

Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen

L'applicabilité de l'art. 8 LCD aux conditions générales des contrats de bail

von Dr. Thomas Wetzels, lic. iur. Michael Grimm und Dr. Peter Mosimann*

1. Einleitung

Ein Mietvertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien zustande: Der Vermieter verpflichtet sich, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 OR). Mietverträge für Wohnräume werden häufig nicht in allen Einzelheiten zwischen den Parteien (Mieter und Vermieter) ausgehandelt. Dementsprechend oft setzt sich ein Mietvertrag aus individuell ausgehandelten und vereinbarten «Speziellen Bestimmungen» und den zwischen den Parteien nicht im Detail verhandelten, vorformulierten «Allgemeinen Bestimmungen» zusammen (nachfolgend einheitlich «Allgemeine Geschäftsbedingungen», AGB)¹.

AGB dienen dabei auch der «Rationalisierung» von Vertragsverhandlungen, indem «das Rad nicht jedes Mal neu erfunden» werden muss und sind geeignet, die Rechtssicherheit zu erhöhen, sofern die gleichen Bestimmungen innerhalb einer Branche breite Anwendung finden². Sie bergen aber auch die Gefahr, dass die Partei in der schwächeren Verhandlungsposition systematisch benachteiligt wird³. Allzu einseitige Bestimmungen müssen deshalb einer Kontrolle unterzogen werden können. Im Gegensatz zu den meisten europäischen Ländern fehlten in der Schweiz bislang geeignete Instrumente, die der genannten Problematik Rechnung trugen⁴. Die Rechtsprechung hatte sich bislang auf eine *verdeckte* Inhaltskontrolle beschränkt, nämlich mittels der sog. *Geltungskontrolle* auf Ebene des Vertragsabschlusses (Vorrangigkeit von Individualabreden, Ungewöhnlichkeitsregel) und der *Auslegungskontrolle* (Unklarheitenregel).

Am 1. Juli 2012 ist der neue Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 in Kraft getreten. Diese in der parlamentarischen Beratung mitunter als «eigentliches Herzstück» der Revisions-

* Unter Mitarbeit von M.A. HSG Tabea Lorenz und BLaw Nico Bernhard

¹ Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Kap. 3/1., S. 42.

² Rainer Schumacher, Wie zu Gotthelfs Zeiten: schlechte Verträge ... und zeitgemässe Gegenmittel, in: Jusletter 4. April 2005, Rz. 44.

³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6177.

⁴ Charakteristisch dazu Peter Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 3/2006, S. 77 ff., S. 85: «[...] die Schweiz ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AVB[...]».

vorlage bezeichnete Bestimmung⁵ erlaubt nun – als in der Schweiz erstmalige Neuerung – eine *offene* Inhaltskontrolle von AGB.

Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, ob und in welchen Fällen Art. 8 UWG auf AGB von Mietverträgen anwendbar ist, welche Kriterien für die Überprüfung mietrechtlicher AGB unter dem Blickwinkel von Art. 8 UWG gelten und welche praktischen Auswirkungen auf das Mietrecht von der neuen Gesetzesbestimmung zu erwarten sind.

2. AGB in Mietverträgen – ein Blick auf die Praxis

2.1 Erscheinungsformen

Der weitaus überwiegende Teil der Mietverträge wird in der Praxis unter Zuhilfenahme von vorformulierten Vertragsformularen abgeschlossen⁶. Solche Mietverträge enthalten einerseits einen *Stammvertrag* mit Bestimmungen, die sich auf die individuellen Verhältnisse beziehen (z.B. Namen der Mietparteien, Bezeichnung des Mietobjektes, Mietdauer, Höhe des Mietzinses etc.) und andererseits die AGB, die in mehr oder weniger ausführlicher Form die Rechte und Pflichten der Parteien regeln⁷. Typischer Inhalt von AGB in Mietverträgen sind die Rechte und Pflichten der Parteien im Zusammenhang mit der Übergabe des Mietobjektes, dem Unterhalt, den Änderungen an der Mietsache, den Rückgabemodalitäten und präzisierende Bestimmungen zu den Nebenkosten.

AGB sind für die Parteien nur dann verbindlich, wenn im Stammvertrag *ausdrücklich darauf verwiesen* wird. Gewöhnlich dienen sie dazu, das Aushandeln von Vertragsbedingungen zu vermeiden; der Vertragspartner soll veranlasst werden, den bereits formulierten und im Formular bereit stehenden Inhalt unverändert zu übernehmen. Dadurch unterscheiden sich AGB-Verträge von ausgehandelten Einzelverträgen. In der Praxis sind die von den Hauseigentümer- und Immobilien-Treuhänderverbänden, den Mieterverbänden sowie den grossen Immobilien-Verwaltungsunternehmen aufgestellten Vorlagen für Mietverträge mit den entsprechenden AGB von erheblicher Bedeutung⁸.

Wird der vorformulierte AGB-Text individuell abgeändert, liegt *keine* vorformulierte Geschäftsbedingung, sondern eine Individualabrede vor. Ebenfalls keine AGB liegen vor, wenn der Vertragstext von den Parteien gemeinsam ausgearbeitet worden ist⁹.

⁵ Votum von Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer, AB 2011 der Sommersession vom 31.5.2011, 09.069, S. 799.

⁶ SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Art. 253 Rz. 11.

⁷ Lachat et al., a.a.O., S. 42.

⁸ SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 253 Rz. 11.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.1; vgl. dazu Kramer, Berner Kommentar, Art. 1 OR Rz. 181 ff.; Jäggi, Zürcher Kommentar, Art. 1 OR Rz. 431 und 436.

2.2 Abgrenzung zu den allgemeinverbindlichen Rahmenmietverträgen

Von AGB-Verträgen abzugrenzen sind die *allgemeinverbindlichen Rahmenmietverträge*, welche paritätische Abkommen zwischen Vermieter- und Mieterverbänden darstellen und Musterbestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Mietverhältnisse über Wohnräume zum Inhalt haben¹⁰. Solche Rahmenmietverträge können vom Bundesrat – oder der kantonalen Behörde, sofern lediglich ein Kanton betroffen ist – allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Rahmenmietvertrages sind (relativ) *zwingendes Recht* für alle Mietverhältnisse des betreffenden Gebietes und des vom Vertrag anvisierten Bereiches¹¹. Gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23. Juni 1995 sind Bestimmungen in Einzelmietverträgen, die allgemeinverbindlichen Bestimmungen widersprechen, nichtig, es sei denn, sie sind für den Mieter günstiger. Derzeit existieren lediglich in der Westschweiz zwei für allgemeinverbindlich erklärte Rahmenmietverträge: Die Paritätischen Westschweizerischen Bestimmungen für Wohnräume (PWB), welche in den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg, Freiburg, Jura sowie den sieben französischsprachigen Bezirken des Kantons Wallis gelten und für den Kanton Waadt die RULV (*Dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud*).

2.3 Gesetzgebung und Rechtsprechung

Erwähnung im Gesetz findet der *Begriff der AGB* in Art. 256 Abs. 2 OR: Von der Pflicht des Vermieters, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten, kann zum Nachteil des Mieters nicht abgewichen werden, wenn die diesbezüglichen Vereinbarungen in «vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen» enthalten sind.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich im Zusammenhang mit AGB in Mietverträgen bisher insbesondere mit den Bestimmungen über die *Nebenkosten* beschäftigt: Gemäss Art. 257a Abs. 2 OR hat der Mieter die Nebenkosten nur dann zu bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung entschieden, dass als *besondere Vereinbarung* ein Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie die «Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume» *nicht* genügt. Dem Mieter könne nicht zugemutet werden, sich erst aufgrund einer sorgfältigen Konsultation der Vertragsbedingungen ein Bild zu machen, welche Nebenkosten von ihm zu tragen sind. Vielmehr habe er Anspruch darauf, dass ihm nur diejenigen Nebenkosten überbunden werden, die im (individuellen) Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden. Nur wenn die Allgemeinen Vertragsbedingungen eine Konkretisierung der im Mietvertrag bereits zu Lasten des Mieters ausgeschiedenen Nebenkosten bedeuten, könne daraus unter Umständen auf deren Übernahme durch den Mieter geschlossen werden¹².

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23. Juni 1995 (SR 221.213.15).

¹¹ Lachat et al., a.a.O., S. 48.

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_397/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006 E. 1.1, in: mp 2006, S. 274; Urteil des Bundesgerichts 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.1.

3. Der neue Art. 8 UWG

3.1 Entstehungsgeschichte

Mit der Revision von Art. 8 UWG strebte der Bundesrat die Schliessung einer «im Vergleich mit dem europäischen Recht bestehende[n] Lücke» und die Beseitigung einer «für Schweizer Bürgerinnen und Bürger bestehende[n] Diskriminierung» an¹³. Der bisherige Art. 8 UWG setzte in seinem Tatbestand eine *Irreführung* der anderen Vertragspartei voraus. Da es jedoch in der Praxis an der Irreführung zu meist fehlte, stellte die bisherige Bestimmung kein effizientes Instrument zur Überprüfung von AGB dar. Der Bundesrat schlug deshalb in seinem Entwurf vor, das Erfordernis der Irreführung aus Art. 8 UWG zu streichen und damit eine gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB zu schaffen¹⁴.

In der parlamentarischen Beratung war Art. 8 UWG lange umstritten. Befürchtet wurde eine zu starke Einschränkung der Vertragsfreiheit, weshalb das Parlament den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG auf jene Fälle einschränkte, in denen *Konsumentinnen und Konsumenten* durch einseitige AGB-Klauseln benachteiligt werden. Im Unterschied zum Wortlaut der Botschaft sind *Gewerbetreibende* daher ausdrücklich vom Schutzbereich ausgenommen. Das Parlament einigte sich schliesslich auf folgende Formulierung von Art. 8 UWG, welche am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist:

«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.»

Der Wortlaut von Art. 8 UWG lehnt sich eng an Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 (nachfolgend: «Richtlinie») an¹⁵. Die Richtlinie kann deshalb zur Auslegung und Konkretisierung von Art. 8 UWG herangezogen werden¹⁶. Allerdings gilt es diesbezüglich zu berücksichtigen, dass der Wortlaut dieser Richtlinie einzig eine Mindestharmonisierung darstellt und die direkte Umsetzung und Konkretisierung der Bestimmung den einzelnen Staaten überlassen wird. So haben die meisten Mitgliedstaaten die in Art. 3 der Richtlinie genannten Kriterien nicht wörtlich umgesetzt, sondern teilweise von der Richtlinie abweichende oder zusätzliche Kriterien aufgestellt¹⁷.

3.2 Sachlicher Anwendungsbereich

3.2.1 Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wird im UWG nicht definiert. Gemäss Botschaft sollen diejenigen Vertragsbestimmungen darunter fallen, «die im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen zum Voraus for-

¹³ Botschaft UWG, a.a.O., S. 6186.

¹⁴ Botschaft UWG, a.a.O., S. 6178.

¹⁵ statt vieler: Votum von Bundesrat Schneider-Amman, AB 2011 der Sommersession vom 31.5.2011, 09.069, S. 800.

¹⁶ Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, ZBJV 148/2012, S. 1 ff., S. 15.

¹⁷ Markus Hess/Lea Ruckstuhl, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, S. 1188 ff., S. 1192 m.w.H.

muliert werden»¹⁸. Als vorformuliert gelten sämtliche Bestimmungen, die nicht individuell zwischen den einzelnen Vertragspartnern ausgehandelt wurden¹⁹.

Die AGB der vorerwähnten Formular-Verträge der Hauseigentümer- und Immobilien-Treuhänderverbände, Mieterverbände sowie der grossen Immobilien-Verwaltungsunternehmen werden damit von Art. 8 UWG erfasst. Keine Anwendung findet Art. 8 UWG bei diesen Formular-Verträgen aber auf die Bestimmungen des Stammvertrages (z.B. mit der Bezeichnung der Mietparteien, des Mietobjektes, des Mietzinses etc.). Dieser Teil des Vertrages wurde von den Parteien individuell festgelegt und kann nicht als AGB qualifiziert werden. Bei Verträgen, in denen ein Teil der vertraglichen Vereinbarung von den Parteien individuell festgelegt wurde, ein anderer aber durch AGB geregelt wird, sind diese Regelungen zu trennen und nur die AGB der Kontrolle von Art. 8 UWG zu unterstellen²⁰.

Unter den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen können auch Rahmenmietverträge fallen, die (u.U. sogar paritätisch) von Vermieterverbänden (Hauseigentümervereine und Interessenverbände von Wohnbaugenossenschaften) und Mieterverbänden zur Verwendung bei konkreten Mietverhältnissen hergestellt werden²¹. Dies gilt jedoch nur, wenn sie *nicht* allgemeinverbindlich erklärt wurden. Ab Zeitpunkt der Allgemeinverbindlicherklärung ersetzen nämlich deren Bestimmungen von Gesetzes wegen alle Normen der bestehenden Einzelmietverträge, die ihnen widersprechen, mit Ausnahme derjenigen, die für die Mieter günstiger sind²². In der Terminologie des Arbeitsrechts ausgedrückt: Ein allgemeinverbindlich erklärter Rahmenmietvertrag hat normative Wirkung und untersteht dem Günstigkeitsprinzip²³.

3.2.2 Verwendung

Die Unlauterkeit einseitig vorformulierter AGB setzt deren tatsächliche Verwendung im Geschäftsverkehr bzw. beim Vertragsabschluss voraus. In welcher konkreten Form die Verwendung missbräuchlicher AGB in Mietverträgen erfolgt (z.B. Abdruck der AGB auf dem Vertragsformular oder separates AGB-Dokument als Anhang zum Vertrag), spielt keine Rolle²⁴.

Vertragsrechtlich liegt eine relevante Verwendung von AGB grundsätzlich erst dann vor, wenn sie durch *Konsens* zum Vertragsinhalt erhoben worden sind. Lauterkeitsrechtlich genügt dagegen bereits die Verwendung von AGB im Geschäftsverkehr zum Zwecke des Vertragsabschlusses, auch wenn die AGB am Ende nicht Vertragsbestandteil werden²⁵. Dabei stellt nach der hier vertretenen Auffassung

¹⁸ Botschaft UWG, a.a.O., S. 6177.

¹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.1.

²⁰ Florent Thouvenin, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 7.

²¹ Higi, Zürcher Kommentar, Art. 256 Rz. 62.

²² Art. 5 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23. Juni 1995 (SR 221.213.15).

²³ Giacomo Roncoroni, Zu den zwei ersten allgemeinverbindlich erklärten Rahmenmietverträgen der Schweiz, mp 2004, S. 1 ff., S. 2.

²⁴ Thomas Probst, in: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 8 Rz. 35.

das blosse Verfassen, Drucken und Publizieren von AGB lauterkeitsrechtlich noch keine relevante Verwendung dar. Massgeblich ist die tatsächliche Verwendung im Zusammenhang mit einem konkreten möglichen Vertragsabschluss²⁶.

Massgeblich ist die tatsächliche Verwendung der AGB zum Zwecke des Vertragsabschlusses, unabhängig von der eigentlichen Urheberschaft der AGB. Verwender von AGB ist daher stets *eine der Vertragsparteien*, so dass Drittpersonen (z.B. Liegenschaftsverwaltungen, Anwälte oder Branchenverbände), welche die AGB verfasst haben, als Verwender ausscheiden²⁷.

3.3 Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 8 UWG beschränkt den persönlichen Anwendungsbereich auf *Konsumentinnen und Konsumenten*. Damit werden AGB *unter Gewerbetreibenden* (sog. «Business-to-Business-Verträge») nicht von Art. 8 UWG erfasst²⁸. Der in der Praxis bedeutsame Bereich der AGB von Geschäftsmietverträgen fällt damit nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG. Für AGB in diesen Verträgen verbleiben die bereits bisher vorgesehenen Korrekturmöglichkeiten: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur *Ungewöhnlichkeitsregel* sind von der global erklärten Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle *ungewöhnlichen* Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist²⁹. Darüber hinaus kann die *Unklarheitenregel* zur Anwendung kommen, wonach zweideutige Wendungen im Zweifel zu Lasten ihres Verfassers auszulegen sind³⁰.

Das UWG enthält keine Definition, wer unter den Begriff der Konsumentin und des Konsumenten fällt. Als Auslegungshilfe kann Art. 32 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) oder der Konsumentenbegriff der Richtlinie 93/13/EWG³¹ herangezogen werden. Nach Art. 32 Abs. 2 ZPO gelten als Konsumentenverträge, *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*. Demgegenüber legt die Richtlinie den Begriff weiter aus, und greift *jegliche Verträge auf, die eine natürliche Person zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*³².

²⁵ Thomas Probst, a.a.O., Art. 8 Rz. 34.

²⁶ vgl. Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1194 m.w.H., Thomas Probst, a.a.O., Art. 8 Rz. 37.

²⁷ Thomas Probst, a.a.O., Art. 8 Rz. 36 f.; a.M. offenbar Hubert Stöckli, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, Tagungsband Baurechtstagung 2013, S. 175 f., danach kann auch der gewerbliche Vertrieb von AGB, deren Verwendung nach Art. 8 UWG unlauter wäre, als unlauteres Geschäftsgebahren nach Art. 2 UWG gewertet werden.

²⁸ Jörg Schmid, a.a.O., S. 7.

²⁹ BGE 135 III 1 E. 2.1.

³⁰ BGE 115 II 264 E. 5a.

³¹ vgl. Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1194 f. m.w.H.

³² Hubert Stöckli, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, HAVE 2012, S. 199 ff., S. 202; Hubert Stöckli, Baurechtstagung 2013, S. 177, der für einen weiten Konsumentenbegriff plädiert und es offen lässt, ob der Konsumentenbegriff des Art. 8 UWG auch auf juristische Personen auszudehnen ist.

Die Meinungen in der Lehre über die Auslegung des von Art. 8 UWG verwendeten Konsumentenbegriffs sind *geteilt*³³. Für den hier untersuchten Bereich der AGB von Mietverträgen ist dieser Disput aber nach Auffassung der Autoren von wenig praktischer Relevanz. Die *Geschäftsraummiete* fällt nicht unter Art. 8 UWG. Damit verbleibt der – in der Praxis allerdings sehr bedeutsame – Bereich der *Wohnraummiete*. Diese deckt aber geradezu exemplarisch ein existentielles Bedürfnis einer natürlichen Person (nämlich das Bedürfnis nach Wohnen) ab und ist damit zweifellos als Leistung des *üblichen Verbrauchs* zu qualifizieren. Selbst unter dem Blickwinkel des eingeschränkten Anwendungsbereichs, wie ihn Art. 32 Abs. 2 ZPO definiert, *fällt nach der hier vertretenen Auffassung die Verwendung von AGB bei der Miete von Wohnräumen unter Art. 8 UWG*. Anzumerken bleibt, dass sich die zu Art. 32 ZPO bestehende Lehrmeinung, dass Miet- und Pachtverträge betreffend unbeweglicher Sachen generell *keine* Konsumentenverträge im Sinne von Art. 32 ZPO seien, weil dazu bereits ein Sonderprivat- und -prozessrecht bestehe³⁴, auf die Regeln zum *Gerichtsstand* bezieht und nach der hier vertretenen Meinung nicht allgemein für den in Art. 8 UWG verwendeten Konsumentenbegriff gelten kann. *Mietverträge für Wohnräume sind also als Konsumentenverträge zu qualifizieren*, mit folgender Ausnahme:

Art. 2 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VWMG) vom 9. Mai 1990 schliesst *«luxuriöse Wohnungen»* von den Schutzbestimmungen für Wohn- und Geschäftsräume aus. Auch wenn Personen, die sich einen höheren als den üblichen Lebensstandard leisten können, mit der Miete von (luxuriösem) Wohnraum letztlich ebenfalls nur ein existentielles Bedürfnis decken, sollte – im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung – die gesetzliche Sondervorschrift auch im Anwendungsbereich von Art. 8 UWG gelten und *«luxuriöse Wohnungen»* damit nicht von Art. 8 UWG erfasst werden. Diese Auffassung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil den Verträgen über solche Mietobjekte kaum je AGB zu Grunde gelegt werden dürften und zwischen den Parteien solcher Verträge in der Regel auch kein Ungleichgewicht besteht.

Dem Wortlaut von Art. 8 UWG lässt sich nicht entnehmen, ob dieser auch bei Verträgen *zwischen Konsumenten untereinander* (sog. «Consumer-to-Consumer-Verträge») zur Anwendung kommt. Lehnt man sich bei der Auslegung von Art. 8 UWG an den Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 ZPO an, so liegt ein Konsumentenvertrag nur dann vor, wenn die *andere Partei die Leistung im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbietet*. Dies deutet darauf hin, dass Consumer-to-Consumer Verträge *nicht* von Art. 8 UWG erfasst werden. Die Meinungen dazu sind in der Lehre *geteilt*³⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Konsumentenbegriff von Art. 8 UWG *autonom*, mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm auszulegen. Die Inhaltskontrolle von AGB bezweckt den Schutz des

³³ vgl. Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1194 ff. m.w.H.

³⁴ Feller/Bloch, in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 32 Rz. 40.

³⁵ zustimmend: Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1195 f., Ahmet Kut/Demian Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, S. 18; ablehnend: Florent Thouvenin, a.a.O., Rz. 21.

Konsumenten. Dieses Schutzbedürfnis ist unabhängig davon gegeben, ob die andere Vertragspartei die Leistung im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbietet, weshalb Art. 8 UWG nach Auffassung der Autoren auch auf Consumer-to-Consumer Verträge Anwendung findet³⁶.

Hinzu kommt, dass auch unter dem eingeschränkten Anwendungsbereich, wie ihn Art. 32 Abs. 2 ZPO definiert, Art. 8 UWG auf die überwiegende Mehrheit der AGB von Mietverträgen für Wohnräume zur Anwendung kommen dürfte und zwar aus folgenden Gründen: Die Abgrenzung, ob ein *Konsumentenvertrag* oder ein Vertragsverhältnis *zwischen* Konsumenten (Consumer-to-Consumer Vertrag) vorliegt, erfolgt über den Begriff des *Anbieters*: beim Konsumentenvertrag bietet dieser seine Leistung im Rahmen *seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit* an. Dabei kommt es aber nicht darauf an, ob es sich um eine Haupt- oder Nebentätigkeit handelt. Entscheidend ist, dass der Vertragspartner des Konsumenten (der Anbieter) die vertragliche Leistung im Rahmen *einer dauernden auf Erwerb gerichteten Tätigkeit* erbringt. Dazu braucht es die Absicht, grundsätzlich gegenüber einer (unbestimmten) Vielzahl von Personen in der gleichen Art zu handeln. Ob das Geschäft das erste, aufgrund einer solchen Absicht geschlossene ist oder ob bereits eine reiche Geschäftserfahrung besteht, ist irrelevant³⁷. Bei der Mehrheit aller Mietverhältnisse für Wohnräume stehen sich private Personen als Vertragspartner gegenüber³⁸. Diese Mietverhältnisse können aber deshalb nicht einfach als Consumer-to-Consumer Verträge qualifiziert und vom Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ausgenommen werden. Denn wer z.B. als Privatperson Wohnungen vermietet, tut dies im Rahmen einer gewerblichen Nebentätigkeit im Sinne der vorerwähnten Definition. Gleiches gilt auch für den Hauseigentümer, der seine Einliegerwohnung dauernd an Drittpersonen vermietet. Der Abschluss dieser Mietverträge erfolgt zum Zwecke der Gewinnerzielung und dies in der Bereitschaft gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Personen zu handeln. Die Vermietung von Wohnraum ist deshalb als (neben-) *berufliche oder gewerbliche Tätigkeit* zu qualifizieren. So sind in der Praxis nur wenige (und wohl auch nicht sehr häufig anzutreffende) Konstellationen denkbar, in denen bei der Vermietung von Wohnraum unter Privatpersonen von einem reinen Consumer-to-Consumer Vertrag auszugehen ist (z.B. ein Student, der einmalig die von ihm nicht benötigten Zimmer im Rahmen einer Wohngemeinschaft an Mitstudenten untervermietet).

3.4 Vorliegen eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses

Art. 8 UWG regelt, dass AGB missbräuchlich sind, wenn sie ein *erhebliches und ungerechtfertigtes* Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Dies muss zum *Nachteil* der Konsumentinnen und Konsumenten und *in Treu und Glauben verletzender Weise* geschehen. Unklar ist, nach welchen

³⁶ gl.M. Florent Thouvenin, a.a.O., Rz. 21.

³⁷ Balz Gross, in: Müller/Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 22 Rz. 97 f.

³⁸ Bundesamt für Statistik, BFS, Mietpreis-Strukturerhebung 2003, Detailergebnisse, S. 43, Wohnungsanteile nach Eigentübertyp: Privatpersonen 56.3%, Öffentliche Hand 4.8%, Wohnbaugenossenschaft 9.2%, Andere (Versicherung, Pensionskasse, Immobiliengesellschaft, Baufirma, Stiftung, SBB, Swisscom) 29.7%.

Kriterien das genannte Missverhältnis zu beurteilen ist und welche Rolle dabei dem im Gesetzestext erwähnten Kriterium von Treu und Glauben zukommt. Weder die Botschaft noch die parlamentarischen Beratungen haben dazu Klärung gebracht³⁹. Nötig ist im Einzelfall eine *umfassende Abwägung* sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Gegenseite. Zu bewerten ist demnach, ob das erhebliche Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten aus der Sicht einer loyalen, korrekten Person aufgrund besonderer Umstände als gerechtfertigt erscheint⁴⁰. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, der Rechtspraxis einen verlässlichen, umsetzungsorientierten Leitfaden an die Hand zu geben. Prognosen für konkrete Fälle sind demnach nur schwer möglich⁴¹.

Der Wortlaut von Art. 8 UWG deutet darauf hin, dass die Lauterkeit einer AGB-Bestimmung nicht isoliert, sondern nur mit Blick auf *sämtliche vertraglichen Rechte und Pflichten* zu prüfen ist, und zwar unabhängig davon, ob diese in den AGB selbst oder in einem anderen Vertragsbestandteil enthalten sind. Damit stellt sich die Frage, ob ungünstige Klauseln durch günstige *«kompensiert»* werden können⁴². Im Vordergrund steht dabei die Kompensation von nachteiligen Vertragsbestimmungen durch einen günstigeren Preis. Eine solch uneingeschränkte Kompensation wird von einem Teil der Lehre abgelehnt⁴³.

Nach einer *differenzierteren Betrachtungsweise* soll in diesen Fällen eine Kompensation nur in Frage kommen, wenn zwischen nachteiliger und günstiger Klausel ein unmittelbarer, für den Kunden transparenter Zusammenhang besteht⁴⁴. Dieser Auffassung ist *zuzustimmen* und deckt sich auch mit den im Mietrecht heute schon bestehenden Grundsätzen. So können nach der Rechtsprechung und Lehre dem Mieter im Vertrag gewisse Unterhaltungspflichten übertragen werden, die nach den gesetzlichen Bestimmungen vom Vermieter zu tragen wären, sofern der Verlagerung der Unterhaltungspflicht bei der Festlegung des Mietzinses Rechnung getragen worden ist oder eine Entschädigung vereinbart wurde⁴⁵. Die in diesen Fällen anerkannte Kompensation von ungünstigen Vertragsbestimmungen ist jedoch nur zulässig, wenn sie im Vertrag in einer Weise offen gelegt wird, die sicherstellt, dass sie die Aufmerksamkeit der Gegenpartei erlangen und der Entscheid im Wissen um die jeweiligen Merkmale gefällt wird⁴⁶.

3.5 Folgen einer Verletzung von Art. 8 UWG

AGB, die gegen Art. 8 UWG verstossen, sind *nichtig* (Art. 8 UWG i.V.m. Art. 2 UWG und Art. 20 Abs. 1 OR). Nach der in Art. 20 Abs. 2 OR aufgestellten Regel der Teilnichtigkeit ist regelmässig nicht von der Nichtigkeit des ganzen Vertrages

³⁹ vgl. zum heutigen Stand der Diskussion Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1196 ff.

⁴⁰ Jörg Schmid, a.a.O., S. 14.

⁴¹ Hubert Stöckli, Baurechtstagung 2013, S. 176.

⁴² zustimmend Ahmet Kut/Demian Stauber, a.a.O., S. 19.

⁴³ vgl. Florent Thouvenin, a.a.O., Rz. 39.

⁴⁴ sog. enge Kompensation, vgl. Florent Thouvenin, a.a.O., Rz. 40.

⁴⁵ Lachat et al., a.a.O., S. 157 f.

⁴⁶ Florent Thouvenin, a.a.O., Rz. 41.

auszugehen, sondern lediglich von der Nichtigkeit *der einzelnen Klausel*, die gegen Art. 8 UWG verstösst. Der Stammvertrag mit den Bestimmungen, die sich auf die individuellen Verhältnisse beziehen, sowie die gültig vereinbarten und nicht gegen Art. 8 UWG verstossenden AGB sind davon jedoch nicht betroffen, sondern bleiben weiterhin bestehen. Die geltungserhaltende Reduktion einer Klausel dürfte in den Fällen abzulehnen sein, in denen davon ausgegangen werden muss, dass der AGB-Verwender bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert, wenn es also nahe liegt, dass versucht werden soll, eine Schutznorm zu unterlaufen⁴⁷. Umgekehrt soll es dem Verwender von missbräuchlichen AGB aber auch verwehrt sein, sich mit dem Argument, er hätte den Vertrag ohne die missbräuchliche AGB nicht geschlossen, gegen die Feststellung einer Teilnichtigkeit zur Wehr zu setzen⁴⁸. Die Nichtigkeit greift im Übrigen auch dann, wenn eine Partei bei Vertragsschluss unterschriftlich erklärt hat, dass sie die AGB «in allen Teilen gelesen und verstanden und sie vorbehaltlos akzeptiert hat». Denn Art. 8 UWG lässt sich durch rechtsgeschäftliche Erklärung nicht aus der Welt schaffen⁴⁹.

4. Auswirkungen auf den mietrechtlichen Alltag

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, dem revidierten Art. 8 UWG einen Katalog mit beispielhaften Klauseln beizugeben, die als missbräuchlich gelten können. Bundesrat Johann Schneider-Ammann hat im Nationalrat – allerdings zum Revisionsentwurf des Bundesrates – folgende Beispiele für missbräuchliche Klauseln erwähnt⁵⁰:

- Wegbedingung der Haftung auch bei schwerem Verschulden;
- Erhebung von Zinsen auf dem Gesamtbetrag, auch wenn schon ein Teilbetrag bezahlt worden ist;
- automatische Verlängerung befristeter geschlossener Abonnementsverträge;
- das Recht des AGB-Verfassers, die AGB jederzeit einseitig abzuändern;
- automatische und stillschweigende Verlängerung einer kostenpflichtigen Garantie.

Als Fallgruppen von Klauseln, bei denen ein erhebliches Missverhältnis in Betracht fällt, werden in der Lehre weiter genannt: Klauseln über Verrechnungsverbote, Abreden über die Verjährung, Auslegungs- und Beweisklauseln oder Gerichtsstandsklauseln⁵¹.

All die vorerwähnten Beispiele zeigen, dass die neue Gesetzesbestimmung für das Mietrecht *kaum Auswirkungen* zeitigen wird. Die meisten bedeutenden Bestimmungen des Mietrechts sind als zwingende bzw. teilzwingende Normen ausgestaltet. Dies gilt jedenfalls mit Bezug auf diejenigen Bestimmungen, welche im weitesten Sinn eine Regelung zum Schutz des Mieters enthalten⁵². All die beson-

⁴⁷ Markus Hess/Lea Ruckstuhl, a.a.O., S. 1211.

⁴⁸ Hubert Stöckli, Baurechtstagung 2013, S. 178.

⁴⁹ Hubert Stöckli, Baurechtstagung 2013, S. 178.

⁵⁰ vgl. Ahmet Kut/Demian Stauber, a.a.O., S. 22 f.

⁵¹ Jörg Schmid, a.a.O., S. 12 f.

⁵² SVIT-Kommentar, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 253–274g Rz. 3.

deren Bestimmungen des Mietrechts zu den Wohn- und Geschäftsräumen (Kündigungsschutz und Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen) bieten dem Mieter bereits heute einen *umfassenden Schutz* vor unlauterem Geschäftsgebaren des Vermieters. So enthält das Mietrecht zahlreiche Bestimmungen, die der Parteiautonomie gänzlich entzogen sind oder die nicht zum Nachteil des Mieters abgeändert werden dürfen. Zu denken ist etwa an das Verbot von Koppelungsgeschäften (Art. 254 OR), das Erfordernis der besonderen Vereinbarung von Nebenkosten (Art. 257a OR), das Verbot im Voraus auf die Verrechnung zu verzichten (Art. 265 OR), die Formerfordernisse für die Kündigung (Art. 266I-266o OR), Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen (Art. 269d Abs. 2 und 3 OR), die Bestimmungen zur maximalen Höhe der Mietkaution bei der Wohnraummiete (Art. 257e Abs. 2 OR), die Gründe für die Verweigerung einer Untermiete (Art. 262 OR) etc.⁵³. Eine Vertragsklausel, die gegen diese Bestimmungen verstösst, ist nichtig, unabhängig davon, ob sie im Stammvertrag oder den AGB enthalten ist.

Die Auswirkungen des neuen Art. 8 UWG auf das Mietrecht dürften sich aber auch deshalb in Grenzen halten, weil die Branchenverbände und grossen Liegenschaftsverwaltungsunternehmen, die den grössten Teil der sich im Umlauf befindenden AGB erstellt haben, ihre Bestimmungen längst der aktuellen und umfangreichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Mieterschutz angepasst haben. Klauseln, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten (also der Mieter) ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen, dürften in diesen AGB kaum (mehr) zu finden sein. Die Überprüfung der «Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume», gemeinsam herausgegeben von: Hauseigentümerverband Zürich (HEV), Schweizerischer Verband für Immobilien-Treuhänder (SVIT), Sektion Zürich, Vereinigung Zürcher Immobilienfirmen (VZI), Ausgabe 2007 hat dieses Resultat bestätigt.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten:

- Art. 8 UWG findet auch auf AGB von Mietverträgen, nicht jedoch auf die im Stammvertrag vereinbarten individuellen Bestimmungen Anwendung.
- Allgemeinverbindlich erklärte Rahmenmietverträge werden von Art. 8 UWG nicht erfasst.
- Als Verwender einer AGB kommt nur eine Vertragspartei in Frage, welche die AGB zum Zwecke des Vertragsabschlusses verwendet.
- Mietverträge unter Gewerbetreibenden werden nicht von Art. 8 UWG erfasst.
- Bei der Vermietung von Wohnräumen durch Private kommt Art. 8 UWG praktisch uneingeschränkt zur Anwendung. Nur ganz wenige Ausnahmen und Mietverträge über «luxuriöse Wohnungen» im Sinne von Art. 2 VWMG werden nicht von Art. 8 UWG erfasst.
- Die Auswirkungen von Art. 8 UWG auf die AGB von Mietverträgen dürften sich aufgrund des heute bereits gut ausgebauten Mieterschutzes und der Vielzahl der zwingenden und teilzwingenden Bestimmungen des Mietrechts in Grenzen halten.

⁵³ vgl. zum Ganzen Lachat et al., a.a.O., S. 43 und 731.