

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Locker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN
Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG 853

ANDREA PFLEIDERER
Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht 867

IOANNIS ROKAS
Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building 877

MARTIN SCHAUER
Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das
österreichische Recht 893

MANFRED WANDT
Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance
Contract Law (PEICL) 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH
«Nudging» im Versicherungssektor 925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ
Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici
(1389–1464) lernen kann 947

PETER BÖCKLI
Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen
des Gesellschaftsrechts 973

CHRISTOPH B. BÜHLER
Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung 989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSE / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstössen

Inhaltsübersicht	Seite
I. Problemstellung	1197
II. UWG-Verstösse bei der Vertragsanbahnung	1199
III. UWG-Normen ohne vertraglichen Bezug	1199
IV. Normen zum Schutz einer strukturell schwächeren Vertragspartei	1200
A. Bedrohung von Interessen der unterlegenen Partei durch vorvertragliche UWG-Verletzung	1200
B. Bedrohung von Interessen der unterlegenen Partei durch UWG-Verletzung mittels Vertrag	1210
V. Wettbewerbsverfälschung mittels Verträgen	1212
A. Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG	1212
B. Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen gemäss Art. 7 UWG	1215
VI. Fazit	1215

I. Problemstellung

Gegenstand des UWG¹ bildete zu Beginn des letzten Jahrhunderts der Schutz des Wettbewerbs vor unerlaubten Handlungen durch die Konkurrenz.² Heute stellt dieses Spezialgesetz «den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten» sicher.³ Daraus wird in der Lehre ein dreiteiliger Schutzzweck abgeleitet. Diesem zufolge schützt das UWG die Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit.⁴

* Die Autoren bedanken sich bei Bruno Mahler, BLaw, für seine wertvolle Mithilfe.

1 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), SR 241.

2 DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Eine systematische Darstellung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Kartellgesetzes sowie der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze und der Grundsätze der Schweizerischen Kommission für die Lauterkeit in der Werbung, 5. Aufl., Bern 2012, Rz. 1.

3 Art. 1 UWG.

4 DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 4 ff.

Vorliegend interessieren die Berührungspunkte des UWG mit dem OR⁵: Gewisse UWG-Verstösse bilden nämlich gleichzeitig Vertragsmängel. In solchen Fällen fragt sich, ob ein Vertrag gültig sein darf, in dessen Vorfeld oder Inhalt ein UWG-Verstoss begründet wurde.

Nach klassischer Auffassung werden solche Mängel nach verschiedenen Kriterien kategorisiert. Verstösse gegen Formvorschriften, die das Gesetz nicht explizit als Ordnungsvorschriften kennzeichnet und bei denen der Vertrag noch nicht erfüllt ist, sowie Inhaltsmängel führen nach klassischer Auffassung zur Nichtigkeit. Die entsprechenden mangelbehafteten Verträge erzeugen keine Wirkung. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten. Mit solchen Mängeln behaftete Verträge sind *ex tunc*, absolut und unheilbar ungültig.⁶ Verträge, denen eine Übervorteilung oder ein Willensmangel zugrunde liegt, werden als anfechtbar behandelt. Die erfolgreiche Anfechtung führt zur ganzen oder teilweisen Ungültigkeit des Vertrages. Bei Einmalschuldverhältnissen wirkt die Ungültigkeit *ex tunc*, bei ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnissen *ex nunc*.⁷

Nach moderner Auffassung liegt Art. 20 OR ein flexibler Ungültigkeitsbegriff zugrunde. Gemäss dieser hier vertretenen Auffassung sind von der flexiblen Ungültigkeit sowohl mit Form- oder Inhaltsmängeln als auch mit Willensmängeln behaftete Verträge erfasst.⁸ Nach der Theorie der flexiblen Ungültigkeit bestimmt der Schutzzweck der verletzten Norm, ob – und inwieweit – ein Vertrag ungültig ist und wer sich auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen darf.⁹ Diese Flexibilisierung des klassischen Nichtigkeitsbegriffs wurde seit dem Inkrafttreten des OR von Lehre und Rechtsprechung vorangetrieben. Heute erscheint es bereits als nicht mehr sinnvoll, zuverlässig die Nichtigkeit von der Unverbindlichkeit oder Anfechtbarkeit eines Vertrags abzugrenzen.¹⁰

5 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR), SR 220.

6 Zu den Formvorschriften: VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 25; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 12 N 97; zu den Inhaltsmängeln: HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. OR AT BT), N 431 f.; zu den Folgen der Nichtigkeit im strengen Sinne GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Eds.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529, 2^e Éd., Bâle 2012 (zit. CR CO I-BEARBEITERIN), Art. 19, 20, N 94 ff.

7 BGE 129 III 320 E. 7.1.1 und 7.1.2; HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 562.

8 S. HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN), Art. 19/20 N 55; HUGUENIN CLAIRE, in: Huguenin Claire/Hilty Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. OR 2020), Art. 30 N 35; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN (Fn. 6), Art. 19/20 N 97 ff.

9 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN (Fn. 6), Art. 19, 20 N 97; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 19/20 N 55.

10 S. bezüglich der sich aus dem Zweck der verletzten Norm ergebenden Nichtigkeit BGE 134 III 52 E. 1.1; BGE 96 II 18 E. 1; s. auch HUGUENIN (Fn. 8), OR 2020, Art. 30 N 30 ff.

Nach diesen Ausführungen stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang Verträge ungültig sind, die am Mangel eines UWG-Verstosses leiden, und wer sich auf eine allfällige Ungültigkeit berufen kann.¹¹ Zur Untersuchung dieser Frage werden nach kurzen Bemerkungen zu UWG-Verstössen bei der Vertragsanbahnung Fallgruppen gebildet, welche vertragsrechtlich betrachtete Ähnlichkeiten aufweisen.

II. UWG-Verstösse bei der Vertragsanbahnung

Vorab sind folgende allgemeine Bemerkungen angebracht: Die Nichtigkeit als Folge eines UWG-Verstosses kann dann eintreten, wenn ein Vertrag widerrechtlich im Sinne von Art. 19 und 20 OR ist. Eine solche Widerrechtlichkeit liegt dann vor, wenn der *Inhalt* des Vertrages gegen eine zwingende Rechtsnorm verstösst. Der Verstoss kann im Vertragsgegenstand, im Vertragsschluss oder im mittelbaren Vertragszweck liegen.¹²

Das UWG regelt an verschiedenen Stellen die Vertragsanbahnung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. dürften *vorvertragliche* UWG-Verletzungen keine Nichtigkeitsfolgen zeitigen.¹³ Eine differenzierende Meinung wird in der Lehre hinsichtlich Verträgen vertreten, die als Folge einer Verleitung zum Vertragsbruch (Art. 4 UWG) zustande kommen. Diesen Folgeverträgen soll die Gültigkeit versagt bleiben mit der Begründung, dass im übergeordneten Interesse der Allgemeinheit Wettbewerbsverfälschungen präventiv verhindert werden sollen.¹⁴

III. UWG-Normen ohne vertraglichen Bezug

Bestimmte Normen des UWG haben kaum vertragliche Berührungspunkte. So erklärt beispielsweise Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, dass unlauter handelt, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Diese Norm schützt die

11 S. STREULI-YOUSSEF MAGDA, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V. I. Teilband, Basel 1998, S. 81 ff., S. 105 ff., wo die Frage, ob aggressive Verkaufsmethoden zur zivilrechtlichen Ungültigkeit führen, als offen bezeichnet wird; diesbezüglich bejahend: SAGER-GLUR CHRISTIAN, Direktmarketingmethoden, Eine Darstellung unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten, Diss. Bern 2001, S. 44 f.

12 S. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 19/20 N 17.

13 BGE 129 III 320 E. 5.2; KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK-KRAMER), Art. 19/20 N 142; JUNG PETER, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2010 (zit. SHK UWG-BEARBEITERIN), Einl. N 15.

14 HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001, S. 363.

wirtschaftliche Persönlichkeit vor Herabsetzungen.¹⁵ Unseres Erachtens verlangt der Schutzzweck von Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG nicht, einem Vertrag, der aufgrund solcher Äusserungen geschlossen wurde, die Gültigkeit zu versagen. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Vertragspartner des Täters nicht in seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit verletzt wurde.¹⁶ Die Verletzung wird typischerweise bei einem Konkurrenten der Person, die gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG verstösst, eintreten. Dieser soll dem Grundsatz nach nicht in das Vertragsverhältnis zwischen dem UWG-Verletzer und seinem Vertragspartner eingreifen dürfen.

IV. Normen zum Schutz einer strukturell schwächeren Vertragspartei

Das UWG enthält Normen, die dem Ausgleich ungleicher Verhältnisse dienen. Solche Normen schützen primär die Interessen der unterlegenen Partei. Dies kann aus der Formulierung des Gesetzestexts abgeleitet werden: Gegenstand der Regelungen sind oft Verhaltensweisen gegenüber «Kunden». Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass besagte Normen auch eine wettbewerbsrechtliche Funktion haben. Die Verletzung von UWG-Normen zum Schutz der schwächeren Vertragspartei führt im Vertragsrecht oft nicht zur starren Ungültigkeit, da diese oft keine angemessene vertragsrechtliche Rechtsfolge darstellt.¹⁷ Es stellt sich deshalb die Frage, unter welchen Umständen welche vertragsrechtlichen Rechtsfolgen denn mit solchen UWG-Verletzungen einhergehen.

A. Bedrohung von Interessen der unterlegenen Partei durch vorvertragliche UWG-Verletzung

Einzelne Normen des UWG regeln die Vertragsanbahnung. Diese Normen können für die Zwecke dieses Aufsatzes in die Gruppen «Kundenschutz vor Täuschung», «Kundenschutz vor Druckausübung» und «UWG-Verstösse bei Konsumkrediten» eingeteilt werden.

1. Kundenschutz vor Täuschung

In bestimmten Bereichen führt eine UWG-widrige Vertragsanbahnung zur Täuschung von Kunden. Diese Konstellation wird anhand von zwei Beispielen erläutert. Darauf folgen Überlegungen zu den vertragsrechtlichen Rechtsfolgen.

15 BAUDENBACHER CARL/GLÖCKNER JOACHEN, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Art. 3 lit. a N 3; s. auch MEILI ANDREAS/GALFANO MICHÈLE, *Medienrechtliche und medienethische Schranken für Online-Leserkommentare, Eine Übersicht mit Fallbeispielen*, in: *Medialex* 11/2015, S. 38 ff., N 28.

16 BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 15), Art. 3 lit. a N 6.

17 HUGUENIN (Fn. 8), OR 2020, Art. 30 N 5.

1.1 Täuschung durch Zugaben gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG

Die Bedrohung der Interessen einer strukturell unterlegenen Partei im Vorfeld eines Vertragsschlusses sanktioniert beispielsweise Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG. Demzufolge ist die Werbung für ein Produkt durch Zugaben gegenüber dem Kunden unlauter, wenn die Zugabe über den tatsächlichen Wert des Produkts täuscht.¹⁸ Durch eine solche Zugabe bietet ein Vertragspartner dem Kunden einen Vorteil an, der diesen zu einer Beurteilung des Angebots verleitet, die auf sachfremden Erwägungen beruht.¹⁹ Das Unterlegenheitsverhältnis liegt hier darin, dass der Kunde einen Informationsnachteil hat. Die Anbieterin kennt den Wert eines Produkts und der Zugabe naturgemäss viel besser. Sie wird in der Regel auf ihre Betriebsbuchhaltung samt kalkulatorischen Werten des Produkts zurückgreifen können. Diese Möglichkeit hat der Kunde nicht. Der bestehende Informationsnachteil wird nun in der Weise ausgenutzt, dass durch eine Zugabe über den wirklichen Wert des Vertragsgegenstands getäuscht wird.²⁰ Das unlautere Verhalten findet vor dem Vertragsschluss statt; der Kunde soll dadurch zum Eingehen einer Bindung verleitet werden.²¹

Aus vertragsrechtlicher Sicht kann eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR vorliegen. Die diesfalls erforderliche Täuschung über Tatsachen²² liegt darin, dass der Abnehmer über den tatsächlichen Wert des Angebots in die Irre geleitet wird. Bezüglich des UWG-Tatbestands ist umstritten, ob zu seiner Erfüllung eine Täuschung über den Wert der Hauptware oder den Wert aller angebotenen Hauptwaren und Zugaben erforderlich ist.²³ Für die vertragsrechtliche Gültigkeit ist nicht erheblich, ob die Täuschung über den Wert der Hauptware, des Zuschlags oder des Gesamtangebots erfolgt. Massgeblich ist, dass der getäuschte Kunde den Vertrag bei Kenntnis des tatsächlichen Werts nicht oder nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen hätte.²⁴ Der vertragsrechtliche Tatbestand der Täuschung ist aber insofern enger als der lauterkeitsrechtliche, als im Lauterkeitsrecht bereits eine Täuschungseignung der Zugabe genügt.²⁵

1.2 Täuschung durch Verschleierung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG verhält sich unlauter, wer durch Verschleierung den Kunden über die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit eines Produkts täuscht. Das Element der Täuschung ist bereits erfüllt,

18 DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 110.

19 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. g N 8.

20 S. zu Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG aber mit Bezug auf die Täuschung: BGer sic! 1999, S. 164 ff., E. 7; SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. g N 18 und 23, woraus hervorgeht, dass vorhandenes Fachwissen zu erhöhten Anforderungen an die Täuschung führt.

21 S. SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. g N 13; STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), 99.

22 S. BSK ORI-SCHWENZER (Fn. 8), Art. 28 N 3 ff.

23 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. g N 18; STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), 99.

24 SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 38.10.

25 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. g N 24.

wenn die Gefahr einer Täuschung besteht.²⁶ Der vertragsrechtliche Tatbestand der Täuschung nach Art. 28 OR ist in dieser Hinsicht enger. Er erfordert, dass tatsächlich eine Täuschung des Kunden über eine Tatsache resultiert und dass dieser deshalb einem Motivirrtum unterliegt.²⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG erfordert eine Verschleierung, die darin besteht, dass der Anbieter besondere Massnahmen trifft, um ein Gefälle zwischen Sein und Schein der Leistung herbeizuführen.²⁸ Demgegenüber umfasst der Tatbestand der Täuschung gemäss Art. 28 OR auch Täuschungen durch Unterlassen.²⁹ In den Begriff der Täuschungshandlung³⁰ des OR fallen soweit ersichtlich alle Verschleierungsmanöver gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG. Solche können in einer täuschenden Gestaltung der Verpackung eines Produkts (sogenannte Mogelpackung) bestehen.³¹

Der Vergleich dieser Normen ergibt, dass dort, wo ein Kunde über die in Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG aufgeführten Elemente tatsächlich getäuscht wird, eine UWG-widrige Vertragsanbahnung zu einem vertragsrechtlich relevanten Vertragsmangel führt.

1.3 *Angemessene Rechtsfolgen*

Ein Vertrag, in dessen Vorfeld eine Norm verletzt wurde, die dem Schutz einer strukturell unterlegenen Partei dient, kann an einem Willensmangel – insbesondere an einer Täuschung – leiden. Art. 28 OR dient aufgrund seines Wortlauts dem Schutz vor Täuschung. Da es primär um den Schutz der Interessen der getäuschten Vertragspartei geht, darf sich auch nur diese auf den Willensmangel berufen.³² Aus diesem Grund hat die getäuschte Vertragspartei – nicht aber die Gegenpartei – ein zeitlich auf ein Jahr begrenztes Gestaltungsrecht, den Vertrag für ungültig zu erklären. Dieses erlaubt es der geschützten Partei, einen mangelhaften Vertrag aufzulösen oder an ihm festzuhalten, wenn sie damit zufrieden ist. Macht der Kunde den Mangel nicht innert eines Jahres seit Kenntnis der Täuschung geltend (Art. 31 Abs. 1 OR), so wird der Willensmangel geheilt; trotz UWG-widriger Vertragsanbahnung bleibt der Vertrag alsdann gültig.³³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auch eine Teilungültigkeit denkbar.³⁴ Im Falle der Täuschung durch Zugaben (Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG) kann beispielsweise die Vereinbarung der Zugabe ungültig sein, während die Vereinbarung über die Hauptleistung gültig ist. Ebenso sollte die Vereinbarung der Hauptleistung für ungültig erklärt werden können. Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck von Art. 28 OR. Hat die eine Partei die Willensbildung der anderen vorsätzlich verfälscht, so ist es angemessen, dem Mangel möglichst im Sinne der getäuschten Partei Rechnung zu tragen.

26 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. i N 4.

27 HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 543; SCHWENZER (Fn. 24), N 38.10.

28 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. i N 5.

29 CR CO I-SCHMIDLIN (Fn. 6), Art. 28 N 9 ff.

30 S. SCHWENZER (Fn. 24), N 38.08 ff.

31 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. i N 6.

32 HUGUENIN (Fn. 8), OR 2020, Art. 30 N 5; SCHWENZER (Fn. 24), N 39.11.

33 ERNST (Fn. 8), OR 2020, Art. 42 N 4; SCHWENZER (Fn. 24), N 39.15 f.

34 BGE 130 III 49 E. 3.2.

Wird ein Vertrag teilweise für ungültig erklärt, so stellt sich die Frage, wie mit dem gültigen Teil des Vertrags umgegangen werden soll. Welchen Preis muss der Kunde bezahlen, wenn sich jener Teil des Vertrags, der eine Zugabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG vorsieht, als ungültig erwiesen hat? Es kommt in diesem Fall zur Ergänzung des gültigen Vertragsteils.³⁵ Aus dem Schutzzweck von Art. 28 OR ergibt sich unseres Erachtens ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bei der Vertragsergänzung.³⁶ Dieses Verbot ist dadurch zu begründen, dass die geltungserhaltende Reduktion den UWG-Verletzern die Möglichkeit eröffnen würde, trotz unlauteren Verhaltens im Vertragsrecht dennoch maximale Begünstigung zu erlangen, da der Vertrag auf das gerade noch gesetzeskonforme Mass reduziert wird.³⁷ Ein solches Vorgehen würde den von Art. 28 OR bezweckten Schutz der getäuschten Partei unterlaufen. Sofern angenommen wird, dass die geltungserhaltende Reduktion dem hypothetischen Parteiwillen entspricht,³⁸ darf dieser unseres Erachtens nicht zur Vertragsergänzung herangezogen werden. In solchen Situationen muss der Richter auf dispositives Recht zurückgreifen oder den Vertrag in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB ergänzen. In Betracht kommt insbesondere eine Herabsetzung der Gegenleistung der getäuschten Partei auf ein *angemessenes* (d.h. marktübliches) Mass.³⁹ Falls sich kein Marktpreis eruieren lässt, kann der Richter beispielsweise auf die Kosten der Leistungserbringung abstellen und einen angemessenen bzw. branchenüblichen Gewinnzuschlag berücksichtigen.⁴⁰ Die Gegenleistung kann der Richter nach kaufmännischen Grundsätzen kalkulieren.⁴¹ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte das Vertragsrecht den UWG-Verletzer nicht bestrafen, indem die Gegenleistung des Getäuschten bewusst tief angesetzt wird. Das UWG hält zur Bestrafung des UWG-Verletzers wesentlich effektivere Instrumente bereit als das Vertragsrecht.⁴² Aufgabe der vertragsrechtlichen Ungültigkeit ist es nicht, unerwünschte Verhaltensweisen zu pönalisieren, sondern den Vertragsmangel zu korrigieren.⁴³

Bei Dauerschuldverhältnissen gilt es zu berücksichtigen, dass die Parteien zwischen Vertragsschluss und Geltendmachung des Mangels möglicherweise bereits Erfüllungshandlungen vornehmen. Die angemessene Rechtsfolge für solche Konstellationen besteht darin, dass der unterlegenen Partei ein ausserordentliches Kündigungsrecht gewährt wird.⁴⁴

35 Zur Vertragsergänzung: GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 1248 ff.; HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 299 ff.

36 S. dahingehend aber im Zusammenhang mit AGB: BGE 4A_404/2008 E. 5.6.3.2.1.

37 BGE 4A_404/2008 E. 5.6.3.2.1. m.w.H.; SCHWENZER (Fn. 24), N 32.45.

38 So SCHWENZER (Fn. 24), N 32.45.

39 S. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 21 N 16.

40 S. auch BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 21 N 6.

41 HIRSCHI JÜRGI/TREPP GIULIO/ZULLIGER FRITZ, Rechnungswesen, Betriebsbuchhaltung, Grundlagen, Theorie und Aufgaben Bern 2010, S. 20 ff., wo die Kalkulation anhand praktischer Beispiele dargestellt wird.

42 S. Art. 9 und Art. 23 UWG.

43 Dahingehend auch BGE 129 III 320 E. 7.2; s. HUGUENIN (Fn. 8), OR 2020, Art. 30 N 5.

44 BGE 129 III 320 E. 7.1.2; HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 585.

Damit kann dem Interesse an Rechtssicherheit Rechnung getragen werden. Analog zur Teilungültigkeit sollte auch ein Teilrücktritt möglich sein.

2. Kundenschutz vor Druckausübung

Einige Normen des UWG schützen in einem vorvertraglichen Kontext vor der Ausübung von Druck. Es besteht keine typische Formulierung im Gesetz, die solche Normen kennzeichnet. Druck wird tendenziell durch Handlungen bei der Vertragsanbahnung erzeugt. Mit den Handlungen wird versucht, eine psychische Drucksituation zu erzeugen, welche dann zum Vertragsschluss ausgenutzt wird.

2.1 Schutz vor aggressiven Verkaufsmethoden nach Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG

Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG erklärt es als unlauter, Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in ihrer Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen. Erfasst sind aufgrund des Zwecks der Norm nicht nur Methoden zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, die auf den Abschluss eines Kaufvertrags nach Art. 184 ff. OR zielen, sondern solche, die auf den Abschluss von Verträgen generell abzielen.⁴⁵ Der Unlauterkeitsgehalt einer Methode zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit liegt nicht in der Beeinträchtigung der Konsumfreiheit an sich, sondern in der Verwendung von Methoden, mit denen Kunden in die Enge getrieben werden. Diese Situation wird zum Vertragsschluss ausgenutzt.⁴⁶ Den in der Botschaft beschriebenen Situationen ist ein Druckverhältnis inhärent. So ist die Rede von Methoden, die den Kunden aus einem Gefühl der Verpflichtung, Angst, Dankbarkeit, Anstand oder aus Peinlichkeitsgefühlen zum Vertragsschluss bewegen.⁴⁷ Charakteristisch für Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG sind demzufolge Situationen, in denen Kunden psychologischem Druck oder Zwang bzw. Belästigung oder Überrumpelung ausgesetzt sind.⁴⁸

Aus vertragsrechtlicher Perspektive können solche Verträge unter die Regeln des Haustürgeschäfts fallen.⁴⁹ Das Widerrufsrecht nach Art. 40a ff. OR hat aber einen eigenen Anwendungsbereich, der sich zwar teilweise mit dem von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG überschneidet, nicht aber deckungsgleich ist. Art. 40a Abs. 1 OR gilt beispielsweise nur für b2c-Verträge.⁵⁰ Demgegenüber gelten als Kunden im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG sämtliche potentielle Abnehmer.⁵¹ Weiter knüpft Art. 40b OR daran an, wo die Vertrags-

45 Nicht erfasst sind aber Werbemethoden. S. dazu BGE 132 III 414 E. 4.3; STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), S. 101.

46 STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), S. 102; Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009 (zit. Botschaft UWG 1983 (Fn. 46)), S. 1067 f.

47 Botschaft UWG 1983 (Fn. 46), S. 1068.

48 S. dazu beispielsweise den Sachverhalt von BezGer., ZR 1994 (93), S. 289 ff.; STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), S. 102.

49 STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), S. 107; SAGER-GLUR CHRISTIAN (Fn. 11), S. 45 und 220 ff.

50 HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 264; BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 8), Art. 40a N 3 f.

51 SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. h N 21.

anbahnung stattgefunden hat.⁵² Eine Überschneidung von Art. 40a ff. OR und Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG besteht beispielsweise da, wo die besonders aggressive Absatzmethode am Arbeitsplatz, in den Wohnräumen eines Konsumenten oder in deren Umgebung angewendet wurde bzw. wenn dies in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf Strassen und Plätzen erfolgt und diese Taktik zu einem Vertragsschluss mit einem Konsumenten über Konsumgüter führt. Dasselbe gilt für Partyverkäufe.⁵³ Bei erfüllten Voraussetzungen kommt dem Konsumenten ein Widerrufsrecht zu, mit dem der Antrag bzw. die Annahme vernichtet werden kann.⁵⁴ Unseres Erachtens wäre es jedoch sachgemässer, das Widerrufsrecht im Kontext eines bereits geschlossenen Vertrags zu betrachten.⁵⁵

Weiter ist eine vertragliche Ungültigkeit auch aufgrund der Erfüllung des Übervorteilungs-, Täuschungs- oder Drohungstatbestands möglich.⁵⁶ Eine Drohung kommt beispielsweise dann in Frage, wenn – wie in der Botschaft aufgeführt⁵⁷ – eine Angst des Konsumenten diesen zum Vertragsschluss bewegt hat.⁵⁸

2.2 Schutz vor an Gewinnversprechen gekoppelten Verträgen nach Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG

Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG nimmt sich der Anziehungskraft von Gewinnen aus Verlosungen und Wettbewerben an. Personen sollen nicht mit Gewinnaussichten in einen Vertrag gelockt werden. In solchen Situationen ist mindestens mittelbar die Entstehung und Ausnutzung einer Zwangslage im Sinne eines psychischen Kaufzwangs möglich.⁵⁹ Die angesprochene Norm erfordert im Tatbestand einen Wettbewerb oder eine Verlosung, worunter Gewinnspiele aller Art fallen. Nicht relevant ist, ob das Gewinnspiel ein Zufallselement aufweist. Erfasst wird allgemein das Inaussichtstellen von Preisen.⁶⁰ Weiter ist erforderlich, dass der in Aussicht gestellte Gewinn nur eingelöst werden kann, wenn eine Gegenleistung erbracht wird. Die Gegenleistung kann gemäss Gesetzestext in fünf Varianten geleistet werden. *Erstens* kann sie darin bestehen, dass ein kostenpflichtiger Mehrwertdienst im Sinne von Art. 12b FMG⁶¹ in Anspruch genommen werden muss, um den Gewinn einzulösen. *Zweitens* kann die Einlösung davon abhängig gemacht werden, dass

52 BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 8), Art. 40b N 4 ff.

53 S. zum Begriff DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 320.

54 BGE 137 III 243 E. 4.5.

55 HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 266b; s. auch unten N 26; gl.M. HONSELL HEINRICH, OR-Novelle zum Konsumentenschutz, AJP 1992, S. 66 ff., S. 67 a.M. KOLLER-TUMLER MARLISE, Konsumentenschutz im Obligationenrecht, Recht 1992, S. 40 ff., S. 40.

56 STREULI-YOUSSEF (Fn. 11), S. 106; SAGER-GLUR (Fn. 11), S. 44 f.; SHK UWG-OETIKER (Fn. 13), Art. 3 lit. h N 22.

57 Botschaft UWG 1983 (Fn. 46), S. 1068.

58 S. dazu beispielsweise SCHWENZER (Fn. 24), N 38.14 ff.

59 BAUDENBACHER (Fn. 15), Art. 2 N 55 f.; BÜHLER GREGOR, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITERIN), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 1.

60 BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 6; s. auch DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 322.

61 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG), SR 784.10.

eine Aufwandsentschädigung erbracht wird. *Drittens* kann die Auszahlung des Gewinns an den Kauf von Waren oder die Inanspruchnahme von Dienstleistungen gekoppelt werden. *Viertens* kann die Einlösung des Gewinns von der Teilnahme an einer Verkaufsveranstaltung oder einer Werbefahrt abhängig gemacht werden. Bei diesen Werbefahrten werden die Kunden mit guter Stimmung und/oder sanftem Gruppendruck zum Kauf eines Produkts verführt.⁶² *Fünftens* kann die Einlösung des Gewinns von der Teilnahme an zusätzlichen Gewinnspielen abhängig gemacht werden.⁶³

Aus einer vertragsrechtlichen Perspektive besteht eine Schnittmenge zwischen Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG und den Regeln zum Haustürgeschäft von Art. 40a ff. OR.⁶⁴ Dort, wo ein Vertrag auf einer Werbefahrt abgeschlossen wird, erfolgt die Vertragsanbahnung gemäss Art. 40b lit. c OR.⁶⁵

Weiter kann aus vertragsrechtlicher Sicht ein Vertrag an einer Täuschung im Sinne von Art. 28 OR leiden, wenn in dessen Vorfeld Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG verletzt wurde.⁶⁶ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn dem Kunden weisgemacht wird, es werde ein Gewinnspiel veranstaltet bzw. er habe bereits einen Gewinn erhalten, obwohl dies gar nicht der Fall ist.⁶⁷ Sodann kann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG auch eine Übervorteilung (Art. 21 OR) beinhalten, nämlich dann, wenn ein Kunde so stark zum Vertragsabschluss gedrängt wurde, dass praktisch ein psychologischer Kaufzwang bestand.⁶⁸

2.3 Angemessene Rechtsfolgen

Hat ein Kunde einen Vertrag geschlossen, bei dessen Anbahnung UWG-widrig Druck ausgeübt wurde, kann gleichzeitig auch ein Mangel am Vertrag vorliegen. Die oben behandelten UWG-Normen schützen jeweils die unter Druck gesetzte Partei, die sich in einer strukturellen Schwächelage befindet. Die Schwächelage kann sich beispielsweise aus der Überrumpelung bzw. aus dem sanften Gruppendruck bei Haustürgeschäften ergeben (siehe dazu IV.A.2.1) oder aus einer Täuschung darüber, dass jemand bereits einen Gewinn erzielt habe (siehe dazu IV.A.2.2). Wie oben gezeigt, kann sich aus Art. 21, Art. 28 oder Art. 29 OR ein Anfechtungsrecht oder aus Art. 40a ff. OR ein Widerrufsrecht ergeben. Die Ungültigkeit aufgrund der Vertragsanfechtung kann den Vertrag als

62 BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 13; s. hierzu auch Grundsatz Nr. 5.1 Schweizerische Lauterkeitskommission, Grundsätze der Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, Stand April 2008, abrufbar unter: <<http://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/Grundsaeetze.pdf>>, zuletzt besucht am 9. Mai 2017.

63 S. zum Gesagten BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 9–14; s. dazu auch STEURI FABIAN/DUNJIC IVAN, Koppelung von Gewinnspiel und Newsletter nach UWG, in: Jusletter 16. Januar 2017, Rz. 16–19, wobei diese Autoren (unter wohl irrtümlicher Berufung auf BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 6) davon ausgehen, dass das Gewinnspiel ein aleatorisches Element erfordert.

64 S. DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 315; SAGER-GLUR (Fn. 11), S. 219.

65 S. HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 265; s. auch oben N 23.

66 BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 20.

67 BSK UWG-BÜHLER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. t N 6 f.

68 BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 21 N 10 f.

Ganzes oder Teile davon erfassen (Art. 20 Abs. 2 OR analog).⁶⁹ Nur die übervorteilte, getäuschte oder bedrohte Partei kann sich auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen. Sie kann dies nur innert eines Jahres tun. Der Fristenlauf beginnt jeweils mit Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung (Art. 31 Abs. 2 OR). Sollte die unter Druck gesetzte Partei aus Angst einen Vertrag schliessen und ist der Tatbestand der Furchterregung erfüllt, so beginnt die Frist mit Beseitigung derselben zu laufen (Art. 31 Abs. 2 OR). Das Widerrufsrecht bezweckt den Schutz des Konsumenten vor unvorteilhaften Vertragsschlüssen.⁷⁰ Kommt einem Konsumenten ein Widerrufsrecht zu, so kann er nach Rechtsprechung seinen Antrag oder seine Annahmeerklärung zurückziehen, wobei das Bundesgericht den Widerruf mit Mängeln bei der Vertragsentstehung vergleicht.⁷¹ Unseres Erachtens wäre es demgegenüber angemessener, den Widerruf eines bereits geschlossenen Vertrages anzunehmen, wie dies die europäische Verbraucherrechterichtlinie vorsieht.⁷² Beim Widerrufsrecht beträgt die Frist 14 Tage seit Antrag oder Annahme und seit Kenntnis des schriftlichen Widerrufsrechts (Art. 40e i.V.m. 40d OR).

Bei Verstössen gegen Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG dürfte es regelmässig im Interesse des Kunden sein, den Vertrag gänzlich für ungültig zu erklären, da er den Vertrag geschlossen hat, um einen aufdringlichen Verkäufer loszuwerden⁷³, weil er sich in einer Zwangslage befand oder seine konstitutionelle Schwäche ausgenutzt wurde.⁷⁴

Sodann liegt es am unter Druck gesetzten Kunden, zu bestimmen, ob er den Vertrag für ganz- oder teilungültig erklären will. Bei Teilungültigkeit sind die Vertragskonditionen unter Umständen richterlich zu ergänzen.⁷⁵ So wäre es beispielsweise im zitierten Fall vor dem Bezirksgericht Zürich, in dem es um den Verkauf von Lehrmaterial gegen die Zahlung eines Gesamtbetrags von CHF 14 197.80 mit mehreren Käufern ging,⁷⁶ aus vertragsrechtlicher Sicht dem Willen des jeweiligen Käufers anheimgestellt, gewisse Lehrmaterialien zu behalten, die ihm hilfreich erscheinen. Andere könnte er zurückgeben, weil sie ihm nach dem Wegfallen der Drucksituation als unnütz erscheinen. Dies ist zu Konditionen möglich, die der Richter im Einzelfall festzulegen hat. Die Zustimmung der Gegen-

69 BGE 96 II 101 E. 3; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 21 N 16.

70 BGE 137 III 434 E. 4.5.

71 BGE 137 III 243 E. 4.5; s. auch GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 13 N 38.

72 Art. 9 Richtlinie 2011/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU vom 22. November 2011, Nr. L304/64, S. 260 ff.; DORNIER ROGER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/1b/3, Haustürgeschäfte Art. 40a-f OR, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 40f N 133; HUGUENIN CLAIRE, Direktvertrieb und Widerrufsrecht, AJP 1994, S. 691 ff., S. 693.

73 S. als Beispiel BGE 102 II 287 E. 2a.

74 BezGer. (Fn. 47), E. 2.3.2 S. 306; s. DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 303 f. mit Beispielen.

75 So auch BSK OR I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 8), Art. 21 N 16; BK-KRAMER (Fn. 13) Art. 21 N 51.

76 BezGer. (Fn. 47), Sachverhalt ab S. 289.

partei zu diesen Konditionen soll jedoch nicht erforderlich sein. Dies ergibt sich daraus, dass in solchen Konstellationen vorab der Kunde schutzwürdig ist. Für den bestehenden Teil muss der Richter eine angemessene Gegenleistung festlegen. Dies sollte er nach marktorientierten oder, falls dies nicht möglich ist, nach kostenorientierten Kriterien unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinnzuschlags tun.⁷⁷

Dem ist beizufügen, dass unseres Erachtens in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auch Art. 40a ff. OR einen teilweisen Widerruf des Vertrags zulässt. Dies kann damit begründet werden, dass Art. 40a ff. vorab dem Konsumentenschutz vor Überrumpelung und sonstigen unredlichen Taktiken dient.⁷⁸ Dies erfordert unseres Erachtens, dass der Konsument auch die Möglichkeit hat, den Vertrag teilweise zu widerrufen, sofern ein teilbarer Vertrag vorliegt und sofern der ergänzte Vertrag durch den hypothetischen Parteiwillen gestützt wird.⁷⁹

3. UWG-Verstöße und Konsumkreditvertrag

3.1 *Anwendbarkeit der UWG-Normen auf sämtliche dem KKG⁸⁰ unterstehenden Verträge*

Die lit. k–n von Art. 3 Abs. 1 UWG beziehen sich auf die Konsumkredit- (lit. k, l und n) und (bei lit. m zusätzlich) die Vorauszahlungsvertragsanbahnung.⁸¹ Damit ein Konsumkreditvertrag im Sinne dieser Normen vorliegt, muss der Vertrag der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 KKG entsprechen. Zudem darf keine Bereichsausnahme nach Art. 7 KKG vorliegen.⁸²

Früher war umstritten, ob Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG auf Leasingverträge anwendbar sind. Die ablehnende Haltung wurde damit begründet, dass Art. 8 aKKG, welcher die auf Leasingverträge anwendbaren Normen des KKG bezeichnete, den Art. 36 KKG nicht aufführte. Art. 36 KKG besagt, dass Werbung für Konsumkredite dem UWG untersteht. Weil also Art. 8 aKKG nicht auf die Verweisungsnorm von Art. 36 KKG verwies, sei das UWG nicht anwendbar.⁸³ Seit der am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Änderung des KKG verweist Art. 8 KKG für Leasingverträge nun auch auf Art. 36 KKG und somit indirekt auf das UWG. Dadurch dürfte sich diese Diskussion erledigt haben.⁸⁴

77 S. oben IV.A.1.3.

78 Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts vom 7. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff., S. 386.

79 S. HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 435.

80 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) vom 23. März 2001, SR 221.214.1.

81 SHK UWG-MARANTA/SPITZ (Fn. 13), Art. 3 lit. k–n N 22.

82 SHK UWG-MARANTA/SPITZ (Fn. 13), Art. 3 lit. k–n N 26; s. a.a.O. N 25 mit Hinweisen auf weitere Lehrmeinungen.

83 So beispielsweise DAVID LUCAS, Werbung für Konsumkredite, in: Hess Markus/Simmen Robert (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 171 ff., S. 173.

84 Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 28. Januar 2014, BBl 2014, S. 3259 ff., S. 3270.

3.2 *Überblick über die relevanten UWG-Normen und vertragsrechtliche Konsequenzen*

Die Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 lit. k, l und n UWG bezwecken Transparenz. Die Konsumenten sollen einen Konsumkreditvertrag in Kenntnis der faktischen Eckdaten schliessen können.⁸⁵ Eckdaten sind insbesondere die Identität des Vertragspartners (Verbot der anonymen Werbung; Art. 3 Abs. 1 lit. k UWG), gewisse Warnklauseln (Pflicht zum Hinweis auf das Verbot der Vergabe eines Konsumkredits, wenn dieser zur Überschuldung führt, Art. 3 Abs. 1 lit. n) sowie mehrere Vorgaben zu detaillierter Werbung (Nettobetrag und Gesamtkosten des Kredits gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. k UWG, Barzahlungspreis oder Preis, der im Rahmen des Kreditvertrags zu bezahlen ist sowie effektiver Jahreszins gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. l UWG und vieles mehr).⁸⁶

Unter öffentlicher Auskündigung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. k, l und n UWG ist jede Werbung zu subsumieren, welche die Vorteile von Konsumkrediten oder die notwendigen Mittel zur Aufnahme oder zur Beschaffung eines Konsumkredits aufzeigt und sich nicht an ein klar bestimmtes Publikum richtet. Beim Publikum muss es sich um potentielle Konsumenten gemäss Art. 3 KKG handeln, was sich aus dem Zweck der Normen ergibt.⁸⁷

Aus vertragsrechtlicher Sicht kann die UWG-widrige Werbung für Konsumkredite dazu führen, dass der Konsument mit dem Abschluss eines Konsumkreditvertrags übervorteilt wird (Art. 21 OR). Dies ist etwa der Fall, wenn der unerfahrene oder sich in einer Notlage befindende Konsument aufgrund einer UWG-widrigen Werbung einen Konsumkreditvertrag abschliesst, der zu einem wucherischen Zinssatz gewährt wird.⁸⁸ Wird der wucherische Jahreszinssatz bei einem Barkredit nicht angegeben, so liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 lit. k UWG vor. Das Unterlassen von solchen Angaben kann eine Täuschung durch Unterlassung i.S.v. Art. 28 OR darstellen, da die UWG-Normen Aufklärungspflichten begründen.⁸⁹ Weiter können gewisse Verstösse zur Nichtigkeit nach Art. 15 KKG führen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Konsumkredit zur Finanzierung von Waren und Dienstleistungen öffentlich ausgekündigt wird und entgegen Art. 3 Abs. 1 lit. l UWG keine Angaben über den Preis enthält, der im Rahmen des Kreditvertrags zu bezahlen ist. Wird diese Angabe im Vertrag auch nicht spezifiziert, so liegt ein Verstoß gegen Art. 10 lit. b KKG vor.

3.3 *Angemessene Rechtsfolgen*

Die Rechtsfolgen von vorvertraglichen Verstössen gegen UWG-Normen mit KKG-Bezug hängen davon ab, ob das UWG-widrige Verhalten bei der konkreten Anbahnung

85 BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. k N 1.

86 SHK UWG-MARANTA/SPITZ (Fn. 13), Art. 3 Abs. 1 lit. k–n N 42 f.

87 BGE 117 IV 364 E. 2b; SHK UWG-MARANTA/SPITZ (Fn. 13), Art. 3 Abs. 1 lit. k–n N 47 ff.

88 S. dazu auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35) Band I, Rn. 733 ff.

89 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), Band I, Rn. 861 f.

des Konsumkreditvertrags korrigiert wird oder ob auch eine Verletzung von Art. 9–11, 12 Abs. 1, 2 und 4 lit. a, 13 und 14 KKG vorliegt.

Verstösst das UWG-widrige Verhalten nicht gegen die soeben erwähnten KKG-Normen, so kann der Konsumkreditvertrag dennoch anfechtbar sein. Da es sich regelmässig um Dauerschuldverhältnisse handelt, wirkt die Ungültigkeit aber *ex nunc*.⁹⁰ Eine Teilungültigkeit dürfte wohl selten resultieren. Vielmehr wird die zur Anfechtung berechtigte Partei entweder am Vertrag festhalten oder diesen gänzlich ungültig erklären wollen.

Beinhaltet das UWG-widrige Verhalten auch einen Verstoss gegen Art. 9–11, 12 Abs. 1, 2 und 4 lit. a, 13 und 14 KKG, so hat dies die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge.⁹¹ Art. 15 Abs. 2–4 KKG sehen spezielle Ungültigkeitsfolgen vor, welche mitunter pönalen Charakter haben. Sofern zwischen den Parteien noch keine Leistungen ausgetauscht wurden, sind diese von ihrer Leistungspflicht befreit. Sonst muss der Konsument die bereits empfangene Kreditsumme bis zum Ablauf der vereinbarten Kreditdauer zurückzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten. Der Konsumkredit wird mithin in einen zinslosen Kredit umgewandelt. Bei Leasingverträgen hat der Konsument den überlassenen Gegenstand zurückzugeben und die Raten zu zahlen, die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldet sind.⁹²

B. Bedrohung von Interessen der unterlegenen Partei durch UWG-Verletzung mittels Vertrag

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Gemäss Art. 8 UWG ist die Verwendung von AGB unlauter, die treuwidrig zum Nachteil eines Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Die unlautere Verwendung von AGB ist zugleich widerrechtlich (Art. 2 UWG). Die Widerrechtlichkeit in diesem Sinne beinhaltet auch die Widerrechtlichkeit nach Art. 20 OR und führt somit zur Nichtigkeit.⁹³

90 BGE 4A_562/2010 E. 4.4.4.

91 S. SHK UWG-MARANTA/SPITZ (Fn. 13), Art. 3 Abs. 1 lit. k–n N 91.

92 HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 3107; HESS MARKUS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit, Eckdaten für die Vertragsgestaltung und Geschäftsabwicklung, in: Hess Markus/Simmen Robert (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 65 ff., S. 85.

93 Botschaft zur Änderung des UWG vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151 ff., S. 6180; MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012, N 341 ff.; BAUDENBACHER (Fn. 15), Art. 8 N 59; DAVID/JACOBS (Fn. 2), Rz. 518; a.M. GAUCH PETER, Die Verwendung «Missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»: Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, in: Baurecht/Droit de la Construction (BR/DC), 3/1987, S. 51 ff., S. 57.

Zur Debatte steht folglich (1) die gänzliche Nichtigkeit des Vertrags,⁹⁴ die Teilnichtigkeit und Ergänzung des Vertrags (2) durch Parteiabrede,⁹⁵ (3) gemäss dem hypothetischen Parteiwillen,⁹⁶ (4) gemäss dispositivem Recht⁹⁷ oder (5) gemäss richterlicher Vertragsergänzung «modo legislatoris».⁹⁸

Die gänzliche Nichtigkeit (1) scheint in den meisten Fällen keine angemessene Rechtsfolge, da sie weder dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen dürfte noch aus einem Schutzbedürfnis erforderlich scheint.⁹⁹ Bei der Ergänzung des Vertrags durch Parteiabrede (2) ist darauf zu achten, dass eine Ersatzregelung unter Bedingungen getroffen wird, unter denen beide Parteien ihren Willen frei bilden können, und dass keine Nachverhandlungspflicht – beispielsweise aufgrund einer salvatorischen Klausel – besteht.¹⁰⁰ Bei der Ergänzung des Vertrages gemäss dem hypothetischen Parteiwillen (3) ist unseres Erachtens äusserste Vorsicht angebracht. Sofern man diese gleichsetzt mit einer geltungserhaltenden Reduktion,¹⁰¹ fällt diese ausser Betracht. Dies wird damit begründet, dass bei einer geltungserhaltenden Reduktion der Zweck des Art. 8 UWG unterlaufen würde, der im Schutz der schwächeren Vertragspartei – des Konsumenten – liegt.¹⁰² Weiter kann (4) auf das passende dispositive Recht zurückgegriffen werden.¹⁰³ Allgemein lässt sich wohl bloss sagen, dass im Rahmen von AGB wohl primär auf das dispositive Recht abzustellen ist, weil – wie oben gezeigt – eine dem hypothetischen Parteiwillen entsprechende geltungserhaltende Reduktion unzulässig ist.¹⁰⁴ Kommt es (5) zur richterlichen Vertragsergänzung «modo legislatoris», darf das Gericht unseres Erachtens keine Ersatzklausel schaffen, welche die ungültige Klausel auf das zulässige Mass reduziert.

2. Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensysteme

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG handelt unlauter, wer eine Leistung in Aussicht stellt, die für die Gegenpartei hauptsächlich dann einen Vorteil bedeutet, wenn sie weitere Per-

94 BK-KRAMER (Fn. 13), Art. 19/20 N 378.

95 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), Band I, Rn. 1248.

96 JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 96)), Art. 18 N 559 ff.

97 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 96), Art. 18 N 565 ff.

98 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), Band I, Rn. 1261.

99 S. MAISSEN (Fn. 91), N 342.

100 Dies begründet sich mitunter damit, dass eine Nachverhandlungspflicht in einer salvatorischen Klausel ein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion darstellt; s. RUSCH ARNOLD F., Salvatorische Klauseln in AGB, in: *sui-generis* 2016, S. 73 ff., N 2 ff.

101 So beispielsweise SCHWENZER (Fn. 24), N 32.45; gl.M. wohl BK-KRAMER (Fn. 13), Art. 19/20 N 376 f.

102 BGE 4A_404/2008 E. 5.6.3.2.1 der noch zu Art. 8 aUWG erging.

103 S. dazu ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 96), Art. 18 N 579 ff.

104 Dies in Abweichung von der üblichen Rechtslage. S. zur üblichen Rechtslage HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 312 ff. insbesondere 314.

sonen anwirbt.¹⁰⁵ Die Norm bezweckt den Konsumentenschutz und ganz generell den Schutz vor der Ausnützung des Spieltriebs von Personen. Ausserdem soll der unverfälschte Wettbewerb geschützt werden.¹⁰⁶

Aus vertragsrechtlicher Sicht sind solche Abmachungen zwischen dem Betreiber des Schneeballsystems und der Person, die sich daran beteiligt, als Innominatverträge zu qualifizieren. Der Vertragsteil, welcher das Anwerben von Kunden beinhaltet, ist dem Mäklervertrag ähnlich. Wie ein Makler erhält die Teilnehmerin nur dann einen Vorteil, wenn sie neue Teilnehmerinnen vermittelt.¹⁰⁷ Wenn ein Vertragsteil besteht, der den Anbieter zur Übereignung von Waren an die Teilnehmerin verpflichtet, ist es sachgerecht, diesbezüglich auf das Kaufrecht abzustellen.¹⁰⁸

Da der Inhalt dieses Vertrags gegen Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG verstösst, ist er widerrechtlich.¹⁰⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG ordnet die Nichtigkeit nicht selbst an, weshalb sich diese aus dem Zweck der Norm ergeben muss, um Platz zu greifen.¹¹⁰ Hier rechtfertigt sich aufgrund des öffentlichen Interesses an unverfälschtem Wettbewerb, welches Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG schützt, von einer starren Ungültigkeit auszugehen, die der Nichtigkeit im klassischen Sinne entspricht.¹¹¹

V. Wettbewerbsverfälschung mittels Verträgen

Mit gewissen Verträgen wird der Wettbewerb verfälscht. Wie das KG¹¹² enthält auch das UWG Regeln zu solchen Verträgen.

A. Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG

Bei der Privatbestechung sind verschiedene Vertragsverhältnisse auseinander zu halten: Der Bestechungsvertrag und die aufgrund einer Bestechung geschlossenen Folgeverträge.¹¹³ Art. 4a UWG dient vorab dem Schutz des Vermögens eines nicht am Bestechungsvertrag beteiligten Dritten, der aufgrund der Bestechung in ein Vertragsverhältnis mit der bestechenden Person tritt. Art. 4a UWG bezweckt den Schutz der Geschäftsmoral, je-

105 BSK UWG-ARPAGAUS (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. r N 4.

106 BSK UWG-ARPAGAUS (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 lit. r N 6.

107 S. HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 3366.

108 S. HUGUENIN (Fn. 6), OR AT BT, N 2413 ff.

109 SCHWENZER (Fn. 24), N 32.05 ff.

110 BGE 134 III 438 E. 2.2.

111 Damit ist Nichtigkeit *ex tunc* gemeint, die von Amtes wegen berücksichtigt wird und von jedermann jederzeit geltend gemacht werden kann. S. dazu auch CR CO I-GUILLOD/STEFFEN (Fn. 6), Art. 19, 20 N 97; SCHWENZER (Fn. 24), N 32.35.

112 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG), SR 251.

113 S. BGE 129 III 320 E. 5.

nen von Individuen und jenen des unverfälschten Wettbewerbs.¹¹⁴ Hinsichtlich des Bestechungsvertrags findet die UWG-Verletzung durch den Vertrag an sich statt. Bezüglich des Folgevertrags kann gesagt werden, dass es im Vorfeld zu dessen Vertragsschluss zu einem Verstoss gegen das UWG kommt.¹¹⁵

1. Bestechungsvertrag

Art. 4a UWG erklärt aktive und passive Bestechung als unlauter und somit als widerrechtlich. Mithin ist das Bestechungsversprechen als widerrechtlich zu qualifizieren. Dies dürfte kaum umstritten sein.¹¹⁶ Folglich ist der Bestechungsvertrag gemäss Art. 20 OR ungültig.

Die Bedeutung der Ungültigkeit bestimmt sich im Lichte des Schutzzwecks von Art. 4a UWG. Hinter dieser Norm stehen die öffentlichen Interessen an unverfälschtem Wettbewerb und an der Aufrechterhaltung der Geschäftsmoral. Um diese Interessen wirksam durchsetzen zu können, ist erforderlich, dass sich jedermann jederzeit auf die Ungültigkeit des Vertrags berufen kann. Weiter rechtfertigt es sich, eine Vertragsungültigkeit *ex tunc* anzunehmen.¹¹⁷ Denn Bestechungsverträge sollen gar nie verbindlich werden.

Sofern ein Dauerschuldverhältnis vorliegt und bereits zur Mehrheit erfüllt ist, tritt die Ungültigkeitsfolge nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit *ex nunc*-Wirkung ein. Das Bundesgericht führt dazu aus: «Speziell berücksichtigt hat die Rechtsprechung den Umstand, dass die Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen an Grenzen stösst, wenn beispielsweise in vollständiger oder teilweiser Erfüllung des Vertrages Dienste erbracht oder Unterlassungspflichten beachtet wurden, die in natura nicht zurückerstattet werden können. In solchen Fällen misst daher die Rechtsprechung der erfolgreichen Irrtumsanfechtung aus Praktikabilitätsgründen nur die Bedeutung einer Kündigung des Vertragsverhältnisses *ex nunc* zu».¹¹⁸ Solche Praktikabilitätsüberlegungen sollten unseres Erachtens hinsichtlich des Bestechungsvertrages aber nicht greifen, sofern die Rückabwicklung dieses Vertrages durch die Tatsache, dass es sich um einen Dauervertrag handelt, erschwert wird. Ein (frei erfundenes) Beispiel: A schliesst im Namen der X AG mit dem B einen Kaufvertrag über die Liegenschaft L zu einem überhöhten Preis. Dieser Vertrag kommt nur zustande, weil B dem A versprochen hat, ihm regelmässig eine Geldsumme zu zahlen. Diese Geldsumme hat den Zweck, den Vertragsschluss herbeizuführen und nach dessen Abschluss aufrecht zu erhalten. Fünf Jahre nach Vertragsschluss werden die Machenschaften aufgedeckt. A arbeitet zu diesem Zeitpunkt noch für die X AG. Der vorliegende Bestechungsvertrag ist nichtig. Er wurde jedoch über fünf Jahre erfüllt. Un-

114 SHK UWG-SPITZ (Fn. 13), Art. 4a N 2 f.

115 BGE 129 III 320 E. 5.2 (wo es freilich um Beamtenbestechung ging).

116 BGE 129 III 320 E. 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), Band I, Rn. 653a; SHK UWG-SPITZ (Fn. 13), Art. 4a N 117; BSK UWG-FRICK (Fn. 59), Art. 4a N 67.

117 S. SCHWENZER (Fn. 24), N 32.35 ff.; s. CR CO-I GUILLOD/STEFFEN (Fn. 6), Art. 19, 20 N 95.

118 BGE 4A_562/2010 E. 4.4.4.

seres Erachtens muss nun das Gericht die angemessene Ungültigkeitsfolge bestimmen.¹¹⁹ Diese könnte so aussehen: Es ist vorliegend nicht ersichtlich, weshalb die Ungültigkeit bloss ex nunc greifen soll. Denn in diesem Fall dürfte A das während fünf Jahren bezahlte Schmiergeld behalten. Aufgrund des Schutzzwecks von Art. 4a UWG, der den Schutz der Geschäftsmoral beinhaltet,¹²⁰ rechtfertigt es sich, dass A die während dieser Zeit erhaltenen Beträge zurückerstatten muss. Da dieser Vertrag unseres Erachtens nach vertraglichen Grundsätzen rückabgewickelt wird,¹²¹ findet der im Bereicherungsrecht platzierte Art. 66 OR keine Anwendung. Das Bundesgericht und die h.L. sind diesbezüglich anderer Meinung.¹²² Es erscheint auch nicht weniger praktikabel, bei solchen Rentenzahlungen den Vertrag rückabzuwickeln, als wenn A das gesamte Schmiergeld kurz nach Vertragsschluss als einmalige Leistung erhalten hätte, denn im ersten Fall ist es gut möglich, dass A das gesamte Schmiergeld bereits ausgegeben hat. Das Privatrecht darf und soll rechtswidrige Vermögensverschiebungen ausgleichen.¹²³

2. Folgeverträge

Verträge, die aufgrund einer Bestechung zustande gekommen sind, sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nichtig, sofern ihr Inhalt selbst nicht gegen die in Art. 19 und 20 OR vorgesehenen Schranken verstösst.¹²⁴ Das bedeutet jedoch nicht, dass Verträge, in deren Vorfeld gegen Art. 4a UWG verstossen wurde, makellos sind. Es ist möglich, dass solche Verträge an einer Übervorteilung oder an Willensmängeln leiden.¹²⁵ Beispielsweise ist denkbar, dass ein Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) oder eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) vorliegt.¹²⁶ Unter Umständen sind Folgeverträge somit dennoch ungültig. Bei Dauerverträgen, bei denen die Ungültigkeit ex nunc eintritt, muss das Gericht vertragliche Konditionen wie beispielsweise den Preis, der für eine Leistung bezahlt wurde, rückwirkend nur dann anpassen, wenn sich der Grund, aus dem der Vertrag später angefochten wird, auf diese Kondition ausgewirkt hat. Ansonsten bleibt es bei diesen Konditionen.¹²⁷ In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass sich

119 S. HUGUENIN (Fn. 8), OR 2020, Art. 30 N 34.

120 Siehe oben N 45.

121 HUGUENIN (Fn. 8), N 443.

122 BGE 134 III 438 E. 2.4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, (Fn. 35), Band I, N 681.

123 BGE 129 III 320 E. 7.2; s. zu den Willensmängeln auch WYSS EVELINE/VON DER CRONE HANSCASPAR, Bestechung beim Vertragsschluss, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin), in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2003, S. 35 ff. S. 36 ff.

124 BGE 129 III 320 E. 5.2; gleiches gilt übrigens auch in Deutschland. S. hierzu ALEXANDER CHRISTIAN, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, Eine Untersuchung der wechselseitigen Beziehungen von Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht zueinander, Diss. Greifswald, Berlin 2001, S. 86 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung.

125 BGE 129 III 320 E. 6.

126 BGE 129 III 320 E. 6 und 6.3.

127 BGE 129 III 320 E. 7.2.

die Annahme der Widerrechtlichkeit von Folgeverträgen im Bereich der Verleitung zum Vertragsbruch zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs aufdrängt. Diese Überlegung könnte auch im Bereich der Privatbestechung angestellt werden. Im Sinne eines präventiven Ansatzes zum Schutz des Wettbewerbs könnten auch Folgeverträge, die aufgrund einer Bestechung zustande gekommen sind, ungültig sein, um solche Wettbewerbsverfälschungen gar nicht erst erfolversprechend erscheinen zu lassen.¹²⁸

B. Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen gemäss Art. 7 UWG

Gemäss Art. 7 UWG handelt unlauter, wer durch Rechtsatz, überindividuellen Vertrag¹²⁹ oder Berufs- bzw. Branchenusus auferlegte Arbeitsbedingungen nicht einhält. Die Norm richtet sich nicht an Arbeitnehmer, sondern nur an Arbeitgeber. Erstere sind nicht aktiv-legitimiert.¹³⁰ Im Tatbestand erfordert die Norm eine Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen und ein daraus resultierendes Verschaffen eines Vorteils.¹³¹ Solche kann – soweit ersichtlich – sowohl durch konsequenten Abschluss von Dumping-Arbeitsverträgen erfolgen, als auch durch tatsächliche Handlungen – so beispielsweise, wenn ein Arbeitgeber entgegen der anwendbaren Regelung von Art. 9 Abs. 1 lit. a ARG von seinem Büropersonal regelmässig fordert, dass es über 50 Stunden die Woche arbeitet. Für den vorliegenden Aufsatz ist die erste Konstellation von Interesse. Was geschieht mit einem individuellen Arbeitsvertrag, wenn durch seinen Abschluss gleichzeitig Art. 7 UWG verletzt ist?

Aus einzelarbeitsvertragsrechtlicher Sicht kommen auf solche Fälle die allgemeinen Regeln zur Anwendung. Ein Verstoß gegen zwingendes Arbeitsrecht führt zur Nichtigkeit des Vertrags. Auch denkbar ist eine Übervorteilung. Aus Art. 7 UWG lässt sich unseres Erachtens jedoch darüber hinaus nichts ableiten, was die Ungültigkeit des Arbeitsvertrages beeinflussen kann. Diese Norm ist zwar auch sozialpolitisch motiviert. Dennoch können Arbeitnehmer Verletzungen nicht selber einklagen, da primär die Verfälschung des Wettbewerbs durch Sozialdumping bekämpft werden soll.¹³²

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass UWG-Verletzungen auch im Vertragsrecht Wirkung entfalten können. Dort, wo sie bei der Anbahnung eines Vertrags auftreten und dort, wo sie sich im Vertrag selbst manifestieren, kann dies zur Vertragsungültigkeit führen. Die UWG-Verletzungen spielen bisweilen insbesondere bei der Beurteilung der Rechtsfolgen der Vertragsungültigkeit eine Rolle. Bei Verstössen gegen UWG-Normen mit Bezug zum KKG kann ihre Verletzung sogar mit den drastischen Folgen von Art. 15

128 HILTY (Fn. 14), S. 363.

129 SHK UWG-JUNG (Fn. 13), Art. 7 N 5.

130 BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 59), Art. 7 N 2; SHK UWG-JUNG (Fn. 13), Art. 7 N 1.

131 SHK UWG-JUNG (Fn. 13), Art. 7 N 7; BAUDENBACHER/GLÖCKNER (Fn. 15), Art. 7 N 18 ff.

132 BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 59), Art. 7 N 2; GUYET JAUQUES (Fn. 11), S. 231.

KKG einhergehen. Wo das UWG gewisse Vertragsinhalte zum Schutz einer unterlegenen Partei reguliert, sind abweichende Vertragsinhalte grundsätzlich *ex tunc* ungültig. Dies ist insbesondere bei UWG-widrigen AGB und Schneeballsystemen der Fall.