

# recht

5/14

[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

32. Jahrgang

## Inhalt

---

### Abhandlungen

- 197 *Benedikt Seiler*  
**Der Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO –  
ausgewählte Aspekte**
- 210 *Tamara Taube*  
**Die Schwarze Liste der FATF – was droht  
der Schweiz wirklich?**
- 218 *Mathias Kuhn*  
**Das Verfahren vor der Kindes- und  
Erwachsenenschutzbehörde**
- 

### Rechtsprechung

- 233 *Hans Michael Riemer*  
**Vereinigungsfreiheit dominiert Verbot  
der Geschlechtsdiskriminierung**
- 235 *Vito Roberto/Bernhard Stehle*  
**Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG**



Stämpfli Verlag

## Impressum

**Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider**

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach 5662, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: [Redaktion@recht.ch](mailto:Redaktion@recht.ch)

**[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

### Abonnementspreise 2014

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 175.50,  
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–

Ausland: CHF 185.–

Onlineabo: CHF 137.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,  
[periodika@staempfli.com](mailto:periodika@staempfli.com)

### Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,  
[inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

#### CHRISTOPH MÜLLER

Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

#### ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Vito Roberto/Bernhard Stehle

## Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG

### Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014

*Eine neue Entscheidung des Bundesgerichts zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen klärt den zeitlichen Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG: Die neue Bestimmung ist einerseits auf Verträge anwendbar, die nach dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, andererseits auch auf ältere Verträge, sofern deren AGB vertragliche Rechtswirkungen regeln, die nach dem 1. Juli 2012 entstanden sind.*

#### Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Sachverhalt
3. Anwendbarkeit des SchIT ZGB
4. Die Lehrmeinungen zum zeitlichen Anwendungsbereich von Art. 8 UWG
5. Vor dem 1. Juli 2012 entstandene vertragliche Rechtswirkungen
6. Nach dem 1. Juli 2012 entstandene vertragliche Rechtswirkungen
7. Kriterium der «abgeschlossenen» vertraglichen Rechtswirkung?
8. Veranschaulichung der Abgrenzung
9. Exkurs: Automatische Vertragsverlängerungen aus Sicht der Ungewöhnlichkeitsregel
10. Fazit zum Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG

## 1. Einleitung

Zum neuen Art. 8 UWG, der am 1. Juli 2012 in Kraft trat, sind zahlreiche Publikationen erschienen. Dabei werden namentlich zum zeitlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung unterschiedliche Ansichten vertreten.<sup>1</sup> In seinem jüngst erschienenen Urteil 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014, das zur Publikation vorgesehen ist, äusserte sich nun auch das Bundesgericht zum zeitlichen Anwendungsbereich des neuen Art. 8 UWG.

Das Gericht behandelte die Frage, «ob der neue Art. 8 UWG auf Verträge anwendbar ist, die vor seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden»<sup>2</sup>. Die Revision von Art. 8 UWG werfe die übergangsrechtliche Frage auf, «ob und inwieweit Verträge, die noch unter Geltung des früheren Rechts abgeschlossen wurden, ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts nach

diesem zu beurteilen sind»<sup>3</sup>. Die Frage sei für eine grosse Anzahl bestehender Verträge von Bedeutung. Da sie das Bundesgericht bisher nicht beantwortet habe, bestehe ein allgemeiner und dringender Klärungsbedarf.<sup>4</sup> Zudem prüfte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer automatischen Vertragsverlängerung aus Sicht der Ungewöhnlichkeitsregel. Dieses neue Urteil des Bundesgerichts bietet Gelegenheit, die praktisch bedeutsame Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs des neuen Art. 8 UWG noch einmal zu vertiefen.

## 2. Sachverhalt

Der Sachverhalt betraf eine Mitgliedschaft in einem Fitnessstudio. Die Kundin (und Beklagte) hatte den Vertrag im Februar 2011 mit dem Fitnessstudio (und Klägerin) abgeschlossen. Die Vertragslaufzeit betrug zwölf Monate ab 1. März 2011. Die AGB auf der Rückseite des Vertragsformulars enthielten folgende Bestimmung:

«5. Vertragsdauer

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

Die Beklagte kündigte den Vertrag mit Einschreiben vom 28. Februar 2012 per Ende März 2012. Das Fitnessstudio bestätigte ihren Austritt per 28. Februar 2013 und stellte die Abonnementgebühren bis zu diesem Zeitpunkt in Rechnung.

Prof. Dr. iur. LL.M. Vito Roberto, St.Gallen/Zürich; Dr. iur. Bernhard Stehle, St.Gallen/Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität St.Gallen

<sup>1</sup> S. dazu die Hinweise unter Ziffer 4.

<sup>2</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 3.2.

<sup>3</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 3.2.

<sup>4</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 3.2.

Die Beklagte führte im kantonalen Verfahren an, der Vertrag habe sich «nicht verlängert, da Ziffer 5 der AGB insoweit ungültig sei, als sie eine automatische Vertragsverlängerung vorsehe.» Automatische Vertragsverlängerungen sind nach Auffassung der Beklagten sowohl aufgrund des revidierten Art. 8 UWG als auch infolge der Ungewöhnlichkeitsregel ungültig.<sup>5</sup>

### 3. Anwendbarkeit des SchIT ZGB

Das Bundesgericht prüfte zunächst, ob Art. 8 UWG im vorliegenden Fall anwendbar ist. Es hielt fest, dass es im UWG und dessen Änderung vom 17. Juni 2011 (mit welcher Art. 8 UWG revidiert wurde) keine Übergangsbestimmungen gibt und deshalb die allgemeingültigen Übergangsbestimmungen des Schlusstitels des ZGB, namentlich die Art. 1–3, massgebend seien.

- Art. 1 SchIT ZGB enthält die «Grundregel der Nichtrückwirkung» einer Gesetzesänderung, welche für den gesamten Bereich des Zivilrechts gilt. «Sie schützt das Vertrauen in den Bestand einmal rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte.»<sup>6</sup>
- Art. 2 SchIT ZGB schränkt diesen Grundsatz ein. Nach dieser Bestimmung ist «eine Rückwirkung und damit auch ein Eingriff in rechtsgeschäftlich erworbene Rechte zulässig, wenn die Gesetzesbestimmung «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt» worden ist.
- Gemäss Art. 3 SchIT ZGB sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind.

### 4. Die Lehrmeinungen zum zeitlichen Anwendungsbereich von Art. 8 UWG

Während also Art. 1 SchIT ZGB die Nichtrückwirkung statuiert, sehen sowohl Art. 2 SchIT ZGB (in vager Weise für Bestimmungen, welche «der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» dienen) als auch Art. 3 SchIT ZGB (für zwingende Gesetzesbestimmungen) eine Rückwirkung vor. Wie die drei Bestimmungen zueinander stehen, ist nicht leicht verständlich.

Es erstaunt denn auch nicht, dass verschiedene Lehrmeinungen zum zeitlichen Anwendungsbereich von Art. 8 UWG bestehen. Diese lassen sich in drei Meinungsgruppen einteilen:<sup>7</sup>

- «Gruppe Art. 1 SchIT ZGB» ist gestützt auf den Grundsatz der Nichtrückwirkung der Ansicht, dass Verträge, die vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, nicht dem revidierten Art. 8 UWG unterstehen, sondern *nach früherem Recht zu beurteilen* sind.<sup>8</sup> Die Konsequenz, dass damit auf Jahre hinaus mit Art. 8 UWG nicht kompatible AGB rechtswirksam bleiben und der angestrebte Konsumentenschutz bei Dauerverträgen in dieser Zeit nicht verwirklicht werden kann, versucht man dadurch zu mildern, dass die Nichtrückwirkung nicht mehr gelte, wenn die AGB nach dem 1. Juli 2012 geändert werden. Unklar bleibt bei dieser Einschränkung, ob die Nichtrückwirkung die gesamten AGB<sup>9</sup> oder lediglich den betroffenen Sachbereich oder gar bloss die konkrete AGB-Bestimmung betrifft.<sup>10</sup>
- «Gruppe Art. 2 SchIT ZGB» will dagegen den revidierten Art. 8 UWG seit der Inkraftsetzung am 1. Juli 2012 *immer* anwenden, also auch auf Verträge die vor Inkrafttreten dieser Bestimmung abgeschlossen wurden. Als Begründung wird angeführt, Art. 8 UWG sei eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Norm im Sinne von Art. 2 SchIT ZGB. Es handle sich somit um eine Bestimmung, welche zu den «Grundprinzipien der Rechtsordnung» zu zählen ist.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Vgl. BGer 4A\_475/2013 E. 4.3.

<sup>8</sup> Namentlich *Abegglen/Coendet/Gross*, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, in: Das Bankkonto, Emmenegger (Hrsg.), 2013, 108 f.; *Bühler/Stäuber*, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, 86 ff.; *Hess/Ruckstuhl*, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, 1211; *Maissen*, Die automatische Vertragsverlängerung, 2012, 197; *Mönich*, AGB und intertemporales Recht, in: Brunner et al. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 287 ff. (doch sei die Wertung des revidierten Art. 8 UWG auch bei Altverträgen und Neuverträgen mit Nichtkonsumenten zu berücksichtigen); *Rusch*, Schadenabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, 444; *Schott*, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen. Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 80; *Thouvenin*, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter 29. Oktober 2012, N 53 ff.; BSK-*Thouvenin*, UWG 8 N 148 ff.

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Rusch*, Fn. 8., und BSK-*Thouvenin*, UWG 8 N 148 (bei Änderung/Ergänzung einer Klausel unterstehen die gesamten AGB dem neuen Recht).

<sup>10</sup> Z. B. *Hess/Ruckstuhl* und *Schott*, beide Fn. 8 (nur die geänderten oder ergänzten Klauseln unterstehen dem neuen Recht).

<sup>11</sup> Diese Meinung vertreten z. B. *Eisner-Kiefer*, AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision, in: Brunner et al. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 111 ff.; *Koller*, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Basel 2013, 78 ff.; *Pichonnaz* Le nouvel art. 8 LCD. Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012, 142 f.; *Rüetschi*; Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, recht 2013, 108; *Schmid*, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, in: Emmenegger (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Basel 2012, 102 ff.

<sup>5</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 3.1.

<sup>6</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 4.1 und 4.2.

- *Roberto/Walker* vertreten schliesslich gestützt auf die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts (konkret: BGE 116 III 120) die vermittelnde Ansicht, dass «das neue Recht in Anwendung und gemäss den Vorgaben von Art. 3 SchIT ZGB auf altrechtliche Verträge anzuwenden sei»<sup>12</sup>. Sie führen aus:

«Die Auslegung des Bundesgerichts [in BGE 116 III 120, 126] ist sowohl dogmatisch als auch sachlich zutreffend. Dies wird namentlich evident, wenn man die bundesgerichtliche Leseart von Art. 3 SchIT ZGB auf die AGB von Dauerschuldverhältnissen anwendet, bei denen sich das Problem des Übergangsrechts in besonderem Masse stellt: Auf Ansprüche, die bereits vor dem 1. Juli 2012 entstanden sind, finden die «alten» AGB Anwendung, wie sie gemäss der bisherigen Geltungs- und Auslegungskontrolle zu beurteilen waren. In Bezug auf Ansprüche, deren Voraussetzungen sich nach dem 1. Juli 2012 erfüllen, unterliegen die «alten» AGB aber der Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG.»<sup>13</sup>

- Eine vierte Meinung verträte wohl *Broggini*. Er würde ebenfalls Art. 3 SchIT ZGB anwenden, käme dabei aber zu einem anderen Ergebnis als *Roberto/Walker*. Er führt nämlich aus: «Ebenso wie der gegen zwingendes Recht verstossende Inhalt eines Vertrages unzulässig ist (Art. 19 Abs. 2 OR), ist auch der gegen das neue, zwingende Recht verstossende Inhalt eines unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisses (auch eines Vertrags) unzulässig.»<sup>14</sup> Er verträte also wohl dasselbe Ergebnis wie die «Gruppe Art. 2 SchIT ZGB», aber mit anderer Begründung.

## 5. Vor dem 1. Juli 2012 entstandene vertragliche Rechtswirkungen

In der vorliegenden bundesgerichtlichen Entscheidung ging es um die Frage, ob vertragliche Rechtswirkungen, die sich vor dem 1. Juli 2012 verwirklichten, der neuen Gesetzesbestimmung unterworfen sind. Das Bundesgericht entschied,

«dass, wenn eine automatische Vertragsverlängerung gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen eintrat, als der revidierte Art. 8 UWG noch nicht in Kraft war, die zugrunde liegende Klausel nicht nach dem neuen Recht zu beurteilen ist»<sup>15</sup>. In dieser Konstellation gebiete der Vertrauensschutz, dass die automatische Vertragsverlängerung nach früherem Recht beurteilt wird:

«Das Vertrauen der Parteien in die gültige Verlängerung des Vertrages ist insoweit zu schützen, und das neue Recht ist aus diesem Grund jedenfalls nicht auf diese vor seinem Inkrafttreten eingetretene und abgeschlossene vertragliche Rechtswirkung anwendbar (vgl. im Allgemeinen BGE 116 III 120 E. 3d S. 126).»<sup>16</sup>

Damit ist klar, dass sich die Ansicht der «Gruppe Art. 2 SchIT ZGB», Art. 8 UWG sei generell auf alle Verträge anzuwenden (also unabhängig davon, wann sie geschlossen wurden oder wann eine bestimmte Rechtswirkung eintrat), nicht länger halten lässt.<sup>17</sup> Vielmehr sind vertragliche Rechtswirkungen, die vor dem 1. Juli 2012 entstanden, nach früherem Recht zu beurteilen.

## 6. Nach dem 1. Juli 2012 entstandene vertragliche Rechtswirkungen

Zu klären bleibt, was in Bezug auf vertragliche Rechtswirkungen gilt, die nach dem 1. Juli 2012 entstanden. Das Bundesgericht hat sich zwar nicht ausdrücklich mit dieser Frage befasst; es hat aber explizit auf den Vertrauensschutz und auf BGE 116 III 120 verwiesen. In diesem Entscheid – in welchem es um einen Mietvertrag ging – führte das Bundesgericht aus:

«[Der Vertrauensschutz] verlangt, wie Rechtsprechung und Lehre erkannt haben, dass die bereits unter der früheren Rechtsordnung eingetretenen Rechtswirkungen weiterhin anerkannt werden und dass nur für die erst seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstan-

<sup>12</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 4.3.

<sup>13</sup> *Roberto/Walker*, ABG-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 61; demgegenüber vertritt *Schmid*, a.a.O., 103 f., mit Hinweis auf BGE 133 III 114 E. 2.3.4 und BGE 126 III 429 E. 3c cc die Ansicht, Art. 3 SchIT ZGB beziehe sich nicht auf die durch Parteiwillen festgelegten Vertragswirkungen. BGE 126 III 429 E. 3c cc verweist aber auf BGE 116 III 126 E. d, wo das Bundesgericht festhält, dass für Rechtswirkungen, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts entstehen, das neue Recht massgebend ist. U. E. will das Bundesgericht in BGE 126 III 421 (und damit auch in BGE 133 III 105, der auf BGE 126 III 421 verweist) nur betonen, dass Art. 3 SchIT ZGB keine Grundlage dafür bietet, bereits vor dem Inkrafttreten neuen Rechts entstandene vertragliche Rechtswirkungen neuem Recht zu unterstellen.

<sup>14</sup> *Broggini*, Intertemporales Privatrecht, in: Gutzwiller (Hrsg.) Schweizerisches Privatrecht, Erster Band: Geschichte und Geltungsbereich, Basel 1969, 446.

<sup>15</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 4.4.

<sup>16</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 4.4. In BGE 116 III 126 E. d hatte das Bundesgericht ausgeführt: «Ist im vorliegenden Fall – da von keiner Seite bestritten – tatsächlich davon auszugehen, dass die Gegenstände, wofür die Retention verlangt wird, vor dem 1. Juli 1990 in die vermieteten Räume eingebracht worden sind, so muss das Retentionsrecht für die Forderungen von Wohnungsmietzins, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts fällig geworden sind, als entstanden betrachtet und nach dem Vertrauensprinzip geschützt werden. Es bleiben, nach dem in Art. 1 SchITZGB verankerten Grundsatz der Nichtrückwirkung, das vor diesem Zeitpunkt geltende Obligationenrecht und das entsprechende Schuldbetriebs- und Konkursrecht (Art. 283 aSchKG) anwendbar.»

<sup>17</sup> Dasselbe gilt für die Ansicht, die wir *Broggini* unterstellen. Das Bundesgericht hat sich in BGE 116 III 126 E. 3d mit *Brogginis* Meinung auseinandergesetzt und sie gestützt auf das Vertrauensprinzip abgeschwächt, s. *Roberto/Walker*, 60 (mit Hinweisen in Fn. 107).

denen Rechtswirkungen – gemäss Art. 3 SchIT ZGB – das neue Recht massgebend ist.»<sup>18</sup>

Die bundesgerichtliche Regel lautet also wie folgt: Vor Inkrafttreten des neuen Rechts entstandene vertragliche Rechtswirkungen unterstehen altem Recht (diesen Teil seiner Regel hat das Bundesgericht in BGE 4A\_475/2013 bestätigt), nach Inkrafttreten des neuen Rechts entstandene vertragliche Rechtswirkungen unterstehen neuem Recht (letzteres auch dann, wenn der Vertrag vor Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossen wurde). Somit ist auch die Ansicht der «Gruppe Art. 1 SchIT ZGB» abzulehnen, nach der auf Verträge, die vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden (und deren AGB nach dem 1. Juli 2012 nicht mehr geändert wurden), ausschliesslich früheres Recht anwendbar sei. Vielmehr ist mit dem Bundesgericht und mit *Roberto/Walker* gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB darauf abzustellen, wann eine bestimmte vertragliche Rechtswirkung entstand, und zwar auch dann, wenn der Vertrag vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen und die AGB seither nicht mehr geändert wurden.

## 7. Kriterium der «abgeschlossenen» vertraglichen Rechtswirkung?

Unklar ist, ob das Bundesgericht mit seiner Formulierung, das neue Recht sei «jedenfalls nicht auf diese vor seinem Inkrafttreten eingetretenen *und abgeschlossenen* vertragliche Rechtswirkung anwendbar»<sup>19</sup>, ein zusätzliches Kriterium zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG einführen wollte. In diesem Fall wäre früheres Recht nur dann auf eine Rechtswirkung anwendbar, wenn diese vor dem 1. Juli 2012 sowohl entstanden als auch *abgeschlossen* war.

Von einem zusätzlichen Kriterium des «Abschlusses einer Rechtswirkung» ist aber aus zwei Gründen nicht auszugehen: Erstens beschreibt das Bundesgericht mit der zitierten Formulierung eher die konkrete Rechtswirkung des vorliegenden Falls (die Rechtswirkung der Vertragsverlängerung war nach Ansicht des Bundesgerichts eingetreten und abgeschlossen), als dass es ein zusätzliches Kriterium zur Abgrenzung des zeitlichen Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG einführt. Zweitens würde dieses zusätzliche Kriterium zu unnötigen Unsicherheiten führen. So könnte man z. B. im vorliegenden Fall argumentieren, die automatische Vertragsverlängerung sei vor Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 zwar eingetreten, an diesem Datum aber noch nicht abgeschlossen ge-

wesen, dauere doch der verlängerte Vertrag bis Ende Februar 2013. Deshalb sei der revidierte Art. 8 UWG anwendbar. Um solche Unsicherheiten zu vermeiden, ist wie in BGE 116 III 120 einzig darauf abzustellen, wann eine Rechtswirkung entstand.

Das Abstellen auf die Entstehung einer Rechtswirkung kann in Bezug auf denselben Vertrag zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Es ist – namentlich bei Dauerschuldverhältnissen – möglich, dass sich die vertragliche Rechtswirkung, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts entsteht, anders beurteilt, als eine identische vertragliche Rechtswirkung, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts entsteht.<sup>20</sup>

## 8. Veranschaulichung der Abgrenzung

Nach alledem lässt sich der Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG (gestützt auf Art. 3 SchIT ZGB, BGE 116 III 120 und nun BGE 4A\_475/2013) wie folgt beschreiben: Der revidierte Art. 8 UWG ist einerseits auf AGB von Verträgen anwendbar, die nach dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, andererseits auch auf AGB älterer Verträge, sofern die AGB vertragliche Rechtswirkungen regeln, die nach dem 1. Juli 2012 entstanden sind. Einige Beispiele mögen diese Regel verdeutlichen:

- Liegen die Voraussetzungen eines Gewährleistungsrechts oder eines Schadenersatzanspruchs vor dem 1. Juli 2012 vor, unterstehen AGB-Regeln, welche diese Rechte und Ansprüche ausschliessen oder abändern, früherem Recht. Liegen die Voraussetzungen erst nach dem 1. Juli 2012 vor, gilt der revidierte Art. 8 UWG. Unerheblich ist, wann der Berechtigte sein Gewährleistungsrecht oder seinen Schadenersatzanspruch geltend macht.
- Für eine AGB-Bestimmung, die das Recht auf Benutzung der Fitnessräume näher regelt, gilt: Sofern es um die Benutzung in den Monaten bis zum 1. Juli 2012 geht, beurteilt sich die entsprechende AGB-Regel nach früherem Recht. Für die Benutzung der Fitnessräume nach dem 1. Juli 2012 muss dieselbe AGB-Regel dagegen nach dem revidierten Art. 8 UWG geprüft werden.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 116 III 120, Regeste: «Sind die Gegenstände, wofür die Retention verlangt wird, vor dem 1. Juli 1990 in die vermieteten Räume eingebracht worden, so muss das Retentionsrecht für die Forderungen von Wohnungsmietzins, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts fällig geworden sind, als entstanden betrachtet und nach dem Vertrauensprinzip geschützt werden.» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>18</sup> BGE 116 III 126 E. 3d.

<sup>19</sup> E. 4.4, Hervorhebung hinzugefügt.

- AGB-Regelungen betreffend Leasingforderungen unterstehen für Forderungen, die vor dem 1. Juli 2012 fällig werden, früherem Recht, für Forderungen, die nach dem 1. Juli 2012 fällig werden, dem revidierten Art. 8 UWG.
- Eine in den AGB enthaltene Konventionalstrafe wird nach früherem Recht geprüft, sofern ihre Voraussetzungen vor dem 1. Juli 2012 erfüllt wurden. Fand das strafbewehrte Verhalten dagegen erst nach dem 1. Juli 2012 statt, unterliegt die Konventionalstrafe der Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG.
- Wurde eine Kündigung vor dem 1. Juli 2012 ausgesprochen, müssen die AGB-Bestimmungen, welche die Voraussetzungen und Folgen der Kündigung regeln, nach früherem Recht geprüft werden. Wurde die Kündigung nach dem 1. Juli 2012 ausgesprochen, werden die AGB-Bestimmungen gemäss dem revidierten Art. 8 UWG kontrolliert.
- Trat gestützt auf eine AGB-Bestimmung eine Vertragsverlängerung vor dem 1. Juli 2012 ein, untersteht die AGB-Bestimmung früherem Recht. Geht es um eine Vertragsverlängerung, die nach dem 1. Juli wirksam wird, ist der revidierte Art. 8 UWG auf die entsprechende Verlängerungsklausel anwendbar.

## 9. Exkurs: Automatische Vertragsverlängerungen aus Sicht der Ungewöhnlichkeitsregel

In dem durch das Bundesgericht zu entscheidenden Sachverhalt trat die Vertragsverlängerung vor dem 1. Juli 2012 ein, weshalb die AGB-Bestimmung, welche die Vertragsverlängerung betraf, dem früher geltenden Recht untersteht. Eine inhaltliche Überprüfung der AGB konnte somit bloss unter der sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel erfolgen. Aus diesem Grund prüfte das Bundesgericht in einem letzten Schritt, ob die automatische Vertragsverlängerung vor der Ungewöhnlichkeitsregel standhält.

Das Gericht führte aus, automatische Vertragsverlängerungen seien nicht per se ungewöhnlich. Ob eine solche Klausel im Einzelfall ungewöhnlich ist, bestimme sich anhand einer Verhältnismässigkeitsprüfung:<sup>21</sup>

- Die Verlängerung ist gemäss dem Bundesgericht jedenfalls dann nicht ungewöhnlich, «wenn durch die entsprechende Ausgestaltung der Vertragsdauer einem für die Gegenseite erkennba-

ren Interesse des Anbieters Rechnung getragen wird».

- Liegt ein solches Interesse des AGB-Verwenders vor, ist zu prüfen, ob die AGB-Klausel dieses Interesse angemessen wahrt oder ob sie über das dazu erforderliche Mass hinausgeht.

«Wenn die vertragliche Regelung zudem – wie vorliegend – nicht über das zur Wahrung dieser Interessen erforderliche Mass hinausgeht, namentlich etwa durch eine ausserordentlich lange Kündigungsfrist, ist die Klausel in der Regel nicht als ungewöhnlich anzuschauen.»<sup>22</sup>

Das Bundesgericht bejahte vorliegend ein Interesse des AGB-Verwenders: «Der Betreiber eines Fitnessstudios hat offenkundig ein erhebliches Interesse daran, im Voraus und mit Gewissheit die benötigte Infrastruktur und Belegschaft abschätzen zu können.»<sup>23</sup> Sodann hielt es eine dreimonatige Kündigungsfrist bei einer vertraglichen Laufdauer von einem Jahr auch für angemessen.

Demgegenüber liess das Bundesgericht in Urteil 5P.115/2005 vom 13. Mai 2005 E. 1.2 unter Willkürgesichtspunkten die vorinstanzliche Würdigung gelten, wonach die global zustimmende, also vom Inhalt der AGB nicht Kenntnis nehmende, Partei nicht damit rechnen muss, dass eine Kündigung des abgeschlossenen Insertionsvertrags spätestens zwei Jahre vor Ablauf der dreijährigen Vertragsdauer zu erfolgen hat<sup>24</sup>. Eine solche Kündigungsfrist kann zu Recht nicht mehr als im Interesse des AGB-Verwenders notwendige Regelung bezeichnet werden.

Im Rahmen eines «obiter dictum» hielt das Gericht schliesslich fest, dass auch die revidierte Bestimmung in Art. 8 UWG automatische Vertragsverlängerungen nicht generell verbiete.<sup>25</sup>

In Bezug auf die Gültigkeit von AGB-Klauseln, welche eine automatische Vertragsverlängerung vorsehen, gilt infolgedessen sowohl unter dem Aspekt der Ungewöhnlichkeitsregel als auch unter dem revidierten Art. 8 UWG folgendes: Eine automatische Vertragsverlängerung ist rechtsgültig, sofern der Anwender ein berechtigtes Interesse an der Verlängerung hat und die vertragliche Regelung nicht über das Mass hinausgeht, das zur Wahrung dieses Interesses erforderlich ist.

<sup>22</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 5.3.2.

<sup>23</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 5.3.2.

<sup>24</sup> BGer 5P.115/2005 E. 1.2; s. auch BGer 4A\_475/2013 E. 5.3.2.

<sup>25</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 4.5.; zur automatischen Vertragsverlängerung unter dem revidierten Art. 8 UWG (sowie der Ungewöhnlichkeitsregel) s. auch *Maissen*, AGB und automatische Vertragsverlängerung, in: Brunner et al. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014.

<sup>21</sup> BGer 4A\_475/2013 E. 5.3.2.

## 10. Fazit zum Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG

Mit Urteil 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014 (zur Publikation vorgesehen) entschied das Bundesgericht, dass eine automatische Vertragsverlängerung, die gemäss den anwendbaren Vertragsbedingungen eintrat, als der revidierte Art. 8 UWG noch nicht in Kraft war, nach früherem Recht zu beurteilen ist.

Das Urteil steht in Einklang mit der bereits in BGE 116 III 120 aufgestellten Regel, wonach man vertragliche Rechtswirkungen, die vor Inkrafttre-

ten des neuen Rechts entstanden, nach altem Recht beurteilen muss und vertragliche Rechtswirkungen, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden, nach neuem Recht.

Aus diesen beiden Urteilen ergibt sich folgender zeitliche Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG: Er ist einerseits auf Verträge anwendbar, die nach dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, andererseits auch auf ältere Verträge, sofern deren AGB vertragliche Rechtswirkungen regeln, die nach dem 1. Juli 2012 entstanden bzw. fällig geworden sind.