Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?

YEŞIM M. ATAMER*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 35
II. Marktversagen als Grund für eine AGB-Kontrolle 37
A. Ökonomische Begründung der Nutzung von AGB 37
B. Marktversagen wegen fehlenden Konditionenwettbewerbs 41
C. Methoden der AGB-Kontrolle 43
III. Lauterkeitsrecht als Schutz gegen ungültige AGB 46
A. Entwicklungen in der EU 46
B. Entwicklungen in Deutschland 49
C. Folgerungen für das schweizerische und türkische Recht 53
1. Konkurrentenklagen sind zum Schutz der Wettbewerbsordnung von Bedeutung 53
2. Voraussetzungen einer Konkurrentenklage 54
IV. Ergebnis 56

I. Einleitung

Die rechtspolitische Entscheidung, im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb («UWG»)[1] die Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen («AGB») zu regeln, wurde schon von vielen Seiten und insbesondere vom Jubilar eingehend kritisiert.[2] Die in der Lehre vertretene Ansicht[3], dass eine

---

* Prof. Dr. YEŞIM M. ATAMER, LL.M., Istanbul Bilgi Universität.

1 Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241, Stand 1. Juli 2016.

2 Vgl. THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943 ff.; DERS., Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19, 21 ff.; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 N 22 ff., in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER); THOMAS PROBST, Rz. 290 ff., in: Ernst Kramer/Thomas Probst/ Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-BEARBEITER).

3 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 47-49, 58; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, Rz. 46.02; HANS-ULI VOGT, Art. 33, in: Claire Huguenin/Reto M. Hilty (Hrsg.), OR 2020, Zürich

Regelung bezüglich der offenen Inhaltskontrolle direkt im OR vorzuziehen wäre, da es sich um eine vertragsrechtliche Problematik handelt, wird von der Autorin dieser Zeilen geteilt. Ziel dieses Beitrags ist es aber nicht, diese Kritik zu wiederholen. Es soll stattdessen der Frage nachgegangen werden, ob eine Regelung im UWG bezüglich AGB rechtssystematisch gänzlich verfehlt ist,[4] oder ob die Nutzung von ungültigen AGB wirklich auch den Wettbewerb zwischen den Konkurrenten negativ beeinflusst und deswegen die lauterkeitsrechtlich ausgerichteten Rechtsbehelfe eigentlich eine Rolle spielen könnten.

Die Frage ist auch aus türkischer Perspektive wichtig, da die Türkei in Bezug auf die Formulierung des türkischen Lauterkeitsrechts, wie in vielen anderen Bereichen, der Schweiz gefolgt ist.[5] Mehrere Bestimmungen des UWG und unter anderem der sehr kritisierte Art. 8 in seiner alten Fassung wurden 2012 wörtlich in das türkische Handelsgesetzbuch («tHGB»)[6] aufgenommen und sind somit geltendes Recht. Gemäss Art. 55 Abs. 1 (f) tHGB handelt jemand unlauter, der vorformulierte AGB in irreführender Weise zum Nachteil der anderen Vertragspartei verwendet. Anders als der schweizerische Gesetzgeber hat aber der türkische zusätzlich die Richtlinie 1993/93/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen («KlauselRL»)[7] im Jahre 2003 im Konsumentenschutzgesetz[8] umgesetzt. Hinzu kommt, dass im Jahre 2012 eine wesentliche Revision des türkischen OR («tOR») in Kraft trat, mit der in Art. 20-25 die Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle von AGB eingeführt wurde.[9] Momentan wird deswegen der verbliebene Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen im tHGB rege diskutiert.

Das Thema soll folgendermassen angegangen werden: Zuerst wird kurz in Erinnerung gerufen, warum ein Schutz vor AGB nötig ist und welche Rolle AGB auf dem Markt spielen. Hier werden insbesondere die Argumente der ökonomischen Analyse des Rechts übernommen. Danach wird in einem rechtsvergleichenden Teil die Entwicklung im deutschen Recht dargelegt, wo eine AGB-Inhaltskontrolle im BGB zwar vorgesehen ist, jedoch anders als in der Schweiz und in der Türkei keine spezielle Regelung im Gesetz gegen den

---

2013; vgl. zu den verschiedenen Gesetzgebungsvorstössen ALEXANDER BRUNNER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 22 ff. in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014.

4 So z.B. BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 25.

5 ÜNAL TEKINALP, Grundzüge der türkischen Handelsrechtsreform 2011, ZBJV 2013, S. 81, 87.

6 Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete (Amtsblatt) 14.02.2011, sayı 27846.

7 ABl. L 95 /29 vom 21. April 1993, zuletzt geändert am 22. November 2011.

8 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete 28.11.2013, sayı 28835.

9 Dazu M. MURAT INCEOĞLU/YEŞIM M. ATAMER, Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 – ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen, ZBJV 2013, S. 67, 71-72.

unlauteren Wettbewerb («dUWG»)[10] bezüglich AGB gegeben ist. Einige Gerichtsentscheide neueren Datums zeigen aber, dass Konkurrentenklagen im Bereich der AGB-Kontrolle in Deutschland Verbreitung finden. In diesem Abschnitt soll auch kurz auf die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern («UGP-RL»)[11] eingegangen werden, da auch der EuGH dazu tendiert, die Nutzung von AGB als unlautere Geschäftspraktik zu qualifizieren. Im letzten Abschnitt werden die rechtsvergleichenden Ergebnisse für das schweizerische sowie das türkische Recht ausgewertet.

I. Marktversagen als Grund für eine AGB-Kontrolle

A. Ökonomische Begründung der Nutzung von AGB

Überall auf der Welt nutzen Unternehmer AGB mit der gleichen Motivation: Die juristisch gesehen problemlose Begründung ist die Rationalisierung von Massenverträgen.[12] Es liegt auf der Hand, dass Banken, Versicherungsgesellschaften, Dienstleistungsanbieter, Transporteure und ähnliche Unternehmen ihre Verträge mit ihren Kunden nicht bei jeder Transaktion von neuem aushandeln können. Gleichförmige AGB ersparen dem Unternehmer sowie den Kunden Zeit und Kosten einer mühsamen Verhandlung, sie senken überflüssige Transaktionskosten[13], erleichtern die Berechnung von vertragsverbundenen Risiken und vereinfachen die Organisation, da alle Verträge zentral verwaltet werden können. Oft sind die dispositiven Gesetzesregeln auch nicht ausreichend, um anspruchsvollen Geschäftsbeziehungen gerecht zu werden, so dass es AGB bedarf, um diese Lücken zu füllen. Diese berechtigten Gründe der AGB-Nutzung können nicht beanstandet werden.

---

10 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert am 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233).

11 ABl. L 149/22 vom 11. Juni 2005.

12 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 7; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 2; PASCAL PICHONNAZ, Art. 8 LCD N 14, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Loi contre la concurrence déloyale (LCD), Basel 2017 (zit. Martenet/Pichonnaz-BEARBEITER); JÜRGEN BASEDOW, Vor § 305 N 2, in: Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., München 2016 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER). Vgl. zur Geschichte der AGB-Nutzung PHILLIP HELLWEGE, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010, S. 21 ff.

13 Vgl. zu diesem Begriff ALEXANDER MORELL, Demand, Supply, and Markets, in Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), Economic Methods for Lawyers, Cheltenham 2014, S. 32, 56 f.

Problematisch wird es erst, wenn AGB dafür eingesetzt werden, alle mit dem Vertrag verbundenen Risiken auf den Kunden abzuwälzen.[14] Sie tun dies, indem sie systematisch vom dispositiven Recht zu Lasten der Kunden abweichen und damit den Interessen des Unternehmers auf unangemessene Weise Rechnung tragen. Folgende AGB-Bestimmungen aus B2C-Bankverträgen in der Türkei sollen als Beispiel dienen:

- Bestimmungen, die die Haftung der Bank für eine vertragswidrige Handlung der Erfüllungsgehilfen ausschliessen;
- Bestimmungen, die den Schaden verbunden mit einer rechtswidrigen Nutzung von Kundendaten im Internetbanking vollständig dem Kunden aufbürden;
- Bestimmungen, die der Bank das Recht geben, bei einem Kreditvertrag mit fixem Zinssatz jederzeit die Zinsen zugunsten der Bank an den Leitzins anzupassen.

Alle diese Klauseln haben gewichtige finanzielle Folgen, da sie Risiken auf ökonomisch irrationelle Weise auf den Kunden überwälzen. Damit Vertragsklauseln als ökonomisch effizient qualifiziert werden können, müssen sie Risiken nach bestimmten Prinzipien verteilen.[15] Falls z.B. eine der Partien ein Risiko mit geringem Kostenaufwand verhindern kann, hingegen die andere Partei diese Möglichkeit gar nicht oder nur zu einem vergleichsweise viel höheren Preis hat, dann ist es ökonomisch gesehen rationell, dass die erste Partei das Risiko trägt und bei ihrer Kostenkalkulation diese Kosten mit veranschlagt. Das Prinzip des *cheapest cost avoider*[16], d.h. dass derjenige Vertragspartner, der durch wirtschaftlich sinnvolle Massnahmen am besten das Risiko vermeiden oder vermindern kann, das Risiko tragen soll, wird z.B. bei einem Haftungsausschluss für Erfüllungsgehilfen unterlaufen. Es ist der Un-

---

14 Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 5; Martenet/Pichonnaz-PICHONNAZ (Fn. 12), Art. 8 LCD N 16; MATTEO FORNASIER, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013, S. 155 f.

15 Dazu HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. A., Berlin 2012, S. 434 ff.; PETER BEHRENS, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen, 1986, S. 155 ff.; EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Zürich 2000, S. 175 ff., siehe auch S. 395 ff. Allgemein zum Effizienzprinzip als Grund zum Eingriff in den Marktmechanismus HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. A., Tübingen 2005, S. 81 ff.; JOACHIM BEIMOWSKI, Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen, München 1989, S. 136 ff. Vgl. zur Kritik des ökonomischen Ansatzes im Rahmen der AGB-Kontrolle HELLWEGE (Fn. 12), S. 554 ff.

16 BEHRENS (Fn. 15), S. 158 ff.; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 252 f.; PIETRO TRIMARCHI, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 136 (1972), S. 118,124 ff.; STEFAN KIRSTEN, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf, Tübingen 2009, S. 231 ff.

ternehmer, nicht der Kunde, der einen Einfluss auf das Verhalten der Erfüllungsgehilfen ausüben kann. Er wählt sie aus, instruiert und kontrolliert sie. D.h. dass er ein Schadenspotential besser erkennen und durch erforderliche Massnahmen kostengünstiger vermeiden könnte.[17] Hinzu kommt, dass AGB-Bestimmungen, die das Risiko des Einsetzens von Hilfspersonal dem Kunden aufbürden, zu einem sogenannten *moral hazard* führen. Mit diesem Begriff werden Fälle umschrieben, in denen eine Person nicht die volle Verantwortung für ihr Verhalten tragen muss und deswegen kein Interesse daran hat, die eventuelle Entstehung oder Vergrösserung eines Schadens zu verhindern.[18] Der Unternehmer spart also durch solche AGB-Bestimmungen Kosten.

Sollte sich ein Risiko trotz optimaler Sorgfalt nicht vermeiden lassen, oder die Vermeidung mit einem im Vergleich zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu grossen Kostenaufwand verbunden sein, wird die Regel des *cheapest cost avoider* leerlaufen. In diesem Fall muss man schauen, wer von den Parteien in der Lage ist, das Risiko mit geringstem Kostenaufwand zu versichern und die extra Kosten durch Preisauf- bzw. -abschlag zu reflektieren (*cheapest insurer*).[19] Den geringsten Kostenaufwand hat derjenige, der die Eintrittswahrscheinlichkeit und die Höhe des Risikos am günstigsten ermitteln und die Transaktionskosten für die Versicherung am niedrigsten halten kann.[20] Im Falle des Internetbankings liegt es auf der Hand, dass ein Ausschluss der Bankenhaftung vor allem einen *moral hazard* wie beim Haftungsausschluss für Erfüllungsgehilfen verursacht. Falls die Banken sowieso nicht für den Schaden haften müssen, werden sie auch nicht versuchen, ihr System so sicher wie möglich zu gestalten. Hinzu kommt aber, dass sie sich auch gegen das Restrisiko (*residual risk*), das trotz aller Vorkehrungen unvermeidbar ist, besser schützen können. Banken können nämlich ein solches Missbrauchsrisiko statistisch viel besser erfassen und sich durch die *banker's blanket bond* (BBB), eine Versicherungspolice, die genau diese Art von Missbrauchsfällen abdeckt, versichern. Die Prämien würden durch verschiedene Gebühren an alle Kunden weitergeleitet.[21]

---

17 BEIMOWSKI (Fn. 15), S. 77.

18 Vgl. hierzu ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law & Economics, 6. A., Boston 2012, S. 48; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 163 f.

19 Dazu RICHARD POSNER/ANDREW ROSENFIELD, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, The Journal of Legal Studies 6 (1977), S. 83, 90; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 437 ff.; BEHRENS (Fn. 15), S. 164 ff.; KIRSTEN (Fn.16), S. 242 ff.

20 POSNER/ROSENFIELD (Fn.19), S. 83, 91.

21 Vgl. zur Frage der Haftung von Banken bei Legitimationsmängeln JEAN-MARC SCHALLER, Legitimationsmängel, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 45 ff.; ARNOLD F. RUSCH, Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, S. 439 ff. Vgl. zu der ab 13. Januar 2018 geltenden Fassung von § 675v BGB zur Haftung des Zahlers bei missbräuchlicher Nutzung

Natürlich sind in AGB auch Klauseln zu finden, die, obwohl sie eine Risikoregelung beinhalten, nicht nach den *cheapest cost avoider*- und *cheapest insurer*-Prinzipien beurteilt werden können. Die Regelung, dass die Bank jederzeit den Zinssatz in einem Kreditvertrag ändern kann, ist ein Beispiel dafür. In einem Kreditvertrag mit bestimmter Dauer und einem fixen Zinssatz tragen beide Seiten das Risiko, dass sich der Leitzins und somit die auf dem Markt angebotenen Zinssätze ändern. Dieses Änderungsrisiko kann von keiner der Parteien verhindert oder versichert werden. D.h. dass man hier fragen müsste, welche der beiden Parteien der überlegene Risikoträger ist (*superior risk bearer*).[22] SCHÄFER/OTT legen die Kriterien folgendermassssen fest[23]: «*Ob jemand bei Nichtexistenz von Versicherungen ein Risiko besser tragen kann, hängt somit vor allem von zwei Umständen ab, erstens von den Informationskosten, die aufgewendet werden müssen, um das Risiko überhaupt zu erkennen, und zweitens von den internen Möglichkeiten eines Unternehmens, das Gesetz der grossen Zahl für sich arbeiten zu lassen.*» Falls eine der Parteien eine bessere Marktübersicht und einen leichteren Zugang zur Information hat, kann sie das Risikopotential auch besser einschätzen und durch ihre Preispolitik besser abfedern. Eine Klausel, die der Bank auch bei Kreditverträgen mit fester Laufzeit ermöglicht, die negativen Marktentwicklungen direkt auf den Kunden abzuwälzen, ist deswegen ineffizient. Die Bank bräuchte keine detaillierten Marktanalysen mehr zu machen, könnte die Kunden durch einen relativ niedrigen Zinssatz anziehen, später aber von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Zinssatz zu erhöhen.

Insgesamt kann die rationalisierende und somit kostenreduzierende Wirkung der AGB-Nutzung nicht geleugnet werden. Doch die konkreten AGB-Klauseln zeigen, dass der eigentliche ökonomische Grund für die Einsetzung von AGB in den allermeisten Fällen in der Überwälzung von Risiken auf die Kunden liegt. Durch derartige Klauseln sparen Unternehmen immense Kosten und verschaffen sich somit einen Preisvorteil.[24]

eines Zahlungsinstruments CHRISTIAN HOFMANN, Das neue Haftungsrecht im Zahlungsverkehr, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 2018, S. 62 ff.

22 SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 442 ff.

23 SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 443.

24 Vgl. HELMUT HEISS, Art. 8 UWG N 46, in: Reto Heizmann/Leander Loacker (Hrsg.), UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018 (zit. Heizmann/Loacker-BEARBEITER); Martenet/Pichonnaz-PICHONNAZ (Fn. 12), Art. 8 LCD N 28.

A. Marktversagen wegen fehlenden Konditionenwettbewerbs

Auf einem Konkurrenzmarkt wird sich der Kunde prinzipiell über die Qualität und den Preis von Gütern und die Geschäftsbedingungen informieren, diese Informationen vergleichen und somit die für ihn passendste Variante aussuchen können. Der Wettbewerb entfaltet hier eine regulierende Wirkung, sodass sich ein gesetzlicher Schutz vor Fremdbestimmung erübrigt.[25] Der Gesetzgeber kann davon ausgehen, dass die Parteien die vertraglichen Risiken effizient und somit auch fair zuordnen, da die Parteien vollständig informiert sind.[26] Sollte die von einer Partei vorgeschlagene Risikozuordnung der Kostenvermeidung zuwiderlaufen, könnte die informierte Partei auf Konkurrenten ausweichen und damit den Anbieter dazu zwingen, seine Konditionen zu verbessern.

Es ist heute jedoch unstrittig, dass bei Konsumentenverträgen die AGB-Kenntnisnahme sowie der Vergleich wegen zu hoher Informationskosten unterbleibt.[27] Das Einsetzen von AGB bedeutet zwar für den Verwender eine Minderung der Transaktionskosten, für den Konsumenten aber genau das Gegenteil. Er trägt die Informationskosten bezüglich der Feststellung der gesetzlichen Risikoverteilung, die Kosten eines Vergleichs dieser Gesetzesbestimmungen mit den Lösungen in den AGB und des Aushandelns neutraler Vertragsklauseln.[28] Der Konsument wird oft nicht einmal Zugang zu den Informationen haben, deren er für eine gesunde Risikokalkulation bedarf.[29] Zu einem Konditionenwettbewerb kommt es aus dem gleichen Grund auch nicht, da die Informationskosten verbunden mit dem Vergleich verschiedener Konditionen auf dem Markt (*screening*) zu hoch sind. Der Konsument handelt eigentlich in einer rationalen Ignoranz.[30] Die wirtschaftliche Vernunft gebietet, sich bei Verträgen mit geringem Wert nicht mit den AGB auseinan-

---

25 LARS LEUSCHNER, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen, AcP Bd. 207 (2007), S. 491, 499.

26 PATRICK C. LEYENS/HANS-BERND SCHÄFER, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP Bd. 210 (2010), S. 771, 780.

27 BEHRENS (Fn. 15), S. 170-171; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 783 ff.; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 13; FORNASIER (Fn. 14), S. 158; BEIMOWSKI (Fn. 15), S. 15; HEIN KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209, 211 ff.; STEFAN HENNIGS, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, Berlin 2017, S. 63 ff. Vgl. dazu schon WALTER STICHER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Luzern 1981, S. 54 ff.

28 BELSER (Fn. 15), S. 394.

29 BEHRENS (Fn. 15), S. 171.

30 Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 7.

derzusetzen.[31] Auf einem solchen Markt können sich natürlich auch die Anbieter durch eine Informationsaufdeckung (*signalling*) nicht von anderen Anbietern differenzieren[32], da die Konsumenten gleichgültig sind gegenüber Informationen, deren Aufarbeitung im Vergleich zum Vertragswert zu kostspielig ist.[33]

Diese unüberwindbare Informationsasymmetrie bei Konsumenten-AGB ist es, die auch auf einem vollständigen Konkurrenzmarkt ein Marktversagen verursacht.[34] Wenn die AGB keinen Wettbewerbsparameter darstellen, wird jeder Anbieter versuchen, durch ein niedrigeres AGB-Niveau eine höhere Produzentenrente zu erzielen; kundenfreundliche AGB werden infolge einer negativen Auslese eliminiert. Es kommt zu einem Verschlechterungswettbewerb (*race to the bottom*).[35] Anbieter können die ungünstigsten AGB nutzen, ohne einen Verlust von Kunden befürchten zu müssen. Die Marktkontrolle und somit die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus versagt.[36] Das Marktversagen führt zu einer ineffizienten Risiken- und Ressourcenallokation.

Wieweit das Argument der rationalen Ignoranz auch für B2B-Geschäfte angenommen werden kann, ist eine kontrovers diskutierte Frage, auf die hier nicht im Detail eingegangen werden kann.[37] Doch erscheint es überzeugend, auch in diesem Rahmen mit der Relation des Vertragswerts zu den Informationskosten zu argumentieren. Je höher der Vertragswert ist, desto niedriger sind die Informationskosten im Vergleich zum Vertragswert, sodass es im unternehmerischen Rechtsverkehr oft vom Kunden erwartet werden kann, zu

---

31 HAJO MICHAEL HOLTZ, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der AGB, Baden-Baden 2010, S. 87; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 554; MARKUS STOFFELS, AGB-Recht, 3. A., München 2015, Rz. 86.

32 LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 783 f.

33 Vgl. zur Rolle von Informationsbeschaffung (*screening*) und Informationsaufdeckung (*signalling*) zum Abbau von Informationsasymmetrien KLAUS ULRICH SCHMOLKE, Contract Theory and the Economics of Contract Law, in Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen, Economic Methods for Lawyers, Cheltenham 2014, S. 102 ff.

34 Vgl. zur Kritik an der Begründung, dass die AGB-Kontrolle zum Schutz der «schwächeren Partei» geschehen muss KÖTZ (Fn. 27), S. 210 f.; FORNASIER (Fn. 14), S. 147 ff.

35 KÖTZ (Fn. 27), S. 213; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 784.

36 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 15.

37 Vgl. dazu LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 790 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 8 ff.; LARS LEUSCHNER, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2014, passim.

verhandeln.[38] Auch ein bestimmter Lerneffekt wird bei B2B-Verträgen eintreten, da Unternehmer wiederholt gleichartige Verträge mit gleichen Vertragspartnern abschliessen.[39] D.h. dass die Informationsbeschaffung bezüglich des AGB-Inhalts und die Suche nach besseren Konditionen kostengünstiger wird. Trotzdem wird es aber auch in B2B-Geschäften Konstellationen geben, wo die Verhandlungsposition des Unternehmers nicht besser ist als die des Konsumenten. In diesen Fällen ist die negative Auswirkung des Marktversagens für Handelsleute genauso gegeben. Ein pauschaler Ausschluss von B2B-Geschäften aus der AGB-Kontrolle erscheint deswegen als verfehlt.[40]

B. Methoden der AGB-Kontrolle

Ziel der AGB-Kontrolle besteht somit darin, ein Marktversagen infolge unüberwindbarer Informationsasymmetrien auszugleichen. Da AGB keinem Konditionenwettbewerb unterliegen und somit nur kundenungünstigste AGB auf dem Markt Verbreitung finden können, müssen Gesetzgeber eingreifen, um diesem Marktversagen entgegenzusteuern.[41] Die wohl meistverbreitete Reaktion der Gesetzgeber ist bis heute, eine richterliche *ex post*-Inhaltskontrolle einzuführen,[42] und somit den Gerichten die Aufgabe zu ertei-

38 LEUSCHNER (Fn. 25), S. 524; DERS. (Fn. 37), S. 290; THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, Unfair Terms in Contracts, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor by Command of Her Majesty Laid before the Scottish Parliament by the Scottish Ministers February 2005, N 2.40 und 5.55; TOBIAS MIETHANER, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, Tübingen 2010, S. 209-211; SCHÄFER/OTT (Fn. 15), S. 554-555; ANDREAS STOMPS, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln, Baden-Baden 2011, S. 292; ROUVEN F. BODENHEIMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen und deutschen Recht, Frankfurt 2012, S. 199; LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 790 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 10; HANS SCHULTE-NÖLKE, No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts, European Review of Private Law 2015, S. 195, 212 f.

39 LEYENS/SCHÄFER (Fn. 26), S. 784.

40 Vgl. zur diesbezüglichen Kritik der neuen Fassung des Art. 8 UWG ERNST A. KRAMER, Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 2018, S. 295, 320 ff.; JÖRG SCHMID, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1, 7; ISABELLE WILDHABER, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, S. 537 ff.

41 BELSER (Fn. 15), S. 185.

42 Vgl. zu den Vor- und Nachteilen einer *ex ante*-Kontrolle von AGB durch Verwaltungsbehörden ALEXANDER BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Ernst Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 124 ff.; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 16; HENNIGS (Fn. 27), S. 87 ff.

len, Klauseln, «*die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil der Gegenpartei ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen*» (Art. 3 KlauselRL), die Durchsetzung zu verweigern. Mit der Revision des Art. 8 UWG ist nun auch im schweizerischen Recht einer solchen offenen Inhaltskontrolle die Tür geöffnet. In der Lehre wird überwiegend angenommen, dass unlautere und damit nach Art. 2 UWG widerrechtliche AGB nichtig im Sinne von Art. 19/20 OR sind.[43]

Es liegt auf der Hand, dass in erster Linie die Kunden selbst klageberechtigt sein müssen, um ihre Rechte zu schützen. Doch ist seit langem schon bekannt, dass nur ein Bruchteil der Konsumenten eine solche Klage einreicht, da entweder der Streitwert zu niedrig und deswegen die Hürde zum Klagen zu gross ist, oder das Wissen über die Rechtslage fehlt.[44] Sollte es doch jemand wagen und die Widerrechtlichkeit von bestimmten Klauseln gerichtlich feststellen lassen, dann nützt wiederum dieser Entscheid wegen ihrer *inter partes*-Wirkung nicht, weitere Einsetzung derselben AGB zu verhindern.[45] Deswegen verwundert es nicht, dass schon die KlauselRL in Art. 7 Abs. 2 Organisationen, die ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, aktivlegitimiert hat, Gerichte anzurufen, damit diese über die Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln entscheiden können.[46] Durch die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinte-

---

43 THOMAS PROBST, Art. 8 UWG N 291, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum UWG, 2. A., Bern 2016 (zit. SHK UWG-BEARBEITER); MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964, 974; PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 3/2012, S. 140, 144; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 144; KOLLER (Fn. 2), AJP 2014, S. 34; SCHMID (Fn. 40), S. 16; PETER GAUCH U.A., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. A., Zürich 2014, Rz. 1155; SCHWENZER (Fn. 3), Rz. 46.05; FELIX BUFF, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Zürich 2016, S. 270; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, Rz. 636; Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 244. So auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 2009 S. 6151, 6180.

44 HENNIGS (Fn. 27), S. 72.

45 Kramer/Probst/Perrig-KRAMER (Fn. 2), Rz. 17. Vgl. dazu auch YESIM M. ATAMER, Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics, The Modern Law Review (2017, Volume 80), S. 624, 639 ff.

46 Vgl. zur Beziehung der individuellen/kollektiven und judiziellen/administrativen Rechtsdurchsetzung HANS W. MICKLITZ, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012, S. 87 ff.

ressen[47] wurde diese Klagemöglichkeit weiter ausgebaut und für verschiedenste Bereiche des Konsumentenschutzes eingeführt. Klageberechtigt sind sogenannte «qualifizierte Einrichtungen», die unabhängige öffentliche Stellen oder Organisationen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sein können. Sie sollen gemäss Art. 2 (1) die Anordnung der Einstellung oder des Verbots eines Verstosses verlangen und gegebenenfalls Massnahmen wie die Veröffentlichung des Entscheids oder auch die Verhängung einer Geldbusse im Falle einer Nichtbeachtung des Entscheids beanspruchen können.

Interessant ist es zu sehen, dass es der schweizerische Gesetzgeber noch in den 80er-Jahren genau wegen der erweiterten Klagebefugnisse vorgezogen hatte, die AGB-Problematik im UWG anzugehen.[48] Gemäss Art. 10 UWG wurde neben den Kunden auch Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen, das Recht gegeben, eine Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage einzureichen. Die Botschaft (1983) betont, dass «*durch den Gebrauch unbilliger AGB […] die Interessen mindestens einer Marktpartei – die der Konsumenten, möglicherweise auch jene wirtschaftlich schwächerer Handelspartner in wettbewerbsrelevanter Hinsicht berührt [wird]*».[49] Obwohl bis heute von dieser Klagemöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist[50], kann sich dies in Zukunft noch ändern. Sicherlich ist es ein weiterer wichtiger Schritt, dass mit der Revision im Jahre 2009 nun auch der Bund aktivlegitimiert ist, im Interesse mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche Klage zu erheben, oder sogar einzugreifen, falls «*andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind*».[51] THOUVENIN begrüsst diese Änderung berechtigterweise und betont, dass damit der Bund erstmals die Möglichkeit erhalten hat, gegen branchenweit benutzte missbräuchliche AGB-Klauseln vorzugehen.[52]

---

47 Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1.5.2009, L 110/30. Dem folgte eine Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 zur geplanten Überarbeitung dieser Richtlinie, ABl. 26.07.2013, L201/60. Zuletzt wurde am 11. April 2018 der Vorschlag für die revidierte Unterlassungsklagenrichtlinie publik gemacht, siehe COM(2018) 184 final.

48 Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 1983 II 1009, S. 1071.

49 Botschaft 1983 (Fn. 48), S. 1072.

50 Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 522; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 138; GAUCH U.A. (Fn. 43), Rz. 1157b.

51 Botschaft 2009 (Fn. 43), S. 6162-6163. Vgl. zu diesen Klagen Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 521 ff.

52 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 138. Vgl. dazu auch AHMET KUT/DEMIAN STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 132 ff.

Die hier interessierende Frage ist, wieweit die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln als ein unlauteres Verhalten qualifiziert werden sollte, um dadurch als dritte Variante auch den Marktkonkurrenten des Verwenders eine Klagemöglichkeit gegen diese AGB zu gewähren. Bis heute scheint diese dritte Variante in der Schweiz und in der Türkei kein grosses Aufsehen erregt zu haben.[53] Dies ist nicht verwunderlich, da wohl alle Marktteilnehmer vom Verschlechterungswettbewerb profitieren. Solange alle durch die Nutzung von unwirksamen AGB ihre Kosten senken und keiner von Kunden oder Konsumentenorganisationen auf Unterlassung verklagt wird, wird sich dieses Bild wohl auch nicht ändern. Falls sich aber, wie zu hoffen ist, eine effektive gerichtliche Inhaltskontrolle von ungültigen AGB-Klauseln auch in der Schweiz verbreiten sollte, kann man erwarten, dass Mitbewerber, die selbst durch eine Verbandsklage zur Unterlassung gezwungen worden sind, auch andere zur Rechenschaft ziehen. Die Entwicklungen in der EU und in Deutschland, auf die unten eingegangen werden soll, deuten darauf hin.

II. Lauterkeitsrecht als Schutz gegen ungültige AGB

A. Entwicklungen in der EU

Schon die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln hatte in ihrer Präambel (Erwägungsgrund «EG» 2) unterstrichen, dass die unterschiedliche Handhabung von missbräuchlichen Vertragsklauseln zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann. Ziel der Richtlinie sei es, durch die Harmonisierung der richterlichen Inhaltskontrolle von Vertragsbestimmungen zwischen Konsumenten und Unternehmern den Wettbewerb zu fördern (EG 7).[54] Auch in Art. 7 Abs. 1 wird betont, dass die Mitgliedstaaten nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch der gewerbetreibenden Wettbewerber dafür sorgen müssen, dass angemessene und wirksame Mittel gegen die Verwendung missbräuchlicher Klauseln eingesetzt werden. Die Richtlinie selbst hat jedoch den Mittbewerbern kein direktes Klagerecht gegeben, sondern nur den Verbraucherorganisationen.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahre 2005 spricht die AGB-Problematik nicht direkt an. Sie sieht aber in Art. 7 Abs. 1 vor, dass Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern als irreführende Unterlassungen qualifiziert werden müssen, falls sie diesem «*wesentliche Informationen*»

---

53 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 137: "*Nur geringe Bedeutung wird hingegen der Klage der übrigen Marktteilnehmer nach Art. 9 zukommen.*» Vgl. auch SHK-UWG-PROBST, Art. 8 N 307 f.

54 MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), Vor § 305 BGB N 18-19.

vorenthalten. Gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. d sind Zahlungs- Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Bestimmungen bezüglich der Verfahren zum Umgang mit Verbraucherbeschwerden wesentliche Informationen im Rahmen eines Kaufvertrages, wenn diese Vertragsbedingungen von «*den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen*». KÖHLER schliesst daraus, dass die UGP-RL den Unternehmen nicht verbietet, unwirksame AGB zu verwenden, sondern nur, über diese nicht gehörig aufzuklären.[55] Die Information, dass bestimmte AGB-Klauseln vom gesetzlichen Vorbild abweichen, würde es dem Verbraucher ermöglichen, eine aufgeklärte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Unlauter ist demnach die Verletzung der Informationspflicht, da der Verbraucher schon vor Vertragsschluss über solche Klauseln informiert werden möchte.[56]

In der Lehre wird hingegen weitgehend vertreten, dass die Nutzung von unwirksamen AGB an sich schon eine unlautere Geschäftspraxis darstellt.[57] Die UGP-RL bestimmt nämlich in ihrer Generalklausel Art. 5 Abs. 2, dass eine Geschäftspraxis unlauter ist, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht[58] widerspricht und sie dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Da man davon ausgehen kann, dass die Nutzung von unwirksamen AGB immer bewusst geschieht und somit der Verwender willentlich zwingende gesetzliche

---

55 HELMUT KÖHLER, Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB, Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 31.05.2012 – I ZR 45/11 – Missbräuchliche Vertragsstrafe, Wettbewerb in Recht und Praxis («WRP») 2012, S. 1475, 1476; DERS., Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 2008, S. 177, 180.

56 HELMUT KÖHLER, § 3a UWG N 1.286, in: Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 36. A., München 2018 (zit. Köhler/Bornkamm/Feddersen-BEARBEITER). KÖHLER vertritt die Position, dass die KlauselRL, ausser dem Aspekt der Informationspflicht des Unternehmers bezüglich der AGB, die Anwendung der UGP-RL ausschliesst (N 1286).

57 So z.B. FORNASIER (Fn. 14), S. 230 ff.; MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), § 306 BGB N 38-39; HANS-W. MICKLITZ/NORBERT REICH, «Und es bewegt sich doch»? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, EUZW 2012, S. 126, 127 ff.; SALVATORE ORLANDO, The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice, European Review of Contract Law 2011, S. 25 ff. Differenzierend je nachdem, ob die Missbräuchlichkeit der Klausel evident ist RUTH M. JANAL, Unlautere Geschäftspraktiken und unwirksame Geschäftsbedingungen – zu den Wechselwirkungen zwischen UGP-Richtlinie und Klauselrichtlinie, ZEuP 2014, S. 740, 748.

58 Gemäss Art. 2 lit. h UGP-RL ist die «berufliche Sorgfalt» der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäss den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet. Vgl. dazu NORBERT REICH/HANS-W. MICKLITZ/PETER ROTT/KLAUS TONNER, European Consumer Law, 2. A., Cambridge 2014, Rz. 2.25.

Vorschriften missachtet, ist es relativ leicht, eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht zu begründen.[59] Auch das Erfordernis der wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers wird für den Fall der AGB-Nutzung befürwortet. Nach BASEDOW ist ausschlaggebend, ob die zu beurteilende Geschäftspraxis die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers bedroht.[60] Dies ist in der Tat der Fall, da der Konsument rein wegen der Transaktionskosten, die eine Untersuchung der AGB mit sich bringen würde, einer Fremdbestimmung des Vertragsinhalts zustimmen muss. Sollte die Leistung wegen der für den Konsumenten ungünstigen AGB preislich günstiger angeboten werden, so kommt hinzu, dass der Kunde sich im Ergebnis für die falsche Leistung entscheidet, da die Auswirkung der AGB auf das Preis-Leistungsverhältnis vom Konsumenten nicht eingeschätzt werden kann.

Der EuGH hat sich bis heute nur in einem Entscheid mit der Beziehung der KlauselRL und der UGP-RL auseinandergesetzt. In dem Fall *Pereničová* [61] ging es um die Frage, ob eine Geschäftspraxis, die darin bestand, in einem Kreditvertrag einen geringeren als den realen effektiven Jahreszins anzugeben, als eine irreführende Handlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UGP-RL einzustufen ist. Das Gericht bejahte dies, sofern diese Praxis den Durchschnittsverbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen würde, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Damit wird Organisationen und zuständigen Personen, einschliesslich Mitbewerbern, die Möglichkeit gegeben, gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a UGP-RL gerichtlich oder verwaltungsrechtlich gegen solche Geschäftspraktiken vorzugehen. Da jedoch in dieser Richtlinie keine vertragsrechtlichen Konsequenzen für missbräuchliche Geschäftspraktiken vorgesehen sind (Art. 3 Abs. 2 UGP-RL), führte der EuGH weiter aus, wie die Lage unter der KlauselRL zu bewerten ist. Demnach stellt die Feststellung des unlauteren Charakters einer Geschäftspraxis einen Anhaltspunkt unter mehreren dar, wenn der zuständige Richter gemäss Art. 4 Abs. 1 der KlauselRL seine Beurteilung über den missbräuchlichen Charakter der Vertragsklauseln fällt. Das Gericht entschied aber nicht darüber, ob die Verwendung von unwirksamen AGB stets eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der UGP-RL darstellt.

---

59 FORNASIER (Fn. 14), S. 230-231.

60 MüKo BGB-BASEDOW (Fn. 12), § 306 BGB N 40.

61 EuGH, Urt. v. 15.03.2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič gegen SOS financ spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144. Vgl. zu diesem Entscheid HANS-W. MICKLITZ/ NORBERT REICH, AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach Pereničová und Invitel, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2012, S. 257 ff.

B. Entwicklungen in Deutschland

Anders als in der Schweiz und der Türkei beinhaltet das deutsche UWG keine explizite Bestimmung bezüglich der Nutzung von ungültigen AGB. Durch die Umsetzung der UGP-RL wurden zwar die oben erwähnten Bestimmungen der Richtlinie in das dUWG eingefügt, doch damit auch die EU-rechtliche Diskussion, wieweit die Thematik ausschliesslich für B2C-Verträge und abschliessend nur für irreführende Informationsvermittlung geregelt ist, mitübernommen.[62] Die Hauptfrage ist, ob für diese Bereiche von einer Sperrwirkung der UGP-RL ausgegangen werden muss. Falls angenommen wird, dass das verbraucherschützende Lauterkeitsrecht durch die UGP-RL vollständig harmonisiert wurde[63], dann würde sich wenigstens für B2C-Geschäfte die Frage verbieten, ob die AGB-Kontrollnormen des BGB (§§ 307-309) als Marktverhaltensvorschriften qualifiziert werden können, und somit ein Zuwiderhandeln den Rechtsbruchtatbestand gemäss § 3a dUWG erfüllt. Als Argument für diese Ansicht wird vertreten, dass das Unterlassungsklagengesetz[64] nur Verbraucherverbänden eine Klagemöglichkeit gegen ungültige AGB einräumt, nicht aber den Konkurrenten. Damit soll der Gesetzgeber eine geschlossene Regelung bezüglich der Klageberechtigten vorgesehen und bewusst die Konkurrentenklagen ausgeschlossen haben.[65]

Die in den letzten Jahren gefestigte Rechtsprechung zeigt jedoch, dass der BGH und die meisten Instanzgerichte weder das System der Unterlassungsklagen als abschliessendes Rechtssystem bewerten, noch die UGP-RL als ein Hindernis dafür sehen, §§ 307-309 BGB, die keinen unionsrechtlichen Hintergrund haben, als Marktverhaltensregeln im Sinne von § 3a dUWG zu qualifizieren. Einer der ersten Entscheide des BGH zu dieser Problematik fiel im Jahre 2011. Der Sachverhalt war folgendermassen[66]: Die Klägerin (eine Ge-

---

62 Vgl. zum Stand dieser Diskussion z.B. Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.7 ff.; AXEL METZGER, Die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestands nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie – ein Zwischenbericht, GRUR 2015, S. 687, 690 f.; JOCHEN GLÖCKNER, Rechtsbruchtatbestand oder … The Saga Continues!, GRUR 2013, S. 568, 572 ff.

63 So z.B. ANSGAR OHLY, § 3a UWG N 7a, in: Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. A., München 2016 (zit. Ohly/Sosnitza-BEARBEITER).

64 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstössen vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), zuletzt geändert am 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446).

65 Ohly/Sosnitza-OHLY (Fn 63), § 3a UWG N 78a. Vgl. zur Kritik dieser Auffassung JÜRGEN DEMBOWSKI, Sollen Mitbewerber bei der AGB-Kontrolle im Abseits stehen?, S. 325, 331 ff., in: FS Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014; RÜDIGER MANN, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WRP 2007, S. 1035, 1040 f.; HOLTZ (Fn. 31), S. 98 ff.; HENNIGS (Fn. 27), S. 245 ff.

66 BGH Urteil vom 31.3.2010 – I ZR 34/08, NJW 2011, S. 76 ff.

werbetreibende) hatte bei eBay unter ihrer nicht als Gewerbetreibende registrierten Benutzerkennzeichnung einen Telefonapparat beim Beklagten gekauft. In den AGB war ein Gewährleistungsausschluss vorgesehen. Die Klägerin nahm daraufhin den Beklagten gemäss § 3a dUWG (a.F. § 4 Nr. 11 dUWG) auf Unterlassung in Anspruch, da die AGB einen wettbewerbsrechtlich unzulässigen Gewährleistungsausschluss beinhalteten. Der BGH führte aus, dass «[d]*ie Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses geeignet* [ist]*, dem Unternehmer Kosten zu ersparen, indem er Verbraucher durch einen – wenn auch nicht durchsetzbaren – Gewährleistungsausschluss davon abhält, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Der Unternehmer kann dadurch in die Lage versetzt werden, günstigere Preise zu kalkulieren. Die angegriffene Klausel ist deshalb geeignet, den Absatz der Waren zu fördern*». § 476 I 1 BGB (a.F. § 475 I 1 BGB) verbietet für Konsumentenverträge den Ausschluss oder die Begrenzung der Gewährleistungsansprüche. Der BGH entschied, dass diese Verbotsnorm dazu bestimmt ist, auch im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Obwohl das Gericht auch auf die Frage einging, ob allgemein alle Bestimmungen im BGB, die ein Klauselverbot enthalten, Marktverhaltensregeln gemäss § 3a dUWG darstellen, hat es sich darauf begrenzt, zu betonen, dass die Problematik in der Lehre umstritten ist, aber diese Auseinandersetzung keine Rolle bezüglich der Qualifizierung von § 476 I 1 BGB spielt.

Das Gericht musste sich im Jahre 2012 diesmal mit der Frage auseinandersetzen, ob die §§ 307-309 BGB als Marktverhaltensregelungen einzustufen sind. Im Streitfall vertrieben beide Parteien über das Internet Ersatz- und Zubehörteile für geländegängige Kraftfahrzeuge. Die Klägerin mahnte den Beklagten wiederholt wegen seiner AGB ab, da die Widerrufsbelehrung fehlerhaft war und durch die Einführung einer Mängelrügefrist die Rechte des Verbrauchers ungebührlich eingeschränkt wurden. Zuerst führte das Gericht aus, dass § 476 I 1 BGB zum Gewährleistungsausschluss, § 477 I BGB (a.F. § 479 I BGB) zum Inhalt der Garantieerklärung und § 355 BGB zum Widerrufsrecht des Verbrauchers nach gängiger Rechtsprechung Marktverhaltensregeln darstellen. Das Gericht erkannte aber weiter an, dass wenigstens in Bezug auf die Paragraphen 307[67], 308 Nr. 1[68], 309 Nr. 7 a[69] BGB die gleiche Schlussfolgerung gezogen werden muss, da diese Bestimmungen auch dazu geeignet sind, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu

[67] Generalklausel bezüglich der Inhaltskontrolle von AGB.

[68] Verbot von unangemessen langen oder nicht hinreichend bestimmten Fristen in AGB für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung.

[69] Verbot von Haftungsausschlussklauseln bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit.

beeinflussen.[70] Trotz ihrer Unwirksamkeit könnten diese Bestimmungen nämlich den Verbraucher davon abhalten, berechtigte Ansprüche gegen den Verwender geltend zu machen. Damit wurde die Tür für eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle von AGB weitgehend geöffnet.

Neuere Gerichtsentscheide zeigen wiederholt, dass Mittbewerberklagen an Bedeutung gewinnen und gerade dann eingereicht werden können, wenn Verbraucherverbände passiv bleiben.[71] Das OLG München untersagte z.B. im Verfahren gegen einen Strom- und Gaslieferanten, eine unwirksame Preisanpassungsklausel zu verwenden. Das Gericht stellte ausserdem fest, dass die Antragstellerin (eine GmbH), die mehrere Entscheide gegen Wettbewerber erstritten hatte, mit denen die Verwendung unwirksamer Klauseln untersagt wurde, keine sachfremden Interessen verfolge.[72] In einem anderen Fall waren die Parteien Mitbewerber auf demselben sachlichen und räumlichen Markt und boten bundesweit Waren im Internet zum Verkauf an. Die beklagte Partei hatte sich durch ihre AGB unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferfristen vorbehalten, was gegen § 308 Nr. 1 Alt. 2 BGB verstösst. Das OLG Hamm führte aus, dass der Zweck der AGB-Regelungen nicht nur der Schutz der Vertragspartner vor Benachteiligungen durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit sei, sondern auch «*die Abwendung von Nachteilen, die dem Wirtschaftsverkehr durch den nicht funktionierenden Konditionenwettbewerb drohen*».[73]

Die Rechtsprechung, §§ 307-309 BGB als Marktverhaltensvorschriften i.S.v. § 3a dUWG zu qualifizieren, wird heute in der deutschen Lehre überwiegend befürwortet.[74] Der gelegentlichen Gerichtspraxis, dass der Inhalt von AGB nur die Abwicklung des Vertrages betrifft und somit in einer Phase an Bedeutung gewinnt, in der kein Wettbewerb mehr möglich ist,[75] wird berechtigter-

---

70 BGH Urteil vom 31. 5.2012 – I ZR 45/11, GRUR 2012, S. 949 ff. Vgl. dazu STOFFELS (Fn. 31), S. 153-154.

71 METZGER (Fn. 62), S. 690.

72 OLG München, 10.04.2014, BeckRS 2015, 630. So auch OLG München, 16.07.2015, BeckRS 2015, 13252.

73 OLG Hamm, 12.01.2012, NJOZ 2013, S. 545. Siehe auch OLG Hamburg, 10.12.2012, Multimedia und Recht 2013, S. 505.

74 So z.B. KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1475 ff.; WOLFGANG SCHAFFERT, § 4 Nr. 11 UWG N 359, in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. A., München 2014; CARL V. JAGOW, § 3a UWG N 70, in: Henning Harte-Bavendamm/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. A., München 2016; Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.288; DEMBOWSKI (Fn. 65), S. 325 ff.; MANN (Fn. 65), S. 1042 f.; METZGER (Fn. 62), S. 690; HOLTZ (Fn. 31), S. 153 ff.; HENNIGS (Fn. 27), S. 194 ff. Vgl. zur Frage, wieweit auch §§ 305-305c BGB zur AGB-Einbeziehungskontrolle als Marktverhaltensvorschriften qualifiziert werden können METZGER (Fn. 62), S. 690 f.; HENNIGS (Fn. 27), S. 198 f.

75 So z.B. OLG Hamburg, 13.11.2006, BeckRS 2006, 14945.

weise entgegengebracht, dass es um die unzulässige Risikoverteilung auf den Verbraucher geht und diese bereits im Vorfeld des konkreten Vertragsabschlusses erfolgt.[76] Die AGB-Regelungen dienen einem reibungslosen Warenabsatz und besitzen deswegen eine Aussenwirkung.[77] Sie sind wirtschaftsrechtliche Normen, die Nachteile abwenden, welche durch den fehlenden Konditionenwettbewerb entstehen könnten. Während das AGB-Recht die jeweiligen Vertragspartner vor unangemessenen Vertragsklauseln schützt, ist der Anknüpfungspunkt des dUWG die Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen.

Das praktische Bedürfnis für eine AGB-Kontrolle durch Mitbewerber wird meist auch dadurch gerechtfertigt, dass es im Interesse der Verbraucher und Mitbewerber sowie im Interesse der Allgemeinheit liegt, den Geschäftsverkehr von unwirksamen AGB zu bereinigen und dadurch einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten.[78] Auch wenn im deutschen Recht durch das Unterlassungsklagegesetz insbesondere Verbraucherverbänden eine Möglichkeit gegeben ist, Musterprozesse zu führen, um die Wirksamkeit bestimmter AGB überprüfen zu lassen, ist dies bei der Vielzahl der verschiedenen Märkte nicht immer effektiv möglich. Deswegen wird einer parallelen Klagemöglichkeit der Mitbewerber Bedeutung beigemessen.[79] Es besteht grundsätzlich eine Gesetzeskonkurrenz.[80] Wie von METZGER betont wird: «*§ 4 Nr. 11 UWG (n.F. § 3a dUWG) trägt heute entscheidend dazu bei, Vollzugsdefizite in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten mit den Instrumenten des «private enforcement» zu beheben oder jedenfalls abzumildern. Diese Entwicklung dürfte sich in näherer Zukunft kaum umkehren lassen, auch nicht bei Beachtung der UGP-Richtlinie.*»[81]

---

76 MANN (Fn. 65), S. 1041; HOLTZ (Fn. 31), S. 128 f.

77 MANN (Fn. 65), S. 1043.

78 KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1478.

79 METZGER (Fn. 62), S. 690; JANAL (Fn. 57), S. 753; KÖHLER (Fn. 55), WRP 2012, S. 1478; Köhler/Bornkamm/Feddersen-KÖHLER (Fn. 56), § 3a UWG N 1.285.

80 ANDREAS FUCHS, Vorbem. zu § 307 BGB N 89, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-BEARBEITER).

81 METZGER (Fn. 62), S. 692.

C. Folgerungen für das schweizerische und türkische Recht

1. Konkurrentenklagen sind zum Schutz der Wettbewerbsordnung von Bedeutung

Die Tendenzen in der EU sowie in Deutschland verdienen Zuspruch. Obwohl bis heute weder in der Schweiz noch in der Türkei von einer erfolgreich geführten Konkurrentenklage berichtet wird, sollte diese Möglichkeit trotzdem nicht unterbewertet werden. Nutzung von ungültigen AGB ist nur möglich, weil der Konditionenwettbewerb wegen eines Marktversagens ausbleibt. Einem solchen Marktversagen muss aber mit allen Mitteln entgegengewirkt werden. In diesem Rahmen ist der Verbraucherindividualschutz durch eine AGB-Inhaltskontrolle genauso von Bedeutung wie ein abstrakt-genereller, wettbewerbsbezogener Schutz.[82] Die Eliminierung von ungültigen AGB auf dem Markt dient auch dem Schutz der vertikalen Marktgegenseite, da durch solche AGB Vorteile gegenüber Kunden und somit gegenüber Konkurrenten geschaffen werden.[83] Durch übermässige Verminderung von Transaktionskosten und Risikoabwälzung werden gesetzestreue Mitbewerber wirtschaftlich benachteiligt, was zu einem ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung führt.[84]

Hinzu kommt, dass dem kollektiven Rechtsschutz durch Konsumentenorganisationen auch Durchsetzungsdefizite anhaften.[85] Finanzielle und personelle Beschränkungen spielen hier die Hauptrolle.[86] Die immense Vielfalt der verschiedenen Branchen-AGB macht es für solche Organisationen fast unmöglich, in allen Bereichen aktiv zu sein. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen bleiben von Verbandsklagen verschont.[87] Es erscheint deswegen auch unter diesem Gesichtspunkt sinnvoll, die Verwendung ungültiger AGB durch

---

82 HOLTZ (Fn. 31), S. 71.

83 HENNIGS (Fn. 27), S. 268.

84 HOLTZ (Fn. 31), S. 158 f.

85 Vgl. zur Lage in Deutschland HENNIGS (Fn. 27), S. 75 ff.; CAROLINE MELLER-HANNICH/ARMIN HÖLAND, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, S. 1 ff., abrufbar unter: http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/AnWis/Heft523.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 17.05.2018). In der Türkei haben bis heute die Verbraucherorganisationen fast nie eine Unterlassungsklage gegen die Nutzung von ungültigen AGB eingereicht. Siehe dazu ECE BAŞ SÜZEL/EVRIM ERIŞIR, Enforcement and Effectiveness of Consumer Law in Turkey, in: Hans-W. Micklitz/Geneviève Saumier (Hrsg.), Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, Cham 2018, S. 645 ff. Vgl. auch die Literatur zitiert in Fn. 50.

86 Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 256; Ulmer/Brandner/Hensen-WITT (Fn. 80), Vor § 1 UKlaG N 8 ff.

87 Ulmer/Brandner/Hensen-WITT (Fn. 80), Vor § 1 UKlaG N 8; HENNIGS (Fn. 27), S. 79.

die Konkurrentenklage zu bekämpfen. Dadurch würde sich die Zahl der potenziellen Verfolger eines Verstosses um ein Vielfaches erhöhen.[88]

2. *Voraussetzungen einer Konkurrentenklage*

Die in Deutschland geführte Diskussion, ob die §§ 307-309 BGB gleichzeitig als Marktverhaltensregeln qualifiziert werden können und deswegen deren Missachtung auch einen Rechtsbruch im Sinne des UWG darstellt, ist für die Schweiz und die Türkei gegenstandslos. Beide Länder qualifizieren durch eine explizite Regelung im Gesetz die Verwendung von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen als eine unlautere Handlung. In beiden Ländern wird in der Lehre vertreten, dass AGB, die Art. 8 UWG (bzw. Art. 55 Abs. 1 (f) tHGB) verletzen, einen Rechtsbruchtatbestand gemäss Art. 2 UWG (bzw. Art. 54 tHGB) darstellen.[89] Art. 2 UWG definiert jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflussen kann, als unlauter und widerrechtlich.[90] Wie oben schon dargestellt, ist die Nutzung von AGB ein Geschäftsgebaren[91], das unmittelbar mit der Absatzförderung oder des Waren- oder Dienstleistungsbezugs eines Unternehmens zusammenhängt.[92] Die Nutzung von ungültigen AGB ist geeignet, die Interessen der

---

88 HENNIGS (Fn. 27), S. 79.

89 BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 137; SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 107 und 114a; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 520; SEVILAY UZUNALLI, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi [*Kontrolle von AGB durch die Bestimmungen zum unlauteren Wettbewerb*], İÜHFM 2013, S. 383, 411; YEŞIM M. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak [*Kontrolle der AGB nach dem neuen Türkischen Obligationenrecht – Im Vergleich zu Art. 6 des Konsumentenschutzgesetzes und Art. 55 des Türkischen Handelsgesetzbuches*], Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, S. 9, 70. STICHER vertrat diesen Standpunkt schon für das alte UWG aus dem Jahre 1943, in dem keine mit Art. 8 vergleichbare Norm gegeben war, vgl. STICHER (Fn. 27), S. 180 ff., insbesondere S. 189 ff.

90 Vgl. zu den Tatbestandselementen von Art. 2 UWG SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 10 ff. und speziell zum Rechtsbruch N 107 ff.; BSK UWG-HILTY (Fn. 2), Art. 2 N 17 ff.

91 Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d UGP-RL ist jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschliesslich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt, eine Geschäftspraktik.

92 HELMUT KÖHLER, Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG – Zugleich Besprechung der BGH Entscheidungen «Gewährleistungsausschluss im Internet» und «Vollmachtsnachweis», GRUR 2010, S. 1047, 1048; HOLTZ

Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Somit ist es ein wirtschaftsrelevantes Verhalten, das eine spürbare Auswirkung auf den Markt hat.[93] Diese Beeinträchtigung ist auch von einem bestimmten Gewicht, da die Wiederholungsgefahr vermutet werden kann.[94] Deswegen erscheint es richtig, hier von einer Verletzung von Art. 2 UWG (bzw. Art. 54 tHGB) auszugehen.

Nicht von Bedeutung ist es aber, ob die konkrete AGB-Bestimmung z.B. auf die Vertragsabschlussphase zugeschnitten ist oder nicht. [95] Eine Irreführung durch den AGB-Inhalt ist nämlich keine Voraussetzung.[96] Wie oben dargelegt, spielen AGB wegen eines inhärenten Informationsproblems ohnehin keine Rolle als Wettbewerbsparameter. Falls Kunden zu einem bestimmten Thema nicht informiert werden können, weil sie diese Information nicht wahrnehmen, macht es auch keinen Unterschied, ob die Information im konkreten Fall richtig, falsch, oder irreführend war.[97] Unerheblich ist es auch, ob die betreffende Klausel tatsächlich in einen Vertrag einbezogen wird.[98] Die Verwendung von AGB bedeutet nicht nur ihre Einbeziehung in den Vertrag, sondern auch die Empfehlung der Nutzung von bestimmten AGB durch einen Berufsverband, deren Wiedergabe in Angeboten, Annahmeerklärungen, öffentlichen Aushängen oder in Rechnungen.[99]

Für die Geltendmachung der negatorischen Rechtsbehelfe bedarf es eines drohenden oder andauernden unlauteren Verhaltens.[100] Sollte dies gemäss Art. 2 UWG feststehen, so haben die Klageberechtigten unabhängig von einem Schaden oder einem Verschulden des Täters einen Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Rechtswidrigkeit. Im Rahmen der

---

(Fn. 31), S. 122; BGH Urteil vom 31.3.2010 – I ZR 34/08, NJW 2011, S. 76 ff., Rz. 21.

93 Vgl. zur Voraussetzung der Wettbewerbsbeeinflussung SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 11 ff.

94 SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 112.

95 HOLTZ (Fn. 31), S. 136.

96 SHK UWG-JUNG (Fn. 43), Art. 2 N 114a; HENNIGS (Fn. 27), S. 144 f.; KÖHLER (Fn. 92), S. 1050.

97 Anders aber Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS (Fn. 80), Vor § 307 BGB N 90c ff. Vgl. dazu auch PETER JUNG, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, S. 142 f., in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014; Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 47.

98 VISCHER (Fn. 43), S. 968; ARNOLD F. RUSCH/ANDREAS SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, S. 683, 687; KÖHLER (Fn. 92), S. 1051; HENNIGS (Fn. 27), S. 133. Anders aber BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 134; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 452.

99 HENNIGS (Fn. 27), S. 117 ff.

100 BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK (Fn. 2), Art. 9 N 12.

AGB-Kontrolle wird der Unterlassungsanspruch im Mittelpunkt stehen. Die Rechtskontrolle gemäss Art. 8 UWG wird im Falle der Konkurrentenklage eine abstrakte AGB-Kontrolle sein.[101] Um festzustellen, ob ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien vorhanden ist, das in Treu und Glauben verletzender Weise den Konsumenten zum Nachteil gereicht, muss dem Richter ein gewisser Massstab gegeben sein.[102] Diesen Massstab des nicht mehr Erlaubten liefern zuvorderst die zwingenden Rechtsbestimmungen.[103] Dem folgen alle unmittelbar oder sinngemäss auf den Vertrag anzuwendenden dispositiven Normen, die Anwendung gefunden hätten, wären die AGB nicht Vertragsinhalt geworden.[104] Auch die im Anhang der Klausel-RiLi befindliche Liste von grundsätzlich bedenklichen Klauseln kann in der Schweiz eine gewisse Indizfunktion ausüben.[105] Der Richter wird dann die konkret in Frage gestellten AGB-Bestimmungen mit den jeweiligen Referenznormen vergleichen und feststellen müssen, ob zum Nachteil des Konsumenten eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten vorgenommen worden ist.[106] Bei dieser Bewertung muss er auch die berechtigten Interessen des Verwenders berücksichtigen.

III. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass für eine effektive Bekämpfung von ungültigen AGB-Bestimmungen jede Möglichkeit eingesetzt werden sollte. Es gibt keinen Grund, neben der Individual- und Verbandsklage die Konkurrentenklage auszuschliessen. Die deutsche Gerichtspraxis zeigt, dass es klagefreudige Konkurrenten gibt, die gerade gegenüber KMU, die oft von Konsumentenorganisationen verschont bleiben, eine besondere Rolle spielen kön-

---

101 Heizmann/Loacker-HEISS (Fn. 24), Art. 8 UWG N 175; VISCHER (Fn. 43), S. 969 ff.; FLORENT THOUVENIN, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 6; vgl. zur Diskussion BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 89 ff.

102 Für die Einführung eines Katalogs konkreter Klauselverbote z.B. KRAMER (Fn. 40), S. 312; SCHMID (Fn. 40), S. 19.

103 RUSCH/SCHIRRMACHER (Fn. 98), S. 688.

104 THOUVENIN (Fn. 101), Rz. 45; SCHMID (Fn. 40), S. 11; Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 465 ff. So schon ERNST A. KRAMER, Art. 19-20 OR N 158, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1991.

105 Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 488, N 525; VISCHER (Fn. 43), S. 971 f. und 976; KUT/STAUBER (Fn. 52), Rz. 126 ff.; SCHMID (Fn. 40), S. 15 f.; BSK UWG-THOUVENIN (Fn. 2), Art. 8 N 76; KRAMER (Fn. 40), S. 306 Fn. 43.

106 Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG im Detail: Kramer/Probst/Perrig-PROBST (Fn. 2), Rz. 451 ff.

nen. Sicherlich ist es empfehlenswert, die AGB-Inhaltskontrolle explizit im OR zu regeln und somit ein rein vertragsrechtliches Problem dort anzugehen, wo es *sedes materiae* auch geregelt werden müsste. Doch sollte das nicht bedeuten, dass man Art. 8 UWG unbedingt streicht. Diese Bestimmung hat vielleicht in der Schweiz eine offene Inhaltskontrolle durch Gerichte über Jahre hinaus verzögert, doch hat sie trotzdem ihre Berechtigung im UWG. Sollten die Gerichte nun durch die neue Fassung von Art. 8 UWG mehr dazu tendieren, eine effektive AGB-Inhaltskontrolle auszuüben, könnte auch in der Schweiz die Konkurrentenklage an Bedeutung gewinnen. Wenn man bedenkt, dass AGB-Texte weitgehend im Internet verfügbar sind, könnten Mitbewerber eine stärkere Motivation haben, ungültige AGB-Bestimmungen durch Unterlassungsklagen zu bekämpfen, um dadurch einen unverfälschten Wettbewerb zu erreichen.[107] Das Gleiche ist auch für die Türkei zu erhoffen, wo eine offene Inhaltskontrolle zwar schon seit Jahren möglich ist, doch diesbezügliche Individual- sowie Verbandsklagen bis heute nur selten erhoben wurden.

[107] Deswegen wäre es auch zu empfehlen, darüber nachzudenken, wie man diese Klagemöglichkeit für Konkurrenten attraktiver gestalten könnte. Eine Alternative wäre, die in Deutschland weitverbreitete vorprozessuale Abmahnung im Rahmen des UWG explizit zu regeln. Vgl. dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen-BORNKAMM (Fn. 56), § 12 UWG N 1.3 ff.; HANS-W. MICKLITZ/PETER ROTT, § 5 UKlaG N 9 ff., in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. A., München 2017.