

Kommentar zu: Urteil [4A_475/2013](#) vom 15. Juli 2014, publiziert als [BGE 140 III 404](#)
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Revidierter Art. 8 UWG

Rückwirkende Anwendung auf altrechtliche AGB?

Autor / Autorin

Matthias Leemann, Gianluca Schlaginhausen

Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & PARTNERS
ATTORNEYS AT LAW

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass Art. 8 UWG in der Fassung vom 17. Juni 2011 (nUWG) keine Rückwirkung hinsichtlich AGB-Klauseln entfalte, die vor dem Inkrafttreten des neuen Art. 8 nUWG am 1. Juli 2012 eine automatische Vertragsverlängerung auslösten. Zudem hielt das Bundesgericht in einem obiter dictum fest, dass Art. 8 nUWG eine Missbrauchsbestimmung sei und deshalb Klauseln wie automatische Vertragsverlängerungsklauseln nicht per se verboten seien.

[1] A. und ihr Sohn C. schlossen im Februar 2011 mit der B. GmbH zwei «Fitnessverträge» ab. Die vereinbarte Vertragslaufzeit betrug zwölf Monate ab 1. März 2011. Auf der Rückseite des Vertragsformulars waren die AGB der B. GmbH angebracht, welche in Ziffer 5 folgende Klausel enthielten:

«Die Mitgliedschaft ist mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende der im Vertrag genannten Erst- /Mindestlaufzeit kündbar. Die Mitgliedschaft verlängert sich automatisch um die gleiche Dauer zu den Bedingungen, welche zum Zeitpunkt der Verlängerung gelten. Will das Mitglied den Vertrag nicht verlängern, so hat es diesen bis spätestens 3 Monate vor Ablauf mit eingeschriebenem Brief zu kündigen. Kündigungen aus wichtigem Grund sind nur für die Zukunft und zu vollen Zahlungsperioden von mindestens 1 Monat möglich [...]»

[2] A. kündigte die beiden Verträge mit Einschreiben vom 28. Februar 2012 unter Geltendmachung wichtiger Gründe innert Monatsfrist auf Ende März 2012. Im Juni 2012 bestätigte die B. GmbH den Erhalt der Kündigungen, setzte aber den Austritt von A. und C. auf Ende Februar 2013 an. Sie stellte die Abonnementsgebühren bis Ende Februar 2013 in Rechnung. Als keine Zahlung erfolgte, leitete sie eine Betreibung gegen A. ein. A. erhob daraufhin Rechtsvorschlag.

[3] Im März 2013 leitete die B. GmbH Klage beim Friedensrichteramt Oberwil ein und beantragte, A. sei zur Zahlung der restlichen Abonnementsgebühren zu verpflichten. Das Friedensrichteramt verurteilte A. zur Zahlung und beseitigte den Rechtsvorschlag. Darauf erhob die Beklagte Beschwerde an das Kantonsgericht Basellandschaft, welche am 13. August 2013 abgewiesen wurde. Gegen diesen Entscheid gelangte A. mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[4] Das Bundesgericht qualifizierte die der Beschwerde zugrundeliegende Frage der intertemporalen Anwendung von Art. 8 [UWG](#) als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (E. 3.2).

[5] Es führte aus, dass sich im [UWG](#) allgemein und in der Änderung vom 17. Juni 2011 im Speziellen keine Regeln zum zeitlichen Anwendungsbereich fänden, weshalb die Art. 1–4 SchIT ZGB massgebend seien (E. 4.2).

[6] Ausgangspunkt bildete dabei die in Art. 1 SchIT ZGB enthaltene Grundregel der Nichtrückwirkung neuen Rechts, welche das Vertrauen in den Bestand einmal rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte schütze (E. 4.2 m.H. auf [BGE 138 III 659](#), E. 3.3).

[7] Diese Grundregel der Nichtrückwirkung erfahre aber gewichtige Einschränkungen, nämlich gemäss Art. 2 SchIT ZGB einmal dann, wenn das neue Recht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sei und eine Interessenabwägung zeige, dass die mit dem neuen Recht verfolgten öffentlichen Interessen die entgegengesetzten privaten Interessen, namentlich denjenigen am Schutz des Vertrauens in die Anwendung des alten Rechts, überwiegen. In diesem Fall sei auch ein Eingriff in rechtsgeschäftlich erworbene Rechte gerechtfertigt. Die massgeblichen öffentlichen Interessen ergäben sich dabei aus den rechtspolitischen Motiven, welche zum neuen Recht geführt hätten (E. 4.2 m.H. auf [BGE 133 III 105](#), E. 2.1.4 und [BGE 127 III 16](#), E. 3).

[8] Eine weitere Einschränkung der Grundregel der Nichtrückwirkung ergebe sich aufgrund von Art. 3 SchIT ZGB.

[9] Nach diesen Ausführungen ging das Bundesgericht auf den herrschenden Lehrstreit bezüglich der Rückwirkung von Art. 8 [UWG](#) ein und hielt fest, eine Mehrheit der Doktrin spreche sich unter Berufung auf die Grundregel der Nichtrückwirkung in Art. 1 SchIT ZGB gegen eine Rückwirkung aus (E. 4.3).

[10] Das Bundesgericht führte alsdann aus, dass der Lehrstreit im vorliegenden Fall nicht in allgemeiner Form entschieden werden müsse. Denn die beanstandete Vertragsverlängerung sei noch vor dem Inkrafttreten von Art. 8 nUWG am 1. Juli 2012 erfolgt und deshalb weder Art. 2 noch Art. 3 SchIT ZGB eine Grundlage für die Anwendung von Art. 8 nUWG böten. Denn selbst wenn Art. 8 nUWG um der öffentlichen Ordnung willen erlassen worden sei, würde dennoch der Vertrauensschutz gebieten, dass die gemäss den AGB vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung automatisch erfolgte Vertragsverlängerung nach altem Recht beurteilt würde. Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, dass einer bereits eingetretenen Vertragsverlängerung nachträglich die rechtliche Grundlage entzogen würde. Entsprechend sei das Vertrauen der Parteien in die gültige Verlängerung des Vertrags zu schützen, weshalb das neue Recht jedenfalls nicht auf diese vor seinem Inkrafttreten eingetretene und abgeschlossene vertragliche Rechtswirkung anwendbar sei (E. 4.4 m.H. u.a. auf [BGE 116 III 120](#), E. 3d).

[11] Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sei mithin dahingehend zu beantworten, dass, wenn eine automatische Vertragsverlängerung gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen eintrat, als der revidierte Art. 8 [UWG](#) noch nicht in Kraft war, die zugrunde liegende Klausel nicht nach neuem Recht zu beurteilen ist.

[12] Im Sinne eines obiter dictum führte das Bundesgericht anschliessend aus, die von der Beschwerdeführerin behauptete Regel, dass eine automatische Verlängerung befristeter geschlossener Abonnementsverträge unter dem neuen Recht generell als missbräuchlich anzuschauen sei, ergebe sich weder aus dem Wortlaut von Art. 8 [UWG](#) noch aus der in der Beschwerde zitierten Materialien- und Literaturstellen (E. 4.5).

[13] Die Beschwerdeführerin rügte für den Fall, dass der revidierte Art. 8 [UWG](#) nicht zur Anwendung kommen sollte, eine Verletzung der Ungewöhnlichkeitsregel. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass die Auffassung der

Vorinstanz, wonach automatische Verlängerungsklauseln bei Fitnessverträgen gang und gäbe seien und diese deshalb die Ungewöhnlichkeitsklausel nicht verletzen würden, nicht zu beanstanden sei.

[14] Demnach beurteilte das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet und wies sie ab.

Kurzkommentar

[15] Das Bundesgericht folgt im vorliegenden Fall seiner Rechtsprechung und der herrschenden Lehre, indem es Gesetzesänderungen im Bereich des Privatrechts, bei dem kein spezifisches intertemporales Recht erlassen wurde, Art. 1–4 SchIT ZGB anwendet (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2 m.H. auf die neuere Rechtsprechung und Lehre). Der Grund dafür ist, dass Art. 1–4 SchIT ZGB verfassungsmässige Grundsätze wiedergeben, also quasi Verfassungsrang haben und deshalb im Privatrecht, aber auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchen können (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2).

[16] Ausgangspunkt jeder intertemporalrechtlichen Fragestellung ist, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall richtig ausführt, die Regel der Nichtrückwirkung. Bei dieser Regel geht es, wie das Bundesgericht ebenfalls richtig ausführt, primär um Vertrauensschutz. Die Nichtrückwirkung neuen Rechts ist damit die Regel und die Rückwirkung neuen Rechts die Ausnahme (vgl. dazu GILLES BENEDICK/MARKUS VISCHER, [Die intertemporale Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR](#), in: Jusletter 3. Dezember 2012, Rz 13; MORITZ W. KUHN, Privatversicherungsrecht, Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, N 396, 409; s. schon die Marginalie von Art. 1 SchIT ZGB). Der Grund für diese Regel liegt im Grundrechtscharakter des mit der Regel der Nichtrückwirkung primär verfolgten Vertrauensschutzes (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2, 14 ff., Art. 2 SchIT ZGB N 3 ff., Art. 3 SchIT ZGB N 5 ff., Art. 4 SchIT ZGB N 5 ff.), welcher nur bei überwiegenden öffentlichen Interessen eingeschränkt werden darf (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 2, Art. 2 SchIT ZGB N 3, Art. 3 SchIT ZGB N 5).

[17] Entsprechend ergeben sich Ausnahmen von der Regel der Nichtrückwirkung aufgrund einer Interessenabwägung, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall im Einklang mit seiner neueren Rechtsprechung und der neueren, mittlerweile herrschenden Lehre festhält (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 14 ff.; Art. 2 SchIT ZGB N 3 ff.; Art. 3 SchIT ZGB N 7 ff.; Art. 4 SchIT ZGB N 4 ff., je m.H. auf die neuere Rechtsprechung und Lehre).

[18] Den Vertrauensinteressen der Betroffenen an der Weitergeltung des alten Rechts sind die entgegenstehenden Interessen gegenüberzustellen. Primär geht es da, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu Recht feststellt und wie es Art. 2 SchIT ZGB zum Ausdruck bringt, um die mit dem neuen Recht verfolgten öffentlichen Interessen. Diese sind, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu Recht festhält, aus dem Zweck, aus der Stossrichtung bzw. aus den rechtspolitischen Motiven des zur Diskussion stehenden neuen Rechts zu ermitteln (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 4).

[19] Die genannte Interessenabwägung ist nicht von Fall zu Fall, sondern vom Richter entsprechend Art. 1 Abs. 2 [ZGB modo legislatoris](#) vorzunehmen, d.h. mittels auf typische Sachverhalte bezogenen allgemeingültigen Regeln (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 5).

[20] Er kann sich dabei an Art. 3 und 4 SchIT ZGB orientieren, welche je eine Typisierung einer vorbehältlich entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen zu schützenden Vertrauensposition enthalten, nämlich einerseits die rechtsgeschäftliche Rechtsposition und andererseits das subjektive Recht (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 3 SchIT ZGB N 1 ff., Art. 4 SchIT ZGB N 1 ff.).

[21] Im vorliegenden Fall spielt, wie auch das Bundesgericht zu Recht festhält, die rechtsgeschäftliche Rechtsposition eine Rolle, also vorliegend die mit einem Vertrag, dem «Fitnessvertrag», geschaffene Vertrauensposition.

[22] In Bezug auf diese Vertrauensposition kommt das Bundesgericht in der geforderten Interessenabwägung zum Schluss, dass die mit Art. 8 nUWG verfolgten öffentlichen Interessen nicht derart stark sind, dass sie es rechtfertigten, in diese Vertrauensposition einzugreifen. Es bezog dabei die vor dem Inkrafttreten von Art. 8 nUWG erfolgte automatische Vertragsverlängerung in diese Vertrauensposition ein.

[23] Dem ist zuzustimmen.

[24] Es ist aber noch etwas auszuholen:

[25] Vertrauensschutz (und damit die Regel der Nichtrückwirkung) bedeutet bei altrechtlichen Rechtsverhältnissen, die sich als *negotia pendentia* qualifizieren, also Rechtsverhältnisse sind, welche unter altem Recht geschaffen wurden und im Zeitpunkt des neuen Rechts noch andauern (zum Begriff des *negotia pendentia* BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 6), dass sie auch in der Zukunft altem Recht unterstehen, auch was Änderungs- und Untergangstatbestände angeht (zu den Begriffen des Änderungs- und des Untergangstatbestands BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 7). Dieses Phänomen bezeichnet sich als unausweichlich expansive logische Kraft der Regel der Nichtrückwirkung (BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchIT ZGB N 11, Art. 3 SchIT ZGB N 4, Art. 4 SchIT ZGB N 4).

[26] Ein solcher Änderungsstatbestand ist vorliegend die automatische Vertragsverlängerung. Die Regel der Nichtrückwirkung und deren unausweichlich expansive logische Kraft besagt nach dem Ausgeführten, dass solche Tatbestände auch dann altem Recht unterstehen, wenn sich die einem solchen Tatbestand zugrundeliegenden Tatsachen unter der Herrschaft des neuen Rechts zutragen. Selbstverständlich ist nach dieser Regel, dass sich solche Tatbestände nach dem alten Recht richten, wenn sich die einem solchen Tatbestand zugrundeliegenden Tatsachen unter der Herrschaft des alten Rechts zugetragen haben.

[27] Wie ausgeführt erfährt die Regel der Nichtrückwirkung aber Ausnahmen. Je nach «Stärke» der vom neuen Recht verfolgten öffentlichen Interessen werden altrechtlichen Tatsachen, welche nach altem Recht ein (altrechtliches) *negotia pendentia* bewirkten, inkl. neurechtliche Tatsachen integral nach neuem Recht beurteilt, oder werden (altrechtliche) *negotia pendentia*, wie allenfalls durch (altrechtliche Änderungsstatbestände verändert), in die äquivalente Kategorie des neuen Rechts überführt mit der Folge, dass sich unter neuem Recht zugetragene Änderungs- und Untergangstatbestände nach neuem Recht richten (zu einer solchen häufig stattfindenden Überführung aufgrund einer Interessenabwägung BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchIT ZGB N 6).

[28] Es wäre demzufolge theoretisch bei entsprechender «Stärke» von Art. 8 nUWG möglich gewesen, die altrechtlichen Tatsachen, welche den (altrechtlichen) «Fitnessvertrag» und die (altrechtliche) Vertragsverlängerung als *negotia pendentia* hervorbrachten, integral dem neuen Recht zu unterstellen. Denn grundsätzlich gibt es keine absolute Schranke der Anwendung von Art. 2 SchIT ZGB (a.M. CHK-Brändli, Art. 2 SchIT ZGB N 4). Das Bundesgericht hat dies aber im vorliegenden Fall zu Recht nicht getan und die entsprechende «Stärke» von Art. 8 nUWG verneint.

[29] Nicht entschieden hat es die Frage, ob Art. 8 nUWG wenigstens die «Stärke» hat, zu bewirken, dass der (altrechtliche) «Fitnessvertrag», wie durch den (altrechtlichen) Änderungsstatbestand der automatischen Vertragsverlängerung vor Inkrafttreten von Art. 8 nUWG geändert, in die äquivalente Kategorie des neuen Rechts überführt wird mit der Folge, dass alsdann ab Inkrafttreten von Art. 8 nUWG ein neurechtlicher «Fitnessvertrag» besteht und dass diesbezügliche Änderungs- und Untergangstatbestände (wie eine automatische Vertragsverlängerung) sich nach Inkrafttreten von Art. 8 nUWG nach neuem Recht richten.

[30] U.E. ist diese Frage zu verneinen (a.M. wohl VITO ROBERTO/BERNHARD STEHLE, Zeitlicher Geltungsbereich von Art. 8 UWG, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014, recht 2014, 235 ff.).

[31] Es ist in Erinnerung zu rufen, dass nach Art. 2 SchIT ZGB neues Recht nur Rückwirkung entfaltet, wenn die Anwendung des alten Rechts (und die nach der Regel der Nichtrückwirkung und deren unausweichlich expansiven logischen Kraft weitere Anwendung des alten Rechts) zu einer Verletzung grundsätzlicher

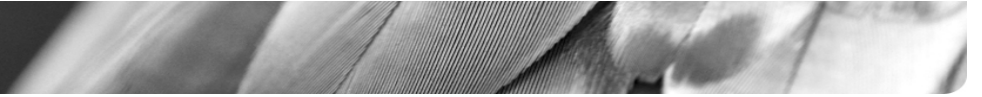
sozialpolitischer und ethischer Anschauungen führt. Das ist bei Art. 8 nUWG nicht der Fall. Art. 8 nUWG hat nicht die gleiche Stellung wie die fundamentalen Rechtsgrundsätze von Art. 2 oder Art. 27 [ZGB](#) (a.M. wohl DAVID RÜETSCHI, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, Ein kasuistischer Lösungsansatz, recht 2013, 106). Bei Art. 8 nUWG geht es vielmehr um eine «graduelle Anpassung und Weiterentwicklung der AGB-Kontrolle» (GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, 89) und keinen Quantensprung in der Rechtsentwicklung, gab es doch bereits vor Inkrafttreten von Art. 8 nUWG eine funktionierende (altrechtliche) AGB-Kontrolle, allerdings weniger gestützt auf Art. 8 aUWG, als vielmehr gestützt auf andere Normen (BENEDICK/VISCHER, a.a.O., Rz 45; bezüglich altrechtliche, «traditionelle» Inhaltskontrolle z.B. MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, 966 ff.), ganz abgesehen davon, dass angesichts der Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen in Art. 8 nUWG (z.B. VISCHER, a.a.O., 970) nicht erstellt ist, dass Art. 8 nUWG eine zur AGB-Kontrolle taugliche Norm ist. Es ist zudem so, dass kaum etwas ordre public-Charakter im Sinne von Art. 2 SchIT ZGB haben kann, das im Parlament und heute derart umstritten ist (BENEDICK/VISCHER, a.a.O., Rz 45).

[32] Hinzuweisen ist auch auf das Urteil des Bundesgerichts [4A_404/2008](#) vom 18. Dezember 2008, E. 2, wonach keine rückwirkende Anwendung des neuen [KKG](#) auf die Folgen vorzeitiger Auflösung eines vor Inkrafttreten des neuen [KKG](#) (am 1. Januar 2003) geschlossenen Leasingvertrags stattfinden soll (bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts [4A_6/2009](#) vom 11. März 2009, E. 2.3, ein Entscheid, den Rüetschi, a.a.O., 106, in seiner kasuistischen Beweisführung der Rückwirkung von Art. 8 nUWG immerhin als «[e]twas heikler» bezeichnet). Hinzuweisen ist weiter auf die Urteile des Bundesgerichts [4A_163/2010](#) vom 2. Juli 2010 (= [BGE 136 III 334](#)), E. 2.2, [4A_579/2009](#) vom 1. Februar 2010, E. 2.2, [4A_285/2009](#) vom 22. Oktober 2009, E. 4.4, und [4A_261/2008](#) vom 1. Oktober 2008, E. 3.1, wonach keine rückwirkende Anwendung von Art. 6 nVVG auf vor Inkrafttreten von Art. 6 nVVG (am 1. Juni 2006) geschlossene Versicherungsverträge stattfinden soll (Entscheide, die RÜETSCHI, a.a.O., 104 ff., in seiner kasuistischen Beweisführung der Rückwirkung von Art. 8 nUWG nicht erwähnt).

[33] Diese Urteile zeigen, dass ein (allenfalls) verbesserter Konsumentenschutz mitnichten per se ein Anwendungsfall von um der öffentliche Ordnung und Sittlichkeit willen erlassenen Normen im Sinne von Art. 2 SchIT ZGB ist und eine Rückwirkung und damit einen Eingriff in Grundrechte erlaubt, auch wenn Konsumentenschutz gemäss Art. 97 [BV](#) ein Verfassungsauftrag ist (BENEDICK/VISCHER, a.a.O., Rz 45; gl.M. PASCAL PICHONNAZ, Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie (CO 371 et CO 210), SJZ 2013, 76: «En outre, le fait qu'il s'agisse d'une règle visant à protéger les consommateurs n'est en soi pas encore suffisant pour fonder le caractère d'ordre public, comme en ressort indirectement d'un arrêt du Tribunal fédéral relatif à la LCC [...].»).

[34] Zum obiter dictum des Bundesgerichts im vorliegenden Fall ist schlussendlich festzuhalten, dass dieses von grösster Tragweite ist, weshalb es das Bundesgericht wohl auch gemacht hat. Es bestätigt, dass Art. 8 nUWG nicht wie von vielen Autoren postuliert eine Blankettnorm für eine nun grenzenlose offene Inhaltskontrolle, sondern vielmehr lediglich eine Missbrauchsnorm ist (VISCHER, a.a.O., 971) und dass entsprechend gewisse Klauseln wie im vorliegenden Fall eine automatische Verlängerungsklausel nicht zum vornherein und per se verboten sind. Entsprechend bedarf Art. 8 nUWG (wie Art. 1–4 SchIT ZGB, welche ebenfalls weitgehend Generalklauseln sind) entsprechend Art. 1 Abs. 2 [ZGB](#) der sorgfältigen Ausdifferenzierung durch den Richter modo legislatoris. Diese Ausdifferenzierung ist nicht ad hoc, sondern mittels auf typische Sachverhalte bezogene allgemeingültige Regeln vorzunehmen (VISCHER, a.a.O., 970 ff.).

Zitiervorschlag: Matthias Leemann / Gianluca Schlaginhausen / Markus Vischer, Revidierter Art. 8 UWG, in: dRSK, publiziert am 7. November 2014



Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch