff von UWG 8, so wie er jetzt dasteht, weder der klassische Unternehmer noch der professionelle Bauherr subsumiert werden kann. Nur wenn man

¹¹⁶ Vgl. Interview mit Gebhardt, Hauser, Stöckli.

¹¹⁷ Vgl. Interview mit Stöckli.

¹¹⁸ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹¹⁹ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹²⁰ Vgl. Interview mit Hauser.

¹²¹ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹²² Vgl. Interview mit Stöckli.

die Definition grosszügig auslegt, was auch so gewünscht wird, sollte es zumindest möglich sein, den privaten Bauherren unter den jetzigen UWG-Konsumentenbegriff zu subsumieren. Folglich kommt man zum Schluss, dass wenn man UWG 8 wirkungsvoll auf die Bauwirtschaft anwenden will, es einen UWG-spezifischen Konsumentenbegriff braucht, bei welchem grundsätzlich auf die (sozial-) schwächere bzw. generell auf die Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei abgestellt wird.

5.7 Auswirkungen der Revision auf die einzelnen Vertragsverhältnisse

5.7.1 Auswirkungen für private Bauherren

Unter der alten Version von UWG 8 stand ausser Frage, dass ein privater Bauherr i.S. desjenigen, welcher sich privat ein EFH baut, unter UWG 8 subsumiert werden kann. Deshalb war die Frage bzgl. der Werkverträge mit privaten Bauherren etwas falsch formuliert. Statt zu fragen, ob der private Bauherr der einzige Gewinner der Revision ist, hätte man die Frage besser negativ formulieren und fragen sollen, ob er nicht der einzige Nichtverlierer ist. Denn definiert man den Konsumenten nicht stur nach ZPO 32 II, sondern fasst die Definition etwas weiter und stützt sich einerseits auf die Richtlinien und andererseits auf KKG 3, kann ein privater Bauherr auch weiterhin als Konsument definiert werden, sofern er für den privaten Gebrauch baut. Es bleibt also zu hoffen, dass, obwohl UWG 8 jetzt neu von Konsumenten spricht, private Bauherren sich auch weiterhin auf die AGB-Kontrolle berufen können.¹²³

Eine weitere Frage, die untersucht werden könnte, wäre, wie sich die Sachlage präsentieren würde, wenn ein privater Bauherr sowohl für den privaten als auch für den gewerblichen Gebrauch baut. Z.B. im Sinne eines EFH's, welches im unteren Stock das eigene Büro beherbergt, welches dann wiederum dem beruflichen oder gewerblichen Zweck dient. Sind dann nur diejenigen Werkverträge von UWG 8 geschützt, welche ausschliesslich dem Bau des Wohnteils dienen oder wo könnte eine entsprechende Abgrenzung gemacht werden? Könnte man z.B. auf das realisierte Volumen abstellen und bei einem Verstoss gegen UWG 8 im Zusammenhang mit der Werkvertragssumme, nur im Rahmen des Volumens des Wohnteils einen Schutz anbieten? Vermutlich würde

¹²³ Vgl. Interview mit Stöckli.

man auf den Hauptzweck des Hauses abstellen, was aber im Detail zu untersuchen wäre.

5.7.2 Auswirkungen für Käufer von Stockwerkeigentum ab Plan

Für die Qualifikation des Käufers nach UWG 8 spielt es keine Rolle, ob wir uns auf einem Käufer- oder Verkäufermarkt bewegen, da das Machtverhältnis für die Qualifikation nicht entscheidend ist.¹²⁴ Denn unabhängig davon, gilt, dass sobald die Möglichkeit besteht, Änderungen am Vertrag bzw. den Musterbedingungen vorzunehmen, liegt eine individuelle Bestimmung vor, welche nicht mehr als AGB zu qualifizieren ist. Dies gilt auch unabhängig davon, in welcher Form, ob auf einem Beiblatt oder in der Vertragsurkunde selbst, sich die AGB präsentieren.¹²⁵

Zumal die Macht von UWG 8 gerade auch in diesem Themengebiet nicht überschätzt werden darf. Weil derjenige Käufer, welcher nach dem ganzen Stress mit dem Wohnungsbau, noch das Geld, die Zeit und den Mut hat, gestützt auf UWG 8, gegen den entsprechenden GU vorzugehen, wird nicht einfach zu finden sein. Hinzu kommt, dass nach der neuen ZPO, bevor geklagt werden kann, einerseits zwingend Prozesskostenvorschuss geleistet werden muss und andererseits oft auch Anwaltskosten bereits vorgängig bezahlt werden müssen, d.h. konkret zuerst einmal eine Menge Geld in die Hand genommen werden muss, bevor überhaupt der Prozessweg beschritten werden kann.¹²⁶

Bezüglich der Spezialproblematik der Abtretung der Mängelrechte wird übereinstimmend statuiert, dass dieses Vorgehen eigentlich per se weder zulässig noch möglich ist, aber trotzdem immer wieder gemacht wird. Statt sich mittels UWG 8 gegen dieses unzulässige Vorgehen zur Wehr zu setzen, steht den Käufern eine viel stärkere Möglichkeit zur Verfügung. Unterzeichnet er nicht als Erster den entsprechenden Kaufvertrag, ist die fragliche Abtretungsklausel ungültig. Da nämlich der Verkäufer die Mängelrechte mit seinen Unternehmern als Gesamtpaket vereinbart hat und diese nicht teilbar sind, wurden diese bereits gesamthaft bei Unterzeichnung des ersten Vertrages abgetreten und können nicht ein weiteres Mal abgetreten werden. Zudem sind auch Rechte wie

¹²⁴ Vgl. Interview mit Stöckli.

¹²⁵ Vgl. Interview mit Gebhardt.

¹²⁶ Vgl. Interview mit Hauser.

Wandlung und Minderung, da sie im direkten Zusammenhang mit dem Vertrag stehen, gar nicht abtretbar.¹²⁷

D.h. UWG 8 ist eigentlich im Zusammenhang mit einem Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan nur von geringer Bedeutung. Einerseits, weil wohl aufgrund der hohen Kosten kaum ein Käufer davon Gebrauch machen wird und andererseits, weil wenn er klagen will, ihm eine viel stärkere und erfolgsversprechendere Variante zur Verfügung steht.

5.7.3 Auswirkungen für Unternehmer bzw. Subunternehmer

Geht man davon aus, dass einer der klassischen Konsumentenbegriffe zu Rate gezogen wird, sind Unternehmer so oder so klar vom Schutzbereich von UWG 8 ausgenommen, auch wenn dies als falsch empfunden wird.¹²⁸ Unter dem alten Art. 8 UWG war zwar keine offene Inhaltskontrolle möglich, doch gab es auch keine Einschränkung auf Konsumenten, was bedeutet, dass sich auch Unternehmer hätten darauf berufen können. Ein Unternehmer bzw. Subunternehmer, dessen Situation und Rechtslage wohl in verschiedenen Konstellationen mit derjenigen eines Konsumenten vergleichbar ist, hätte durchaus den gleichen Schutz verdient. Gerade wenn diese als KMU's professionellen Bauherren gegenüberstehen und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln, noch sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, da gerade AGB von professionellen Bauherren oft sogar brancheneinheitlich formuliert sind. Aus Unternehmersicht gesehen, stellt die Revision deshalb, wie von Fatzer / Hasenböhler treffend formuliert, einen klaren Rückschritt dar.

Auch gerade deshalb wäre ein UWG-spezifischer Konsumentenbegriff wünschenswert, sodass sich auch Unternehmer auf UWG 8 berufen könnten und die Frage nach der Praktikabilität und der Erweckung zum lebendigen Buchstaben nicht weiter in Frage stehen würde. Zudem wäre es auch der Wunsch der Praxis, den „Fehler“ den das Parlament bei der Einführung des neuen Art. 8 UWG gemacht hat, zumindest ansatzweise zu beheben.¹²⁹ Dass sich, obwohl die Einschränkung als unsachgemäss eingestuft wird, die Rechtsprechung dahingehend korrigierend entwickeln wird, dass auch Nichtkonsumenten-

¹²⁷ Vgl. Interview mit Gebhardt, Hauser.

¹²⁸ Vgl. Interview mit Gebhardt, Hauser.

¹²⁹ Vgl. Interview mit Hauser.

ten unter UWG 8 subsumiert werden können, wird als unrealistisch eingestuft, zumal dies auch im Widerspruch zu unserem Gewaltenteilungssystem stehen würde.¹³⁰

5.8 Auswirkungen für AGB-Verfasser im Allgemeinen

Für AGB-Verfasser stellt sich die Rechtslage genau so schwierig und orientierungslos dar, wie für deren Verwender. Auch aufgrund des fehlenden Missbrauchskatalogs, haben nicht nur Konsumenten Probleme in der Anwendung von UWG 8, auch für Anwälte, welche für ihre Klienten AGB verfassen sollten, ist es schwierig abzuschätzen, was nach dem neuen UWG 8 noch möglich ist und was nicht.¹³¹

5.9 Auswertung bzgl. Auslandvergleich

Gerade bzgl. des Orientierungsmassstabes der Missbräuchlichkeit, ist es zwangsläufig so, dass man sich an der EU-Rechtsprechung orientieren und geschaut werden sollte, wie diese im europäischen Ausland umgesetzt wurde.¹³² Mit ausländisch rechtsvergleichenden Überlegungen ist dennoch vorsichtig umzugehen, da die Schweiz (zum Glück) noch nicht jede EU-Richtlinie übernommen hat.¹³³

¹³⁰ Vgl. Interview mit Gebhardt, Hauser, Stöckli.

¹³¹ Vgl. Interview mit Stöckli .

¹³² Vgl. Interview mit Stöckli.

¹³³ Vgl. Interview mit Hauser.

6 Schlussbetrachtung

6.1 Fazit

Fasst man die gewonnen Untersuchungen kurz zusammen, lässt dies vermutlich bzgl. der Bauwirtschaft nur einen Schluss zu. Die UWG – Revision hat der Bauwirtschaft in keinster Weise einen Fortschritt gebracht. Die Verlierer sind klar die Unternehmer. Egal wie man es dreht und wendet. Momentan gibt es keine vernünftige, nachvollziehbare und schlüssige Argumentation, nach welcher auch kleine Unternehmer, welche gegenüber ihren Vertragspartnern klar in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, bzw. – wie IPRG 114 und 120 dies so schön formulieren, im strukturellen Ungleichgewicht klar die schwächere Vertragspartei darstellen – unter UWG 8 subsumiert werden könnten. Auch wenn sie den Schutz, durch ihre konsumentenähnliche Stellung, mehr als verdient hätten. Berücksichtigt man zudem, welche grosse Bedeutung AGB in der Bauwirtschaft haben, kann man sagen, dass der neue Art. 8 UWG für die Bauwirtschaft praktisch keine Verbesserung bringt.

Echte Gewinner gibt es darum vermutlich keine, einzige Nichtverlierer, sind bei grosszügiger Rechtsauslegung die privaten Bauherren. Auch wenn die Einschränkung auf Konsumenten weder als sinnvoll noch als richtig eingestuft wird und der Wunsch der Praxis und Lehre wäre, diese Einschränkung aufzuheben, sieht die Realität momentan ernüchternd anders aus. Nämlich, dass es gar einer weiteren Revision bedürfte, damit der neue UWG 8 auch für die Bauwirtschaft von Nutzen wäre, denn so einfach, wie vielleicht gehofft, lässt sich die Einschränkung auf Konsumenten keineswegs wegdiskutieren. So gesehen ist die Revision für die Bauwirtschaft nichts anderes als ein Rückschritt und somit gescheitert. Ob dies tatsächlich der endgültige Wille des Gesetzgebers darstellt, scheint doch eher fraglich zu sein.

6.2 Diskussion und Handlungsempfehlungen

Wie in der Forschungsfrage bereits suggeriert, wurde der Schutz vor missbräuchlichen AGB für Unternehmer und professionelle Bauherren durch die Revision von UWG 8 nicht verbessert. Etwas falsch wurde aber angenommen, dass der einzige Gewinner der private Bauherr ist, was wie im Fazit bereits erläutert eigentlich falsch ist, denn er ist höchstens der einzige Nichtverlierer.

Im Sinne einer Handlungsempfehlung kann Folgendes gesagt werden. Die Gerichte sollten diesen Missstand in ihrer Urteilsfindung erkennen und versuchen die bereits bestehenden Definitionen wenigstens so weit auszulegen, dass zum jetzigen Zeitpunkt zumindest der private Bauherr noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden kann, sofern er für den privaten Gebrauch baut. Für die Zukunft sollte man sich überlegen, inwiefern die angestrebte Praktikabilität wirklich verbessert wurde und ob UWG 8 nicht – zumindest, was die Bauindustrie betrifft – auch weiterhin toter Buchstabe bleiben wird. Kann kein UWG-spezifischer Konsumentenbegriff eingeführt werden, steht somit die Frage im Raum, ob eine erneute Revision das Ziel sein sollte, da durch die Einfügung des Passus „Konsumentinnen und Konsumenten“, weit am ursprünglichen Ziel der Revision, vorbei legiferiert wurde.

6.3 Ausblick

Man darf also gespannt sein, wie die Gerichte bei der Beurteilung und Auslegung von UWG 8 vorgehen bzw. welche Richtung sie einschlagen werden. Falls es in absehbarer Zeit die gewünschten Urteile geben wird, könnte untersucht werden, inwiefern die beabsichtigte griffigere Ausgestaltung in der Praxis tatsächlich umgesetzt oder ob auch weiterhin wenig Gebrauch von UWG 8 gemacht wird, da seine Praktikabilität zu wünschen übrig lässt.

Literaturverzeichnis

Baier, Kirsten (2004): Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Giessen 2004 (Dissertation Universität Bielefeld)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009

David, Lucas / Jacobs, Reto: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2012

Fatzer, Peter / Hasenböhler, Franz: AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen? in: KPMG Legal, Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011 / 2012

Feller, Urs / Bloch, Jürg in: Thomas Sutter-Somm / Franz Hasenböhler / Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013

Furrer, Andreas (2011): Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2011

Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2012

Gauch, Peter / Schmid, Jörg / Schluop, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008

Gebhardt, Daniel (2013): Interview vom 31. Mai 2013 in Basel, im Anhang 2, (zitiert als: vgl. Interview mit Gebhardt)

Hauser, Patrick (2013): Interview vom 31. Mai 2013 in Zürich, im Anhang 3, (zitiert als: vgl. Interview mit Hauser)

Hess, Markus / Simmen, Robert (Hrsg.): Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002

Honsell, Heinrich (Hrsg.) / Vogt, Nedim Peter (Hrsg.) / Schnyder, Anton K. (Hrsg.) / Berti, Stephen V. (Hrsg.): Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007

Holliger-Hagman, Eugénie (2012): Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter 20. Februar 2012

Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2008

Jung, Peter / Spitz, Philippe (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SHK UWG), Bern 2010

Kut, Ahmet / Stauber, Demian (2012): Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012

Mathys, Roland / Suter, Benjamin (2012): Strengere Inhaltskontrolle von AGB, Bulletin 3, Februar 2012.

Schmid, Jörg (2012): Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV, Band 148, 2012

Stöckli, Hubert (2011): Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 4/2011

Stöckli, Hubert / Aeschimann, Lisa (2013): Interview vom 27. Mai 2013 in Freiburg, im Anhang 1, (zitiert als: vgl. Interview mit Stöckli bzw. Aeschimann)

Stöckli, Hubert (2013): UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013

Wildhaber, Isabelle (2011): Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr. Gefahr für die Vertragsfreiheit?, in: SJZ 1. Januar 2011

Internetquellen

Definition Werkvertrag:

<http://www.rwi.uzh.ch/elt-1st-huguenin/orbt/werkvertrag/de/html/index.html> [abgerufen am 27. Juli 2013]

Anhang 1: Interview mit Prof. Dr. Hubert Stöckli und MLaw Lisa Aeschimann**Master of Advanced Studies in Real Estate Jahrgang 2012/2013****Fragebogen zur Masterthesis von Stefanie Huber****Titel der Masterthesis:**

Die Auswirkungen der Revision von Artikel 8 UWG auf die Bauwirtschaft. Sind die Unternehmer die Verlierer?

Betreuer/-in:

Hatz, Michael, SBB AG, Sekretär Verwaltungsrat,

Rechtsanwalt, CAS Bau- und Immobilienrecht, Universität Freiburg,

Hochschulstrasse 6, 3000 Bern, michael.hatz@sbb.ch, 051 220 37 11

Interviewpartner:

Prof. Dr. Stöckli, Hubert & MLaw Aeschimann, Lisa Universität Freiburg, Institut für Baurecht, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg

Problemstellung / Ausgangslage / Zielformulierung

- Ziel ist es herauszufinden, was gemäss dem neuen Art. 8 UWG überhaupt unter den Begriff der AGB subsumiert werden kann.
- Es soll aufgezeigt werden, wer, wann und in welcher Beziehung als Unternehmer bzw. als Konsument definiert wird. Anhand unterschiedlicher Vertragsbeziehungen soll kurz aufgezeigt werden, wer bei differenzierter Betrachtung ebenfalls noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnte. Welche Rolle spielt zudem bei der Subsumierung der Begriff „insbesondere“?
- Wurde durch die Einführung des Begriffs „Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten“ der Schutz der Unternehmer untergraben bzw. vernichtet?
- Des Weiteren soll untersucht werden, ob das Ziel der Revision – den Art. 8 UWG durch Streichung des Erfordernisses der Irreführung griffiger zu gestalten – geglückt oder misslungen ist bzw. ob durch die Einführung des Passus „in Treu und Glauben verletzender Weise“ gerade einer griffigeren Ausgestaltung wieder entgegengewirkt wurde. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?
- Welchen Beitrag zur Konkretisierung dieser Themen muss die Rechtsprechung leisten?
- Inwiefern soll eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfinden, bzw. deren Rechtsprechung vergleichend hinzugezogen werden?

Anmerkung:

Antworten von Herrn Prof. Dr. Hubert Stöckli sind in grüner und diejenigen von Frau Lisa Aeschimann in blauer Schrift verfasst.

Fragen:**I. Allgemeine Geschäftsbedingungen:**

1. Wo bzw. in welchen Bereichen der Bauwirtschaft spielt die Thematik von (unangemessenen) AGB-Klauseln bzw. einseitig vorformulierten Vertragsklauseln Ihrer Meinung nach die grösste Rolle, wenn Sie eine Kategorisierung von 1 – 4 vornehmen müssten (wobei 1 die kleinste und 4 die grösste Rolle spielt) ?
 - Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren, (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert)
 - Art. 8 UWG spielt diesbezüglich keine Rolle bzw. kommt nicht zum Tragen. UWG 8 ist auf Konsumenten zugeschnitten und professionelle Bauherren können nicht unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden. Somit können sie sich auch nicht auf UWG 8 berufen. Ein professioneller Bauherr soll auch nicht als Konsument von Bauleistungen angesehen werden.
 - Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren (sind weder professionell aufgestellt, noch marktmächtig oder marktbestimmend und fungieren nicht als Verfasser von AGB, sondern müssen sich diese von ihren jeweiligen Unternehmern entgegenhalten lassen. Das Bauen gehört nicht zur ihren Kernkompetenzen, sondern ist nur als Nebentätigkeit ausgestaltet. Die erstellte Baute dient oft sogar dem eigenen Gebrauch, sei dies privat oder geschäftlich.
 - Unabhängig davon ob marktmächtig oder nicht, es kommt darauf an, ob für den privaten Gebrauch oder nicht (*Anmerkung Interviewer: Der Bauherr eines Einfamilienhauses und Stockwerkeigentum wird separat behandelt*). Falls er für den privaten Gebrauch baut und man den Begriff des Konsumenten so definiert wie ich, spielt es eine grosse Rolle. Klar ist dies allerdings noch nicht, da es ja bekanntlich auch Gegenmeinungen gibt.

- Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan
 - Stellt ebenfalls ein Anwendungsgebiet dar, da es sich bei diesen ja auch um private Bauherren handelt.

- Subunternehmerverträge
 - Bei den Subunternehmerverträgen spielt es wiederum keine Rolle. Sowohl der Sub- als auch der Hauptunternehmer, sind nach meiner, bereits sehr weit gefassten Definition, keine Konsumenten.
 - Die Definition des Konsumenten sollte an die Richtlinie 93/13/EWG angelehnt werden.

- 2. Ab wann handelt es sich Ihrer Meinung nach nicht mehr um AGB, sondern um einen individuell ausgehandelten Vertrag bzw. was könnte hier als Orientierungsmassstab dienen?
 - Es sollte keine Anlehnung an die Marktmacht des Verhandlungspartners vorgenommen werden. Dies wäre eine Verlinkung mit dem Kartellrecht. Da Marktmacht für UWG 8 keine Rolle spielt, sollte diese nicht als Orientierungsmassstab für UWG 8 herangezogen werden.
 - Es wäre deshalb falsch anzunehmen, dass es sich nur bei den vorformulierten Bedingungen von Marktmächtigen um AGB handelt.
 - Es soll vielmehr geschaut werden, ob diese wirklich ausgehandelt wurden, bzw. ob eine Bereitschaft zur Verhandlung bestand oder nicht. Je nachdem handelt es sich um AGB oder eben nicht.
 - UWG setzt nicht voraus, dass ich die „Katze im Sack“ kaufe. Ich darf den Inhalt des Vertrages bzw. der AGB genau kennen. Dies im Unterschied zur Ungewöhnlichkeitsregel.
 - Bei den allgemeinen Bestimmungen im Kaufvertrag für Stockwerkeigentum ab Plan muss es sich nicht immer zwingend um allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Ich folge aber der Meinung, dass es auch, trotz Vorlesung der Kaufvertragsbestimmungen durch einen Notar AGB sein können, wie in anderen Verträgen auch.
 - Um einen Orientierungsmassstab definieren zu können, müsste man vermutlich mit der Beweislast operieren. Dort wo es eine Vermutung für das Vorhandensein von AGB gibt, müsste man sich fragen, wer

zu beweisen hat, dass diese individuell ausgehandelt wurden. Falls in einem Vertrag Standardklauseln verwendet werden, müsste vermutlich der Verwender beweisen, dass es sich nicht um AGB, sondern um individuell ausgehandelte Bestimmungen handelt. Ich würde probieren auf diesem Wege einen Orientierungsmaßstab zu finden.

- Aber nicht mit Marktmacht vermischen! Diese spielt nach meinem Verständnis wirklich keine Rolle. Das wäre Kartellrecht. Zudem ist auch nach Kartellrecht Marktmacht nicht per se unrechtmässig, sondern nur der Missbrauch der Marktbeherrschung.
- Wenn man auf die Marktmacht abstellen würde, müsste ja derjenige dem die AGB entgegengehalten werden, allenfalls auch noch beweisen, dass der andere marktmächtig gewesen ist und es sich deshalb um AGB handelt. Die Marktmacht gehört meiner Meinung nach nicht zur Definition des Begriffs der AGB.
- Nach meinem Verständnis setzt der Begriff der AGB nach UWG 8 keine Marktmacht voraus, dies ist eine Vermischung mit dem Kartellrecht.

II. Bestandteile von Art. 8 UWG

1. Unternehmer vs. Konsumenten

a. Ihrer Meinung nach ist es falsch für die Definition des Konsumenten an Art. 32 II ZPO anzuknüpfen, da dies bedeuten würde, dass Art. 8 UWG lediglich auf AGB-Klauseln über „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ zum Tragen käme. Wie könnte folglich eine Definition des Begriffs des „Konsumenten“ lauten?

- *Liest Definition vor:* „z.B. gilt als Konsument jede natürliche Person, die einen AGB Vertrag abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Dies ist die Definition des Konsumenten nach Art. 3 KKG.
- Es stellt sich also nun die Frage, warum für die Definition des Konsumenten diejenige aus der ZPO und nicht diejenige aus KKG 3 genommen werden soll.
- Die Definitionen von Art. 32 II ZPO und Art. 3 KKG unterscheiden sich durch folgendes: „persönlicher Verbrauch“ versus „nicht beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit“.

- Art. 32 ZPO würde vermutlich, aufgrund der Formulierung „persönlicher Verbrauch“, keinen Gerichtsstand für den privaten Hausbau begründen. Wenn ich ein Einfamilienhaus bauen lasse, dient dies ja sicher nicht meinem beruflichen oder gewerblichen Zweck, sondern meinem privaten Gebrauch bzw. meiner Familie. Daran lässt sich zeigen, dass es einen grossen Unterschied zwischen Art. 3 KKG und Art. 32 ZPO gibt.
- Man soll aber auch nicht stur dem KKG folgen, sondern vielmehr den Richtlinien. In den gesetzlichen Beratungen des Parlaments, hat man sehr stark betont, dass man nicht weitergehen möchte als die EU. Und die EU-Klausel Richtlinie sieht einen Konsumentenbegriff vor, der nicht demjenigen der ZPO entspricht, sondern eher demjenigen von KKG 3. In den parlamentarischen Beratungen hat man an diese Richtlinien gedacht und diese zum Thema gemacht. Man hat gesagt, man wolle nicht weitergehen als die EU und deshalb ist es doch überzeugender zu sagen, dass der europarechtliche Konsumentenbegriff und nicht ein anderer gilt.
- Ich habe mich deshalb bei meiner Definition des Konsumenten auf die Materialien zur Gesetzgebung gestützt und halte dieses Vorgehen eigentlich für naheliegend.
- Es gibt eigentlich keinen Grund sich für die Definition des Begriffs des Konsumenten auf die ZPO zu stützen.
- Und warum soll bei den weniger bedeutsamen Verträgen eine AGB-Kontrolle eingeführt werden und bei den anderen nicht? Z.B. fällt eine Lebensversicherung sicher nicht unter den Begriff des „persönlichen Verbrauchs“, aber wenn ich sie zu nicht gewerblichen Zwecken abschliesse, bin ich doch trotzdem Konsument. Warum soll man also bei minderen Geschäften (z.B. Kaffee kaufen = Verbrauch) geschützt werden und bei Grösseren nicht. Dies wäre doch eine weitere Einschränkung des Konsumentenbegriffs und ich glaube nicht, dass dies vom Gesetzgeber so gewollt war.

- b. Art. 2 UWG spricht von Anbietern und Abnehmern. Ist es aufgrund dessen, entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes, Art. 8 UWG nur auf Konsumenten anzuwenden? Sollte Art. 8 UWG für Verhältnisse zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen gelten?
- Da bin ich etwas vorsichtiger. Art. 8 UWG wurde auf Konsumenten beschränkt. Diese Beschränkung über eine Auslegung von UWG 2 jetzt wieder zu streichen, ist meiner Meinung nach nicht möglich.
 - Von der Sache her, wäre es vermutlich richtig, doch halte ich dies nicht für ein legitimes Vorgehen. Die Gesetzgebungsmaterialien sind diesbezüglich einigermaßen klar. Man wollte eine Einschränkung. UWG 8 wurde einfach an einem seltsamen Ort platziert. Der Artikel gehörte nach der systematischen Ordnung eigentlich nicht in den Kontext des UWG, sondern müsste nach Art. 20 oder 20a OR stehen. Aber ich habe trotzdem Respekt vor dem Gesetzgeber und würde jetzt nicht so weit gehen, den Begriff des Konsumenten über eine Auslegung von UWG 2, so weit zu fassen, dass generell Anbieter und Abnehmer damit gemeint sein könnten. Das halte ich nicht für korrekt.
- c. Ist nicht zu überlegen, ob durch die Formulierung „insbesondere“, der Schutz auch ohne weiteres auf „Nicht-Konsumenten“ ausgeweitet werden könnte?
- Doch, wenn man das Gericht davon überzeugen könnte. Ich glaube aber, dass die Gesetzgebungsmaterialien einigermaßen plausibel sind und sagen, dass sie den Schutz einschränken und nicht flächendeckend zulassen wollen.
 - „Insbesondere“ kann hier auch heissen, es ist unlauter insbesondere wenn...
 - Ich habe „insbesondere“ bisher immer so verstanden, dass es sich um Spezialtatbestände zu UWG 2 handelt, die als unlauter beschrieben werden.
 - Dass man jetzt gestützt auf UWG 2 auch für Nichtkonsumenten eine AGB-Kontrolle einführt, würde meiner Meinung nach zu weit gehen und wäre eine Missachtung von dem, was der Gesetz-

geber wollte. Der Gesetzgeber hat entschieden, dass er die AGB-Frage auf Konsumenten beschränken will.

- d. Besteht Ihrer Meinung nach eine Möglichkeit, dass sich die Rechtsprechung dahingehend entwickeln wird, dass Unternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können, bzw. dass der Begriff des Konsumenten „undefiniert“ wird zu „die einseitig belastete Vertragspartei bzw. der i.d.R. schwächere Marktteilnehmer, KMU's sowie Konsumentinnen und Konsumenten“?
- Möglich ist alles, aber ich glaube, dass dies eine falsche Rechtsprechung wäre.
 - Ich sehe diese Möglichkeit eigentlich nicht. Aber was den Konsumentenbegriff von UWG 8 angeht, wäre man ja frei. Es gibt ja wie bzgl. ZPO 32 und KKG 3 bereits gesehen, unterschiedliche Konsumentenbegriffe und es wurde noch kein spezifischer fürs UWG festgelegt.
 - Man könnte vielleicht schon versuchen zu sagen, dass es eben auch einen UWG spezifischen Konsumentenbegriff gibt, welcher z.B. auch jeden Abnehmer erfasst. Dann stellt sicher aber wiederum die Frage, warum nur Abnehmer und nicht auch die Anbieter vom Begriff erfasst werden sollen. Es wird dann vielleicht plötzlich schwierig zu sagen, wen man genau schützen möchte.
 - Der Schritt vom Konsumenten zur schwächeren Vertragspartei wäre eine massive Ausweitung des Begriffs.
 - Würde man schlussendlich sagen, ich schütze einfach prinzipiell diesen, welcher die AGB nicht verfasst hat, hätte dies nichts mehr mit dem Begriff des Konsumenten zu tun und würde zu weit gehen.
 - Man möchte mit dieser Norm, von denjenigen, welche idealtypisch schwächer sind, nur die Konsumenten schützen und die anderen nicht.
 - Es ist klar, dass nicht die Unternehmer gemeint sind.

e. Oder sollten sich die Gerichte bereits heute bei Ihrer Rechtsprechung auf eine solche oder ähnliche Definition von „Konsument“ abstützen?

- *Anmerkung Interviewer: „Diese Frage hat sich eigentlich somit erübrigt. Kann man als Schlussfolgerung aufgrund der gerade gegebenen Antworten, sagen, dass sich die Rechtsprechung nicht dahingehend entwickeln sollte, den Konsumentenbegriff zu erweitern?“*
- Ja genau.

2. Erfordernis der Erheblichkeit

Das Erfordernis der *Erheblichkeit* bringt zum Ausdruck, dass ein nur geringfügiges Missverhältnis nicht genügt, um die AGB als unlauter zu definieren. Wie sollte das Erfordernis der Erheblichkeit Ihrer Meinung nach definiert werden, bzw. an welchem Massstab soll sich das Gericht orientieren?

- Das weiss ich auch nicht genau. Es gibt eine Möglichkeit sich auf Art. 21 OR abzustützen, wo im Zusammenhang mit der Übervorteilung von einem offenbaren Missverhältnis die Rede ist. Es stellt sich die Frage, ob erheblich gleichbedeutend ist wie offenbar. Bevor man ein Missverhältnis nach OR 21 annimmt, müssen sehr hohe Anforderungen erfüllt sein. Ich würde beim Missverhältnis nach UWG weniger weit gehen. Auch die ausländische Praxis hat im AGB-Recht viel tiefere Anforderungen und geht nie so weit wie OR 21.
- Ich kann es somit eher negativ formulieren. Nämlich, dass an UWG 8 sicher nicht so hohe Anforderungen, wie an das offenbare Missverhältnis nach Art. 21 OR gestellt werden sollten.
- Aber wo genau angesetzt werden soll, ist schwierig zu sagen.

3. Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Weshalb ist Ihrer Meinung nach das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ kein eigenständiges, separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal?

- Wenn man alle Tatbestandsmerkmale von Art. 8 UWG auflistet, sind dies die Folgenden: Verstoss gegen Treu und Glauben, ungerechtfertigt, erheblich.... Es können ja nicht alles eigenständige Tatbestandsmerkmale sein.

- Man muss einen Tatbestand / ein Verhalten entweder unter „Verstoss gegen Treu und Glauben“ oder „ungerechtfertigt“ subsumieren können. Es ist unmöglich zu sagen, dass etwas ungerchtfertigt ist, aber Treu und Glauben nicht verletzt oder umgekehrt, es Treu und Glauben verletzt, aber gerechtfertigt ist.
- Man muss sich auf ein bestimmtes Merkmal konzentrieren. Dieses muss dann erheblich sein. Wo aber dies der Fall ist, kann ich auch nicht genau quantifizieren. Zudem muss es dann aber noch gegen Treu und Glauben verstossen.
- Wenn es Treu und Glauben verletzt ist es ja eigentlich ungerchtfertigt. Ich sehe nicht wie diese zwei Merkmale auseinandergehalten werden könnten.
- Ja, ich bin der Meinung, dass es nicht eigenständig ist. Ich weiss aber, dass es auch andere Stimmen gibt. Diese wollen jedes Tatbestandselement einzeln betrachten.
- Es ist aber auch immer wichtig zu berücksichtigen, wer solche Meinungen vertritt. Ein Anwaltsbüro zum Beispiel, welches den Tatbestand zu Gunsten seiner Klienten auslegt, hat vermutlich ein Interesse daran, den Begriff des Konsumenten nach ZPO 32 auszulegen und alle Tatbestandsmerkmale kumulativ zu erfüllen.
- In der Wirkung hat dies zur Folge, dass Art. 8 UWG unbrauchbar wird. Dies war nicht die Absicht des Gesetzgebers. Warum man Tatbestandselemente aufeinander häuft, welche sich gegenseitig widersprechen, weiss ich auch nicht.
- Darum bin ich folgender Meinung: Entweder ist eine Bestimmung ungerchtfertigt und verstösst somit gegen Treu und Glauben oder das Verhalten geht mit Treu und Glauben einher und ist gerechtfertigt.

4. In Treu und Glauben verletzender Weise

Die Auslegung des Tatbestandselements „in Treu und Glauben verletzender Weise“ ist von grosser Bedeutung, da dieses Element genau an die Stelle tritt, an welcher das Erfordernis der Irreführung vor der Revision stand. Genau wegen diesem Tatbestandmerkmal wurde Art. 8 aUWG zum toten Buchstaben. Wie ist dieses Tatbestandselement demnach im neuen Art. 8 UWG auszulegen?

- Eigentlich wird hier etwas, das nach UWG sowieso gilt, wiederholt. Denn das UWG sanktioniert ja nur treuwidriges Verhalten.
- Irreführend hiesse ja, dass man etwas nicht richtig verstanden hat, bzw. dass etwas absichtlich missverständlich formuliert wurde, weil man nicht verstehen sollte, was gemeint war. Dieses Element der Irreführung ist jetzt nicht mehr erforderlich. Wenn ich etwas Irreführendes in die AGB schreibe, ist dies ja immer unlauter, daran hat sich nichts geändert.
- Nun gibt es aber sicher auch Tatbestände, die nicht irreführend, aber trotzdem unlauter sind. Und das ist das neue an UWG 8. Ich weiss als Vertragspartner genau, was vereinbart wird und trotzdem kann ich mich anschliessend noch auf UWG 8 berufen. Das ist auch die Idee der Inhaltskontrolle.
- Ich lese Treu und Glauben nicht einfach als Platzhalter der Irreführung, sondern als etwas, das mehr Tatbestände zulässt als zuvor. Allerdings hat man schon Irreführung zu eng ausgelegt. Es gibt eine Bundesgerichtsentscheid in der Praxis, welcher sagt, dass „zur Irreführung geeignet“ bereits genügt. Es brauchte keine tatsächliche Irreführung. Da dieser Entscheid jedoch in französischer Sprache geschrieben wurde, wurde er nicht zur Kenntnis genommen. Es wäre fast besser gewesen den alten Art. 8 UWG zu behalten, weil dieser nicht auf Konsumenten beschränkt gewesen wäre. Es hätte gereicht einfach „geeignet zur Irreführung“ einzufügen und man wäre wesentlich weiter gekommen als mit der traditionellen Leseweise der Irreführung in UWG 8.
- Ich glaube Treu und Glauben geht weiter als irreführend.

5. Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

- a. Durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung aus Art. 8 UWG, ist die offene Inhaltskontrolle auch in der Schweiz angekommen. Führt dies Ihrer Meinung nach letztlich nicht zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit?
- Nicht ganz, d.h. es führt vor allem zur Einschränkung der Vertragsfreiheit des AGB-Verwenders.
 - Ist es aber auch eine Frage der Vertragsfreiheit, wenn ich mir einfach AGB entgegenhalten lassen muss, ohne einen Einfluss darauf zu haben?
 - Es stellt sich zudem die Frage, ob es Ausdruck der Vertragsfreiheit ist, dass ich unfaire AGB übernehmen muss.
 - Ich bin der Meinung, dass dies eine Einschränkung der Vertragsfreiheit auf der einen und ein Schutz der Vertragsfreiheit auf der anderen Seite darstellt.
- b. War es Ihrer Meinung nach sinnvoll und richtig, Art. 8 UWG unter der Begründung der Vertragsfreiheit auf Verbraucherverträge zu beschränken und Business to Business-Verträge von der Regelung auszunehmen?
- Nein, richtig finde ich es eigentlich nicht, dass man bei Unternehmerverträgen keine AGB-Kontrolle gestützt auf UWG 8 vornehmen kann. Ich fände es gut, wenn man auch in anderen Bereichen eine AGB-Kontrolle vornehmen könnte. Wenn z.B. ein Betrieb eine Versicherung abschliessen muss, warum soll es nicht auch dafür eine AGB-Kontrolle geben, welche darüber wacht, dass der Vertrag einigermaßen fair ist? Dies gibt es übrigens auch im Versicherungsvertragsrecht. Im Aufsichtsrecht gibt es eine AGB-Kontrolle, welche nicht auf Konsumenten beschränkt ist und weiter geht als UWG 8.
 - Von der Sache her finde ich die Einschränkung auf Konsumentenverträge nicht gut, aber diese ist trotzdem so hinzunehmen.
 - Für Business to Business-Verträge (b2b-Verträge) bleibt ja immer noch die Ungewöhnlichkeitsregel.

c. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?

- Ja, Ziel der Streichung der Absicht zur Irreführung ist, dass sich ein Gericht ohne Rücksicht auf eine Irreführung, mit dem AGB-Inhalt auseinandersetzen kann. Es darf überprüfen, ob eine Bestimmung noch fair oder so dermassen einseitig formuliert ist, dass sie nicht mehr als fair angesehen werden kann.
- Durch die Streichung der Absicht zur Irreführung können auch glasklare Bestimmungen aufgegriffen und hinsichtlich ihrer Fairness überprüft werden.

Zwischenfrage Interviewer: Könnte man sagen, dass die offene Inhaltskontrolle nun eine rein objektive Betrachtung darstellt und früher musste man zusätzlich auch noch ein subjektives Element (nämlich die irreführende *Absicht*) prüfen?

- Nein, früher war die Irreführung einfach eine Voraussetzung, aber das Verhalten musste ja schon immer gegen Treu und Glauben verstossen.
- Früher war die Irreführung ein Verstoss gegen Treu und Glauben und jetzt wurde dieses Erfordernis gestrichen. Die Irreführung kann aber nach wie vor ein Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen, sie wird einfach nicht mehr konkret vorausgesetzt.

d. Inwiefern denken Sie wird in der Praxis von der offenen Inhaltskontrolle Gebrauch gemacht werden?

- Es wird spannend sein dies zu beobachten.
- Für einen einzelnen Konsumenten lohnt es sich vermutlich nicht im Rahmen eines kleinen Vertrages über 125.- Franken, ein solch grosses Risiko einzugehen.
- Geht es aber z.B. beim Kauf einer Eigentumswohnung um 950'000.- Franken, wird es vielleicht langsam lohnenswert, sich darüber Gedanken zu machen, ob man Konsument und der Vertrag mindestens teilweise unfair ist.

- In der Praxis besteht wohl am ehesten die Chance, dass es Berufs- oder Konsumentenverbände geben wird, die vom Verbandsklagerecht Gebrauch machen werden.
- Bis jetzt wurde das Verbandsklagerecht bezüglich UWG 8 i.V.m. UWG 10 vom Konsumentenschutzverband noch nie in Angriff genommen. Sie haben aber in Aussicht gestellt, dass sie es in Angriff nehmen werden. Bis jetzt ist allerdings noch nichts in diese Richtung unternommen worden.

III. Einzelne Vertragsverhältnisse

1. Allgemein

Darf man die Beschränkung auf Konsumenten Ihrer Meinung nach für „bare Münze“ nehmen oder sollte für die Definition von Konsumentinnen und Konsumenten das zugrundeliegende Vertragsverhältnis ausschlaggebend sein?

- Verstehe ich Sie richtig, dass Sie den Konsumentenbegriff entweder darüber bilden möchten, wer die schwächere Vertragspartei ist, d.h. im konkreten Fall prüfen wer wirklich Schutz verdient oder aber eine Definition schematisch herleiten möchten, nach der Schutzbedürftigkeit, wie sie in den meisten Fällen besteht, ohne dann aber nach der tatsächlichen Schutzbedürftigkeit zu fragen.

Ja genau richtig!

- Meine Prognose wäre, dass man im Rahmen der Anwendung von UWG 8, nicht im Einzelfall prüfen wird, ob es sich um eine stärkere oder schwächere Vertragspartei handelt, weil es in der Anwendung der Bestimmung nicht darauf ankommt, wer die stärkere oder schwächere Vertragspartei sein könnte.
- Vermutlich wird man schematisierend verfahren, indem man sagt, dass es sich um einen Konsument handelt, da der Vertrag nicht zu einem beruflichen oder gewerblichen, sondern privaten Zweck abgeschlossen wurde. Ob jemand reich oder arm ist, spielt keine Rolle. Genauso wenig spielt es eine Rolle, ob der Vertrag mit einem grossen oder kleinen Unternehmen abgeschlossen wurde. Man ist einfach derjenige, der nicht beruflich handelt und darum ist man Konsument.
- Beim Beispiel von Unternehmer und Bauherr, wo sich der Unternehmer auf der schwächeren Seite gegenüber einem grossen Bauherr befindet, stellt sich auch die Frage, was der Unternehmer konsumiert. Geld?
- Um wenigstens mit einem einigermaßen guten Gewissen zu sagen, dass der Unternehmer Konsument ist, müsste man definieren können was er konsumiert. Was der Unternehmer bekommt ist eine Vergütung. Ist er dann der Konsument einer Vergütung?

- Was stark wäre, wenn man sagen würde, man nimmt einfach immer die schwächere Partei, aber dies stelle ich mir in der Anwendung sehr schwierig vor.
- Ich glaube grundsätzlich ist eine schematisierende Definition passender. Man müsste diese aber mindestens auf einen Konsum abstützen können.

2. Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren

Durch die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Konsumentenverträge versagt die revidierte Gesetzesbestimmung KMU's einen entsprechenden Schutz. Da aber gerade Unternehmer, welche professionellen Bauherren (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert) gegenüberstehen, oft als KMU's definiert sind und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln noch die Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, (da AGB professioneller Bauherren brancheneinheitlich sind), ist ihre Interessenlage doch mit derjenigen der Konsumenten zumindest vergleichbar und könnten sie im Sinne derer auch gleich geschützt werden oder?

- Ihre Aussage, dass, wenn man die UWG-Kontrolle auf Konsumentenverträge beschränkt, sie für KMU nicht zugänglich ist, ist richtig. Man muss sich höchstens überlegen, ob dies korrekt ist.
- Besondere Aufmerksamkeit sollte dem öffentlichen Vergabeverfahren gewidmet werden. Denn, wenn die öffentliche Hand ihre Bauleistungen vergibt, ist eine individuelle Verhandlung bzgl. der AGB ausgeschlossen, ansonsten wird die Offerte des Unternehmers grundsätzlich nicht berücksichtigt. Die eingereichte Offerte muss den vorgegebenen Bedingungen entsprechen.

3. Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren

Wurde Ihrer Meinung nach der Schutz privater Bauherren gegenüber Unternehmern durch die Revision verbessert, da sie jetzt als Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG qualifiziert werden können?

- Der private Bauherr war früher, als die Anwendung noch nicht auf Konsumenten eingeschränkt war, auch schon geschützt. So gesehen, ist der neue Art. 8 UWG ein Rückschritt gegenüber der alten Version.

- Ich würde aber sagen, dass ein Gericht zum Schluss kommen muss, dass ein privater Bauherr (i.S. eines „Einfamilienhäuschenbauers“), welcher einen Werkvertrag abschliesst, der nicht seinem beruflichen Zweck dient, als Konsument geschützt werden sollte.
- Dies auch in Anlehnung an die Richtlinien, welche zwar nicht umgesetzt, in den Beratungen jedoch zur Orientierung hinzugezogen wurden. Sowohl Art. 3 KKG im Sinne eines Bundesgesetzes, wie auch ZPO 32 kann für die Definierung eines Konsumentenbegriffs als Orientierungshilfe dienen.
- Meine Hoffnung ist, dass private Bauherren, obwohl UWG 8 jetzt von Konsumenten spricht, sich auch weiterhin auf die AGB-Kontrolle berufen können.
- Man wollte den b2b-Bereich beschränken bzw. von der Anwendung ausnehmen. Den restlichen Fällen soll man den Schutz auch weiterhin gewähren. Denn schon die Verwendung von ZPO 32 führt zu einer weiteren Einschränkung des Anwendungsbereichs von UWG 8.

4. Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan

- a. Momentan besteht eher (noch) ein Verkäufermarkt, d.h. es gibt die Möglichkeit die allgemeinen Bestimmungen in Verträgen einseitig zu definieren und die Käuferschaft zur Annahme dieser Bestimmungen indirekt zu zwingen. Ist ein Käufer nicht bereit sich diese Bedingungen entgegenhalten zu lassen, kann auch auf einen solchen verzichtet werden, da leicht ein neuer / anderer gefunden werden kann. Dies bedeutet, dass eine Marktmacht besteht und der Verwender seine Interessen einseitig durchsetzen kann. Ihrer Meinung nach sind diese allgemeinen Bestimmungen in den Kaufverträgen als AGB zu qualifizieren. Anderorts wird jedoch argumentiert, dass es sich trotz allem um einen individuell ausgehandelten Vertrag handelt. Wie ist diese Abgrenzung vorzunehmen?
 - *Anmerkung Interviewer: Beantwortung der Frage in Zusammenhang mit b.*
- b. Wie würde sich Ihrer Meinung nach die Sachlage präsentieren / ändern, wenn sich der Verkäufermarkt wieder zum Käufermarkt wandelt und

Teile der allgemeinen Bestimmungen zwar immer noch einseitig vorformuliert und mehrmals verwendet werden, jedoch eine grössere Verhandlungsmacht von den Käufern ausgehen würde und einzelne Bestimmungen individuell ausgehandelt werden müssten / könnten? Würden dann Käufer immer noch als Konsumenten i.S.v. Art. 8 UWG definiert werden und könnten sie sich auch weiterhin auf den Schutz von Art. 8 UWG berufen?

- Ich bin der Meinung, dass es für UWG 8 keine Rolle spielt, ob wir uns auf einem Käufer- oder Verkäufermarkt bewegen.
- Da UWG 8 wie gesagt, kein Machtgefälle voraussetzt, wären die unfairen Bedingungen eines Verkäufers angreifbar, unabhängig davon, ob es sich um einen Verkäufer- oder Käufermarkt handelt.
- Das Machtgefälle spielt meiner Meinung nach, für die Beurteilung der Sachlage, ob Konsument oder nicht, keine Rolle, da es kein Tatbestandselement darstellt.
- Bei der AGB-Kontrolle geht es vielmehr um eine Fairnesskontrolle für Verträge, bei welchen anstatt dem dispositiven Recht, das zum Tragen kommt, was in den AGB vorgeschrieben wurde. An und für sich gilt dies auch bei Unternehmern, nur wurde der Schutz auf Konsumenten beschränkt. Allein aus dieser Einschränkung jetzt abzuleiten, dass der Grundgedanke der AGB-Kontrolle der Schutz des Schwächeren ist, ist nicht korrekt.
- Da in der neuen Bestimmung der Konsument erwähnt ist, ist die Versuchung gross, anzunehmen, dass es sich dabei um die schwächere Partei handelt. Dies ist aber nicht richtig. Der Gesetzgeber hat entschieden, dass er einfach nur noch Konsumenten schützen will. Die anderen könnte man auch schützen.

Zwischenfrage Interviewer: Also soll man sich stärker auf den Begriff des Konsumenten fokussieren – nach welcher Definition auch immer – und für eine Definition, wer Konsument sein könnte, soll somit nicht das Marktungleichgewicht zur Orientierung herangezogen werden?

- Ja ich glaube, das ist so treffend zusammengefasst.

5. Subunternehmerverträge

- a. Ist es Ihrer Meinung nach gerechtfertigt, dass sich Subunternehmer nicht länger auf Art. 8 UWG berufen können, bzw. deren Schutz nicht wie gewünscht verbessert, sondern gar verschlechtert wurde?
- Genau, weder Haupt- noch Subunternehmer. Unternehmer per se können sich nur noch auf die Ungewöhnlichkeitsregel und nicht mehr auf UWG 8 berufen.
- b. Denken Sie, dass dieser Mangel im Verlauf der Zeit, durch entsprechende Rechtsprechung korrigiert werden kann / wird, da im bundesrätlichen Vorschlag von einer Einschränkung auf Konsumenten und Konsumentinnen nicht die Rede war und eine solche Einschränkung auch teilweise als unsachgemäss angesehen wird?
- Ich denke, dass sich in nächster Zeit weder an dieser Einschränkung etwas ändern wird, noch, dass sich die Rechtsprechung dahingehend entwickeln wird, dass auch Subunternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können.
 - Zumal auch die bürgerlichen Parteien, welche sich dafür einsetzen müssten, glaube ich, sich für die Einschränkung stark gemacht haben. Darum glaube ich nicht, dass sich in naher Zukunft daran etwas ändern wird. Aber man kann sich täuschen.
 - Ich muss Ihnen sagen, der Sache nach hätte ich keine Schwierigkeiten mit einer solchen Rechtsprechung. Da es aber zu einer Verwischung der Zuständigkeiten unseres Gewaltenteilungssystems käme, hätte ich Mühe damit. Ich glaube der Gesetzgeber hat einfach die Macht zu bestimmen, was er möchte. Die Rechtsprechung hat zwar ebenfalls in vielen Angelegenheiten eine mächtige Stellung, nicht jedoch in solchen Punkten, wo die Gesetzgebung doch einigermaßen klar ist. Es wäre doch ziemlich heftig, wenn sich jetzt die Rechtsprechung dafür entscheiden würde, trotz klarem Willen des Gesetzgebers, unter den Begriff des Konsumenten, auch „Nichtkonsumenten“ zu subsumieren. Dies würde mich aus staatspolitischen Überlegungen heraus stören!

IV. Auslandsvergleich

1. Inwiefern ist es wünschenswert, dass eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfindet, bzw. deren Rechtsprechung, gerade auch mit Blick auf die Konkretisierung des Missbrauchskriteriums, vergleichend hinzugezogen wird?

- Ich glaube es ist zwangsläufig so, dass man sich an der EU-Rechtsprechung - und nicht nur an derjenigen von Deutschland, sondern hoffentlich auch an derjenigen von Ländern wie z.B. Spanien oder Österreich – orientieren und schauen sollte, wie diese ihre Richtlinien umsetzen.
- Wir haben jetzt diese Bestimmung und müssen jetzt bzgl. der Missbräuchlichkeit einen Orientierungsmassstab finden. Dazu kann natürlich ein Blick ins Ausland hilfreich sein.
- Gerade auch bzgl. der Liste, welche Sie angesprochen haben. Es liegt natürlich auch durchaus im Interesse der AGB-Verwenders zu wissen, welche Bestimmungen man verwenden darf und welche nicht.
- Durch seine schwammige, undurchsichtige Formulierung und dem aufeinanderstapeln verschiedener Kriterien macht UWG 8 allen Mühe. Nicht nur die Konsumenten haben Probleme in der Anwendung, auch für jeden Anwalt, welcher für seinen Klienten AGB verfassen sollte, ist es schwierig abzuschätzen, was jetzt nach UWG 8 noch möglich ist und was nicht.

Anmerkung Interviewer: Das sieht man ja auch bereits heute. Obwohl der Artikel erst seit knapp einem Jahr in Kraft ist, gehen die Meinungen dazu bereits weit auseinander.

- Ja genau. Gerade auch bzgl. der Anwesenheit eines Notars besteht ein weit verbreitetes Missverständnis. Nämlich, dass die Anwesenheit eines Notars dazu führt, dass AGB ihren Charakter als solche verlieren.

Anhang 2: Interview mit RA lic. iur. Daniel Gebhardt**Master of Advanced Studies in Real Estate Jahrgang 2012/2013****Fragebogen zur Masterthesis von Stefanie Huber****Titel der Masterthesis:**

Die Auswirkungen der Revision von Artikel 8 UWG auf die Bauwirtschaft. Sind die Unternehmer die Verlierer?

Betreuer/-in:

Hatz, Michael, SBB AG, Sekretär Verwaltungsrat,

Rechtsanwalt, CAS Bau- und Immobilienrecht, Universität Freiburg,

Hochschulstrasse 6, 3000 Bern, michael.hatz@sbb.ch, 051 220 37 11

Interviewpartner:

Daniel Gebhardt, lic. iur., Advokat, Partner bei Neovius | Schlager & Partner

Hirschgässlein 30, 4051 Basel

Problemstellung / Ausgangslage / Zielformulierung

- Ziel ist es herauszufinden, was gemäss dem neuen Art. 8 UWG überhaupt unter den Begriff der AGB subsumiert werden kann.
- Es soll aufgezeigt werden, wer, wann und in welcher Beziehung als Unternehmer bzw. als Konsument definiert wird. Anhand unterschiedlicher Vertragsbeziehungen soll kurz aufgezeigt werden, wer bei differenzierter Betrachtung ebenfalls noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnte. Welche Rolle spielt zudem bei der Subsumierung der Begriff „insbesondere“?
- Wurde durch die Einführung des Begriffs „Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten“ der Schutz der Unternehmer untergraben bzw. vernichtet?
- Des Weiteren soll untersucht werden, ob das Ziel der Revision – den Art. 8 UWG durch Streichung des Erfordernisses der Irreführung griffiger zu gestalten – geglückt oder misslungen ist bzw. ob durch die Einführung des Passus „in Treu und Glauben verletzender Weise“ gerade einer griffigeren Ausgestaltung wieder entgegengewirkt wurde. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?
- Welchen Beitrag zur Konkretisierung dieser Themen muss die Rechtsprechung leisten?
- Inwiefern soll eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfinden, bzw. deren Rechtsprechung vergleichend hinzugezogen werden?

Fragen:

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen:

1. Wo bzw. in welchen Bereichen der Bauwirtschaft spielt die Thematik von (unangemessenen) AGB-Klauseln bzw. einseitig vorformulierten Vertragsklauseln Ihrer Meinung nach die grösste Rolle, wenn Sie eine Kategorisierung von 1 – 4 vornehmen müssten (wobei 1 die kleinste und 4 die grösste Rolle spielt) ?
 - Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren, (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert)
 - Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren (sind weder professionell aufgestellt, noch marktmächtig oder marktbestimmend und fungieren nicht als Verfasser von AGB, sondern müssen sich diese von ihren jeweiligen Unternehmern entgegenhalten lassen. Das Bauen gehört nicht zu ihren Kernkompetenzen, sondern ist nur als Nebentätigkeit ausgestaltet. Die erstellte Baute dient oft sogar dem eigenen Gebrauch, sei dies privat oder geschäftlich.
 - Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan
 - Subunternehmerverträge
 - AGB spielen in all diesen vier Fällen eine Rolle. Manchmal haben grosse Bauherren, wie Novartis, Migros, Banken oder sonstige Unternehmen, welche in der IPB zusammengeschlossen sind, eigene AGB. D.h. dort ist es der Bauherr, welcher die Bedingungen vorgibt und nicht der Anbieter. Dort würde sich der Bauunternehmer dann entweder auf die Ungewöhnlichkeitsregel oder auf UWG 8 berufen, was er aber ja nicht kann, weil er kein Konsument ist. Diese Einschränkung ist völlig unverständlich. Die Konsumentenschützer vertreten die Meinung, dass die Einschränkung auf Konsumenten positiv ist. Dabei ist doch klar, dass der Anwendungsbereich ohne diese Einschränkung ausgeweitet werden könnte.

2. Ab wann handelt es sich Ihrer Meinung nach nicht mehr um AGB sondern um einen individuell ausgehandelten Vertrag bzw. was könnte hier als Orientierungsmassstab dienen?

- Meiner Meinung nach müsste man auch die Verhandlungsmacht in die Betrachtung mit einbeziehen. Fraglich ist, ob man nicht auch beim Umstand ansetzen könnte, wer eigentlich als Verfasser der AGB fungiert hat. Welche Bedingungen werden z.B. von einem Verkäufer einer Stockwerkeigentumsparzelle einseitig diktiert?
- Man könnte sich aber auch fragen, wie z.B. der entsprechende Vertrag eines Amtsnotars – im Gegensatz zu demjenigen des privaten Notars – aussähe. Beim privaten Notar sind diese ja sowieso grundsätzlich individuell.
- Wenn in einer Vielzahl von Verträgen mit Stockwerkeigentümern, z.B. immer eine Klausel über die Abtretung von Mängelrechten identisch formuliert wurde, habe ich Mühe zu behaupten, dass dies keine AGB sind, nur weil sie sich in der Vertragsurkunde befinden.

II. Bestandteile von Art. 8 UWG

1. Unternehmer vs. Konsumenten

- a. Ist es Ihrer Meinung nach richtig für die Definition des Konsumenten an Art. 32 II ZPO anzuknüpfen? Dies würde bedeuten, dass Art. 8 UWG lediglich auf AGB-Klauseln über „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ zum Tragen käme. Wäre dies nicht zu eng gefasst?
 - Man könnte z.B. sagen, dass man den Konsumentenbegriff i.S.v. UWG, auf die sozial- oder marktschwächere Partei anwenden soll. Damit man weiss, ob man den Begriff des Konsumenten im UWG überhaupt anders deuten darf als in der ZPO, müsste man erst die Materialien und die Ratsprotokolle zu UWG 8 detailliert konsultieren.
 - Die ZPO verfolgt ein anderes Ziel als das UWG. Der Begriff des Konsumenten muss in der ZPO – im Gegensatz zum UWG – zwangsläufig enger formuliert werden, weil an die Bestimmung in der ZPO ein spezielles Verfahren anknüpft. Darum ist der Begriff im materiellen Recht weiter zu verstehen als im Prozessrecht.
 - Da der Unternehmer sich repetitiv mit seiner Beschäftigung auseinandersetzt, hätte ich Mühe einen Bauunternehmer unter den Begriff des Konsumenten zu subsumieren. Es müsste sich schon um einen ganz kleinen Unternehmer handeln.

- b. Wie könnte stattdessen eine Definition des Begriffs des „Konsumenten“ lauten?

Anmerkung: Wurde übersprungen, da teilweise bereits unter a. beantwortet.

- c. Art. 2 UWG spricht von Anbietern und Abnehmern. Ist es aufgrund dessen, entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes, Art. 8 UWG nur auf Konsumenten anzuwenden? Sollte Art. 8 UWG für Verhältnisse zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen gelten?

- Diese Frage kann ich Ihnen so nicht direkt beantworten.

- d. Ist nicht zu überlegen, ob durch die Formulierung „insbesondere“, der Schutz auch ohne weiteres auf „Nicht-Konsumenten“ ausgeweitet werden könnte?

- Das Wort „insbesondere“ kann unterschiedlich verstanden werden. Es bezieht sich aber auf den gesamten Vorgang, d.h. auf die Verwendung von AGB.
- Eine solche Interpretation würde ich nicht per se ausschliessen, aber ich gehe – wie auch Gauch / Stöckli – eher davon aus, dass der neue UWG 8 eine Bestimmung darstellt, welche der Bauwirtschaft keinen grossen Nutzen bringen wird.

Anmerkung Interviewer: Würden Sie sagen, dass die Revision etwas fehlgeschlagen ist?

- Ich sehe gewisse Schwierigkeiten bzgl. der Anwendbarkeit in der Bauwirtschaft, aber es gibt auch noch genügend andere Anwendungsgebiete.
- Es ist immer öfter Usus, dass AGB gerade auch aufgrund der unterschiedlichen Machtverhältnisse zur Anwendung gebracht werden. Es kann somit tatsächlich der Fall sein, dass der schwächere Vertragspartner beim Bezug von bauwerkvertraglichen oder planerischen Leistungen keine grosse Wahl hat, ob er die ihm entgegengehaltenen AGB akzeptieren möchte oder nicht.

- Dennoch fällt es mir, aufgrund des Begriffs „insbesondere“, wahn-sinnig schwer, UWG 8 derart auszuweiten, dass z.B. auch ein mittel-grosses Planungsbüro, welches für einen grossen Totalunternehmer arbeitet, darunter subsumiert werden könnte.
- e. Besteht Ihrer Meinung nach eine Möglichkeit, dass sich die Rechtspre-chung dahingehend entwickeln wird, dass Unternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können, bzw. dass der Begriff des Konsumenten „undefiniert“ wird zu „die einseitig belastete Vertragspar-tei bzw. der i.d.R. schwächere Marktteilnehmer, KMU’s sowie Konsu-mentinnen und Konsumenten“?
- Dies halte ich eher für unwahrscheinlich. Um diese Frage zu beant-worten, müsste man sich intensiv mit den Materialien und den Moti-ven für die Gesetzesänderung auseinandersetzen.
- f. Oder sollten sich die Gerichte bereits heute bei Ihrer Rechtsprechung auf eine solche oder ähnliche Definition von „Konsument“ abstützen?
- Anmerkung Interviewer: Diese Frage hat sich somit erübrigt.*

2. Erfordernis der Erheblichkeit

Das Erfordernis der *Erheblichkeit* bringt zum Ausdruck, dass ein nur gering-füliges Missverhältnis nicht genügt, um die AGB als unlauter zu definieren. Wie sollte das Erfordernis der Erheblichkeit Ihrer Meinung nach definiert werden, bzw. an welchem Massstab soll sich das Gericht orientieren?

- Ich versuche diese Frage anhand eines Beispiels zu beantworten: Neh-men wir einmal an, ein Käufer eines Stockwerkeigentums oder eines Ein-familienhauses, wird mit einer Kombination aus Freizeichnungsklauseln und Abtretung von Mängelrechten konfrontiert. Dies rüttelt, meiner Mei-nung nach, am Grundgedanken des Vertrages. Ich verkaufe einerseits ein Grundstück, auf dessen Beschaffenheit ich zwar nicht viel Einfluss habe und andererseits aber eine Bauleistung. Will ich nun für diese von mir erbrachte Bauleistung nicht mehr eintreten, schaffe ich ein erhebliches Missverhältnis.

- Um es allgemein zu formulieren: Ich sehe ein erhebliches Missverhältnis als gegeben an, wenn man für seine vertraglich versprochene Leistung nicht mehr eintreten will.

3. Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Ist Ihrer Meinung nach das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ ein eigenständiges, separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal von Art. 8 UWG?

- Nein, ich sehe es nicht als ein separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal an.

4. In Treu und Glauben verletzender Weise

Die Auslegung des Tatbestandselements „in Treu und Glauben verletzender Weise“ ist von grosser Bedeutung, da dieses Element genau an die Stelle tritt, an welcher das Erfordernis der Irreführung vor der Revision stand. Genau wegen diesem Tatbestandsmerkmal wurde Art. 8 aUWG zum toten Buchstaben. Wie ist dieses Tatbestandselement demnach im neuen Art. 8 UWG auszulegen?

- Das schweizerische Privatrecht regelt ja den Begriff von Treu und Glauben bereits in ZGB 2. Nun könnte man sich fragen, ob man mit der Verwendung des Begriffs „in Treu und Glauben verletzender Weise“, rechtsmissbräuchlich meint. Dann würde aber vermutlich UWG 8 obsolet, da ja ZGB 2 bereits das Gleiche statuiert. So betrachtet müsste man vielleicht sagen, dass für UWG 8 eine eigene Deutung für den Begriff „in Treu und Glauben verletzender Weise“ gefunden werden muss. Was mir aber gewisse Mühe bereitet.
- Es ist mir unverständlich, warum, obwohl sehr viel bereits gesetzlich geregelt ist, man jetzt das Gefühl hat, dass gewisse Aspekte neu legiferiert werden müssen.
- Ich frage mich einfach, warum der Begriff von Treu und Glauben in UWG 8 anders definiert werden soll als in ZGB 2.

Anmerkung Interviewer: Könnte man, wenn man das Tatbestandsmerkmal „in Treu und Glauben verletzender Weise“ von UWG 8 in Bezug auf Konsumenten auslegen muss, nicht die Rechtsprechung zu ZGB 2 vergleichend heranziehen,?

- Ja, aber dann muss man sich fragen, ob UWG 8 überhaupt noch benötigt wird.
- Vermutlich kommt man dann immer mehr zum Schluss, dass es sich bei UWG 8 einfach um einen „geschwätzigen“ Artikel handelt.
- Es ist fraglich, warum das Tatbestandsmerkmal von „in Treu und Glauben verletzender Weise“ überhaupt nötig ist. Wenn ich ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis schaffe, dann verhalte ich mich doch ohnehin schon rechtsmissbräuchlich nicht?

5. Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

- a. Durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung aus Art. 8 UWG, ist die offene Inhaltskontrolle auch in der Schweiz angekommen. Führt dies Ihrer Meinung nach letztlich nicht zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit?
 - Sollten wir zum Schluss kommen, dass mittels UWG 8, über die bisherigen gesetzlichen Schranken hinaus, in einen Vertrag eingegriffen werden kann, handelt es sich nach meinem Verständnis klar um eine Einschränkung der *inhaltlichen* Vertragsfreiheit, welche einen Bestandteil der Vertragsfreiheit bildet.
- b. War es Ihrer Meinung nach sinnvoll und richtig, Art. 8 UWG unter der Begründung der Vertragsfreiheit auf Verbraucherverträge zu beschränken und Business to Business-Verträge von der Regelung auszunehmen?
 - Nein, dies ist auf keinen Fall sinnvoll!
- c. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?
 - Das kann ich Ihnen nicht beantworten. Das weiss ich nicht.
- d. Inwiefern denken Sie wird in der Praxis von der offenen Inhaltskontrolle Gebrauch gemacht werden?
 - Ja, ich bin ziemlich überzeugt davon, dass es Versuche geben wird, davon Gebrauch zu machen.

Anmerkung Interviewer: Denken Sie, dass die Bestimmung praktikabler und somit mehr genutzt wird als früher?

- Ja, ich denke letztendlich wollte man die Bestimmung in der jetzt vorliegenden Fassung und man wird deshalb vermutlich auch versuchen davon Gebrauch zu machen.

III. Einzelne Vertragsverhältnisse

1. Allgemein

Darf man die Beschränkung auf Konsumenten Ihrer Meinung nach für „bare Münze“ nehmen oder sollte für die Definition von Konsumentinnen und Konsumenten das zugrundeliegende Vertragsverhältnis ausschlaggebend sein?

- Ich kann mir nicht vorstellen, dass man den Begriff des Konsumenten je nach Vertragsverhältnis anders auslegen wird. Es wäre komisch sich nun bei jedem Vertragsverhältnis zu überlegen, wer Konsument ist und wer nicht.
- Es stellt sich immer wieder die Frage, wie weit sich der Begriff des Konsumenten ausdehnen lässt. Der Konsument ist wohl diejenige Person, welche, egal in welchem Vertragsverhältnis, im entsprechenden Fachgebiet nicht versiert ist, folglich im Alltag mit dem spezifischen Vertragsverhältnis nichts zu tun hat.
- Könnte man vielleicht sagen, dass es sich beim Konsumenten stets um einen Endverbraucher bzw. um den letzten in der Verbraucherkette handelt? So könnte ich dann unabhängig vom jeweiligen Vertragsverhältnis sagen, dass es sich beim entsprechenden Vertragspartner um einen Konsumenten handelt. Derjenige z.B., welcher beim Bauunternehmer zehn Einfamilienhäuser bestellt und diese anschliessend weiterverkauft, ist sicher kein Endverbraucher und fällt somit auch nicht unter die Schutzbestimmung von UWG 8. Derjenige aber, welcher für den persönlichen Gebrauch ein Einfamilienhaus kauft/baut, würde darunter fallen.
- Unabhängig vom Vertragsverhältnis, wäre dann einfach immer der letzte in der Verbraucherkette der Konsument. Kaufe ich aber als Anwaltsbüro zehn PC's, geht die Rechnung nicht auf. Man könnte es vielleicht mit der Mehrwertsteuergesetzgebung vergleichen. Dass z.B. analog derjenige als Konsument definiert wird, welcher mit dem was er kauft, keinen Umsatz mehr erzielen bzw. keinen Vorsteuerabzug mehr machen kann. Ich habe mich mit dieser Frage noch nie im Detail auseinandergesetzt, aber im Moment sehe ich nichts, was einer solchen Definition entgegenprechen könnte.

2. Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren

Durch die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Konsumentenverträge versagt die revidierte Gesetzesbestimmung KMU's einen entsprechenden Schutz. Da aber gerade Unternehmer, welche professionellen Bauherren (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert) gegenüberstehen, oft als KMU's definiert sind und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln noch die Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, (da AGB professioneller Bauherren brancheneinheitlich sind), ist ihre Interessenlage doch mit derjenigen der Konsumenten zumindest vergleichbar und könnten sie im Sinne derer auch gleich geschützt werden oder?

- Dies wird meiner Meinung nach mit Art. 8 UWG nicht möglich sein. Dazu bedürfte es vermutlich einer weiteren Revision.

3. Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren

Wurde Ihrer Meinung nach der Schutz privater Bauherren gegenüber Unternehmern durch die Revision verbessert, da sie jetzt als Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG qualifiziert werden können?

- Das würde ich auch so sehen, ja. Dies auch in Anlehnung an das bisher Gesagte bzgl. des Endverbrauchers. Nur der private Bauherr könnte noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden. Der kleine Unternehmer hingegen, welcher eine Werkhalle für sich bauen lässt, würde dann schon nicht mehr darunter fallen.
- Wenn ich als Anwalt den AGB-Verfasser vertreten müsste, würde ich natürlich vollständig in die Richtung argumentieren, dass nur der Endverbraucher, also der letzte in der Verbraucherkette, zu schützen sei. Nämlich derjenige, welcher mit dem was er einkauft, keine gewerblichen Zwecke mehr verfolgt.
- Anders hingegen würde ich argumentieren, wenn ich den privaten Bauherren vertreten müsste. Nämlich, dass es nicht sein kann, dass der Begriff des Konsumenten, so einschränkend interpretiert wird, dass der kleine Gewerbetreibende, der sich in einem sozialen Marktgefüge bewegt und genau so viel Schutz verdient, nicht unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnte. Ich würde sagen, dass mit solch einer Argumentation Art. 8 UWG seinem Sinn beraubt würde.

4. Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan

- a. Momentan besteht eher (noch) ein Verkäufermarkt, d.h. es gibt die Möglichkeit die allgemeinen Bestimmungen in Verträgen einseitig zu definieren und die Käuferschaft zur Annahme dieser Bestimmungen indirekt zu zwingen. Ist ein Käufer nicht bereit sich diese Bedingungen entgegenhalten zu lassen, kann auch auf einen solchen verzichtet werden, da leicht ein neuer / anderer gefunden werden kann. Dies bedeutet, dass eine Marktmacht besteht und der Verwender seine Interessen einseitig durchsetzen kann. Sind Ihrer Meinung nach diese allgemeinen Bestimmungen in den Kaufverträgen als AGB zu qualifizieren oder handelt es sich bei jedem Kaufvertrag per se um einen individuell ausgehandelten Vertrag?

Anmerkung Interviewer: Beantwortung der Frage im Zusammenhang mit b.

- b. Falls Sie unter a. die allgemeinen Bestimmungen als AGB qualifiziert haben, würde sich Ihrer Meinung nach die Sachlage ändern, wenn sich der Verkäufermarkt wieder zum Käufermarkt wandelt und Teile der allgemeinen Bestimmungen zwar immer noch einseitig vorformuliert und mehrmals verwendet werden, jedoch eine grössere Verhandlungsmacht von den Käufern ausgehen würde und einzelne Bestimmungen individuell ausgehandelt werden müssten / könnten? Würden dann Käufer immer noch als Konsumenten i.S.v. Art. 8 UWG definiert werden und könnten sie sich auch weiterhin auf den Schutz von Art. 8 UWG berufen?

- Eigentlich unabhängig davon, ob ein Käufer- oder Verkäufermarkt besteht, sobald ich die Möglichkeit habe, Änderungen am Vertrag bzw. den Musterbedingungen, welche mir vorlegt werden, vorzunehmen, habe ich eine individuelle Bestimmung vor mir, welche nicht als AGB qualifiziert kann. Dies gilt unabhängig davon, ob sich diese Bestimmung auf einem Beiblatt oder in der Vertragsurkunde selbst befindet. Und ich glaube auch unabhängig davon, welches von beiden die stärkere Vertragspartei ist.

- c. **Spezialproblematik, Abtretung der Mängelrechte:** Häufig wird in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan vom Verkäufer seine eigene Haftung weitmöglichst ausgeschlossen, um den Käufern allfällige Mängelrechte gegen seine Subunternehmer abzutreten, an die sich alsdann die Käufer bei Problemen zu wenden haben. Ist es Ihrer Meinung nach möglich, solche nachteiligen Abreden gestützt auf Art. 8 UWG anzugreifen?
- Sofern man ihn als Konsument definiert, ja. Da einem Käufer aber eine viel stärkere Möglichkeit zur Verfügung steht, würde ich mich nicht als Erstes auf UWG 8 berufen. Für einen Käufer von Stockwerkeigentum, welcher nicht als erster den entsprechenden Kaufvertrag mit dem Verkäufer abschliesst, ist die fragliche Abtretungsklausel ungültig. Da nämlich der Verkäufer die Mängelrechte mit seinen Unternehmern als Gesamtpaket vereinbart hat, diese nicht teilbar sind und mit der Unterzeichnung des ersten Kaufvertrages bereits gesamthaft abgetreten hat, kann er diese nicht noch einmal abtreten.
 - Umgekehrt gesagt heisst dies, dass eine Freizeichnungsklausel, welche sich auf die Abtretung der Mängelrechte bezieht, in dem Umfang, in welchem die Abtretung eigentlich gar nicht möglich ist, nichtig ist.
 - Im Weiteren gehen die meisten dieser Verträge einfach davon aus, dass alle Mängelrechte abtretbar sind. Dies ist jedoch gar nicht der Fall, da grundsätzlich nur das Nachbesserungsrecht und das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens abtretbar sind. Die Rechte auf Wandlung und Minderung ändern nämlich den Vertragsinhalt. Wenn ich von einem Unternehmer Minderung verlange, ersetze ich ja eine Leistung, welche der Unternehmer hätte erbringen sollen, durch einen Minderpreis und im Gegenzug muss er die Leistung entweder nicht mehr erbringen oder nicht nachbessern. Mit der Wandlung fällt sogar der gesamte Vertrag dahin. Diese beiden Rechte, Wandlung und Minderung, sind mit dem Vertrag verknüpft und können deshalb nicht einzeln, in Form eines Mängelrechts, abgetreten werden. Das ist sicher die Meinung der Mehrheit.

5. Subunternehmerverträge

- a. Ist es Ihrer Meinung nach gerechtfertigt, dass sich Subunternehmer nicht länger auf Art. 8 UWG berufen können, bzw. deren Schutz nicht wie gewünscht verbessert, sondern gar verschlechtert wurde?
- Ich bin der Meinung, dass man UWG 8 nicht so weit auslegen kann, dass auch die Subunternehmer darunter subsumiert werden können, was ich aber falsch finde.
- b. Denken Sie, dass dieser Mangel im Verlauf der Zeit, durch entsprechende Rechtsprechung korrigiert werden kann / wird, da im bundesrätlichen Vorschlag von einer Einschränkung auf Konsumenten und Konsumentinnen nicht die Rede war und eine solche Einschränkung auch teilweise als unsachgemäß angesehen wird?
- Das glaube ich nicht. Der Bundesrat hat zwar seine Meinung dazu kundgetan, was das Parlament aber daraus erlässt, steht auf einem anderen Blatt. Das Parlament wollte offenbar diese Einschränkung.
 - Ein Gericht kann nicht so weit gehen und sagen, dass der Wortlaut des Gesetzes vom Parlament nicht so gewollt war und es sich dabei um ein Versehen handelt. Sondern das Bundesgericht müsste sagen, dass der vorliegende Wortlaut an sich nicht wünschenswert ist, dies aber nur de lege ferenda geändert bzw. angepasst werden kann.

IV. Auslandsvergleich

1. Inwiefern ist es wünschenswert, dass eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfindet, bzw. deren Rechtsprechung, gerade auch mit Blick auf die Konkretisierung des Missbrauchskriteriums, vergleichend hinzugezogen wird?
- Ja aber nur, wenn auch das Parlament der Ansicht war, dass die Regelung analog derjenigen in der EU gestaltet werden sollte. Das weiss ich aber nicht.
 - Ergibt sich beispielsweise aus den Materialien, dass eine an sich kompatible EU-Regelung gewollt war und der Begriff des Konsumenten aus Versehen in die Bestimmung eingeflossen ist und sich aus den EU-Richtlinien oder dem EU-Recht generell eine andere Auffassung des Be-

griffs des Konsumenten ergibt, besteht vielleicht eine Chance, dass UWG 8, von den Gerichten auch anders interpretiert werden könnte.

- Es ist ja vermutlich schon so, dass man durch die explizite Erwähnung des Konsumenten im Gesetz, dessen Rechte verstärken wollte. Erreicht hingegen hat man, im schlimmsten Fall, eine Einschränkung auf Konsumentinnen und Konsumenten.
- Vielleicht haben aber auch diejenigen, welche die strenge Beschränkung wollten, nicht so genau offengelegt, was sie damit bezwecken wollten und die anderen waren sich deshalb über die Auswirkungen nicht im Klaren.
- Vielleicht sollte für die Definition des Konsumenten nicht auf eine verfahrensrechtliche Ordnung, wie ZPO 32, abgestellt, sondern ein materiell-rechtliches Gesetz, wie z.B. KKG 3, als Orientierungshilfe genommen werden. Denn auch UWG 8 ist ja keine verfahrensrechtliche, sondern eine materiell-rechtliche Bestimmung.

Anhang 3: Interview mit lic. iur. Patrick Hauser**Master of Advanced Studies in Real Estate Jahrgang 2012/2013****Fragebogen zur Masterthesis von Stefanie Huber****Titel der Masterthesis:**

Die Auswirkungen der Revision von Artikel 8 UWG auf die Bauwirtschaft. Sind die Unternehmer die Verlierer?

Betreuer/-in:

Hatz, Michael, SBB AG, Sekretär Verwaltungsrat,

Rechtsanwalt, CAS Bau- und Immobilienrecht, Universität Freiburg,

Hochschulstrasse 6, 3000 Bern, michael.hatz@sbb.ch, 051 220 37 11

Interviewpartner:

lic. iur. Patrick Hauser, Leiter Rechtsdienst, Schweizerischer Baumeisterverband

Weinbergstrasse 49, Postfach, 8042 Zürich

Problemstellung / Ausgangslage / Zielformulierung

- Ziel ist es herauszufinden, was gemäss dem neuen Art. 8 UWG überhaupt unter den Begriff der AGB subsumiert werden kann.
- Es soll aufgezeigt werden, wer, wann und in welcher Beziehung als Unternehmer bzw. als Konsument definiert wird. Anhand unterschiedlicher Vertragsbeziehungen soll kurz aufgezeigt werden, wer bei differenzierter Betrachtung ebenfalls noch unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnte. Welche Rolle spielt zudem bei der Subsumierung der Begriff „insbesondere“?
- Wurde durch die Einführung des Begriffs „Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten“ der Schutz der Unternehmer untergraben bzw. vernichtet?
- Des Weiteren soll untersucht werden, ob das Ziel der Revision – den Art. 8 UWG durch Streichung des Erfordernisses der Irreführung griffiger zu gestalten – geglückt oder misslungen ist bzw. ob durch die Einführung des Passus „in Treu und Glauben verletzender Weise“ gerade einer griffigeren Ausgestaltung wieder entgegengewirkt wurde. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?
- Welchen Beitrag zur Konkretisierung dieser Themen muss die Rechtsprechung leisten?
- Inwiefern soll eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfinden, bzw. deren Rechtsprechung vergleichend hinzugezogen werden?

Fragen:

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen:

1. Wo bzw. in welchen Bereichen der Bauwirtschaft spielt die Thematik von (unangemessenen) AGB-Klauseln bzw. einseitig vorformulierten Vertragsklauseln Ihrer Meinung nach die grösste Rolle, wenn Sie eine Kategorisierung von 1 – 4 vornehmen müssten (wobei 1 die kleinste und 4 die grösste Rolle spielt)?

- Die Unterscheidung in Werkverträge und Subunternehmerverträge finde ich nicht so optimal, weil eigentlich jeder Subunternehmervertrag nichts anderes ist, als ein Werkvertrag. Wir haben zwar einen separaten Subunternehmervertrag, aber auch dieser ist ein Werkvertrag.
- Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren, (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert)
 - Klar spielen AGB eine Rolle. Sowohl die Bauherrschaft als auch die Bauunternehmerseite verfasst ihre AGB und diese werden dann in der Regel unter den Parteien ausgetauscht. Natürlich widersprechen sich diese beiden.
 - Die AGB werden selbstverständlich nicht im Detail gelesen, sondern global übernommen. Im Streitfall hält jede Seite der anderen ihre AGB vor.

Anmerkung Interviewer: Aber würden Sie auch sagen, dass diese Verträge nicht unter den Schutz von UWG 8 fallen?

- Nein, wahrscheinlich leider nicht mehr.
- Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren (sind weder professionell aufgestellt, noch marktmächtig oder marktbestimmend und fungieren nicht als Verfasser von AGB, sondern müssen sich diese von ihren jeweiligen Unternehmern entgegenhalten lassen. Das Bauen gehört nicht zu ihren Kernkompetenzen, sondern ist nur als Nebentätigkeit ausgestaltet. Die erstellte Baute dient oft sogar dem eigenen Gebrauch, sei dies privat oder geschäftlich.
 - Dies hängt natürlich davon ab, wie ein Gericht schlussendlich den Begriff des privaten Bauherrn auslegen wird.

- Problematisch ist aber auch, dass ein privater Bauherr UWG 8 vermutlich gar nicht kennt. Darum wird es wahrscheinlich, im Zusammenhang mit privaten Bauherren, noch länger keine Gerichtsurteile geben. Bis dahin bleibt unklar, wie ein privater Bauherr von einem Gericht qualifiziert werden wird.
 - Es ist gut vorstellbar, dass er unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden könnte.
 - Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan
 - Ich frage mich, warum es strittig sein soll, dass es sich hierbei um AGB handelt.
 - Ich kenne mich diesbezüglich etwas zu wenig aus, es könnte aber natürlich sein, dass die AGB, wenn sie öffentlich beurkundet werden, einen anderen Status erhalten, ihren AGB-Charakter verlieren und auf Vertragsstufe gehoben werden. Dann ist UWG 8 natürlich nicht länger anwendbar.
 - Solange aber über diese Thematik keine Gerichtsentscheid vorliegt, bleibt die Qualifizierung solcher Bestimmungen in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan, unklar.
 - Subunternehmerverträge
 - Diesbezüglich scheint mir die Sachlage ziemlich klar zu sein. Keiner von beiden, wird jemals als Konsument qualifiziert werden.
 - Es kann höchstens versucht werden im Rahmen der Unklarheiten- oder Ungewöhnlichkeitsregel gegeneinander vorzugehen. Bevor aber der gerichtliche Weg eingeschlagen wird, findet man vermutlich vorher einen Kompromiss in gemeinsamen Verhandlungen.
2. Ab wann handelt es sich Ihrer Meinung nach nicht mehr um AGB sondern um einen individuell ausgehandelten Vertrag bzw. was könnte hier als Orientierungsmassstab dienen?
- Das ist eine sehr theoretische Frage. Ich werde versuchen diese anhand der Praxis zu beantworten.
 - Oft werden, gerade in der Baubranche, AGB nicht als solche erkannt, obwohl es sich dabei zweifelsohne um welche handelt. Dies gilt v.a. für

die SIA Norm 118, welche kein Gesetz darstellt und somit auch nicht automatisch bei jedem Werkvertrag gilt, sondern nur, wenn sie explizit vereinbart wurde!

- Die SIA Norm 118 ist die vielleicht meist gebrauchte, ausgewogenste und fairste AGB überhaupt, aber eben letztendlich nur AGB und kein Gesetz!
- Es könnte aber, nach deren Renovation, auch in dieser Norm Bestimmungen geben, welche nicht mehr zu 100% fair sind und ebenfalls einmal Gegenstand eines Gerichtsurteils sein könnten. Dies entstand dadurch, dass man versucht hat, die Interessen jeder Partei, welche einmal mit diesen AGB in Kontakt kommen könnte, bei der Renovation zu berücksichtigen. Es war eine Art politisches Seilziehen.
- Der SBV z.B. wollte die Norm v.a. auch aufgrund der bestehenden Rechtssicherheit, der zahlreichen Literatur und Gerichtsentscheide, möglichst in ihrer ursprünglichen Variante belassen. Denn auch nur kleine Anpassungen führen zu einer Unsicherheit in deren Anwendung. Man wollte aber die Renovation durchsetzen. Folglich hat man nur an einigen wenigen Punkten etwas verändert und alle Beteiligten haben dies für gut befunden. Jetzt gibt es aber auch Lehrmeinungen, welche behaupten, dass die Revision unbefriedigend ausgefallen ist. Um nur ein Beispiel zu nennen: Das Teuerungsverfahren, welches aus der SIA Norm 118 gestrichen und in einer separaten SIA Norm geregelt wurde. Somit ist nun unklar, was passiert, wenn im Vertrag vergessen wurde, das Teuerungsverfahren zu regeln.
- Es wäre sicher auch spannend, die SIA Norm 118, als wohl eine der bekanntesten AGB, näher zu betrachten.
- Da diese in einem Vertrag z.T. auch abgeändert wird, stellt sich schon auch die Frage, ob nicht auch diese einmal missbräuchlich sein könnte. Sowohl die Bauherren- wie auch die Bauunternehmerseite versucht, diese möglichst zu ihren Gunsten zu verfassen bzw. entsprechend anzupassen.
- Für mich gibt es mehrere Kriterien, auf welche man abstellen könnte, wenn man beurteilen muss, ob es sich um einen individuell ausgehandelten Vertrag oder um AGB handelt. Häufig werden AGB nur auf einem Beiblatt zum Vertrag abgegeben. Nicht selten widersprechen diese den im Vertrag individuell ausgehandelten Bestimmungen. Im Idealfall, wenn

die SIA Norm 118 für anwendbar erklärt wurde, gibt Art. 21 Auskunft über die Rangfolge der Vertragsbestandteile. Somit geht natürlich die Vertragsurkunde vor. Oft wird dies aber erst im Streitfall bemerkt. Weil, seitens des AGB-Verfassers, oft automatisch davon ausgegangen wird, dass diese zum Tragen kommen, dabei wurde im Vertrag selbst etwas anderes vereinbart.

- Oft werden angepasste SIA-Bestimmungen, direkt in die Vertragsurkunde mit einbezogen. Somit ist für mich klar, dass diejenigen Punkte, welche Eingang in den Vertrag gefunden haben, sich auf Stufe Vertrag befinden. Sie wurden direkt ausgehandelt und sind keine AGB mehr. Für die restlichen Punkte, welche nicht im Detail ausgehandelt wurden, wird auf die AGB bzw. auf die SIA Norm 118 verwiesen, sofern sie als Vertragsbestandteil vereinbart wurde.
- AGB, welche nur in Form eines Beiblatts abgegeben werden, werden oft entweder gar nicht unterzeichnet oder nur mit einem Kürzel versehen. Teilweise wird sogar nur in der Vertragsurkunde auf diese verwiesen. Dies könnte ein Orientierungsmaßstab sein.
- Häufig sind AGB mehrere Seiten lang. Da sie sehr umfangreich sind und den Unternehmern, welche eine Offerte rechnen müssen, gar keine Zeit bleibt, diese im Detail zu studieren, werden sie oft gar nicht gelesen.
- In der Praxis sind einem ein bisschen die Hände gebunden. Sofern ein Unternehmer in den AGB Widersprüche entdeckt und darauf aufmerksam macht, um diese zu verhandeln, wird ihm vermutlich der Auftrag nicht erteilt. Es findet sich nämlich immer ein anderer Unternehmer, welcher den vorgelegten Vertrag ohne Anpassungen unterschreibt und nichts an den AGB auszusetzen hat bzw. nichts daran abändern möchte.

II. Bestandteile von Art. 8 UWG

1. Unternehmer vs. Konsumenten

- a. Ist es Ihrer Meinung nach richtig für die Definition des Konsumenten an Art. 32 II ZPO anzuknüpfen? Dies würde bedeuten, dass Art. 8 UWG lediglich auf AGB-Klauseln über „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ zum Tragen käme. Wäre dies nicht zu eng gefasst?

- Stützt man sich für die Definition des Konsumenten auf ZPO 32, könnte der private Bauherr eines EFH natürlich nicht mehr darunter subsumiert werden.
- Diese Definition wäre meiner Meinung nach etwas zu restriktiv gefasst.
- Ich hoffe, sollte es ein Urteil zu UWG 8 geben, sich ein Richter findet, welcher entweder ZPO 32 weiter auslegt oder gar nicht erst bezieht.

Zwischenfrage Interviewer: Und wie könnte man denn Ihrer Meinung nach den Begriff des Konsumenten definieren?

- Wenn Sie mich fragen, müsste man natürlich das, was das Parlament – vielleicht auch etwas im Unwissen – versehentlich eingeführt hat, korrigieren. Denn vermutlich war diese Einschränkung, so wie sie jetzt dasteht, nicht gewollt.
- Ich wünschte, man könnte diesen Fauxpas über die Rechtsprechung korrigieren, dies wird aber vermutlich nicht möglich sein. Die Konsumentenschützer wussten nämlich sehr wohl, wen sie mit der Bestimmung schützen wollten und wen nicht. UWG 8 sollte nur den Konsumenten, als schwache Partei zur Verfügung stehen und den Unternehmern sollte dieser Schutz nicht zuteil werden. Der Unternehmer ist für die Konsumentenschützer per se ein Feindbild.

b. Wie könnte stattdessen eine Definition des Begriffs des „Konsumenten“ lauten?

- *Anmerkung Interviewer: Diese Frage wurde bereits oben teilweise beantwortet, weshalb sie an dieser Stelle übersprungen wurde.*

c. Art. 2 UWG spricht von Anbietern und Abnehmern. Ist es aufgrund dessen, entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes, Art. 8 UWG nur auf Konsumenten anzuwenden? Sollte Art. 8 UWG für Verhältnisse zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen gelten?

- Das wäre jetzt für einen mutigen Richter eine Möglichkeit, den parlamentarischen Unfall zu korrigieren. Er könnte über UWG 2 argumentieren, dass es der Grundgedanke des Gesetzes war, Anbieter

und Abnehmer zu schützen und nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten.

- Warum nicht, aber nach meiner Erfahrung, haben die Richter diesen Mut nicht. Ich glaube deshalb, dass dies nicht funktionieren wird.

d. Ist nicht zu überlegen, ob durch die Formulierung „insbesondere“, der Schutz auch ohne weiteres auf „Nicht-Konsumenten“ ausgeweitet werden könnte?

- Dies scheint mir, aufgrund dessen, dass *insbesondere* auf eine nicht abschliessende oder beispielhafte Erläuterung schliessen lässt, der bessere Ansatz zu sein.
- Darum könnte man tatsächlich, wenn man als Richter den Mut hat und diesen parlamentarischen Unfall beheben möchte, sagen, dass alles was nach dem Wort *insbesondere* kommt, eine beispielhafte Aufzählung darstellt und einfach dem Leser des Gesetzes dienen soll, damit er weiss, was unter insbesondere verstanden werden könnte. Mit der Argumentation, dass dies aber nicht ausschliesse, dass UWG 8 auch noch andere Fälle schütze, wie eben z.B. b2b-Verträge.
- Aber ich bleibe dabei, für solch einen Vorstoss bräuchte es einen wirklich sehr mutigen Richter.

e. Besteht Ihrer Meinung nach eine Möglichkeit, dass sich die Rechtsprechung dahingehend entwickeln wird, dass Unternehmer unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können, bzw. dass der Begriff des Konsumenten „undefiniert“ wird zu „die einseitig belastete Vertragspartei bzw. der i.d.R. schwächere Marktteilnehmer, KMU's sowie Konsumentinnen und Konsumenten“?

- Nein, das glaube ich nicht. Höchstens wie gerade unter lit. c. und d. erläutert, wenn man versucht eine mutige Definition des Begriffs des Konsumenten zu finden.
- Aber, dass aufgrund einer „Umdefinierung“, auch Unternehmer pauschal unter den Begriff des Konsumenten subsumiert werden können, glaube ich nicht.

- f. Oder sollten sich die Gerichte bereits heute bei Ihrer Rechtsprechung auf eine solche oder ähnliche Definition von „Konsument“ abstützen?
- Ja klar, es wäre schön, wenn die Definition des Konsumenten durch die Rechtsprechung möglichst weit gefasst werden würde, dies als eine rein politische Antwort auf Ihre Frage. Da aber ein Gericht nicht einmal eine Verfassungsüberprüfung machen darf, wird dies vermutlich nicht passieren.

2. Erfordernis der Erheblichkeit

Das Erfordernis der *Erheblichkeit* bringt zum Ausdruck, dass ein nur geringfügiges Missverhältnis nicht genügt, um die AGB als unlauter zu definieren. Wie sollte das Erfordernis der Erheblichkeit Ihrer Meinung nach definiert werden, bzw. an welchem Massstab soll sich das Gericht orientieren?

- Die alte Bestimmung war schlicht und einfach besser. Man hatte mit der klaren Unterteilung in lit. a. und b. zwei Fälle, an welchen sich ein Richter orientieren konnte.
- Da das Kriterium der Erheblichkeit, ja bereits Bestandteil des alten Art. 8 UWG war, würde ich mich für die Definition von „erheblich“ – ohne jetzt die Rechtsprechung zu lit. a und b im Detail zu kennen – am Massstab der alten Rechtsprechung orientieren, solange es noch keine neue gibt.
- Da früher zwischen „erheblich abweichen von der gesetzlichen Ordnung“ (lit. a) und „erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten“ (lit. b) unterschieden wurde, passt meiner Meinung nach der alte lit. b besser ins Konzept des neuen Art. 8 UWG, da dort von einem „erheblichen Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten“, die Rede ist.
- Der Massstab der Erheblichkeit hängt vielleicht schon auch ein bisschen damit zusammen, wie ungebildet die eine und wie mächtig die andere Seite ist.

3. Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Ist Ihrer Meinung nach das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ ein eigenständiges, separat zu prüfendes Tatbestandsmerkmal von Art. 8 UWG?

- Diese Frage ist extrem akademisch. In der Praxis wird diese vermutlich in ganz wenigen Fällen, wenn überhaupt, eine Rolle spielen. Denn egal, ob das „ungerechtfertigte Missverhältnis“ getrennt oder in Kombination angeschaut werden soll, wenn ein Verhalten gegen Treu und Glauben verstösst, ist es vermutlich auch automatisch ungerechtfertigt.
- Ich glaube kaum, dass selbst wenn ein Richter es als separat zu prüfendes Merkmal ansieht, er ein erhebliches Missverhältnis, welches gegen Treu und Glauben verstösst, als gerechtfertigt beurteilen würde. Das wäre unlogisch.
- Ursprünglich war vielleicht einmal geplant, zwei voneinander unabhängige Bedingungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen, zu schaffen, ansonsten hätte man den Artikel anders formuliert. Nichtsdestotrotz ist dies ein sehr akademischer Gedanke und vermutlich in der Praxis irrelevant. Es wird kaum Fälle geben, in denen ein Verhalten zwar gegen Treu und Glauben verstösst, aber gerechtfertigt ist, dies wäre auch im Widerspruch zu ZGB 2. Denn verstösst man gegen ZGB 2, hat man doch auch automatisch das Gefühl, dass das nicht gerechtfertigt sein kann.
- Einzig, wenn das Tatbestandsmerkmal von Treu und Glauben nicht als Frage der Legalität, sondern als subjektives Gefühl der Legitimität angesehen wird. Das Merkmal „ungerechtfertigt“ würde dann die Frage der Legalität beantworten.

4. In Treu und Glauben verletzender Weise

Die Auslegung des Tatbestandselements „in Treu und Glauben verletzender Weise“ ist von grosser Bedeutung, da dieses Element genau an die Stelle tritt, an welcher das Erfordernis der Irreführung vor der Revision stand. Genau wegen diesem Tatbestandsmerkmal wurde Art. 8 aUWG zum toten Buchstaben. Wie ist dieses Tatbestandselement demnach im neuen Art. 8 UWG auszulegen?

- Grundsätzlich ist ja davon auszugehen, dass der Artikel bewusst um das Merkmal der „Irreführung“ gekürzt wurde. Somit wurde ein verstärkendes Wort gestrichen. Deshalb müsste eine Verletzung nun schneller als

zuvor bejaht werden können, ansonsten würde die Streichung ja wenig Sinn machen. Folglich müsste es jetzt einfacher sein, Art. 8 UWG anzurufen.

- Die Revision ist bereits schlecht ausgefallen. Nun darf man nicht auch noch den Fehler machen, einen Sachverhalt gleich streng wie früher zu beurteilen.

5. Streichung der Irreführung / offene Inhaltskontrolle

- a. Durch die Streichung des Erfordernisses der Irreführung aus Art. 8 UWG, ist die offene Inhaltskontrolle auch in der Schweiz angekommen. Führt dies Ihrer Meinung nach letztlich nicht zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit?
 - Nein, ich finde, dass mit der inhaltlichen Überprüfbarkeit von AGB eine faire Lösung gefunden wurde, zumal AGB gern gesehene Instrumente sind, um die andere Vertragspartei über den Tisch zu ziehen.
 - Aber so oder so wird es auch in Zukunft, im Rahmen von UWG 8, nicht viele Gerichtsurteile geben, da der Durchschnittskonsument diese Möglichkeit gar nicht kennt.
 - Im besten Fall kommt ein Anwalt auf die Idee UWG 8 anzurufen. Aber einen ganzen Prozess nur auf UWG 8 abzustützen bzw. nur die AGB und nicht den Vertrag an sich anzuschauen, wird vermutlich sehr heikel sein.

- b. War es Ihrer Meinung nach sinnvoll und richtig, Art. 8 UWG unter der Begründung der Vertragsfreiheit auf Verbraucherverträge zu beschränken und Business to Business-Verträge von der Regelung auszunehmen?
 - Nein sicher nicht. Der demokratische Entscheid muss aber respektiert werden. Ich glaube man wollte einfach nur noch den Konsumenten schützen. Es wäre schön, die Gerichte bzw. die Rechtsprechung würde dies anders sehen, aber ich glaube nicht!

- c. Wurde durch diese Streichung tatsächlich eine Grundlage für die offene Inhaltskontrolle geschaffen?
 - Ja.

d. Inwiefern denken Sie wird in der Praxis von der offenen Inhaltskontrolle Gebrauch gemacht werden?

- Ich glaube, dass es mehr Anwendungsfälle geben würde, wenn klar wär, dass auch Unternehmer bzw. b2b-Beziehungen sich auf UWG 8 berufen können. Diese kämen auch noch eher auf die Idee, sich mittels UWG 8 zur Wehr zu setzen.
- Geht man im Moment aber mal davon aus, dass nur Konsumenten sich darauf berufen können, glaube ich nicht, dass von dieser offenen Inhaltskontrolle häufig Gebrauch gemacht werden wird. Da der durchschnittliche Konsument ja meist nicht etwas unglaublich Teures kauft, glaube ich, wird UWG 8 vermutlich noch lange toter Buchstabe bleiben.

III. Einzelne Vertragsverhältnisse

1. Allgemein

Darf man die Beschränkung auf Konsumenten Ihrer Meinung nach für „bare Münze“ nehmen oder sollte für die Definition von Konsumentinnen und Konsumenten das zugrundeliegende Vertragsverhältnis ausschlaggebend sein?

- Das Vertragsverhältnis müsste in die Definitionsfindung eigentlich mit einbezogen werden. Denn, zieht man ZPO 32 zur Definitionsfindung heran, welcher von „Leistungen des üblichen Verbrauchs spricht“, kommt vermutlich kaum jemand auf die Idee, dass UWG 8 auch bzgl. eines Werkvertrages zur Anwendung kommen könnte. Schliesslich spricht man ja nicht explizit vom Bauherr eines Einfamilienhauses, sondern von „Leistungen des üblichen Verbrauchs für die familiären Bedürfnisse...“ Darum fände ich es sinnvoll, den privaten Bauherren, welcher mit einem Bauunternehmer einen Werkvertrag abschliesst, als Konsument zu definieren. Somit könnte er sich auf Art. 8 UWG berufen.
- Darum müsste meiner Meinung nach für die Definitionsfindung auch das Vertragsverhältnis ausschlaggebend sein. In einem Werkvertrag müsste der Begriff des Konsumenten weiter ausgelegt werden als nach Art. 32 II ZPO. Wenn ich z.B. einen Rasenmäher kaufe, kann ich gut mit ZPO 32 argumentieren, nicht aber als privater Bauherr eines EFH.

2. Werk- und Planerverträge mit professionellen Bauherren

Durch die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Konsumentenverträge versagt die revidierte Gesetzesbestimmung KMU's einen entsprechenden Schutz. Da aber gerade Unternehmer, welche professionellen Bauherren (definiert als marktmächtig, marktbestimmend und professionell organisiert) gegenüberstehen, oft als KMU's definiert sind und weder in der Lage sind die AGB zu verhandeln noch die Möglichkeit haben sich einen anderen Vertragspartner zu suchen, (da AGB professioneller Bauherren brancheneinheitlich sind), ist ihre Interessenlage doch mit derjenigen der Konsumenten zumindest vergleichbar und könnten Sie im Sinne derer auch gleich geschützt werden oder?

- Der Begriff des Konsumenten müsste dazu sehr extensiv und nicht nur nach Art. 32 ZPO ausgelegt werden. Eine wörtliche Interpretation, d.h. nach dem allgemeinen Grundverständnis des Begriffs des Konsumenten der Bevölkerung, käme ebenfalls nicht in Frage. Ein Richter müsste weiter gehen und

sagen, dass man i.S. des Grundgedanken des Gesetzes immer die schwächere Partei schützen wollte. Somit könnte dies in einem b2b-Vertrag auch der Bauunternehmer sein, der gegen die professionell auftretende Bauherrschaft geschützt werden soll. Ich würde einen solchen, mutigen Entscheid sofort befürworten.

3. Werk- und Planerverträge mit privaten Bauherren

Wurde Ihrer Meinung nach der Schutz privater Bauherren gegenüber Unternehmern durch die Revision verbessert, da sie jetzt als Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG qualifiziert werden können?

- Der Schutz des privaten Bauherrn wurde meines Erachtens nicht verbessert, da er Art. 8 UWG bereits früher anrufen konnte.
- Er kann ihn vielleicht jetzt immer noch anrufen. D.h. er wurde nicht beschränkt.
- Legt jedoch ein Richter, die Definition des Begriffs des Konsumenten streng nach Art. 32 II ZPO aus, welcher vom „üblichen Verbrauch“ spricht, kommt er vermutlich sogar zum Schluss, dass auch der private Bauherr, welcher ein Einfamilienhaus baut, nicht mehr geschützt wird.
- Früher war es für mich klar, dass private Bauherren Art. 8 UWG anrufen konnten. Vermutlich können sie dies immer noch, aber das wird sich zeigen.

4. Kaufverträge für Stockwerkeigentum ab Plan

- a. Momentan besteht eher (noch) ein Verkäufermarkt, d.h. es gibt die Möglichkeit die allgemeinen Bestimmungen in Verträgen einseitig zu definieren und die Käuferschaft zur Annahme dieser Bestimmungen indirekt zu zwingen. Ist ein Käufer nicht bereit sich diese Bedingungen entgegenhalten zu lassen, kann auch auf einen solchen verzichtet werden, da leicht ein neuer / anderer gefunden werden kann. Dies bedeutet, dass eine Marktmacht besteht und der Verwender seine Interessen einseitig durchsetzen kann. Sind Ihrer Meinung nach diese allgemeinen Bestimmungen in den Kaufverträgen als AGB zu qualifizieren oder handelt es sich bei jedem Kaufvertrag per se um einen individuell ausgehandelten Vertrag?

Anmerkung Interviewer: Frage wird im Zusammenhang mit b. beantwortet.

- b. Falls Sie unter a. die allgemeinen Bestimmungen als AGB qualifiziert haben, würde sich Ihrer Meinung nach die Sachlage ändern, wenn sich der Verkäufermarkt wieder zum Käufermarkt wandelt und Teile der allgemeinen Bestimmungen zwar immer noch einseitig vorformuliert und mehrmals verwendet werden, jedoch eine grössere Verhandlungsmacht von den Käufern ausgehen würde und einzelne Bestimmungen individuell ausgehandelt werden müssten / könnten? Würden dann Käufer immer noch als Konsumenten i.S.v. Art. 8 UWG definiert werden und könnten sie sich auch weiterhin auf den Schutz von Art. 8 UWG berufen?
- Die Macht von Art. 8 UWG darf nicht überschätzt werden.
 - Den privaten Käufer von Stockwerkeigentum, welcher nach dem ganzen Stress mit dem Wohnungsbau, nach Bezug der Wohnung noch das Geld, die Zeit, den Mut und die Geduld hat, mit Art. 8 UWG gegen den entsprechenden GU vorzugehen, müssen Sie mir erst zeigen. Deshalb wird sich vermutlich bzgl. dieses Missverhältnisses nichts ändern. Ist ein Käufer nicht bereit, die seitens GU gestellten AGB zu akzeptieren, kann er vielleicht vorsichtig nachfragen, ob nicht ein paar Punkte angepasst oder anders formuliert werden könnten. Im besten Fall geht die Gegenseite auf die Änderungs- und Anpassungsvorschläge ein. Findet man keinen Konsens, wird der GU vermutlich auf den Vertragsabschluss mit dem Käufer verzichten, egal wie teuer die Wohnung ist, denn man wird auch einen anderen Käufer finden.
 - Vielleicht gibt es einmal den seltenen Fall, dass im Vorfeld mit dem Kauf eines Stockwerkeigentums so viel schief gelaufen ist, dass ein Käufer irgendwann genug hat und über UWG 8 versuchen wird, gegen den entsprechenden GU vorzugehen. Dies wird aber klar die Ausnahme sein.
 - Hinzu kommt, dass mit der Einführung der neuen ZPO, bevor geklagt werden kann, einerseits zwingend Prozesskostenvorschuss geleistet werden muss und andererseits oft auch Anwaltskosten bereits vorgängig bezahlt werden müssen. Auf's Geratewohl müssen dann 10'000.- bis 15'000.- Franken ausgegeben werden. Stützt man dann

den gesamten Prozess nur auf Art. 8 UWG, würde ich davon abraten, diesen überhaupt zu führen!

- c. *Spezialproblematik, Abtretung der Mängelrechte*: Häufig wird in Kaufverträgen für Stockwerkeigentum ab Plan vom Verkäufer seine eigene Haftung weit möglichst ausgeschlossen, um den Käufern allfällige Mängelrechte gegen seine Subunternehmer abzutreten, an die sich alsdann die Käufer bei Problemen zu wenden haben. Ist es Ihrer Meinung nach möglich, solche nachteiligen Abreden gestützt auf Art. 8 UWG anzugreifen?
- Grundsätzlich würde ich mal sagen, dass es sich bei diesen Bestimmungen um AGB handelt, ausser wenn sie wirklich direkt Eingang in die Vertragsurkunde gefunden und individuell ausgehandelt wurden.
 - Die Abtretung der Mängelrechte ist zudem per se weder zulässig noch möglich und trotzdem wird es immer wieder gemacht und akzeptiert.
 - Sie werden selten einen Kaufvertrag, mit teils werkvertraglichen und teils innominatvertraglichen Elementen finden, in welchem keine Mängelrechte abgetreten werden. Im Resultat unterschreiben die Käufer den Vertrag und am Tag x, an welchem ein Mangel auftritt, kontaktieren sie ihren GU. Dieser gibt ihnen den Namen und die Adresse des jeweiligen Unternehmers an. Anschliessend wird der Käufer den Unternehmer kontaktieren, dieser wird dem Käufer sagen, dass er nicht sein Vertragspartner ist und das Chaos ist perfekt!
 - Kurz gesagt: Die Abtretung von Mängelrechten ist höchst umstritten, deshalb gibt es gegen dieses Vorgehen auch bereits lobbyistische Bemühungen. Der HEV hat den Bundesrat, die Parlamentarier, die Bauherrschaften, die Notariate und auch die grossen GU's und Verkäufer angeschrieben und auf die Aufsätze von Gauch / Stöckli verwiesen, wonach man in Zukunft doch bitte darauf verzichten solle diese Mängelrechte abzutreten. Es gibt also momentan so starke lobbyistische Bemühungen gegen dieses Vorgehen, wie noch nie. Es wird sich zeigen, ob diese fruchten werden, ich glaube aber nicht.
 - Geht man davon aus, dass wir einen Richter finden, der den privaten Bauwerkvertrag so auslegt, dass der private Bauherr darunter sub-

sumiert werden kann, d.h. den Begriff des Konsumenten nicht eng nach Art. 32 II ZPO auslegt, könnte die Anrufung von Art. 8 UWG eine Lösung sein, aber es wird vermutlich schwierig.

- Der durchschnittliche Wohnungskäufer ist kein Jurist. Er hat mit seinem mühsam zusammengesparten Geld eine Wohnung gekauft. Nun kommen die ersten Mängel und er wird versuchen, indem er auf den GU zugeht, diesen beheben zu lassen. Der GU verweist den Käufer dann an den entsprechenden Unternehmer. Ich glaube es bestünden die grösseren Chancen auf Erfolg, wenn direkt gegen den entsprechenden Unternehmer gerichtlich vorgegangen und von diesem das Nachbesserungsrecht verlangt werden würde, als wenn gestützt auf UWG 8, wegen missbräuchlichen AGB, gegen den GU vorgegangen wird.
- Schlussendlich bleibt die Frage, was im Resultat bestenfalls erreicht werden kann. Kommt ein Richter zum Schluss, dass die Bestimmung bzgl. Abtretung der Mängelrechte unlauter und somit nichtig ist, ist der Mangel noch immer nicht behoben. Den Unternehmer kann ich jetzt nicht mehr belangen, da ich diesen ja bereits verärgert habe. Nun muss ich mit meinem Urteil, welches besagt, dass die Bestimmung der Abtretung der Mängelrechte nichtig ist, zum GU gehen. Diesem muss ich mein Urteil entgegenhalten und von ihm die Nachbesserung verlangen. Leistet er dieser Aufforderung keine Folge, muss ich erneut vor Gericht. Jetzt muss ich auf Leistung, oder noch schlimmer, auf Feststellung klagen. Hierzu muss ich einen Schaden beziffern können. Ich muss ein Gutachten einholen, welches mir erstens bestätigt, dass es sich überhaupt um einen Mangel handelt und zweitens die Höhe des Schadens beziffert. Ich muss folglich enorm viel Zeit und Geld investieren.
- Ich glaube deshalb, dass sich an der Sachlage vorerst nichts ändern wird. Wenn allerdings die Notariate bei den Beurkundungen plötzlich beginnen auf diese Missstände aufmerksam zu machen und dann der eine oder andere Kaufvertrag in letzter Minute nicht mehr abgeschlossen werden kann, führt dies vielleicht schon früher oder später zu einem Umdenken der GU's und auf die Abtretung der Mängelrechte wird verzichtet werden.

Anmerkung Interviewer: Aber vielleicht auch erst dann, wenn sich der Markt gedreht hat und man auf gewisse Käufer angewiesen ist und nicht so leicht einen Ersatz findet oder?

- Ja genau! Im Moment laufen aber alle Bestrebungen dagegen. Mit Annahme der RPG Abstimmung und der Zweitwohnungsinitiative wird Wohnraum immer teurer und knapper. Es wird in den nächsten 10 Jahren wohl kaum wieder eine Phase geben, in welcher aktiv nach Käufern gesucht werden und man sich somit überlegen muss, wie man die Kaufverträge kundenfreundlicher gestalten könnte.

5. Subunternehmerverträge

- a. Ist es Ihrer Meinung nach gerechtfertigt, dass sich Subunternehmer nicht länger auf Art. 8 UWG berufen können, bzw. deren Schutz nicht wie gewünscht verbessert, sondern gar verschlechtert wurde?
 - Nein ist es sicher nicht, es ist ein Unfall! Aber ja, jetzt ist es so.
- b. Denken Sie, dass dieser Mangel im Verlauf der Zeit, durch entsprechende Rechtsprechung korrigiert werden kann / wird, da im bundesrätlichen Vorschlag von einer Einschränkung auf Konsumenten und Konsumentinnen nicht die Rede war und eine solche Einschränkung auch teilweise als unsachgemäß angesehen wird?
 - Ja hoffentlich. Aber ehrlich gesagt, glaube ich nicht, dass dies passieren wird.

IV. Auslandsvergleich

1. Inwiefern ist es wünschenswert, dass eine weitere Angleichung an die EU (z.B. Deutschland) stattfindet, bzw. deren Rechtsprechung, gerade auch mit Blick auf die Konkretisierung des Missbrauchskriteriums, vergleichend hinzugezogen wird?
 - Im finde es im Grundsatz per se gefährlich, in unsere Rechtsauslegung EU-Recht mit einzubeziehen, egal, ob dies ausnahmsweise gut sein kann oder

nicht. Ich bin eher gegen ausländisch rechtsvergleichende Überlegungen in unseren Urteilen.

- Schlussendlich sind wir in der Schweiz und haben zum Glück noch nicht jede EU-Richtlinie übernommen.
- Ich glaube, dass man das Gesamtbild anschauen muss. Mein allgemeiner Wunsch ist, möglichst wenig EU-Recht in die Auslegung unserer Schweizer Gesetze einfließen zu lassen. Es mag sein, dass, in diesem konkreten Fall, die Auslegung des Gesetzes, unter Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung, eher meinen Wünschen entsprechen würde, hat man aber einmal damit angefangen, ist der erste Schritt in diese Richtung gemacht.

Anhang 4: Anhang Richtlinie 93/13/EWG

KLAUSELN GEMÄSS ARTIKEL 3 ABSATZ 3

1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass

- a) die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet;

- b) die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei, einschliesslich der Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen, ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt;

- c) der Verbraucher eine verbindliche Verpflichtung eingeht, während der Gewerbetreibende die Erbringung der Leistungen an eine Bedingung knüpft, deren Eintritt nur von ihm abhängt;

- d) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, vom Verbraucher gezahlte Beträge einzubehalten, wenn dieser darauf verzichtet, den Vertrag abzuschliessen oder zu erfüllen, ohne dass für den Verbraucher ein Anspruch auf eine Entschädigung in entsprechender Höhe seitens des Gewerbetreibenden vorgesehen wird, wenn dieser selbst es unterlässt;

- e) dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismässig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird;

- f) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, nach freiem Ermessen den Vertrag zu kündigen, wenn das gleiche Recht nicht auch dem Verbraucher eingeräumt wird, und es dem Gewerbetreibenden für den Fall, dass er selbst den Vertrag kündigt, gestattet wird, die Beträge einzubehalten, die für von ihm noch nicht erbrachte Leistungen gezahlt wurden;

- g) es dem Gewerbetreibenden – ausser bei Vorliegen schwerwiegender Gründe – gestattet ist, einen unbefristeten Vertrag ohne angemessene Frist zu kündigen;

- h) ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäußert hat und als Termin für diese Äusserung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde;
- i) die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte;
- j) der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann;
- k) der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann;
- l) der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne dass der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluss vereinbart wurde, zu hoch ist;
- m) dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschliessliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen;
- n) die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Einhaltung der von seinen Vertretern eingegangenen Verpflichtungen eingeschränkt wird oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig gemacht wird;
- o) der Verbraucher allen seinen Verpflichtungen nachkommen muss, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt;
- p) die Möglichkeit vorgesehen wird, dass der Vertrag ohne Zustimmung des Verbrauchers vom Gewerbetreibenden abgetreten wird, wenn dies möglicherweise eine Verringerung der Sicherheiten für den Verbraucher bewirkt;
- q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschliesslich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallenden Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge.

2. Tragweite der Buchstaben g), j) und l)

a) Buchstabe g) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, einen unbefristeten Vertrag einseitig und – bei Vorliegen eines triftigen Grundes – fristlos zu kündigen, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien alsbald davon zu unterrichten.

b) Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen.

Buchstabe j) steht ferner Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Gewerbetreibende das Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen.

c) Die Buchstaben g), j) und l) finden keine Anwendung auf

- Geschäfte mit Wertpapieren, Finanzpapieren und anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen, bei denen der Preis von den Veränderungen einer Notierung oder eines Börsenindex oder von Kursschwankungen auf dem Kapitalmarkt abhängt, auf die der Gewerbetreibende keinen Einfluss hat;

- Verträge zum Kauf oder Verkauf von Fremdwährungen, Reiseschecks oder internationalen Postanweisungen in Fremdwährung.

d) Buchstabe l) steht Preisindexierungsklauseln nicht entgegen, wenn diese rechtmässig sind und der Modus der Preisänderung darin ausdrücklich beschrieben wird.

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Die Auswirkungen der Revision von Artikel 8 UWG auf die Bauwirtschaft. Sind die Unternehmer die Verlierer?“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe.

Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Dietlikon, den 11.08.2013

Stefanie Huber