Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Milivoje Mitrovic

von

Cham (Zug)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Markus Müller-Chen

und

Prof. Dr. Arnold F. Rusch

Dissertation Nr. 5236

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2022

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 24. Mai 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 52 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St.Gallen
ISBN 978-3-03891-487-7

myclimate neutral

Vorwort

An dieser Stelle gilt es all denjenigen Personen zu danken, welche mich auf meiner Reise bis zum Abschluss dieser Dissertation unterstützt haben. Allen voran bedanke ich mich bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Markus Müller-Chen, der sowohl wissenschaftlich als auch menschlich jederzeit ein grossartiger Betreuer und Mentor gewesen ist. Ich habe unsere gemeinsamen Gespräche – ob zur Dissertation oder zu Gott und die Welt – äusserst geschätzt.

Besonderer Dank gebührt auch meinem Korreferenten, Prof. Dr. Arnold Rusch, der mit seinen Denkanstössen wesentlich zur Ausarbeitung der Dissertation beigetragen hat. Für offene Fragen oder bei Zweifeln fand ich in Prof. Dr. Arnold Rusch stets einen aufmerksamen Gesprächspartner.

Grosser Dank für das inhaltliche und sprachliche Lektorat geht an Dr. Janis Mathis. Für wertvolle Rückmeldungen zur Arbeit oder Teilen davon danke ich Dr. Nino Sievi, Dr. Linus Zweifel, Céline Kellmann, Frédéric Barth, Nick Mezger, Jonas Stähli, Danijel Lukic, Suzan Can, Avijit Singh, David Wohlgemuth, Benedikt Rutscheidt, Marc Lüttecke, Arbnor Hoti und Alper Ak. Gedankt sei auch meinen Freunden und meiner Familie, die für meine dissertationsbedingten Hochs und Tiefs stets viel Verständnis zeigten. Ganz besonderer Dank gilt meiner Freundin, Jelena, die mich mit ihren motivierenden Worten stets dazu angetrieben hat, auch die letzten Meter dieser Reise zu gehen.

Der weitaus grösste Dank gebührt meinen Eltern. Sie haben mir nicht nur das Studium ermöglicht, sondern mich während meines ganzen Lebens in jeder Hinsicht bedingungslos unterstützt. Sie sind meine Vorbilder. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Schliesslich sei auch dem Leny und Robert Hauser-Fonds herzlich für die finanzielle Unterstützung bei der Drucklegung dieser Dissertation gedankt.

Zürich, im Mai 2022 Milivoje Mitrovic

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Zusammenfassung XIX
Summary XX
Résumé XXI
Abkürzungsverzeichnis XXIII
Literaturverzeichnis XXIX
Materialienverzeichnis LV

1. Kapitel: Einleitung 1
§ 1 Untersuchungsgegenstand 2
§ 2 Abgrenzungen 6
§ 3 Methodik 9
§ 4 Aufbau 12

2. Kapitel: Wesen und Wirkung der einseitigen Änderungsklausel 15
§ 1 Grundbegriffe 16
§ 2 Rechtsökonomische Würdigung 21
§ 3 Struktur 27
§ 4 Gestaltungsrecht vs. Erklärungsfiktion 38
§ 5 Folgerungen 42

3. Kapitel: Allgemeine Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln 45
§ 1 Vorbemerkungen 46
§ 2 Vertragstreue 47
§ 3 Bestimmtheitsgebot 49
§ 4 Übermässigkeit der Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) 56
§ 5 Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) 61
§ 6 Billige Ermessensausübung 64

§ 7 Gesetzliche Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung 67
§ 8 Folgerungen 84

4. Kapitel: AGB-Korrektiv 87
§ 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen 88
§ 2 AGB-Kontrolle und Kontrollabfolge im Allgemeinen 94
§ 3 Einbeziehungskontrolle 95
§ 4 Auslegungskontrolle 111
§ 5 Inhaltskontrolle 122
§ 6 Folgerungen 142

5. Kapitel: AGB-spezifische Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln 145
§ 1 Vorbemerkungen 146
§ 2 Auslegungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln 146
§ 3 Einbeziehungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln 156
§ 4 Inhaltskontrolle einseitiger Änderungsklauseln 166
§ 5 Folgerungen 239

6. Kapitel: Prozessuale Instrumente gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB 243
§ 1 Durchsetzungsproblematik im Überblick 244
§ 2 Durchsetzungsinstrumente de lege lata 247
§ 3 Durchsetzungsinstrumente de lege ferenda 264
§ 4 Folgerungen 279

7. Kapitel: Schlussbetrachtung 281

Stichwortverzeichnis 289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Zusammenfassung XIX
Summary XX
Résumé XXI
Abkürzungsverzeichnis XXIII
Literaturverzeichnis XXIX
Materialienverzeichnis LV

1. Kapitel: Einleitung 1

§ 1 Untersuchungsgegenstand 2
I Zugrundeliegende Problematik 2
II Ziel der Untersuchung 3
III Relevanz 4
§ 2 Abgrenzungen 6
I Automatikklauseln 6
II Neuverhandlungsklauseln 7
III Gesetzliche Änderungsregeln 8
IV Clausula rebus sic stantibus 8
§ 3 Methodik 9
I Rechtsvergleichung 9
II Ökonomische Analyse des Rechts 11
III Kasuistik 12
§ 4 Aufbau 12

2. Kapitel: Wesen und Wirkung der einseitigen Änderungsklausel 15

§ 1 Grundbegriffe 16
I Vertragsänderung 16
1 Definition 16
2 Terminologie 17

II Einseitige Änderungsklausel ... 18
1 Definition ... 18
2 Terminologie ... 20
§ 2 Rechtsökonomische Würdigung ... 21
I Änderungsbedarf und das Risiko veränderter Umstände ... 21
II Nutzen und Funktion von einseitigen Änderungsklauseln ... 22
1 Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses ... 23
2 Reduktion von Transaktionskosten … ... 24
a) … bei der Erstellung des Vertrags ... 24
b) … beim Änderungsprozess ... 25
3 Planungssicherheit und Vertragskontinuität ... 26
§ 3 Struktur ... 27
I Änderungstatbestand ... 27
1 Fehlender Änderungstatbestand ... 27
2 Generalklauselartiger Änderungstatbestand ... 29
3 Bestimmter Änderungstatbestand ... 30
II Rechtsfolgeseite ... 32
1 Gegenstand der einseitigen Änderung ... 32
a) Änderung der gesamten Vertragsbestimmungen ... 33
b) Änderung einzelner Vertragsbestimmungen ... 33
aa) Änderung der Hauptpunkte ... 34
bb) Änderung der Nebenpunkte ... 34
2 Umfang der einseitigen Änderung ... 35
III Zwischenfazit ... 36
§ 4 Gestaltungsrecht vs. Erklärungsfiktion ... 38
I Variante Gestaltungsrecht ... 39
II Variante Erklärungsfiktion ... 40
III Vergleich ... 41
§ 5 Folgerungen ... 42

3. Kapitel: Allgemeine Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln 45

§ 1 Vorbemerkungen 46

§ 2 Vertragstreue 47

I Inhalt 47

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln 48

§ 3 Bestimmtheitsgebot 49

I Inhalt 49

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln 51

1 BGE 135 III 1 als Ausgangslage 51

2 Unwirksamkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsklauseln 53

3 Minimale Bestimmtheitsanforderungen 54

§ 4 Übermässigkeit der Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) 56

I Inhalt 56

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln 58

1 Allgemeines 58

2 Verhältnis des Persönlichkeitsschutzes zum Bestimmtheitsgebot 60

3 Kündigungsrecht 61

§ 5 Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) 61

I Inhalt 61

II Bedeutung für die Ausübung des einseitigen Änderungsrechts 62

§ 6 Billige Ermessensausübung 64

I Ausübungskontrolle bei einseitigen Änderungsrechten 64

II Beurteilungskriterien 65

§ 7 Gesetzliche Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung 67

I Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch den Vermieter (Art. 269d OR) 67

1 Anwendungsbereich und Normzweck 67

2 Voraussetzungen 68

II Einseitige Vertragsänderungen durch den Reiseveranstalter (Art. 7 und 8 ff. PauRG) 70

1 Preiserhöhungen (Art. 7 PauRG) 70

a) Genaue Angaben zur Berechnung des neuen Preises 70

b) Formelle Voraussetzungen ... 72
c) Preiserhöhungsgründe ... 72
2 Wesentliche Vertragsänderungen (Art. 8 ff. PauRG) ... 73
III Verworfene Bestimmungen zu einseitigen Änderungsrechten in der Revision des Versicherungsvertragsgesetzes ... 74
1 Überblick ... 74
2 Entwurf zur Regelung einseitiger Prämienänderungsklauseln ... 76
3 Entwurf zur Regelung einseitiger Bedingungsänderungsklauseln ... 77
a) Überblick ... 77
b) Würdigung von Art. 35 E-VVG 2017 ... 78
c) Parlamentarische Diskussionen ... 80
IV Gesetzliche Leitbilder der einseitigen Vertragsänderung ... 82
§ 8 Folgerungen ... 84

4. Kapitel: AGB-Korrektiv ... 87

§ 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen ... 88
I Definition ... 88
1 Vorformulierung ... 88
2 Mehrfachverwendungsabsicht ... 89
3 Einseitiges «Stellen» der AGB ... 90
II Funktionen ... 91
III Problematik und Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle ... 92
§ 2 AGB-Kontrolle und Kontrollabfolge im Allgemeinen ... 94
§ 3 Einbeziehungskontrolle ... 95
I Einbeziehungskontrolle nach schweizerischem Recht ... 95
1 Überblick ... 95
2 Ungewöhnlichkeitsregel ... 97
a) Funktion und dogmatische Grundlage ... 97
b) Voraussetzungen ... 98
aa) Keine Kenntnis der ungewöhnlichen AGB-Klausel ... 98
bb) Subjektive Ungewöhnlichkeit ... 99
cc) Objektive Ungewöhnlichkeit ... 100
c) Defizite ... 102

d) Verhältnis zur Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG ... 103
aa) Problematik ... 103
bb) Konsumenten-AGB ... 103
cc) Unternehmer-AGB ... 105
II Einbeziehungskontrolle nach deutschem Recht ... 106
1 Überblick ... 106
2 Überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) ... 107
III Vergleich und Zwischenfazit ... 110
§ 4 Auslegungskontrolle ... 111
I Auslegungskontrolle nach schweizerischem Recht ... 111
1 Überblick ... 111
2 Individuell-konkrete Auslegung ... 112
3 Unklarheitenregel ... 113
a) Inhalt und Funktion ... 113
b) Kundenfreundliche Auslegung ... 114
II Auslegungskontrolle nach deutschem Recht ... 115
1 Generell-abstrakte Auslegung ... 115
2 Kundenfeindliche Auslegung ... 116
III Vergleich und Zwischenfazit ... 119
1 Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung ... 119
2 Kundenfreundliche vs. kundenfeindliche Auslegung ... 120
§ 5 Inhaltskontrolle ... 122
I Inhaltskontrolle nach schweizerischem Recht (Art. 8 UWG) ... 123
1 Überblick und Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG ... 123
2 Art. 8 UWG und die EU-Klauselrichtlinie ... 124
3 Rechtsnatur der Kontrolle nach Art. 8 UWG ... 126
4 Tatbestandselemente von Art. 8 UWG ... 128
a) Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten ... 129
aa) Referenzsystem zur Beurteilung des Missverhältnisses ... 129
bb) Kompensation ... 130
b) Erheblichkeit des Missverhältnisses ... 130
c) «Ungerechtfertigtes» Missverhältnis ... 131
d) Verstoss gegen Treu und Glauben ... 131

5 Rechtsfolgen bei Verstoss gegen Art. 8 UWG ... 132
a) Nichtigkeit der betroffenen AGB-Klausel ... 132
b) Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion ... 133
II Inhaltskontrolle nach deutschem Recht (§§ 307–309 BGB) ... 135
1 Anwendungsbereich ... 135
2 Generalklausel des § 307 BGB ... 136
3 Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) ... 137
4 Besondere Klauselverbote (§§ 308 und 309 BGB) ... 139
III Vergleich und Zwischenfazit ... 140
§ 6 Folgerungen ... 142

5. Kapitel: AGB-spezifische Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln ... 145

§ 1 Vorbemerkungen ... 146
§ 2 Auslegungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln ... 146
I Orientierung der Auslegung an den potenziell möglichen Änderungsergebnissen ... 147
II Relevante Auslegungsgrundsätze ... 149
1 Objektivierte Auslegung ... 149
2 AGB-spezifische Anwendung der gängigen Auslegungsmittel ... 150
III Anwendung der Unklarheitenregel ... 152
IV Zwischenfazit ... 155
§ 3 Einbeziehungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln ... 156
I Einbeziehungskontrolle nach schweizerischem Recht ... 156
1 Verhältnis zum allgemeinen Bestimmtheitsgebot ... 157
2 Änderungsanzeige und erneute Übernahme geänderter AGB ... 158
a) Einhaltung der minimalen Zugänglichkeitskriterien ... 158
b) Verweis auf geänderte AGB im Internet ... 159
3 Unzulänglichkeiten der Ungewöhnlichkeitsregel ... 161
II Einbeziehungskontrolle nach deutschem Recht ... 163
III Vergleich und Zwischenfazit ... 165
§ 4 Inhaltskontrolle einseitiger Änderungsklauseln ... 166
I Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG ... 166
1 Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsrechte ... 167

2 Anforderungen an den Änderungstatbestand ... 168
a) Bestimmtheitsanforderungen ... 168
b) Sachlicher Grund als Änderungstatbestand ... 170
aa) Allgemeines ... 170
bb) Zeitpunkt der Umstandsänderung ... 172
cc) Vorhersehbarkeit der Umstandsänderung ... 172
dd) Vertragslaufzeit ... 175
3 Anforderungen an den Änderungsumfang ... 176
a) Bestimmtheitsanforderungen ... 177
b) Beidseitige Wirkung einseitiger Preisänderungsklauseln ... 178
aa) Problematik ... 178
bb) Meinungsstand in der Lehre ... 179
cc) Herleitung einer gesetzlichen Wertung ... 180
dd) Stellungnahme ... 181
4 Analyse der Wirkung eines Kündigungsrechts ... 182
a) Würdigung der kompensierenden Wirkung eines Kündigungsrechts ... 182
aa) Ausgleichende und mässigende Wirkung ... 182
bb) Faktische oder wirtschaftliche Hindernisse bei der Ausübung des Kündigungsrechts ... 183
cc) Kontinuitätsinteresse des Kunden ... 184
dd) Zwischenfazit ... 185
b) Erforderlichkeit eines Kündigungsrechts ... 185
aa) Meinungsstand in der Lehre ... 185
bb) Herleitung einer gesetzlichen Wertung ... 186
cc) Stellungnahme ... 187
5 Erklärungsfiktionen ... 189
a) Grundlegendes zur Kontrolle von Erklärungsfiktionen ... 189
aa) Art. 6 OR und die Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist ... 189
bb) Grundsätzliche Zulässigkeit in bundesgerichtlicher Rechtsprechung ... 191
b) Notwendigkeit einer AGB-spezifischen Inhaltskontrolle ... 192
c) Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen unter Art. 8 UWG ... 193
aa) Hinweispflicht ... 194
bb) Inhaltliche Zulässigkeitsanforderungen ... 195
cc) An eine Handlung knüpfende Erklärungsfiktionen als Sonderform ... 198

II Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB ... 200
1 Vorbemerkungen ... 200
2 Einseitige Preisänderungsklauseln ... 201
a) Kontrolle unter § 309 Nr. 1 BGB ... 201
aa) Gegenstand und Zweck des Klauselverbots ... 201
bb) Anwendungsbereich ... 202
b) Kontrolle unter § 307 BGB ... 203
aa) Transparenzanforderungen ... 204
bb) Angemessenheitskontrolle ... 210
cc) Notwendigkeit und Wirkung eines Kündigungsrechts ... 215
3 Einseitige Leistungsänderungsklauseln ... 218
a) Kontrolle unter § 308 Nr. 4 BGB ... 218
aa) Gegenstand und Zweck des Klauselverbots ... 218
bb) Anwendungsbereich ... 219
cc) Zumutbarkeitsanforderungen ... 220
b) Kontrolle unter § 307 BGB ... 224
4 Erklärungsfiktionen ... 225
a) Kontrolle unter § 308 Nr. 5 BGB ... 225
aa) Angemessene Erklärungsfrist ... 225
bb) Hinweispflicht ... 226
b) Kontrolle unter § 307 BGB ... 227
aa) Berechtigtes Interesse an der Erklärungsfiktion ... 227
bb) «Internetprovider-Entscheidung» des BGH ... 228
cc) «Postbank-Entscheidung» des BGH ... 230
III Vergleich und Zwischenfazit ... 232
1 Bestimmtheitsanforderungen auf Ebene der AGB-Inhaltskontrolle ... 232
2 Sachliche Gründe für das einseitige Änderungsrecht ... 234
3 Beidseitige Wirkung einseitiger Preisänderungsklauseln ... 235
4 Wirkungen und Notwendigkeit eines Kündigungsrechts ... 236
5 Erklärungsfiktionen ... 238
§ 5 Folgerungen ... 239

6. Kapitel: Prozessuale Instrumente gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB 243

§ 1 Durchsetzungsproblematik im Überblick 244

I Rationale Apathie bei Kleinstansprüchen 244

II «Postbank-Entscheidung» des deutschen BGH als Fallbeispiel 246

§ 2 Durchsetzungsinstrumente de lege lata 247

I Lauterkeitsrechtliche Klagen 248

1 Klage der Kunden 249

a) Allgemeines 249

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext 249

2 Verbandsklage der Konsumentenschutzorganisationen 251

a) Allgemeines 251

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext 252

3 Bundesklage 253

a) Allgemeines 253

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext 255

II Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes 256

1 Potenzial des kollektiven Rechtsschutzes im AGB-Recht 257

2 Subjektive Klagehäufung (Art. 71 ZPO) 258

3 Objektive Klagehäufung (Art. 90 ZPO) 259

4 Verbandsklage (Art. 89 ZPO) 260

5 Privatrechtliche Instrumente: Musterprozess 261

III Zwischenfazit 263

§ 3 Durchsetzungsinstrumente de lege ferenda 264

I Ausbau der bestehenden Verbandsklage 265

1 Regelungsgehalt 265

2 Defizite der Konzeption des Verbandsklageverfahrens aus AGB-rechtlicher Perspektive 266

3 Potenzial einer prozessualen erga omnes-Wirkung im AGB-Recht 267

II Reparatorische Verbandsklage 269

1 Regelungsgehalt 269

a) Allgemeines 269

b) Voraussetzungen 270

c) Verfahren 271

2 Würdigung und Potenzial im AGB-Bereich ... 272
a) Grundsätzliche Befürwortung ... 272
b) Defizite des Opt-in-Modells ... 272
c) Potenzial eines Opt-out-Modells ... 274
III Kollektiver Vergleich ... 276
1 Regelungsgehalt ... 276
2 Würdigung und Potenzial im AGB-Bereich ... 278
§ 4 Folgerungen ... 279

7. Kapitel: Schlussbetrachtung ... 281

Stichwortverzeichnis ... 289

Zusammenfassung

Im modernen Massenverkehr sind einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) allgegenwärtig. In Anbetracht der Unprognostizierbarkeit der Zukunft stellen sie ein anerkanntes und bewährtes Mittel dar, um AGB-Verwenderinnen Flexibilität in der Vertragsgestaltung zu gewähren. Um diesem Flexibilitätsbedürfnis von AGB-Verwenderinnen gerecht zu werden, weisen einseitige Änderungsklauseln in der Vertragspraxis eine typische Unbestimmtheit auf, indem sie Änderungstatbestand und -umfang äusserst offen umschreiben. Konturlose einseitige Änderungsrechte in vermutungsweise ungelesenen AGB können für den Kunden äusserst einschneidend sein; nicht unverdient hat die schweizerische Lehre einseitige Änderungsklauseln in AGB schon mit der Metapher des «trojanischen Pferds» umschrieben.

Vor diesem Hintergrund widmet sich die vorliegende Abhandlung der Frage, welchen materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einseitige Änderungsklauseln in AGB unter schweizerischem Recht genügen müssen. Der Fokus liegt auf Konsumenten-AGB, zumal Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – die zentrale AGB-Inhaltskontrollnorm im schweizerischen Recht – lediglich auf Konsumentenverträge Anwendung findet. Im Rahmen der AGB-spezifischen Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln erfolgt dabei eine rechtsvergleichende Analyse mit dem deutschen AGB-Recht. Dieser Rechtsvergleich bietet sich deshalb an, weil die deutsche Rechtsordnung schon seit 1977 differenzierte gesetzliche Vorschriften für die AGB-Kontrolle kennt und gerade im Bereich der einseitigen Änderungsklauseln in AGB eine Fülle von Rechtsprechung und Literatur aufweist.

Im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung beleuchtet die Untersuchung auch die Durchsetzungsproblematik im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln in AGB. Sie analysiert dabei, ob die bestehenden prozessualen Instrumente und Klagemöglichkeiten unter dem schweizerischen Recht überhaupt einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung im AGB-Bereich leisten können. In diesem Rahmen wird schliesslich ergründet, inwiefern im schweizerischen AGB-Recht ein Bedürfnis nach weitergehendem kollektivem Rechtsschutz besteht.

Summary

In modern mass commerce, unilateral adaptation clauses in standard terms have become indispensable. They represent a recognized and proven means of granting flexibility to users of standard terms in the drafting of contracts in view of the unpredictability of the future. In order to effectively meet their need for flexibility, users of standard terms usually define the contractual prerequisites as well as the scope of unilateral adaptation clauses in a highly open manner. These undefined adaptation rights in presumably unread standard terms can thus prove to be very burdensome for consumers, which, in Swiss doctrine, has earned them the vivid metaphor of a «Trojan Horse».

Against this background, this dissertation examines the control of unilateral adaptation clauses in standard terms under Swiss law. The focus lies on standard terms in consumer contracts given that the main instrument for content control under Swiss law, Art. 8 of the Swiss Federal Act on Unfair Competition, only applies to consumer contracts. In the main part of the discussion, the study also relies on a comparative law analysis with the German law on standard terms. Such a comparative law approach is indeed suited because the German legal system has already known differentiated legal provisions for the control of standard terms since 1977. Furthermore, German law offers an abundance of case law and literature particularly in the area of unilateral adaptation clauses in standard terms.

Aiming at a holistic approach, this study concludes by addressing difficulties in connection with the law enforcement of unilateral adaptation clauses embedded in standard terms. In doing so, it analyzes whether the existing procedural framework under Swiss law is suited to promote the law enforcement in the sphere of standard terms or if additional instruments for collective redress are necessary in this area.

Résumé

Dans le commerce de masse moderne, les clauses de modification unilatérale dans les conditions générales (CG) sont omniprésentes. Compte tenu de l'imprévisibilité de l'avenir, elles constituent un moyen reconnu et éprouvé d'offrir aux utilisateurs de CG une certaine flexibilité dans la rédaction des contrats. Afin de répondre efficacement à leur besoin de flexibilité, les utilisateurs de CG définissent généralement les conditions contractuelles préalables ainsi que la portée des clauses de modification unilatérale de manière très ouverte. Ces droits de modification non définis dans des CG présumées non lues peuvent donc s'avérer très contraignants pour les consommateurs; ce n'est pas sans raison que la doctrine suisse a déjà décrit les clauses de modification unilatérales dans les CG par la métaphore du «Cheval de Troie».

Dans ce contexte, la présente thèse examine le contrôle des clauses de modification unilatérale dans les CG en droit suisse. L'accent est mis sur les CG de consommateurs, d'autant plus que l'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale – la norme centrale de contrôle du contenu des CG en droit suisse – ne s'applique qu'aux contrats conclus avec des consommateurs. Dans la partie principale de la discussion, l'étude s'appuie également sur une analyse de droit comparé avec la loi allemande sur les CG. Cette comparaison s'impose parce que l'ordre juridique allemand connaît depuis 1977 déjà des dispositions légales différenciées pour le contrôle des CG et qu'il existe une abondance de jurisprudence et de littérature dans le domaine des clauses de modification unilatérales dans les CG.

Dans le cadre d'une approche holistique, l'étude met également en lumière les points problématiques procéduraux liés aux clauses de modification unilatérale des CG. Elle analyse si les instruments procéduraux et les possibilités d'action existants en droit suisse peuvent contribuer à l'application du droit dans le domaine des CG. Enfin, l'étude examine dans quelle mesure le droit suisse des CG a besoin d'une protection juridique collective plus étendue.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen oder Allgemeine Vertragsbedingungen
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung) vom 9. November 2005, SR 961.011
b2b	*business to business*
b2c	*business to consumer*
BB	Betriebs-Berater (Frankfurt am Main)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BeckRS	Rechtsprechungsdatenbank in beck-online (Verlag C.H. Beck)
Begr.	Begründer/-in
BezGer	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 18. August 1896

BGBl.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Amtliche Sammlung des BGH in Zivilsachen (Köln)
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Reinach)
BK	Berner Kommentar
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (München)
BR	Bundesrat; Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Freiburg)
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cal. L. Rev.	California Law Review (Berkeley)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Handkommentar
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30. mars 1911, SR 220 (siehe auch OR)
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law (New York)
CR	Commentaire romand; Computer und Recht (Köln)
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
Diss.	Dissertation
E-	Entwurf zu
E.	Erwägung/Erwägungen
Ed.	Edition

EG	Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
et al.	*et alii* (lat. und andere)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
f./ff.	folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote/Fussnoten
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003, SR 221.301
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)
ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (München)
Habil.	Habilitation
HAVE	Zeitschrift für Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics (Chicago)
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies (Chicago)
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
Kap.	Kapitel
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KuKo	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10
LCD	Loi fédérale contra la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, SR 241 (siehe auch UWG)
lit.	litera

LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LVF	Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993, SR 944.3 (siehe auch PauRG)
m.Verw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Köln)
Mio.	Million/Millionen
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (München)
mp	Mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht (Zürich)
MRA	MietRecht Aktuell (Zürich)
MüKo	Münchener Kommentar
N	Randnote/Randnoten
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report (München)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
ÖBA	Österreichisches BankArchiv (Wien)
OFK	Orell Füssli Kommentar, Navigator
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PauRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993, SR 944.3
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Köln)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Heidelberg)
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rz.	Randziffer/Randziffern
S.	Satz; Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft (Schweiz)
SHK	Stämpflis Handkommentar

SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Basel)
SJ	La Semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKS	Stiftung für Konsumentenschutz Schweiz
sog.	sogenannte/sogenanntes
SR	Ständerat; Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
Teilbd.	Teilband
Teilurt.	Teilurteil
u.a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review (Chicago)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz) vom 26. November 2001
Unterteilbd.	Unterteilband
Urt.	Urteil
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241
v.	vom
v.a.	vor allem
VE-	Vernehmlassungsentwurf/Vorentwurf zu
VersR	Versicherungsrecht (Karlsruhe)
vgl.	vergleiche
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990, SR 221.213.11

Vorbem.	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
vs.	versus
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 2. April 1908, SR 221.229.1
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review (Madison)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt am Main)
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Köln)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Recklinghausen)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Frankfurt am Main)
Ziff.	Ziffer/Ziffern
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO/COENDET THOMAS/GROSS DOMINIQUE, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankenbereich: Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, 83 ff.

AESCHIMANN LISA, Rundgang durch Art. 8 UWG, Jusletter vom 1. September 2014

AGGTELEKY TOBIAS, Die fingierte Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_42/2015 vom 9. November 2015, Jusletter vom 7. März 2016

AMSTUTZ MARC/ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK PauRG-BEARBEITER/-IN)

APPENZELLER CARMEN, Die europäische AGB-Kontrolle, Diss. Berlin, Baden-Baden 2017 = Europäisches Privatrecht Bd. 51

ARTZ MARKUS, BGH, 27.04.2021 – XI ZR 26/20: Unwirksamkeit einer Zustimmungsfiktion bei Änderung von Banken-AGB, BKR 8/2021, 488 ff.

ATAMER YEŞIM M., Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 35 ff.

ATAMER YEŞIM M./PICHONNAZ PASCAL, Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts: General Report, in: Atamer Yeşim M./Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Cham 2020, 3 ff.

BAHAR RASHID, Conditions générales: A Time for Change, in: Thévenoz Luc/Bovet Christian (Hrsg.), Journée 2011 de droit bancaire et financier, Zürich 2012, 99 ff.

BAIRD DOUGLAS G., Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts, 19 J. Leg. Stud. 1990, 583 ff.

BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: Baudenbacher et al. (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen 1991, 17 ff. (zit. BAUDENBACHER, Ansätze)

BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001 (zit. Baudenbacher Kommentar UWG-BEARBEITER/-IN)

BAUDENBACHER CARL, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Habil. Zürich 1983 (zit. BAUDENBACHER, Grundprobleme)

BAUMANN MAX, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BAUMANN)

BAUMGARTNER SAMUEL P., Prozessuale Rahmenbedingungen des Konsumentenschutzes, in: Heiss Helmut/Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, 435 ff.

BAUR JÜRGEN F., Preisänderungsklauseln, Vertragsanpassungsklauseln und Höhere-Gewalt-Klauseln in langfristigen Lieferverträgen über Energie, ZIP 15/1985, 905 ff. (zit. BAUR, Preisänderungsklauseln)

BAUR JÜRGEN F., Vertragliche Anpassungsregelungen: dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge, Heidelberg 1983 (zit. BAUR, Anpassungsregelungen)

BECKMANN ROLAND MICHAEL, Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz, Diss. Köln, Karlsruhe 1990 = Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht Bd. 67

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018

BERGER KLAUS PETER, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 8/2010, 465 ff. (zit. BERGER, Reform)

BERGER KLAUS PETER, Einbeziehung von AGB in B2B-Verträge, ZGS 2004, 415 ff. (zit. BERGER, b2b)

BERGER KLAUS PETER, Einbeziehung von AGB in B2C-Verträge, ZGS 2004, 329 ff. (zit. BERGER, b2c)

BERNET MARTIN/HESS MICHAEL, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, Anwaltsrevue 10/2012, 451 ff.

BERNI MARKUS, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr: Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts, Bern 1992

BERTSCHINGER URS, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick, AJP 7/2004, 839 ff. (zit. BERTSCHINGER, Fusionsgesetz)

BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991 (zit. BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten)

BIEDER MARCUS, Der Schutz vor täuschungsgeeigneten Formularverträgen: Überlegungen zur Konkretisierung des AGB-rechtlichen Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB), AcP 6/2016, 911 ff.

BIERI LAURENT, L'avenir de la règle de l'insolite, in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 713 ff. (zit. BIERI, avenir)

BIERI LAURENT, Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD, in: Bohnet François (Hrsg.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Basel 2012, 47 ff. (zit. BIERI, réflexions)

BIERI LAURENT, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter vom 24. Oktober 2011 (zit. BIERI, LCD)

BILDA KLAUS, Anpassungsklauseln in Verträgen: Gleitklauseln, Preisvorbehalte und ähnliche Sicherungsmittel, 2. Aufl., Berlin 1973 = Grundlagen und Praxis des Wirtschaftsrechts Bd. 5 (zit. BILDA, Anpassungsklauseln)

BILDA KLAUS, Dogmatik der Anpassungsklauseln in Verträgen, Diss. Münster 1967 (zit. BILDA, Dogmatik)

BIRRER-HEIMO PRISCA, Das Versicherungsvertragsgesetz im politischen Prozess, HAVE 3/2020, 296 ff.

BISCHOFF JACQUES, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikozuordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Diss. Zürich 1983 = Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 28

BLÄUER DANIEL R., Rechtsausübung durch Gläubigergruppen, Diss. Luzern 2007

BOHNET FRANÇOIS, Art. 8 UWG und unlautere Prozessklauseln, SZZP 6/2012, 517 ff. (zit. BOHNET, Prozessklauseln)

BOHNET FRANÇOIS, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, in: Carron Blaise/Müller Christoph (Hrsg.), Droit de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, 159 ff. (zit. BOHNET, actions collectives)

BORGES GEORG, Aktuelle Entwicklungen in der AGB-Kontrolle von Preisänderungsklauseln, in: Abels Michael/Lieb Manfred (Hrsg.), AGB im Wirtschaftsverkehr: Herausforderung und Hürde, Baden-Baden 2011, 83 ff. (zit. BORGES, Entwicklungen)

BORGES GEORG, Aktuelle Fragen der AGB-Kontrolle von Preisanpassungsklauseln, in: Abels Michael/Lieb Manfred (Hrsg.), AGB im Spannungsfeld zwischen Kautelarpraxis und Rechtsprechung, Baden-Baden 2007, 51 ff. (zit. BORGES, Fragen)

BORGES GEORG, Neue Trends in der AGB-Kontrolle von Preisanpassungsklauseln, ZIP 31/2007, 1437 ff. (zit. BORGES, Trends)

BORGES GEORG, Preisanpassungsklauseln in der AGB-Kontrolle. Zugleich Besprechung von BGH, 21.9.2005 – VIII ZR 38/05 und OLG Köln, 13.1.2006 – 6 U 148/05, DB 22/2006, 1199 ff. (zit. BORGES, Preisanpassungsklauseln)

BRÄNDLI BEAT, Class Actions in Switzerland, in: Fitzpatrick Brian T./Thomas Randall S. (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Class Actions, Cambridge 2021, 176 ff. (zit. BRÄNDLI, Switzerland)

BRÄNDLI BEAT, Ökonomische Analyse (Law and Economics) des Schweizer Vertragsrechts in a nutshell, AJP 4/2020, 502 ff. (zit. BRÄNDLI, nutshell)

BRÄNDLI BEAT/HEINTZ GUSTAF, Geplante Neuerungen des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz, SZZP 4/2019, 371 ff.

BRANDNER HANS ERICH, Die Umstände des einzelnen Falls bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 3/1963, 237 ff.

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz: Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/-IN)

BRULHART VINCENT, Révision partielle LCA, in: Werro Franz/Probst Thomas (Hrsg.), Journée du droit de la circulation routière 22 juin 2018, Bern 2018, 49 ff.

BRUNNER ALEXANDER, AVB und Verbandsklage, in: Weber Stephan/Fuhrer Stephan (Hrsg.), Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich 2004, 167 ff. (zit. BRUNNER, AVB)

BRUNNER ALEXANDER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 4/1999, 305 ff. (zit. BRUNNER, Kontrolle)

BRUNNER ALEXANDER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 13 ff. (zit. BRUNNER, Entwicklung)

BRUNNER ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 141 ff. (zit. BRUNNER, Verbandsklage)

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE ZPO-BEARBEITER/-IN)

BUCHER EUGEN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 2. Abt., Die natürlichen Personen, 2. Teilbd., Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK ZGB-BUCHER)

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, AT)

BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 2/1997, 41 ff. (zit. BUCHER, Bankenverkehr)

BÜDENBENDER ULRICH, Die neue Rechtsprechung des BGH zu Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen, NJW 43/2009, 3125 ff. (zit. BÜDENBENDER, Preisanpassungsklauseln)

BÜDENBENDER ULRICH, Neugestaltung von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen über Elektrizität und Gas, NJW 50/2013, 3601 ff. (zit. BÜDENBENDER, Neugestaltung)

BUFF FELIX, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2016 = Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 275

BÜHLER THEODOR, Die clausula rebus sic stantibus als Mittel der Zukunftsbewältigung, in: Habscheid Walther J. et al. (Hrsg.), Freiheit und Zwang: Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, 35 ff.

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2d, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK OR-BÜHLER)

BUNTE HERMANN-JOSEF, Das Urteil des BGH zur Gestaltung von Automobilvertragshändlerverträgen, NJW 11/1985, 600 ff.

BURKHARDT MARTIN, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts – Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Diss. St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 47

BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 241

BÜYÜKSAGIS ERDEM, «Class Action»: un Américain à Berne?, HAVE 4/2018, 473 ff. (zit. BÜYÜKSAGIS, class action)

BÜYÜKSAGIS ERDEM, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateur face aux clauses générales « soi-disant » négociées?, AJP 10/2012, 1393 ff. (zit. BÜYÜKSAGIS, 8 LCD)

BUZ VEDAT, Immer noch «allgemeine» Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB, AcP 1/2019, 1 ff.

CEREGATO MIRCO, Der Vorentwurf zur Revision der Zivilprozessordnung – Übersicht und Würdigung, Jusletter vom 10. September 2018

COASE RONALD H., The Problem of Social Cost, 3 J.L. & Econ. 1960, 1 ff.

COOTER ROBERT/ULEN THOMAS, Law & Economics, 6. Aufl., Boston 2012

COTTIER THOMAS/DZAKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/Rivière Florence (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern 2004, 359 ff.

DAMMANN JENS, Die Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertragsschlusses bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Dammann Jens/Grunsky Wolfgang/Pfeiffer Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, 11 ff.

DEDUAL ALESSIA, Geltungserhaltende Reduktion: Zur Rechtsfolgenfrage von Art. 8 UWG, AJP 7/2017, 844 ff.

DICKENMANN PHILIPP, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, Anwaltsrevue 10/2009, 467 ff.

DOMEJ TANJA, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_43/2020 vom 16.7.2020, Stiftung A. gegen B. AG und C. AG, Forderung, Prozessfähigkeit, AJP 2/2021, 256 ff. (zit. DOMEJ, Prozessfähigkeit)

DOMEJ TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 125/2012, 421 ff. (zit. DOMEJ, Rechtsschutz)

DOMEJ TANJA, Finanzierung von Verbands- und Gruppenklagen, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 63 ff. (zit. DOMEJ, Finanzierung)

DROESE LORENZ, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, 115 ff.

DUPONT ANNE-SYLVIE, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, in: Bohnet François (Hrsg.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, 99 ff.

ECKELT MATTHIAS, Vertragsanpassungsrecht: Vertragliche Vereinbarungen zur Erleichterung einer Vertragsänderung, Diss. Münster 2008 = Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 182

ECKHOFF LARS, Zur Zulässigkeit von Preisanpassungsklauseln in AGB, GWR 12/2016, 243 ff.

EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch: Ein rechtsvergleichender Überblick, RIW 5/2012, 262 ff.

EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und der revidierte Art. 8 UWG, HAVE 1/2015, 28 ff. (zit. EISNER-KIEFER, AVB)

EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 83 ff. (zit. EISNER-KIEFER, VVG)

EISNER-KIEFER ANDREA, Bedingungsänderungsklauseln, HAVE 4/2017, 455 ff. (zit. EISNER-KIEFER, Bedingungsänderungsklauseln)

EISNER-KIEFER ANDREA, Die Prämie – alles beim Alten?, in: Schnyder Anton K. (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2014, 109 ff. (zit. EISNER-KIEFER, Prämie)

EISNER-KIEFER ANDREA, Die Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 769 ff. (zit. EISNER-KIEFER, Glück)

EISNER-KIEFER ANDREA, Die Versicherungsprämie, in: Schnyder Anton K. (Hrsg.), Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrechtlichen Botschaft, Zürich 2012, 31 ff. (zit. EISNER-KIEFER, Versicherungsprämie)

EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2015: Verhaltensregeln, Basel 2015, 33 ff.

EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, 193 ff.

ENZ BENJAMIN V., Risikozuordnung in Verträgen und die COVID-19 Situation: Teil 1, Jusletter vom 18. Mai 2020

ERDIN RETO, Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis: Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 50

FECHTNER SONJA/WITZEL MICHAELA, Preisanpassungen – Wie Unternehmen Preisänderungen nachträglich, einseitig und wirksam durchsetzen können. Der neue Ansatz des BGH zur Offenlegung von Preiskalkulationen, CR 12/2016, 808 ff.

FERVERS MATTHIAS/GSELL BEATE, Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Germany, in: Atamer Yeşim M./Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Cham 2020, 405 ff.

FORSTMOSER PETER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in: de Capitani Werner/Egger Walter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, 11 ff.

FRANK RICHARD, Bundesgesetz über Pauschalreisen: Kurzkommentar, Zürich 1994 (zit. KuKo PauRG-FRANK)

FREUND TORSTEN, Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, Diss. Köln, Frankfurt am Main 1998 = Europäische Hochschulschriften Rechtswissenschaft Bd. 2307

FRICKE MARTIN, Gesetzgeberischer und autonomer Verbraucherschutz im Widerstreit, VersR 34/1996, 1449 ff.

FRITSCHI MIRJAM EVA, Crowdfunding aus zivilrechtlicher Perspektive: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Schweizer Plattformen und deren Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten, Diss. Bern 2018

FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatsicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, HAVE 1/2009, 45 ff. (zit. FUHRER, Anmerkungen)

FUHRER STEPHAN, Aufpassen beim Anpassen – Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 409 ff. (zit. FUHRER, Anpassen)

FUHRER STEPHAN, AVB im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 35 ff. (zit. FUHRER, AVB)

FUHRER STEPHAN, Präelektorale Pirouette, HAVE 2/2019, 206 ff. (zit. FUHRER, Pirouette)

FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011 (zit. FUHRER, Privatversicherungsrecht)

FUHRER STEPHAN, Verpasste Chance: Gedanken zu den Vorschlägen des Bundesrates zur Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, HAVE 3/2017, 327 ff. (zit. FUHRER, Chance)

FUHRER STEPHAN, Wichtige Entwicklungen im Privatversicherungsrecht, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2019, Zürich 2019, 217 ff. (zit. FUHRER, Entwicklungen)

FÜHRICH ERNST, Preisänderungen beim Reisevertrag: Zulässigkeit und Grenzen der Preiserhöhung durch einen Treibstoffzuschlag, NJW 50/2000, 3672 ff.

FURRER ANDREAS, Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins, in: Ackermann Jürg-Beat/Bommer Felix (Hrsg.), Liber amicorum für Dr. Martin Vonplon, Zürich 2009, 139 ff. (zit. FURRER, Einbezug)

FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 3/2011, 324 ff. (zit. FURRER, Anmerkungen)

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen: Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/-IN)

GAUCH PETER, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 209 ff. (zit. GAUCH, Auslegung)

GAUCH PETER, Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig, recht 3/1990, 65 ff. (zit. GAUCH, VVG)

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019 (zit. GAUCH, Werkvertrag)

GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 3/2006, 77 ff. (zit. GAUCH, AVB)

GAUCH PETER, Ein «regelrechter» Schluss, ZSR 3/2009, 215 ff. (zit. GAUCH, Schluss)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 11. Aufl., Zürich 2020

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, Bern 1967 (zit. BK OR-GAUTSCHI)

GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-BEARBEITER/-IN)

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/-IN)

GIGER HANS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 260–266o OR, Bern 2020 (zit. BK OR-GIGER)

GIGER HANS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilbd., Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen – der Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, 2. Aufl., Bern 1979 (zit. BK OR-GIGER)

GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd. 12 (zit. GIGER, Kontrolle)

GIGER HANS, Rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von der Bestimmbarkeit vertraglicher Leistungen, in: Lendi Martin et al. (Hrsg.), In Dubio Pro Libertate: Ausgewählte Schriften über Rechts- und Ordnungspolitik im Bereich von Wirtschaft und Konsum, Bern 1994, 487 ff. (zit. GIGER, Bestimmbarkeit)

GOLDBERG VICTOR P., Price Adjustment in Long-Term Contracts, Wis. L. Rev. 1985, 527 ff.

GORDON-VRBA LUCY, AGB-Kontrolle durch Verbandsklagen der Konsumentenverbände, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 265 ff. (zit. GORDON-VRBA, Verbandsklagen)

GORDON-VRBA LUCY, Vielparteienprozesse: kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und

Fairness, Diss. Zürich 2007 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 151 (zit. GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse)

GOTTSCHALK ECKART, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, AcP 4/2006, 555 ff.

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, AGB-Recht im Jahr 2007, NJW 31/2008, 2234 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Jahr 2007)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, AGB-Recht im Jahr 2009, NJW 31/2010, 2254 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Jahr 2009)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, AGB-rechtliche Auslegung, überraschende Klauseln, Vorrang des Individualvertrags und Transparenzgebot im Licht des UN-Kaufrechts, ZIP 48/2019, 2281 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, UN-Kaufrecht)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Das praktische Ende von Preisanpassungsklauseln, MDR 8/2008, 424 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Ende)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Dauerschuldverhältnisse: Wirksamkeit von Änderungsklauseln zugunsten des AGB-Verwenders, in: Bachmann Birgit et al. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, 1103 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Änderungsklauseln)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Preisänderungsklauseln gegenüber Verbrauchern – grenzenlose Aporie in der Praxis?, in: Aderhold Lutz et al. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008, 707 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Aporie)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Zustimmungsfiktion zur Vertragsänderung im Verbraucher- und Unternehmerverkehr, NJW 43/2021, 3145 ff. (zit. GRAF V. WESTPHALEN, Zustimmungsfiktion)

GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH/THÜSING GREGOR (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 47. Ergänzungslieferung August 2021, München 2022 (zit. Graf v. Westphalen/Thüsing-BEARBEITER/-IN)

GRÜNEBERG CHRISTIAN (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022 (zit. Grüneberg-BEARBEITER/-IN)

GUTKIN LILIAN, Die Europäisierung der AGB-Kontrolle von Preisänderungsklauseln, Diss. Augsburg, Berlin 2017 = Schriften zum Europäischen Recht Bd. 183

HAAS ULRICH/HUG JOHANNA, Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZZZ 54/2021, 470 ff.

HABERSACK MATHIAS, AGB-Rechtskonformität des Mechanismus zur Änderung der AGB der Kreditwirtschaft, BKR 2/2020, 53 ff.

HALBLÜTZEL MARTIN, Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält!, HAVE 2/2019, 134 ff.

HANGARTNER SANDRO, Das neue Bundesgesetz über Pauschalreisen, Diss. Zürich 1997

HARDEGGER IDA, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und deren rechtliche Behandlung, Diss. St. Gallen 1991 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels und Wirtschaftsrecht Bd. 27

HAU WOLFGANG JAKOB, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Habil. Trier, Tübingen 2003 = Jus Privatum Bd. 83

HAU WOLFGANG JAKOB/POSECK ROMAN (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 60. Ed., Stand 1.11.2021, München 2021 (zit.: BeckOK BGB-BEARBEITER-IN)

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abt., Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Kommentierung zu Art. 2 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER)

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-BEARBEITER/-IN)

HEESE MICHAEL/SCHUMANN EKKEHARD, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 41/2021, 2993 ff.

HEINEMANN ANDREAS, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut/Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, 295 ff.

HEISS HELMUT, Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 589 ff.

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018 (zit. DIKE UWG-BEARBEITER/-IN)

HELLWEGE PHILLIP, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Habil. Regensburg, Tübingen 2010 = Jus Privatum Bd. 148

HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 9/2012, 1188 ff.

HIGI PETER, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, in: Hotz Sandra/Mathis Klaus (Hrsg.), Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Zürich 2008, 495 ff. (zit. HIGI, Alltag)

HIGI PETER, Die Vertragsänderung und Art. 269d OR, AJP 7/1998, 767 ff. (zit. HIGI, Vertragsänderung)

HIGI PETER, Einseitige Vertragsänderung – eine normale Anomalie?, in: Tercier Pierre (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, 439 ff. (zit. HIGI, Anomalie)

HIGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2b, Dritte Lieferung: Die Miete, Art. 269–270e OR, 4. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK OR-HIGI)

HILBER MARC, Die Gestaltung von Preisanpassungsklauseln in der Zwangsjacke des AGB-Rechts – zugleich Plädoyer für selbsttätige Preisanpassungsklauseln auf der Grundlage öffentlicher Indizes, in: Abels Michael/Lieb Manfred (Hrsg.), AGB im Wirtschaftsverkehr: Herausforderung und Hürde, Baden-Baden 2011, 103 ff.

HILTY RETO M./ARPAGAUS RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BEARBEITER/-IN)

HIRTE HERIBERT, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, in: Werner Olaf et al. (Hrsg.), Brücken für die Rechtsvergleichung, Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, 335 ff.

HOCHSTRASSER MICHAEL, Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse, ASDA-Bulletin 152/2020, 37 ff.

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KuKo OR-BEARBEITER/-IN)

HORN NORBERT, Neuverhandlungspflicht, AcP 1981, 255 ff. (zit. HORN, Neuverhandlungspflicht)

HORN NORBERT, Vertragsbindung unter veränderten Umständen: Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen, NJW 20/1985, 1118 ff. (zit. HORN, Anpassungsregelungen)

HUG DARIO, La formation du contrat de consommation: Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, Diss. Neuchâtel 2020

HUGUENIN CLAIRE, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel: eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR, Diss. Bern 1984 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Bd. 490 (zit. HUGUENIN, Nichtigkeit)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. HUGUENIN, OR)

HUGUENIN CLAIRE/DREYER OLIVER, Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstössen, in: Grolimund Pascal (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 1197 ff.

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. OR 2020-BEARBEITER/-IN)

HUGUENIN CLAIRE/MAISSEN EVA, Bedingungsänderungsklauseln, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 97 ff.

HUWILER BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), ZSR 1994 (Beiheft), 57 ff.

JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/1b, Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH, 3. Aufl.)

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)

JENTSCH VALENTIN, Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2/2020, 73 ff. (zit. JENTSCH, Inhaltskontrolle)

JENTSCH VALENTIN, Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, SZW 2/2020, 106 ff. (zit. JENTSCH, Schutzzweck)

JESGARZEWSKI TIM, Die Grenzen formularmäßiger Vereinbarungen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte: Unter besonderer Berücksichtigung des Bank- und Arbeitsvertragsrechts, Diss. Bremen, Baden-Baden 2006 = Nomos Universitätsschriften – Recht Bd. 464

JICKELI JOACHIM, Der langfristige Vertrag: eine rechtswissenschaftliche Untersuchung auf institutionenökonomischer Grundlage, Habil. Tübingen 1996 = Wirtschaftsrecht und Wirtschafspolitik Bd. 141

JOSKOW PAUL L., Price Adjustment in Long-Term Contracts: The Case of Coal, 31 J.L. & Econ. 1988, 47 ff.

JUNG PETER, Die Bundesklage zum Schutz des Ansehens der Schweiz, in: Kern Bernd-Rüdiger/Lilie Hans (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main 2010 (zit. JUNG, Bundesklage)

JUNG PETER, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 129 ff. (zit. JUNG, AGB-Inhaltskontrolle)

JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-BEARBEITER/-IN)

JUNOD MOSER DOMINIQUE, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Diss. Genf, Basel 2001

KALVEN HARRY/ROSENFIELD MAURICE, The contemporary Function of the Class Suit, 8 U.Chi.L.Rev 1941, 684 ff.

KAMANABROU SUDABEH, Vertragliche Anpassungsklauseln, Habil. Göttingen, München 2004 = Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln Bd. 95

KESSEL CHRISTIAN/SCHWEDLER CHRISTIAN, Preisanpassungsklauseln in AGB und ihre Bewertung durch die Rechtsprechung, BB 11/2010, 585 ff.

KISTLER ALEXANDER/LISIK NATALIE, Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?, ex ante 1/2018, 29 ff.

KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2-3/2012, 80 ff.

KODEK GEORG, Die «Sammelklage» nach österreichischem Recht – ein neues prozessrechtliches Institut auf dem Prüfstand, ÖBA 8/2004, 615 ff.

KÖHLER HELMUT, Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen?, in: Baur Jürgen F./Hopt Klaus J./Mailänder K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Stein-

dorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, 611 ff. (zit. KÖHLER, Vertragsanpassung)

KÖHLER HELMUT, Zur ökonomischen Analyse der Regeln über die Geschäftsgrundlage, in: Ott Claus/Schäfer Hans-Berndt (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung: Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 1989, 148 ff. (zit. KÖHLER, Geschäftsgrundlage)

KOLLER ALFRED, Die Bepreisung des Depottransfers in AGB, ZBJV 9/2018, 561 ff. (zit. A. KOLLER, Bepreisung)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. A. KOLLER, OR AT)

KOLLER THOMAS, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 223 ff. (zit. TH. KOLLER, AGB-Kontrolle)

KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, 17 ff. (zit. TH. KOLLER, Art. 8 UWG)

KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 8/2008, 943 ff. (zit. TH. KOLLER, Bundesgericht)

KOLLER THOMAS, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 2/1999, 43 ff. (zit. TH. KOLLER, Fragen)

KOLMSEE BASTIAN, Die Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Dauerschuldverhältnissen, Diss. Siegen 2011 = Schriftenreihe Studien zum Zivilrecht Bd. 90

KÖLZ CHRISTIAN, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, ZBJV 11/2013, 865 ff.

KÖNDGEN JOHANNES, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht: Bemerkungen zum «Hypothekenzins-» und zum «Wertstellungs-Urteil» des BGH, NJW 15/1989, 943 ff.

KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK OR-BEARBEITER/-IN)

KÖTZ HEIN, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 3/2003, 209 ff.

KRÄMER BJÖRN, Preisanpassungsklauseln im Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Erforderlichkeit und rechtlicher Zulässigkeit, Diss. Osnabrück, Göttingen 2018 = Schriften zum internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung Bd. 44

KRAMER ERNST A., Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 2, 3/1985, 17 ff., 33 ff. (zit. KRAMER, Zukunftsperspektiven)

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR-KRAMER)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. KRAMER, Methodenlehre)

KRAMER ERNST A., Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 3/2018, 295 ff. (zit. KRAMER, Vertragsinhaltskontrolle)

KRAMER ERNST A., Neues zur clausula rebus sic stantibus, SJZ 11/2014, 273 ff. (zit. KRAMER, clausula)

KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-BEARBEITER/-IN)

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR (1986)-BEARBEITER/-IN)

KUHN ANDRÉ, Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen, Diss. Bern, Zürich 2018

KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales: l'envol manqué du Phénix, SJ II 1/2014, 1 ff.

KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012

LACHAT DAVID/BRUTSCHIN SARAH, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2/2020, 99 ff.

LANGE SONJA, Das begrenzte Gruppenverfahren, Diss. Hannover, Tübingen 2011 = Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Bd. 80

LETTL TOBIAS, Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts, JuS 2, 3, 4, 5, 6/2001, 144 ff., 248 ff., 347 ff., 456 ff., 559 ff., 660 ff.

LEU DANIEL, Vertragstreue in Zeiten des Wandels: Die clausula rebus sic stantibus und das Kriterium der Vorhersehbarkeit, in: Dédeyan Daniel et al. (Hrsg.), Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 108 ff.

LLEWELLYN KARL N., Book review: The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law, by O. Prausnitz, 52 Harv. L. Rev. 1939, 700 ff.

LOACKER LEANDER D., Preisanpassungsklauseln: Rechtsvergleichende Überlegungen de lege lata und de lege (non) ferenda am Beispiel der Versicherungsprämie, in: Schnyder Anton K. (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2014, 127 ff.

LOCHER HORST, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1990

LÜBKE-DETRING CORD, Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Hamburg, Berlin 1989 = Hamburger Rechtsstudien Bd. 76

MAIER-REIMER GEORG, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 1/2017, 1 ff.

MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung: unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012 = Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 248 (zit. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung)

MAISSEN EVA, Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG), in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, Bd. V/1, 3. Aufl., Basel 2020, 382 ff. (zit. MAISSEN, Art. 8 UWG)

MARCHAND SYLVAIN, Clauses contractuelles: Du bon usage de la liberté contractuelle, Basel 2008

MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR LCD-BEARBEITER/-IN)

MARTIN CÉLINE, Die AGB der Schweizer Banken, in: Matti Hauer et al. (Hrsg.), Macht im Zivilrecht: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012, Stuttgart 2013, 285 ff.

MARTINELLI ALESSANDRO, Die Haftung bei Pauschalreisen im schweizerischen, französischen und deutschen Recht, Diss. Basel 1997 = Schriftenreihe für Internationales Recht Bd. 79

MÄSCH GERALD, Schuldrecht AT: Unzulässige Zustimmungsfiktion in Banken-AGB, JuS 12/2021, 1184 ff.

MATHYS HANS BEAT, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997 = Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 135

MATT PETER C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Diss. Basel 1997 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft: Reihe A, Privatrecht Bd. 39

MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE, Die Bedingungsanpassungsklausel – Zulässiges Instrument für den Fall der Unwirksamkeit Allgemeiner Versicherungsbedingungen?, NJW 3/1998, 112 ff.

MAURENBRECHER BENEDIKT/ECKERT FABRICE, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, GesKR 3/2015, 367 ff.

MEDICUS DIETER, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Heinrichs Helmut/Löwe Walter/Ulmer Peter (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, Köln 1987

MEIER ISAAK, Kollektiver Rechtsschutz für die Schweiz: Eine erste kritische Würdigung des Regelungsvorschlags im Vorentwurf des Bundesrates für die ZPO Revision vom 2. März 2018, in: Arnet Ruth et al. (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 609 ff.

MEYER OLAF, Contra Proferentem? Klares und weniger Klares zur Unklarheitenregel, ZHR 1/2010, 108 ff.

MITROVIC MILIVOJE/ MÜLLER-CHEN MARKUS, Surprising Clauses and Content Control of Standard Terms under the CISG: A Swiss Perspective, in: Benatti Francesca/García Long Sergio/Viglione Filippo (Eds.), The Transnational Sales Contract: 40 years influence of the CISG on national jurisdictions, Milano 2022, 511 ff.

MITTERER LORENZ SYLVESTER, AGB-Korrektur in Dauer- und Langzeitschuldverhältnissen, Diss. München 2013 = Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht Bd. 78

MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Diss. Freiburg, Zürich 2010 = Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Bd. 301

MÜLBERT PETER O., Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle, AJP 6/1995, 723 ff.

MULHERON RACHAEL, The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis, 15 Colum. J. Eur. L. 2009, 409 ff.

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK OR-MÜLLER)

MÜLLER KARIN, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZBJV 11/2015, 801 ff. (zit. MÜLLER, Wirtschaftsrecht)

MÜLLER KARIN, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Braucht es ein Gruppenvergleichsverfahren?, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2019, Zürich 2019, 13 ff. (zit. MÜLLER, Schweiz)

MÜLLER MATTHIAS P.A./MITROVIC MILIVOJE, Law and Economics: ein Panoramablick, recht 1/2019, 50 ff.

MÜLLER-CHEN MARKUS, Folgen der Vertragsverletzung, Habil. Basel, Zürich 1999 = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung Bd. 37

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe: Art. 184–318 OR, Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/-IN)

MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Comparative Private Law, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Comparative Private Law-BEARBEITER/-IN)

NELLE ANDREAS, Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, Diss. München 1993 = Münchener Universitätsschriften: Reihe der Juristischen Fakultät Bd. 98

NEUNER JÖRG, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020

NICKEL THOMAS, Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht, Diss. Frankfurt am Main 1997

NOBEL PETER, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 19/2017, 457 ff.

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. KuKo ZPO-BEARBEITER/-IN)

OESCH MATTHIAS, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 13 ff.

OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II: VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK UWG-BEARBEITER/-IN)

OETKER HARTMUT, Dynamische Verweisungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, JZ 7/2002, 337 ff.

OMLOR SEBASTIAN, AGB-Änderungsmechanismus im Zahlungsdienstrecht, NJW 31/2021, 2243 ff.

PAULUSCH BERND-ARTHUR, Vorformulierte Leistungsbestimmungsrechte des Verwenders, in: Heinrichs Helmut/Löwe Walter/Ulmer Peter (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz, Köln 1987, 55 ff.

PEDUZZI ROBERTO, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1/2020, 3 ff.

PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel: Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel 2011 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht Bd. 102

PERUCCHI LEANDRO, Class actions für die Schweiz, AJP 4/2011, 489 ff.

PETER MATTHIS, Kollektiver Rechtsschutz im Vorentwurf zur Änderung der ZPO, ZZZ 46/2019, 108 ff. (zit. PETER, Vorentwurf)

PETER MATTHIS, Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren, Diss. Zürich, Tübingen 2018 = Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 400 (zit. PETER, Gruppenvergleichsverfahren)

PFEIFFER RETO, Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG), Diss. Zürich 2021 (zit. PFEIFFER, Rechtsfolge)

PFEIFFER THOMAS, Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, LMK 2007, 246011 (zit. PFEIFFER, Anm. zu BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, LMK 2007, 246011)

PFEIFFER THOMAS, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 13/2017, 913 ff. (zit. PFEIFFER, Entwicklungen)

PFEIFFER THOMAS, Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: Genzow Christian F./Grunewald Barbara/Schulte-Nölke Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 555 ff. (zit. PFEIFFER, Flucht)

PHILIPPE BARMAN, Beschwerden gegen unlautere Geschäftspraktiken nehmen weiter zu, Die Volkswirtschaft 5/2016, 53 f. (zit. BARMAN, Beschwerden 2015)

PHILIPPE BARMAN, Beschwerden wegen unlauteren Wettbewerbs erstmals rückläufig, Die Volkswirtschaft 5/2017, 37 f. (zit. BARMAN, Beschwerden 2016)

PICHONNAZ PASCAL, L'intervention de l'Etat en matière de lutte contre les conditions générales abusives: Trop ou trop peu?, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bern-

hard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?: Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 373 ff. (zit. PICHONNAZ, intervention).

PICHONNAZ PASCAL, La modification des conditions générales et l'application temporelle de l'article 8 LCD, in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 703 ff. (zit. PICHONNAZ, modification)

PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 3/2012, 140 ff. (zit. PICHONNAZ, 8 LCD)

PICHONNAZ PASCAL, Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation, in: Pichonnaz Pascal/Werro Franz (Hrsg.), La pratique contractuelle 4 – Symposium en droit des contrats, Genf/Zürich/Basel 2015, 37 ff. (zit. PICHONNAZ, nouveautés)

PICHONNAZ PASCAL, Quelques réponses possibles de l'art. 8 LCD aux difficultés des conditions générales d'assurance, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées, Bern 2016, 203 ff. (zit. PICHONNAZ, réponses)

PICHONNAZ PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, 377 ff. (zit. PICHONNAZ, contrôle)

PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, SJZ 12/2010, 285 ff.

PICHT PETER GEORG, Marktmacht und Marktmachtmissbrauch im UWG, sic! 7-8/2017, 397 ff.

POUGET-HÄNSELER EVA, Die objektive Ungewöhnlichkeit Allgemeiner Versicherungsbedingungen, HAVE 2/2012, 171 ff.

PRIBNOW VOLKER, Kür der kundenfeindlichsten und kundenfreundlichsten AVB-Klauseln, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 197 ff.

PROBST THOMAS, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, Jusletter vom 24. April 2017 (zit. PROBST, Bankgebühren)

PROBST THOMAS, Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland – The Control of Standard Contracts Terms: The Swiss Approach, in: Atamer Yeşim M./Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Cham 2020, 653 ff. (zit. PROBST, Switzerland)

PRÖLLS ERICH R./MARTIN ANTON (Begr.), Versicherungsvertragsgesetz, mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 31. Aufl., München 2021 (zit.: Prölls/Martin-BEARBEITER/-IN)

PRÖLSS JÜRGEN, 50 Jahre BGH: ein Streifzug durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den AVB, VersR 34/2000, 1441 ff.

RAMSTEIN CHRISTOPH/KUSTER MATTHIAS, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1995

RAUBER GEORG, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 9-13a UWG), in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, Bd. V/1, 3. Aufl., Basel 2020, 408 ff.

RAUSCHER THOMAS/KRÜGER WOLFGANG (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, §§ 946-1120, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2021 (zit. MüKo ZPO-BEARBEITER/-IN)

REHART NIKOLAUS KONSTANTIN/LOLACHER RONNY, (Transparenz-)Verstöße bei Preisanpassungsklauseln in Online-AGB: Anforderungen zur Vermeidung des Abmahnrisikos am Beispiel aus dem Energiesektor, MMR 5/2016, 305 ff.

REHMANN MERET, Grenzen vertraglicher Haftungsbeschränkungen, SJZ 6/2017, 129 ff.

ROBERTO VITO, Das neue Pauschalreisegesetz, recht 1/1994, 6 ff.

ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2/2014, 49 ff.

RODI DANIEL, Zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionen im Bankenrecht: Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 27.4.2021, WM 27-28/2021, 1310 ff., 1357 ff.

ROTT PETER, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 1/2003, 5 ff.

RUSCH ARNOLD F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 5/2011, 170 ff. (zit. RUSCH, Inhaltskontrolle)

RUSCH ARNOLD F., Bestätigungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, AJP 3/2019, 329 ff. (zit. RUSCH, Bestätigung)

RUSCH ARNOLD F., Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2/2014, 205 ff. (zit. RUSCH, Auslegung)

RUSCH ARNOLD F., Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsmann, Jusletter vom 28. März 2011 (zit. RUSCH, Bankgebühren)

RUSCH ARNOLD F., Online-Partnerschaftsvermittler und automatische Vertragsverlängerung, AJP 2/2018, 139 ff. (zit. RUSCH, Vertragsverlängerung)

RUSCH ARNOLD F., Schadenabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 5/2012, 439 ff. (zit. RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln)

RUSCH ARNOLD F., Verzug, Inkasso und AGB, AJP 9/2021, 1131 ff. (zit. RUSCH, Inkasso)

RUSCH ARNOLD F., Will das Recht, dass man klagt?, in: Breitschmid et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 569 ff.

RUSCH ARNOLD F./HOCHSTRASSER MICHAEL, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter vom 22. Oktober 2007

RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 1/2008, 37 ff.

RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 3-4/2010, 95 ff.

RUSCH ARNOLD F./SCHIRRMACHER ANDREAS, Konsumentenschutzorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 9/2013, 683 ff.

RUSCH ARNOLD F./WOHLGEMUTH MARC, Prozessrecht als dienendes Recht, ZZZ 42/2017, 107 ff.

SÄCKER FRANZ JÜRGEN et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil I (§§ 241–310), 8. Aufl., München 2019 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/-IN)

SAMBUC THOMAS, Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB, NJW 7/1981, 313 ff.

SCHÄFER HANS-BERND, Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in: Basedow Jürgen et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß: Verbandsklage und Gruppenklage, Tübingen 1999, 67 ff.

SCHÄFER HANS-BERND/LEYENS PATRICK C., Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 6/2010, 771 ff.

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020

SCHALLER JEAN-MARC, Bank-AGB, Jusletter vom 30. Mai 2016

SCHLOSSER PETER, Entwicklungstendenzen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 8/1985, 449 ff.

SCHMID JÖRG, AGB und die Rolle des dispositiven Rechts, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 205 ff. (zit. SCHMID, AGB)

SCHMID JÖRG, Die Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Konsumentenverträgen: Nicht gelesene AGB im Lichte von Konsens und Vertrauensprinzip, in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 851 ff. (zit. SCHMID, Globalübernahme)

SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 1/2012, 1 ff. (zit. SCHMID, Inhaltskontrolle)

SCHMID JÖRG/RÜEGG JONAS, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 12/2012, 885 ff.

SCHMID-KESSEL MARTIN/RANK ALISA, Bedingungsanpassungsklauseln und Preisanpassungsklauseln im allgemeinen Bankvertragsrecht und im Zahlungsdiensterecht – Überlegungen zu Nr. 2 Abs. 1 und 2 sowie Nr. 17 Abs. 6 der AGB-Sparkassen, WM 47/2018, 2205 ff.

SCHMIDT-SALZER JOACHIM, Die Kontrolle ungewöhnlicher/überraschender AGB-Klauseln: deutsche Vergangenheit und europäische Zukunft, in: Graf von Westphalen Friedrich/Sandrock Otto (Hrsg.), Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, 361 ff. (zit. SCHMIDT-SALZER, Kontrolle)

SCHMIDT-SALZER JOACHIM, Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln: Grundfragen, JZ 5/1995, 223 ff. (zit. SCHMIDT-SALZER, Grundfragen)

SCHNEIDER ANGIE, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis, Habil. Köln, Tübingen 2016 = Jus Privatum Bd. 203

SCHNYDER ANTON K., «Totalrevision» des VVG: Blick zurück ohne Zorn, in: Schnyder Anton K. (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2014, 11 ff. (zit. SCHNYDER, VVG)

SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 39 ff. (zit. SCHNYDER, AGB)

SCHNYDER ANTON K., Totalrevision des schweizerischen VVG – Herausforderung und Überblick, in: Schnyder Anton K./Weber Stephan (Hrsg.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, Zürich 2006, 12 ff. (zit. SCHNYDER, Totalrevision)

SCHÖBI FELIX, Projekte des Gesetzgebers zum AGB-Recht, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Zürich 2011, 51 ff.

SCHOLTKA BORIS/MARTIN JULE, Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2015, NJW 13/2016, 918 ff.

SCHÖNE THOMAS, BGH, 13.12.2006 – VIII ZR 25/06: Zum Ausgleich unangemessen benachteiligender Preisanpassungsklauseln (hier: in Flüssiggasbelieferungsvertrag), ZIP 19/2007, 914 ff.

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/1a, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI)

SCHÖNLE HERBERT, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/2a, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184–191 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit. ZK OR-SCHÖNLE)

SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2/2012, 78 ff.

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004

SCHWAB MARTIN, AGB-Recht, 3. Aufl., Heidelberg 2019

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020

SCOTT ROBERT E., Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts, 75 Cal. L. Rev. 1987, 2005 ff.

SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 1/2006, 70 ff.

SOMMERFELD ANTONIA, Rechtsflucht ins Ausland wegen des deutschen AGB-Rechts im B2B-Verkehr?, RIW 11/2018, 741 ff.

SPITZER MARTIN, Kollektivinteressen im Zivilprozess, in: Kietaibl Christoph/Mosler Rudolf/Pačić Harun (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Rebhahn, Wien 2019, 573 ff.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/-IN)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019

STAUDER BERND, Reiserecht, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. 10, Basel 2008, 291 ff. (zit. STAUDER, Reiserecht)

STAUDER BERND/FAVRE-BULLE XAVIER (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la consommation: Loi sur les voyages à forfait, Code des obligations, articles 40a-40f CO, Loi sur le crédit à la consommation, Commentaire, Basel 2004 (zit. CR LVF-BEARBEITER/-IN)

STAUDINGER JULIUS VON (Begr.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310, UKlaG, AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, 18. Aufl., Berlin 2019 (zit. Staudinger-BEARBEITER/-IN)

STOCKAR CONRAD H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel 1971 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Bd. 98

STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht – Begründung, Abwicklung, Störung, Habil. Freiburg, Zürich 2008 = Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Bd. 271 (zit. STÖCKLI, Synallagma)

STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 4/2011, 184 ff. (zit. STÖCKLI, Inhaltskontrolle)

STÖCKLI HUBERT, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 199 ff. (zit. STÖCKLI, Aufbruch)

STÖCKLI HUBERT, Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates, SJZ 108/2012, 505 ff. (zit. STÖCKLI, Totalrevision)

STÖCKLI HUBERT, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, 171 ff. (zit. STÖCKLI, UWG 8)

STÖCKLI HUBERT, VVG Entwurf 2017: lieber keine Revision als diese, HAVE 4/2017, 431 ff. (zit. STÖCKLI, VVG)

STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2/2014, 73 ff.

STÖCKLI HUBERT/BIERI ROGER, Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 4/2014, 398 ff.

STOFFELS MARKUS, AGB-Recht, 4. Aufl., München 2021 (zit. STOFFELS, AGB-Recht)

STOFFELS MARKUS, Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen, in: Dammann Jens/Grunsky Wolfgang/Pfeiffer Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, 157 ff. (zit. STOFFELS, Schutz)

SULZER STEFAN, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. St. Gallen 2002 = St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Bd. 5

SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 4/2012, 93 ff.

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BEARBEITER/-IN)

SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018 (zit. SVIT Kommentar-BEARBEITER/-IN)

SZABÓ KONSTANTIN, Ergänzender Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht: Eine vergleichende Betrachtung in den Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland, der Schweiz und der Europäischen Union, Diss. Basel, Frankfurt am Main 2010 = Europäische Hochschulschriften Rechtswissenschaft Bd. 5153

TERCIER PIERRE, Les conditions générales de la branche automobile, in: Tercier Pierre et al. (Hrsg.), Journées du droit de la circulation routière 1992, Freiburg 1992, 1 ff.

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO-BEARBEITER/-IN)

THOMAS STEFAN, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Begrenzungserfordernisse und Unwirksamkeitsfolgen formularmässiger Kostenelemente- und Preisvorbehaltsklauseln, AcP 1/2009, 84 ff.

THOMI CÉCILE, Das Revisionsvorhaben VVG aus Sicht des Konsumentenschutzes, HAVE 4/2017, 435 ff.

THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29. Oktober 2012

ULMER PETER/BRANDNER HANS ERICH/HENSEN HORST-DIETHER (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2016 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-BEARBEITER/-IN)

VAN DEN BERGH ROGER/KESKE SONJA, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper Matthias et al. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, 17 ff.

VETTER MEINRAD/GUTZWILLER ROMAN S., Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 6/2010, 699 ff.

VION ADRIEN, L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO): Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire, Diss. Lausanne 2019

VIONNET GUILLAUME, L'exercice des droits formateurs, Diss. Lausanne, Genf 2008

VISCHER FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. ZK FusG-BEARBEITER/-IN)

VISCHER MARKUS, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_74/2021 vom 30. April 2021, A.A. und B.A. gegen C._AG, Anfechtung einer einseitigen Änderung des Mietvertrags, AJP 8/2021, 1044 ff. (zit. VISCHER, Änderung)

VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 8/2012, 177 ff. (zit. VISCHER, Freizeichnungsklauseln)

VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 7/2014, 964 ff. (zit. VISCHER, UWG)

VOGEL ALEXANDER et al., Orell Füssli Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK FusG-VOGEL et al.)

VOGEL HANS-GERT, AGB-Klauseln zur Änderung von Bankverträgen nach der «Postbank-Entscheidung» des BGH, ZBB 5/2021, 312 ff.

VOIGT STEFAN, Institutionenökonomik, 2. Aufl., Paderborn 2009

VON JHERING RUDOLPH, Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1904

VON KAENEL ADRIAN, Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers, in: Wyler Rémy/Meier Anne/Marchand Sylvain (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail, Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zürich 2015, 331 ff.

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979

WAGNER GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper Matthias et al. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, 41 ff.

WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen 2015 = St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Bd. 26

WANDT MANFRED, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, Karlsruhe 2000

WATTER ROLF et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK FusG-BEARBEITER/-IN)

WAYGOOD-WEINER ANETTE, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Diss. St. Gallen, Zürich 2014 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 321

WEBER PHILIPP, Anpassung der ZPO – Überblick über die laufenden Revisionsarbeiten, in: Dolge Annette (Hrsg.), Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Zürich 2018, 97 ff. (zit. WEBER, ZPO)

WEBER PHILIPP, Kollektiver Rechtsschutz, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020, 745 ff. (zit. WEBER, Kollektiver Rechtsschutz)

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilbd., Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. BK OR-WEBER)

WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG – Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2015

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/-IN)

WIEDE ANDREAS, Reiserecht: Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen, Zürich 2014

WIEDEMANN RAINER M., Preisänderungsvorbehalte: Einseitige Preisänderung zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Verfahrensschutz, Diss. Heidelberg 1991 = Augsburger Rechtsstudien Bd. 10

WIEGAND WOLFGANG, Clausula rebus sic stantibus – Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2004, 443 ff. (zit. WIEGAND, clausula)

WIEGAND WOLFGANG, Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für A. Kramer, Basel 2004, 331 ff. (zit. WIEGAND, Auslegung)

WIEGAND WOLFGANG, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, 129 ff. (zit. WIEGAND, AGB-Problematik)

WIEGAND WOLFGANG/ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung – Grundfragen und Schnittstellen, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005, 27 ff.

WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 107/2011, 537 ff.

WILLIAM OLIVER D., Die Rechtsfolgenfrage von Art. 27 Abs. 2 ZGB, recht 2/2021, 74 ff.

WILLIAMSON OLIVER E., The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, New York 1985

WOLF MANFRED, Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, ZIP 6/1987, 341 ff.

WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. Aufl., München 2020 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-BEARBEITER/-IN)

WOLFER MARC, Die vertragliche Regelung der Vertragsauflösung «aus wichtigem Grund», AJP 5/2014, 621 ff.

WYSS LUKAS, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, Jusletter vom 16. Februar 2015 (zit. WYSS, Rechtsschutz)

WYSS MARTIN PHILIPP, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 6/2007, 717 ff. (zit. WYSS, Europakompatibilität)

ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996

Materialienverzeichnis

Materialien zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

AB NR 2011	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Frühjahrsession 2011, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 220 ff.
AB SR 2011	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Frühjahrsession 2011, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 304 ff.
Botschaft UWG 1983	Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II, 1009 ff.
Botschaft UWG 2009	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, 6151 ff.
Botschaft UWG 2021	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 17. November 2021, BBl 2021, 2858
Erläuternder Bericht UWG	Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 6. Juni 2008, Bern 2008

Materialien zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag

AB NR 2019	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Sondersession Mai 2019, Versicherungsvertragsgesetz, 728 ff.
Botschaft VVG 2011	Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011, BBl 2011, 7705 ff.
Botschaft VVG 2017	Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017, 5089 ff.
E-VVG 2011	Entwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 7. September 2011, BBl 2011, 7819 ff.
E-VVG 2017	Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 28. Juni 2017, BBl 2017, 5141 ff.
Erläuternder Bericht VE-VVG	Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 6. Juli 2016

VE-VVG	Vorentwurf zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 6. Juli 2016

Materialien zur Zivilprozessordnung

Bericht kollektiver Rechtsschutz	Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten vom 3. Juli 2013, VPB 2/2013, 59 ff.
Botschaft ZPO 2006	Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff.
Botschaft ZPO 2020	Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, 2697 ff.
Botschaft ZPO 2021	Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021, 3048
E-ZPO	Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021, 3049
Erläuternder Bericht VE-ZPO	Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018
Motion Birrer-Heimo 11.3977	Motion Birrer-Heimo (11.3977), «Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren» vom 30. September 2011
Motion Birrer-Heimo 13.3931	Motion Birrer-Heimo (13.3931), «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung» vom 27. September 2013
Motion Schwaab 13.3052	Motion Schwaab (13.3052), «Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insb. im Internet» vom 7. März 2013
VE-ZPO	Vorentwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018

1. Kapitel:
Einleitung

§ 1 Untersuchungsgegenstand

I Zugrundeliegende Problematik

1 Die einseitige Vertragsänderung präsentiert sich auf den ersten Blick als vertragsrechtliche «Anomalie»[1]: Im Einklang mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda* sind Parteien an ihre Abmachung im Urvertrag gebunden, weshalb es für die Änderung zweiseitiger Verträge gemäss Art. 1 Abs. 1 OR stets eines Austauschs übereinstimmender Willenserklärungen bedarf.[2] Will sich eine Partei durch eine einseitige Änderungsklausel das Recht vorbehalten, unilateral gewisse Vertragsbestimmungen zu ändern, so erfordert dies einen entsprechenden Konsens im Sinne einer besonderen Rechtfertigung.[3]

2 Im modernen Wirtschaftsleben und der damit einhergehenden Massenabwicklung von Verträgen sind einseitige Änderungsklauseln vorwiegend in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) anzutreffen. Diese durch eine Partei vorformulierten Vertragsbestimmungen bergen ohnehin schon die grundlegende Gefahr, dass Rechte und Pflichten einseitig zugunsten der AGB-Verwenderin verteilt und Kunden systematisch benachteiligt werden.[4] AGB sind denn auch geprägt von einem bedeutenden «Konsensgefälle»[5]: Im Gegensatz zur Verwenderin wird der Kunde die AGB nicht eingehend studieren. Er wird sich des Inhalts der AGB mitunter gar nicht erst bewusst werden, besteht doch die Vermutung, dass AGB bei Konsumentenverträgen global übernommen werden.[6] Dies bedeutet, dass der Kunde die

---

1 HIGI, Anomalie, 439 f. HIGI führt mitunter aus, dass er sich aufgrund der Häufung von einseitig geänderten Vertragsbestimmungen in seinem Alltag gar vergewissern musste, ob Art. 1 OR nicht etwa einer Gesetzesrevision zum Opfer gefallen sei.

2 Vgl. BGer vom 28.3.1995, in: mp 3/95, 145 ff., E. 2b: «Einseitige Vertragsänderungen sind begrifflich ein Widerspruch in sich selbst, da jede Vertragsänderung der konsensualen Grundlage bedarf.»

3 HIGI, Anomalie, 443; RUSCH/HUGUENIN, 41; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 26.28. Vgl. auch BGE 135 III 1, E. 2.4.

4 FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 60; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1121a; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER, Rz. 5 f. Vgl. auch schon GIGER, Kontrolle, 22.

5 Zu diesem Ausdruck A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.11.

6 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1128c; HUGUENIN, OR, Rz. 617; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.40; SCHMID, Globalübernahme, 856; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 52.

AGB vermutungsweise nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.[7]

Bedarf ein einseitiges Änderungsrecht einer besonderen Rechtfertigung, so erweist es sich als äusserst problematisch, wenn diese Rechtfertigung gerade in vermutlich unbeachteten AGB enthalten ist.[8] Die AGB-Verwenderin behält sich dadurch das Recht vor, das vertragliche Pflichtengefüge unilateral zu ändern, ohne dass der Kunde dieses Recht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (er)kennt. Erschwerend hinzu kommt, dass AGB-Verwenderinnen einseitige Änderungsklauseln zum Zweck der möglichst flexiblen und vielseitigen Benutzung typischerweise sehr offen formulieren. Je konturloser das einseitige Änderungsrecht ist, desto grösser ist der Ermessensspielraum der AGB-Verwenderin und damit die Gefahr, dass sie opportunistisch handelt und das Änderungsrecht zum Nachteil des Kunden ausübt. Unbestimmte einseitige Änderungsklauseln in AGB können dadurch zu Änderungen führen, welche den ursprünglichen Konsens «sprengen»[9]. Es liegt auf der Hand, dass die Vereinbarung einseitiger Änderungsrechte in AGB gewissen Beschränkungen unterliegen muss. 3

II Ziel der Untersuchung

Einseitige Änderungsklauseln finden sich hauptsächlich in AGB – im Vergleich dazu ist die individualvertragliche Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts selten.[10] Obschon AGB als primäres Vehikel für einseitige Vertragsänderungen genutzt werden, befasst sich die schweizerische Doktrin nur vereinzelt und peripher mit der Einbettung einseitiger Änderungsklauseln in das AGB-Korrek- 4

---

7 Vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts BGer 5A_86/2021 vom 2.11.2021, E. 3.1.1 m.Verw. auf BGE 119 II 443, E. 1a; 109 II 452, E. 4.

8 Sinngemäss RUSCH/HUGUENIN, 41, welche die Übernahme einer einseitigen Änderungsklausel in AGB mit der Metapher des trojanischen Pferds vergleichen.

9 RUSCH, Bankgebühren, Rz. 9. Vgl. auch RUSCH/HUGUENIN, 48: «Das einseitige Änderungsrecht in den AGB ist für sich schon problematisch genug. Ist es noch dazu in keiner Weise beschränkt, sprengt dies den Rahmen dessen, was die Rechtsordnung noch als ausgewogene vertragliche Bindung und Verteilung von Rechten wertet.»

10 So schon der Befund bei WIEDEMANN, 13. Spezifisch für den Versicherungsbereich FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.132. Vgl. auch KAMANABROU, 2.

tiv.[11] Es fehlt bis dato an einer ganzheitlichen Untersuchung von einseitigen Änderungsklauseln mit einem Schwerpunkt auf den AGB-spezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen und Kontrollmechanismen.

5 Die vorliegende Dissertation leistet einen Beitrag zur Aufarbeitung: Ziel der Untersuchung ist es, einseitige Änderungsklauseln aus einer primär AGB-rechtlichen Perspektive zu analysieren. Zu diesem Zweck wird gezeigt, welchen materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen derartige Klauseln genügen müssen. Der Fokus liegt dabei auf Konsumenten-AGB, zumal Art. 8 UWG als zentrale AGB-Inhaltskontrollnorm des Schweizer Rechts auf Konsumentenverträge beschränkt ist.[12] Im Sinne eines holistischen Ansatzes widmet sich die Abhandlung ausserdem der Durchsetzungsproblematik im Zusammenhang mit der Verwendung missbräuchlicher einseitiger Änderungsklauseln in AGB. Dabei wird unter anderem diskutiert, ob im schweizerischen AGB-Bereich ein Bedürfnis nach weitergehendem kollektivem Rechtsschutz besteht.

III Relevanz

6 AGB sind im modernen Wirtschaftsleben «kaum mehr wegzudenken».[13] In der wirtschaftlichen Realität haben AGB den Individualvertrag weitgehend verdrängt: Es sind Individualvereinbarungen, nicht AGB, die heutzutage die Ausnahme bilden.[14] Die Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB ist dabei von immenser praktischer Bedeutung, da sie in beinahe allen auf eine längere Laufzeit

---

11 Aus dem älteren Schrifttum FUHRER, Anpassen, *passim*; HIGI, Anomalie, *passim*. Aus der neueren Literatur v.a. RUSCH/HUGUENIN, *passim*, welche einzelne Problembereiche im Zusammenhang mit der Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB beleuchten. Sodann ist ein Teil der nicht vor langer Zeit erschienenen Dissertation von BUFF erwähnenswert, in welchem Automatikklauseln und einseitige Änderungsklauseln einer AGB-spezifischen Kontrolle unterzogen werden (243 ff.).

12 Während «Konsumenten-AGB» im Massengeschäft gegenüber Konsumenten Verwendung finden (*b2c*-Verkehr), werden «Unternehmer-AGB» im kaufmännischen Verkehr (*b2b*-Verkehr) benutzt.

13 Siehe nur PICHONNAZ/FORNAGE, 285: *«Les conditions générales […] sont aujourd'hui un instrument incontournable du système contractuel des entreprises»*. Vgl. auch schon Botschaft UWG 1983, 1051.

14 HELLWEGE, 19 ff; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 5. Vgl. auch Kramer/Probst/Perrig-KRAMER, Rz. 1, der exemplarisch aufzeigt, wie AGB zahlreiche Alltagsgeschäfte prägen.

ausgerichteten Verträgen vorkommen.[15] Gerade bei der Massenabwicklung von Dauerschuldverhältnissen, wie dies etwa im Banken-[16] oder im Versicherungswesen[17] der Fall ist, ist die Verwendung von einseitigen Änderungsrechten weit verbreitet.

Dass die Thematik auch in der Politik Aufsehen erregt, hat die fast 20 Jahre dauernde Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) eindrücklich gezeigt. Die gesetzliche Erfassung einseitiger Änderungsrechte der Versicherungsgeber bildete den umstrittensten Punkt dieser Revision. Art. 35 des bundesrätlichen Entwurfs eines teilrevidierten VVG[18] hätte voraussetzungslose einseitige Änderungsklauseln bei Konsumentenverträgen – unter frühzeitiger Anzeige an die Versicherungsnehmer und unter der Einräumung eines Kündigungsrechts – explizit für zulässig erklärt. Die gesetzliche Verankerung eines derartigen Änderungsrechts auf Seiten der Versicherungsgeber stiess in der Rechtslehre[19] auf heftige Kritik. Der Nationalrat hat in seiner Sondersession vom 9. Mai 2019 die vorgeschlagene Regelung denn auch ersatzlos aus der Vorlage gestrichen. Das Parlament hat es dennoch unterlassen, ein ausdrückliches Verbot von einseitigen Änderungsklauseln in allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) aufzustellen. 7

Angesichts der Tragweite der Problematik und der Bedeutung des Untersuchungsgegenstandes in der wirtschaftlichen Realität sind klare und tragbare Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch Kontrollmechanismen unverzichtbar, um das Missbrauchspotenzial bei der Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB einzudämmen. 8

15 FUHRER, Anpassen, 409 f.; LETTL, 347; PERRIG, 63; RUSCH/HUGUENIN, 41. Spezifisch für die Änderung von Banken-AGB WIDMER, Rz. 447.

16 Vgl. MAURENBRECHER/ECKERT, 372; PROBST, Bankgebühren, Rz. 47 ff.; WIDMER, Rz. 447.

17 Vgl. FUHRER, Anpassen, 409; HUGUENIN/MAISSEN, 97; STÖCKLI, Totalrevision, 509.

18 Botschaft VVG 2017, 5089 ff.

19 Vgl. FUHRER, Chance, 327 ff.; STÖCKLI, VVG, 431 ff. («lieber keine Revision als diese»); THOMI, 435 ff.

§ 2 Abgrenzungen

I Automatikklauseln

9 Die vorliegende Abhandlung widmet sich Änderungsklauseln, auf deren Basis eine Partei durch einseitige Willenserklärung gewisse Vertragsbestimmungen ändern kann. Durch diese Eingrenzung werden automatische Vertragsänderungs- bzw. Automatikklauseln von der Untersuchung ausgeklammert.[20] Automatikklauseln koppeln typischerweise den Vertragspreis an die Entwicklung einer bestimmten Bezugsgrösse, wobei die Vertragsänderung ohne Beteiligung der Parteien erfolgt. Bedeutsame Beispiele sind Indexklauseln,[21] Spannungsklauseln[22] und Kostenelementeklauseln[23].

10 Charakteristisch für Automatikklauseln ist, dass sie die vertraglichen Änderungsvoraussetzungen und deren Folgen abschliessend regeln (z.B. durch eine mathematische Formel).[24] Die Vertragsänderung hängt infolgedessen nicht von der Willenserklärung einer Partei ab. Da Automatikklauseln ein präziser und parteiunabhängiger Massstab zu Grunde liegt, stellen sie eine äussert transparente Form der Vertragsmodifikation dar.[25] Das Missbrauchspotenzial dieser Klauseln kann folglich nicht mit demjenigen einseitiger Änderungsklauseln verglichen werden,

---

20 Weiterführend zu Automatikklauseln BUFF, 126 ff. Aus der deutschen Lehre KAMANABROU, 17 ff.

21 Diese Klauseln sehen eine tatbestandliche Anknüpfung an einen Index, wie z.B. den Landesindex der Konsumentenpreise, vor. Vgl. BGE 116 III 62, E. 3; LETTL, 350 f.; RUSCH/HUGUENIN, 41.

22 Spannungsklauseln koppeln den Vertragspreis an die Entwicklung des Preises einer vergleichbaren Leistung. Dazu KAMANABROU, 19; LETTL, 351; BK OR-WEBER, Art. 84 N 236.

23 Nach diesen Klauseln erfolgt eine automatische Änderung des Vertragspreises in Abhängigkeit der Entwicklung preisrelevanter Kostenelemente. Siehe dazu SCHUMACHER, Rz. 988. Vgl. zur uneinheitlichen Begriffsverwendung im deutschen Recht GUTKIN, 231 f.; THOMAS, 89 f.

24 Eingehend BUFF, 126 ff. Vgl. auch BAUR, Anpassungsregelungen, 46; KAMANABROU, 17.

25 KRÄMER, 30; LETTL, 460. Für potenzielle Probleme im AGB-rechtlichen Kontext BUFF, 257 ff.

die einer Partei typischerweise einen beachtlichen Ermessensspielraum in der Ausübung ihres Änderungsrechts einräumen.[26]

II Neuverhandlungsklauseln

Neuverhandlungsklauseln stellen vertragliche Bestimmungen dar, gemäss welchen die Parteien den Vertrag nach Eintritt gewisser Bedingungen auf dem Weg von Neuverhandlungen einvernehmlich anpassen sollen.[27] Sind die relevanten Voraussetzungen erfüllt, gebietet die Neuverhandlungsklausel den Parteien somit, dass sie nach Treu und Glauben die Modifikation des Vertrags diskutieren.[28] 11

Im Gegensatz zur einseitigen Änderungsklausel konzentriert sich die durch Neuverhandlungsklauseln gewährte Änderungskompetenz nicht in einer Partei. Die Vertragsänderung setzt vielmehr voraus, dass diese einvernehmlich unter Mitwirkung aller Parteien beschlossen wird. Diese Form der konsensualen Vertragsänderung unterliegt naturgemäss einem wesentlich geringeren Missbrauchspotenzial als die einseitige Vertragsänderung.[29] Neuverhandlungsklauseln weisen für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung auch deshalb keinen relevanten Erkundungswert auf, weil sie kaum je in AGB vorkommen dürften. Dies liegt daran, dass AGB-Verwenderinnen kein Interesse daran haben werden, jede Änderung eines Vertrags auf dem Weg der Neuverhandlungen herbeizuführen, als dies dem Rationalisierungszweck von AGB (vgl. hinten, Rz. 211) widersprechen würde.[30] 12

---

26 Vgl. FREUND, 88, dessen Ansicht nach die Verwendung von Automatikklauseln zum Zweck der AGB-Änderung die Verwenderin vor schwierige Probleme stellen würde, da sie dann bereits im Vorfeld sämtliche Umstände in den AGB aufführen müsste, welche sie zu einer Änderung ermächtigen.

27 Näheres bei MONN, Rz. 353 ff. Vgl. auch BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 583; SCHUMACHER, Rz. 972 ff.

28 Ob Neuverhandlungsklauseln eine eigentliche Änderungspflicht begründen, hängt primär vom Parteiwillen ab. Nach der wohl herrschenden Lehrmeinung auferlegen sie den Parteien lediglich eine Verhandlungs- und keine Änderungspflicht. Weiterführend BUFF, 159 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 661; MONN, Rz. 560 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 111.

29 Vgl. in Bezug auf Preisneuverhandlungsklauseln KRÄMER, 39.

30 FREUND, 90. Ähnlich BUFF, 245 f.; RUSCH/HUGUENIN, 37 f.

III Gesetzliche Änderungsregeln

13 Vertragliche Änderungsklauseln, welche auf Basis übereinstimmender Willenserklärungen zu Stande kommen, sind strikt von Änderungsregeln zu trennen, welche gesetzlich verankert sind. Erstere verkörpern gemäss der Lehre sog. Eigennormen der Parteien, während gesetzliche Änderungsregeln Fremdnormen darstellen, die nicht auf parteiautonomer Grundlage beruhen.[31] So verfügen etwa das Mietrecht (Art. 269d OR) sowie das Pauschalreiserecht (Art. 7 und 8 PauRG) über Vorschriften, welche eine einseitige Vertragsänderung unter gewissen Voraussetzungen erlauben.

14 Die vorliegende Dissertation befasst sich insoweit mit gesetzlichen Änderungsregeln, als diese Zulässigkeitsanforderungen an die Formulierung wirksamer einseitiger Änderungsklauseln in den betroffenen Rechtsgebieten aufstellen können. Die Untersuchung von gesetzlich verankerten Änderungsregeln gibt darüber hinaus Aufschluss über das gesetzliche Leitbild der einseitigen Vertragsänderung (vgl. hinten, Rz. 194 ff.). Obschon sie also nicht Forschungsschwerpunkt bilden, fungieren gesetzliche Änderungsregeln als ein bedeutendes Referenzsystem zur Ermittlung der Zulässigkeit resp. Missbräuchlichkeit vertraglicher einseitiger Änderungsklauseln in AGB.

IV Clausula rebus sic stantibus

15 Nach der *clausula rebus sic stantibus* kann eine Vertragsanpassung verlangt werden, wenn einer Partei die unveränderte Durchführung des Vertrags aufgrund unvorhergesehener Umstände nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann.[32] Die *clausula* erfasst somit alle Situationen, bei denen sich eine Anpassung des Vertrags aufgrund einer erheblichen Äquivalenzstörung aufdrängt.[33]

16 Die *clausula rebus sic stantibus* erlaubt nur dann einen richterlichen Eingriff in den Vertrag, wenn die vertraglichen oder gesetzlichen Anpassungsnormen die

---

31 Zu dieser Unterscheidung ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 289; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 107.

32 BGE 97 II 390, E. 6. Vgl. auch ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 443; A. KOLLER, OR AT, Rz. 29.30; LEU, 108; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 558.

33 BÜHLER, 38; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 97. Zur Rechtsgrundlage der *clausula rebus sic stantibus* nach schweizerischem Recht ausführlich KRAMER, clausula, 273 ff.

Umstandsänderungen gar nicht oder nicht adäquat erfassen können.[34] Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung bleibt diese subsidiäre Form der Vertragsanpassung ausgeklammert.

Die Lehre und Rechtsprechung zu der *clausula* können immerhin in einzelnen Aspekten ebenfalls als Inspirationsquelle für die Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln herangezogen werden (vgl. hinten, Rz. 403 ff.). Aus der Perspektive der AGB-Verwenderin ist die *clausula* für flächendeckende Vertragsänderungen jedoch ungeeignet, da sie von den Voraussetzungen her zu restriktiv ist.[35] Anzumerken sei freilich, dass die *clausula rebus sic stantibus* aufgrund der Covid-19-Pandemie eine eigentliche Renaissance in der juristischen Diskussion[36] erlebt hat, in deren Folge sich einzelne Autoren[37] auch für eine äusserst grosszügige Anwendung der *clausula* auszusprechen scheinen. 17

§ 3 Methodik

Die vorliegende Untersuchung bedient sich mehrerer wissenschaftlich-juristischer Methoden. Je nach Teilaspekt des Untersuchungsgegenstands bietet sich eine andere methodische Vorgehensweise an. 18

I Rechtsvergleichung

Die vorliegende Abhandlung hat zum Ziel, tragbare Zulässigkeitsanforderungen für die Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB zu formulieren. Dazu erfolgt im Hauptteil der Untersuchung ein Rechtsvergleich mit Deutschland. 19

---

34 Zur Subsidiarität der *clausula* BGE 107 II 144, E. 3; 93 II 97, E. 3; BGer 4A_595/2008 vom 20.3.2009, E. 6. Aus der Literatur ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 711; LEU, 116; SULZER, 204.

35 RUSCH/HUGUENIN, 37. Zu den Voraussetzungen der *clausula* statt vieler BERGER, Rz. 1178 ff.

36 Vgl. aus der umfangreichen Literatur nur HOCHSTRASSER, 45 ff.; LACHAT/BRUTSCHIN, 127 ff.; PEDUZZI, 12 ff.

37 Siehe etwa ENZ, Rz. 37: «Vorstellbar wäre, dass man bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis zum Ergebnis kommt, es liegt eine gravierende Äquivalenzstörung vor, wenn in mehr als 50 % der Laufzeit ein gravierendes Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung bestand.»

Zweck des Rechtsvergleichs ist es, von der deutschen Rechtsprechung und Lehre als «Ideengeberin» im Kontext einseitiger Änderungsklauseln in AGB zu profitieren und auf diese Weise die für den schweizerischen Rechtsraum formulierten Resultate zu unterfüttern.

20 Der Rechtsvergleich bezweckt nicht, die Feinheiten des deutschen AGB-Rechts darzulegen oder die Gesamtheit der deutschen AGB-Vorschriften mit den schweizerischen zu vergleichen. Einem funktionalen Ansatz[38] folgend soll die rechtsvergleichende Analyse vielmehr dort ansetzen, wo sie der Beantwortung der Frage dient, wie die beiden Rechtsordnungen einen Kunden vor vertraglichen Vereinbarungen in vermutlich ungelesenen AGB schützen, die der Gegenpartei eine bedeutende Gestaltungsmacht in Bezug auf die einseitige Änderung des Vertragsinhalts verleihen.

21 Die deutsche Rechtsordnung bietet sich für einen Rechtsvergleich besonders wegen ihrer ausgefeilten und – zum Zeitpunkt ihrer Einführung – weltweit pionierhaften Regelungen zum AGB-Recht an.[39] Deutschland kennt mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)[40] bereits seit 1977 differenzierte gesetzliche Vorschriften für die AGB-Kontrolle und bietet in diesem Bereich eine Fülle von Rechtsprechung und Literatur. Darüber hinaus ist der Einfluss des deutschen Rechts auf das schweizerische nur schon aus sprachlichen und geografischen Gründen beachtlich.[41]

22 Der rechtsvergleichende Ansatz stiftet besonders im Hinblick auf das Ausbleiben von schweizerischen Gerichtsurteilen zu Art. 8 UWG einen erheblichen Mehrwert für die vorliegende Dissertation. Hier können die zahlreichen deutschen Urteile zu einseitigen Änderungsklauseln in AGB als Inspirationsquelle für die Inhaltskon-

---

38 Grundlegend zum funktionalen Ansatz der Rechtsvergleichung ZWEIGERT/KÖTZ, 33 ff. Siehe auch Comparative Private Law-MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, Rz. 140 ff.

39 BAUDENBACHER, Grundprobleme, 240; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER, Rz. 34. Vgl. zur historischen Entwicklung des deutschen AGB-Rechts FERVERS/GSELL, 407 ff; ZWEIGERT/KÖTZ, 327 ff.

40 Das AGBG wurde am 1.1.2002 ausser Kraft gesetzt; die Bestimmungen des AGBG wurden durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (vgl. BGBl. I, 3138 ff.) fast unverändert als §§ 305–310 in das BGB eingeordnet. Weiterführend STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 51 ff.

41 Die zwei Rechtsordnungen gehören denn auch beide zum sog. «deutschen Rechtskreis». Dazu ZWEIGERT/KÖTZ, 130 ff., 165 ff. ZWEIGERT/KÖTZ, 40 ff., empfehlen mithin, die Rechtsvergleichung auf die «Mutterrechtsordnungen» zu beschränken.

trolle dieser Bestimmungen unter schweizerischem Recht herangezogen werden. Das Abstellen auf die einschlägige deutsche Rechtsprechung und Literatur ist nicht zuletzt deshalb angezeigt, da sich Art. 8 UWG vom Wortlaut her wesentlich an der deutschen Fassung der Generalklausel der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen[42] orientiert und Deutschland diese Richtlinie als Mindeststandard umgesetzt hat.[43]

II Ökonomische Analyse des Rechts

Die einseitige Änderungsklausel darf nicht losgelöst vom wirtschaftlichen Kontext betrachtet werden, in welchem sie auftritt. Für eine ganzheitliche Beurteilung der Legitimität einseitiger Änderungsklauseln ist es essenziell, sich mit den rechtsökonomischen Hintergründen dieses Phänomens auseinanderzusetzen. Methodisch stützt sich die vorliegende Arbeit deshalb auch auf Erkenntnisse und Beiträge der ökonomischen Analyse des Rechts. 23

Die ökonomische Analyse des Rechts (auch *«Law and Economics»*) befasst sich mit der Frage, wie das Recht die Komplexität und Wandelbarkeit des gesellschaftlichen Lebens ordnen kann und inwieweit es dies tun soll.[44] Vor dem Hintergrund dieser Fragestellung gilt es auch einseitige Änderungsklauseln in AGB zu evaluieren: AGB sind ein Produkt des modernen Wirtschaftslebens. Vorformulierte Vertragsbestimmungen vereinfachen die Massenabwicklung von Verträgen und reduzieren so gesamtvolkswirtschaftlich Transaktionskosten. Einseitige Änderungsrechte fungieren dabei als flexibles und vielseitig einsetzbares Mittel, um auf vertragsexterne Umstandsänderungen zu reagieren und Bestimmungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses flexibel zu halten. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) anerkennt etwa explizit, dass insbesondere die Änderung von Dauerverträgen aufgrund veränderter Umstände einem legitimen wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht.[45] Aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts 24

---

42 Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

43 Vgl. DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 60 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 27.

44 MÜLLER/MITROVIC, 50. Zur Methode der ökonomischen Analyse des Rechts BRÄNDLI, nutshell, 502 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 304 ff.; NOBEL, 457 ff.

45 Siehe bspw. BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 46; BGH, Urt. v. 14.5.2014, VIII ZR 114/13, NJW 2014, 2708 Rn. 34; BGH, Urt. v. 21.9.2005,

gilt es, die wirtschaftlichen Beweggründe hinter der Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln bei der Formulierung von tragbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen stets zu berücksichtigen.

III Kasuistik

25 Ziel der Untersuchung ist es schliesslich, einseitige Änderungsklauseln in AGB stets aus einer kasuistischen Optik zu würdigen. Die Arbeit verweist dazu auf existierende AGB-Klauseln aus der Vertragspraxis, um Lebenssachverhalte im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln zu veranschaulichen. Durch Bezüge auf Einzelfälle und fallgerechte Beispiele können relevante Theorien erklärt und mögliche Missbrauchssituationen im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln identifiziert werden. Dies ermöglicht es letztlich, die Analyse zu konkretisieren und deren Relevanz zu untermauern.

§ 4 Aufbau

26 Das zweite Kapitel stellt mit der Betrachtung des Wesens und der Wirkung einseitiger Änderungsklauseln die Weichen für die nachfolgende Analyse. Im Rahmen einer phänomenologischen Untersuchung werden dazu verschiedene Erscheinungsformen der einseitigen Änderungsklausel präsentiert sowie mögliche Nachteile und Missbrauchssituationen im Zusammenhang mit der Verwendung solcher Klauseln identifiziert. Aufbauend darauf behandelt das dritte Kapitel allgemeine Kontrollansätze des schweizerischen Rechts, welche für die Beurteilung der Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln von Bedeutung sind. In diesem Teil werden mit der Untersuchung gesetzlicher Änderungsregeln ebenfalls schon erste Leitbilder der einseitigen Vertragsänderung formuliert, welche für die nachgelagerte, AGB-spezifische Untersuchung fruchtbar gemacht werden können.

27 Das vierte Kapitel widmet sich dem allgemeinen Regime der AGB-Kontrolle. Durch einen Rechtsvergleich mit Deutschland sollen die Konturen der Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle von AGB umrissen werden. Der Fokus liegt dabei auf jenen AGB-spezifischen Kontrollansätzen, welche für die Untersu-

VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; BGH, Urt. v. 12.7.1989, VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 f.; BGH, Urt. v. 7.10.1981, VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21, 24.

chung von einseitigen Änderungsklauseln relevant sind. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen wird im fünften und umfangreichsten Kapitel dargelegt, wie die AGB-spezifischen Kontrollansätze auf einseitige Änderungsklauseln anzuwenden sind.

Das sechste Kapitel beleuchtet schliesslich die Durchsetzungsproblematik im Zusammenhang mit der Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB. Dabei geht es der Frage nach, ob die prozessualen Instrumente und Klagemöglichkeiten *de lege lata* dazu geeignet sind, einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung zu leisten und ob im AGB-Bereich ein Bedürfnis nach weitergehendem kollektivem Rechtsschutz besteht. Im Zuge der Untersuchung sollen dabei auch konkrete prozessuale Instrumente *de lege ferenda* gewürdigt werden. Das siebte und letzte Kapitel fasst die Ergebnisse der Untersuchung zusammen. 28

2. Kapitel:
Wesen und Wirkung der einseitigen Änderungsklausel

Das zweite Kapitel bezweckt, die einseitige Änderungsklausel phänomenologisch zu erfassen und deren begriffsprägende Eigenschaften zu identifizieren. Dazu werden in einem ersten Schritt die relevanten Grundbegriffe erläutert. Die Untersuchung widmet sich danach der ökonomischen *ratio* einseitiger Änderungsklauseln und der Frage, welche wirtschaftlichen Beweggründe hinter der Benutzung solcher Klauseln stehen. Darauf aufbauend analysiert die Abhandlung die grundlegende Struktur einseitiger Änderungsklauseln in der Vertragspraxis. Durch die Unterscheidung der Rechtsfiguren des Gestaltungsrechts und der Erklärungsfiktion werden sodann die zwei wesentlichen Erscheinungsformen des Phänomens der einseitigen Vertragsänderung juristisch eingeordnet. 29

§ 1 Grundbegriffe

I Vertragsänderung

1 Definition

30 Nach HIGI ist eine Vertragsänderung «logisch betrachtet nichts anderes als der Abschluss eines neuen Vertrags».[46] Im vorliegend verstandenen Sinne umfasst eine Vertragsänderung jede Abänderung eines von den Parteien früher festgelegten Vertragsinhalts[47] sowie die erstmalige Festsetzung von neuen Vertragsbestimmungen.[48] In ersterem Fall wird im Rahmen einer Vertragsänderung eine vereinbarte Vertragsnorm ausser Kraft gesetzt. Dies kann ersatzlos erfolgen oder so, dass an die Stelle der alten Vereinbarung eine neue tritt, welche diese abändert.[49] In letzterem Fall, der erstmaligen Festsetzung von neuen Vertragsbestimmungen, wird bislang Ungeregeltes neu festgelegt, wodurch der Vertrag als Ganzes geändert wird.[50]

31 Die «Vertragsänderung» weist keinen generell anerkannten Inhalt auf. Gewisse Stimmen in der Lehre vertreten die Meinung, dass der Begriff weit zu definieren sei und nicht nur Änderungen des Vertragsinhalts, sondern auch der Vertragsdauer umfasse.[51] Dadurch wäre etwa die vorzeitige Kündigung als «spezielle Erscheinungsform der Änderung des Vertragsinhalts»[52] zu qualifizieren. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bleiben vertragsbeendigende Vorgänge indes von der Definition der Vertragsänderung ausgeklammert. Gegenstand der Betrachtung sind Klauseln, auf deren Grundlage ein Vertrag unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung unilateral modifiziert werden kann. Diese Eingrenzung erfolgt auch vor

---

46 HIGI, Anomalie, 440, Fn. 2.

47 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1282; HIGI, Vertragsänderung, 768.

48 Vgl. HIGI, Anomalie, 441; PERRIG, 64; WIEDEMANN, 10 ff.

49 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 653.

50 HIGI, Anomalie, 441. Vgl. aus dem deutschen Recht KAMANABROU, 11 f.

51 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1282; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 562; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 98.

52 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 715. Für das deutsche Recht LETTL, 144.

dem Hintergrund, dass die vorzeitige Vertragsauflösung in der Literatur zu einseitigen Änderungsrechten keine beachtenswerte Rolle spielt.[53]

2 Terminologie

In der Rechtslehre scheint sich im Zusammenhang mit der Modifikation von Verträgen kein terminologischer Standard etabliert zu haben; Schrifttum und Rechtsprechung verwenden die Begriffe «Änderung» und «Anpassung» uneinheitlich und oftmals synonym.[54] Auch in der Spezialliteratur, welche sich mit gesonderten Aspekten der Vertragsänderung beschäftigt, existiert kein einheitliches Begriffsverständnis.[55] Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob ein Unterschied zwischen der «Vertragsänderung» und der «Vertragsanpassung» vorliegt, welcher eine Differenzierung der Begriffe für die vorliegende Untersuchung legitimieren würde. 32

Gewissen Stimmen zufolge impliziert der Begriff der Vertragsanpassung, dass die Modifikation des Vertrags aus kontinuitätswahrenden Gründen erfolge.[56] Tatsächlich wird der Terminus «Vertragsanpassung» in der schweizerischen Literatur primär im Zusammenhang mit der *clausula rebus sic stantibus* verwendet,[57] d.h. wenn es darum geht, «ein bei Vertragsschluss unvorhersehbares, gravierendes, durch eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse entstandenes Missverhältnis der Leistungen auszugleichen»[58]. In der Literatur wird sodann vorgebracht, dass die Termini deshalb nicht deckungsgleich seien, weil die «Vertragsanpassung» einen Unterfall der «Vertragsänderung» darstelle.[59] Andere Lehrmeinungen hingegen verstehen die «Vertragsanpassung» als weiteren Begriff, welcher sowohl die Änderung von bestehenden Vertragsbestandteilen als auch die erstmalige Fest- 33

---

53 Vgl. BUFF, 4 m.w.H.; KAMANABROU, 11. Vgl. ferner aus der Rechtsprechung BGE 59 II 372, E. 2.

54 So auch schon der Befund bei HIGI, Vertragsänderung, 768 m.w.H.

55 Siehe die Ausführungen bei BUFF, 4 f. Vgl. aus der deutschen Lehre ECKELT, 25 ff.; GUTKIN, 36 ff.; HAU, 18 ff.; KAMANABROU, 11 ff.; SCHNEIDER, 49 f.; WIEDEMANN, 10 ff.

56 HUGUENIN/MAISSEN, 101; WIEDEMANN, 10, dessen Ansicht nach dem Begriff der Vertragsanpassung deshalb eine «vorweggenommene Funktionsbeschränkungen» zukomme.

57 Siehe z.B. OFK OR-KOSTKIEWICZ, Art. 18 N 17; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 50 ff.; GAUCH, Auslegung, 231; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 58 ff., 95.

58 HUGUENIN/MAISSEN, 101.

59 ECKELT, 26; HAU, 18; HIGI, Anomalie, 441; PERRIG, 63.

setzung von neuen Vertragsbestandteilen abdecke.[60] Eine «Vertragsänderung» umfasse demnach nicht diejenigen Konstellationen, bei denen eine Vertragsbestimmung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offengelassen und erst später bestimmt wird.[61]

34 Die vorliegende Abhandlung will sich mit der Wahl des neutraleren Begriffs «Änderung» bzw. «Änderungsklausel» nicht auf kontinuitätswahrende Änderungen des Vertrags beschränken, wie dies der Ausdruck «Anpassung» implizieren könnte. Tatsächlich kann dem Terminus «Anpassung» nicht abgesprochen werden, dass in ihm – im Gegensatz zur «Änderung» – stets ein Element der «Ausgleichung» mitschwingt.[62] Ein Vertrag als Ganzes wird im hier verstandenen Sinne auch dann modifiziert, wenn Parteien bei Vertragsschluss offen gelassene Bedingungen erstmalig festsetzen.[63] Die «Vertragsänderung» wird vorliegend deshalb als Oberbegriff verwendet, welcher die «Vertragsanpassung» miteinschliesst. Insofern ist für die Untersuchung letztlich nicht erheblich, ob die nachfolgend diskutierten Mittel zur Gestaltung einer Vertragsbeziehung eher als «Anpassung» oder «Änderung» zu charakterisieren sind.

II Einseitige Änderungsklausel

1 Definition

35 In Anlehnung an die hergeleitete Definition des Begriffs der «Vertragsänderung» ist vorliegend unter einer «Änderungsklausel» jede Art von Bestimmung zu verstehen, welche Parteien in einen Vertrag als Grundlage für eine spätere Vertragsänderung integrieren.[64] «Einseitig» ist diese Änderungsklausel dann, wenn sie nur

---

60 KAMANABROU, 11 f. Ähnlich GUTKIN, 39 ff.

61 GUTKIN, 39; KAMANABROU, 11 f.

62 So bedeutet «anpassen» gemäss Duden auch «etwas passend machen» oder «etwas einer Sache angleichen» (<https://www.duden.de/rechtschreibung/anpassen>). Das Verb «ändern» wird dagegen neutraler benutzt und als Synonym zu den Ausdrücken «abändern» und «modifizieren» verstanden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/aendern>). Vgl. auch FRITSCHI, 218, Fn. 963.

63 So auch HIGI, Anomalie, 441; WIEDEMANN, 10; vgl. auch KAMANABROU, 11. BUFF, 8 f., klammert den Vorbehalt einer späteren Vereinbarung derweil explizit von der «Vertragsanpassung» aus.

64 Vgl. die Definition bei BUFF, 5.

einer Vertragspartei das Recht einräumt, durch unilateralen Akt die vertraglichen Bestimmungen unter gewissen Umständen zu ändern. Zur Veranschaulichung sei auf die folgende Bestimmung aus einem Vertrag über die Lieferung von Erdgas verwiesen:[65]

Klauselbeispiel 1: *«[Das Gaswerk] ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten [des Gaswerks] erfolgt.»* 36

Das Recht zur einseitigen Vertragsänderung verkörpert, wie es der Begriff preisgibt und Klauselbeispiel 1 verdeutlicht, ein unilaterales Recht. Die Klausel bezeichnet das Gaswerk als änderungsberechtigte Partei, welche einseitig die Änderung des vertraglichen Gaspreises erwirken kann, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten erfolgt. Das Eintreten dieser Voraussetzung zieht jedoch weder eine automatische Änderung des Vertrags nach sich, noch begründet es eine Pflicht zur einseitigen Vertragsänderung. Damit eine Vertragsänderung zustande kommt, muss das Gaswerk sein Änderungsrecht auch tatsächlich ausüben. Die Wirksamkeit der einseitigen Vertragsänderung stellt mithin auf die empfangsbedürftige und bedingungsfeindliche Willenserklärung durch die änderungsberechtigte Partei ab und ist nicht von der Änderungsgegnerin abhängig; sie muss die vertragliche Modifikation hinnehmen.[66] 37

Das Änderungsrecht umschliesst nach dem Gesagten nicht nur die Fähigkeit zur Entscheidung über Art und Umfang der Vertragsänderung, sondern auch die Kompetenz, das Vorhandensein der Änderungsvoraussetzungen zu prüfen und zu entscheiden, ob eine Modifikation erfolgen soll.[67] Das einseitige Änderungsrecht wird durch dessen Ausübung sodann nicht «verbraucht»: Sind allfällig stipulierte Änderungsvoraussetzungen zu einem anderen Zeitpunkt wieder erfüllt, kann die 38

---

65 Beispiel aus BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244. Siehe auch die Besprechung dieser Klausel bei RUSCH, Auslegung, 203.

66 Vgl. HIGI, Anomalie, 441; RUSCH/HUGUENIN, 41; SCHUMACHER, Rz. 990 ff. Für das deutsche Recht BAUR, Anpassungsregelungen, 47; KAMANABROU, 24; LÜBKE-DETRING, 28.

67 Siehe schon BILDA, Dogmatik, 117, wonach die Änderungskompetenz nicht nur das «wie», sondern auch das «ob» der Änderung umfasse. Vgl. ferner LETTL, 460; WIEDEMANN, 15.

änderungsberechtigte Partei auf Grundlage der einseitigen Änderungsklausel den Vertrag wiederum modifizieren.[68]

2 Terminologie

39 In der Praxis findet man je nach Rechtsgebiet, Branche und Gegenstand der Änderung vielseitige Bezeichnungen und Erscheinungsformen der einseitigen Änderungsklausel.[69] Durch den hier gewählten neutralen Terminus «einseitige Änderungsklausel» will die Untersuchung das Spektrum der möglichen Änderungsanlässe bewusst weit fassen.

40 Die schweizerische Literatur unterscheidet einem Vorschlag von JÄGGI/GAUCH[70] folgend gelegentlich zwischen «positiven» und «negativen» Änderungsregeln.[71] Während erstere eine Vertragsänderung für bestimmte Fälle explizit erlauben, schliessen negative Änderungsklauseln eine Modifikation für gewisse Vertragspunkte geradewegs aus. Die vorliegende Arbeit ist nicht auf eine solche terminologische Differenzierung angewiesen. Der Ausschluss einer Änderung – beschrieben als «negative» Änderungsklausel – tangiert ein anderes Themengebiet als jenes der einseitigen Änderungsrechte.[72] Hier von Relevanz ist die Frage nach der Zulässigkeit parteiautonomer Abreden, welche eine einseitige Änderung unter Beachtung gesetzlicher Normen und allgemeiner Rechtsgrundsätze erlauben. Für

---

68 LETTL, 460; VIONNET, 71 f. Vgl. WIEDEMANN, 14, wonach ein einseitiges Änderungsrecht zu «sukzessiver inhaltlicher Vertragsgestaltung» berechtige, falls keine gegenteilige Abrede vorliegt.

69 So verwendet die Lehre auch die Bezeichnung «Änderungsvorbehaltsklausel» (z.B. WIDMER, Rz. 447). Zu den meistdiskutierten Erscheinungsformen gehören die Prämienänderungsklausel (vgl. EISNER-KIEFER, Versicherungsprämie, 36 ff.), die Bedingungsänderungsklausel (vgl. HUGUENIN/MAISSEN, *passim*) und die Gebührenänderungsklausel (vgl. PROBST, Bankgebühren, Rz. 47 ff.).

70 ZK OR-JÄGGI/GAUCH, 3. Aufl., Art. 18 N 576 ff.

71 Vgl. BISCHOFF, 95 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 656 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 575 ff.; SULZER, 136 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 108 ff.

72 Eine «negative» Änderungsklausel, verstanden als Ausschluss einer Änderung, ist denn auch nichts anderes als eine Hervorhebung des Prinzips *pacta sunt servanda.* Solche vertraglichen Abreden haben nur insofern rechtliche Relevanz, als sie der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* zuwiderlaufen oder dispositive gesetzliche Änderungsregeln derogieren könnten. Im Ganzen BISCHOFF, 106.

diese Untersuchung ist der Zusatz «positiv» obsolet, kann die dabei gemeinte Klausel doch lediglich als «Änderungsklausel» beschrieben werden.[73]

§ 2 Rechtsökonomische Würdigung

I Änderungsbedarf und das Risiko veränderter Umstände

Parteien berücksichtigen diverse Faktoren, bevor sie einen Vertrag zu gewissen Bedingungen abschliessen. Sie werden als Entscheidgrundlage insbesondere auf die im Abschlusszeitpunkt vorliegenden Verhältnisse sowie auf Mutmassungen über die Entwicklung der vertragsrelevanten Umstände abstellen. Eine vertragsschliessende Partei wird jedoch kaum alle gegenwärtigen oder zukünftigen Umstände, die ihrer Planung und Entscheidung zugrunde liegen, kennen oder in Erfahrung bringen können.[74] Liegen Vertragsschluss und Vertragserfüllung zeitlich auseinander, besteht stets die Gefahr, dass sich die einst herrschenden Verhältnisse ändern und der Vertragsinhalt im Zeitpunkt der Erfüllung «in einem ganz anderen Licht erscheint».[75] Das Risiko der veränderten Umstände ist folglich besonders bei Langzeit- bzw. Dauerverträgen ausgeprägt.[76] 41

Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung und damit einhergehenden Verflechtung von ökonomischen Akteuren verändern sich bspw. wirtschaftliche Rahmenbedingungen schneller denn je. Gesetzliche Rahmenbedingungen unterliegen ebenfalls einem ständigen Wandel: Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderungen können mithin dazu führen, dass sich Parteien an neue rechtliche Gegebenheiten 42

---

73 Vgl. auch die Gedanken bei BUFF, 6.

74 Vgl. BISCHOFF, 16 f., der dieses Risiko als das Mass an Unsicherheit über den günstigen oder ungünstigen Verlauf des Vertrages definiert. Dazu auch LETTL, 348; LEU, 110.

75 So SULZER, 121. MÜLLER-CHEN, 231, bezeichnet es denn auch als «nichts Aussergewöhnliches», wenn sich die vertragserheblichen Umstände zwischen Vertragsschluss und Vertragserfüllung ändern. Vgl. auch BGE 100 II 345, E. 2b.

76 Dazu BISCHOFF, 16 ff.; KOLMSEE, 1; SCHNEIDER, 61 ff. MITTERER, 42 f., nennt die Komplexität des Vertragsverhältnisses, das Mass der besonderen persönlichen Bindung an den Vertrag sowie ein hohes Kontinuitätsbedürfnis als weitere Merkmale, die einen erhöhten Korrekturbedarf auslösen können.

anpassen müssen.[77] Branchenspezifische Veränderungen, wie etwa die Änderung versicherungsrechtlicher Risiken oder der Refinanzierungskosten sowie des Ausfallrisikos im Bankensektor, können die Praktikabilität einer einst getroffenen Vereinbarung genauso infrage stellen.[78]

43 Im Einklang mit dem Prinzip der Vertragstreue (hinten, Rz. 112 ff.) sind Parteien an die ursprüngliche vertragliche Risikoverteilung gebunden, weshalb sie ihre Leistungen auch bei unerwarteten Entwicklungen der vertragserheblichen Umstände grundsätzlich so zu erbringen haben, wie es der Vertrag vorsieht.[79] Die Veränderung der relevanten Verhältnisse kann indes derart gewichtig sein, dass das ursprüngliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung aus den Fugen gerät und den erwarteten Nutzen der vertraglichen Kooperation gefährdet.[80]

44 Parteien haben nach dem Gesagten ein grundlegendes Interesse an einer vertraglichen Risikozuordnung, welche das Problem der veränderten Umstände erfasst und ein Verfahren vorgibt, das beschreibt, wie mit solchen Änderungen umzugehen ist. Um diesem potenziellen Änderungsbedarf bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ausdruck zu verleihen, können insbesondere einseitige Änderungsklauseln Abhilfe schaffen.

II Nutzen und Funktion von einseitigen Änderungsklauseln

45 Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich dem ökonomischen Nutzen von einseitigen Änderungsklauseln vor dem Hintergrund des Risikos veränderter Umstände. Als Ausgangspunkt kann dabei auf die Rechtsprechung des BGH zu Preisänderungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen verwiesen werden. Der BGH anerkennt in ständiger Rechtsprechung ein grundlegendes Bedürfnis an der Möglichkeit einer Preismodifikation:[81]

---

77 Siehe schon BISCHOFF, 188 f. Ferner FREUND, 167 f.; KOLMSEE, 16.

78 Vgl. KRÄMER, 20.

79 Stellvertretend BGE 104 II 314, E. a. Aus der Literatur weiterführend BISCHOFF, 22.

80 Eingehend BISCHOFF, 15 ff. Vgl. SULZER, 121 ff.

81 BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 14 m.Verw. auf BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 19; BGH, Urt. v. 13.6.2007, VIII ZR 36/06, BGHZ 172, 315 Rn. 22; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 20, jeweils m.w.H.

«In Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Preisanpassungsklauseln sind, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht grundsätzlich unwirksam. Sie sind ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung bei langfristigen Lieferverträgen. Sie dienen dazu, einerseits dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher ihn belastender Kostensteigerungen zu sichern, und andererseits den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht.» 46

1 Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses

Eine Partei kann auf eine Modifikation des Vertrags angewiesen sein, wenn sie ihre Interessen durch die Störung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses[82] als nicht mehr angemessen gewahrt ansieht.[83] Einseitige Änderungsklauseln stellen in diesem Zusammenhang ein probates Mittel dar, um das Gleichgewicht zwischen vertraglicher Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragslaufzeit hin aufrechtzuerhalten und ein gestörtes Gleichgewicht wiederherzustellen.[84] Die Möglichkeit einseitiger Preiserhöhungen erlaubt es einer Partei etwa, einen Anstieg der ihr für die Leistungserbringung entstehenden Kosten oder einen Wertzerfall der Gegenleistung auszugleichen.[85] 47

Entscheidend ist, dass die durch einseitige Änderungsklauseln verschaffte Möglichkeit zur Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses auch der Gegenseite zugutekommt. Hätten Anbieter von Gütern und Dienstleistungen keine Möglichkeit zur nachträglichen Preisänderung, würden sie ihre Preise unter Be- 48

---

82 Eingehend zu vertraglichen Äquivalenzstörungen STÖCKLI, Synallagma, Rz. 279 ff.

83 ECKELT, 52; HORN, Neuverhandlungspflicht, 257 f.; MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 23. Spezifisch für den Versicherungsbereich FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.131.

84 BILDA, Dogmatik, 2, 21; EISNER-KIEFER, VVG, 95; SCHNEIDER, 192. Änderungsklauseln bieten dabei im Vergleich zur *clausula* einen besseren Schutz, da letzteres Instrument nur in Ausnahmefällen, d.h. bei besonders schwerwiegenden Äquivalenzstörungen zur Anwendung kommt (vgl. vorne, Rz. 15 ff.).

85 Aus der deutschen Lehre STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 808; MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 23.

rücksichtigung eines Risikozuschlags von vornherein höher ansetzen;[86] der Preis würde dann nämlich einen «Puffer» für die künftigen, nicht kalkulierbaren Kosten von potenziellen Umstandsänderungen enthalten.[87]

2 Reduktion von Transaktionskosten …

a) … bei der Erstellung des Vertrags

49 Würde Parteien die Möglichkeit der nachträglichen Vertragsänderung nicht zur Verfügung stehen, müssten sie schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses alle Eventualitäten berücksichtigen, welche den Vertrag auf irgendeine Weise beeinflussen könnten. Dies würde unweigerlich zu einer komplexen Vertragsmechanik führen.[88] Aus rechtsökonomischer Perspektive fallen durch die Ungewissheit der Zukunftsentwicklung mithin *ex-ante*-Transaktionskosten[89] in Form von Informationsbeschaffungskosten und Kosten der Vertragsformulierung an.[90]

50 Vertragliche Änderungsklauseln sind in der Lage, derartige Kosten zu senken. Einseitige Preisänderungsmechanismen erlauben es etwa, gewisse Vertragspunkte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses flexibel zu halten und dadurch weniger Zeit, Mühe und Ressourcen für die Aufbereitung von Informationen aufzuwenden, die den Parteien helfen würden, zukünftige Marktpreise und -kosten vorherzusagen.[91]

---

86 Diese Überlegung in ständiger Rechtsprechung bejahend BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 14; BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 10; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 19; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 20; BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717.

87 Vgl. HUGUENIN/MAISSEN, 117; MITTERER, 42; NELLE, 101; RUSCH/HUGUENIN, 43.

88 Spezifisch im Zusammenhang mit Preisänderungsmechanismen GOLDBERG, 532. Vgl. auch HAU, 52.

89 Rechtsökonomisch betrachtet verkörpern Transaktionskosten die Kosten der Nutzung des Marktes. Zu diesem Begriff statt vieler COOTER/ULEN, 88 f. Zur Unterscheidung zwischen *ex-ante*-Transaktionskosten (z.B. Informations- und Verhandlungskosten) und *ex-post*-Transaktionskosten (z.B. die Kosten für die Kontrolle und Durchsetzung von Verträgen) siehe WILLIAMSON, 20 ff.

90 Nach der Transaktionskostentheorie fallen generell bei jeder Transaktion auch Transaktionskosten an. Grundlegend dazu COASE, *passim*; aus der Perspektive der neuen Institutionenökonomik VOIGT, 87 ff.

91 Vgl. BAIRD, 591; BISCHOFF, 98 ff.; KÖHLER, Geschäftsgrundlage, 151. Der Vertragspreis ist ein typisches Beispiel für einen Parameter, bei welchem sich die Parteien

Die änderungsbefugte Partei kann dadurch Risiken und Kosten abwenden, welche mit langfristigen Kostenkalkulationen verbunden wären.[92]

b) … beim Änderungsprozess

Der Vorgang der Vertragsänderung selbst kann *ex-post*-Transaktionskosten verursachen, als dadurch die Ressourcen der Parteien in Anspruch genommen werden.[93] In diesem Zusammenhang bietet gerade der Modus der einseitigen Vertragsänderung ein probates Mittel, um den Änderungsprozess zu tiefen Kosten zu durchlaufen. Die einseitige Vertragsmodifikation ist mithin nicht an komplexe Bedingungen oder Kooperationsversuche gebunden und kann somit ohne die Mitwirkung der Gegenpartei herbeigeführt werden. 51

Gerade im Rahmen der Massenabwicklung von Verträgen stellt die Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln im Vergleich zu anderen Änderungsinstrumenten das effizienteste Mittel zur nachträglichen Vertragsmodifikation dar. Eine konsensuale Änderung der AGB eines Unternehmens mit jeder Kundin und jedem Kunden einzeln auszuhandeln wäre von der Kooperationsbereitschaft der Parteien abhängig und mit unverhältnismässig grossem Aufwand verbunden.[94] Gesetzliche Anpassungsregeln wie etwa die *clausula rebus sic stantibus* sind zur flexiblen Änderung von Leistungspflichten ebenfalls ungeeignet, zumal sie von den Voraussetzungen zu restriktiv und mit Unsicherheiten behaftet sind (vgl. schon vorne, Rz. 17). Im Gegensatz zu Automatikklauseln kann die änderungsberechtigte Partei ihr einseitiges Änderungsrecht ausserdem aus diversen Gründen – wie etwa der Unschlüssigkeit über die Entwicklung anderer Faktoren – auch aufschieben.[95] Sie kann dadurch die Entwicklungen der vertragsrelevanten Umstände verfolgen und sich die Handlungsfähigkeit so lange bewahren, bis eine Ausübung des Änderungsrechts in ihren Augen angezeigt ist. 52

grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum offenbehalten wollen. Eingehend dazu JOSKOW, 47 ff.; SCHNEIDER, 192 ff.; SCOTT, 2006.

92 BILDA, Anpassungsklauseln, Rz. 7; NELLE, 101; THOMAS, 85. Vgl. auch BUFF, 55.

93 Aus rechtsökonomischer Perspektive eingehend GOLDBERG, 531 ff.

94 Vgl. FREUND, 89; RUSCH/HUGUENIN, 37.

95 Vgl. SCHUMACHER, Rz. 993.

3 Planungssicherheit und Vertragskontinuität

53 Einseitige Änderungsklauseln sichern das grundlegende Bedürfnis der Parteien am Fortbestand des Vertragsverhältnisses. Sie lassen mitunter die Notwendigkeit von Änderungskündigungen entfallen, welche insbesondere im Massengeschäft mit einem erheblichen Mehraufwand und entsprechenden Kosten verbunden wären.[96] Wäre ein AGB-Verwender zur Modifikation seiner AGB auf eine Kündigung angewiesen, um zu neuen Bedingungen einen Vertrag abzuschliessen, bestünde denn auch die Gefahr, dass bestehende Kundinnen zu konkurrierenden Anbietern abwandern.[97] Einseitige Änderungsklauseln können für beide Parteien folglich die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die vertragliche Kooperation trotz Störfaktoren weitergeführt wird.[98]

54 Rechtsökonomisch betrachtet schafft die Option zur einseitigen Vertragsänderung und die dadurch ermöglichte Planungssicherheit für änderungsberechtigte Parteien auch Anreize, ihrer Kundschaft eine lange Vertragsdauer anzubieten.[99] Dies ist für die einzelne Kundin ebenso attraktiv, als sie sich nicht jährlich mit dem Abschluss neuer Verträge auseinandersetzen muss.[100] Im Versicherungsbereich etwa wird die Kundin von einer kontinuierlichen Versicherungsdeckung profitieren und nicht jedes Jahr Aufwände betreiben müssen, um neue Versicherungsverträge abzuschliessen.[101]

---

96 Dazu schon BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519.

97 KOLMSEE, 20.

98 Siehe schon BILDA, Dogmatik, 21. Dazu auch BUFF, 59, der betont, dass durch die Schaffung eines geregelten Rahmens für kontinuitätswahrende Umgestaltungen die Vertragsbeendigung als alternativ denkbare Reaktion auf die Änderung vertragsrelevanter Umstände an Bedeutung verliere. Vgl. ferner SCHNEIDER, 192 f.; SULZER, 136.

99 Zu diesem Gedanken EISENBERG, 1040. Vgl. auch HUGUENIN/MAISSEN, 117; KRÄMER, 22.

100 KRÄMER, 22, wonach bei Verträgen, die einen erhöhten Bestandsschutz verlangen, eine kurze Vertragslaufzeit eben keine zumutbare Alternative darstelle.

101 HUGUENIN/MAISSEN, 117. Nach KOLMSEE, 20, sei bei Arbeits- und Mietverträgen das Kontinuitätsinteresse und Interesse an der Stabilität des Vertragsinhalts ebenfalls besonders schutzwürdig.

§ 3 Struktur

In ihrer grundlegendsten Form knüpfen einseitige Änderungsklauseln eine bestimmte Rechtsfolge an den Eintritt eines Ereignisses, womit sie sich strukturell in die Komponenten «Änderungstatbestand» (Rz. 56 ff.) und «Rechtsfolge» (Rz. 74 ff.) unterteilen lassen.[102] Die nachfolgenden Ausführungen zeigen auf, welche Möglichkeiten Parteien bei der Ausgestaltung dieser zwei Strukturebenen zur Verfügung stehen. 55

I Änderungstatbestand

Der Änderungstatbestand beschreibt, unter welchen Voraussetzungen das einseitige Änderungsrecht entsteht und ausgeübt werden kann. Durch die Gestaltung des Änderungstatbestands steht den Parteien ein vielseitiges Instrumentarium zur Verfügung, um auf vertragsexterne Umstandsänderungen zu reagieren und gleichzeitig die Gestaltungsfreiheit der änderungsberechtigten Partei einzuschränken. Es erstaunt insofern nicht, dass Änderungstatbestände in der Vertragspraxis «so zahlreich wie die Vielfalt der Wirklichkeit»[103] sind. Systematisch lassen sich immerhin drei verschiedene Fallgruppen auseinanderhalten: Die einseitige Änderungsklausel kann demnach gar keinen (Rz. 57 ff.), einen generalklauselartigen (Rz. 65 ff.) oder einen bestimmten (Rz. 69 ff.) Änderungstatbestand stipulieren.[104] 56

1 Fehlender Änderungstatbestand

Einseitige Änderungsklauseln weisen oft keinen expliziten Änderungstatbestand auf. Gerade in AGB sind voraussetzungslose einseitige Änderungsklauseln weit verbreitet.[105] Dies zeigt nur schon ein kurzer Blick in die gängigen AGB-Regel- 57

---

102 Eine solche Unterteilung erfolgt auch bei BAUR, Preisänderungsklauseln, 905 ff.; ECKELT, 109; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 659; SCHUMACHER, Rz. 968; WIEDEMANN, 15.

103 SCHUMACHER, Rz. 968. Ähnlich BILDA, Anpassungsklauseln, Rz. 9.

104 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 578 f. Siehe auch BUFF, 91 ff.; SULZER, 141.

105 Vgl. GAUCH, AVB, 86; HUGUENIN/MAISSEN, 101 f.; RUSCH/HUGUENIN, 45.

werke von Schweizer Banken, Fitnessstudios und Anbietern von Online-Dienstleistungen:

58 **Klauselbeispiel 2:** *«Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen dieser AGB und der weiteren Basisreglemente vor.»*

59 **Klauselbeispiel 3:** *«Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für die Nutzung der Fitnessparks [des Fitnessstudios]. Das Mitglied nimmt ausdrücklich zur Kenntnis, dass Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Betriebsordnung und der Nutzungsreglemente vorbehalten bleiben und dass ihm diese in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden. Aus einer Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Betriebsordnung kann das Mitglied keine Rechte ableiten.»*

60 **Klauselbeispiel 4***: «[Das Unternehmen] kann diese Nutzungsbedingungen von Zeit zu Zeit ändern. Wir informieren Sie mindestens 30 Tage vorher, bevor solche Änderungen für Sie in Kraft treten.»*

61 Gemessen an ihrem Wortlaut ermöglichen sämtliche dieser Klauseln der änderungsberechtigten Partei, unabhängig vom Vorhandensein gewisser Bedingungen den Vertrag zu ändern. Eine Sonderform des voraussetzungslosen einseitigen Änderungsrechts stellt auch die folgende Formulierung dar, welche ebenfalls in vielen AGB anzutreffen ist:[106]

62 **Klauselbeispiel 5**: *«Es gilt die jeweils aktuelle Fassung der AGB.»*

63 Die Literatur bezeichnet solche floskelhaften Formulierungen auch als «dynamische Verweisungen».[107] Dynamische Verweisungen verkörpern eine antizipierte Genehmigung aller zukünftigen AGB-Änderungen und stellen es dadurch implizit in das Belieben einer Partei, den vorformulierten Inhalt eines Vertrags voraussetzungslos abzuändern.[108]

64 Voraussetzungslos formulierte einseitige Änderungsklauseln dürften in der Vertragspraxis deshalb so weit verbreitet sein, weil sie der änderungsberechtigten Partei das höchste Mass an Flexibilität und vertraglicher Einflussnahme gewähren. Ist die berechtigte Partei in der Ausübung ihres Änderungsrechts nicht eingeschränkt, steht ihr mithin ein vielseitiges und einzelfallgerechtes Instrument zur Verfügung,

---

106 Vgl. die Beispiele bei GAUCH, AVB, 87, Fn. 80; RUSCH/HUGUENIN, 42; VON KAENEL, 332.

107 PERRIG, 79 ff. Aus dem deutschen Recht OETKER, 337 ff.

108 Vgl. OETKER, 339 f.; PERRIG, 79.

um die Vertragskonditionen frei nach ihren allenfalls geänderten Bedürfnissen anzupassen.[109]

2 Generalklauselartiger Änderungstatbestand

Generalklauselartig oder auch «global» formulierte Änderungstatbestände knüpfen die Ausübung des Änderungsrechts an offene und generell gehaltene Kriterien an.[110] Zur Veranschaulichung sei auf eine Bestimmung aus den allgemeinen Flugbeförderungsbedingungen eines Luftfahrtunternehmens zu verweisen, welche auch der deutsche BGH in der Vergangenheit beurteilen musste:[111] 65

Klauselbeispiel 6: *«Wenn es die Umstände erfordern, kann der Luftfrachtführer ohne Ankündigung einen Flug absagen, beenden, umleiten, verschieben oder verspäten; in all diesen Fällen wird der Luftfrachtführer nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Interessen des Fluggastes ihn entweder anderweitig befördern, umleiten oder eine Erstattung gem. den Bestimmungen des Art. VI Abs. 2 durchführen; eine weitergehende Haftung ist ausgeschlossen (Art. X Nr. 2).»* 66

In diesem Beispiel ist das Schicksal des Vertragsinhalts vom Eintritt allgemeiner Verhältnisänderungen abhängig. Die Klausel knüpft das Änderungsrecht des Luftfahrtunternehmens zur Modifikation seiner versprochenen Leistung mithin daran, ob die Umstände eine solche Modifikation erfordern. Trotz formeller Angabe einer Änderungsvoraussetzungen besteht bei solchen Klauseln somit ein erheblicher Konkretisierungs- und somit Ermessensspielraum auf Seiten des AGB-Verwenders. Beispiele weiterer generalklauselartig formulierter Änderungsvoraussetzungen sind diejenigen, welche die Ausübung der Änderungskompetenz von «unvorhergesehenen Vorkommnissen», «veränderten Verhältnissen» oder «Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse» abhängig machen.[112] Gemein ist ihnen 67

---

109 Eingehend HORN, Anpassungsregelungen, 1121.

110 Vgl. BISCHOFF, 97; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 660; LETTL, 348 ff.; SULZER, 141.

111 Vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1983, VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284, 296.

112 BURKHARDT, 51 f.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 660 m.Verw. auf BGE 100 II 345, E. 1 («unvorhergesehene Vorkommnisse») und BGE 99 II 290, E. 4 («veränderte Verhältnisse»).

allen, dass sie auf normative, unpräzise Merkmale abstellen und nicht quantitativer Natur sind.[113]

68 In der Vertragspraxis sind unbestimmte, floskelartige Umschreibungen des Änderungstatbestands im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsrechten ebenfalls weit verbreitet.[114] Die Verwendung von generalklauselartigen Änderungstatbeständen führt mithin dazu, dass das einseitige Änderungsrecht flexibel und vielseitig einsetzbar ist.[115] Parteien bzw. AGB-Verwender können sich so im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unter geringem Aufwand gegen nicht konkretisierbare und unvorhersehbare Auswirkungen zukünftiger Verhältnisse absichern.

3 Bestimmter Änderungstatbestand

69 Einseitige Änderungsklauseln weisen einen bestimmten Tatbestand auf, wenn sie die Vertragsmodifikation von konkreten Umstandsänderungen abhängig machen.[116] Tatbestandsseitig bestimmt formulierte Klauseln koppeln die Änderungsbefugnis typischerweise an die Veränderung eines vertragsrelevanten Bezugswerts. So kann die Ausübung des Änderungsrechts bspw. von der Entwicklung bestimmter Kostenelemente oder Indizes sowie der Preisentwicklung vergleichbarer Leistungen abhängig gemacht werden.[117] Als Beispiel sei die folgende Klausel angeführt:[118]

70 **Klauselbeispiel 7:** *«Ändern sich die Preise für Portlandzement CEM I 32,5 R, kann der Auftragnehmer den Preis entsprechend neu festsetzen.»*

71 Die Formulierung von bestimmten Änderungstatbeständen hat primär zum Zweck, die Folgen von vorhersehbaren und konkretisierbaren Umstandsänderungen zu erfassen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber noch nicht einkalkuliert wer-

---

113 BAUR, Preisänderungsklauseln, 906.

114 Siehe die Ausführungen bei HAU, 72; KAMANABROU, 25.

115 BILDA, Dogmatik, 109 ff.; BURKHARDT, 52; HORN, Neuverhandlungspflicht, 261; KAMANABROU, 25; WIEDEMANN, 125.

116 Vgl. BISCHOFF, 97; ERDIN, Rz. 143. Siehe ferner ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 659.

117 Für einen Überblick SCHUMACHER, Rz. 985 ff. Siehe für Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung SULZER, 141. Vgl. ferner KAMANABROU, 26; LÜBKE-DETRING, 26.

118 Beispiel bei KAMANABROU, 30.

den konnten.[119] Im Wissen darum, dass sich der Preis für einen bestimmten Typ von Portlandzement jederzeit ändern könnte, kann sich ein Bauunternehmer wie in Klauselbeispiel 7 ein Recht zur einseitigen Preisänderung seiner Bauleistungen vorbehalten. Auf Grundlage dieser Klausel eröffnet jede Veränderung des Preises der bestimmten Sorte des Portlandzements das einseitige Preisänderungsrecht des Auftragnehmers.

Da bei bestimmten Änderungstatbeständen die Eingriffskriterien für das Änderungsrecht in hohem Masse konkretisiert sind, lässt sich im Einzelfall meistens eindeutig feststellen, ob ein Änderungsrecht vorhanden ist.[120] Dadurch werden die möglichen Auswirkungen des einseitigen Änderungsrechts auf das vertragliche Pflichtengefüge vorhersehbarer und berechenbarer.[121] Mit zunehmender Bestimmtheit der Änderungsparameter verkleinert sich jedoch gleichzeitig der Spielraum der änderungsberechtigten Partei in der Wahrnehmung ihres Änderungsrechts. Die einseitige Änderungsklausel büsst dadurch an Flexibilität in der Änderungssituation ein, da klar vorgegebene Eingriffskriterien sach- und einzelfallgerechten Änderungslösungen im Wege stehen können.[122] Bestimmte Änderungstatbestände sind deshalb eher untypisch für einseitige Änderungsklauseln, deren primäre Funktion es gerade ist, einen situationsgerechten Umgang mit einer Vielzahl nicht voraussehbarer und nicht konkretisierbarer Umstandsänderungen zu ermöglichen.[123] 72

In Konstellationen, in denen der Änderungstatbestand lediglich einzelne, eng umschriebene Umstände vorsieht, spielt die einseitige Änderungsbefugnis für die Vertragsabwicklung ohnehin eine untergeordnete Rolle.[124] Je detaillierter bspw. eine Klausel angibt, unter welchen Umständen der Vertragspreis angepasst wird, desto eher wird sie von den Parteien als Preisberechnungs- und nicht als 73

---

119 BUFF, 108; KAMANABROU, 30. Vgl. zum Kriterium der Kalkulierbarkeit auch hinten, Rz. 404 f.

120 BILDA, Anpassungsklauseln Rz. 74.

121 LETTL, 348. Vgl. auch BUFF, 89.

122 Die Kehrseite der durch bestimmte Änderungstatbestände erreichten Transparenz ist somit die Gebundenheit bzw. Starrheit in der Änderungssituation. Vgl. FREUND, 88; LETTL, 348.

123 Illustrativ BAUR, Anpassungsregelungen, 103. Vgl. auch ECKELT, 111 f.; JICKELI, 88; KAMANABROU, 25 f.; LETTL, 348; WIEDEMANN, 80.

124 Vgl. WIEDEMANN, 118.

Preisänderungsklausel wahrgenommen.[125] Wenn die für die Funktionsfähigkeit der Änderungsklausel relevanten Änderungsparameter ohne Probleme bestimmbar und messbar sind, werden Parteien den Eintritt dieser Voraussetzungen deshalb oft in einer mathematischen Formel ausdrücken und mit einem automatischen Änderungsmechanismus (vorne, Rz. 9 f.) verbinden.[126]

II Rechtsfolgeseite

74 Die Rechtsfolge einer einseitigen Änderungsklausel (auch: Änderungsfolge) beschlägt die Frage, welche Handlungen die änderungsberechtigte Partei nach Eintritt der Änderungsvoraussetzungen tätigen kann bzw. wie sich der Eintritt dieser Voraussetzungen auf den Vertrag auswirken soll. Der Gestaltungsspielraum der berechtigten Partei umfasst dabei nicht nur die Entscheidung über Art und Umfang der Änderung, sondern in einem ersten Schritt auch, ob sie ihre Änderungskompetenz überhaupt wahrnehmen will.[127]

75 Mit Blick auf die Rechtsfolgeseite bestehen verschiedenste Klauselvariationen. Ihnen ist bei einseitigen Änderungsklauseln nur gemein, dass bloss eine Partei zur Vertragsänderung berechtigt ist. Systematisch lässt sich zwischen dem Gegenstand (Rz. 76 ff.) und dem Umfang (Rz. 87 ff.) der einseitigen Änderung unterscheiden.

1 Gegenstand der einseitigen Änderung

76 Unter dem Gegenstand der Änderung ist jener Teil des Vertrags zu verstehen, welcher durch die Änderungsklausel betroffen ist. Damit wird mit anderen Worten das «Was» der einseitigen Änderung beschrieben. Zu unterscheiden gilt es hierbei zwischen einseitigen Änderungen, welche den gesamten Vertrag betreffen (Rz. 77 ff.) und solchen, welche einzelne Vertragspunkte (Rz. 80 ff.) erfassen.[128]

---

125 So treffend BURKHARDT, 28 f. Vgl. HORN, Anpassungsregelungen, 1120; RUSCH/HUGUENIN, 52.

126 BAUR, Preisänderungsklauseln, 906; BILDA, Anpassungsklauseln, Rz. 113 ff. Vgl. auch FREUND, 88.

127 WIEDEMANN, 15: «Daß es überhaupt zu einer Preisänderung kommt, ist nämlich in der Regel in das (Ausübungs-)Ermessen des Berechtigten gestellt.»

128 Vgl. die Kategorisierung bei BUFF, 114 ff.; ECKELT, 88 ff.; HIGI, Anomalie, 442.

a) Änderung der gesamten Vertragsbestimmungen

Eine einseitige Änderungsklausel, welche eine Partei zur Änderung des gesamten Vertragsbestimmungen ermächtigt, stellt bei Eintritt der Änderungsvoraussetzungen das gesamte vertragliche Regelwerk zur Disposition. Ein Beispiel für eine solche Klausel wäre die folgende Bestimmung aus den AGB eines Telekommunikationsunternehmens: 77

Klauselbeispiel 8: *«Änderungen der AGB. [Das Unternehmen] behält sich vor, die AGB jederzeit anzupassen. [Das Unternehmen] informiert die Kunden in geeigneter Weise (z.B. auf der Rechnung oder per E-Mail) vorgängig über Änderungen der AGB.»* 78

Die Änderungsbefugnis des Unternehmens erstreckt sich in Klauselbeispiel 8 auf die gesamten AGB. Parteien werden insbesondere aus Flexibilitätsgründen ein Interesse daran haben, den gesamten vertraglichen Komplex zum Änderungsgegenstand zu erklären, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oft unklar ist, wo innerhalb des Vertrags zukünftiger Änderungsbedarf besteht.[129] Aus diesem Grund sind einseitige Änderungsklauseln, welche das gesamte AGB-Klauselwerk erfassen, in der Praxis auch weit verbreitet.[130] 79

b) Änderung einzelner Vertragsbestimmungen

Änderungsklauseln können eine Partei zur Modifikation eines spezifischen Vertragsbestandteils ermächtigen. Dieses Recht kann sich dabei sowohl auf Haupt- (Rz. 81 ff.) als auch auf Nebenpunkte (Rz. 84 ff.) beziehen.[131] Gerade die Trennung von AGB in Haupt- und Nebenpunkte bzw. in leistungsbezogene und sonstige Regelungen ist jedoch nicht leicht vorzunehmen, da nahezu jede AGB-Klausel einen inhaltlichen Bezug zur Hauptleistung aufweist.[132] 80

---

129 Vgl. BUFF, 114 f.

130 Vgl. BAUR, Anpassungsregelungen, 48; KAMANABROU, 16.

131 SCHNEIDER, 181 ff. Zur Definition der vertraglichen Haupt- und Nebenpunkte anstatt vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.20. Demnach werden unter den vertraglichen Hauptpflichten überwiegend jene Pflichten verstanden, die das betreffende Schuldverhältnis charakterisieren. Nebenpflichten hingegen prägen das jeweilige Schuldverhältnis nicht typischerweise.

132 RUSCH/HUGUENIN, 44, m.Verw. auf WANDT, Rz. 23 und FREUND, 138 ff., 144 f.; mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH PROBST, Switzerland, 665.

aa) Änderung der Hauptpunkte

81 In der Praxis betreffen einseitige Änderungsrechte häufig Hauptleistungspflichten des Vertrags. Insofern kann etwa die den Vertrag prägende Sach-, Dienst- oder Werkleistung von einer Modifikation betroffen sein. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an die im Versicherungsbereich vorkommende einseitige Bedingungsänderungsklausel, die in der Regel eine Einschränkung des Versicherungsschutzes für die versicherte Partei bewirkt.[133]

82 Die einseitige Änderungsklausel kann sich andererseits auch auf die Leistung der Kundin beziehen, welche in der Regel aus einer Geldschuld besteht.[134] Die in der Praxis mit Abstand bedeutendste Form der einseitigen Änderungsklausel ist denn auch die einseitige Preisänderungsklausel.[135] Als Beispiel dazu sei auf eine Preis- bzw. Gebührenänderungsklausel einer schweizerischen Bank verwiesen, welche sich in ähnlicher Form in diversen Banken-AGB wiederfindet:[136]

83 **Klauselbeispiel 9:** *«Änderungen der Preise sind jederzeit aufgrund veränderter Marktverhältnisse bzw. Kosten durch Anpassung der Listen/Produktmerkblätter möglich. Sie werden in geeigneter Weise bekannt gegeben.»*

bb) Änderung der Nebenpunkte

84 Einseitige Änderungsklauseln können auch vertragliche Nebenpunkte zum Gegenstand haben. Zu denken sei etwa an Klauseln, welche sich auf Leistungsmodalitäten wie Erfüllungsort, Erfüllungszeit oder Gefahrtragung beziehen.[137] Das deutsche OLG Hamm hatte etwa die folgende Bestimmung aus den AGB des Betreibers eines Sportcenters zu beurteilen, die diesem nach Auffassung des Gerichts das Recht verlieh, den Erfüllungsort als vertraglichen Nebenpunkt einseitig zu ändern:[138]

---

133 FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.145; HUGUENIN/MAISSEN, 97 ff.

134 Gerade die deutsche Literatur unterscheidet beim Änderungsgegenstand regelmässig zwischen der Änderung der eigenen und der gegnerischen Leistung. Dazu ECKELT, 89 f. m.w.H.; KAMANABROU, 12.

135 RUSCH/HUGUENIN, 41; aus dem deutschen Recht ECKELT, 88 f.; GUTKIN, *passim*; KRÄMER, *passim*. Zur Bedeutung von Preisänderungsmechanismen in AGB aus rechtsvergleichender Perspektive ATAMER/PICHONNAZ, 3 ff.

136 Vgl. PROBST, Bankengebühren, Rz. 48, Fn. 143.

137 KAMANABROU, 12. Vgl. FREUND, 138; RUSCH/HUGUENIN, 44.

138 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.12.1991, 17 U 109/91, NJW-RR 1992, 444, 445.

Klauselbeispiel 10: *«Eine Verlegung der Räume des N-Sportcenters innerhalb des Stadtgebiets berechtigt nicht zur vorzeitigen Kündigung.»* 85

In der Vertragspraxis sind einseitige Änderungsklauseln, welche sich exklusiv und punktuell auf vertragliche Nebenabreden beziehen, eher selten anzutreffen.[139] Nebenpunkte bilden häufig nur in Kombination mit der charakteristischen Leistung eines Vertrags Änderungsgegenstände.[140] Die Kompetenz zur Änderung von vertraglichen Nebenpunkten gründet in der Praxis typischerweise in einer umfassenden einseitigen Änderungsklausel, welche die Modifikation sämtlicher Vertragsbestandteile ermöglicht.[141] 86

2 Umfang der einseitigen Änderung

Bei Eintritt der Änderungsvoraussetzungen steht neben dem Änderungsgegenstand auch in Frage, in welchem Ausmass die änderungsberechtigte Partei den Vertrag oder gewisse Vertragsbestandteile modifizieren darf. Ähnlich wie bei der phänomenologischen Untersuchung der Änderungsvoraussetzungen lässt sich hierbei feststellen, dass einseitige Änderungsklauseln den möglichen Umfang der Vertragsänderung typischerweise gar nicht erst bestimmen. Rechtsfolgeseitig ist dann nur davon die Rede, dass einer Partei bei Eintritt der Änderungsvoraussetzungen das Recht zusteht, den Vertrag oder einzelne Bestandteile davon zu «ändern» oder «anzupassen».[142] 87

Falls einseitige Änderungsklauseln den Änderungsumfang einschränken, stellen sie meistens auf sehr offene Massstäbe ab; die Vertragsänderung hat dann etwa «angemessen» zu sein oder unter Beachtung von «Vernunft und Billigkeit» zu erfolgen.[143] In Bezug auf die Rechtsfolge einseitiger Änderungsklauseln spricht 88

---

139 BUFF, 116; ECKELT, 89; Vgl. auch FUHRER, Anpassen, 417.

140 KAMANABROU, 16. Siehe auch WIEDEMANN, 9.

141 Vgl. BAUR, Anpassungsregelungen, 48; KAMANABROU, 12, 16.

142 Vgl. FRITSCHI, Rz. 431, spezifisch in Bezug auf Änderungsklauseln in den AGB von Schweizer Crowdfunding Plattformen; FUHRER, Anpassen, 413; KAMANABROU, 26; LETTL, 456; LÜBKE-DETRING, 29.

143 BAUR, Preisänderungsklauseln, 914; SULZER, 141, m.Verw. auf BGE 99 II 290, wonach gemäss der in Frage stehenden Änderungsklausel der Mietzins «den eventuell veränderten Verhältnissen» neu angepasst werde. Siehe auch BGE 108 II 470, E. 2, wo das Bundesgericht eine Mietzinsanpassungsklausel zu beurteilen hatte, auf deren

BAUR gar von einer «notorischen» Unbestimmtheit.[144] Die Beweggründe für diese rechtsfolgeseitige Unbestimmtheit in Bezug auf den Änderungsumfang sind dabei die gleichen wie bei der Formulierung offener Änderungsvoraussetzungen: Je unbestimmter die Klausel den Umfang der Änderungsbefugnis umschreibt, desto mehr Gestaltungsspielraum eröffnet sie der änderungsberechtigten Partei bei der Ausübung ihres Änderungsrechts.

III Zwischenfazit

89 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass in der Vertragspraxis jene einseitigen Änderungsklauseln dominieren, die weder Anlass noch Umfang der Vertragsmodifikation einschränken. Die typische einseitige Änderungsklausel stellt somit das «Ob» und das «Wieviel» der Vertragsänderung in das freie Belieben der änderungsberechtigten Partei. Die Literatur bezeichnet solche Bestimmungen auch als *«carte blanche»*-Klauseln,[145] als «allgemeine»,[146], «generelle»[147] oder «einschränkungslose»[148] einseitige Änderungsklauseln, als «Generalklauseln»[149] oder als einseitige Änderungsrechte «nach Belieben»[150]. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sollen einseitige Änderungsklauseln, die weder Änderungstatbestände angeben noch den Änderungsumfang begrenzen, als einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln bzw. -rechte bezeichnet werden.

90 Die Beobachtung, dass in der Vertragspraxis einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln vorherrschend sind, deckt sich mit den Erkenntnissen aus der rechtsökonomischen Analyse (vgl. vorne, Rz. 50). Der Zweck von einseitigen Änderungsklauseln Klauseln besteht just darin, der änderungsberechtigten Partei in Anbetracht der Unberechenbarkeit der Zukunftsentwicklung Flexibilität in der Umgestaltung des Vertrags zu gewähren. Je unbestimmter die einseitige Ände-

---

Grundlage die Anpassung «im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen» erfolgen musste.

144 BAUR, Preisänderungsklauseln, 914.

145 PROBST, Bankgebühren, Rz. 48.

146 HIGI, Anomalie, 444 f.

147 FRITSCHI, Rz. 433.

148 PERRIG, 75; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 288.

149 FUHRER, Anpassen, 412 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.134.

150 RUSCH/HUGUENIN, 45 ff.

rungsklausel formuliert ist, desto flexibler ist dabei die einseitige Änderungskompetenz. Insofern haben AGB-Verwender ein grundlegendes Interesse daran, ihr einseitiges Änderungsrecht offen zu formulieren.

Die durch unbestimmte Änderungsklauseln ermöglichte Flexibilisierung vertraglicher Bestimmungen und die dadurch entstehende inhaltliche Abstraktheit des Vertrags kann für die Änderungsgegnerin äusserst einschneidend sein.[151] Sind die Änderungsparameter nicht klar festgelegt, kann die Änderungsgegnerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur schwierig abschätzen, unter welchen Umständen und in welchem Umfang Änderungen auf sie zukommen könnten.[152] Gewisse Klauseln, wie etwa dynamische Verweisungen (Klauselbeispiel 5, Rz. 62), wird sie gar nicht erst als voraussetzungsloses Änderungsrecht erkennen.[153] Für die Änderungsgegnerin ergibt sich aufgrund der abstrakten Formulierung des einseitigen Änderungsrechts somit ein Vorhersehbarkeitsdefizit. 91

Je weniger die Änderungsgegnerin den Umfang der auf sie zukommenden Vertragsänderungen vorhersehen kann, desto schwieriger ist es für sie auch, die im Einzelfall vorgenommene Änderung zu verifizieren. Ihr steht aufgrund der typischerweise abstrakten Klauselgestaltung mithin kein Beurteilungsmassstab zur Verfügung, an welchem sie die Legitimität der einseitigen Änderung messen könnte.[154] Je weniger Anhaltspunkte der Änderungsgegnerin zur Verfügung stehen, um die Ausübung des einseitigen Änderungsrechts auf ihre Plausibilität zu überprüfen, desto höher ist wiederum die Wahrscheinlichkeit von Opportunismus in der Änderungssituation.[155] 92

---

151 Prägnant WIEDEMANN, 30: «Gründet die materielle Legitimität der vertraglichen Bindung auf dem gemeinsamen Willen der Vertragspartner, so trägt die Befugnis zu einseitig verbindlicher Neuregelung die Tendenz zu illegitimer Bindung des anderen und somit zum Rechtsmissbrauch stets in sich.»

152 HIGI, Anomalie, 444; SCHUMACHER, Rz. 970.

153 Siehe RUSCH/HUGUENIN, 42.

154 Vgl. BUFF, 67. Die Änderungsgegnerin ist bei abstrakt formulierten Änderungsklauseln insofern etwa nicht in der Lage zu überprüfen, ob die in der Änderungstatbestände tatsächlich eingetreten sind bzw. zu den vorgebrachten Schwierigkeiten geführt haben oder ob die änderungsberechtigte Partei in Wahrheit opportunistisch handelt. Vgl. dazu im Kontext von Neuverhandlungen NELLE, 99.

155 Aus rechtsökonomischer Perspektive HAU, 73 ff. Vgl. BISCHOFF, 98, wonach die Frage nach der legitimen Anwendung generalklauselartiger Änderungstatbestände oft umstritten sein wird; LETTL, 348.

93 Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich aus der Einräumung einer zu grossen Ermessenskomponente belastende Beurteilungsspielräume für die Änderungsgegnerin ergeben können. Erschwerend kommt hinzu, dass das Änderungsrecht typischerweise nicht auf Nebenleistungen beschränkt ist, sondern die Änderung von sämtlichen Vertragsbestandteilen und damit auch von Hauptleistungspflichten ermöglicht. Einschränkungslose einseitige Änderungsrechte können damit einer Partei die Möglichkeit eröffnen, unmittelbar auf das vertragliche Äquivalenzverhältnis einzuwirken und das ursprüngliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern.[156]

§ 4 Gestaltungsrecht vs. Erklärungsfiktion

94 Die Untersuchung der Struktur von einseitigen Änderungsklauseln hat gezeigt, dass Parteien viele Gestaltungsmöglichkeiten bei der Formulierung der Änderungstatbestände und -folgen zur Verfügung stehen. Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen steht nun die Frage nach der juristischen Einordnung der verschiedenen Erscheinungsformen der einseitigen Änderung. In der Vertragspraxis bedienen sich Parteien mithin zweier juristischer Konstruktionen, um im Resultat eine einseitige Vertragsänderung herbeizuführen. Zur Veranschaulichung sei auf die folgenden zwei AGB-Klauseln verwiesen, die in dieser oder sehr ähnlicher Form in praktisch allen AGB-Klauselwerken vorkommen:

95 **Klauselbeispiel 11:** *«Wenn wir während der Laufzeit Ihrer Versicherung die Prämien ändern, können Sie den davon betroffenen Teil Ihrer Police grundsätzlich kündigen.»*

96 **Klauselbeispiel 12**: *«[…] behält sich vor, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit zu ändern. Die Änderungen werden dem Kunden auf geeignete Weise bekanntgegeben und gelten ohne Widerspruch innert 30 Tagen ab Bekanntgabe als genehmigt.»*

97 Wenngleich ähnlich lautend, bedienen sich diese zwei Klauselbeispiele zweier verschiedener Rechtsfiguren, um eine Vertragsänderung herbeizuführen. Das einseitige Änderungsrecht in Klauselbeispiel 11 tritt in Form eines Gestaltungsrechts (Rz. 98 ff.) auf, dessen Ausübung keiner expliziten oder stillschweigenden Zu-

[156] Vgl. ECKELT, 61; JESGARZEWSKI, 211. Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 29.

stimmung der Kundin bedarf. Im Gegensatz dazu erwirkt Klauselbeispiel 12 die Vertragsänderung im Wege einer Erklärungsfiktion (Rz. 100 ff.): Widerspricht die Kundin nicht innerhalb einer gewissen Frist, gilt die «vorgeschlagene» Änderung als genehmigt.[157]

I Variante Gestaltungsrecht

In ihrer grundlegendsten Form erscheinen einseitige Änderungsklauseln als Gestaltungsrechte.[158] Gestaltungsrechte autorisieren eine Partei, die Rechtsstellung einer anderen Partei durch einseitige Willenserklärung und ohne deren Mitwirkung zu verändern.[159] Obschon die Begründung des Gestaltungsrechts einer Einigung der Parteien bedarf, ist die Ausübung des Rechts nicht von der Einwilligung der Gestaltungsgegnerin abhängig.[160] So kann der AGB-Verwender in Klauselbeispiel 11 auf Grundlage seines Gestaltungsrechts die Versicherungsprämie ändern, ohne dass die Kundin diese Änderung verhindern könnte. Die einseitige Änderung bedarf dafür einzig einer empfangsbedürftigen Änderungs- bzw. Gestaltungserklärung.[161] Die Ausübung des Gestaltungsrechts ist in der Regel bedingungsfeindlich und unwiderruflich.[162] 98

Wie Klauselbeispiel 11 illustriert, können die Parteien das Gestaltungsrecht zur einseitigen Vertragsänderung durch die Einräumung eines Kündigungsrechts ergänzen. Der Gestaltungsgegnerin steht es dann offen, im Falle ihres Nichteinver- 99

157 Zur Unterscheidung dieser zwei Rechtsfiguren im Kontext einseitiger Änderungsrechte eingehend RUSCH, Bankgebühren, Rz. 7 ff. Vgl. auch FRITSCHI, Rz. 429 ff.; A. KOLLER, Bepreisung, 575 ff.

158 BGE 135 III 1, E. 2.5; FUHRER, Anpassen, 414; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1285; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 9; RUSCH/HUGUENIN, 48; WIDMER, Rz. 451.

159 BGE 138 II 311, E. 4.2; BGE 135 III 441, E. 3.3; BGE 133 III 360, E. 8.1.1; BGE 128 III 129, E. 2a. Eingehend zu Gestaltungsrechten VIONNET, 3 ff.

160 Das Gestaltungsrecht zeichnet sich vielmehr gerade dadurch aus, dass es den Grundsatz durchbricht, wonach die Rechtsstellung einer anderen Partei bloss mit deren Einwilligung geändert werden kann. Vgl. dazu BGE 137 I 58, E. 4.2.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 65; HUGUENIN, OR, Rz. 75; SCHUMACHER, Rz. 990.

161 Vgl. BUFF, 144 ff.; BURKHARDT, 56 ff.; HIGI, Anomalie, 443. Aus dem deutschen Recht BAUR, Anpassungsregelungen, 47; KAMANABROU, 24.

162 BGE 128 III 70, E. 2; BGE 119 II 147, E. 3c.

ständnisses den Vertrag aufzulösen.[163] Dieses Kündigungsrecht ändert nichts an der Qualifikation des einseitigen Änderungsrechts als Gestaltungsrecht.

II Variante Erklärungsfiktion

100 Eine Erklärungsfiktion liegt immer dann vor, wenn der Kundin mit Rücksicht auf ihr Handeln oder Unterlassen eine Erklärung oder Nichterklärung zugerechnet wird, ohne dass es auf ihr wirkliches Erklärungsverhalten ankommen soll.[164] In der Praxis sind Erklärungsfiktionen für AGB-Änderungen weit verbreitet: AGB-Klauseln können vorsehen, dass eine Änderungsofferte als akzeptiert gilt und ein Änderungsvertrag zustande kommt, wenn die Kundin diese Offerte nicht innerhalb einer gewissen Frist ablehnt.[165] Widerspricht etwa die Kundin in Klauselbeispiel 12 dem Änderungsbegehren der Bank nicht innert 30 Tagen seit Bekanntgabe, wird die Änderung rechtswirksam.

101 Die Rechtsfigur der Erklärungsfiktion erlaubt es den Parteien, das Konsenserfordernis zum Zustandekommen eines Änderungsvertrags abzuschwächen. Die Vertragsänderung beruht dann auf einem fingierten Konsens, indem das Schweigen der Kundin als Zustimmung gewertet wird.[166] Während beim ordentlichen Vertragsabschluss die Empfängerin der Offerte aktiv werden müsste und der Vertrag durch ihre Annahme zustande käme, muss sie bei Vereinbarung einer Erklärungsfiktion tätig werden, wenn sie das Zustandekommen des Vertrags – der Änderungsvereinbarung – verhindern will.

102 Erklärungsfiktionen durchbrechen nach dem Gesagten den vertragsrechtlichen Grundsatz, dass reines Schweigen auf eine Offerte als Ablehnung und nicht als Akzept gilt.[167] Eine Ausnahme von diesem Prinzip verkörpert Art. 6 OR, wonach Schweigen dann als Annahme zu verstehen ist, wenn aufgrund der speziellen

---

163 SCHUMACHER, Rz. 1010. Vgl. auch BGE 135 III 1, E. 2.6.

164 Eingehend zum Begriff der Erklärungsfiktion MATHYS, 109 ff.

165 FREUND, 90 ff.; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 19 ff. Spezifisch zu Erklärungsfiktionsklauseln in Banken-AGB HARDEGGER, 60 ff.; MATHYS, 151 f.; WIEGAND, AGB-Problematik, 147 f.

166 A. KOLLER, Bepreisung, 575.

167 BGE 123 III 53, E. 5a; 112 II 500, E. 3b; BGer 4A_437/2007 vom 5.2.2008, E. 2.4.2. Aus der Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 451; HUGUENIN, OR, Rz. 226.

Natur des Geschäftes oder besonderer Umstände nicht mit einer ausdrücklichen Annahmeerklärung zu rechnen ist. Die schweizerische Lehre qualifiziert die Erklärungsfiktion vor diesem Hintergrund als «besonderen Umstand» i.S.v. Art. 6 OR.[168]

III Vergleich

Aus dogmatischer Sicht besteht keine Deckungsgleichheit zwischen der einseitigen Änderung in Form des Gestaltungsrechts und der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion. Bei der Variante Gestaltungsrecht basiert die einseitige Vertragsänderung auf der unilateralen Ausübung des Gestaltungsrechts. Bei der Erklärungsfiktion hingegen beruht die Vertragsänderung auf einem – wenn auch fingiertem – Konsens.[169] Greift die Erklärungsfiktion, d.h. bleibt ein Widerspruch gegen die vorgeschlagene Änderung aus, erfolgt die Vertragsänderung unter beidseitiger Mitwirkung der involvierten Parteien. Die Änderungsgegnerin drückt durch ihr passives Verhalten mithin ihre Zustimmung zu den geänderten AGB aus. Formal betrachtet entspricht die Änderung im Wege der Erklärungsfiktion somit einer konsensualen Vertragsänderung[170] und ist streng genommen nicht als «einseitige» Änderung im engeren Sinne zu qualifizieren. 103

Ungeachtet der dogmatischen Einordnung als konsensuale Änderungen sind Erklärungsfiktionen für die vorliegende Untersuchung von zentraler Bedeutung. Dies ist einerseits darin begründet, dass Erklärungsfiktionen vornehmend in AGB anzutreffen sind. Nur schon aufgrund dieser Tatsache wird die Kundin deren Inhalt regelmässig nicht zur Kenntnis nehmen, wodurch oft auch ein Erklärungsbewusstsein fehlen wird.[171] Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass bei der Erklärungsfiktion mit Blick auf den Idealtypus der konsensualen Vertragsänderung gewichtige Abweichungen vorliegen, hat die Änderungsgegnerin doch keine 104

---

168 SIBBERN/VON DER CRONE, 73 m.w.H. Vgl. auch MARTIN, 291; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 14; ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 6 N 18. Siehe aus der Rechtsprechung BGer 4A_42/2015 vom 9.11.2015, E. 5.2; 4C.175/2006 vom 4.8.2006, E. 2.1.

169 Dogmatisch betrachtet ist die Änderung nämlich das Resultat von Angebot und (fiktiver) Annahme. Vgl. dazu A. KOLLER, Bepreisung, 575 f.; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 19.

170 So auch A. KOLLER, Bepreisung, 575; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 19. Vgl. ferner BUFF, 148.

171 Aus dem deutschen Recht KOLMSEE, 137 m.w.H.

Möglichkeit, in differenzierter Weise auf die Änderung Einfluss zu nehmen.[172] Gerade wegen diesen bedeutenden Parallelen zwischen der Änderung in Form der Erklärungsfiktion und dem Gestaltungsrecht geht die Untersuchung im Rahmen der AGB-spezifischen Untersuchung vertieft der Frage nach, ob beide Rechtsfiguren die gleichen Zulässigkeitsanforderungen erfüllen sollten (vgl. hinten, Rz. 454 ff.).

§ 5 Folgerungen

105 Die rechtsökonomische Analyse hat gezeigt, dass wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln in langfristigen Verträgen sprechen. Einseitige Änderungsklauseln dürfen somit nicht ohne Weiteres als etwas *per se* Negatives abgetan werden. Sie dienen vielmehr als probates Mittel zur Bewältigung des Risikos veränderter Umstände und sind dazu in der Lage, wirtschaftliche Hürden in Langzeitverträgen zu adressieren. Gerade im Kontext der Massenvertragsabwicklung verkörpern unilaterale Änderungsrechte ein geeignetes Instrument, um AGB-Klauselwerke unter geringem Organisationsaufwand flächendeckend zu modifizieren. Ein generelles Verbot von einseitigen Änderungsklauseln ist aus rechtsökonomischer Perspektive somit nicht effizient. Der wirtschaftliche Nutzen einseitiger Änderungsklauseln und das Interesse von AGB-Verwendern an solchen Klauseln verdient bei der Formulierung tragbarer Zulässigkeitsanforderungen daher stets Berücksichtigung.

106 Die phänomenologische Betrachtung der Struktur einseitiger Änderungsklausel hat sodann veranschaulicht, dass diese in der Vertragspraxis sowohl tatbestands- als auch rechtsfolgeseitig eine hohe Unbestimmtheit aufweisen. Diese Beobachtung harmoniert mit dem wirtschaftlichen Zweck und erhofften Nutzen einseitiger Änderungsklauseln: Je offener die einseitige Änderungsklausel die Änderungsparameter formuliert, desto flexibler ist die änderungsberechtigte Partei in der Wahrnehmung ihrer einseitigen Änderungsbefugnis und der Möglichkeit der effizienten Zukunftsbewältigung.

107 Trotz deren grundsätzlicher wirtschaftlicher Erforderlichkeit ist das Phänomen der einseitigen Änderungsklausel juristisch betrachtet nicht unproblematisch. Im Ge-

---

[172] BUFF, 148, dessen Ansicht nach sich der Änderungsgegner meist sogar in einer *«take it or leave it»*-Situation befinde. Vgl. ferner MATHYS, 112; aus dem deutschen Recht KOLMSEE, 137.

genteil: Gerade in der notorischen Unbestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln manifestiert sich deren inhärentes Missbrauchs- und Benachteiligungspotenzial. Aufgrund der Unbestimmtheit der Änderungsparameter kann die Änderungsgegnerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oft nicht die Folgen des einseitigen Änderungsrechts für das vertragliche Pflichtengefüge abschätzen. Mit zunehmender Abstraktheit der Änderungsparameter vergrössert sich gleichzeitig der Ermessensspielraum der änderungsberechtigten Partei in der Wahrnehmung ihrer Änderungskompetenz.

Die Gegenüberstellung der juristischen Konstruktionen des Gestaltungsrechts und der Erklärungsfiktion hat schliesslich eine wichtige Erkenntnis für den weiteren Gang der Untersuchung geliefert: Um das Phänomen der einseitigen Vertragsänderung in AGB ganzheitlich zu erfassen, ist es unabdingbar, sich mit der Rechtsfigur der Erklärungsfiktion auseinanderzusetzen. Trotz des fingierten Konsenses und der formell vorhandenen Widerspruchsmöglichkeit werden sich Erklärungsfiktionen in der AGB-Praxis nämlich stark der einseitigen Vertragsänderung in Form des Gestaltungsrechts annähern. Die Problematik der Erklärungsfiktion ist infolgedessen im AGB-spezifischen Kontext aufzunehmen. 108

3. Kapitel:
Allgemeine Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln

§ 1 Vorbemerkungen

109 Das dritte Kapitel behandelt allgemeine Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln. Diese Kontrollansätze sind insofern «allgemein», als sie nicht spezifisch auf AGB zugeschnittene Kontrollinstrumente darstellen. Für die vorliegende Untersuchung sind die nachfolgend diskutierten Kontrollmassstäbe gleichwohl von grundlegender Bedeutung: Einseitige Änderungsklauseln, ob formularmässig oder individualvertraglich vereinbart, unterliegen stets den allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen und die Gültigkeit von Verträgen.[173] Was in anderen Worten nach den allgemeinen Kontrollansätzen nicht zulässig ist, ist selbstverständlich auch nicht in AGB gültig zu vereinbaren.

110 Neben dem Grundsatz der Vertragstreue (Rz. 112 ff.) und dem Bestimmtheitsgebot (Rz. 117 ff.) umfasst das allgemeine Kontrollinstrumentarium zwingende gesetzliche Bestimmungen,[174] welche für die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln einschlägig sind.[175] Zu diesen zwingenden gesetzlichen Vorschriften gehören das Verbot der übermässigen persönlichen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB (Rz. 135 ff.) und das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rz. 146 ff.). Als allgemeiner Kontrollmassstab für einseitige Änderungsrechte fungiert zudem der Grundsatz, dass Gestaltungsrechte nach billigem Ermessen auszuüben sind (Rz. 152 ff.). Ein separater Abschnitt befasst sich sodann mit gesetzlichen Sonderregeln, welche je nach betroffenem Rechtsgebiet bei der Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln beizuziehen sind (Rz. 159 ff.).

111 Anzumerken sei, dass sämtliche dieser Kontrollansätze auf zwei unterschiedlichen Ebenen anknüpfen können: bei der abstrakten Formulierung der Klausel

---

173 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 588. Siehe ferner die Ausführungen bei HUGUENIN/MAISSEN, 102 ff.

174 Die Prüfung von AGB-Klauseln anhand zwingenden Rechts wird in der Lehre auch «Gültigkeitskontrolle» genannt. Die Gültigkeitskontrolle ist nicht leicht von der AGB-spezifischen (offenen) Inhaltskontrolle zu unterscheiden. Der Logik der AGB-Kontrolle folgend kommt der Gültigkeitskontrolle Vorrang zu: Erst wenn AGB nicht gegen zwingendes Recht verstossen, stellt sich das Problem der AGB-Inhaltskontrolle im eigentlichen Sinn. Dazu statt vieler Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 275.

175 BUFF behandelt zusätzlich zu den hier besprochenen Bestimmungen auch die Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) und den Tatbestand der Übervorteilung (Art. 21 OR). Diese beiden Rechtsfiguren klammert die vorliegende Untersuchung bewusst aus, da sie keine relevanten bzw. griffigen Kontrollmassstäbe für einseitige Änderungsklauseln darstellen. Vgl. BUFF, 212, 218, der ebenfalls zu diesem Schluss gelangt.

(sog. Klauselkontrolle) einerseits oder aber bei der konkreten Ausübung des Änderungsrechts (sog. Ausübungskontrolle) andererseits.[176] Während im Rahmen der Klauselkontrolle geprüft wird, ob eine gültige vertragliche Grundlage für eine Vertragsänderung besteht, beschäftigt sich die Ausübungskontrolle mit der Frage, ob die im Einzelfall erfolgte einseitige Vertragsänderung wirksam ist.[177]

§ 2 Vertragstreue

Eine vertragliche Klausel, welche einer Partei erlaubt, gewisse Vertragspunkte nach Vertragsschluss unilateral zu ändern, stellt die Bindung an die ursprüngliche Abmachung der Parteien in Frage. Im Zusammenhang mit der einseitigen Änderung von Verträgen befasst man sich somit unweigerlich mit den Schranken der Vertragstreue.[178] 112

I Inhalt

Das schweizerische Vertragsrecht beruht auf dem Grundsatz der Vertragstreue: Verträge sind grundsätzlich so zu erfüllen, wie sie von den Parteien abgeschlossen wurden *(pacta sunt servanda)*.[179] Die Vertragstreue bindet die Parteien an die vereinbarte vertragliche Risikoverteilung, weshalb Verträge auch dann zu erfüllen sind, wenn die relevanten Leistungen an Wert gewinnen bzw. verlieren oder der Erfüllungsaufwand grösser oder kleiner ausfällt als einst vorgesehen.[180] Als unabdingbares Ordnungsprinzip jedes Privatrechtssystems ermöglicht der Grundsatz 113

176 Die Unterscheidung dieser zwei Kontrollebenen stellt vor allem die deutsche Literatur heraus. Siehe statt vieler HAU, 335 ff. Für die schweizerische Lehre BUFF, 183 ff.; ähnlich RUSCH/HUGUENIN, 50.

177 Vgl. aus der deutschen Lehre JESGARZEWSKI, 221; KAMANABROU, 81; WIEDEMANN, 160 ff.

178 Vgl. BGE 135 III 1, E. 2.4. Aus der deutschen Literatur KAMANABROU, 46.

179 BGE 142 II 35, E. 3.2, wonach das Prinzip zum *Ordre public* gehört. Vgl. auch BGE 138 III 322, E. 4.1; 135 III 1, E. 2.4; 133 III 360, E. 6. Aus der Literatur statt vieler BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 97.

180 Stellvertretend BGE 104 II 314, E. a).

der Vertragstreue, dass das Produkt von Vertragsverhandlungen auch nach Vertragsabschluss Bestand hat und abgesichert ist.[181]

114 Das Prinzip *pacta sunt servanda* gilt indes nicht uneingeschränkt. Die schweizerische Rechtsordnung kennt diverse Rechtsfiguren, welche den Grundsatz der Bindung an den ursprünglichen Vertrag durchbrechen.[182] Zu denken sei bspw. an die Kündigung langfristiger Verträge aus wichtigem Grund[183] oder die *clausula rebus sic stantibus* (vorne, Rz. 15 ff.). Diesen Instituten ist gemein, dass sie in Konstellationen zur Anwendung gelangen, in denen die vertragliche Bindung von dem bei Vertragsabschluss vorhandenen Parteiwillen nicht oder nicht mehr gedeckt ist.[184] Gerade aufgrund der vorherrschenden Bedeutung des Parteiwillens ist das Prinzip der Vertragstreue denn auch dispositiver Natur: Parteien können durch vertragliche Vorkehrungen ihren Willen kundtun, unter gewissen Umständen den Vertragsinhalt zu modifizieren.[185] Vertragsschliessende sind deshalb nur insoweit an den ursprünglichen Vertrag gebunden, als dass keine gesetzlichen oder vertraglichen Grundlagen für eine Vertragsänderung bestehen.[186]

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln

115 Das Prinzip *pacta sunt servanda* kann nach dem Gesagten nicht dahingehend verstanden werden, dass einst verhandelte Verträge ewig und unverändert fortgelten müssen. Im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln stellt die Vertragstreue deshalb keine eigentliche Hürde dar, verhält sich die änderungsberechtigte

---

181 Siehe schon VON JHERING, 205: «Das Versprechen ist die Entbindung des Vertrags von den Fesseln der Gegenwart […]. Damit aber das Wort die Leistung vertrete, muss die Sicherheit bestehen, dass es seinerzeit gegen die Leistung eingetauscht […] werde.»

182 Vgl. A. KOLLER, OR AT, Rz. 29.02 ff.; SULZER, 13 m.w.H.

183 Z.B. BGE 138 III 304, E. 7; 128 III 428, E. 3c; 122 III 262, E. 2a/aa. Näheres bei VETTER/GUTZWILLER, 703 ff.; WOLFER, 621 ff.

184 BERGER, Rz. 177; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 97.

185 A. KOLLER, OR AT, Rz. 29.02 m.Verw. auf ECKELT. Siehe auch BISCHOFF, 24 f.

186 Vgl. BUFF, 31; HIGI, Vertragsänderung, 768; SULZER, 128 ff.

Partei bei Ausübung ihres Änderungsrechts letztlich doch genau so, wie es der Vertrag vorsieht, d.h. vertragsgetreu.[187]

Der Grundsatz der Vertragstreue verkörpert insoweit einen Kontrollmassstab, als er voraussetzt, dass einseitige Änderungsklauseln auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung fussen müssen.[188] Aufgrund der aus der Vertragstreue resultierenden Verbindlichkeit des ursprünglichen Vertrags bedarf es in anderen Worten einer Übereinkunft der Parteien darüber, diesen zu ändern.[189] Der Einhaltung dieses Konsenserfordernisses wird insbesondere im Rahmen der Kontrolle nach dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen. 116

§ 3 Bestimmtheitsgebot

Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich der Frage, welchen minimalen Bestimmtheitsgrad einseitige Änderungsklauseln nach Massgabe des Bestimmtheitsgebots aufweisen müssen, damit ein rechtswirksamer Konsens über die Klausel zustande kommen kann. Dieser Kontrollansatz ist von erheblicher Relevanz, da sich einseitige Änderungsklauseln als flexibles Mittel der Zukunftsbewältigung gerade durch ihr naturgemäss hohes Mass an Unbestimmtheit auszeichnen (vgl. vorne, Rz. 89 ff.). 117

I Inhalt

Das Bestimmtheitsgebot ist als Ausfluss der allgemeinen vertragsrechtlichen Regel zu verstehen, wonach die Vertragsschliessenden die wesentlichen Vertragspunkte *(essentialia negotii)* in einem minimalen Umfang festlegen müssen.[190] 118

---

187 ECKELT, 47 («Für die Frage der Zulässigkeit einer Anpassungsnorm kommt dem Grundsatz pacta sunt servanda […] keine entscheidende Bedeutung zu.»). So auch BUFF, 31; KAMANABROU, 47.

188 BGE 135 III 1, E. 2.4. Aus der Literatur HIGI, Anomalie, 443.

189 BUFF, 32.

190 Exemplarisch ZK OR-JÄGGI/SCHÖNENBERGER, Art. 1 N 82: «[D]ie dem Vertrag eigene Rechtsfolge hat nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn die Einigung nicht zu allgemein ist.» Vgl. ferner BK OR-GIGER, Art. 184 N 222 ff.; BSK OR I-A. KOLLER, Art. 184 N 44.

Damit ein Konsens nach Art. 1 Abs. 1 OR zustande kommen kann, muss die geschuldete Leistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt oder mindestens bestimmbar sein.[191] Andernfalls muss angenommen werden, dass es der akzeptierenden Partei aufgrund fehlenden Bewusstseins in Bezug auf die Vertragswirkungen an hinreichendem Vertragswillen mangelt.[192]

119 Bestimmtheit liegt vor, wenn ein am Vertrag unbeteiligter Dritter die Leistungspflichten unmittelbar aus dem Wortlaut des Vertrags entnehmen kann.[193] Dem Bestimmtheitsgebot ist derweil auch genüge getan, wenn der Vertragsinhalt sich nicht aus dem ursprünglichen Vertrag ergibt, aber aufgrund anderer Umstände im Zeitpunkt der Erfüllung bestimmbar ist.[194] Die Bestimmbarkeit setzt voraus, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend Kriterien vereinbart haben, die eine spätere Bestimmung des Vertragsinhalts ermöglichen.[195] Letztlich ist entscheidend, dass der relevante Vertragspunkt ohne erneute Einigung der Parteien festgestellt werden kann.[196]

120 Eine Schlüsselstelle zur Beurteilung der Bestimmbarkeit einer vertraglichen Leistung findet sich in Art. 184 Abs. 3 OR, dessen Sinngehalt trotz Einbettung in den Besonderen Teil des OR für alle Vertragstypen gilt.[197] Demnach ist der Vertragspreis genügend bestimmt, «wenn er nach den Umständen bestimmbar ist». Es reicht aus, wenn die Parteien den Vertragsinhalt anhand sachlicher Bestimmungskriterien wie etwa dem Marktpreis, den Börsenkursen oder der allgemeinen Übung

---

191 BGE 135 III 1, E. 2.5; 84 II 266, E. 2; 84 II 13, E. 2. Siehe schon VON TUHR/PETER, 183; vgl. ferner FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 2 Rz. 9; GIGER, Bestimmbarkeit, 488 ff.; VION, Rz. 185 ff.

192 BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 314.

193 BK OR-MÜLLER, Einl. N 193; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 6.04.

194 BGE 84 II 266, E. 2; BGer 4A_591/2012, E. 2.5.1. Ausführlich GIGER, Bestimmbarkeit, 494 ff.

195 HUGUENIN, OR, Rz. 2445; ZK OR-SCHÖNLE, Art. 184 N 86. Es bestehen jedoch bestimmte gesetzliche Sonderregeln: Fehlt eine vertragliche Preisvereinbarung beim Kaufvertrag, stellt Art. 212 Abs. 1 OR etwa auf den mittleren Markt- oder Börsenpreis ab, wenn ein solcher existiert.

196 Aus der Rechtsprechung z.B. BGE 84 II 266, E. 2b. Siehe aus der Literatur GIGER, Bestimmbarkeit, 515; ZK OR-SCHÖNLE, Art. 184 N 86.

197 BGE 84 II 13, E. 1. Gemäss der Lehre sollte Art. 184 Abs. 3 OR entsprechend in den Allgemeinen Teil des OR gehören; siehe BK OR-GIGER, Art. 18 N 222 m.w.H.; RUSCH/HUGUENIN, 45.

spezifizieren (objektive Bestimmbarkeit).[198] Die Parteien können die Befugnis, den Vertragsinhalt näher zu bestimmen, auch einer Drittpartei (objektivierte Bestimmbarkeit) oder einer der Parteien selbst übertragen (subjektive Bestimmbarkeit).[199] Tun sie dies, hat die Leistungsbestimmung durch die Dritt- oder Vertragspartei nach billigem Ermessen zu erfolgen (vgl. hinten, Rz. 152 ff.).[200]

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln

1 BGE 135 III 1 als Ausgangslage

Ein einseitiges Änderungsrecht ist nur dann gültig, wenn es bestimmt oder zumindest bestimmbar ist, da es sonst nicht vom Konsens erfasst sein kann.[201] Dies hat das Bundesgericht in BGE 135 III 1 festgehalten, als es zu beurteilen hatte, welchen grundlegenden Anforderungen Änderungsklauseln, ob individualvertraglich oder formularmässig vereinbart, genügen müssen: «Damit Anpassungsklauseln […] gültig sind, müssen regelmässig sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt werden; denn ein Vertrag kommt nur zustande, wenn Leistungsinhalt sowie -umfang mindestens bestimmbar sind und so auch erfüllt werden können.»[202] 121

Die dem Urteil BGE 135 III 1 zugrundeliegende einseitige Änderungsklausel war dabei die folgende Bestimmung aus den AVB einer Versicherungsgesellschaft: 122

Klauselbeispiel 13: *Die [Versicherungsgesellschaft] kann eine Anpassung der Prämien und der Selbstbehalte auch für bestehende Verträge ab folgendem Versicherungsjahr verlangen. Die neuen Vertragsbestimmungen werden dem Versiche-* 123

198 Eingehend BK OR-Müller, Einl. N 194; vgl. die Übersicht bei BSK OR I-A. Koller, Art. 184 N 47.

199 Dazu schon Giger, Bestimmbarkeit, 488. Vgl. auch CHK OR-Hrubesch-Millauer, Art. 184 N 46.

200 Anstatt vieler Schwenzer/Fountoulakis, Rz. 6.08. Für das deutsche Recht ausdrücklich § 315 Abs. 1 BGB: «Soll die Leistung durch einen der Vertragsschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.» Ebenso, im Falle der Bestimmung durch eine Drittpartei, § 317 Abs. 1 BGB: «Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.»

201 So schon Higi, Anomalie, 444. Eingehend Rusch, Bankgebühren, Rz. 10 ff.

202 BGE 135 III 1, E. 2.5. Siehe für eine Urteilsbesprechung Fuhrer, Anmerkungen, 44 ff.

rungsnehmer spätestens 25 Tage vor Ablauf des Versicherungsjahres bekannt gegeben. Ist der Versicherungsnehmer mit der Anpassung nicht einverstanden, kann er den gesamten oder den von der Änderung betroffenen Teil auf Ende des laufenden Versicherungsjahres kündigen. […] Schreibt eine Bundesbehörde bei einer gesetzlich geregelten Deckung (z.B. Elementarschäden) eine Änderung der Prämien, der Selbstbehalte, der Entschädigungsgrenzen oder des Deckungsumfanges vor, so kann die [Versicherungsgesellschaft] ab folgendem Versicherungsjahr eine entsprechende Anpassung des Vertrages vornehmen. In diesem Fall besteht kein Kündigungsrecht. […]»

124 Erstaunlicherweise hat sich das Bundesgericht mit der Frage, ob die Klausel dem Bestimmtheitsgebot genügt, gar nicht auseinandergesetzt. Ausgehend von den soeben skizzierten Kriterien hätte es diese Frage verneinen und die Klausel, die weder Änderungstatbestände noch den -umfang stipuliert, als unwirksam erklären müssen. Stattdessen hielt das Gericht fest: «Ist ein künftiges Ereignis jedoch zu wenig definiert oder nicht hinreichend bestimmt, räumen sich die Parteien regelmässig ein Kündigungsrecht ein.»[203] Bei Dauerschuldverhältnissen entspräche es gemäss Bundesgericht nämlich «der allgemeinen Erwartungshaltung, dass eine Anpassungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden [sei], wenn sie auf einem nicht hinreichend bestimmten Ereignis beruh[e]».[204] Da die besagte Änderungsklausel kein solches Kündigungsrecht für den Fall von Änderungen infolge behördlicher Anordnungen vorsah, hat ihr das Bundesgericht auf Grundlage der Ungewöhnlichkeitsregel (kritisch dazu hinten, Rz. 369 ff.) die Wirkung versagt.[205]

125 Auf Ebene des Bestimmtheitsgebots ist der Bedeutungsgehalt der bundesgerichtlichen Erwägungen äussert fragwürdig. Das Bundesgericht scheint anzunehmen, dass mehr oder weniger voraussetzungslos ausübbare Änderungsrechte unproblematisch seien, sofern die relevante Klausel der Änderungsgegnerin gleichzeitig ein Kündigungsrecht einräumt. Es führt jedoch nicht aus, inwiefern der Unverbindlichkeit einer einseitigen Änderungsklausel aufgrund mangelnder Bestimmtheit durch die Gewährung eines Kündigungsrechts entgegengewirkt werden kann.

---

203 BGE 135 III 1, E. 2.6, mit nachfolgendem Verweis auf Art. 269d OR und Art. 7 Abs. 2 KVG, auf deren Grundlage der Vermieter bzw. Krankenversicherer ein Recht zur einseitigen Vertragsänderung besitzt, der Mieterin bzw. Versicherten aber gleichzeitig ein Kündigungsrecht eingeräumt wird.

204 BGE 135 III 1, E. 2.6.

205 Vgl. BGE 135 III 1, E. 3.3.

Nach korrekter Auffassung steht die Einräumung eines Kündigungsrechts in keinem relevanten Bezug zur Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit eines einseitigen Änderungsrechts: Unabhängig davon, ob der Gegenpartei ein Kündigungsrecht eingeräumt wird, muss das Änderungsrecht in einem gewissen minimalen Umfang bestimmt bzw. bestimmbar sein.[206] Ein Kündigungsrecht leistet aus konsensualen Gesichtspunkten keinen Beitrag, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen.

2 Unwirksamkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsklauseln

Im Rahmen der phänomenologischen Untersuchung hat sich gezeigt, dass einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln weit verbreitet sind. Einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln stipulieren keine Änderungskriterien und ermächtigen eine Partei dadurch zu beliebigen Vertragsänderungen (vgl. vorne, Rz. 89). In Anbetracht der in BGE 135 III 1 festgehaltenen Kriterien zur Bestimmbarkeit einer vertraglichen Leistung ist solchen Bestimmungen die Wirkung zu versagen, da ihnen die notwendige Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit zur Bejahung eines Konsenses fehlt.[207] 126

Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest: «Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspräche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.»[208] Treffender könnte die Aussage nicht sein. Obschon einschränkungslose einseitige Änderungsrechte formell zwar «Alles» umfassen, regeln sie materiell eben genau «Nichts».[209] Sie geben der Änderungsgegnerin keine Klarheit darüber, nach welchen Kriterien sich eine potenzielle Vertragsänderung richtet und welches der künftige Vertragsinhalt 127

206 EISNER-KIEFER, Bedingungsänderungsklauseln, 456; HUGUENIN/MAISSEN, 104. Vgl. auch BUFF, 195; MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 189 f.; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, 540, Fn. 1655.

207 Vgl. HIGI, Anomalie, 444 f.; PERRIG, 76 f.; PROBST, Bankgebühren, Rz. 48; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 12; RUSCH/HUGUENIN, 44; WIDMER, Rz. 451.

208 BGE 135 III 1, E. 2.5.

209 So Kramer/Probst/Perrig-PROBST, 541, Fn. 1656.

sein soll. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weisen einschränkungslose einseitige Änderungsrechte somit keinen konsensfähigen Inhalt auf.[210]

3 Minimale Bestimmtheitsanforderungen

128 Jenseits der absoluten Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsrechte stellt sich die Frage, wie präzise eine Änderungsklausel den Änderungstatbestand definieren muss, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen. Das folgende Beispiel soll die mit dieser Frage einhergehende Problematik verdeutlichen:[211]

129 **Klauselbeispiel 14:** *«Die [Versicherung] ist aus einem der nachstehend aufgeführten Gründe berechtigt, die AVB und ZB einseitig anzupassen: a) Entwicklung der modernen Medizin bzw. Pflege; b) Etablierung neuer oder kostenintensiver Therapie- oder Pflegeformen wie z.B. Operationstechniken, Medikamente und Ähnliches; Leistungsänderungen im KVG oder Einführung einer obligatorischen Pflegeversicherung.»*

130 Eine Versicherungsgeberin, welche sich ein einseitiges Recht zur Vertragsänderung für den Fall ausbedingt, dass es «neue Entwicklungen in der modernen Medizin» geben sollte, hat zwar das nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geforderte «erwartete Ereignis» in der Klausel bezeichnet, dieses aber derart offen formuliert, dass die Kontrolle über den Eintritt dieses Ereignisses vollends in ihrem Ermessensbereich liegt.[212] PRIBNOW sieht in einer solche Formulierung trotz der Angabe eines Änderungstatbestands gar ein jederzeitiges Änderungsrecht, da sich die moderne Medizin ständig weiterentwickle.[213]

131 Die schweizerische Literatur bleibt in Bezug auf den notwendigen Detaillierungsgrad einseitiger Änderungsklauseln eher vage. Nach dem allgemeinen Meinungsstand muss auf Grundlage der Änderungsklausel «zumindest in den Grundzügen» abschätzbar sein, unter welchen Voraussetzungen die berechtigte Partei welche

---

210 HIGI, Anomalie, 444 mit der Anmerkung, dass der Vertragsinhalt in solchen Fällen erst mit der Änderungserklärung der änderungsberechtigten Partei bestimmt wäre.

211 Diese Klausel wurde unter den Teilnehmenden der Tagung «Allgemeine Versicherungsbedingungen – Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?» vom 28.10.2010 als konsumentenfeindlichste AVB-Klausel gewählt. Vgl. dazu PRIBNOW, 200

212 Siehe die Ausführungen bei HUGUENIN/MAISSEN, 103. Vgl. auch das Beispiel bei TERCIER, 27 f.

213 PRIBNOW, 200.

Änderungshandlungen vornehmen kann.[214] Damit verlagert sich die Problematik auf die nicht minder schwierige Frage, wie der Passus «zumindest in den Grundzügen» zu interpretieren ist, bzw. wann ein Mindestmass an Vorhersehbarkeit in Bezug auf die möglichen Änderungen gewährleistet ist.

Die Schwierigkeit, tragbare Bestimmtheitserfordernisse zu formulieren, gründet im Spannungsverhältnis zwischen der geforderten Detailtiefe und dem Wesen der einseitigen Änderungsklausel. Die durch einseitige Änderungsklauseln bezweckte Flexibilität in der Zukunftsbewältigung setzt naturgemäss eine gewisse Abstraktheit in ihrer Formulierung voraus.[215] Je bestimmter die Klausel die Änderungsparameter angibt, desto weniger Gestaltungsspielraum verbleibt bei der Wahrnehmung des einseitigen Änderungsrechts. Bestimmtheitserfordernisse sind infolgedessen mit der Anerkennung einseitiger Änderungsrechte als Instrumente vertraglicher Risikovorsorge grundsätzlich unverträglich.[216] 132

Angesichts dieses Spannungsverhältnisses muss die Frage, wann genügende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit gegeben ist, letztlich der Prüfung des Einzelfalls vorbehalten bleiben.[217] Nach hier vertretener Meinung ist dem Bestimmtheitsgebot und den vom Bundesgericht formulierten Kriterien in BGE 135 III 1 jedenfalls nicht bereits dann genüge getan, wenn die Klausel formell zwar Änderungstatbestände angibt, diese aber äusserst offen formuliert.[218] So sind etwa Klauseln, die eine «angemessene» Preiserhöhung ermöglichen oder die einseitige Änderung von der «Wahrung berechtigter Interessen» abhängig machen, insofern zu unbestimmt, als für die Überprüfung der «Angemessenheit» oder der «Wahrung berechtigter Interessen» keine eindeutigen Kriterien vorliegen, welche der Kunde im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuverlässig beurteilen könnte. 133

Gleichzeitig dürfen die Bestimmtheitserfordernisse nicht derart überspannt werden, dass sie der änderungsberechtigten Partei jegliche Flexibilität in der zukünftigen Vertragsgestaltung nehmen und den rechtsökonomisch ausgewiesenen Nutzen von einseitigen Änderungsklauseln untergraben. Es sei wiederum auf 134

---

214 BUFF, 190 m.Verw. auf HIGI, Anomalie, 444 und HUGUENIN/MAISSEN, 104.

215 Siehe SULZER, 143 m.Verw. auf LETTL, 558: «[D]er Spezifikationsgrad von Anpassungsklauseln bleibt mangels exakter Planbarkeit und Prognose der zukünftigen vertraglichen Bedürfnisse notwendig hinter demjenigen anderer vertraglicher Bestimmungen zurück.»

216 In Bezug auf einseitige Preisänderungsklauseln WIEDEMANN, 81.

217 Vgl. FRITSCHI, Rz. 437 m.Verw. auf HUGUENIN/MAISSEN, 103.

218 Ähnlich FRITSCHI, Rz. 437.

Klauselbeispiel 14 zu verweisen: Gerade weil sich die moderne Medizin ständig entwickelt, kann auch von der AGB-Verwenderin nicht erwartet werden, dass sie sämtliche für die Festlegung des Vertragsinhalts relevante Kriterien, die sie zu einer einseitigen Vertragsänderung ermächtigen, konkret in ihren AGB ausführt. Um ein Mindestmass an Vorhersehbarkeit für den Kunden zu gewährleisten ist von der AGB-Verwenderin vielmehr zu fordern, dass sie die massgeblichen Änderungstatbestände in der Klausel angibt und bei der Verwendung von Oberbegriffen auch konkrete (Anwendungs-)Beispiele anführt. Damit der Kunde in der Lage ist, die mit der einseitigen Änderungsklausel potenziell verbundenen Kosten voraussehen zu können, muss die Verwenderin aus Perspektive des Bestimmtheitsgebots letztlich die Richtlinien und Grenzen des einseitigen Änderungsrechts in durchschaubarer Weise angeben. Da die Problematik der notwendigen Bestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln auch eine inhaltliche, AGB-spezifische Dimension annimmt, wird noch eingehend auf diese Diskussion zurückzukommen sein (vgl. hinten, Rz. 391 ff., 410 ff.).

§ 4 Übermässigkeit der Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

135 Einseitige Änderungsklauseln überlassen der änderungsberechtigten Partei die Möglichkeit der inhaltlichen Bestimmung gewisser Vertragselemente. Aus Perspektive der Änderungsgegnerin stellt sich die Frage, ob dieses Mass an Fremdbestimmtheit und die daraus resultierende Ungewissheit bezüglich des Vertragsinhalts eine nach Art. 27 Abs. 2 ZGB relevante persönlichkeitswidrige Belastung zu begründen vermag.

I Inhalt

136 Nach Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Die Vorschrift bezweckt den Schutz vor rechtsgeschäftlichen Bindungen, welche gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen. Im Zentrum steht die Wahrung der zukunftsgerichteten, lebensgestaltenden Entscheidungsfrei-

heit.[219] Der Schutzbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB erfasst sowohl natürliche als auch juristische Personen.[220]

137 In Bezug auf den Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB unterscheidet das Bundesgericht zwischen zwei Schutzebenen.[221] Jegliche Form der vertraglichen Bindung ist zunächst im Kernbereich der geschützten Persönlichkeit ausgeschlossen. Dazu zählen bspw. die körperliche Bewegungsfreiheit, physische und psychische Integrität und Intimsphäre.[222] Ausserhalb dieses Kernbereichs ist nur das Übermass einer rechtsgeschäftlichen Bindung unzulässig. Dabei geht es um diejenigen Verpflichtungen, die von ihrem Gegenstand her zwar unproblematisch sind, in ihrer Ausgestaltung aber das nach Art. 27 Abs. 2 ZGB zulässige Mass der Bindung überschreiten.[223]

138 Die Beurteilung des Vorliegens einer übermässigen Bindung ist abhängig von einer Gesamtbewertung des Vertrags unter Würdigung der Intensität und Dauer der freiheitsbeschränkenden Bestimmungen.[224] Im Rahmen dieser Gesamtbewertung können freiheitsbeschränkende Bestimmungen mit entlastenden Elementen oder anderen Vorteilen kompensiert werden.[225] Bei den belastenden Einschränkungen stehen solche Bestimmungen im Vordergrund, welche die zukünftige Entscheidungsfreiheit einer Partei begrenzen. Das Übermass einer Bindung kann demnach insbesondere im Grad der Ungewissheit und Fremdbestimmtheit liegen, welcher ein Vertrag aufweist.[226] Das Bundesgericht nimmt eine übermässige Bindung in Bezug auf die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dabei nur mit Zurückhaltung an:[227] Ein unzulässiges Bindungsausmass liegt erst dann vor, wenn eine

---

219 CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27 N 6; BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 96 ff.

220 Vgl. Art. 53 ZGB; BGE 114 II 159, E. 2a.

221 BGE 129 III 209, E. 2.2. Siehe dann auch BGE 136 III 401, E. 5.4.

222 Weiterführend WILLIAM, 75 ff. Siehe auch CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27 N 8; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 12.

223 Zur Unterscheidung zwischen Gegenstand und Übermass der Bindung schon BUCHER, AT, 260 ff.

224 BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 290 ff.; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10.

225 Vgl. BGE 128 III 428, E. 4. Für eine Kasuistik siehe BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 283 ff.

226 BGE 104 II 118. Aus der Literatur BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 125, 282, 314.

227 Für eine Kasuistik BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 14. Vgl. CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27 N 8, die betont, dass die Ausübung der Rechts- und Handlungs-

Vereinbarung den «Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind».[228]

139 Nach wohl herrschender Ansicht fallen Verträge, die den Kernbereich der Persönlichkeit verletzen und dadurch gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, unter Art. 20 OR und sind daher nichtig.[229] Eine geltungserhaltende Reduktion der persönlichkeitsverletzenden Bestimmung ist abzulehnen.[230] Die blosse Übermässigkeit der Bindung führt gemäss Rechtsprechung indes nicht automatisch zur Nichtigkeit.[231] Der betroffenen Partei bleibt vielmehr vorbehalten, einen solchen Vertrag zu erfüllen, falls sie dies will.[232]

II Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln

1 Allgemeines

140 Die Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln nach Art. 27 Abs. 2 ZGB ist der Ebene der Klauselkontrolle zuzuordnen, da sie grundsätzlich am Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anknüpft und sich nach der abstrakten Formulierung der Klausel richtet.[233] Falls nach Abschluss des Vertrags Umstände eintreten, welche

---

fähigkeit zwangsweise mit einer Beschränkung der persönlichen Freiheit einhergeht, als jeder Vertrag zu einer gewissen Bindung führe.

228 BGE 143 III 480, E. 5.4; 138 III 322, E. 4.3.2; 123 III 337, E. 5.

229 BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 12, 55 m.w.H.; HUGUENIN, Nichtigkeit, 28; BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 370 ff.; a.M. BUCHER, AT, 265 ff.; Art. 27 ZGB als direkte Grundlage heranziehend auch BGE 129 III 209, E. 2.2; relativierend BGE 143 III 480, E. 4.2. Vgl. für eine eingehendere Analyse der Rechtsfolgen von Art. 27 Abs. 2 ZGB WILLIAM, 74 ff.

230 Vgl. BGer 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1 mit zahlreichen Literaturhinweisen. Zur geltungserhaltenden Reduktion im Kontext der AGB-Kontrolle hinten, Rz. 302 ff.

231 Vgl. BGE 143 III 480, E. 4.2 m.w.H.; 129 III 209, E. 2.2.

232 BGer 5C.72/2004 vom 26.5.2004, E. 4.2. Kritisch BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 20 ff.

233 RUSCH, Bankgebühren, Rz. 17. Vgl. hierzu HGer Zürich, Urt. v. 14.6.2001, ZR 2003, Nr. 9, 40. Nach Meinung des Gerichts liegt ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB vor, wenn eine Partei zur alleinigen Bestimmung des Leistungsinhalts berechtigt ist und das ihr zustehende Ermessen in Verletzung des Gebots von Treu und Glauben

die ursprünglich übermässig bindende Bestimmung im Sinne einer Gesamtbewertung nicht mehr übermässig erscheinen lassen, ist eine Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen.[234]

141 Einseitige Änderungsklauseln bergen aufgrund ihrer typischen Unbestimmtheit die Gefahr, eine übermässige Bindung zu begründen. Stimmt die Änderungsgegnerin einer Änderungsklausel zu, welche weder Anlass noch Umfang der möglichen Änderung umschreibt, kann sie sich kein Bild über die von ihr übernommenen Belastungen verschaffen. Solche Klauseln gewähren der änderungsberechtigten Partei einen derart weitgehenden Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Bestimmung des Vertragsinhalts und des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses, dass sich die Änderungsgegnerin dem Willen der Gegenpartei unterwirft.[235] Die mangelnde Begrenzung bzw. Begrenzbarkeit des Vertragsinhalts manifestiert sich so in einer beinahe vollständigen Ungewissheit über den künftigen Vertragsinhalt, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht tolerierbar ist.[236] Einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln sind unter Art. 27 Abs. 2 ZGB deshalb regelmässig als übermässig bindend einzustufen.[237]

142 Jenseits der Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsklauseln ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Intensität der Bindung als übermässig qualifiziert oder als zulässig betrachtet werden kann. Diese Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig vorzunehmen; die Grenzen sind fliessend. Im Einklang mit den generellen Ausführungen zu Art. 27 Abs. 2 ZGB gilt: Je länger die Vertragsdauer, desto höher ist die Abhängigkeit von der Gegenpartei und desto eher ist eine über-

---

ausübt. Wie BUFF, 203, jedoch betont, ist die konkrete Ausübung eines Bestimmungsrechts unter der Kontrolle von Art. 27 Abs. 2 ZGB irrelevant. Von Relevanz für die Vorschrift ist nur die abstrakte Bindungswirkung einer vertraglichen Vereinbarung. Das Handelsgericht vermischt insofern Klausel- und Ausübungskontrolle.

234 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 666.

235 HUGUENIN/MAISSEN, 106; ZK OR-JÄGGI, Art. 1 N 83; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 17. Vgl. auch BGE 138 III 322, E. 4.3.2; BGE 123 III 337, E. 5 wo das Bundesgericht eine Selbstbindung dann als übermässig einstuft, *«si elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant»*.

236 Vgl. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 280 m.Verw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit inhaltlich unbestimmten bzw. offen formulierten Bürgschaften (BGE 128 III 434, E. 3.3 f.) und Globalzessionen (BGer 4A.325/2007 vom 15.11.2007, E. 5.3).

237 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1285; HIGI, Anomalie, 445; PERRIG, 78; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 17.

mässige Bindung anzunehmen. Eine persönlichkeitswidrige Intensität der Bindung ist zudem eher zu bejahen, wenn die zur Disposition stehenden Vertragskomponenten auch objektiv wesentliche Vertragspunkte umfassen.[238] Sofern einseitige Änderungsklauseln aber nicht den Kernbereich der Persönlichkeit tangieren, ist ein unzulässiges Bindungsausmass unter Berücksichtigung der restriktiven bundesgerichtlichen Praxis (vgl. vorne, Rz. 138) nur mit Zurückhaltung anzunehmen.[239]

2 Verhältnis des Persönlichkeitsschutzes zum Bestimmtheitsgebot

143 Aus den Ausführungen erhellt, dass hinsichtlich der offenen Formulierung einseitiger Änderungsklauseln der Tatbestand des Art. 27 Abs. 2 ZGB in einem engen Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot (vorne, Rz. 117 ff.) steht. Während sich die Unbestimmtheit eines einseitigen Änderungsrechts im Rahmen des Bestimmtheitsgebots in einem Mangel in der Konsensbildung äussern kann, vermag die Unbestimmtheit und daraus resultierende Ungewissheit bezüglich einer zu erwartenden Vertragsänderung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB eine persönlichkeitswidrige Belastung zu begründen.[240]

144 Einwendungen im Zusammenhang mit unbestimmten Änderungsrechten auf Grundlage von Art. 27 Abs. 2 ZGB, d.h. dem Persönlichkeitsschutz, sind aus dogmatischer Perspektive von solchen auf Ebene der Konsensbildung zu unterscheiden. Die für einen Konsens erforderliche Bestimmtheit eines Änderungsrechts ist nach den allgemeinen Regeln des OR zu beurteilen und geht formell der Kontrolle nach Art. 27 Abs. 2 ZGB vor.[241]

---

238 RUSCH/HUGUENIN, 44 ff., deren Ansicht nach eine übermässige Bindung kaum je vorliegen dürfte, wenn die Klausel lediglich vertragliche Nebenpunkte betreffe. Ferner BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 14; MARCHAND, 235; PROBST, Bankgebühren, Rz. 50.

239 Gl.M. BUFF, 206.

240 Vgl. BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 314; ZK OR-JÄGGI, Art. 1 N 83.

241 BK ZGB-BUCHER, Art. 27 N 314; BSK OR I-A. KOLLER, Art. 184 N 47.

3 Kündigungsrecht

Im Rahmen der Gesamtbeurteilung des Vertrags nach Art. 27 Abs. 2 ZGB ist einem allfällig eingeräumten Kündigungsrecht in der Änderungssituation Rechnung zu tragen. Ein Vertragslösungsrecht vermag die Intensität einer Bindung insofern zu reduzieren, als sich die Gegenpartei den Änderungen und damit der Willkür der änderungsberechtigten Partei nicht schutzlos ausgeliefert sieht.[242] Die Einräumung einer Kündigungsmöglichkeit für die Gegenpartei vermag eine sonst unter Art. 27 Abs. 2 ZGB unwirksame einseitige Änderungsklausel indes nicht in jedem Fall zu heilen. Mehr als auf das reine Vorhandensein eines Kündigungsrechts sollte es auf die Ausgestaltung dieses Kündigungsrechts und die betroffenen Interessen der Vertragsparteien für den konkreten Vertragstypus ankommen.[243] Eine vertiefte Analyse der Interessensgerechtigkeit eines Kündigungsrechts nimmt die vorliegende Abhandlung deshalb im Rahmen der umfangreicheren Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG vor (hinten, Rz. 424 ff.). 145

§ 5 Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

Das Anrufen einer einseitigen Änderungsklausel kann nach den Umständen des Einzelfalls rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB sein. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist folglich der Ebene der Ausübungskontrolle zuzuordnen, da es nicht an der abstrakten Formulierung der Klausel, sondern an der konkret erfolgten Änderung anknüpft.[244] 146

I Inhalt

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Das Rechtsmissbrauchsverbot bezweckt, sämtliche Handlungen zu sanktionieren, «die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm oder einer privatautonomen Vertragsbestimmung stehen, aber objektiv eine Ver- 147

242 Vgl. BUFF, 207; FUHRER, Anpassen, 422; RUSCH/HUGUENIN, 52.

243 Differenziert RUSCH/HUGUENIN, 52.

244 Vgl. BUFF, 222.

letzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen und damit das Vertrauen der Rechtsgenossen auf redliches und sachangemessenes Verhalten enttäuschen».[245]

148 Art. 2 Abs. 2 ZGB dient der Lösung von Einzelfällen.[246] Das Rechtsmissbrauchsverbot ermöglicht mithin, die Anwendung des formalen Rechts in denjenigen Fällen zu korrigieren, in denen die Ausübung dieses Rechts ein materiell offensichtlich ungerechtes Resultat schaffen würde.[247] Die Verwendung des Wortes «offenbar» im Gesetzestext verdeutlicht, dass der Rechtsmissbrauch nur mit Zurückhaltung anzunehmen und im Zweifelsfall das formelle Recht zu schützen ist.[248]

II Bedeutung für die Ausübung des einseitigen Änderungsrechts

149 Durch die Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot könnte theoretisch selbst einer abstrakt als zulässig zu qualifizierenden Änderungsklausel im Einzelfall die Wirkung versagt werden.[249] In BGE 84 II 13 hat das Bundesgericht die Anrufung des Rechtsmissbrauchsverbots etwa im Zusammenhang mit einer impliziten einseitigen Preisänderungsklausel (vgl. Klauselbeispiel 5, vorne Rz. 62) in Erwägung gezogen.[250] Das besagte Urteil hatte einen «Aussteuer-Sparvertrag» zum Gegenstand, gemäss welchem der Kaufpreis von Möbeln anhand der zu einem späteren Zeitpunkt geltenden Listenpreise eines Möbelhauses bestimmt werden sollte. Diese Klausel ermöglichte es dem Möbelhaus im Resultat, den Kaufpreis durch Anfertigen einer neuen Preisliste nach Belieben zu ändern.[251] Nach Meinung des

---

245 BGE 125 III 257, E. 2a m.Verw. auf HUWILER, 57 f.

246 Vgl. BGE 134 III 52, E. 2.1; 121 III 60, E. 3d; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 28.

247 BGE 143 III 279, E. 3.1; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 26, die in der Norm deshalb einen «korrigierenden Notbehelf» sieht.

248 BGE 143 III 279, E. 3.1; 137 III 433, E. 4.4; 131 III 222, E. 4; BGer 5A_655/2010 vom 5.5.2011, E. 2.2.1; zur Qualifikation als *ultima ratio* BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 60. Vgl. zum Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauchsprinzips auch ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 27.

249 Vgl. BUFF, 222 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 602; VON KAENEL, 339.

250 Vgl. BGE 84 II 13, E. 2.

251 Vgl. RUSCH/HUGUENIN, 45 f.

Bundesgerichts könne im Hinblick auf eine potenziell willkürliche Ausübung des impliziten Preisänderungsrechts Art. 2 Abs. 2 ZGB angerufen werden.[252]

Obschon das Bundesgericht in BGE 84 II 13 die Anrufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB suggeriert, dürfte der Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchsverbot für einseitige Änderungsklauseln in der Praxis äusserst eingeschränkt sein. Dies liegt primär daran, dass mit dem Bestimmtheitsgebot und Art. 27 Abs. 2 ZGB zwei andere Filter zur Anwendung gelangen, welche bereits an früherer Stelle greifen.[253] In den meisten Fällen bedarf es der Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB deshalb gar nicht.[254] 150

Bei der Annahme einer unzumutbaren Ausübung eines Änderungsrechts, welche auf einer zulässigen Klausel beruht, ist ohnehin grosse Zurückhaltung geboten. Korrigierende Eingriffe des Gerichts sollten die von den Parteien ursprünglich festgelegte Risikozuordnung nicht untergraben, da ansonsten die Funktion der vertraglichen Änderungsklausel als Mittel der Risikoverteilung gefährdet wäre.[255] An einen gerichtlichen Eingriff in eine vertragliche Änderungsklausel («Anpassung einer Anpassungsklausel»)[256] auf Grundlage des Rechtsmissbrauchsverbot müssen somit sehr hohe Anforderungen gestellt werden.[257] In Anbetracht dessen stellt das Rechtsmissbrauchsverbot im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln kein griffiges Instrument zur Ausübungskontrolle dar.[258] 151

252 BGE 84 II 13, E. 2.

253 Vgl. die Ausführungen bei VON KAENEL, 339.

254 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 604.

255 BUFF, 223 m.Verw. auf BILDA, Anpassungsklauseln, Rz. 49.

256 Vgl. BezGer Arlesheim, Urt. v. 10.12.1991, BJM 1995, 25 ff., E. 5: «Eine ‹Anpassung einer Anpassungsklausel› kommt […] nur ganz ausnahmsweise in Frage.»

257 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 603. Befürwortend BUFF, 223.

258 So explizit BUFF, 223 f.

§ 6 Billige Ermessensausübung

I Ausübungskontrolle bei einseitigen Änderungsrechten

152 Einseitige Änderungsrechte in Form eines Gestaltungsrechts müssen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach «billigem Ermessen» ausgeübt werden.[259] Die Änderungsgegnerin kann somit vom Gericht verlangen, dass die vorgenommene Vertragsänderung auf ihre Billigkeit hin überprüft werde.[260] Bei dieser Billigkeitsprüfung handelt es sich, wie auch beim Rechtsmissbrauchsverbot (vorne, Rz. 146 ff.), um einen Fall der Ausübungskontrolle. Es wird mithin geprüft, ob der Ausübung des einseitigen Änderungsrechts aus Billigkeitserwägungen die Wirkung im Einzelfall untersagt werden muss.[261] Die richterliche Billigkeitskontrolle darf dabei nicht dazu dienen, einseitige Änderungsklauseln zu retten, die nach den Massstäben der abstrakten Klauselkontrolle unzulässig wären.[262]

153 Das Bundesgericht begründet den Grundsatz der billigen Ermessensausübung durch Verweis auf das Prinzip der schonenden Rechtsausübung.[263] Nach dieser Maxime hat die Berechtigte, falls sie von ihrem Recht ohne Nachteil auf verschiedene Arten Gebrauch machen kann, diejenige Art der Rechtsausübung zu wählen, die für den Verpflichteten am wenigsten schädlich ist.[264] Die Lehre und Recht-

---

259 Vgl. BGE 118 II 157, E. 4b/bb m.Verw. auf VON TUHR/PETER, 191; BGE 99 II 290, E. 6c.

260 RUSCH/HUGUENIN, 49, m.Verw. auf § 315 Abs. 3 BGB; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 345; HUG, Rz. 1579.

261 BUFF, 225 f.

262 RUSCH/HUGUENIN, 50; RUSCH/HOCHSTRASSER, Rz. 24. Eingehend im Kontext der AGB-spezifischen Auslegungskontrolle hinten, Rz. 335 ff.

263 BGE 118 II 157, E. 4b/cc. Vgl. aus der Literatur HUG, Rz. 1579 ff.; HUGUENIN/MAISSEN, 105.

264 BGE 131 III 459, E. 5.3 m.w.H.; 118 II 157, E. 4b/cc. Dogmatisch stützt sich die Regel auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Dazu BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 220; das Rechtsmissbrauchsverbot als Grundlage ansehend indes BGE 131 III 459, E. 5.3.

sprechung lehnen sich dabei auch an § 315 Abs. 1 BGB[265] an, welcher den Grundsatz der billigen Ermessensausübung für das deutsche Recht explizit festhält.[266]

Übt eine Partei ihr einseitiges Änderungsrecht nicht nach billigem Ermessen aus, ist die erfolgte Änderungshandlung in Anlehnung an § 315 Abs. 3 BGB für den anderen Teil unverbindlich und kann allenfalls[267] von der Richterin oder dem Richter ersatzweise festgelegt werden.[268] Nimmt die berechtigte Partei eine Modifikation nicht nach billigem Ermessen vor, gilt mangels wirksamer Ausübung des einseitigen Änderungsrechts der bestehende Vertragsinhalt folglich unverändert weiter.[269] 154

II Beurteilungskriterien

Als Ausgangspunkt für die Billigkeitsprüfung der Ausübung eines einseitigen Änderungsrechts muss das Spektrum der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten anhand der abstrakten Klausel bestimmt werden. Eine Billigkeitskontrolle kommt mithin nur dann in Frage, wenn die einseitige Änderungsklausel dem Gericht überhaupt einen tauglichen und bestimmbaren Ansatz zur Überprüfung gibt.[270] Erst dann kann es beurteilen, ob die Ermessensausübung innerhalb dessen liegt, was als vertretbar erachtet werden kann. 155

---

265 «Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.»

266 Vgl. BGE 118 II 157, E. 4b/bb m.Verw. auf VON TUHR/PETER, 191; RUSCH/HUGUENIN, 49; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 6.08.

267 Im Grundsatz kommt eine richterliche Vertragsergänzung nur im Rahmen der *accidentialia negotii* in Betracht (vgl. von THUR/PETER, 191; BGE 84 II 628, E. 1). In BGE 99 II 290, E. 6c, hat das Bundesgericht jedoch den Entscheid der Vorinstanz geschützt, den fehlenden Mietzins nach Billigkeitserwägung selbst festzulegen. Weiterführend dazu RUSCH/HUGUENIN, 50.

268 Weiterführend HUGUENIN/MAISSEN, 105. Siehe auch ZK OR-SCHÖNLE, Art. 184 N 90 mit dem Hinweis, dass die ebenso vorgeschriebenen Rechtsfolgen der §§ 315 und 317 BGB auch in der Schweiz kraft ergänzender richterlicher Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 2 Abs. 2 OR gelten.

269 Vgl. BUFF, 230.

270 RUSCH/HUGUENIN, 50 m.w.H. Vgl. BUFF, 226, der die Bedeutung der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit von Änderungsklauseln hervorhebt. ZK OR-SCHÖNLE, Art. 184 N 91, erachtet indes auch eine Formulierung wie «Preisfestsetzung nach Billigkeit» als nachprüfbaren Billigkeitsmassstab.

156 Ziel der Billigkeitsprüfung ist letztlich die Einzelfallgerechtigkeit.[271] Das Gericht entscheidet deshalb im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, was unter der Ausübung der Änderungsrechts nach billigem Ermessen zu verstehen ist.[272] Massgebens Kriterium für die Ausübungskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln ist dabei die Interessenlage der Parteien. Die einseitige Änderung ist dann als billig zu beurteilen, wenn die änderungsberechtigte Partei ihr Recht unter Berücksichtigung und Abwägung der relevanten Interessen der Parteien nach objektiven Gesichtspunkten ausübt.[273]

157 Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, dass die änderungsberechtigte Partei ein legitimes Interesse an der konkret erfolgten Vertragsänderung besitzt.[274] Es ergeben sich insbesondere dann bedeutende Schranken für die Ausübung des Änderungsrechts, wenn die vereinbarte Klausel der Wahrung der vertraglichen Äquivalenz dient. Damit in solchen Fällen ein legitimes Interesse an einer Vertragsänderung vorliegt, muss tatbestandsseitig zunächst überhaupt eine Störung der vertraglichen Äquivalenz vorliegen. Die konkrete Modifikation des Vertrags muss sodann dazu dienen, das ursprüngliche vertragliche Äquivalenzverhältnis wiederherzustellen.[275] Es entspricht nicht billigem Ermessen, wenn die änderungsberechtigte Partei Umgestaltungen vornimmt, welche über die Wiederherstellung der vertraglichen Äquivalenz hinaus der nachträglichen Gewinnerhöhung dienen.[276]

158 Im Rahmen der Billigkeitsbeurteilung ist nach HUG sodann die Intensität der Beziehung zwischen den Parteien (z.B. Vertrauens- vs. Massenverhältnis), deren Verhalten, die Höhe der in Frage stehenden Beträge sowie ein allfälliges Macht- oder Erfahrungsgefälle zu beachten.[277] Darüber hinaus sollte mitberücksichtigt werden, ob die Änderungsgegnerin die Möglichkeit hat, einen ähnlichen Vertrag

---

271 Vgl. KUHN, Rz. 411 m.w.H.

272 HUG, Rz. 1579; HUGUENIN/MAISSEN, 105; RUSCH/HUGUENIN, 49.

273 Vgl. KUHN, Rz. 412, der sich dabei an der Dogmatik zu Art. 4 ZGB (Gerichtliches Ermessen) orientiert. Siehe dazu etwa BK ZGB-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4 N 303; BSK ZGB-HONSELL, Art. 4 N 9.

274 BUFF, 226 ff.; HUG, Rz. 1580.

275 Vgl. HUGUENIN/MAISSEN, 119. Zum deutschen Recht BAUR, Anpassungsregelungen, 80.

276 Eingehend zur nachträglichen Gewinnerhöhung bei Preisänderungsklauseln WIEDEMANN, 174.

277 HUG, Rz. 1580.

mit einem anderen Vertragspartner zu Bedingungen abzuschliessen, die nicht wesentlich schlechter sind als die des ursprünglichen, unveränderten Vertrags.[278]

§ 7 Gesetzliche Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung

Der vorliegende Abschnitt widmet sich gesetzlichen Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung, welche für die jeweils betroffenen Rechtsgebiete besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für vertragliche einseitige Änderungsklauseln formulieren. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind gesetzliche Änderungsregeln im Mietrecht (Rz. 160 ff.), im Pauschalreiserecht (Rz. 165 ff.) sowie die verworfenen Bestimmungen zu einseitigen Änderungsrechten im Kontext der Revision des VVG (Rz. 176 ff.). Auf Grundlage der Analyse der entsprechenden Sonderregeln erarbeitet die Untersuchung in einem separaten Abschnitt gesetzliche Leitbilder der einseitigen Vertragsänderung (Rz. 194 ff.). Ziel ist es, anhand dieser gesetzlichen Leitbilder Inspirationsquellen für die Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln zu identifizieren, welche im Rahmen der AGB-spezifischen Kontrolle fruchtbar gemacht werden können. 159

I Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch den Vermieter (Art. 269d OR)

1 Anwendungsbereich und Normzweck

Im Mietrecht statuiert Art. 269d OR das bei Mietzinserhöhungen und «anderen einseitigen Vertragsänderungen» zu beachtende Vorgehen.[279] Gemäss Abs. 1 der Vorschrift kann die Vermieterin den Mietzins jederzeit auf den nächsten Kündi- 160

[278] HUG, Rz. 1580. Vgl. auch HUGUENIN/MAISSEN, 119.

[279] Das Bundesgericht hat das Modell des Art. 269d OR im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln explizit diskutiert (BGE 135 III 1, E. 2.6). Das Gericht erachtet die Vorschrift mithin als Möglichkeit für den Vermieter, vom Prinzip *pacta sunt servanda* abzuweichen. Deshalb rufe Art. 269d OR nach besonderen Schutzvorschriften für den Mieter. Vgl. auch BGE 132 III 24, E. 3.2.

gungstermin erhöhen, wenn sie dies dem Mieter zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilt und begründet. Nach Abs. 2 ist eine solche Mietzinserhöhung nichtig, wenn sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular erfolgt, nicht begründet ist oder die Vermieterin mit der Mitteilung eine Kündigung androht oder ausspricht. Abs. 3 erweitert den Anwendungsbereich von Abs. 1 auf andere einseitige Vertragsänderungen «zu Lasten des Mieters».[280] Damit sind solche Änderungen gemeint, welche nicht direkt die Zahlungsverpflichtungen des Mieters tangieren, aber in anderer Weise das Verhältnis von vertraglicher Leistung und Gegenleistung beeinflussen.[281]

161 Art. 269d OR gesteht der Vermieterin ein gesetzliches Gestaltungsrecht zur einseitigen Vertragsänderung zu.[282] Die Bestimmung bezweckt, der Vermieterin zu ermöglichen, einseitige Vertragsänderungen vorzunehmen, ohne die Kündigung als Alternative in Anspruch nehmen zu müssen.[283] Bei Ausübung dieses Änderungsrechts hat der Mieter die Möglichkeit, den Mietvertrag innerhalb der Anzeigefrist zu kündigen oder die Änderung auf Basis von Art. 270b OR anzufechten. Wenn sich die Vermieterin vertraglich ein Recht vorbehalten will, den Mietzins oder andere Vertragspunkte unilateral zu ändern, hat dieser Vorbehalt ebenfalls den Anforderungen des Art. 269d OR zu genügen.[284]

2 Voraussetzungen

162 Die Vermieterin hat dem Mieter einseitige Änderungen zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem amtlichen Formular[285] mitzuteilen. Da bei der Änderung nach Art. 269d OR stets die Kündigungstermine einzuhalten sind, kann die Vermieterin befristete Verträge oder solche mit einer Mindestlaufdauer während

---

280 Art. 269d OR erfasst somit nicht einseitige Änderungen durch den Vermieter, die neutral oder zu Gunsten des Mieters sind. Solche Vertragsänderungen müssen folglich nicht den Anforderungen des Art. 269d OR genügen. Vgl. dazu VISCHER, Änderung, 1046 f.

281 SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 65.

282 BGer 4A_616/2020 vom 6.5.2021, E. 4.3.3. Ausführlich HIGI, Vertragsänderung, 773.

283 CHK OR-HULLIGER/URBAN, Art. 269d N 8; SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 1, 66.

284 CHK OR-HULLIGER/URBAN, Art. 269d N 4.

285 Art. 19 VMWG führt den zwingenden Mindestinhalt der Änderungsmitteilung auf. Näheres zur Formularpflicht bei BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 2. Siehe auch BGer 4C.330/2002 vom 31.1.2003, E. 3.1.

der festen Laufzeit nicht einseitig ändern.[286] Die zehntägige Anzeigefrist ist vom Wesen her eine Bedenkfrist: Sie soll dem Mieter ermöglichen, das Mietverhältnis rechtzeitig selbst zu kündigen, wenn er der angestrebten Änderung nicht zustimmt.[287] ROHRER bezeichnet die zehntägige Frist jedoch zu Recht als «unpraktikabel», da der Mieter regelmässig nicht in der Lage ist, innert dieser kurzen Zeit einen derart wichtigen Entscheid wie die Kündigung des Mietverhältnisses zu fällen, geschweige denn, einen Vertrag über ein Ersatzobjekt abzuschliessen.[288]

Als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben muss die einseitige Änderung durch den Vermieter begründet sein.[289] Die Begründungspflicht ermöglicht es dem Mieter, festzustellen, wie der Vermieter sein Änderungsrecht überhaupt ausschöpft.[290] Der Zweck liegt darin, dass sich der Mieter über die Tragweite und Berechtigung der einseitigen Vertragsänderung ein Urteil bilden kann, um danach abzuwägen, ob er auf Grundlage von Art. 270b OR Einsprache erheben will oder nicht.[291] 163

Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und lit. b Ziff. 3 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) hat die Begründung «klar» zu sein. Lehre[292] und Rechtsprechung[293] stellen dabei hohe Anforderungen an die Begründungspflicht. Die Begründung ist dann ausreichend klar, wenn ihr der Mieter entnehmen kann, auf welchen gesetzlichen und/oder vertraglichen Erhöhungsgrund sich der Vermieter beruft und in welchem Umfang er dies tut.[294] Daher sind pauschale Verweise auf die «Teuerung», «die Renovation» oder «gestiegene Un- 164

286 BGE 128 III 419, E. 2.4.1; aus der Literatur statt vieler CHK OR-HULLIGER/URBAN, Art. 269d N 2.

287 SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 9; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 6.

288 SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 9.

289 ZK OR-HIGI, Art. 269d N 26; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 3.

290 ZK OR-HIGI, Art. 269d N 82. Siehe auch BGE 118 II 130, E. 2a, wonach der Vermieter nach Treu und Glauben an die in der Änderungsmitteilung referenzierten Änderungsgründe gebunden ist und keine anderen oder zusätzlichen Gründe in einem Anfechtungsverfahren nachschieben kann.

291 BGE 117 II 458, E. 2a. Vgl. VISCHER, Änderung, 1049, der gerade in dieser Begründungspflicht die eigentliche «Sprengkraft» von Art. 269d OR erblickt.

292 Ausführlich SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 41 ff. Vgl. BK OR-GIGER, Art. 262 N 77.

293 Vgl. BGE 118 II 133, E. 2; 137 III 362, E. 3.2.1; BGer 4A_374/2020 vom 8.2.2021, E. 7.1.

294 BGE 137 III 362, E. 3.2.1; 121 III 6, E. 3a; ZK OR-HIGI, Art. 269d N 88.

kosten» ohne entsprechenden Hinweis zum spezifischen Umfang der Erhöhung ungenügend.[295] Nach Massgabe von Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG muss der Vermieter überdies die einzelnen Teilbeträge angeben, wenn mehrere Erhöhungsgründe geltend gemacht werden.

II Einseitige Vertragsänderungen durch den Reiseveranstalter (Art. 7 und 8 ff. PauRG)

1 Preiserhöhungen (Art. 7 PauRG)

165 Die Organisation, Preiskalkulation und der Einkauf von Pauschalreisen erfolgt in der Regel einige Monate vor Reiseantritt.[296] Da sich die Kalkulationsgrundlagen in dieser Zeit aus diversen Gründen verändern können, besteht für den Reiseveranstalter ein grundlegendes Interesse an der Möglichkeit einer Preismodifikation.[297] Art. 7 des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PauRG) regelt solche Preiserhöhungen durch den Reiseveranstalter und lässt diese nur unter engen Voraussetzungen zu.

a) Genaue Angaben zur Berechnung des neuen Preises

166 Nach Art. 7 lit. a PauRG bedarf die Wirksamkeit einer Preiserhöhung zwingend eines entsprechenden vertraglichen Vorbehalts, welcher «genaue Angaben zur Berechnung des neuen Preises» vorgeben muss.[298] Ausgehend vom Wortlaut der Bestimmung scheint der Gesetzgeber die Zulässigkeit einer Preiserhöhungsklausel von konkret bestimmten Änderungsvoraussetzungen abhängig zu machen.

167 Diverse Stimmen äussern Bedenken an der Praktikabilität dieses Erfordernisses, da es in der Praxis für den Reiseveranstalter schwierig sei, angesichts der Vielzahl

---

295 ZK OR-HIGI, Art. 269d N 88; BSK OR I-WEBER, Art. 269d N 3. Vgl. auch BGE 139 III 13, E. 3.1.2; 121 III 6, E. 3b; 106 II 166, E. 4.

296 BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 1; STAUDER, 332.

297 Vgl. MARTINELLI, 115 f.; BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 1; WIEDE, Rz. 842, wonach die Möglichkeit der einseitigen Preisänderung garantieren soll, dass der Reiseveranstalter nicht allein das Kalkulationsrisiko für preisrelevante Faktoren übernehmen muss.

298 Die Voraussetzungen einer allfälligen Preiserhöhung sind nach Art. 6 Abs. 2 lit. g PauRG zudem in der Reisebestätigung anzugeben.

preisrelevanter Faktoren sämtliche in der Klausel aufzulisten.[299] In diesem Sinn kann etwa nach HANGARTNER vom Reiseveranstalter nicht verlangt werden, dass er, um Art. 7 PauRG zu genügen, seine Kalkulationsgrundlagen vollständig offenlege.[300] Demnach solle es nach gewissen Stimmen in der Lehre bereits ausreichen, wenn der Änderungsvorbehalt in nachvollziehbarer Weise zum Ausdruck bringe, dass Kostensteigerungen beim Reiseveranstalter in dem Umfang auf den Preis geschlagen werden können, in welchem sie eintreten.[301]

168 Anderen Meinungen zufolge genügen solche allgemeinen Formulierungen den gesetzlichen Anforderungen nicht. Nach STAUDER muss die Klausel vielmehr «mindestens die Faktoren der Kostensteigerung, die der Kalkulation zugrunde gelegten Währungen und Wechselkurse sowie den respektiven Anteil von Transport, Taxen und Gebühren am Gesamtpreis angeben».[302] Nur so könne gewährleistet werden, dass der Veranstalter keine willkürlichen Preiserhöhungen vornehme und dass der Konsument die Preiserhöhung auf ihre Rechtfertigung hin überprüfen könne.[303]

169 Diese zwei divergierenden Auffassungen offenbaren eine grundlegende Problematik im Zusammenhang mit der notwendigen Bestimmtheit einseitiger Preisänderungsklauseln: Die Ungewissheit und fehlende Vorhersehbarkeit der Entwicklung zahlreicher preisrelevanter Faktoren können die änderungsberechtigte Partei vor praktische Schwierigkeiten in der hinreichenden Konkretisierung der Klausel stellen. Sämtliche dieser Faktoren zu erfassen und deren Gewichtung für die Berechnung des Vertragspreises anzugeben, würde unweigerlich zu einer komplexen Klauselgestaltung führen.

170 Im Einklang mit den Ausführungen zum Bestimmtheitsgebot (vgl. vorne, Rz. 128 ff.) dürfen die Bestimmtheitsanforderungen in solchen Konstellationen nicht derart überzogen werden, dass sie einer Offenlegung der Preiskalkulation gleichkämen. Es ist schliesslich genau die Ungewissheit über die Entwicklung der preisbildenden Faktoren, welche die änderungsberechtigte Partei dazu veranlassen, einen vertraglichen Preisänderungsmechanismus überhaupt erst aufzunehmen und Transaktionskosten im Zusammenhang mit langfristigen Preiskalkulationen abzuwenden. Je komplexer die für die Preisbildung relevanten Elemente sind,

---

299 BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 2; sich ihm anschliessend BUFF, 240.

300 HANGARTNER, 76.

301 So BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 2; WIEDE, Rz. 845. Vgl. ferner BUFF, 240.

302 STAUDER, 333. Siehe auch TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 5912.

303 STAUDER, 333; CR LVF-STAUDER, Art. 8 N 4.

desto weniger strenge Anforderungen sollten folglich an die Bestimmtheit der Voraussetzungen einer Preisänderung gestellt werden.

b) Formelle Voraussetzungen

171 Der Reiseveranstalter hat dem Kunden Preiserhöhungen nach Eintreten der Änderungsvoraussetzungen unverzüglich (Art. 9 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 PauRG) und spätestens drei Wochen vor Reisebeginn (Art. 7 lit. b PauRG) mitzuteilen. In den letzten drei Wochen vor Abreise können die Preise somit nicht erhöht werden, selbst wenn sich die für den Reiseveranstalter preisrelevanten Kosten erhöhen. Mit BUFF ist festzuhalten, dass diese dreiwöchige Frist im Hinblick auf die Verhinderung von missbräuchlichen Änderungen ihre Berechtigung hat: Der Kunde würde noch so unangemessene Preisänderungsbegehren mit näherkommendem Reisebeginn nämlich eher zustimmen, «um die kurz bevorstehende und mit Freude erwartete Reise möglichst reibungslos antreten zu können». [304]

c) Preiserhöhungsgründe

172 Art. 7 lit. c PauRG enthält eine abschliessende Aufzählung von Änderungstatbeständen, welche zu einer Preiserhöhung berechtigen. In Betracht kommen allein Erhöhungen der Beförderungskosten, insbesondere von Treibstoff und von Abgaben oder Gebühren für bestimmte Leistungen (z.B. Landegebühren oder Flughafentaxen),[305] sowie eine Änderung der Wechselkurse der der Reise zugrunde gelegten Währung. [306] Durch die spezifische Nennung und Beschränkung der Preiserhöhungsgründe grenzt der Gesetzgeber die Gestaltungsfreiheit des Reiseveranstalters hinsichtlich Preisänderungen stark ein.[307]

---

304 BUFF, 240.

305 Vgl. STAUDER, 333.

306 Wegen der Möglichkeit, Kursschwankungen auf den Finanzplätzen abzusichern, stehen HANGARTNER, 77, und BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 5, dieser Regelung kritisch gegenüber.

307 Vgl. BUFF, 240; BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 4.

2 Wesentliche Vertragsänderungen (Art. 8 ff. PauRG)

Art. 8 PauRG befasst sich mit «wesentlichen Vertragsänderungen» durch den Reiseveranstalter. Wesentliche Änderungen des Pauschalreisearrangements berechtigen die Konsumentin, vom Vertrag zurückzutreten (Art. 10 Abs. 1 PauRG).[308] 173

Art. 8 Abs. 1 PauRG definiert die wesentliche Vertragsänderung als «jede erhebliche Änderung eines wesentlichen Vertragspunktes». Da diese Umschreibung von nur geringem praktischem Nutzen ist, bestimmt sich das Vorhandensein einer wesentlichen Vertragsänderung nach den Umständen des Einzelfalls.[309] Entscheidend ist, ob der «Gesamtzuschnitt» der Reise verändert wird, also ob z.B. eine Bus- anstelle einer Flugreise vorgesehen oder ein anderer Ferienort abgemacht wird.[310] Hinnehmen muss der Kunde kleinere Änderungen wie z.B. geringfügige Verschiebungen der Reisezeit oder eine Rundreise in einer anderen Reihenfolge.[311] Einigkeit besteht in der Lehre auch dahingehend, dass Änderungen der Reiseleistungen nur bei unvorhersehbaren oder nicht abwendbaren Umstandsänderungen zulässig sind.[312] Ein vertraglicher Vorbehalt ist für solche Leistungsänderungen nicht notwendig.[313] Sieht der Vertrag trotzdem eine entsprechende Bestimmung vor, darf diese nicht gegen die Regelungen von Art. 8–10 PauRG verstossen.[314] 174

---

308 Tritt die Kundin vom Vertrag zurück, kann sie zwischen einer Ersatzreise und einer «schnellstmöglichen» Rückerstattung aller bereits gezahlten Beträge wählen (Art. 10 Abs. 3 PauRG). Vorbehalten bleiben auch weitere Schadensersatzforderungen: Bucht die Konsumentin eine Ersatzreise, muss ihr der Reiseveranstalter die Mehrkosten ersetzen (Art. 10 Abs. 4 PauRG).

309 HANGARTNER, 80; BSK OR I-ROBERTO, Art. 8 PauRG N 1.

310 HANGARTNER, 81 f; STAUDER, 335; CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF, Art. 8 N 3. Nach herrschender Lehre ist sodann – in Analogie zu Art. 8 Abs. 2 PauRG – eine erhebliche Änderung generell anzunehmen, wenn die Leistungsänderung den Wert der Reise um mehr als 10 % herabsetzt. Vgl. dazu ROBERTO, 15; CR LVF-STAUDER, Art. 8 N 6; WIEDE, Rz. 851.

311 Vgl. HANGARTNER, 80 f.; BSK OR I-ROBERTO, Art. 10 PauRG N 1.

312 HANGARTNER, 83; BSK OR I-ROBERTO, Art. 8 PauRG N 2; CR LVF-STAUDER, Art. 8 N 6; WIEDE, Rz. 852.

313 BSK OR I-ROBERTO, Art. 8 PauRG N 2. Im Gegensatz dazu verlangt das deutsche Reiserecht gemäss § 651f Abs. 2 S. 1 BGB bei Leistungsänderungen einen entsprechenden vertraglichen Vorbehalt.

314 HANGARTNER, 83 f.; CR LVF-STAUDER, Art. 8 N 4.

175 Von Bedeutung ist, dass Art. 8 Abs. 2 PauRG Preiserhöhungen des Reiseveranstalters von über 10 % als wesentliche Vertragsänderungen erklärt.[315] Während der Kunde innerhalb der Schranken von Art. 7 PauRG also Preiserhöhungen von maximal 10 % akzeptieren muss, kommt ihm jenseits der Erheblichkeitsschwelle von 10 % ein Vertragslösungsrecht zu (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 PauRG).

III Verworfene Bestimmungen zu einseitigen Änderungsrechten in der Revision des Versicherungsvertragsgesetzes

1 Überblick

176 Im Versicherungsrecht ist die Problematik von einseitigen Prämien- und Bedingungsänderungsklauseln allgegenwärtig.[316] Trotz der praktischen Bedeutung der Klauseln sind sie bis heute nicht gesetzlich geregelt.[317] Die Erfassung einseitiger Änderungsrechte von Versicherungsgebern war jedoch einer der wichtigsten und umstrittensten Punkte der seit 2003 dauernden Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG).

177 Das VVG regelt das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Versicherungsgebern und -nehmern.[318] Das geltende VVG stammt aus dem Jahr 1908 – es bedarf insofern keiner Begründung, dass das Gesetz, welches die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Zustände vom Anfang des letzten Jahrhunderts widerspiegelt,

---

315 § 651g Abs. 1 BGB, als deutsches Äquivalent zu Art. 8 Abs. 2 PauRG, sieht als Schwelle eine Preiserhöhung von 8 % vor. Aus rechtsvergleichender Perspektive MARTINELLI, 115 ff.

316 Siehe FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.137 ff. und 13.145 ff. Vgl. ferner EISNER-KIEFER, Versicherungsprämie, 36 ff.; HUGUENIN/MAISSEN, *passim*.

317 Einzig Art. 132 AVO sieht für Lebensversicherungen eine Regelung für Prämienänderungsklauseln vor. Nach der Vorschrift müssen Prämienänderungsklauseln zunächst auf einer vertraglichen Grundlage beruhen (Abs. 1). Eine Änderung darf keine Tarifgarantien verletzen (Abs. 2) und ist für laufende Renten ausgeschlossen (Abs. 3). Prämienänderungen können sodann nur vorgenommen werden, wenn sich die vertragsrelevanten Verhältnisse erheblich geändert haben (Abs. 4).

318 Botschaft VVG 2017, 5091.

reformbedürftig ist.[319] Die seit gut zwanzig Jahren laufenden Revisionsbestrebungen im VVG sind dabei durch politische Kehrtwendungen gekennzeichnet.[320] Sowohl National- als auch Ständerat haben sich im Jahr 2013, nach fast zehnjähriger Vorarbeit, gegen eine Totalrevision des VVG ausgesprochen.[321] Der Entwurf zur Totalrevision des VVG (E-VVG 2011)[322] sah dabei in Art. 48 E-VVG 2011 eine Regelung von Prämienänderungsklauseln vor. Mit dem Scheitern der Totalrevision blieb diese Regelung beim blossen Entwurf.

178 Im März 2013 hat das Parlament den Bundesrat dann beauftragt, eine schlanke Teilrevision zu bestimmten, besonders wichtigen Punkten im VVG auszuarbeiten.[323] Obschon das Ziel der Revision in einer Stärkung des Schutzes der Versicherten bestand,[324] schienen die bundesrätlichen Anpassungen am Vorentwurf der Teilrevision genau das Gegenteil bewirken zu wollen.[325] Am 9. Mai 2019 kam es dann zur Wende, als der Nationalrat während seiner Beratung zur Teilrevision des VVG gewisse versichertenfeindlichen Bestimmungen verbannte. Die wichtigste der Bestimmungen, welche ersatzlos aus dem Entwurf des Bundesrates zur Teilrevision des VVG (E-VVG 2017)[326] gestrichen wurde, war Art. 35 E-VVG 2017, der Versicherungsgebern das unilaterale Recht einräumte, jederzeit und voraussetzungslos die Versicherungsbedingungen zu ändern.

179 Das revidierte VVG trat per 1. Januar 2022 somit in Kraft, ohne dass es Regelungen zu einseitigen Prämien- oder Bedingungsänderungsklauseln enthielt.[327] Für

---

319 Botschaft VVG 2011, 7707; siehe schon GAUCH, VVG, 65 ff. Das VVG wurde lediglich einmal im Jahre 2006 teilrevidiert; dies geschah jedoch in der Absicht, einige wichtige Änderungen vorwegzunehmen, welche nicht auf die damals seit 2003 laufende Totalrevision des VVG verschoben werden sollten.

320 Siehe zur Chronologie z.B. BIRRER-HEIMO, 296 ff.; EISNER-KIEFER, Glück.

321 Zu den generellen Gründen für das Scheitern der Totalrevision und die vorgebrachten Argumente der Revisionsgegner EISNER-KIEFER, VVG, 84 ff.; SCHNYDER, VVG, 34 f.

322 Vgl. Botschaft VVG 2011, 7819 ff.

323 Für die Vorgaben an den Bundesrat und die zu behandelnden Punkte der Teilrevision siehe Botschaft VVG 2017, 5095 f. Zur Chronologie SCHNYDER, Totalrevision, 18 ff., 33 ff.

324 Siehe Botschaft VVG 2017, 5091; FUHRER, Chance, 327.

325 FUHRER, Entwicklungen, 218 ff.; FUHRER, Pirouette, 206.

326 Botschaft VVG 2017, 5089 ff.

327 Die Zulässigkeit solcher Klauseln im Versicherungsrecht beurteilt sich gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG somit weiterhin nach dem subsidiär anwendbaren Obligationen-

die Zwecke der vorliegenden Untersuchung drängt sich eine Betrachtung der verworfenen Bestimmungen zu einseitigen Prämienänderungsklauseln (Rz. 180 f.) und Bedingungsänderungsklauseln (Rz. 182 ff.) gleichwohl auf.

2 Entwurf zur Regelung einseitiger Prämienänderungsklauseln

180 Der Entwurf zur Totalrevision des VVG hat sich in Art. 48 E-VVG 2011 explizit mit einseitigen Prämienänderungsklauseln befasst. Einseitige Prämienänderungsklauseln hätten nach Abs. 1 nur für solche Fälle vereinbart werden können, in denen sich die für die Prämienberechnung massgeblichen Verhältnisse nach Vertragsabschluss «in einer nicht voraussehbaren Weise» geändert hätten und die vorgesehene Erhöhung «objektiv gerechtfertigt» wäre. Der Vorschlag sah dadurch gewisse Wesentlichkeits- bzw. Unzumutbarkeitsschwellen[328] vor, welche den Anwendungsbereich von einseitigen Prämienänderungsklauseln für den Versicherer bedeutend eingeschränkt hätten.[329] Primäre Zulässigkeitsvoraussetzung wäre mithin eine Äquivalenzstörung im Sinne eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gewesen.[330] Die Regelung sollte ebenfalls sicherstellen, dass der Versicherungsgeber keine nachträglichen Prämienkorrekturen bei vorhersehbaren Umstandsänderungen hätte vornehmen können.[331] Dies bedeutet, dass etwa eine Anpassung an die Teuerung, welche der Versicherungsgeber schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte berücksichtigen können, ausgeschlossen wäre.[332]

181 Nach Art. 48 Abs. 2 E-VVG 2011 hätte der Versicherungsgeber die Ausübung seines Änderungsrechts dem Versicherungsnehmer schriftlich, begründet und unter Hinweis des gesetzlichen Kündigungsrechts unter Abs. 3 anzeigen müssen. Der

---

recht und nach wenig vorhandener bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGE 135 III 1).

328 LOACKER, 154. Siehe auch EISNER-KIEFER, Prämie, 123.

329 Vgl. Botschaft VVG 2011, 7761.

330 EISNER-KIEFER, Versicherungsprämie, 36 f.

331 Vgl. Botschaft VVG 2011, 7761; HUGUENIN/MAISSEN, 114; LOACKER, 155, wonach die Vorschrift dadurch auch den «berüchtigten Lockvogelangeboten» entgegenwirken wollte.

332 EISNER-KIEFER, Prämie, 123; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.136; LOACKER, 153.

Entwurf sah dabei eine achtwöchige Kündigungsfrist vor, um es dem Versicherungsnehmer zu ermöglichen, neuen Versicherungsschutz zu suchen und Deckungslücken zu vermeiden.[333] Der Bundesrat erachtete die in der Vernehmlassungsvorlage stipulierte vierwöchige Kündigungsfrist insbesondere bei der Suche von Krankenzusatzversicherungen als zu kurz.[334]

3 Entwurf zur Regelung einseitiger Bedingungsänderungsklauseln

a) Überblick

Während es die Prämienänderungsklausel nicht auf die Liste der zu behandelnden Punkte für eine Teilrevision des VVG schaffte, hat sich der Vernehmlassungsentwurf (nachfolgend VE-VVG) explizit mit einseitigen Bedingungsänderungsklauseln befasst.[335] Art. 35 VE-VVG hätte die Zulässigkeit solcher Klauseln wie folgt geregelt: 182

> *«Abs. 1: Eine Vertragsbestimmung, wonach das Versicherungsunternehmen die Versicherungsbedingungen einseitig anpassen kann, ist nichtig, soweit es sich nicht um Versicherungen von beruflichen oder gewerblichen Risiken handelt.*
>
> *Abs. 2: Vorbehalten bleibt das vertraglich vereinbarte Recht des Versicherungsunternehmens, die Prämie anzupassen.»*

Art. 35 VE-VVG hätte somit jegliche einseitige Bedingungsänderungsklauseln ausserhalb des gewerblichen Bereichs für unzulässig erklärt. Im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage begründete der Bundesrat dies noch damit, dass ein generelles einseitiges Recht zur Änderung der AVB zu einem «stossenden Ungleichgewicht» führe.[336] Die Kehrtwende kam dann jedoch im bundesrätlichen 183

---

333 Botschaft VVG 2011, 7761.

334 Botschaft VVG 2011, 7761. Siehe auch LOACKER, 155.

335 Im Vergleich zur unilateralen Änderung der Prämie wiegt ein Recht zur Änderung der Versicherungsbedingungen denn auch regelmässig schwerer für den Versicherungsnehmer, da es zu einer Einschränkung des Versicherungsschutzes führen könnte. Die Frage nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Bedingungsänderungsklausel ist demnach ein höheres Gewicht beizumessen. Vgl. dafür FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.146.

336 Erläuternder Bericht VE-VVG, 33, wobei sich dieses Ungleichgewicht gemäss Bundesrat in der reinen Tatsache äussere, «dass niemandem auch nur in den Sinn kommen

Entwurf, der mit Art. 35 E-VVG 2017 deutlich die einseitigen Interessen der Versicherungsgeber stärkte:

> *«Abs. 1: Soweit es sich nicht um Versicherungen von beruflichen oder gewerblichen Risiken handelt, ist eine Vertragsbestimmung, wonach das Versicherungsunternehmen die allgemeinen Versicherungsbedingungen einseitig anpassen kann, nur dann zulässig, wenn sie:*
>
> *a. vorsieht, dass die Anpassung dem Versicherungsnehmer frühzeitig angezeigt werden muss; und*
>
> *b. dem Versicherungsnehmer ein Kündigungsrecht auf den Zeitpunkt der Anpassung hin einräumt.*
>
> *Abs. 2: Vorbehalten bleibt das vertraglich vereinbarte Recht des Versicherungsunternehmens, die Prämie anzupassen.»*

184 Es fällt auf: Während Art. 35 VE-VVG noch ein Verbot von Bedingungsänderungsklauseln für den privaten Versicherungsbereich stipulierte, hob Art. 35 E-VVG 2017 dieses Verbot wieder auf und liess einseitige Vertragsänderungen unter frühzeitiger Anzeige und Einräumung eines Kündigungsrechts explizit zu. Unter beiden Regelungen wären einseitige Prämienänderungsklauseln[337] und Bedingungsänderungsklauseln für berufliche und gewerbliche Risiken gänzlich von Auflagen befreit.

b) Würdigung von Art. 35 E-VVG 2017

185 Entgegen damals schon vorhandener bundesgerichtlicher Rechtsprechung[338] hätte der Versicherungsgeber unter Art. 35 E-VVG 2017 einseitige Vertragsänderungen bei Konsumentenverträgen voraussetzungslos erwirken können. Die Annahme der Bestimmung hätte dadurch zur Folge gehabt, dass die weit verbreitete Praxis der Benutzung von einschränkungslosen einseitigen Änderungsrechten in AGB gesetzlich normiert und so vor allfälligen rechtlichen Einwänden geschützt gewesen

würde, der Versicherungsnehmerin oder dem Versicherungsnehmer ein gleiches Recht zuzugestehen».

337 Der Versicherungsgeber hätte nach Art. 3 E-VVG 2017 immerhin vorgängig auf das «im Vertrag vorgesehene Recht […], die Prämien einseitig anzupassen, und die entsprechenden Voraussetzungen» hinzuweisen. Das Gesetz hätte Versicherungsgeber indes nicht daran gehindert, diese Voraussetzungen tief anzusetzen. Vgl. diesbezüglich STÖCKLI, VVG, 434.

338 Vgl. BGE 135 III 1, E. 2.5. Dazu vorne, Rz. 121.

wäre.[339] Nach einer gesetzlichen Verankerung eines generellen Änderungsrechts wäre es etwa schwierig, von der Ungewöhnlichkeit oder inhaltlichen Unangemessenheit solcher Klauseln zu sprechen.

Der Bundesrat liess durch die Ausgestaltung von Art. 35 E-VVG 2017 verstehen, dass das seiner Meinung nach «stossende Ungleichgewicht» (vgl. vorne, Rz. 183) offenbar beseitigt werden könne, wenn der Versicherungsnehmer frühzeitig über die Änderung informiert und ihm ein Kündigungsrecht gewährt werde. Diverse Stimmen aus der Lehre stellen die kompensierende Wirkung des Kündigungsrechts jedoch in Frage.[340] Die Kündigung werde demnach oft keine valable Option für den Versicherungsnehmer darstellen, zumal er nicht selten – bspw. aufgrund fortgeschrittenen Alters – auf dem Versicherungsmarkt keine Möglichkeit haben wird, zu einer anderen Versicherung zu wechseln.[341] Versicherungsnehmer, welche keinen Anspruch auf Aufnahme in ein bestimmtes Versicherungsgefäss haben, sähen sich so gezwungen, Änderungen der AVB zu akzeptieren.[342] 186

Art. 35 E-VVG 2017 nimmt eine Kundensegmentierung vor, als dass einseitige Änderungen bei der Versicherung von beruflichen und gewerblichen Risiken gänzlich von Auflagen befreit gewesen wären. Die Versicherungsgeberin hätte für diesen Bereich somit weder die Änderung anzeigen noch dem Versicherungsnehmer ein Kündigungsrecht einräumen müssen. Auf den ersten Blick torpediert auch diese Regelung die bundesrätliche Erkenntnis, dass ein generelles einseitiges Recht zur Änderung der AVB ein «stossendes Ungleichgewicht» begründet. Als Rechtfertigung führt der Bundesrat an, dass es sich hierbei um Personen handle, «die des Schutzes nicht bedürfen».[343] Der Bundesrat geht insofern davon aus, dass bei beruflichen und gewerblichen Risiken keine Informationsasymmetrie vorliegt, welche den Schutz des Versicherungsnehmers legitimieren würde.[344] An anderer Stelle der Botschaft führt er hingegen aus, dass im Bereich der KMU durchaus ein «Informations- oder Einflussgefälle zwischen den Vertragsparteien» besteht.[345] 187

339 FUHRER, Chance, 328; STÖCKLI, VVG, 434.

340 Vgl. BRULHART, 60; EISNER-KIEFER, Bedingungsänderungsklauseln, 455 ff.; FUHRER, Chance, 328; STÖCKLI, VVG, 434.

341 BRULHART, 60; FUHRER, Chance, 328; STÖCKLI, VVG, 434.

342 FUHRER, Entwicklungen, 220; THOMI, 435.

343 Botschaft VVG 2017, 5119. Ähnlich auch schon Erläuternder Bericht VE-VVG, 33.

344 Kritisch STÖCKLI, VVG, 434.

345 Botschaft VVG 2017, 5133.

c) Parlamentarische Diskussionen

188 Der Nationalrat behandelte im Mai 2019 als Erstrat die bundesrätliche Vorlage zum VVG. Die Mehrheit der Stimmen im Nationalrat bezeichnete den Entwurf durchwegs als unfair und betitelte ihn als «Versicherungsinteressen-Schutzgesetz»[346]. Art. 35 E-VVG 2017 war dabei das am stärksten kritisierte Traktandum der parlamentarischen Diskussionen und verdiente gar die Bezeichnung als *«Pièce de Résistance»* der Vorlage.[347]

189 Diverse Voten im Nationalrat empfanden ein gesetzlich normiertes einseitiges Änderungsrecht als stossende Möglichkeit, die «Spielregeln» des Versicherungsvertrags nachträglich zu ändern.[348] «Das Schlimmste» sei dabei, dass Art. 35 E-VVG 2017 das Änderungsrecht an keine Voraussetzungen binde.[349] Es wurde vorgebracht, dass ein solch konzipiertes VVG keinem «Versicherungsgesetz, sondern ein[em] Ver*un*sicherungsgesetz»[350] gleichkäme und dass es mithin «gegen die Idee jedes Vertrages [sei], wenn sich eine Vertragspartei nicht daran halten»[351] müsse.

190 Unter Berufung auf die Parömie *«pacta sunt servanda»* wurde sodann Unmut darüber geäussert, dass man nicht «einem Vertragsteilnehmer das Recht geben [könne], den Vertrag einseitig zu verändern», gäbe man ihm sonst doch das Recht, «den Vertrag nicht einhalten zu müssen».[352] Insgesamt hat der Nationalrat einseitige Änderungsklauseln somit als nicht vertrauensfördernde Instrumente eingeschätzt; dies sei insofern prekär, als gerade eine Versicherung «ein Vertrauensverhältnis zwischen beiden Vertragsparteien» brauche.[353]

191 Von vielen Seiten wurde ins Feld geführt, dass die Einräumung eines Kündigungsrechts keine Abhilfe verschaffe, um der Benachteiligung durch die einseitige Änderung entgegenzuwirken. Es wurde anhand des Beispiels der Krankenzusatz-

346 AB NR 2019, 731 (Votum NR RYTZ).

347 AB NR 2019, 731 (Votum NR RYTZ). Vgl. auch AB NR 2019, 733 (Votum NR MÜLLER) («Nukleus»).

348 AB NR 2019, 734 (Votum NR BERTSCHY).

349 AB NR 2019, 739 (Votum NR BIRRER-HEIMO).

350 AB NR 2019, 734 (Votum NR BERTSCHY), Hervorhebung durch den Verfasser.

351 AB NR 2019, 734 (Votum NR BERTSCHY).

352 AB NR 2019, 741 (Votum NR JANS).

353 AB NR 2019, 742 (Votum NR BERTSCHY).

versicherung mehrfach[354] argumentiert, dass ein Kündigungsrecht den Versicherungsnehmer nicht kompensiere und dass dieser gar nicht erst in der Lage sei, alternativen Versicherungsschutz zu finden. Stellvertretend dazu soll das Votum von RYTZ angeführt werden:[355]

«Da zahlt zum Beispiel jemand jahrelang, jahrzehntelang in eine sehr teure Krankenzusatzversicherung ein und hofft auf eine gute Versorgung im Alter, und dann ändert die Versicherung plötzlich einseitig die Geschäftsbedingungen und schliesst zum Beispiel den Spitalaufenthalt einfach aus. Man kann die Versicherung ja kündigen, wenn es einem nicht mehr passt, hat es geheissen. Aber kündigen Sie mit 60 oder 70 Jahren eine Krankenzusatzversicherung, und suchen sie eine neue Kasse; das ist unmöglich. […]» 192

Der Blick in die parlamentarischen Diskussionen zeigt aber auch, dass sich der Nationalrat der Vorteile einseitiger Änderungsklauseln im Massenverkehr durchaus bewusst ist. Während der Sondersession musste er mithin über drei Alternativen zu Art. 35 E-VVG 2017 beraten, wobei Minderheitsantrag II einseitige Änderungsklauseln für kategorisch nichtig erklärt hätte.[356] Diverse Stimmen erachteten dies als zu extremen Vorschlag und brachten vor, dass die Möglichkeit zur einseitigen Änderung je nach den Umständen auch im Interesse der Versicherungsnehmer liegen könne.[357] Würde diese Möglichkeit fehlen, müssten Versicherungsgeberinnen etwa die Risikoprämie von vornherein in die Prämienberechnung miteinbeziehen.[358] Als weiteres Beispiel wurde angeführt, dass die einseitige Änderung der AVB infolge einer Entwicklung der Technologie angezeigt sein könnte.[359] Die unilaterale Vertragsänderung hätte, so ein anderes Votum, denn auch den Vorteil, im Interesse der Versicherungsnehmer schnell zu handeln und die Versicherungsbedingungen nach einem einfachen Verfahren zu ändern.[360] 193

---

354 Vgl. AB NR 2019, 733 (Votum NR MÜLLER); AB NR 2019, 739 (Votum NR BIRRER-HEIMO); AB NR 2019, 740 (Votum NR FELLER); AB NR 2019, 733 (Votum NR CHEVALLEY); AB NR 2019, 734 (Votum NR BERTSCHY); AB NR 2019, 741 (Votum NR RYTZ).

355 AB NR 2019, 741 (Votum NR RYTZ).

356 Vgl. AB NR 2019, 748.

357 AB NR 2019, 740 (Votum NR FELLER).

358 AB NR 2019, 744 (Votum NR AMAUDRUZ).

359 AB NR 2019, 740 f. (Votum NR FELLER).

360 AB NR 2019, 741 (Votum NR FELLER). Vgl. auch AB NR 2019, 742 f. (Votum BR MAURER).

IV Gesetzliche Leitbilder der einseitigen Vertragsänderung

194 Die Untersuchung gesetzlicher Sonderregeln hat illustriert, dass das Verständnis voraussetzungsloser einseitiger Änderungsrechte den hier besprochenen gesetzlichen Änderungsregeln fremd ist. Die Beispiele aus dem Mietrecht und dem Pauschalreiserecht offenbaren vielmehr ein Leitbild, dass hinter jeder einseitigen Änderungshandlung ein spezifischer, sachlicher Grund stehen muss. Während der Gesetzgeber im Pauschalreisegesetz durch eine abschliessende Liste von Gründen vorgibt, was er als sachlichen Grund zur einseitigen Preiserhöhung erachtet, auferlegt er bei einseitigen Änderungen im Mietrecht der Vermieterin eine strenge Begründungspflicht. Gerade durch diese detaillierte Begründungspflicht im Mietrecht lässt der Gesetzgeber verstehen, dass unbegründete einseitige Vertragsänderungen im Kern einer grundlosen Rechtausübung gleichkommen und deshalb nichtig sind.[361]

195 Die VVG-Revision zeigt schliesslich, dass der Gesetzgeber die gesetzliche Verankerung voraussetzungsloser einseitiger Änderungsrechte in Bezug auf Konsumentenverträge nicht zulassen will. Wäre Art. 35 E-VVG 2017 Gesetz geworden, hätte dies eine immense Leitbildwirkung entfaltet, als einschränkungslose einseitige Änderungsrechte nicht *per se* als ungewöhnlich oder unangemessen gegolten hätten. Die während den parlamentarischen Beratungen geäusserten Nachteile solcher Klauseln können somit als Votum gegen die gängige und weitverbreitete Praxis der Benutzung uneingeschränkter einseitiger Änderungsklauseln aufgefasst werden.

196 Die Ausführungen verdeutlichen sodann, dass der Gesetzgeber der Justiziabilität einer einseitigen Änderung sowie dem Interesse der Änderungsgegnerin an klaren Verhältnissen einen hohen Stellenwert zumisst. Gesetzliche Änderungsregeln im Miet- und Pauschalreiserecht verlangen von der änderungsberechtigten Partei die Angabe von bestimmten, hinreichend klaren Änderungsvoraussetzungen. Generalklauselartige Tatbestandsformulierungen lassen die besprochenen gesetzlichen Änderungsregeln nicht ausreichen. Bestimmtheitsanforderungen sollen vielmehr verhindern, dass änderungsberechtigte Parteien durch ungenaue Formulierungen von Tatbestand und Rechtsfolge in die Lage versetzt werden, ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume zu Lasten der Änderungsgegnerin auszunutzen. Durch Anforderungen an die notwendige Detailtiefe soll der Änderungsgegnerin eine

361 Vgl. ZK OR-HIGI, Art. 269d N 82.

Möglichkeit geschaffen werden, um die Legitimität und Plausibilität der einseitigen Änderung zu überprüfen und zu entscheiden, ob sie sich dagegen wehren will.

Die Analyse gesetzlicher Änderungsregeln im Miet- und Pauschalreiserecht sowie die Untersuchung zur Revision des VVG hat im Übrigen ergeben, dass Kündigungsrechten bei der Beurteilung der Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln stets Rechnung zu tragen ist. Mietzinserhöhungen und andere einseitige Änderungen durch die Vermieterin müssen stets die Kündigungsfrist einhalten. Das Pauschalreisegesetz gewährt ein gesetzliches Kündigungsrecht derweil nur bei «wesentlichen Vertragsänderungen», welche auch einseitige Preiserhöhungen von über 10 % umfassen. Der Gesetzgeber scheint entsprechend davon auszugehen, dass Änderungen unter dieser Erheblichkeitsschwelle der Änderungsgegnerin zumutbar und vom Konsens erfasst sind. Bei Preiserhöhungen von über 10 % erachtet der Gesetzgeber die Bindung des Kunden an den Vertrag indes als unzumutbar und sieht dessen Interessen durch ein Vertragslösungsrecht gewahrt. 197

Die Auseinandersetzung mit der Revision des VVG hat gleichzeitig auch veranschaulicht, dass die Gewährung eines Kündigungsrechts für den Änderungsgegner nicht in jeder Situation ein interessengerechtes Instrument darstellt. Die politischen Voten im Zusammenhang mit der Einführung einschränkungsloser einseitiger Änderungsrechte offenbaren vielmehr, dass der Gesetzgeber in der Einräumung eines Kündigungsrechts insbesondere im Bereich der Krankenzusatzversicherungen kein Allheilmittel erblickt. 198

Mit dem Fallbeispiel der Revision des VVG lässt sich schliesslich festhalten, wie schwierig sich die gesetzliche Erfassung von einseitigen Vertragsänderungsrechten gestaltet. Mit dem Scheitern der Totalrevision des VVG und der Streichung des heftig kritisierten Art. 35 E-VVG 2017 bleiben einseitige Prämien- und Bedingungsänderungsklauseln im VVG auch knapp 20 Jahre nach Beginn des Revisionsprozesses in einem gesetzlichen Vakuum. Gleichzeitig ist aber auch zu berücksichtigen, dass es das Parlament unterlassen hat, ein Verbot von einseitigen Änderungsklauseln in den Gesetzestext aufzunehmen; der Nationalrat hat sich vielmehr explizit gegen einen solchen Vorschlag ausgesprochen. Die parlamentarischen Diskussionen lassen insofern erkennen, dass sich der Gesetzgeber auch der Effizienzvorteile einseitiger Änderungsrechte bewusst ist. 199

§ 8 Folgerungen

200 Die Analyse der allgemeinen Kontrollmassstäbe hat ergeben, dass die in der Vertragspraxis oft vorkommenden einschränkungslosen einseitigen Änderungsklauseln bereits an den allgemeinen Hürden des zwingenden Rechts scheitern. Klauseln, welche voraussetzungs- und schrankenlose einseitige Änderungen erlauben, weisen nach Massgabe des Bestimmtheitsgebots keinen konsensfähigen Inhalt auf. Durch die mangelnde Begrenzbarkeit des Vertragsinhalts begründen sie zudem ein nicht tolerierbares Übermass an rechtsgeschäftlicher Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB. Die besprochenen gesetzlichen Regeln zur einseitigen Vertragsänderung verdeutlichen ebenfalls, dass gänzlich unbestimmte einseitige Änderungsrechte mit dem gesetzlichen Leitbild kollidieren.

201 Im Rahmen der im dritten Kapitel behandelten allgemeinen Kontrollansätze erlangt die Bestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln eine zentrale Bedeutung. Die Bestimmtheit resp. Unbestimmtheit einseitiger Änderungsrechte bildet mithin Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ihrer Zulässigkeit. Während sich offene Formulierungen der Änderungsparameter in einem Mangel in der Konsensbildung ausdrücken können, vermag die Unbestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln und die sich dadurch ergebende Gestaltungsmacht der änderungsberechtigten Partei auch auf inhaltlicher Ebene eine unzulässige Belastung zu begründen.

202 Im Laufe der Untersuchung hat sich verdeutlicht, dass ein inhärentes Spannungsverhältnis zwischen dem geforderten Grad an Bestimmtheit und dem Zweck der einseitigen Änderungsklausel als flexibles Mittel zur Zukunftsbewältigung besteht. Je bestimmter die einseitige Änderungsklausel die Kriterien zur Wahrnehmung des Änderungsrechts angibt und je stärker sie den möglichen Änderungsumfang einschränkt, desto weniger Gestaltungsspielraum verleibt der änderungsberufenen Partei in der Änderungssituation. Zu hohe Bestimmtheitserfordernisse sind entsprechend nicht mit dem Zweck einseitiger Änderungsklauseln vereinbar. Wie das Beispiel aus dem Pauschalreiserecht gezeigt hat, ist die detaillierte Formulierung einseitiger Änderungsklauseln aufgrund der mangelnden Planbarkeit und Voraussehbarkeit der zukünftigen Verhältnisse und Parteibedürfnisse mit hohen praktischen Hürden verbunden. Bestimmtheitserfordernisse dürfen nach hier vertretener Meinung folglich nicht derart überdehnt werden, dass sie der änderungsberechtigten Partei gar keinen Gestaltungsspielraum mehr gewähren und die Funktion von einseitigen Preisänderungsklauseln untergraben.

Im Rahmen der Analyse einseitiger Änderungsklauseln unter dem allgemeinen Kontrollinstrumentarium kommt schliesslich auch einem eingeräumten Kündigungsrecht eine beachtliche Rolle zu. Die inhaltsbezogene Kontrolle unter den Gesichtspunkten des Art. 27 Abs. 2 ZGB zeigt etwa, dass ein Kündigungsrecht eine entschärfende Wirkung entfalten kann. Durch eine Vertragslösungsmöglichkeit sieht sich die Änderungsgegnerin mithin nicht mehr schutzlos dem Willen der Gegenpartei ausgeliefert. Ein solches Lösungsrecht leistet indes keinen Beitrag zur minimalen Bestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln zur Bejahung eines Konsenses. Für die Belange des Bestimmtheitsgebot ist die Gewährung eines Kündigungsrechts somit unbeachtlich. 203

4. Kapitel:
AGB-Korrektiv

Die Dissertation hat sich dem Ziel verschrieben, die Einbettung von einseitigen Änderungsklauseln im schweizerischen AGB-Korrektiv zu untersuchen. Um zu verstehen, welche Anforderungen dieses Korrektiv an die Wirksamkeit einseitiger Änderungsklauseln stellt, beleuchtet das vierte Kapitel die für die Kontrolle solcher Bestimmungen relevanten AGB-spezifischen Instrumente. Methodisch wird dabei rechtsvergleichend vorgegangen, indem die für die Überprüfung von einseitigen Änderungsklauseln relevanten AGB-Kontrollinstrumente im schweizerischen Recht denjenigen aus dem deutschen Recht gegenübergestellt werden. Durch die Konkretisierung der AGB-Kontrollinstrumente schafft die Dissertation eine tragbare Grundlage für die nachfolgende, AGB-spezifische Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln. 204

§ 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen

I Definition

205 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Anlehnung an die Formulierung des § 305 Abs. 1 BGB bilden Allgemeine Geschäftsbedingungen «alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt».[362] Im Einklang mit dieser Definition qualifiziert die hiesige Lehre die Vorformulierung (Rz. 206 f.), die Mehrfachverwendungsabsicht (Rz. 208 f.) und das einseitige Stellen (Rz. 210) von AGB als begriffsnotwendige Eigenschaften für das Vorliegen von AGB.

1 Vorformulierung

206 Damit AGB vorliegen, müssen die in Frage stehenden Vertragsbedingungen vorformuliert sein. Dies bedeutet, dass sie nicht im Hinblick auf einen konkreten Vertragsschluss, sondern zeitlich früher formuliert wurden, um sie im Rahmen eines später folgenden Vertragsschlusses einzubeziehen.[363] Wer die AGB vorformuliert – der tatsächliche Verwender oder eine Drittpartei[364] – ist für deren rechtliche Qualifikation unerheblich.[365]

207 Der Zweck des Elements der «Vorformulierung» ist es, AGB von Individualabreden abzugrenzen.[366] Die Unterscheidung ist deshalb von zentraler Bedeutung, weil ein individuell ausgehandelter Vertrag einen «höheren Grad an Richtigkeitsgewähr»[367] in Bezug auf den Vertragsinhalt aufweist und dadurch immer Vorrang

362 Vgl. BGer 4A_330/2021 vom 5.1.2022, E. 2.1 m.w.H. Siehe auch Botschaft UWG 1983, 1051.

363 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 75.

364 Vgl. z.B. die «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten» (SIA-Norm 118) des schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA). Dazu auch BGE 118 II 295, E. 2b; 109 II 452, E. 3.

365 STÖCKLI/AESCHIMANN, 85 f.; WALKER, 6 ff. m.w.H.

366 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 80; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 8 N 12.

367 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 80.

vor vorformulierten, nicht verhandelten AGB-Klauseln geniesst.[368] Eine vorformulierte Klausel wird zu einer Individualabrede, wenn sie nachträglich individuell von den Parteien abgeändert wurde.[369]

2 Mehrfachverwendungsabsicht

AGB werden naturgemäss für eine Vielzahl von Transaktionen eingesetzt. Nach der wohl vorherrschenden Meinung stellt die Absicht zur mehrmaligen Verwendung der AGB ein begriffsnotwendiges Merkmal für deren Vorliegen dar.[370] Demnach ist massgebend, dass die Absicht besteht, AGB für eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu benutzen.[371] Das so verstandene Kriterium der «Mehrfachverwendungsabsicht» bedeutet nicht, dass AGB bereits mehrfach verwendet worden sein müssen. Zur Qualifikation als AGB genügt vielmehr bereits die erstmalige Verwendung, sofern ein mehrfacher Einsatz beabsichtigt ist.[372] Diese Absicht ist nach gewissen Lehrmeinungen vorhanden, wenn der Verwender die Klauseln mindestens dreimal benutzen will.[373] Andere Stimmen plädieren dafür, das Erfordernis der Mehrfachverwendungsabsicht gänzlich fallen zu lassen und unabhängig von der Absicht des Verwenders bereits beim erstmaligen oder einmaligen Vertragsabschluss auf Basis vorformulierter Bestimmungen diese als AGB zu qualifizieren.[374] 208

Nach der hier vertretenen Meinung sollte das Kriterium der Mehrfachverwendung von vorformulierten Vertragsbestimmungen aufgegeben werden. Für die einzelne 209

368 BGE 125 III 263, E. 4; 81 II 346, E. 2; BGer 5C.271/2004 vom 12.7.2005, E. 2.

369 BGer 4P.135/2002 vom 28.11.2002, E. 3.1. Dies gilt selbst dann, wenn die Klausel von den Parteien zwar verhandelt, aber nicht verändert wurde. Letztlich ist entscheidend, «dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann» (E. 3.3).

370 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1117; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 284 ff.; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 47.

371 Botschaft UWG 2009, 6177.

372 FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.19; HESS/RUCKSTUHL, 1194; PICHONNAZ, contrôle, 382.

373 HESS/RUCKSTUHL, 1194; PERRIG, 14.

374 So ausdrücklich Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 80. Siehe auch Baudenbacher Kommentar UWG-BAUDENBACHER, Art. 8 N 39; SCHIRRMACHER, 7 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 44.01. Im Kontext des deutschen AGB-Rechts eingehend BUZ, 27 f.

Kundin ist es irrelevant, wie viele Verträge der AGB-Verwender auf Grundlage vorformulierter und einseitig gestellter Bestimmungen abzuschliessen beabsichtigt bzw. tatsächlich abschliessen wird. In diesem Sinne sollte es auch für die Anwendung des AGB-Korrektivs keinen Unterschied machen, ob diese Bestimmungen nur einmal oder mehrfach zur Anwendung gelangen. Massgeblich muss letztlich sein, ob AGB zum Zweck des verallgemeinerten Gebrauchs verfasst und im Ergebnis als ausgehandelt zu qualifizieren sind oder nicht.[375]

3 Einseitiges «Stellen» der AGB

210 AGB liegen nur dann vor, wenn sie einseitig vom Verwender gestellt werden und diesem zuzurechnen sind.[376] «Stellen» bedeutet, dass der Verwender den Einbezug seiner Vertragsbestimmungen diktiert, ohne dass die Kundin deren Inhalt beeinflussen kann.[377] Im modernen Massengeschäft wird sich die Kundin im Zusammenhang mit vorformulierten Vertragsbedingungen typischerweise in einer Situation des *«take it or leave it»* befinden.[378] Der Nachweis, dass ein Unternehmen diese Vertragsbedingungen einseitig gestellt hat, dürfte somit leicht erbracht sein.[379] Es genügt bereits der einseitige Wunsch einer Partei, den Vertrag zu den von ihr bezeichneten Vertragsbedingungen abzuschliessen.[380] Hingegen liegen keine kontrollbedürftigen AGB vor, wenn keine oder aber beide Parteien den Einbezug von vorformulierten Vertragsbedingungen vorschlagen.[381]

---

375 Vgl. PICHONNAZ, modification, 709; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 44.01; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 1. Siehe auch BGer 4P.135/2002 vom 28.11.2002, E. 3.1: «[E]s kommt beim Kriterium der mehrfachen Verwendung auf den Zweck der Vorformulierung, nicht dagegen auf die Absicht des Verwenders an.»

376 Eingehend dazu DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 91 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 277 ff.

377 FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 67; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 91; SCHNYDER, AGB, 40.

378 So bereits explizit Botschaft UWG 1983, 1051.

379 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 92.

380 Siehe aus dem deutschen Recht MüKo BGB-BASEDOW, § 305 N 21; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 132.

381 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 91. An der einseitigen Auferlegung der AGB fehlt es ebenfalls, wenn deren Einbeziehung in den Vertrag auf einer freien Entscheidung der Parteien beruht, eine Partei bei Vertragsschluss also bspw. die Wahl zwischen den vorgeschlagenen AGB oder einem eigenen Alternativvorschlag hatte. Dazu aus der deutschen Lehre MüKo BGB-BASEDOW, § 305 N 21.

II Funktionen

AGB sind ein «Kind der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts».[382] Durch standardisierte Vertragsbestimmungen wurde ermöglicht, ebenso standardisierte Waren und Dienstleistungen effizient auf den Markt zu bringen und zu vertreiben.[383] Durch diese Rationalisierung der Geschäftstätigkeit ersparen sich sowohl Unternehmen als auch Kundinnen Zeit und Kosten einer Vertragsverhandlung.[384] AGB senken so Transaktionskosten und vereinfachen die Abwicklung des Vertragsschlusses, da sämtliche Vertragsbestimmungen zentral verwaltet werden können.[385] 211

AGB als «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» können sodann der Spezialisierung von nicht branchengerechten Gesetzesbestimmungen dienen.[386] Im Gegensatz zum Gesetz, welches oft nur lückenhafte dispositive Normen bereitstellt, regeln AGB Rechtsverhältnisse innerhalb eines gewissen Wirtschaftszweigs (z.B. zwischen einer Bank und ihrer Kundschaft) umfassend.[387] Unzweckmässige Gesetzesnormen können so unter geringem Aufwand durch Neuregelung in AGB fortentwickelt bzw. modernisiert werden. 212

Für den AGB-Verwender liegt der primäre Sinn von AGB schliesslich in der Gestaltung bzw. Modifikation der vertraglichen Risikoallokation. Unternehmen können durch den Einsatz von AGB vertragliche Risiken auf die Kundin abwälzen. Sie tun dies, indem sie systematisch und zum Nachteil der Kundinnen vom dispositiven Recht abweichen und ihre eigene Rechtsstellung verbessern, ohne sich speziell rechtfertigen zu müssen.[388] Neben den in der Literatur oft themati- 213

382 ZWEIGERT/KÖTZ, 325.

383 JENTSCH, Inhaltskontrolle, 73; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 282.

384 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1120; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 14.

385 BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 47; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 284 ff. Siehe auch A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.05, wonach die Verwenderin für den Einsatz von AGB juristisch weniger qualifiziertes Personal für den Abschluss selbst komplizierter Verträge einsetzen kann.

386 BK OR-KRAMER, Art. 1 N 289. Siehe auch WALKER, 19.

387 Kramer/Probst/Perrig-KRAMER, Rz. 2. Vgl. ferner JUNOD MOSER, 11.

388 BAUDENBACHER, Ansätze, 23; JUNOD MOSER, 12; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 286; WALKER, 21 f.

sierten Freizeichnungsklauseln[389] sind die hier untersuchten einseitigen Änderungsklauseln ein in der AGB-Praxis ebenso prominentes und bewährtes Mittel zur vertraglichen Risikoabwälzung.

III Problematik und Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle

214 Aufgrund des Zwecks der Risikoabwälzung werden AGB-Verwender systematisch versuchen, ihre Interessen in den AGB so weit wie möglich umzusetzen und die Grenzen des zwingenden Rechts auszuschöpfen (oder gar zu überschreiten). Diese Bevorzugung geht zu Lasten der Kundinnen, aber oftmals auch zu Lasten von KMU, welche Verträge mit Grossunternehmen oder dem Staat abschliessen.[390] Erschwerend kommt hinzu, dass AGB der verschiedenen Anbieter in vielen Branchen weitgehend gleich oder sehr ähnlich lauten,[391] wodurch beim Vertragsabschluss faktisch nicht auf alternative Vertragsregelwerke ausgewichen werden kann.[392] Dieser fehlende Konditionenwettbewerb reduziert die Vertragsfreiheit der marktschwächeren Partei bei Vertragsschluss zu einem *«take it or leave it»*, wonach sie sich entweder den AGB unterwirft oder gänzlich auf die Leistung verzichtet.[393] Die flächendeckende Verwendung solcher AGB führt im grösseren Kontext zur Verdrängung von demokratisch legitimiertem dispositivem Recht.[394] Dies ist deshalb problematisch, als der Gesetzgeber durch die Formulierung dispositiven Rechts die Interessen der Vertragsparteien gerade vernünftig auszugleichen versucht.[395]

215 Das einseitige Stellen von AGB und das damit einhergehende Diktieren des Vertragsinhalts steht ferner im offenen Widerspruch zur Vorstellung des Gesetzgebers

---

389 Zu Freizeichnungsklauseln statt vieler BSK OR I-HONSELL, Art. 199 N 1 ff.; REHMANN, 129 ff. Vgl. für weitere Beispiele typischer AGB-Klauseln zum Zweck der Risikoabwälzung WALKER, 22.

390 Botschaft UWG 2009, 6177; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1121a.

391 So schon BUCHER, Bankenverkehr, 49 f. Vgl. BK OR-KRAMER, Art. 1 N 290. Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive ZWEIGERT/KÖTZ, 326.

392 So auch der Befund in Botschaft UWG 2009, 6178.

393 CR CO I-MORIN, Art. 1 N 168; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5 m.w.H.

394 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1121b; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 289; SCHMID, AGB, 210 ff.

395 SCHMID, AGB, 207 ff. Aus einer rechtsökonomischen Optik BRÄNDLI, nutshell, 511 ff.

in Art. 1 Abs. 1 OR. Während der Verwender den Inhalt der AGB im Einzelnen kennen wird, erhält die Kundin die AGB normalerweise kurz vor Vertragsschluss und studiert sie deshalb nicht eingehend.[396] Die Situation ist geprägt von einem erheblichen «Konsensgefälle», da das Einverständnis mit den AGB aufseiten des Verwenders wesentlich stärker ist als aufseiten der Kundin.[397] Die AGB-Kontrolle dient dazu, dieser fehlenden Verhandlungssituation zu begegnen und die Kundin als schwächere Partei zu schützen.[398]

Neben dem Individualschutz gründet die Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle auch im Institutionenschutz.[399] Die Durchsicht und Analyse von AGB-Klauseln verschiedener Anbieter wäre für die Kundin mit hohen Informationskosten verbunden.[400] Der AGB-Verwender hat deshalb keinen Anreiz, «gute» AGB für die Kundin anzubieten, denn er kann Kosten sparen und Gewinne erhöhen, indem er die Klauseln zu Lasten aller Kundinnen verschlechtert. Gleichzeitig muss der Verwender nicht damit rechnen, dass die einzelne Kundin abwandern könnte, wird dieser doch aufgrund der hohen Informationskosten gar nicht bewusst werden, dass die Konkurrenz ihre Rechte besser regeln könnte.[401] Ohne eine AGB-Kontrolle durch die Rechtsordnung würden sich deshalb, ganz nach Massgabe des Akerlofschen «Markts für Zitronen», AGB mit den schlechtesten Konditionen für Konsumentinnen und Konsumenten durchsetzen *(«race to the bottom»).*[402] Die AGB-Problematik zeigt so exemplarisch die Notwendigkeit des Vertrauensschutzes auf: Durch die AGB-Kontrolle soll einem partiellem Marktversagen begegnen werden, welches auf ein Informations- und Motivationsgefälle zurückgeführt werden kann.[403] 216

396 A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.12; Kramer/Probst/Perrig-KRAMER, Rz. 7; MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 104.

397 Zum Begriff des Konsensgefälles A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.11.

398 Siehe JENTSCH, Inhaltskontrolle, 74, Fn. 4 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

399 Eingehend JENTSCH, Inhaltskontrolle, 75 ff.

400 KÖTZ, AGB-Kontrolle, 211 ff. Siehe auch SCHÄFER/OTT, 619.

401 SCHÄFER/OTT, 619.

402 KÖTZ, AGB-Kontrolle, 213; SCHÄFER/OTT, 617 ff.

403 JENTSCH, Inhaltskontrolle, 75; SCHÄFER/LEYENS, 782. Vgl. auch ATAMER, Wettbewerb, 41 ff.

§ 2 AGB-Kontrolle und Kontrollabfolge im Allgemeinen

217 Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bislang nicht zu einer gesetzlich verankerten Kontrolle von AGB durchringen können.[404] Das Gesetz befasst sich nur in einzelnen Bestimmungen[405] und in einer lauterkeitsrechtlichen Generalnorm (Art. 8 UWG) mit der AGB-Problematik. Die AGB-Kontrolle in der Schweiz basiert somit grösstenteils auf den in der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen des Vertragsrechts.

218 AGB werden nach dem Gesagten auf drei verschiedenen Kontrollebenen einer Prüfung unterzogen: Dies sind die Einbeziehungskontrolle, die Auslegungskontrolle und die Inhaltskontrolle.[406] Im Rahmen der Einbeziehungskontrolle ist zu prüfen, ob AGB vom Konsens der Parteien gedeckt sind und gültig zum Vertragsbestandteil erhoben wurden (Rz. 221 ff.). Durch die Auslegungskontrolle ist die Bedeutung der AGB bzw. einzelner AGB-Klauseln zu ermitteln (Rz. 252 ff.). Nachdem der Inhalt einer gültig einbezogenen AGB-Klausel festgelegt wurde, ist nach Massgabe der Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG zu beurteilen, ob der Inhalt der AGB zulässig ist (Rz. 279 ff.).

219 Die Abfolge und Unterteilung der AGB-Kontrolle in die Schritte Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle folgt der Logik des Vertragsabschlusses. Aus dogmatischer Sicht ist eine solche Unterteilung somit vertretbar. Aus funktionaler Optik ist die strikte Unterscheidung dieser drei Ebenen jedoch nicht sachgemäss. Die AGB-Kontrolle bildet vielmehr einen in sich geschlossenen Themenkomplex, in welchem Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle ineinander verflochten sind.[407] Man kann etwa das Vorhandensein einer vertraglichen Vereinbarung – als Frage, ob Parteien AGB gültig einbezogen haben – nicht losgelöst vom Inhalt dieser Vereinbarung beurteilen. Es gibt keinen Vertrag ohne festgelegten

---

404 Vgl. die Übersicht bei BRUNNER, Entwicklung, 22 ff.

405 Z.B. Art. 256 Abs. 2 lit. a und 288 Abs. 2 lit. a OR; Art. 3 Abs. 2 und 35 Abs. 1 VVG; Art. 4 PauRG.

406 Die hier getroffene Anzahl der Kontrollstufen orientiert sich an GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1123 ff. In der schweizerischen Lehre wird teilweise eine andere Systematik verwendet, ohne dass damit aus materiell-rechtlicher Perspektive ein anderes AGB-Korrektiv gemeint ist.

407 Im Kontext des CISG MITROVIC/MÜLLER-CHEN, 515. Ähnlich BUSER-GORA, 137; HAAS/HUG, 477 f.

Vertragsinhalt, und keinen Vertragsinhalt ohne das Vorhandensein eines Vertrags.[408] Weil der Vertragsinhalt ausserdem oft erst nach Auslegung feststeht, spielt die Auslegung von AGB auf allen Kontrollstufen eine bedeutende Rolle.

Das AGB-Korrektiv darf infolgedessen nicht als starre Prüfungsabfolge verstanden werden; es liegt an den Gerichten, den systematischen Zusammenhang zwischen den drei Kontrollebenen zu berücksichtigen, um eine kohärente und effektive AGB-Kontrolle zu gewährleisten. Die Verflechtung dieser Kontrollinstrumente wird im Laufe der nachfolgenden Untersuchung an verschiedenen Stellen zu Tage treten. 220

§ 3 Einbeziehungskontrolle

I Einbeziehungskontrolle nach schweizerischem Recht

Die Anwendung von AGB muss stets auf einer rechtsgeschäftlichen Grundlage beruhen. Im Rahmen der Einbeziehungskontrolle[409] wird entsprechend geprüft, ob AGB vom Parteikonsens erfasst und dadurch rechtmässig zum Vertragsbestandteil erhoben wurden.[410] Es gelten dabei grundsätzlich die allgemeinen Konsensregeln der Art. 1 ff. OR.[411] 221

1 Überblick

Dogmatisch unterscheidet das Schweizer Recht zwischen der Voll- und Globalübernahme von AGB. Bei der Vollübernahme liest, versteht und akzeptiert die 222

408 VISCHER, UWG, 967.

409 Die Literatur verwendet auch die Begriffe Konsens-, Abschluss- oder Übernahmekontrolle.

410 Anstatt vieler FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 72.

411 Die Übernahme von AGB kann demnach ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die Möglichkeit der stillschweigenden (konkludenten) Zustimmung wird jedoch nur im *b2b*-Bereich anerkannt; vgl. dazu SCHMID, Globalübernahme, 854 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 51.

Kundin die AGB tatsächlich.[412] Als Ausnahmefall kommt der Vollübernahme in der Praxis keine wesentliche Bedeutung zu; bei Konsumentenverträgen besteht vielmehr eine Vermutung für eine Globalübernahme von AGB.[413] Als global übernommen gelten sämtliche Klauseln, welche die Kundin nach der allgemeinen Erfahrung nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.[414] Die mit der Globalübernahme einhergehende Kenntnisfiktion von AGB führt trotzdem dazu, dass die Kundin nach Massgabe des Vertrauensprinzip sämtliche AGB-Klauseln gültig akzeptiert.[415] Aufgrund dessen haben Lehre und Rechtsprechung die allgemeinen Konsensvoraussetzungen um zusätzliche, verschärfte AGB-Einbeziehungsregeln ergänzt.

223 So kann etwa nach der sog. Zugänglichkeitsregel ein AGB-Verwender nur dann auf einen Übernahmewillen der global zustimmenden Partei schliessen, wenn er dieser Partei die Möglichkeit verschafft hat, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.[416] Dazu bietet sich primär die physische Übergabe der AGB an; für den elektronischen Vertragsabschluss müssen AGB heruntergeladen, gespeichert und ausgedruckt werden können.[417] AGB müssen ferner verständlich formuliert und ohne Probleme lesbar sein.[418] Diese Anforderungen gelten sowohl im *b2c*- als auch im *b2b*-Verkehr.[419]

224 Im Rahmen der Einbeziehungskontrolle ist an zweiter Stelle die Ungewöhnlichkeitsregel zu beachten. Da das schweizerische Bundesgericht einseitige Änderungsklauseln in AGB bisher anhand der Ungewöhnlichkeitsregel kontrolliert hat

---

412 ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 461: «Der Erklärende hat jede Regel des Inhaltes der AGB aufmerksam geprüft und gibt sich über deren Tragweite Rechenschaft. Er stimmt jeder Regel bewusst zu, in richtiger Erkennung ihres Inhalts.»

413 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1128c; HUGUENIN, OR, Rz. 617; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.40; SCHMID, Globalübernahme, 856; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 52.

414 BGer 4C.427/2005 vom 4.5.2006, E. 2.1; 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1.

415 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 116. Relativierend SCHMID, Globalübernahme, 864.

416 BGE 139 III 345, E. 4.3; 100 II 200, E. 5d; 77 II 156, E. 4; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 76; KLETT/HURNI, 85; PERRIG, 29 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.02 f.

417 FURRER, Einbezug, 145 f.; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 159.

418 HUGUENIN, OR, Rz. 616; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 327. Eine unzumutbare Kenntnisnahme liegt bspw. vor, wenn die AGB in einer unüblichen, dem Kunden nicht geläufigen Sprache abgefasst sind.

419 Grundsätzlich werden im *b2b*-Bereich aber tiefere Anforderungen gestellt. Siehe PERRIG, 292 ff. Vgl. auch BGE 77 II 154, E. 4.

(BGE 135 III 1, eingehend hinten, Rz. 369 ff.), drängt sich eine vertiefte Analyse dieses Kontrollinstruments auf.

2 Ungewöhnlichkeitsregel

a) Funktion und dogmatische Grundlage

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der global erklärten Zustimmung des Kunden alle ungewöhnlichen AGB-Klauseln ausgenommen, auf deren Existenz die akzeptierende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist.[420] Als Teil der Einbeziehungskontrolle klammert die Ungewöhnlichkeitsregel all jene Klauseln aus dem Parteikonsens aus, mit denen die Partei zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise nicht gerechnet hat und auch nicht rechnen musste.[421] Das Bundesgericht entwickelte die Ungewöhnlichkeitsregel im Zusammenhang mit Gerichtsstandsklauseln in AGB, die einen Verzicht der unerfahreneren Partei auf das von der alten Bundesverfassung garantierte Recht auf ein Wohnsitzgericht vorsahen (heute Art. 30 Abs. 2 BV).[422] 225

Die Ungewöhnlichkeitsregel muss vor dem Hintergrund des Vertrauensprinzips verstanden werden. Eigentlich würde die global akzeptierende Kundin sämtliche AGB rechtswirksam akzeptieren, weil gemäss der Erklärungstheorie eine gültige Willenserklärung nicht voraussetzt, dass sich die Erklärende des Inhalts ihrer Erklärung bewusst war.[423] Nach Massgabe des Vertrauensprinzips hat eine Globalübernahme jedoch nicht zur Folge, dass die Kundin auch geschäftsfremde Bestimmungen akzeptiert; der AGB-Verwender darf nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Übernahme von atypischen Klauseln durch die Kundin 226

---

420 Vgl. aus der jüngsten Rechtsprechung BGer 5A_86/2021 vom 2.11.2021, E. 3.1.1. Siehe auch BGE 135 III 1, E. 2.1 m.Verw. auf BGE 119 II 443, E. 1a. Im Ganzen HARTMANN, 139 ff.

421 BGE 138 III 411, E. 3.5; 135 III 1, E. 2.1; 133 III 607, E. 2.2; 119 II 443, E. 1a. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1136; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 181.

422 Vgl. BGE 109 Ia 55; 104 Ia 278. Jüngst zu Gerichtsstandsklauseln in AGB HAAS/HUG, 470 ff.

423 BGE 76 I 338, E. 4; 41 II 446, E. 2; 34 II 523, E. 3; SCHMID, Globalübernahme, 857 ff. m.w.H.

gewollt war.[424] Die Ungewöhnlichkeitsregel ist nach dem Gesagten aber keine reine Konsumentenschutzregel – nach Treu und Glauben erlangen global übernommene, atypische Klauseln auch im *b2b*-Verkehr keine Geltung.[425]

b) Voraussetzungen

227 Als «Überraschungsregel» findet die Ungewöhnlichkeitsregel dort keine Anwendung, wo der Kunde von der ungewöhnlichen Klausel Kenntnis erlangt hat (Rz. 228 f.). Die in Frage stehende AGB-Klausel muss nach gängiger Rechtsprechung ausserdem sowohl subjektiv (Rz. 230) als auch objektiv (Rz. 231 ff.) ungewöhnlich sein.[426]

aa) Keine Kenntnis der ungewöhnlichen AGB-Klausel

228 Selbst überraschende Klauseln können gültig in den Vertrag einbezogen werden, wenn der AGB-Verwender die Kundin bei Vertragsschluss gesondert auf diese aufmerksam macht.[427] Der Verwender hat es mit anderen Worten in der Hand, die Ungewöhnlichkeitsregel zu umgehen, indem er die Kundin von der ungewöhnlichen Klausel in Kenntnis setzt und das Überraschungsmoment beseitigt. Dem Verwender wird dazu etwa empfohlen, ungewöhnliche Klauseln optisch hervorzuhe-

---

424 BGE 135 III 1, E. 2.1; 76 I 338, E. 4; 64 II 355, E. 2. Siehe auch SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 6 f.

425 Vgl. hierzu BGE 109 II 452, E. 4; BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1 ff.

426 Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung lange Zeit zusätzlich ein Macht- oder Erfahrungsgefälle zwischen der global akzeptierenden Partei und der AGB-Verwenderin vorausgesetzt, wonach sich nur die schwächere oder unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen konnte. Die Lehre hat diese Praxis kritisiert, da auch eine wirtschaftliche starke oder geschäftserfahrene Partei unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten von einer geschäftsfremden Klausel überrascht werden kann. Im Entscheid BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018 ist das Bundesgericht der Lehrmeinung gefolgt, indem es festhielt, dass es sich für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel beim Zustimmenden nicht zwingend um eine schwächere oder unerfahrene Partei handeln muss. Siehe E. 3.3.1 des besagten Entscheids für Hinweise zur alten Rechtssprechungspraxis und E. 3.3.2 für Literaturhinweise.

427 Vgl. BGE 138 III 411, E. 3.1; 135 III 225, E. 1.3; 135 III 1, E. 2.1; 119 II 443, E. 1a. Aus der Literatur GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1137; KLETT/HURNI, 85; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.40; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.12; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54.

ben, indem er sie auffällig platziert, typographisch besonders hervorhebt oder im Hauptvertrag nochmals wiederholt.[428]

Eine solche Praxis zur Aushebelung der Ungewöhnlichkeitsregel wird in der Lehre zu Recht kritisiert.[429] Nach Treu und Glauben darf der AGB-Verwender trotz Hervorhebung einer atypischen Klausel nämlich nicht damit rechnen, dass die zustimmende Partei die Bestimmung akzeptiert, wenn sie deren Bedeutung nicht verstehen kann.[430] Die Kundin wird ungewöhnliche Klauseln trotz Hervorhebung gar nicht erst wahrnehmen, weil sie die AGB im Regelfall eben gerade global akzeptiert, sie also nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.[431] Es wäre folglich realitätsfremd anzunehmen, dass sich die global zustimmende Partei dem überraschenden Bedeutungsgehalt der Klausel durch blosse Hervorhebung bewusst werde.[432] 229

bb) Subjektive Ungewöhnlichkeit

Eine AGB-Klausel ist subjektiv überraschend, wenn ihr Inhalt und die Erwartungen der Kundin derart auseinandergehen, dass der Klausel ein eigentlicher Überraschungseffekt zukommt.[433] Diese Ungewöhnlichkeit bestimmt sich aus der Sicht der zustimmenden Partei zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und ist einzelfallabhängig.[434] Je weniger geschäfts- oder branchenerfahren die Kundin ist, desto eher wird eine AGB-Klausel für sie ungewöhnlich sein.[435] Die individuellen Vor- 230

---

428 Vgl. BGE 140 III 404, E. 5.3.1; 138 III 411, E. 3.5; 104 1a 278, E. 4a, 4b; BGer 4C.202/2004 vom 14.9.2004, E. 4; HUGUENIN, OR, Rz. 626; KLETT/HURNI, 58.

429 MAISSEN, Art. 8 UWG, 315; STÖCKLI/BIERI, 404; WALKER, 55; ZELLWEGER-GUTKNECHT, 83.

430 Dies kann etwa bei Fremdsprachigen oder Parteien mit Behinderung der Fall sein. Vgl. dazu BGE 104 Ia 278, E. 4c. Siehe auch BGE 129 III 702, E. 2.4.1; 131 III 606, E. 4.2; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.40.

431 Vgl. BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1; HAAS/HUG, 480; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 184; STÖCKLI/BIERI, 404; WALKER, 55; ZELLWEGER-GUTKNECHT, 83.

432 ZELLWEGER-GUTKNECHT, 83. Vgl. auch TH. KOLLER, Bundesgericht, 948; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 184; WIDMER, Rz. 96, Fn. 217; WALKER, 55.

433 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 178 m.w.H.; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.37.

434 BGE 138 III 411, E. 3.1; 135 III 1, E. 2.1; BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018, E. 3.3.3 m.w.H.

435 BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018, E. 3.3.3. Siehe dazu auch BGE 138 III 411, wo das Bundesgericht festhielt, dass eine Ärztin oder Zahnärztin nicht *per se* als geschäfts-

stellungen und Kenntnisse der Kundin dürfen in jedem Fall aber nur insoweit massgebend sein, wie sie für den AGB-Verwender erkennbar waren.[436] Die subjektive Komponente der Ungewöhnlichkeitsregel bringt zum Ausdruck, dass selbst branchenübliche AGB-Klauseln ungewöhnlich sein können, wenn es sich bei der zustimmenden Partei um eine branchenfremde handelt.[437]

cc) Objektive Ungewöhnlichkeit

231 Zur Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel muss eine AGB-Klausel einen «objektiv geschäftsfremden Inhalt» aufweisen.[438] Dies ist nach dem Bundesgericht gegeben, wenn die Klausel «zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt».[439] Vor diesem Hintergrund können selbst branchenübliche Klauseln objektiv ungewöhnlich sein, wenn sie geschäftsfremd sind und signifikant vom dispositiven Recht abweichen.[440]

232 Aus dogmatischer Perspektive sind die Ungewöhnlichkeit und die Unbilligkeit grundsätzlich auseinanderzuhalten: Bei der Ungewöhnlichkeit geht es formell betrachtet um eine Frage der Konsensbildung, während die Unbilligkeit die Grenzen der Vertragsfreiheit tangiert.[441] In seiner ständigen Praxis zur Ungewöhnlichkeitsregel berücksichtigt das Bundesgericht jedoch auch Billigkeitserwägungen, um die objektive Ungewöhnlichkeit von AGB zu begründen: Je stärker eine Klausel

---

erfahren hinsichtlich der Frage des Deckungsgrades von Taggeldversicherungen anzusehen ist.

436 BGE 109 II 452, E. 5b.

437 BGE 138 III 411, E. 3.1; BGer 4A_119/2015 vom 3.6.2015, E. 2.2; 4A_187/2007 vom 9.5.2008, E. 5.1; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 169 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54.

438 BGE 138 III 411, E. 3.1; 135 III 1, E. 2.1; BGer 4A_196/2019 vom 10.7.2019, E. 2.1; 4A_119/2015 vom 3.6.2015, E. 2.2. Siehe aus der Literatur BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54.

439 BGE 138 III 411, E. 3.1; 135 III 225, E. 1.3; 135 III 1, E. 2.1; BGer 4A_119/2015 vom 3.6.2015, E. 2.2. Weiterführend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1138a.

440 In BGE 109 II 452 (bekannt als «Hühnerstall-Fall») stellte sich etwa die Frage, ob die branchenweit bekannte SIA-Norm 118 ungewöhnlich war. Siehe auch TH. KOLLER, Bundesgericht, 950.

441 Vgl. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.36, 8.108. Missverständlich deshalb BGE 109 III 213, E. 2a, wo das Bundesgericht für die Ungewöhnlichkeitsregel den Begriff «Inhaltskontrolle» verwendet.

die Rechtsstellung der Kundin beeinträchtigt, desto eher ist sie nämlich als ungewöhnlich zu qualifizieren.[442] Massgeblich ist somit die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts, als das Bundesgericht eine AGB-Klausel umso eher als ungewöhnlich einstuft, je stärker sie vom dispositiven Recht zu Lasten der Kundin abweicht. Das Gericht prüft in diesem Sinne unter der objektiven Ungewöhnlichkeit zwangsweise auch die inhaltliche Ausgestaltung einer Klausel. Die Lehre bezeichnet eine solche Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel als «verdeckte Inhaltskontrolle». [443] Die Anwendung des Kriteriums der objektiven Ungewöhnlichkeit lässt sich mittlerweile tatsächlich nur schwierig von einer offenen AGB-Inhaltskontrolle unterscheiden.[444]

Die Doktrin steht einer solchen Rechtsprechungspraxis kritisch gegenüber, da sie 233
in methodisch fehlerhafter Weise die Einbeziehungs- mit der Inhaltskontrolle vermische und die Ungewöhnlichkeit einer Klausel mit deren Unbilligkeit verwechsle.[445] Nach der hier vertretenen Auffassung werden sich die Ungewöhnlichkeit und die Unbilligkeit als Elemente der Einbeziehungs- resp. Inhaltskontrolle jedoch zwangsweise überlappen. Ob eine Klausel nach Massgabe des der Ungewöhnlichkeitsregel zugrundeliegenden Vertrauensprinzips zum Vertragsbestandteil erhoben wird, ist abhängig davon, ob die global zustimmende Partei nach Treu und Glauben mit einer solchen Klausel rechnen musste. Ob eine Partei mit einer gewissen Klausel rechnen muss, hängt dabei wesentlich vom erwarteten Inhalt der besagten Klausel ab.[446] Aus einer funktionalen Perspektive werden somit zwangsweise auch Billigkeitserwägungen in die Beurteilung der Ungewöhnlichkeit miteinfliessen.[447] Dies impliziert nicht, dass die Unbilligkeit einer Klausel zwingende Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel sei. Die Unbillig-

---

442 BGE 138 III 411, E. 3.1; 135 III 225, E. 1.3; 135 III 1, E. 2.1; 119 II 443, E. 1a. Vgl. FUHRER, AVB.

443 Vgl. TH. KOLLER, Bundesgericht, 943 ff.; FORSTMOSER, 22; BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 280.

444 TH. KOLLER, Bundesgericht, 950; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 46.04; WIDMER, Rz. 358, 368; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 65. Vgl. OR 2020-VOGT, Art. 33 N 2.

445 GAUCH, AVB, 83 f.; BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 279; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.12.

446 HARTMANN, 142. Vgl. auch POUGET-HÄNSELER, 174.

447 Ähnlich wie hier GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1139c; HARTMANN, 142; TH. KOLLER, Bundesgericht, 950; SCHMID/RÜEGG, 890. Vgl. auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.36; KLETT/HURNI, 85.

keit wird oft aber ein gewichtiges Indiz für die Ungewöhnlichkeit darstellen und regelmässig mit letzterer zusammenfallen.[448]

c) Defizite

234 Im Zusammenhang mit der Bekämpfung problematischer AGB weist die Ungewöhnlichkeitsregel und die dadurch praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln wesentliche Schwächen auf.[449] Zum einen sei in Erinnerung gerufen (vgl. vorne, Rz. 228 f.), dass AGB-Verwender die Ungewöhnlichkeitsregel gänzlich umgehen können, wenn sie die Kundin besonders auf potenziell ungewöhnliche Klauseln hinweisen. Fehlt somit das grundlegende Überraschungsmoment, kann nur mittels offener Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG einer objektiv ungewöhnlichen Klausel begegnet werden.[450]

235 Ferner bietet die verdeckte AGB-Inhaltskontrolle im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel im Vergleich zur offenen Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG keinen gleichwertigen Schutz vor missbräuchlichen AGB. Dies liegt im Wesentlichen im unterschiedlichen Fokus dieser zwei Kontrollinstrumente. Im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel als Teil der Einbeziehungskontrolle sollte lediglich geprüft werden, *ob* eine gültige Zustimmung zu den AGB vorliegt, d.h. ob die zustimmende Partei Kenntnis von einer bestimmten Klausel erlangt hat oder ihr eine solche zugerechnet werden kann. Unter der Inhaltskontrolle ist dagegen zu prüfen, ob eine Klausel gültig ist, *obwohl* ihr der Kunde zugestimmt hat. Diese unterschiedliche Optik hat einen direkten Einfluss auf den Prüfungsmassstab, welchen man der AGB-Kontrolle zugrunde legt.[451] Was inhaltlich bereits als unangemessen qualifiziert wird, muss nicht gleichzeitig objektiv geschäftsfremd im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel sein.[452] Ungewöhnlichkeit darf nur schon deshalb nicht

---

448 BIERI, avenir, 719 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1139c; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.34. Vgl. auch CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 119.

449 Eingehend dazu TH. KOLLER, Bundesgericht, 942. Siehe auch SCHMID, Inhaltskontrolle, 3; BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 280.

450 BIERI, avenir, 718; BOHNET, Prozessklauseln, 524; TH. KOLLER, Bundesgericht, 942; PICHONNAZ/FORNAGE, 292; WIDMER, Rz. 368, 370.

451 TH. KOLLER, Bundesgericht, 952.

452 Ausführlich TH. KOLLER, Bundesgericht, 952; vgl. PROBST, Bankgebühren, Rz. 74. In Übereinstimmung mit dieser Überlegung lässt sich gemäss TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 27 beobachten, dass das Bundesgericht lange Zeit einen eher strengen Massstab an das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit angelegt hat; ähnlich BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 65.

leichthin angenommen werden, weil die Globalübernahme des gesamten AGB-Vertragswerks zur Folge hat, dass die zustimmende Partei gewisse Unsicherheiten bzw. eine «inhaltliche Variationsbreite» bewusst in Kauf nimmt.[453]

d) Verhältnis zur Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

aa) Problematik

Als Teil der Einbeziehungskontrolle könnte ein Gericht durch die Ungewöhnlichkeitsregel atypischen Klauseln theoretisch die Wirkung versagen, ohne deren inhaltliche Unangemessenheit unter Art. 8 UWG beweisen zu müssen. Durch die bisherig praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle ergeben sich jedoch schwierige Abgrenzungsfragen zwischen der Ungewöhnlichkeitsregel und der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG. Fraglich ist insbesondere, ob das Bundesgericht angesichts der Neufassung von Art. 8 UWG, mit dem ein Instrument für eine offene Inhaltskontrolle von Konsumenten-AGB bereitsteht, an der Praxis der verdeckten Inhaltskontrolle festhalten sollte.[454] 236

Die Beantwortung dieser Frage ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung von erheblicher Relevanz. Das Bundesgericht hat einseitige Änderungsklauseln mit der Entscheidung in BGE 135 III 1 bislang nur auf Grundlage der Ungewöhnlichkeitsregel einer AGB-spezifischen Prüfung unterzogen. Das besagte Urteil, welches vor der Neufassung von Art. 8 UWG erging, stellt dabei ein exemplarisches Beispiel für die verdeckte Inhaltskontrolle dar (eingehend hinten, Rz. 369 ff.). Die Klärung des zukünftigen Verhältnisses der Ungewöhnlichkeitsregel zu Art. 8 UWG hat somit einen unmittelbaren Einfluss darauf, welchen AGB-spezifischen Kontrollmechanismus man der inhaltlichen Ausgestaltung von einseitigen Änderungsklauseln zugrunde legt. Da Art. 8 UWG nur Konsumentenverträge betrifft, muss dessen Verhältnis zur Ungewöhnlichkeitsregel separat für *b2c* und *b2b*-Verträge eruiert werden.[455] 237

bb) Konsumenten-AGB

Das Schweizer Recht enthielt vor Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG keinen griffigen Mechanismus zur AGB-Inhaltskontrolle. Gerichte glichen diesen Man- 238

---

453 HUGUENIN, OR, Rz. 620; TH. KOLLER, Bundesgericht, 952; ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 499. Kritisch dazu A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.42

454 Vgl. die Fragestellung bei WIDMER, Rz. 369.

455 Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 514; WIDMER, Rz. 359.

gel aus, indem sie eine versteckte Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel durchführten.[456] Die besondere Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel muss deshalb als «Krücke» in einer Vergangenheit ohne wirksame Instrumente gegen problematische AGB gesehen werden.[457] Nach der jüngeren Lehre sollte die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch in den Hintergrund rücken, als Art. 8 UWG eine vollumfängliche inhaltliche Kontrolle von AGB ermögliche.[458] Dieser Ansicht ist, besonders im Hinblick auf die Defizite der Ungewöhnlichkeitsregel (vorne, Rz. 234 f.), zuzustimmen. Zu klären gilt es infolgedessen, wie der zukünftige rechtliche Stellenwert der Ungewöhnlichkeitsregel zu umreissen ist.

239 Einem Vorschlag von PROBST folgend sollte die Ungewöhnlichkeitsregel künftig etwa *qualitativ* ungewöhnliche, sach- oder geschäftsfremde Klauseln erfassen und vom Konsens ausklammern, und zwar auch dann, wenn ihnen nur in geringem Masse eine benachteiligende Wirkung für den Kunden zukomme.[459] Bei der Kontrolle nach Art. 8 UWG sollen hingegen Klauseln für unwirksam erklärt werden, welche den Kunden in *quantitativer* Hinsicht missbräuchlich benachteiligen. Nach der hier vertretenen Meinung ist jedoch zweifelhaft, ob einer solchen Differenzierung nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten genügend Unterscheidungskraft zukäme. Der Übergang von quantitativ benachteiligenden zu qualitativ überraschenden Klauseln dürfte vielmehr genauso fliessend sein wie derjenige zwischen unbilligen und ungewöhnlichen Klauseln.

240 PICHONNAZ[460] und JENTSCH[461] sprechen sich derweil für ein Vorgehen aus, wonach zunächst die Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG zu prüfen und diese Kontrolle allenfalls durch eine subsidiäre Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel zu beurteilen und nötigenfalls zu ergänzen sei. Dieser Ansatz verdient Zuspruch: Die Defizite der Ungewöhnlichkeitsregel legitimieren es, bei der Kontrolle von

---

456 Vgl. BRUNNER, Kontrolle, 327 f.; TH. KOLLER, Bundesgericht, 945; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 86. Vgl. auch KuKo OR-WIEGAND/HURNI, Art. 1 N 25; STÖCKLI, Inhaltskontrolle, 184 ff.

457 Vgl. SCHWENZER/HACHEM/KEE, Rz. 12.22: *«The scrutiny of standard terms at the level of incorporation by the notion of surprising terms is more widely used where there is no or only little substantive control of unfair clauses.»*

458 BIERI, avenir, 719; HUGUENIN/MAISSEN, 113; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 518; PICHONNAZ/FORNAGE, 292 f.; WIDMER, Rz. 372. Siehe auch OR 2020-VOGT, Art. 33 N 14.

459 PROBST, Kontrolle, 258; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 518.

460 CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 86 f.

461 JENTSCH, Inhaltskontrolle, 85

AGB-Klauseln der offenen Inhaltskontrolle den Vorzug zu geben. Art. 8 UWG räumt dem Gericht eine grössere Überprüfungsbefugnis ein, wobei die inhaltliche Unangemessenheit der AGB-Klausel nicht nur «versteckt» Berücksichtigung findet.[462] Die offene Inhaltskontrolle verkörpert in diesem Sinne das feinere Sieb im Kampf gegen unfaire AGB-Klauseln. Im Gegensatz dazu können mit der Ungewöhnlichkeitsregel durch das Kriterium der Geschäftsfremdheit lediglich die dem zugrundeliegenden Vertrag atypischsten Klauseln aussortiert werden, welche mit dem Geschäftskern kollidieren.[463] Es liegt im Interesse der Effektivität der AGB-Kontrolle, hier der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG den Vorrang zu überlassen.[464]

cc) Unternehmer-AGB

241 Für *b2b*-Verträge stellt sich die Konkurrenzfrage zwischen der Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG von vornherein nicht, da Art. 8 UWG auf Konsumentenverträge beschränkt ist. Obschon keine offene AGB-Inhaltskontrolle im *b2b*-Bereich existiert, werden sich Unternehmen aber weiterhin auf die Ungewöhnlichkeitsregel als Instrument der Einbeziehungskontrolle berufen können. Der *Status quo* besteht somit darin, dass im *b2b*-Verkehr ein schlechterer Schutz vor unfairen AGB herrscht, als dies unter dem alten Art. 8 UWG der Fall war, welcher auch im *b2b*-Verkehr galt.[465]

242 Angesichts dessen dürfte der Schutz durch die Ungewöhnlichkeitsregel im *b2b*-Kontext mit der Neufassung des Art. 8 UWG an Bedeutung gewinnen.[466] Die Lehre spricht sich mithin dafür aus, im *b2b*-Verkehr zum Schutz der Unternehmen

---

462 Vgl. LLEWELLYN, 703: *«Covert tools are never reliable tools.»* Ferner SCHWENZER/HACHEM/KEE, Rz. 12.24.

463 Vgl. die Gedanken bei TH. KOLLER, AGB-Kontrolle, 232.

464 Relativierend zu seinem Vorschlag räumt JENTSCH, 85, ein, dass eine solche Vorgehensweise jedoch die Natur der Ungewöhnlichkeitsregel als Bestandteil der Einbeziehungskontrolle ignorieren würde, deren Zweck darin bestehe, atypische Klauseln im Vornhinein vom Konsens auszuklammern. Erst danach hätte die Inhaltskontrolle zu erfolgen. Unter dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Verständnis der AGB-Kontrolle und der Ungewöhnlichkeitsregel prallt diese (Selbst-)Kritik ab: Die AGB-Kontrolle gibt keine starre Prüfungsabfolge vor (vorne, Rz. 219 f.), und die Ungewöhnlichkeitsregel beschlägt aus funktionaler Perspektive auch die inhaltliche Angemessenheit einer AGB-Klausel (vorne, Rz. 233).

465 Im Ganzen Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 515 ff.

466 Vgl. LOACKER, 162; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 516.

an der Praxis der verdeckten Inhaltskontrolle festzuhalten.[467] Im Resultat hiesse dies, dass Gerichte die Ungewöhnlichkeitsregel je nach betroffenem Personenkreis unterschiedlich anwenden müssten.[468] Im *b2b*-Sektor bliebe ausserdem der in der Lehre diskutierte Mangel der verdeckten, methodenunehrlichen Inhaltskontrolle (vgl. vorne, Rz. 233) unbehoben. Es wäre unter diesem Blickwinkel entsprechend überzeugender, sich auch im unternehmerischen Verkehr offen für eine Inhaltskontrolle von AGB zu bekennen.

II Einbeziehungskontrolle nach deutschem Recht

1 Überblick

243 Im Gegensatz zur schweizerischen Rechtsordnung sind die Modalitäten der Einbeziehung von AGB unter dem deutschen Recht gesetzlich verankert.[469] AGB werden gemäss § 305 Abs. 2 BGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn der AGB-Verwender ausdrücklich auf diese hingewiesen und der Kundin die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Diese qualifizierten Zugänglichkeitserfordernisse gelten nur gegenüber Konsumenten, [470] nicht aber im unternehmerischen Geschäftsverkehr (vgl. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB).[471]

244 § 305c Abs. 1 BGB verkörpert sodann das deutsche Äquivalent zur Ungewöhnlichkeitsregel. Nach der Vorschrift werden AGB-Klauseln, «die nach den Umstän-

---

467 GROLIMUND, 228; HUGUENIN, OR, Rz. 612; KUT/STAUBER, Rz. 117; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 86; SCHMID, Inhaltskontrolle, 19. Zu betonen bleibt, dass im *b2b*-Kontext AGB grundsätzlich weniger schnell als subjektiv ungewöhnlich gelten als im *b2c*-Bereich, kann bei Unternehmen doch oft eine gewisse Branchenerfahrenheit angenommen werden.

468 Siehe LOACKER, 162: «Der gegenwärtig festgefahrene, in der Rechtsquellenteilung verkörperte Dualismus der AGB-Kontrolle würde dann insofern eine Rückkoppelung auf die obligationenrechtliche Geltungskontrolle erzeugen, als sie künftig in Teilen ebenfalls unterschiedlich (vor allem nach b2c und b2b differenziert) anzulegen wäre.»

469 Im Ganzen zur Einbeziehung von AGB in *b2c*-Verträgen BERGER, b2c, 329 ff.

470 § 305a BGB sieht jedoch selbst für den *b2c*-Verkehr bei branchenspezifischen Geschäften gewisse Ausnahmefälle vor, in denen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht greifen.

471 Eingehend zu den Einbeziehungsvoraussetzungen im *b2b*-Verkehr BERGER, b2b, 415 ff.

den, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht», nicht zum Vertragsbestandteil. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Ungewöhnlichkeitsregel im schweizerischen AGB-Recht fokussieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Ausgestaltung dieses Kontrollinstrument in der deutschen Rechtsordnung. Aus rechtsvergleichender Perspektive interessiert dabei insbesondere, wie im deutschen AGB-Recht das Mit- und Nebeneinander von Ungewöhnlichkeits- und Inhaltskontrollregel wirken.

2 Überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB)

§ 305c Abs. 1 BGB greift sowohl im *b2c*- als auch im *b2b*-Verkehr.[472] Ähnlich wie in der Schweiz setzt die Anwendung der Vorschrift voraus, dass die zu beurteilende Klausel sowohl subjektiv[473] als auch objektiv[474] ungewöhnlich ist.[475] Der BGH hat sich die Aufteilung des Tatbestands des § 305c Abs. 1 BGB in eine objektive und subjektive Komponente zwar nicht ausdrücklich zu Eigen gemacht, steht dieser aber nahe.[476] 245

Ähnlich wie im schweizerischen Recht (vgl. vorne, Rz. 232 f.) lässt sich beobachten, dass in Theorie und Praxis Schwierigkeiten bestehen, zwischen überraschenden und inhaltlich unangemessenen bzw. unbilligen AGB-Klauseln zu unterscheiden.[477] Die 246

---

472 Die Ungewöhnlichkeit einer AGB-Klausel sollte Unternehmen gegenüber jedoch weniger schnell bejaht werden. Vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1987, V ZR 174/86, NJW 1988, 558, 560 (zu § 3 AGBG).

473 Der Klausel muss demnach ein «Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt» anhaften. Siehe aus der Rechtsprechung zu § 3 AGBG z.B. BGH, Urt. v. 10.11.1989, V ZR 201/88, BGHZ 109, 197, 198; BGH, Urt. v. 17.5.1982, VII ZR 316/81, BGHZ 84, 109, 112 ff.; Vgl. LOCHER, 51.

474 Die objektive Ungewöhnlichkeit beurteilt sich nach dem Gesamtbild des konkreten Vertrags und nach den Erwartungen, die der redliche Verkehr üblicherweise an den typischen Vertragsinhalt knüpft. Näheres bei MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 6 ff.

475 Weiterführend zu dieser Aufteilung Grüneberg-GRÜNEBERG, § 305c BGB N 3 f.; NEUNER, § 47 Rz. 38 ff.; Ulmer/Brander/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 11 ff.

476 Demnach kommt es darauf an, ob die strittige Regelung von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser vernünftigerweise nicht mit ihr zu rechnen braucht. Dazu BGH, Urt. v. 26.7.2012, VII ZR 262/11, NJW-RR 2012, 1261 Rn. 10 m.w.H. Vgl. STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 334.

477 MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 4; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c BGB N 6 ff.; STOFFELS, Schutz, 162 f.

deutsche Literatur betont mithin, dass ein gewichtiger Überschneidungsbereich zwischen der Vorschrift des Überraschungsverbots und der Inhaltskontrolle besteht bzw. Überraschungs- und Inhaltskontrolle sogar «weitgehend deckungsgleich» sind.[478] Demnach werde es auch in der Praxis selten vorkommen, dass Kundinnen von AGB-Klauseln überrascht werden, die einer Inhaltskontrolle standhalten;[479] andererseits sei inhaltlich unangemessenen AGB-Klauseln ein Überraschungseffekt regelmässig nicht abzusprechen.[480]

247 Vor Inkrafttreten des AGBG entsprach es in Deutschland verbreiteter Gerichtspraxis, zur Qualifizierung einer Klausel als «überraschend» auf inhaltliche Erwägungen abzustellen.[481] Mit § 3 AGBG (jetzt § 305c Abs. 1 BGB) entwickelte sich das Verbot überraschender AGB-Klauseln zwar zu einem eigenständigen und der Inhaltskontrolle rechtslogisch vorgelagertem Kontrollansatz. Selbst unter der neueren Rechtsprechung zählen deutsche Gerichte jedoch den «Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht», der eigentlich bei der Inhaltskontrolle massgebend ist (vgl. § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB), zu den Umständen, welche den Überraschungseffekt einer AGB-Klausel zu begründen vermögen.[482]

248 Trotz des logischen Vorrangs des § 305c Abs. 1 BGB befürwortet die deutsche Literatur einen raschen Zugriff auf die Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB und misst dieser eine erheblich höhere Bedeutung im Vergleich zur Vorschrift des § 305c Abs. 1 BGB zu.[483] Dem Rechtsanwender sollte es mithin freistehen, die

---

478 Staudinger-MÄSCH, § 305c BGB N 11. Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c BGB N 6; LOCHER, 50; SCHMID-SALZER, Kontrolle, 374; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 330.

479 Vgl. aus der älteren deutschen Literatur SCHLOSSER, 456, dessen Ansicht nach überraschende Klauseln sogar stets auch inhaltlich unangemessen seien.

480 MüKo BGB-BASEDOW, 305c N 4; LOCHER, 51. Vgl. auch Ulmer/Brander/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 5.

481 Vgl. BGH, Urt. v. 4.6.1970, VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106, 109; BGH, Urt. v. 29.10.1962, II ZR 31/61, BGHZ 38, 183, 185; BGH, Urt. v. 29.9.1960, II ZR 25/59, BGHZ 33, 216, 219. Aus der Literatur MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 4; SCHMIDT-SALZER, Kontrolle, 369 ff.; STOFFELS, Schutz, 158.

482 Siehe z.B. BGH, Urt. v. 10.9.2002, XI ZR 305/01, NJW 2002, 3627; BGH, Urt. v. 16.1.2001, XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416 f.; BGH, Urt. v. 30.6.1995, V ZR 184/94, BGHZ 130, 150, 154.

483 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c BGB N 6 ff.; BeckOK BGB-SCHMIDT, § 305c N 12; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 330; Ulmer/Brander/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 5; MüKo BGB-WURMNEST, Vor § 307 N 7.

Unwirksamkeit einer Klausel nach den §§ 307–309 BGB festzustellen, ohne sich zuvor mit der Frage ihrer wirksamen Einbeziehung auseinanderzusetzen.[484] Dies dürfte aus Gründen der Prüfungs- und Prozessökonomie insbesondere dann der Fall sein, wenn nicht klar ist, ob das Überraschungsmoment durch Aufklärung der Kundin beseitigt wurde.[485] Nicht zuletzt deshalb gilt die Inhaltskontrolle gemäss der deutschen Lehre als der «sachnähere und ehrlichere Weg als die doch an eher formalen Gesichtspunkten ausgerichtete Überraschungskontrolle».[486]

Es sprechen schliesslich auch präventive Gründe für eine Bevorzugung der In- 249
haltskontrolle: Der Verwender einer missbräuchlichen Klausel, deren Geltung nur aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel verneint wurde, wird dazu tendieren, diese unter besonderer Hervorhebung zum Zweck der Beseitigung des Überraschungsmoments weiter zu benützen.[487] Um dem zu entgegnen sollten Gerichte, wo immer eine Klausel auch als inhaltlich unangemessen zu qualifizieren ist, deren Unwirksamkeit ebenfalls auf die Inhaltskontrollschranken der §§ 307 ff. BGB abstützen.[488] Tatsächlich sind deutsche Urteile zahlreich, in denen Gerichte bejaht ha-

484 Dies wird auch damit begründet, dass die Rechtsfolgen bei Vorliegen der Voraussetzungen die gleichen sind: In beiden Fällen werden die strittigen AGB-Klauseln gemäss § 306 Abs. 2 BGB durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt. Vgl. dazu BeckOK BGB-SCHMIDT, § 305c N 12 m.w.H.

485 Zum Gesagten Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, Vor § 307 BGB N 12. Siehe dazu bspw. BGH, Urt. v. 24.11.1988, III ZR 188/87, NJW 1989, 222, 223.

486 STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 330. Gleichzeitig ist nicht zu vergessen, dass § 305c Abs. 1 BGB und §§ 307–309 BGB, trotz dem gewichtigen materiellen Überschneidungsbereich, über einen unterschiedlichen persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich verfügen. So ist die Ungewöhnlichkeitsregel im Gegensatz zur Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht auf Konsumenten-AGB beschränkt, sondern gilt auch im *b2b*-Kontext. Ausserdem erfasst die deutsche Ungewöhnlichkeitsregel auch Klauseln, welche die Hauptleistungspflichten regeln, nach § 307 Abs. 3 BGB aber der Inhaltskontrolle entzogen sind.

487 Angemerkt sei freilich, dass der BGH nicht alle Umstände, die auf die ungewöhnliche Klausel hindeuten, zur Beseitigung des Überraschungseffekts ausreichen lässt. Vgl. BGH, Urt. v. 21.6.2001, IX ZR 69/00, NJW-RR 2002, 485, 487; GOTTSCHALK, 574 f.; Staudinger-MÄSCH, § 305c BGB N 31 ff., 57.

488 Vgl. zum «richterlichen Arbeitsplan» Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c BGB N 8.

ben, dass eine gemäss § 305c Abs. 1 BGB überraschende Klausel auch nach § 307 BGB inhaltlich unangemessen und somit unzulässig ist.[489]

III Vergleich und Zwischenfazit

250 Im Rahmen der Rechtsprechungspraxis des schweizerischen Bundesgerichts zur Einbeziehungskontrolle kommt der Ungewöhnlichkeitsregel eine erhebliche Bedeutung zu. Diese ist im hiesigen Rechtsraum das zentrale Schutzinstrument gegen die Verwendung problematischer AGB-Bestimmungen. Gerichte qualifizieren inhaltlich unangemessene AGB demnach als überraschend und klammern sie nach Massgabe des Konsensprinzips aus dem Vertrag aus. Im deutschen AGB-Recht steht indessen der Weg im Vordergrund, unangemessene Klauseln vorzugsweise aufgrund ihrer inhaltlichen Anstössigkeit im Rahmen einer offenen Inhaltskontrolle zu beseitigen. Die Bedeutung der «deutschen Ungewöhnlichkeitsregel» des § 305c Abs. 1 BGB ist im Vergleich zu den Inhaltskontrollvorschriften der §§ 307–309 BGB denn auch gering.

251 Im Hinblick auf die umfassendere Rechtssicherheit und -effektivität sollte auch das schweizerische Bundesgericht künftig der Auseinandersetzung mit dem Inhalt einer problematischen AGB-Klausel nicht unter Hinweis auf den ihr zugleich innewohnenden Überraschungseffekt ausweichen. Das Bedürfnis, AGB-Klauseln hilfsweise über die Ungewöhnlichkeitsregel auf ihre inhaltliche Angemessenheit zu prüfen, ist für Konsumentenverträge mit der Neufassung von Art. 8 UWG entfallen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist, in Anlehnung an die deutsche Praxis, ein Vorgehen angezeigt, bei dem problematische AGB vorzugsweise unter der Lupe des Art. 8 UWG beurteilt werden und diese Kontrolle allenfalls durch eine subsidiäre Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel zu ergänzen ist. Eine solche Vorgehensweise würde es ermöglichen, die erwiesenen Unzulänglichkeiten der Ungewöhnlichkeitsregel zu vermeiden.

---

489 Vgl. dazu die ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 12, Fn. 41; GRAF V. WESTPHALEN, UN-Kaufrecht, 2286 f. Siehe aus der Rechtsprechung bspw. BGH, Urt. v. 10.9.2002, XI ZR 305/01, NJW 2002, 3627; BGH, Urt. v. 7.11.1995, XI ZR 235/94, NJW 1996, 249.

§ 4 Auslegungskontrolle

Aufgrund ihrer notorischen Unbestimmtheit sind einseitige Änderungsklauseln oft auslegungsbedürftig. Es bietet sich insofern an, die AGB-rechtlichen Auslegungsprinzipien vertiefter zu beleuchten, um eine dogmatisch gesicherte Grundlage für die Ermittlung des massgeblichen Inhalts von einseitigen Änderungsklauseln in AGB zu gewinnen. 252

I Auslegungskontrolle nach schweizerischem Recht

1 Überblick

Durch die Auslegungskontrolle soll die massgebende Bedeutung von AGB-Klauseln geklärt werden.[490] Ist die Interpretation einer gültig einbezogenen AGB-Klausel zwischen den Parteien strittig, ist es erforderlich, deren Inhalt zunächst durch Auslegung zu ermitteln, bevor diese Klausel einer allfälligen Inhaltskontrolle zugeführt werden kann. Bei diesem reinen «Auslegungsstreit» stellen die Parteien das Zustandekommen des Vertrags nicht in Frage.[491] Möglich ist indes auch, dass schon die Frage, ob AGB gültig in den Vertrag einbezogen wurden (sog. Konsensstreit), umstritten sein kann und durch entsprechende Auslegung zu entscheiden ist.[492] 253

Bei der Auslegungskontrolle von AGB gilt es stets den Vorrang von Individualvereinbarungen zu beachten: Haben die Parteien individuell etwas vereinbart, das in Widerspruch zu einer AGB-Klausel steht, so geht die Individualabrede der besagten Klausel vor.[493] Der Vorrang der Individualabrede ist aus vertrauenstheoretischer Perspektive gerechtfertigt, da AGB nicht vom tatsächlichen Parteikonsens 254

---

490 Anstatt vieler FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 Rz. 83 ff.

491 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1199; VISCHER, Freizeichnungsklauseln, 180. Vgl. dazu z.B. BGE 117 II 609; 118 II 342; BGer 4C_240/2003 vom 3.12.2003, E. 3.1.

492 Näheres bei ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 335 ff.; vgl. Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 235, Fn. 1018 m.Verw. auf BGE 123 III 35, E. 2c/bb; 77 II 154.

493 BGE 135 III 225, E. 1.4; 81 II 346, E. 2; vgl. BGer 4C.420/2006 vom 3.8.2007, E. 4.

gedeckt sind, wenn und sobald Parteien durch individuelle Vereinbarung eine abweichende Regelung treffen.[494]

2 Individuell-konkrete Auslegung

255 Nach herrschender Lehre[495] und Rechtsprechung[496] gelten für AGB die gleichen Auslegungsgrundsätze wie für Individualabreden. Daher ist «von einer individuellen, am konkreten Vertragsschluss anknüpfenden, vertrauenstheoretisch fundierten Auslegung» auszugehen.[497] Da diese individuell-konkrete Auslegung alle Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt, ist es möglich, dass dieselbe AGB-Klausel in verschiedenen Konstellationen aufgrund unterschiedlicher Vertragsumstände anders ausgelegt wird.[498]

256 Nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend.[499] Soweit es sich feststellen lässt, geht das von den Parteien wirklich Gewollte stets den anderen Auslegungsvarianten vor.[500] Das Gericht konsultiert bei der Ermittlung des tatsächlich übereinstimmenden Willens die gängigen Auslegungsmittel. Dazu gehören bspw. der Wortlaut des Vertrags, dessen Systematik, Entstehungsgeschichte, das nachvertragliche Verhalten der Parteien und der Vertragszweck.[501]

---

494 SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 206. Dogmatisch stützt sich das Prinzip des Vorrangs der Individualabrede auf das Vertrauensprinzip und den Grundsatz *venire contra factum proprium*; weiterführend dazu BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 346; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.09.

495 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1241; HUGUENIN, OR, Rz. 617; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.79; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 227; KuKo OR-WIEGAND/HURNI, Art. 1 N 26.

496 BGE 142 III 671, E. 3.3; 135 III 410, E. 3.2; 135 III 225, E. 1.3; 135 III 1, E. 2; 122 III 118, E. 2a; BGer 4A_475/2013 vom 15.7.2014, E. 5.1.

497 BK OR-KRAMER, Art. 1 N 218.

498 GAUCH, Auslegung, 219; ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 490.

499 Weiterführend Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 237; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 55.

500 BGE 131 III 606, E. 4.1; 95 II 547, E. 4a; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 33.02.

501 Für eine Übersicht siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/EMMENEGGER, Rz. 1204 ff.; WALKER, 68.

Lässt sich ein subjektiver Wille nicht feststellen, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf den mutmasslichen Willen der Parteien im Sinne einer objektivierten, normativen Auslegung abzustellen.[502] Demzufolge bestimmt sich der Inhalt einer AGB-Klausel nach dem Vertrauensprinzip, d.h. nach den Erklärungen und dem Verhalten der Parteien, wie sie der Erklärungsempfänger nach dem Wortlaut und sämtlichen weiteren Umständen in gutem Glauben verstehen durfte und musste.[503] Neben dem Wortlaut sind wiederum, wie auch bei der subjektiven Auslegung, alle gängigen Auslegungsmittel zur Feststellung von Willensindizien zu berücksichtigen. Die objektivierte Auslegung abstrahiert dabei nicht von der individuellen Situation der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Wesentlich ist vielmehr, dass Willenserklärungen so zu interpretieren sind, wie sie vernünftige Parteien in der konkreten Situation verstehen mussten.[504] 257

3 Unklarheitenregel

a) Inhalt und Funktion

Führt die Auslegung einer AGB-Klausel nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu keinem klaren Ergebnis, müssen AGB anhand der Unklarheitenregel interpretiert werden.[505] Demnach muss sich der AGB-Verwender im Zweifelsfall die für ihn ungünstigste resp. die für die Kundin günstigste Auslegungsvariante entgegenhalten lassen *(in dubio contra stipulatorem)*.[506] Die Anwendung der Unklarheitenregel rechtfertigt sich durch den Umstand, dass der Verwender jegliche Unbestimmtheit einer von ihm einseitig gestellten Vertragsbestimmung im Zwei- 258

---

502 BGE 133 III 607, E. 2.2; 119 II 368, E. 4b; 113 II 49, E. 1b; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 55. Aus prozessualer Optik gilt es zu betonen, dass die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektivierter Auslegung von erheblicher Relevanz ist: Bei der Ermittlung des subjektiven Willens handelt es sich um eine für das Bundesgericht nur eingeschränkt überprüfbare Sachverhaltsfeststellung (vgl. Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG; BGE 132 III 626, E. 3.1; 131 III 467, E. 1.1). Im Unterschied dazu ist die objektivierte Auslegung als Rechtsfrage vor Bundesgericht gemäss Art. 106 BGG frei überprüfbar (Siehe z.B. BGE 138 III 659, E. 4.2.1; 135 III 410, E. 3.2; 131 III 377, E. 4.2.1).

503 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 238 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung.

504 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 346.

505 Zur Subsidiarität der Unklarheitenregel BGE 122 III 118, E. 2d; KLETT/HURNI, 83.

506 BGE 133 III 607, E. 2.2; 124 III 155, E. 1b; 122 III 118, E. 2a; eingehend HEISS, 590 ff.

fel zu verantworten hat.[507] Dadurch soll für Verwender ein Anreiz geschaffen werden, AGB präzise und eindeutig zu formulieren.[508]

b) Kundenfreundliche Auslegung

259 Die Anwendung der Unklarheitenregel gebietet, eine mehrdeutige AGB-Klausel im für die Kundin günstigsten Sinne zu verstehen. Nach der herrschenden Lehre in der Schweiz führt dies zu einer kundenfreundlichen Auslegung, indem die für die Kundin vorteilhafteste Auslegung der strittigen AGB-Klausel als massgebend erachtet wird, welche gleichzeitig die Wirksamkeit der AGB-Klausel aufrechterhält.[509] Im Sinne des *favor negotii* werden somit vertretbare Auslegungen der relevanten AGB-Klausel, welche jedoch zu deren Ungültigkeit führen würden, bei der Auslegungskontrolle nicht berücksichtigt.[510] Eng mit der kundenfreundlichen Auslegung verbunden ist das sog. Restriktionsprinzip.[511] Dieses beschreibt eine vom Bundesgericht praktizierte Form der gesetzeskonformen AGB-Auslegung, wonach allgemein gehaltene Klauseln restriktiv auszulegen sind, indem die Kundin im Zweifelsfall im Vergleich zum dispositiven Recht nicht schlechter gestellt wird.[512]

260 Entgegen dem allgemeinen Bekenntnis zur kundenfreundlichen, restriktiven AGB-Auslegung befürworten einzelne Stimmen aus der schweizerischen Lehre eine kundenfeindliche AGB-Auslegung. Demnach sollte bei Vorhandensein mehrerer Auslegungsvarianten diejenige zum Auslegungsergebnis erhoben werden, welche insgesamt zur Unwirksamkeit der AGB-Klausel führt; sind alle Ausle-

---

507 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.10; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 56.

508 Statt vieler SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 207. Kritisch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.12.

509 HEISS, 602 f; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.53; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 260.

510 Zum Prinzip des *favor negotii* als Auslegungsmaxime für Zweifelsfälle BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 211.

511 Siehe dazu Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 267 m.w.H.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.11. Spezifisch im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1230a.

512 So etwa deutlich in BGE 115 II 474, E. 2d; vgl. auch BGE 117 II 609, E. 6c. Die Methode der gesetzeskonformen AGB-Auslegung wurde retrospektiv betrachtet wohl «aus der Not heraus» geboren, weil kein Instrument der offenen AGB-Inhaltskontrolle als Korrektiv existierte. Eingehend dazu Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 265 ff.; kritisch auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.12.

gungsalternativen gültig, gelte die kundenfreundlichste.[513] Die kundenfeindliche Auslegung von AGB gilt im deutschen AGB-Recht und wird deshalb im Rahmen der Untersuchung zur Auslegungskontrolle nach deutschem Recht eingehend erläutert (hinten, Rz. 265 ff.). Es wird danach eingehend darauf zurückzukommen sein, weshalb die kundenfeindliche Auslegung nach der hier vertretenen Meinung auch für das schweizerische Recht Zuspruch verdient (hinten, Rz. 274 ff.).

II Auslegungskontrolle nach deutschem Recht

Auch nach deutschem Recht gelten für die Auslegung von AGB einige Spezifika: Es gilt insbesondere der gesetzlich verankerte Vorrang von Individualabreden (§ 305b BGB) sowie die ebenfalls gesetzlich geregelte Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB). Der Fokus der nachfolgenden Überlegungen liegt auf der dem deutschen Recht eigenen generell-abstrakten (Rz. 262 ff.) und kundenfeindlichen (Rz. 265 ff.) Auslegung von AGB. 261

1 Generell-abstrakte Auslegung

Im Unterschied zur individuell-konkreten Auslegung in der Schweiz sind AGB gemäss deutscher Rechtsprechung und der vorherrschenden Meinung in der Lehre generell-abstrakt auszulegen.[514] Dies bedeutet, dass AGB ohne Rücksicht auf den Einzelfall und losgelöst von den individuellen Parteivorstellungen stets einheitlich zu interpretieren sind, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird.[515] Nur ausnahmsweise soll Besonderes gelten, wenn die Parteien eine AGB-Klausel übereinstimmend in einer von der objektiven Interpretation abweichenden Weise verstanden haben.[516] 262

---

513 RUSCH, Auslegung, 203; SCHIRRMACHER, 70. Vgl. auch DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 161; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 63 f. (insbesondere auch Fn. 174).

514 Aus der Literatur statt vieler Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 73 m.w.H. Vgl. aus der Rechtsprechung BGH, Urt. v. 19.4.2018, III ZR 255/17, NJW 2018, 2117 Rn. 18.; BGH, Urt. v. 18.7.2012, VIII ZR 337/11, NJW 2013, 291 Rn. 16, jeweils m.Verw. auf die Rechtsprechung.

515 Grüneberg-GRÜNEBERG, § 305c BGB N 16; SCHMIDT-SALZER, Grundfragen, 224 ff.

516 Dieses Ergebnis durchbräche den Grundsatz der objektiven Auslegung nicht, als es auf eine direkte Anwendung des Vorrangs der Individualabrede (§ 305b BGB) gestützt

263 Rechtsvergleichend fällt auf, dass Deutschland als einzige Rechtsordnung die objektive bzw. einheitliche Auslegung von AGB anerkennt.[517] Da sich diese Form der Auslegung im Ergebnis der Gesetzesinterpretation annähert, muss sie auch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des deutschen AGB-Rechts verstanden werden. Die Rechtsnatur von AGB war nämlich lange Zeit umstritten, d.h. es bestand Uneinigkeit darüber, ob AGB vertraglicher Natur sind oder Rechtsnormencharakter aufweisen.[518] Diese Kontroverse war spätestens mit Inkrafttreten des AGBG entschieden, und auch im heutigen Rechtsdiskurs ist unbestritten, dass AGB vertragliche Bestimmungen verkörpern.[519]

264 Die deutsche Lehre begründet die objektive Auslegung nun überwiegend mit dem (ökonomischen) Argument, dass sie den Besonderheiten von AGB Rechnung trage, namentlich dem Massencharakter der unter AGB geschlossenen Verträge und der fehlenden Aushandlung des Vertragsinhalts.[520] Der angestrebte Vereinheitlichungs- und Rationalisierungseffekt von AGB könne demnach nur erreicht werden, wenn AGB allen Kunden gegenüber in gleicher Weise ausgelegt werden. Eine auf den Einzelfall abstellende Interpretation würde diesen Zweck gefährden oder gar völlig vereiteln.[521]

2 Kundenfeindliche Auslegung

265 Nach der in § 305c Abs. 2 BGB verankerten Unklarheitenregel gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders. In Deutschland herrschte lange Zeit die Meinung vor, dass mehrdeutige AGB-Klauseln nach Massgabe der Unklarheitenregel, genauso wie in der Schweiz, kundenfreundlich auszulegen seien, d.h. dass ihnen derjenige Bedeutungsgehalt zuzumessen sei, der sich am

---

wäre. Siehe BGH, Urt. v. 22.3.2002, V ZR 405/00, NJW 2002, 2102, 2103. Aus der Literatur GRAF V. WESTPHALEN, Jahr 2009, 2255; HELLWEGE, 518; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 84

517 Vgl. HELLWEGE, 519 f.; SCHMIDT-SALZER, Grundfragen, 230.

518 Siehe zum historischen Hintergrund und insbesondere zur Revisibilität der AGB-Auslegung DAMMANN, 13 f.; SCHMIDT-SALZER, Grundfragen, 225 ff.

519 Stellvertretend für die deutsche Lehre DAMMANN, 25.

520 Weiterführend zu den Argumenten für die objektive Auslegung von AGB DAMMANN, 14 ff. Vgl. auch NEUNER, § 47 Rz. 46; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 75.

521 STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 362. Kritisch dazu DAMMANN, 15.

stärksten zugunsten der Kundenseite auswirke.[522] Die kundenfreundliche Auslegung führte im Resultat jedoch dazu, dass deutsche Gerichte die Wirksamkeit von AGB-Klauseln aufrechterhielten, obwohl diese bei kundenfeindlicher Auslegung der Inhaltskontrolle verfallen wären.[523] Dabei beriefen sich AGB-Verwender im individuellen Streitfall gegenüber Kundinnen nicht selten auf eine kundenfeindliche Auslegung der betreffenden AGB-Klausel, die der richterlichen Kontrolle nicht standgehalten hätte, wäre sie vorgängig Gegenstand einer Inhaltskontrolle gewesen.[524] Die kundenfreundliche, restriktive Auslegung hat es deshalb im Resultat ermöglicht, AGB-Klauseln der Inhaltskontrolle zu entziehen.

In Anbetracht dieser ungünstigen Konsequenzen ist gemäss der neueren deutschen Literatur[525] unter Zustimmung der Rechtsprechung[526] eine Aufspaltung des methodischen Vorgehens der Unklarheitenregel angezeigt. Es ist folglich zunächst zu prüfen, ob die mehrdeutige AGB-Klausel bei kundenfeindlicher Auslegung der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB standhält. Ist dies zu verneinen, ist diese kundenfeindliche Auslegung als massgeblich zu erklären und die mehrdeutige Klausel als nichtig zu qualifizieren. Wenn die Klausel auch in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung mit den Inhaltskontrollvorschriften vereinbar ist, gilt die kundenfreundlichste Auslegung. 266

Eine solche Vorgehensweise dient letztendlich der Effektivität der Inhaltskontrolle und verhindert, dass es zu einer Verkürzung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle kommt.[527] Das bei Nichtigkeit der Klausel gemäss § 306 Abs. 2 BGB einspringende dispositive Recht wird sich für die Kundin ausserdem regelmässig vorteilhafter auswirken als die infolge kundenfreundlicher Auslegung günstigere 267

522 Siehe aus der älteren Literatur MEDICUS, 85 f.; SAMBUC, 314.

523 Vgl. Staudinger-MÄSCH, § 305c BGB N 92 ff.

524 MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 50.

525 MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 51; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c BGB N 130 ff.; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 375; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 91; kritisch MEYER, 134 ff.; Staudinger-MÄSCH, § 305c BGB N 94.

526 Vgl. BGH, Urt. v. 5.10.2016, VIII ZR 222/15, NJW 2017, 1596 Rn. 39; BGH, Urt. v. 23.9.2009, VIII ZR 344/08, NJW 2009, 3716 Rn. 8; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19; BGH, Urt. v. 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 Rn. 9.

527 MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 50 f.; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 374 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 91.

Interpretation einer benachteiligenden AGB-Klausel.[528] Die kundenfeindliche Auslegung entspricht nach deutschem Verständnis deshalb am besten dem Normzweck der Unklarheitenregel, welche die Kundin als schwächere Partei schützen will.[529]

268 Für die Rechtfertigung der kundenfeindlichen Auslegung ist auch das AGB-Verbandsklageverfahren nach dem deutschen Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) von zentraler Bedeutung. Der AGB-Verbandsprozess ist darauf ausgerichtet, unangemessene Klauseln präventiv aus dem Wirtschaftsleben zu beseitigen, weshalb AGB-Verwender auf Unterlassung ihrer Vertragsbedingungen in Anspruch genommen werden können.[530] In diesem Verfahren hat sich die kundenfeindliche Auslegung durchgesetzt, weil eine kundenfreundliche, die Aufrechterhaltung der problematischen Klausel fördernde Auslegung der Zielsetzung des Verbandsklageverfahrens gerade diametral entgegenstehen würde.[531]

269 Wäre im Individualverfahren eine kundenfreundliche Auslegung möglich, könnte ein Widerspruch zum Verbandsverfahren drohen: Dieselbe AGB-Klausel könnte im Individualprozess durch eine kundenfreundliche Auslegung vor der Inhaltskontrolle gerettet werden, während sie im Verbandsprozess gemäss der kundenfeindlichen Auslegung zu kassieren wäre.[532] Bloss durch eine kundenfeindliche Auslegung im Individualprozess kann entsprechend sichergestellt werden, dass in beiden Verfahren das gleiche Auslegungsergebnis einer Inhaltskontrolle zugeführt wird.[533] Nur eine kundenfeindliche Auslegung führt somit zu einem Gleichlauf von Individual- und Verbandsprozess.

---

528 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, § 305c N 133; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 374. Vgl. auch BGH, Urt. v. 23.9.2010, III ZR 246/09, BGHZ 187, 86 Rn. 26.

529 Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 91.

530 Siehe MüKo ZPO-MICKLITZ/ROTT, § 1 UKlaG N 5. Entscheidend ist auch, dass von der strittigen Klausel betroffene Kunden sich in weiteren Individualprozessen auf das bei Annahme der kundenfeindlichsten Auslegung erreichbare Nichtigkeitsurteil berufen könnten (vgl. § 11 UKlaG). Eine kundenfeindliche Auslegung im Verbandsprozess führt somit zur grösstmöglichen Breitenwirkung der AGB-Kontrolle. Dazu Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 91, 94.

531 Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c BGB N 91; NEUNER, § 47 Rz. 49; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19.

532 NEUNER, § 47 Rz. 49; vgl. BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19.

533 Eingehend STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 374.

III Vergleich und Zwischenfazit

1 Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung

In der Schweiz werden AGB individuell-konkret ausgelegt, während das deutsche Recht eine generell-abstrakte, d.h. vom Einzelfall losgelöste Interpretation von AGB befürwortet. Die schweizerische Rechtsprechung[534] sowie die überwiegende Mehrheit der schweizerischen Lehre[535] lehnen den Grundsatz der einheitlichen Auslegung klar ab. 270

Nach der hier vertretenen Meinung ist die individuell-konkrete Auslegung von AGB im Rahmen der vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle im Ansatz zu befürworten. Wenn eine Individualabrede Vorrang vor AGB-Klauseln geniesst, ist kein Grund ersichtlich, weshalb einem aus den besonderen Umständen des Einzelfalls zu entnehmenden, gemeinsamen Verständnis der Parteien von einer AGB-Klausel nicht auch Vorrang vor einer abweichenden objektiven Auslegung zukommen sollte.[536] 271

Relativierend hinzuzufügen bleibt jedoch, dass sich die individuell-konkrete Auslegung von AGB in der Praxis zwangsweise der einheitlichen, generell-abstrakten Auslegung annähern wird.[537] Dies liegt daran, dass im Kontext der Massenvertragsabwicklung relevante Einzelfallumstände regelmässig fehlen werden und sich die Auslegung dann naturgemäss am Verständnishorizont eines durchschnittlichen Angehörigen des betreffenden Kundenkreises orientieren muss.[538] Diese Beobachtung harmoniert mit der Auslegungspraxis des schweizerischen Bundesgerichts, welches den subjektiven Parteiwillen zwar als vorrangig erklärt, danach 272

---

534 Stellvertretend BGE 133 III 675, E. 3.3; 122 III 118, E. 2a.

535 BK ZGB-HAUSHEER/AEBI, Art. 2 N 113 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 514 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 229 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 55. Die generell-abstrakte Auslegung befürwortend hingegen RUSCH, Auslegung, 203. Für eine kritische Würdigung des individuell-konkreten Auslegungsansatzes SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.08; WIEGAND, Auslegung, 337 ff.

536 So auch für das deutsche AGB-Recht BRANDNER, 253 ff.; DAMMANN, 14 ff., 25; HELLWEGE, 522; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER/HAU, 305c BGB N 106; SCHMIDT-SALZER, Grundfragen, 230.

537 Siehe auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 45.08; WIEGAND, Auslegung, 337 ff.

538 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 153; MüKo BGB-BASEDOW, § 310 N 113 m.w.H.

aber vorwiegend eine objektivierte Auslegung des Vertragsinhalts vornimmt.[539] In der Praxis ist die Relevanz des Theorienstreits somit bescheiden.

273 Trotz des grundsätzlichen Bekenntnisses zur individuell-konkreten Auslegung kann und sollte nach der hier vertretenen Auffassung bei der AGB-Auslegung dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Verwender seine AGB in der Absicht der mehrmaligen Verwendung bewusst generell-abstrakt vorformuliert und dies auch für die Kundin erkennbar ist.[540] Die Verständnismöglichkeiten der Kundinnen sind entsprechend im Lichte der Verständnismöglichkeiten vieler potenzieller Vertragspartnerinnen zu sehen. So ist etwa der systematischen Auslegung einer AGB-Klausel, entgegen der Meinung des schweizerischen Bundesgerichts,[541] gerade kein «erhebliches Gewicht» beizumessen. Von der durchschnittlichen Kundin, die im Regelfall nicht über das erforderliche juristische Fachwissen und entsprechende Auslegungskompetenzen verfügt, können keine komplexeren systematischen oder teleologischen Überlegungen erwartet werden.[542] Im AGB-spezifischen Kontext der Massenvertragsabwicklung können die gängigen Auslegungsmittel somit nicht unverändert auf AGB angewendet werden (vgl. hinten, Rz. 340 ff.).

2 Kundenfreundliche vs. kundenfeindliche Auslegung

274 Die Unklarheitenregel hält sowohl schweizerische als auch deutsche Gericht dazu an, Zweifel in der Auslegung einer AGB-Klausel zu Lasten des Verwenders auszulegen. In der Schweiz wird dies so verstanden, dass die kundenfreundlichste Auslegung als massgeblich zu erklären sei. Nach dem deutschen Verständnis verdient die kundenfeindliche Auslegung den Vorzug, da sich die Nichtigkeit der AGB-Klausel als Rechtsfolge regelmässig günstiger für die Kundin auswirke, als

---

539 Diese Tendenz lässt sich exemplarisch im Zusammenhang mit den SIA-Normen beobachten, welche das Bundesgericht nicht wie übliche Vertragsbestimmungen, sondern weitgehend wie Normen auszulegen scheint. Dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 55 m.Verw. auf BGE 126 III 388 und BGE 123 III 135. Vgl. ferner ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 516.

540 GAUCH, Auslegung, 219 f.; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 154.

541 Vgl. BGE 122 III 118, E. 2c.

542 Vgl. DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 155; RUSCH, Auslegung, 205. Eine systematische Auslegung für das deutsche Recht gänzlich ablehnend MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 45.

dies bei kundenfreundlicher Auslegung der Fall wäre. Nur, wenn alle Auslegungsvarianten gültig sind, gelte die kundenfreundlichste.

Nach der hier vertretenen Meinung verdient die kundenfeindliche Auslegung auch für das schweizerische AGB-Recht Zuspruch. Die restriktive, kundenfreundliche Auslegung mag in einer Vergangenheit ohne griffige AGB-Inhaltskontrolle zum Schutz der Kundin von Nutzen gewesen sein. Dem Verwender sollte es aber verwehrt bleiben, mittels Anwendung einer kundenfreundlichen Auslegung gewisse AGB-Klauseln «kontrollfest» zu machen und vor dem Filter des Art. 8 UWG zu retten. Es liegt im Interesse der Kontrolleffizienz des AGB-Korrektivs, auch diejenigen ernsthaft in Betracht kommenden Klauselvarianten einer Inhaltskontrolle zuzuführen, die insgesamt zur Unzulässigkeit der Klausel führen würden. Eine solche Vorgehensweise erlaubt es letztlich, den Markt effektiver von problematischen AGB-Klauseln zu befreien. 275

An der kundenfeindlichen Auslegung liesse sich kritisieren, dass sie Auslegungs- und Inhaltskontrolle vermische: Der Logik der AGB-Kontrolle nach müsste zuerst der Vertragsinhalt durch Auslegung eruiert und erst dann einer Zulässigkeitsprüfung unterzogen werden. Diese zwei Kontrollebenen sind jedoch zwangsweise eng miteinander verbunden, als das Ergebnis der Inhaltskontrolle wesentlich von der Auslegungskontrolle beeinflusst wird. Je kundenfreundlicher die Auslegung, desto geringer ist mithin das Risiko, dass eine Klausel unter Art. 8 UWG für unzulässig erklärt wird.[543] In diesem Sinne vermischt auch der kundenfreundliche Ansatz Auslegungs- und Inhaltskontrolle, wenn nur diejenigen Auslegungsvarianten für das Gericht in Betracht kommen, welche die Wirksamkeit der Klausel aufrechterhalten. Im Resultat betreibt man dann eine geltungserhaltende Reduktion bzw. Auslegung.[544] Diese ist aufgrund ihrer rechtspolitischen Defizite (vgl. hinten, Rz. 302 ff.) klar abzulehnen. Lehnt man die geltungserhaltende Reduktion ab, so muss man konsequenterweise auch die kundenfreundliche Auslegung ablehnen. 276

Nur eine kundenfeindliche Auslegung stellt schliesslich auch für das Schweizer Recht sicher, dass es im Rahmen von Art. 8 UWG zu einem Gleichlauf von Individual- und Generalkontrolle kommt. Im Rahmen einer Verbands- oder Bundesklage (vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 UWG) gegen unlautere AGB darf sich der Ver- 277

543 Vgl. dazu die konkreten Beispiele bei TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 55, 57 f., 62 ff.

544 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 67 f.; RUSCH, Auslegung, 205. Zur geltungserhaltenden Auslegung im deutschen Recht MüKo BGB-BASEDOW, § 305 N 41 ff.; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 27 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305 BGB N 90 ff.

wender nicht auf die Unklarheitenregel berufen, um eine Klausel zu seinen Lasten kundenfreundlich auszulegen, damit diese der Inhaltskontrolle standhält. Die Unklarheitenregel ist vertragsrechtlicher Natur und dient dem Schutz der Kundin; deren Anrufung durch den AGB-Verwender im Rahmen einer Generalkontrolle wäre rechtsmissbräuchlich.[545] Im Rahmen der abstrakten Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (hinten, Rz. 286 ff.) ist deshalb nach der kundenfeindlichsten Auslegung zu fragen. Um den Gleichlauf von Individual- und Verbandsprozess zu gewährleisten und die Effektivität der AGB-Kontrolle zu sichern, darf sich der Verwender somit auch im Individualprozess nicht auf eine kundenfreundliche Auslegung berufen.

278 Insgesamt sprechen gute Gründe dafür, dass im AGB-rechtlichen Kontext bei Auslegungszweifeln die Auslegungsregel des *favor negotii* hinter den Konsumentenschutz zurücktreten muss. Die kundenfeindliche Auslegung schützt die Kundin insofern am besten, als das bei Ungültigkeit der AGB-Klausel eintretende dispositive Recht regelmässig günstiger sein wird als die kundenfreundliche, gerade noch gültige Auslegung der Klausel des AGB-Verwenders. Die kundenfeindliche Auslegung harmoniert aus dieser Perspektive im Ergebnis sogar mit der Auslegungsregel, wonach im Zweifelsfall diejenige Auslegung vorzuziehen ist, die mit dem dispositiven Recht übereinstimmt.

§ 5 Inhaltskontrolle

279 Mit Art. 8 UWG ist die AGB-spezifische Inhaltskontrollnorm im hiesigen Lauterkeitsrecht angesiedelt. Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich auf einen Vergleich zwischen Art. 8 UWG und den Vorschriften der §§ 307–309 BGB, welche die entsprechenden Regelungen zur AGB-Inhaltskontrolle im deutschen Recht darstellen. Die in der schweizerischen Lehre neben der lauterkeitsrechtlichen AGB-Generalnorm diskutierten vertragsrechtlichen Ansätze für eine inhaltliche Kontrolle von AGB bleiben von der Untersuchung ausgeklammert.[546]

---

545 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 55; vgl. RUSCH/SCHIRRMACHER, 689.

546 Ein Teil der Lehre spricht sich z.B. dafür aus, die «öffentliche Ordnung» im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR als Kontrollkriterium für AGB heranzuziehen. Aus der älteren Literatur GIGER, Kontrolle, 72 ff.; STOCKAR, 54 ff. Weiterführend BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 28.

I Inhaltskontrolle nach schweizerischem Recht (Art. 8 UWG)

1 Überblick und Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG

Die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle von AGB gehört zweifellos zu den «heissesten Kartoffeln des schweizerischen Vertragsrechts».[547] Das schweizerische Bundesgericht hat bis anhin eine offene Inhaltskontrolle nach dem Obligationenrecht stets abgelehnt, obschon die Lehre eine solche seit jeher fordert.[548] In den 70er Jahren wurde das Parlament erstmals in Anspruch genommen, Grundzüge der Gültigkeit von AGB im Rahmen eines Gesetzesentwurfs zur Ergänzung des Obligationenrechts festzulegen. Der Bundesrat schob einem solchen Unterfangen jedoch den Riegel vor und nutzte stattdessen die laufende UWG-Revision als Gelegenheit zur Regelung der AGB-Problematik.[549] Das Resultat dieser politischen Opportunität war der am 1. März 1988 in Kraft getretene Art. 8 UWG (altArt. 8 UWG), welcher sich aufgrund des Tatbestands der Irreführung nie als griffige AGB-Inhaltskontrollnorm durchsetzen konnte.[550] 280

Nach wiederholten parlamentarischen Vorstössen sollte im Rahmen einer neuen UWG-Revision der lauterkeitsrechtliche Weg fortgesetzt und eine wirksamere Inhaltskontrolle durch Neufassung des altArt. 8 UWG geschafft werden.[551] Am Ende setzte sich folgender Wortlaut von Art. 8 UWG durch, welcher am 1. Juli 2012 in Kraft trat:[552] 281

> *«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Kon-*

---

547 LOACKER, 159. Zur historischen Entwicklung des AGB-Rechts BRUNNER, Entwicklung, 22 ff.

548 Siehe aus dem älteren Schrifttum z.B. Baudenbacher Kommentar UWG-BAUDENBACHER, Art. 8 N 22; GIGER, Kontrolle, 106; KRAMER, Zukunftsperspektiven, 23; vgl. auch RAMSTEIN/KUSTER, 34.

549 Botschaft UWG 1983, 1052 f.

550 Botschaft UWG 2009, 6178. Weiterführend ABEGGLEN/COENDET/GROSS, 98 ff.; MÜLBERT, 726.

551 Botschaft UWG 2009, 6152; WALKER, 100 ff. Kritisch SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 299.

552 Für eine Synopsis zwischen altArt. 8 und Art. 8 UWG siehe SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 221 f.

sumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

282 Im Vernehmlassungsverfahren und während den parlamentarischen Beratungen war der Widerstand gegen eine Verschärfung des altArt. 8 UWG spürbar.[553] Am Ende setzte sich ein Kompromissvorschlag durch, wonach die Vorschrift nur auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten[554] angewandt werden sollte.[555] Ein grosser Teil der Lehre kritisiert diese Einschränkung, weil KMU als einer der Grundpfeiler der schweizerischen Wirtschaft dadurch ohne lauterkeitsrechtlichen Schutz vor nachteiligen AGB ihrer gewerblichen Geschäftspartner dastehen.[556]

2 Art. 8 UWG und die EU-Klauselrichtlinie

283 Vom Wortlaut her orientiert sich Art. 8 UWG wesentlich an der deutschen Fassung der Generalklausel der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen («EU-Klauselrichtlinie»).[557] Vor diesem Hintergrund befasst sich die schweizerische Lehre mit der Frage, ob Art. 8 UWG als autonom nachvollzogenes Unionsrecht qualifiziert.[558] Der autonome Nachvollzug basiert auf

---

553 Näheres bei WALKER, 102 f., 106 f.

554 Zum Konsumentenbegriff unter Art. 8 UWG statt vieler TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 34 f. Im neueren Entscheid BGer 4A_54/2021 vom 28.10.2021 hat das Bundesgericht indiziert, dass es einer weiten Auslegung des Konsumentenbegriffs im UWG zuneigt (vgl. E. 6.4.2): *«Les arguments avancés par les partisans d'une conception large de la notion de consommateur sont circonstanciés; il faut leur reconnaître une certaine consistance.»* Im besagten Entscheid hat das Bundegericht Art. 8 UWG jedoch für nicht anwendbar befunden.

555 Im Ganzen AB SR 2011, 304 ff. Weiterführend DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 95 ff.; STÖCKLI, Aufbruch, 201, wonach eine solche Einschränkung primär den Bedenken Rechnung tragen wollte, dass eine Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die Vertragsfreiheit zu stark einschränken würde.

556 FURRER, Anmerkungen, 327; GROLIMUND, 236; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 98; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 284; STÖCKLI, Inhaltskontrolle, 195; WILDHABER, 541.

557 Art. 3 Abs. 1 der EU-Klauselrichtlinie lautet: «Eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.»

558 Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 447 f.; SCHIRRMACHER, 43 ff.; WIDMER, Rz. 221 ff.

einem bewussten Entscheid des Gesetzgebers, schweizerisches Recht europakompatibel auszulegen, um Markthindernisse zu beseitigen und die Wirtschaft wettbewerbsfähiger zu machen.[559] Ein autonomer Nachvollzug sollte nur dort angenommen werden, wo wirtschaftliche Interessen dies erfordern oder rechtfertigen und wo der gesetzgeberische Wille dies klar zum Ausdruck bringt.[560]

Angesichts dieser Kriterien dürfte bei Art. 8 UWG kein Fall des autonomen Nachvollzugs der EU-Klauselrichtlinie vorliegen.[561] Obschon aus Perspektive des effektiveren Konsumentenschutzes eine Angleichung an den europäischen Standard wünschenswert wäre, existiert kein grundlegendes wirtschaftliches Interesse, welches es erforderlich machen würde, das hiesige AGB-Recht an den europäischen Standard anzugleichen. Ein darauf schliessender gesetzgeberischer Wille lässt sich ebenfalls nicht konstruieren, da weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen von einem Ziel des autonomen Nachvollzugs die Rede ist.[562] 284

Ohne eine strikt europarechtskonforme Auslegung anzustreben hat sich der Gesetzgeber im Zuge der Neufassung des Art. 8 UWG jedoch klar an Art. 3 Abs. 1 der EU-Klauselrichtlinie orientiert. Europäisches Recht und die Rechtsprechung des EuGH können somit neben den üblichen Auslegungsmethoden als zusätzliches, rechtsvergleichendes Element herangezogen werden.[563] Als wichtiger Referenzrahmen für Schweizer Gerichte gilt der Katalog missbräuchlicher Klauseln gemäss der sog. «grauen Liste» im Anhang zur EU-Klauselrichtlinie.[564] Für den 285

559 Siehe dazu COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 357 ff.

560 Eingehend OESCH, 31; WYSS, Europakompatibilität, 724.

561 BÜYÜKSAGIS, 8 LCD, 1396; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 61; SCHIRRMACHER, 43 ff.; SCHMID, Inhaltskontrolle, 5; SCHNYDER, AGB, 70 ff.; WIDMER, Rz. 227 ff.; a.M. Kramer-Probst-Perrig-PROBST, Rz. 448, wonach materiell von einem «(teilweisen) autonomen Nachvollzug» auszugehen sei.

562 Vgl. die Verweise bei SCHIRRMACHER, 46 und WIDMER, Rz. 223 f. Vorrangiges Ziel war es demnach, eine griffigere AGB-Inhaltskontrollnorm zu schaffen. Vgl. Botschaft UWG 2009, 6152, 6161 f.

563 FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4, Rz. 90; FORNAGE, Rz. 1008; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 8 N 10; SCHNYDER, AGB, 71; VISCHER, UWG, 971; kritisch diesbezüglich HESS/RUCKSTUHL, 1193.

564 Gemäss Art. 3 Abs. 3 der EU-Klauselrichtlinie enthält der Anhang der Richtlinie eine als Hinweis dienende, nicht erschöpfende Auflistung der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können.

Zweck der vorliegenden Untersuchung sind dabei Ziff. 1 lit. j,[565] k[566] und l[567] des Anhangs von besonderem Interesse, da sie einseitige Änderungsrechte des AGB-Verwenders zum Gegenstand haben.

3 Rechtsnatur der Kontrolle nach Art. 8 UWG

286 Für die Beurteilung des nach Art. 8 UWG erforderlichen Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten ist es unerlässlich, die Rechtsnatur der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG zu erörtern. Diese kann entweder konkreter oder abstrakter Natur sein. Konkreter Natur ist sie, wenn die strittige AGB-Klausel im Kontext des gesamten Vertrags unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsabschlusses beurteilt wird; sie ist hingegen abstrakter Natur, wenn lediglich die Klausel als solche losgelöst von den Begleitumständen des Einzelfalls geprüft wird.[568]

287 In solchen Fällen, in denen Konsumentenschutzorganisationen oder der Bund gegen unlauterer AGB klagen (vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 UWG), scheidet eine einzelfallbezogene Inhaltskontrolle aus, da kein konkretes Vertragsverhältnis und

565 Ziff. 1 lit. j des Anhangs der EU-Klauselrichtlinie erfasst Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass «der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann».

566 Ziff. 1 lit. k des Anhangs der EU-Klauselrichtlinie erfasst Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass «der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann».

567 Ziff. 1 lit. l des Anhangs der EU-Klauselrichtlinie erfasst Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass «der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne daß der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluß vereinbart wurde, zu hoch ist».

568 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 90 mit der wichtigen Anmerkung, dass die Frage nach der Natur der Prüfung unter Art. 8 UWG nicht mit der Unterscheidung zwischen der Individual- und Generalkontrolle verwechselt werden sollte. Eine Individualkontrolle liegt vor, wenn ein Gericht die Zulässigkeit von AGB in einem bestimmten Vertrag und einem bestimmten Einzelfall zu würdigen hat, während bei der Generalkontrolle über die Gültigkeit der AGB als solche zu urteilen ist.

kein konkreter Einzelfall zur Prüfung vorliegen.[569] Im Falle dieser sog. Generalkontrolle kommt deshalb nur eine abstrakte Inhaltskontrolle in Frage, welche die Zulässigkeit der AGB als solche beurteilt.

288 Umstritten ist hingegen, ob Art. 8 UWG eine konkrete oder eine abstrakte Kontrolle im Individualprozess gebietet.[570] Der wohl überwiegende Teil der Lehre spricht sich auch dann für eine abstrakte Natur der Kontrolle aus, wenn die Bestimmung im Individualverfahren durch die Kundin angerufen wird.[571] Demnach werden Faktoren wie z.B. die Geschäftserfahrenheit der Kundin und Vorverhandlungen mit dem AGB-Verwender bei der Beurteilung des Missverhältnisses nach Art. 8 UWG ausgeblendet. Einer anderen Ansicht nach ist die Prüfung im Individualprozess konkreter Natur, weil das Kriterium des treuwidrigen, erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten eine starke Einzelfallbezogenheit aufweise.[572]

289 Sachgerecht ist nach der hier vertretenen Meinung lediglich eine Kontrolle abstrakter Natur, die sich von den konkreten Umständen des Einzelfalles löst und am durchschnittlichen Vertragspartner orientiert. Dies ist primär darin begründet, dass sich Art. 8 UWG eben im UWG und nicht im OR befindet:[573] Im Gegensatz zur vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle ist Art. 8 UWG nicht auf die inhaltliche Prüfung von AGB in einem konkreten Vertragsverhältnis ausgerichtet, sondern auf die Beurteilung der Verwendung der AGB als solche.[574] Gerade aus diesem Grund

---

569 Anstatt vieler TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 71; RUSCH, Auslegung, 206; SCHMID, Inhaltskontrolle, 15.

570 Für einen Überblick zum Streitstand in der Literatur vgl. AESCHIMANN, Rz. 12 ff.

571 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 534; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 50 ff.; RUSCH, Auslegung, 205; SCHOTT, 79; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 92; VISCHER, UWG, 969, 976.

572 BOHNET, Prozessklauseln, 522; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 298, Fn. 516; WALKER, 111; WIDMER, Rz. 234 ff. In diese Richtung auch Botschaft UWG 2009, 6159, 6179.

573 Vgl. VISCHER, Inhaltskontrolle, 976.

574 Gerade in diesem Zusammenhang tritt jedoch die Dualität des schweizerischen AGB-Rechts zu Tage, welche mit unausweichlichen Inkohärenzen verbunden ist: Vertritt man eine abstrakte Kontrolle unter Art. 8 UWG, so müsste man konsequenterweise auch fordern, dass dieser Kontrolle eine generell-abstrakte bzw. einheitliche Auslegung von AGB im Rahmen der vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle vorangehen muss. Basiert die Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG nämlich auf einem konkret ausgelegten Klauselinhalt, kann sie schon deswegen nicht völlig abstrakt sein. Vgl. dazu die Gedanken bei DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 176.

können nicht nur der Kunde, sondern auch Konsumentenschutzorganisationen und der Bund zum Zweck des Kollektivschutzes gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB vorgehen.[575]

290 Nur eine abstrakte, einheitliche Kontrolle von AGB stellt ferner sicher, dass es zu keinen Inkohärenzen zwischen der Kontrolle im Individual- und Verbandsprozess kommt. Würde man die gleiche AGB-Klausel in einem Individual- und Verbandsverfahren einer unterschiedlichen Kontrolle unterziehen, bestünde die Gefahr, dass eine Klausel im Rahmen einer abstrakten Inhaltskontrolle als missbräuchlich beurteilt werden könnte, während sie im Individualprozess wegen der Berücksichtigung konkreter Umstände des Einzelfalls den Anforderungen der Inhaltskontrolle genügen würde.[576] Eine derart konzipierte AGB-Kontrolle würde die Wirksamkeit der abstrakten Inhaltskontrolle untergraben, als stets die Gefahr widersprüchlicher Urteile bestünde, wenn Gerichte über die gleichen Rechtsfragen im Rahmen der abstrakten Inhaltskontrolle und der Kundenindividualklage urteilen müssten. Es wäre insbesondere nicht sachgerecht, die abstrakte Inhaltskontrolle mit der Begründung praktisch leer laufen zu lassen, ein AGB-Verwender könne theoretisch noch im Individualverfahren darlegen, dass die strittige AGB-Klausel wegen einzelfallbedingter Umstände doch nicht missbräuchlich sei.[577]

4 Tatbestandselemente von Art. 8 UWG

291 Art. 8 UWG als offen formulierte Generalklausel bedarf einer Konkretisierung durch die Gerichte. Urteile zum revidierten Art. 8 UWG sind jedoch, auch fast zehn Jahre nach dessen Inkrafttreten, praktisch inexistent.[578] Die nachstehende Analyse erarbeitet die Konturen der Tatbestandselemente deshalb auf Grundlage

---

575 Dabei setzte man schon bei Erlass von altArt. 8 UWG grosse Hoffnung in die Klage von Konsumentenschutzorganisationen, wurde deren Klagebefugnis doch als der eigentliche Grund für die Regelung der AGB-Problematik im UWG genannt. Vgl. Botschaft UWG 1983, 1071.

576 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 72; RUSCH, Auslegung, 204.

577 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 73 f.

578 Siehe für eine Übersicht der wenigen Entscheidungen OFK UWG-HEIZMANN, Art. 8 N 34 ff. Erwähnenswert ist lediglich BGE 140 III 404, wo sich das Bundesgericht zur zeitlichen Geltung von Art. 8 UWG äusserte. Das Gericht hat Art. 8 UWG in der gegebenen Situation die rückwirkende Kraft aberkannt; vgl. für eine Urteilsbesprechung STÖCKLI/BIERI, 398 ff.

bestehender Literatur. Vorweg sei erwähnt, dass die Frage, ob eine AGB-Klausel als unlauter qualifiziert, im Wege einer Gesamtwürdigung aller Tatbestände beurteilt werden sollte.[579]

a) Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten

aa) Referenzsystem zur Beurteilung des Missverhältnisses

Anders als im alten Wortlaut stellt Art. 8 UWG nicht mehr auf ein «erhebliches Abweichen von der gesetzlichen Ordnung» oder auf eine «der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten» ab, sondern nur auf ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten. Dieses Missverhältnis setzt voraus, dass der Verwenderin zu Lasten des Kunden Vorteile eingeräumt werden und daher ein Ungleichgewicht im Sinne einer objektiven Benachteiligung entsteht. Das Ungleichgewicht ist in einem zweiten, wertenden Schritt nach dem Prinzip von Treu und Glauben (hinten, Rz. 297 ff.) zu beurteilen.[580] 292

Die Gesetzesmaterialien zu Art. 8 UWG enthalten keine konkreten Anhaltspunkte zur Frage, auf welches Referenzkriterium das Gericht bei der Beurteilung des Missverhältnisses abzustellen hat. Nach der überwiegenden Mehrheit der Lehre ist weiterhin das Gesetz (insbesondere das dispositive Recht) oder ein gesetzliches Leitbild als primärer Massstab heranzuziehen.[581] Somit ist in erster Linie ein Vergleich mit jener gesetzlichen oder richterrechtlichen Regel angezeigt, welche unmittelbar oder sinngemäss anzuwenden wäre, wenn die Parteien keine AGB vereinbart hätten.[582] Bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung oder eines gesetzlichen 293

---

579 Vgl. TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 39; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 99.

580 Zum Gesagten Botschaft UWG 2009, 6178; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 117.

581 FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4, Rz. 89; Komm UWG-HEISS, Art. 8 N 193 ff.; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 250; SCHMID, AGB, 210; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 127 ff.; WIDMER, Rz. 263 f.; a.M. HESS/RUCKSTUHL, 1197; SCHOTT, 80.

582 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1153b; SCHMID, AGB, 209 ff. Handelt es sich um einen Innominatvertrag, sind das analog anwendbare dispositive Recht und allgemeine Rechtsgrundsätze massgebend. Näheres bei SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 250.

Leitbilds zur betreffenden Frage richtet sich die Beurteilung des Missverhältnisses nach der vertraglichen Interessenlage der Parteien.[583]

bb) Kompensation

294 Ein zentrales Problem im Rahmen der Beurteilung des Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten ist die Frage der Kompensation, d.h. die Frage, ob bei der Evaluation einer strittigen AGB-Klausel allein auf diese abzustellen oder sie in Relation zu anderweitigen, für die Kundin vorteilhaften Bestimmungen zu würdigen ist. Die reine Möglichkeit der Kompensation ist, insbesondere in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH,[584] nicht ausgeschlossen.[585] Kompensationsmöglichkeiten sollten im Interesse einer griffigen Inhaltskontrolle jedoch nur in engen Grenzen und nur dann zulässig sein, wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den sich ausgleichenden Rechten und Pflichten besteht.[586]

b) Erheblichkeit des Missverhältnisses

295 Das Tatbestandselement der Erheblichkeit setzt voraus, dass das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten ein lauterkeitsrechtlich relevantes Ausmass erreicht.[587] Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung, welche darauf abstellt, wie gewichtig die in Frage stehenden Rechte und Pflichten sind und in welchem Umfang vom dispositiven Recht abgewichen wird.[588] Das Kriterium der Erheblichkeit beinhaltet somit eine qualitative und eine quantitative Dimension.[589] Handelt es sich um für die Kundin zentrale Rechte und Pflichten, kann bereits eine

---

583 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 40; MAISSEN, Art. 8 UWG, Rz. 336; SCHMID, AGB, 213. Ähnlich DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 193 und 205, wonach der Richter eine Regelung *«modo legislatoris»* zu finden habe und sich dabei am Vertragszweck und der Interessenlage der Parteien orientieren werde.

584 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.1.2015, C-482/13, EU:C:2015:21, Rn. 37; EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, EU:C:2013:164, Rn. 41.

585 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 211; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 484 f.

586 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 211; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 41; MAISSEN, Art. 8 UWG, Rz. 341; RUSCH, Vertragsverlängerung, 141; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 122 f. m.w.H.

587 Botschaft UWG 1983, 1074. Nach SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 253 sind generell keine allzu hohen Anforderungen an die Voraussetzung der Erheblichkeit zu stellen.

588 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 207 f.: TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 43 f.

589 Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 472; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 131.

quantitativ geringfügige Abweichung vom dispositiven Recht erheblich sein.[590] In quantitativer Hinsicht ist das Ausmass der Abweichung massgebend; ein vollständiger Haftungsausschluss wiegt etwa schwerer als eine betragsmässige Haftungslimite.[591]

c) «Ungerechtfertigtes» Missverhältnis

Gemäss Art. 8 UWG muss eine AGB-Klausel nicht nur ein erhebliches, sondern auch ein «ungerechtfertigtes» Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten begründen. Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals zu erfassen erweist sich als äusserst schwierig, ist es doch bereits ein linguistisches «Unding», von einem «ungerechtfertigten Missverhältnis» zu sprechen.[592] Ob darin ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal zu erblicken ist, ist auch deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber die deutsche Sprachfassung des Art. 3 Abs. 1 der EU-Klauselrichtlinie übernommen hat, das Element «ungerechtfertigt» jedoch in allen anderen Sprachfassungen nicht auftaucht. Es sprechen insofern gute Gründe dafür, dem Tatbestandsmerkmal keine eigenständige Bedeutung zuzumessen, da der Ausdruck «Missverhältnis» bereits eine fehlende Rechtfertigung miteinschliesst.[593] 296

d) Verstoss gegen Treu und Glauben

Das Kriterium «Treu und Glauben» ist nicht als eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern eher als Massstab der gesamten Kontrolle unter Art. 8 UWG zu verstehen.[594] Es bringt zum Ausdruck, dass das Vorhandensein eines erheblichen 297

---

590 CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 159; WIDMER, Rz. 265.

591 Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 472.

592 Vgl. TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 45, der betont, dass ein «ungerechtfertigtes Missverhältnis» voraussetzen würde, dass ein Missverhältnis auch gerechtfertigt sein könnte, was ein Widerspruch in sich wäre.

593 STÖCKLI, Inhaltskontrolle, 184; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 152; ähnlich DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 210, wonach das «erhebliche» Missverhältnis eine Vermutung begründen sollte, dass dieses auch ungerechtfertigt ist; a.M. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 480 ff.

594 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 46 f.; KUT/STAUBER, Rz. 125; mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 101 f.; a.M. BERGER, Rz. 968.

Missverhältnisses einer zusätzlichen Wertung bedarf, um die Unlauterkeit von AGB zu begründen.[595]

298 Nach welchen Massstäben diese Wertung genau zu erfolgen hat und welche Tragweite dem Kriterium von «Treu und Glauben» zukommt, ist jedoch umstritten.[596] Nach einem Teil der Lehre besteht bei Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten eine natürliche Vermutung für einen Verstoss gegen Treu und Glauben.[597] An anderen Stellen wird vorgebracht, dass das Kriterium eine Wertung des Missverhältnisses nach dem Grundsatz der Fairness verlangt.[598] Demnach verpflichtet der Fairnessgrundsatz den AGB-Verwender dazu, den berechtigten Interessen des AGB-Empfängers bei der Formulierung seiner AGB Rechnung zu tragen.[599]

299 Das Kriterium der «Interessenswahrungspflicht»[600] auf Seiten des AGB-Verwenders erscheint durchaus überzeugend, als die Problematik von AGB gerade in der einseitigen Ausnützung seiner Gestaltungsmacht auszumachen ist (vgl. vorne, Rz. 214 f.). In ähnlicher Weise bejaht der EuGH ein treuwidriges Verhalten des AGB-Verwenders, wenn er vernünftigerweise nicht annehmen darf, dass die streitgegenständliche AGB-Klausel auch dann angenommen worden wäre, wenn die Parteien sie individuell ausgehandelt hätten.[601]

5 Rechtsfolgen bei Verstoss gegen Art. 8 UWG

a) Nichtigkeit der betroffenen AGB-Klausel

300 Das UWG enthält keine Bestimmungen zu den zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses gegen Art. 8. Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich derweil für

---

595 Siehe BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 100 m.Verw. auf Erläuternder Bericht UWG, 18.

596 HESS/RUCKSTUHL, 1211 f.; JUNG, AGB-Inhaltskontrolle, 137 ff. Vgl. zu der Schwierigkeit, das Kriterium «Treu und Glauben» sinnstiftend zu interpretieren Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 494.

597 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1154d.; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 47.

598 HESS/RUCKSTUHL, 1204; RUSCH, Inhaltskontrolle, 172; STÖCKLI, Inhaltskontrolle, 184.

599 SUTTER/LÖRTSCHER, 100. Vgl. VISCHER, UWG, 974 m.Verw. auf SHK UWG-JUNG, Art. 1 N 10 ff.

600 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 48 m.Verw. auf THOUVENIN, Strukturierung, Rz. 31.

601 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, EU:C:2013:164, Rn. 69.

eine Nichtigkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR aus.[602] Die Kundin, nicht aber der AGB-Verwender, kann sich im Streitfall auf diese Nichtigkeit berufen.[603] Das Gericht hat die Nichtigkeit dabei von Amtes wegen zu beachten.[604]

Die Nichtigkeit beschlägt lediglich die betroffene AGB-Klausel, nicht aber den Restvertrag; es handelt sich bzgl. des Gesamtvertrags somit um eine Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR.[605] Zum Schutz der Kundin als schwächere Partei ist die Einwendung des AGB-Verwenders, wonach er den Vertrag ohne die AGB-Klausel nicht geschlossen hätte und deshalb der ganze Vertrag nichtig sein müsse, unbeachtlich.[606] 301

b) Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion

An die Stelle einer nichtigen AGB-Klausel tritt das dispositive Recht.[607] Bestehen keine dispositiven Normen, ist die durch den Wegfall der Klausel entstehende Lücke vom Gericht zu füllen.[608] Ein AGB-Verwender kann dabei im Streitfall nicht geltend machen, dass die nichtige Klausel trotzdem anwendbar sei, wenn auch bloss in reduziertem, gerade noch erlaubtem Umfang. Die Lehre spricht sich deut- 302

602 BIERI, LCD, Rz. 10; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 242 f.; HESS/RUCKSTUHL, 1211; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 64; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 291 m.w.H.; SCHMID, Inhaltskontrolle, 16; SCHOTT, 80; STÖCKLI, UWG 8, 177; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 144 m.w.H; vgl. BGE 140 III 404, E. 4.4, wonach auch das Bundesgericht dieser Auffassung zu folgen scheint; a.M. KUONEN, 30 f.

603 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 65; STÖCKLI, UWG 8, 177; a.M. VISCHER, abstrakte Inhaltskontrolle, 974.

604 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 245; CHK OR-KUT, Art. 19/20 N 38; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 170; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 291.

605 BAHAR, 135; BIERI, réflexions, Rz. 29 f.; HESS/RUCKSTUHL, 1209 ff.; KUT/STAUBER, Rz. 131; SCHOTT, 80; WIDMER, Rz. 324 m.w.H. Vgl. ebenfalls Botschaft UWG 2009, 6180.

606 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 246; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 65; STÖCKLI, UWG 8, 178.

607 HUGUENIN/DREYER, 1211; BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 377; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 291; SCHMID, Inhaltskontrolle, 16.

608 EHLE/BRUNSCHWEILER, 269; PICHONNAZ, 8 LCD, 144; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 46.09. Siehe auch HUGUENIN/DREYER, 1211, deren Ansicht nach das Gericht keine Ersatzklausel schaffen dürfe, welche die ungültige Klausel auf das erlaubte Mass reduziert.

lich gegen eine geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Klausel aus.[609] Das Bundesgericht ist dieser Auffassung im berühmten «Leasing-Fall» gefolgt.[610]

303 Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion würde AGB-Verwendern geradezu einen Anreiz liefern, AGB-Klauseln überschüssig zu formulieren. Dies würde der AGB-Kontrolle die abschreckende Wirkung nehmen[611] und sollte aus Präventionsgründen zum Schutz der Kundin abgelehnt werden.[612] Die geltungserhaltende Reduktion sollte hingegen dann möglich sein, wenn die Kundin eine solche beansprucht, weil sie für sie vorteilhafter ist als die Regelung nach dispositivem Gesetzesrecht.[613]

304 Eine gegen Art. 8 UWG verstossende AGB-Klausel ist aufgrund des Ausschlusses der geltungserhaltenden Reduktion demnach vollumfänglich unwirksam, wenn sich die Kundin auf deren Nichtigkeit beruft.[614] Wendet man das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion konsequent an, müsste dies auch heissen, dass die Verwendung von Klauseln, welche sowohl zulässige als auch nach Art. 8 UWG unzulässige Auslegungsvarianten aufweisen, insgesamt ungültig ist.[615] Der Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion spricht so auch für den Ausschluss einer kundenfreundlichen Auslegung (dazu schon vorne, Rz. 276): Wären für die Belange des Art. 8 UWG nur diejenigen Auslegungsvarianten berücksichtigungsfähig, die die Gültigkeit der AGB-Klausel aufrechterhielten, würde man im Resultat eine geltungserhaltende Auslegung betreiben.[616] Auch aus dieser Perspektive

609 BIERI, réflexions, Rz. 30; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 249; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 65 ff.; KUT/STAUBER, Rz. 131; PICHONNAZ, 8 LCD, 144; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 46.09.; RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, 443 f. Eine geltungserhaltende Reduktion befürwortend hingegen PFEIFFER, Rechtsfolge, Rz. 180 ff., Rz. 478; sie zumindest teilweise befürwortend DEDUAL, 850 ff.

610 BGer 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1 m.w.H.

611 RUSCH, Recht, 580. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.6.2012, C-618/10, EU:C:2012:349, Rn. 69.

612 BGer 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1 m.w.H.

613 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 67, dessen Ansicht nach die gegen die geltungserhaltende Reduktion vorgebrachten rechtspolitischen Bedenken in diesem Fall nicht zum Tragen kämen; KUT/STAUBER, Rz. 131.

614 Botschaft UWG 2009, 6180; RUSCH, Schadenabwälzungsklauseln, 443 ff.

615 Dieser Gedanke bei TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 67.

616 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 67; RUSCH, Auslegung, 205.

ist somit die kundenfeindliche Auslegung einer AGB-Klausel der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG zugrunde zu legen.

II Inhaltskontrolle nach deutschem Recht (§§ 307–309 BGB)

Im deutschen AGB-Recht regeln die §§ 307–309 BGB die AGB-Inhaltskontrolle. Im Folgenden soll zunächst kurz ihr Anwendungsbereich umrissen werden (Rz. 306 f.). Danach wird § 307 BGB eingehender untersucht, der als Generalklausel den grundlegenden Prüfungsmassstab für die richterliche Inhaltskontrolle festlegt (Rz. 308 ff.). In jeweils separaten Kapiteln befasst sich die Abhandlung mit dem in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerten Transparenzgebot (Rz. 311 ff.) und den besonderen Klauselverboten der §§ 308 und 309 BGB, die eine exemplarische Aufzählung von Anwendungsfällen des in der Generalklausel festgelegten Wertmassstabs enthalten (Rz. 315 ff.). 305

1 Anwendungsbereich

Nach § 307 Abs. 3 BGB gelten die Inhaltskontrollvorschriften der §§ 307–309 BGB nur für solche Bestimmungen in AGB, «durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.» § 307 Abs. 3 BGB entzieht somit *essentialia negotii* einer Inhaltskontrolle, da diese nicht durch gesetzliche Bestimmungen, sondern durch die Vertragsparteien geregelt werden müssen.[617] 306

Auch Unternehmen sind in der Lage, sich auf die Generalklausel des § 307 BGB zu berufen (vgl. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach § 310 Abs. 1 BGB finden aber die in §§ 308 und 309 BGB statuierten Klauselverbote keine unmittelbare Anwendung im *b2b*-Kontext.[618] Die Vorschrift hält den deutschen Rechtsanwender ausserdem dazu an, bei der Inhaltskontrolle von Unternehmer-AGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. In den letzten Jahren ist immer stärkere Kritik aufgekommen, dass der BGH trotz 307

617 NEUNER, § 47 Rz. 51; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 288 ff.

618 Die deutsche Rechtsprechung nimmt jedoch eine Indizwirkung dieser Klauselverbote auch im unternehmerischen Verkehr an. Vgl. BGH, Urt. v. 19.9.2007, VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 Rn. 12; BGH, Urt. v. 8.3.1984, VIII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278.

dieser «Mahnung» die Inhaltskontrolle von Unternehmer-AGB stark an die Kontrolle von Konsumenten-AGB angeglichen hat.[619] Diverse Stimmen erachten dies als Wettbewerbsnachteil des deutschen AGB-Rechts.[620]

2 Generalklausel des § 307 BGB

308 Die Generalklausel in § 307 BGB verkörpert das Pendant zu Art. 8 UWG und stellt gewissermassen das «Herzstück»[621] der deutschen AGB-Vorschriften dar. § 307 Abs. 1 und 2 BGB lauten:

> *«Abs. 1: Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*
>
> *Abs. 2: Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung*
>
> 1. *mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder*
> 2. *wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.»*

309 Das Prüfprogramm des § 307 BGB unterscheidet sich grundsätzlich nicht von demjenigen des schweizerischen Art. 8 UWG: Auch nach deutschem Recht ergibt sich eine Benachteiligung aus dem Vergleich der vertraglich vereinbarten Regelung mit der Rechtsstellung der Kundin, wie sie sich ohne die AGB-Klausel darstellen würde.[622] In einem zweiten, wertenden Prüfungsschritt gilt es danach die Unangemessenheit dieser Benachteiligung zu untersuchen. Nach ständiger Rechtsprechung nimmt der BGH dann eine unangemessene Benachteiligung an, wenn

---

619 Vgl. BERGER, Reform, 465; MAIER-REIMER, 1; PFEIFFER, Entwicklungen, 917. Für eine Übersicht zur Kritik und zu Ansatzpunkten für eine gesetzgeberische Intervention STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 553 ff.

620 BERGER, Reform, 466; eingehend zur «Rechtsflucht» ins Ausland im *b2b*-Verkehr SOMMERFELD, 741 ff. Generell wird gerade die Wahl schweizerischen Rechts als interessante Alternative für deutsche Unternehmen erachtet. Vgl. dazu EHLE/BRUNSCHWEILER, 271; PFEIFFER, Flucht, 556 f.

621 LOCHER, 123; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 463, wonach in mehr als zwei Drittel aller zum AGB-Recht veröffentlichten Entscheide eine Kontrolle von AGB auf Grundlage der Generalklausel stattfinde.

622 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 98; NEUNER, § 47 Rz. 67.

der AGB-Verwender eigene Interessen zu Lasten der Kundin durchzusetzen sucht, ohne auch deren Belange angemessen zu berücksichtigen und ihr einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.[623] Nachteilige Klauseln können allerdings nur dann durch vorteilhaftere AGB-Bestimmungen ausgeglichen werden, wenn sachlich zusammengehörende Regelungen in Frage stehen, es sich also um «konnexe» AGB-Klauseln handelt.[624]

§ 307 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 BGB bieten dem deutschen Rechtsanwender gesetzliche Referenzkriterien zur Konkretisierung des Massstabs der unangemessenen Benachteiligung.[625] Es handelt sich hierbei um die gleichen Orientierungskriterien, wie sie auch unter dem schweizerischen Art. 8 UWG gelten. In Ziff. 1 bringt der deutsche Gesetzgeber ebenfalls die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts zum Ausdruck.[626] Fehlt dispositives Recht zur Beurteilung einer AGB-Klausel, ist subsidiär auf die Vertragsnatur als Referenzrahmen abzustellen.[627] 310

3 Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist das Transparenzgebot unter dem deutschen AGB-Recht von besonderem rechtsvergleichendem Interesse. Das Transparenzgebot ist in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt. Gemäss diesem in der Generalklausel verankerten Prinzip kann sich eine unangemessene Benachteili- 311

623 Siehe bspw. BGH, Urt. v. 28.1.2010, X ZR 37/09, NJW 2010, 2046 Rn. 13; BGH, Urt. v. 1.2.2005, X ZR 10/04, NJW 2005, 1774, 1775; BGH, Urt. v. 3.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104, 113. Vgl. aus der Literatur STOFFELS, AGB-Recht, 468.

624 BGH, Urt. v. 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888, 889 f.; MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 38. Siehe auch Grüneberg-GRÜNEBERG, § 307 BGB N 14; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 487.

625 Für die Prüfungsreihenfolge bedeutet dies, dass Abs. 2 vor Abs. 1 zu prüfen ist. Vgl. hierzu STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 496 mit der Anmerkung, dass die Rechtsprechung regelmässig auf eine explizite Unterscheidung der Absätze von § 307 BGB verzichte und die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel lediglich mit einem Verstoss gegen § 307 BGB begründe.

626 Die Lehre und Rechtsprechung verstehen das Merkmal der «gesetzlichen Regelung» in einem weiten Sinne und subsumieren darunter neben gesetzlichen Vorschriften auch alle allgemeinen Rechtsgrundsätze und Regeln des Richterrechts. Näheres dazu bei Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 105a.

627 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 238 m.w.H.; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 501.

gung der Kundin durch eine AGB-Klausel demnach «auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist».

312 Das Transparenzgebot soll den berechtigten Anliegen der Kundin Rechnung tragen, ausschliesslich mit verständlichen und für sie überschaubaren Regelungen konfrontiert zu werden.[628] Eine AGB-Klausel muss im Lichte von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB deshalb die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.[629] Das Transparenzgebot statuiert in diesem Sinne ein Verbot der Verschleierung kundenbelastender Folgen.[630]

313 Als Einzelausprägung enthält das Transparenzgebot das Gebot der Bestimmtheit.[631] Demnach hat der Verwender einer AGB-Klausel deren Inhalt möglichst weitgehend zu konkretisieren, so dass die Kundin ihre Rechte und Pflichten aus dem Regelwerk mit grösstmöglicher Bestimmtheit entnehmen kann.[632] Dies bedingt, dass der AGB-Verwender die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel möglichst eindeutig und nachvollziehbar darstellt, damit sich für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume ergeben.[633] Nach dem Gesagten sind solche AGB-Klauseln intransparent und somit unwirksam, die dem Verwender ein praktisch schrankenloses Ermessen ausbedingen und die Kundin in einen Zustand der Unsicherheit versetzen.[634]

---

628 Vgl. BGH, Urt. v. 20.7.2005, VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11, 16; BGH, Urt. v. 23.06.2004, IV ZR 130/03, BGHZ 159, 360, 364.

629 BGH, Urt. v. 15.2.2017, IV ZR 91/16, NJW 2017, 2346 Rn. 15; BGH, Urt. v. 7.12.2010, XI ZR 3/10, NJW 2011, 1801 Rn. 20; BGH, Urt. v. 9.12.2009, XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rn. 22.

630 So STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 569.

631 Im Einzelnen zu den verschiedenen Ausprägungen MüKo BGB-WURMNEST, § 307 Rz. 59 ff.

632 BGH, Urt. v. 5.11.2003, VIII ZR 10/03, NJW 2004, 1598, 1600; BGH, Urt. v. 17.1.1989, XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 264; BIEDER, 216; Wolf/Lindacher/ Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 258.

633 BGH, Urt. v. 19.5.2016, III ZR 274/15, NJW-RR 2016, 842 Rn. 26; BGH, Urt. v. 29.4.2015, VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 16; BGH, Urt. v. 6.12.2007, VII ZR 28/07, NJW-RR 2008, 615 Rn. 12; BGH, Urt. v. 20.7.2005, VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11, 16; BGH, Urt. v. 26.10.2005, VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12, 21.

634 MüKo BGB-WURMNEST, § 307 Rz. 61 m.Verw. auf BGH, Urt. v. 6.4.2005, XII ZR 158/01, ZMR 2005, 844.

Von Bedeutung für die vorliegende Abhandlung ist die Tatsache, dass gerade einseitige Preisänderungsklauseln als Ausgangspunkt für die deutsche Rechtsprechung zum Transparenzgebot gelten.[635] Ohne es explizit zu erwähnen, wendete der BGH diesen Grundsatz bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1980 im Zusammenhang mit einer einseitigen Preisänderungsklausel in einem Zeitschriftenabonnement-Vertrag an. Nach dem BGH ist mithin erforderlich, dass die Kundin aus der Formulierung der Preisänderungsklausel erkennen kann, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf sie zukommen können.[636] Ausgehend davon hat sich das Transparenzgebot als zentraler Kontrollansatz für einseitige Änderungsklauseln in AGB entwickelt.[637] Die Anwendung des Transparenzgebots verdeutlicht mithin, dass sich die Unbestimmtheit einer einseitigen Änderungsklausel in einer materiell-rechtlichen Benachteiligung für die Kundin ausdrücken kann.[638] 314

4 Besondere Klauselverbote (§§ 308 und 309 BGB)

Die Kataloge der §§ 308 und 309 BGB enthalten in insgesamt 22 Ziffern Klauselverbote, welche den allgemeinen Kontrollmassstab des § 307 BGB für typische AGB-Klauseln konkretisieren. Der Unterschied der in §§ 308 und 309 BGB verankerten Klauselverbote besteht in deren gerichtlicher Wertungsmöglichkeit: In § 308 BGB sind die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten (sog. «graue Liste») demonstrativ aufgelistet. Die Verbote stellen hier auf wertungsoffene, unbestimmte Rechtsbegriffe ab, womit dem beurteilenden Gericht ein Ermessensspielraum offenbleibt.[639] Die in § 309 BGB aufgezählten Klauselverbote ohne 315

635 Eingehend GUTKIN, 139 ff. Vgl. auch GOTTSCHALK, 583 f.; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 571.

636 BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519. Obschon der BGH hier das Bestimmtheitsgebot noch nicht explizit so nannte, stellte er fest, dass eine «Konkretisierung der Klausel» zum Schutz der Kundin erforderlich sei.

637 Vgl. die Ausführungen bei GUTKIN, 139 ff.; KRÄMER, 76 ff. Siehe auch KÖNDGEN, 944.

638 Siehe schon KÖNDGEN, 944: «Je unbestimmter der einseitige Gestaltungsvorbehalt des AGB-Verwenders, desto ungeschützter ist der Kunde dessen Willkürentscheidung ausgeliefert.»

639 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, Vor §§ 308, 309 BGB N 6; NEUNER, § 47 Rz. 62; MüKo BGB-WURMNEST, § 308 N 2.

Wertungsmöglichkeiten (sog. «schwarze Liste») sind strikter zu handhaben, da deren Missbräuchlichkeit gesetzlich vermutet wird.[640]

316 Die Prüfungsabfolge der Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB ist wesentlich vom Spezialitätsprinzip geprägt. Im Verhältnis zu den besonderen Klauselkatalogen der §§ 308 und 309 BGB kommt § 307 BGB als Generaltatbestand die Funktion einer Auffangvorschrift zu.[641] Für die Prüfungsabfolge bedeutet dies, dass zuerst die besonderen Klauselverbote unter §§ 308 und 309 BGB zu prüfen sind. Nur falls eine Klausel nicht schon aufgrund der besonderen Klauselverbote unwirksam ist, muss weiter geprüft werden, ob sie der Kontrolle nach § 307 BGB standhält.

317 Da im schweizerischen AGB-Recht Klauselkataloge fehlen, welche Gerichte bei der Beurteilung potenziell unlauterer AGB-Klauseln zu Hilfe ziehen könnten, bieten sich die besonderen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB als ideale Orientierungshilfe an. Für die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB sind dabei die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu den §§ 309 Nr. 1 («kurzfristige Preiserhöhungen»), 308 Nr. 4 («Änderungsvorbehalt») und 308 Nr. 5 BGB («Fingierte Erklärungen») von besonderer Bedeutung.

III Vergleich und Zwischenfazit

318 Die Anwendung von Art. 8 UWG ist mit gewissen Unsicherheiten behaftet, weil es sich bei allen Tatbestandsmerkmalen als auch beim Massstab von Treu und Glauben um wertoffene Rechtsbegriffe handelt, welche einer Konkretisierung durch die Lehre und insbesondere durch die Gerichte bedürfen. Da diese Konkretisierung auf Stufe der Rechtsprechung in der Schweiz bislang unterblieben ist, drängt sich ein Blick über die Grenze ins deutsche AGB-Recht besonders in diesem Zusammenhang auf.

319 Art. 8 UWG als Generalklausel ist sehr ähnlich aufgebaut wie § 307 BGB. Die AGB-Inhaltskontrolle orientiert sich dabei sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland in erster Linie am Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts und

---

640 STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 580. Relativierend zur Bedeutung der Unterscheidung der richterlichen Wertungsmöglichkeiten zwischen § 308 und 309 BGB MüKo BGB-WURMNEST, Vor § 307 N 5.

641 Vgl. BT-Drs. 7/3919, 22; BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519. Vgl. ferner Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, Vor §§ 308, 309 BGB N 9 ff.

an gesetzlichen Leitbildern. In beiden Rechtsordnungen stellt sodann der Verstoss einer AGB-Klausel gegen Treu und Glauben das qualifizierende Merkmal dar, welches den Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigt.

Aus rechtsvergleichender Perspektive und für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist besonders das im deutschen Recht gesetzlich verankerte AGB-Transparenzgebot von Bedeutung, gemäss welchem sich eine unangemessene Benachteiligung einer AGB-Klausel auch aus deren unklarer oder unpräziser Formulierung ergeben kann. Die Analyse des deutschen AGB-Rechts hat dabei illustriert, dass dem Transparenzgebot speziell im Hinblick auf die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln eine wichtige Bedeutung zukommt. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung bietet es sich an, die Transparenzkriterien unter der deutschen AGB-Inhaltskontrolle als Inspirationsquelle für die Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln unter Art. 8 UWG heranzuziehen. 320

Obschon Art. 8 UWG den Transparenzgedanken, im Gegensatz zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, nicht explizit zum Ausdruck bringt, lässt sich dieser aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten.[642] Auf Stufe der Inhaltskontrolle adressiert das Transparenzgebot mithin die Transparenz der inhaltlichen Tragweite einer AGB-Klausel.[643] Das von Art. 8 UWG umschriebene Missverhältnis kann insofern auch darin bestehen, dass eine AGB-Klausel «nicht klar und verständlich ist».[644] So vermag gerade die Unbestimmtheit einer einseitigen Änderungsklausel eine inhaltlich unangemessene Benachteiligung zu begründen, wenn sie dem AGB-Verwender ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume eröffnet. Art. 8 UWG verkörpert infolgedessen ein zentrales Kontrollinstrument, durch welches die Unbestimmtheit von einseitigen Änderungsklauseln Eingang in die Angemessenheitsbeurteilung findet. 321

642 So schon zur alten Fassung von Art. 8 UWG MATT, 116 f., 139. Vgl. ferner FRITSCHI, Rz. 490 f.; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 107.

643 Eingehend zum Transparenzgebot aus schweizerischer Perspektive PERRIG, 204 ff. In seiner Untersuchung zur AGB-Zugänglichkeitsregel fokussiert sich PERRIG derweil auf die Transparenzaspekte der Zugänglichkeitsregel als Einbeziehungsschranke.

644 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1153d; SCHMID, AGB, 212.

§ 6 Folgerungen

322 Im Laufe der Untersuchung im vierten Kapitel hat sich die Scheu der schweizerischen Gerichte vor einer offenen Inhaltskontrolle von AGB herauskristallisiert. Der vom schweizerischen Bundesgericht bisher praktizierten verdeckten Inhaltskontrolle auf der Einbeziehungsebene ist mit Bedenken zu begegnen. Die Diskussion hat gezeigt, dass die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel für den *b2c*-Verkehr einer Überprüfung bedarf. Die Ungewöhnlichkeitsregel wird AGB-Verwender ohnehin lediglich dazu anhalten, inhaltlich problematische AGB-Klauseln besonders hervorzuheben oder besonders darauf aufmerksam zu machen. Eine solche Praxis trägt indes nicht dazu bei, den Markt von inhaltlich missbräuchlichen AGB zu befreien. Die eher an formalen Gesichtspunkten orientierte Kontrolle von AGB-Klauseln über die Ungewöhnlichkeitsregel sollte deshalb einer verstärkten Prüfung unter Art. 8 UWG weichen.

323 Mit dem Vorhandensein einer griffigen AGB-Inhaltskontrolle in Art. 8 UWG besteht nach der hier vertretenen Meinung auch kein Platz mehr für eine kundenfreundliche, die Wirksamkeit einer AGB-Klausel aufrechterhaltende Auslegung. AGB-Verwender sollten nicht in der Lage sein, sich auf eine kundenfreundliche Auslegung von AGB zu stützen, um dem Filter von Art. 8 UWG zu entkommen. Extrem überschiessende Formulierungen von AGB-Klauseln, welche auch unzulässige Auslegungsvarianten aufweisen, sollten für AGB-Verwender vielmehr mit dem Risiko ihrer Unwirksamkeit verbunden sein. In Anlehnung an die deutsche AGB-Praxis verdient deshalb die kundenfeindliche Auslegung von AGB Zuspruch. Nur ein kundenfeindlicher Ansatz würde es letztlich ermöglichen, den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG nicht durch eine «geltungserhaltende Auslegung» zu verkürzen; nur der kundenfeindliche Ansatz stellt denn auch den Gleichlauf zwischen Individual- und Generalkontrolle einer AGB-Klausel sicher.

324 Schliesslich können für die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB deutsche Lehre und Rechtsprechung zum Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) herangezogen werden. Obschon nicht gesetzlich verankert, verdeutlicht die Untersuchung im vierten Kapitel, dass das Transparenzgebot auch im schweizerischen AGB-Recht sämtliche Ebenen der AGB-Kontrolle erfasst. Auf der Einbeziehungsebene gebietet das Transparenzgebot im Rahmen der Zugänglichkeitsregel (vgl. vorne, Rz. 223), dass AGB verständlich sowie lesbar formuliert sein müssen und dem Kunden die Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme der AGB gewährt sein muss. Auf Ebene der Auslegungskontrolle spiegelt die Unklarheitenregel das Transparenzgebot wider, indem es eine eindeutige und

klare Formulierung von AGB-Klauseln verlangt (Rz. 258 ff.). Auf Stufe der Inhaltskontrolle hat sich schliesslich gezeigt, dass eine intransparente Formulierung einer AGB-Klausel ein nach Art. 8 UWG relevantes Missverhältnis begründen kann, da die inhaltliche Abstraktheit einer AGB-Klausel ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume für den AGB-Verwender zu begründen vermag. Für die Zwecke der vorliegenden Analyse bedeutet dies, dass die genügende Bestimmtheit bzw. Transparenz eines einseitigen Änderungsrechts auf allen Stufen der AGB-Kontrolle zu beachten ist.

Mit dem Ende des vierten Kapitels liegen nun alle notwendigen Grundlagen zum AGB-Korrektiv und der jeweiligen Kontrollinstrumente vor, um die einseitige Änderungsklausel einer AGB-spezifischen Prüfung zu unterziehen. 325

5. Kapitel: AGB-spezifische Kontrollansätze für einseitige Änderungsklauseln

Aufbauend auf den bisherigen Erkenntnissen wird die einseitige Änderungsklausel im fünften Kapitel einer AGB-spezifischen Kontrolle unterzogen. Analog zum vierten Kapitel verfolgt die Untersuchung dabei das Ziel, die für den schweizerischen Rechtsraum gewonnenen Erkenntnisse mit Rechtsprechung und Lehre aus dem deutschen AGB-Recht zu unterfüttern. Ziel dieser rechtsvergleichenden Analyse ist es, griffige AGB-spezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen und Kontrollmechanismen für einseitige Änderungsklauseln zu formulieren. 326

§ 1 Vorbemerkungen

327 Das fünfte Kapitel widmet sich zunächst der Auslegungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln (Rz. 329 ff.), ehe es sich der Einbeziehungs- (Rz. 357 ff.) und Inhaltskontrolle (Rz. 382 ff.) zuwendet. Ein solches Vorgehen ist deshalb angezeigt, weil sowohl die Ungewöhnlichkeitsregel als auch die Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG auf eine vorgängige Auslegung der zu beurteilenden AGB-Klausel angewiesen sind.[645] Nur wenn der Inhalt einer einseitigen Änderungsklausel durch Auslegung ermittelt worden ist, lässt sich etwa beurteilen, ob der Inhalt der Klausel ungewöhnlich ist.[646] Gleichermassen kann die inhaltliche Unangemessenheit einer einseitigen Änderungsklausel unter Art. 8 UWG nur dann bewertet werden, wenn deren Inhalt durch vorgängige Auslegung festgelegt wurde.

328 Nach dem Verständnis der vorliegenden Untersuchung darf das AGB-Korrektiv ohnehin nicht als starre Prüfungsabfolge verstanden werden: Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle greifen ineinander (vorne, Rz. 219 f.). Wenngleich die Abhandlung diese drei Ebenen im Folgenden auseinanderhält, sei stets daran zu erinnern, dass sich eine kohärente Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln in AGB nur durch Rücksichtnahme auf die Bezüge zwischen den einzelnen AGB-Kontrollinstrumenten bewerkstelligen lässt.

§ 2 Auslegungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln

329 Die Ausführungen zum AGB-Korrektiv haben veranschaulicht, dass das schweizerische und das deutsche Recht unterschiedliche Ansätze zur Auslegung von AGB verfolgen. Die Untersuchung hat dabei gezeigt, dass die individuell-konkrete Auslegung von AGB im Grundsatz Zuspruch verdient, wobei die Bedeutung des Theorienstreits zwischen der individuell-konkreten und generell-abstrakten Auslegung in der Praxis gering ist (vorne, Rz. 270 ff.). Gleichzeitig wurde begründet, weshalb die kundenfeindliche Auslegung von AGB auch für das schweizerische

645 Vgl. die Struktur der AGB-Kontrolle bei TH. KOLLER, Fragen, 52 ff.

646 Vgl. KLETT/HURNI, 83, die betonen, dass die Ungewöhnlichkeitsregel nicht losgelöst von den AGB-Auslegungsprinzipien durchgeführt werden kann; PERRIG, 47 f.; WIEGAND, Auslegung, 332 f.

Recht zu befürworten ist (vorne, Rz. 274 ff.). Vor diesem Hintergrund und zur Vermeidung von Redundanzen verzichtet die Untersuchung im Folgenden auf eine strenge strukturelle Unterscheidung zwischen der schweizerischen und deutschen Auslegungskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB.

Im Rahmen der Auslegungskontrolle wird unter Bezugnahme auf das schweizerische und deutsche AGB-Recht zunächst hervorgehoben, weshalb sich die Auslegung einseitiger Änderungsklauseln in AGB an den Änderungsergebnissen orientieren muss, welche die Klausel potenziell zulässt (Rz. 331 ff.). In einem nächsten Schritt zeigt die Untersuchung, nach welchen Auslegungsgrundsätzen diese potenziell möglichen Änderungsergebnisse zu ermitteln sind (Rz. 337 ff.). Der dritte Abschnitt befasst sich schliesslich mit der Anwendung der Unklarheitenregel auf einseitige Änderungsklauseln in AGB (Rz. 346 ff.). 330

I Orientierung der Auslegung an den potenziell möglichen Änderungsergebnissen

Im Zusammenhang mit den allgemeinen Kontrollinstrumenten für einseitige Änderungsklauseln hat die Abhandlung gezeigt, dass die Überprüfung dieser Bestimmungen entweder an ihrer abstrakten Formulierung (Klauselkontrolle) oder an der Ausübung des einseitigen Änderungsrechts (Ausübungskontrolle) anknüpfen kann (vorne, Rz. 111). Das AGB-Korrektiv ist klar der Ebene der abstrakten Klauselkontrolle zuzuordnen: Im Zentrum der AGB-Kontrolle steht die Frage, ob eine Klausel nach Massgabe ihrer abstrakten Formulierung den Anforderungen der Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle genügt. Die AGB-Kontrolle ist somit streng von der Ausübungskontrolle abzugrenzen, welche auf die konkrete Handhabung einer AGB-Klausel im Einzelfall abstellt. 331

Die Qualifikation der AGB-Kontrolle als abstrakte Klauselkontrolle hat wichtige Implikationen für die Auslegung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB. Sie hat namentlich zur Folge, dass bei der Auslegung zu Beginn stets danach zu fragen ist, welche einseitigen Änderungen die AGB-Verwenderin auf Basis der abstrakten Klausel realisieren könnte, ohne dabei zu berücksichtigen, welche konkreten Änderungen sie im Einzelfall tatsächlich vorgenommen hat.[647] Die Auslegung ein- 332

[647] Vgl. BGE 135 III 1, E. 3.3: «Es kommt auch nicht darauf an, ob die konkrete Änderung massvoll ausfällt und für sich betrachtet zumutbar ist.»; RUSCH/HUGUENIN, 44. Aus

seitiger Änderungsklauseln in AGB muss sich, in anderen Worten, stets am potenziellen Änderungsergebnis orientieren.[648]

333 Zur Veranschaulichung dieses zentralen Auslegungsgedankens sei auf die folgende AGB-Klausel einer schweizerischen Bank zu verweisen:

334 **Klauselbeispiel 15:** *«Die Depotgebühren und Courtagen werden nach den jeweils geltenden Tarifen berechnet, die auf der Homepage der Bank zugänglich sind. Die Bank behält sich die jederzeitige Änderung der Tarife vor.»*

335 Für die Zwecke der AGB-Kontrolle als Klauselkontrolle muss bei der Auslegung derart offen formulierter Bestimmungen irrelevant sein, ob die Bank im Einzelfall tatsächlich eine dem Kunden zumutbare und begründete Gebührenerhöhung vorgenommen hat.[649] Im Rahmen der AGB-Kontrolle ist vielmehr danach zu fragen, welche Änderungen die Bank auf Basis der abstrakten Klausel potenziell erwirken könnte. Die Auslegung der Klausel zeigt dabei, dass sie der Bank das uneingeschränkte Recht einräumt, einseitige Gebührenänderungen jederzeit vorzunehmen. Der Inhalt der Klausel ist derart allgemein umschrieben, dass sich nach Massgabe des Bestimmtheitsgebots gar nicht erst ein konsensfähiger Inhalt eruieren lässt (vgl. vorne, Rz. 126 f.) und die Klausel auch einer Prüfung unter Art. 8 UWG nicht standhalten würde (hinten, Rz. 385 ff.). Der AGB-Klausel ist die Wirkung deshalb unabhängig von ihrer Anwendung im Einzelfall zu versagen.[650]

336 Ein wie in Klauselbeispiel 15 uneingeschränktes einseitiges Änderungsrecht sollte dem Verdikt der Unwirksamkeit auch nicht deswegen entrinnen, weil Gestaltungsrechte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Ausübungsfall eigentlich nach billigem Ermessen auszuüben wären (vgl. vorne, Rz. 152 ff.). Dieser Auslegungsgedanke hat keinen Platz innerhalb der AGB-Kontrolle: Eine AGB-Klausel,

---

der deutschen Rechtsprechung BGH, Urt. v. 13.12.2001, I ZR 41/99, NJW 2002, 1713, 1715; BGH, Urt. v. 28.10.1981, VIII ZR 302/80, BGHZ 82, 121, 128.

648 Vgl. im Kontext von Verzugszinsen in AGB RUSCH, Inkasso, 1140. Siehe ferner BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 21 m.w.H. In den Worten des BGH setzt die Zumutbarkeit einer einseitigen Änderungsklausel in AGB «eine Fassung der Klausel voraus, die nicht zur Rechtfertigung unzumutbarer Änderungen dienen kann».

649 Vgl. MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 39, wonach eine Klausel im Rahmen der AGB-Kontrolle nicht deshalb aufrechtzuerhalten ist, weil die AGB-Verwenderin im tatsächlichen Ausübungsfall – bspw. aus Kulanzgründen oder versehentlich – nicht in vollem Umfang von ihr Gebrauch gemacht hat.

650 Vgl. zur AGB-Kontrolle solcher Klauseln PROBST, Bankgebühren, Rz. 48, 51.

welche inhaltlich unangemessene, willkürliche Vertragsänderungen zulässt, kann bloss aufgrund der Möglichkeit der richterlichen Ausübungs- bzw. Billigkeitskontrolle noch nicht als zulässig qualifiziert werden.[651] Es würde vielmehr falsche Anreize für AGB-Verwenderinnen setzen, wenn sie konturlose Änderungsrechte mit dem Argument retten könnten, dass die Ausübung des Änderungsrechts im Einzelfall billigem Ermessen entspreche und der Schutz des Kunden dadurch gewährleistet sei.[652] Die richterliche Billigkeits- bzw. Ausübungskontrolle kommt erst dann zum Zug, wenn die einseitige Änderungsklausel in ihrer abstrakten Form den Anforderungen der AGB-Kontrolle genügt.

II Relevante Auslegungsgrundsätze

Nachdem geklärt ist, dass sich die Auslegungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln an den potenziell realisierbaren Änderungsergebnissen orientieren muss, gilt es zu untersuchen, nach welchen Auslegungsgrundsätzen diese Änderungsergebnisse zu ermitteln sind. 337

1 Objektivierte Auslegung

Die Ausführungen zum AGB-Korrektiv haben ergeben, dass die individuell-konkrete Auslegung von AGB im Ansatz zu befürworten ist. Gleichzeitig hat die Abhandlung betont, dass relevante Einzelfallumstände im AGB-rechtlichen Kontext der Massenvertragsabwicklung regelmässig fehlen werden und sich ein übereinstimmender subjektiver Wille somit im Regelfall nicht rechtsgenüglich ermitteln lässt (vorne, Rz. 272). 338

Die typische Unbestimmtheit von einseitigen Änderungsklauseln erschwert die Feststellung eines wirklichen Parteiwillens zusätzlich. Im AGB-rechtlichen Kontext dürfte ein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille deshalb praktisch nie feststellbar, geschweige denn beweisbar sein.[653] Die Auslegung einseitiger Ände- 339

---

651 RUSCH/HUGUENIN, 50. Aus dem deutschen Recht KRÄMER, 130 ff. m.w.H.

652 RUSCH/HUGUENIN, 50; BAUR, Preisänderungsklauseln, 915. Vgl. aber die Haltung des schweizerischen Bundesgerichts, wonach das Gericht dazu angehalten sei, eine sachgerechte Lösung zu finden, weil die Parteien vermutungsweise keine unangemessene Lösung gewollt hätten (BGE 122 III 420, E. 3a; 117 II 609, E. 6c; 116 II 259, E. 5a; 115 II 264, E. 5a).

653 Vgl. BUFF, 76.

rungsklauseln in AGB erfolgt daher regelmässig auf dem Weg der objektivierten Auslegung. Der Gehalt der Klausel ist entsprechend unter Anwendung des Vertrauensprinzips zu ermitteln und nach dem mutmasslichen Willen der Parteien auszulegen.

2 AGB-spezifische Anwendung der gängigen Auslegungsmittel

340 Im Rahmen der objektivierten Auslegung kommt dem Wortlaut als primäres Auslegungsmittel eine vorrangige Rolle zu.[654] Je bestimmter eine einseitige Änderungsklausel sowohl tatbestands- als auch rechtsfolgeseitig formuliert ist, desto mehr Anhaltspunkte bieten sich dem Gericht, deren Bedeutungsgehalt herzuleiten. Die Verwenderin hat im Hinblick auf die Unberechenbarkeit der zukünftigen Verhältnisänderungen und die dadurch notwendige Flexibilisierung der Änderungsklausel jedoch gerade ein Interesse daran, Änderungstatbestand und -folge nicht abschliessend zu umschreiben (vorne, Rz. 89 ff.). Im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln wird das Abstellen auf den Wortlaut deshalb selten zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis führen.[655]

341 Fraglich ist, inwieweit über den Wortlaut hinausgehende Auslegungsmittel zur Interpretation von einseitigen Änderungsklauseln herangezogen werden können. Zu den für solche Klauseln potenziell relevanten Auslegungsmitteln gehören bspw. die Systematik des Vertrags oder der Vertragszweck.[656] Wie bereits im Rahmen der allgemeinen Analyse des AGB-Korrektivs begründet wurde (vorne, Rz. 273), dürfen diese Auslegungsmittel jedoch nicht völlig unverändert auf AGB angewendet werden. Die bewusste und für den Kunden erkennbare generell-abstrakte Formulierung von einseitigen Änderungsklauseln durch die AGB-Verwenderin gebietet, sich bei ihrer Auslegung am Verständnishorizont eines durchschnittlichen Angehörigen des betreffenden Kundenkreises zu orientieren.

342 Eine einseitige Änderungsklausel in AGB sollte somit für den durchschnittlichen Kunden, welcher über keine ausgeprägte systematische Auslegungskompetenz

654 BGE 133 III 406, E. 2.2; 131 III 606, E. 4.2; statt vieler SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 33.04.

655 Zum selben Resultat auf individualvertraglicher Basis kommend BUFF, 81.

656 Zur Relevanz dieser Auslegungsmittel für Änderungsklauseln im Individualvertrag BUFF, 77, 83 ff.

verfügt, grundsätzlich isoliert und aus sich heraus verständlich sein.[657] Während vom Kunden etwa erwartet werden kann, dass er sich vergewissert, unter welchem Titel die einseitige Änderungsklausel steht, können von ihm keine komplexeren systematischen Überlegungen erwartet werden, die sich über das gesamte AGB-Klauselwerk erstrecken.[658]

Derselben *ratio* folgend sollten vom Kunden auch keine weitergehenden teleologischen Auslegungsgedanken dahingehend erwartet werden, dass er die einseitige Änderungsklausel im Hinblick auf den Vertragszweck bzw. den von der AGB-Verwenderin verfolgten Zweck versteht.[659] Relevant ist somit nicht etwa der banken- oder versicherungstechnische Sinn einer AGB-Klausel, sondern der Sinn, den ihr der durchschnittliche, juristisch nicht bewanderte Kunde als Erklärungsempfänger beimessen durfte bzw. musste.[660] 343

Gegen die eben beschriebene Auslegungsmethode könnte eingewendet werden, dass sie unter Berufung auf den Wortlaut nur wenig interessengerechte Auslegungsmöglichkeiten berücksichtigt, welche den Kunden im Rahmen der Inhaltskontrolle unangemessen benachteiligen und letztlich zur Unwirksamkeit der Klausel führen könnten. Eine solche Anwendung der Auslegungsmittel entspricht jedoch am ehesten dem Schutzgedanken der AGB-Kontrolle und des auf sämtlichen Kontrollstufen verankerten AGB-Transparenzgebots (vgl. vorne, Rz. 324). Letzteres zielt darauf ab, im Interesse des Kunden für Verständlichkeit von AGB-Klauseln zu sorgen und damit die AGB-Verwenderin die Nachteile unklarer oder intransparenter Vorformulierungen tragen zu lassen.[661] Erschliesst sich der Regelungsgehalt einer einseitigen Änderungsklausel nicht aus deren Wortlaut, sondern erst aus dem von der Verwenderin damit verfolgten, für den Kunden nicht ohne Weiteres erkennbaren Zweck oder ihrer systematischen Stellung im Klausel- 344

---

657 So RUSCH, Auslegung, 204 m.Verw. auf BUNTE, 601. Vgl. auch DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 155.

658 Vgl. DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 155; A. KOLLER, OR AT, Rz. 23.55. Weiter geht MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 45, der eine systematische Auslegung von AGB-Klauseln kategorisch ablehnt.

659 Vgl. BGer 4A_288/2013, E. 2.3, wonach dem Kunden bei der Auslegung einer AGB-Klausel die *«logique d'assurance»* nicht entgegengehalten werden kann. Aus dem deutschen Recht Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305 BGB N 81 f.

660 Vgl. die Ausführungen bei TH. KOLLER, Fragen, 53 ff. zu Deckungsausschlussklauseln in AVB.

661 Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 141 ff., 253.

werk, sollte die AGB-Verwenderin dies dem Kunden nicht entgegenhalten können.[662]

345 Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Auslegung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB nach den gängigen Auslegungsmitteln oftmals zu keinem klaren Ergebnis führt. Als Mittel zur flexiblen Zukunftsbewältigung werden einseitige Änderungsklauseln naturgemäss einen Auslegungsspielraum aufweisen und mehrere vertretbare, aus Perspektive des Kunden legitime wie auch illegitime Auslegungsvarianten zulassen. In vielen Fällen wird sich deshalb die Anwendung der Unklarheitenregel aufdrängen.

III Anwendung der Unklarheitenregel

346 In Bezug auf die Anwendung der Unklarheitenregel herrscht im schweizerischen Rechtsraum die kundenfreundliche Auslegung von AGB vor. Demnach ist AGB-Klauseln im Zweifelsfall die für den Kunden günstigere Bedeutung zuzumessen, die gleichzeitig zu einem rechtlich haltbaren Ergebnis führt (vorne, Rz. 259 f.). Diesem Ansatz folgend seien nach BUFF auch einseitige Änderungsklauseln in AGB tendenziell restriktiver auszulegen, wobei im Zweifel die für den Kunden günstigste Auslegungsvariante als massgeblich zu erklären sei.[663] GAUCH erwägt derweil, unbestimmte einseitige Änderungsklauseln aufgrund der Unklarheitenregel gar so zu interpretieren, dass sie nur den Kunden begünstigende Änderungen zulassen.[664]

347 Nach der hier vertretenen Meinung ist in Anbetracht der vertieften Analyse im vierten Kapitel eine kundenfreundliche AGB-Auslegung abzulehnen. Würde man nur solche Auslegungsvarianten berücksichtigen, welche die Wirksamkeit der einseitigen Änderungsklausel bewahren oder gar den Kunden begünstigen, würde man im Resultat eine geltungserhaltende Reduktion bzw. Auslegung betreiben. Diese geltungserhaltende Auslegung setzt AGB-Verwenderinnen falsche Anreize. Im Wissen um eine restriktive Interpretation ihrer Klauselwerke hätten sie ein zu-

662 Vgl. RUSCH, Auslegung, 205; in diese Richtung auch HUGUENIN/MAISSEN, 112. Aus der deutschen Literatur Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305 BGB N 81.

663 BUFF, 253.

664 GAUCH, AVB, 87, Fn. 80: «Nach der Auslegungsregel, wonach im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die zu einem rechtlich haltbaren Ergebnis führt […], sind sie allenfalls schon auf der Ebene der Vertragsauslegung so zu verstehen, dass sie sich ausschliesslich auf kundengünstige Änderungen beziehen.»

sätzliches Interesse daran, einseitige Änderungsklauseln überschiessend zu formulieren.[665]

Bei der Auslegung von einseitigen Änderungsklauseln nach Massgabe der Unklarheitenregel sind vielmehr auch vertretbare Auslegungsvarianten zu berücksichtigen, welche insgesamt zur Unwirksamkeit der Klausel führen würden. Um die Anwendung – aber auch die Grenzen – dieser kundenfeindlichen Auslegung zu veranschaulichen, sei auf die Klausel in Klauselbeispiel 1 verwiesen, welche auch der BGH beurteilen musste:[666] 348

Klauselbeispiel 1: *«[Das Gaswerk] ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten [des Gaswerks] erfolgt.»* 349

Im Zentrum der Auslegung dieser Klausel steht zunächst die Frage, welche Änderungsmöglichkeiten sie für das Gaswerk eröffnet. Möglich ist erstens, dass das Gaswerk Preiserhöhungen der Vorlieferanten durch eine Gaspreiserhöhung auf den Kunden abwälzt (Auslegungsvariante 1).[667] Denkbar ist zweitens aber auch, dass das Gaswerk auf Grundlage der Klausel Preiserhöhungen der Vorlieferanten überproportional an den Kunden weiterreicht. Die Klausel kann mithin dahingehend ausgelegt werden, dass sie dem Gaswerk erlaubt, bei einer Preiserhöhung der Vorlieferanten von bspw. 5 % den Gaspreis für den Kunden um 10 % zu erhöhen (Auslegungsvariante 2).[668] Möglich ist es drittens, dass das Gaswerk nur Preiserhöhungen abwälzt, Preissenkungen auf Stufe der Vorlieferanten aber nicht an den 350

---

665 Versucht ein AGB-Verwender bei der Formulierung einer einseitigen Änderungsklausel seinen Gestaltungsspielraum zu stark zu seinen Gunsten auszunutzen, sollte er damit rechnen müssen, «dass die Klausel als Ganzes entfällt und dass er damit schlechter dasteht, als wenn er die Klausel etwas zurückhaltender formuliert hätte». So allgemein für AGB-Klauseln TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 67.

666 Vgl. BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054. Siehe für eine Besprechung dieser Klausel auch RUSCH, Auslegung, 203 f.

667 Vgl. BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 21.

668 So BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 25; angedeutet auch in BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 20. Vgl. hingegen THOMAS, 96, dessen Ansicht nach ein derartiges Preisänderungsrecht dahingehend auszulegen sei, dass der AGB-Verwenderin das Recht eingeräumt werde, den Umfang der Preisanpassung gemäss § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen. Eine solche Auffassung vermischt jedoch die Ausübungs- mit der AGB-Kontrolle. Eingehend dazu hinten, Rz. 413. Vgl. auch die kritischen Anmerkungen bei GUTKIN, 245.

Kunden weitergibt. Die Klausel kann in anderen Worten dahingehend ausgelegt werden, dass sie das Gaswerk nicht zu einer Preissenkung verpflichtet, wenn die Vorlieferanten ihre Preise senken (Auslegungsvariante 3).[669]

351 Beim kundenfeindlichen Ansatz ist nun zuerst zu prüfen, ob diese drei Auslegungsvarianten der Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG standhalten würden. Sobald dies bei einer Auslegungsmöglichkeit nicht zutrifft, ist diese Auslegung der Klausel als massgeblich zu erklären, wodurch der Klausel im Rahmen der Inhaltskontrolle die Wirkung entsprechend zu versagen wäre.[670] Sind alle Auslegungsvarianten gültig, dann gilt die kundenfreundlichste. Der BGH hat die Unwirksamkeit für Auslegungsvariante 3 nach § 307 BGB bejaht (vgl. hinten, Rz. 491 ff.) und die Klausel nach Massgabe der kundenfeindlichen Auslegung entsprechend so ausgelegt, dass sie das Gaswerk nicht dazu verpflichtet, Gaspreissenkungen an den Kunden weiterzugeben.[671]

352 Analog zur kundenfreundlichen Auslegung gilt es auch bei der kundenfeindlichen stets zu beachten, nicht einfach alle theoretisch denkbaren, noch so benachteiligenden Auslegungsvarianten zu berücksichtigen, sondern bloss diejenigen, welche als vertretbare Deutungsmöglichkeiten verbleiben.[672] Dass es jedoch nicht einfach ist, eine Linie zwischen vertretbaren und unvertretbaren Auslegungsvarianten zu ziehen, zeigt wiederum das Klauselbeispiel 1. Es liesse sich nämlich argumentieren, dass das Gaswerk auf Basis der Klausel selbst dann eine Preiserhöhung vornehmen könnte, wenn die Vorlieferanten ihre Preise gesenkt hätten (Ausle-

669 Vgl. dazu BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 20.

670 Sind alle Auslegungsvarianten zulässig, gilt weiterhin die kundenfreundliche Auslegung.

671 Vgl. BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 20 ff. Eingehend zum Erfordernis der beidseitigen Wirkung einseitiger Änderungsklauseln in AGB unter schweizerischem Recht hinten, Rz. 414 ff. Nach der hier vertretenen Meinung hält aber auch Auslegungsvariante 2 einer AGB-Inhaltskontrolle nicht stand. Ein umfangmässig uneingeschränktes einseitiges Änderungsrecht würde, sofern es überhaupt existieren könnte (vgl. vorne, Rz. 121), dem Gaswerk ermöglichen, durch überproportionale Weitergabe von Preiserhöhungen des Vorlieferanten an den Kunden das Äquivalenzverhältnis zu seinen Gunsten zu verschieben und ungerechtfertigte Gewinnsteigerungen zu Lasten des Kunden zu realisieren. Weiterführend zu den Bestimmtheitsanforderungen an den Änderungsumfang hinten, Rz. 410 ff.

672 Vgl. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.71; HUGUENIN, OR, Rz. 629; WALKER, 71.

gungsvariante 4). Der BGH hat diese kundenfeindliche Auslegungsvariante nicht zugelassen;[673] die Vorinstanz hat sie derweil berücksichtigt.[674]

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der BGH Auslegungsvariante 4 zu Recht verworfen. Bei Anwendung der Unklarheitenregel ist gerade bei einseitigen Änderungsklauseln stets dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie der AGB-Verwenderin definitionsgemäss einen gewissen Ermessensspielraum zusprechen und ihre offene Formulierung oftmals notwendig ist, um damit auch legitime zukünftige Änderungsbedürfnisse zu erfassen. Die kundenfeindliche Auslegung darf somit ihrerseits nicht zu einem überschiessenden Mittel verkommen, welches es der AGB-Verwenderin verunmöglicht, Änderungsklauseln so zu gestalten, dass sie viele sachlich gerechtfertigte Änderungen umfassen. Die Beurteilung, welche Auslegung einer AGB-Klausel noch als vertretbar gilt, sollte letztlich auch massgeblich davon abhängen, welche Praktiken Verwenderinnen auf dem Markt tatsächlich verfolgen.[675] In diesem Sinne sind nach der Rechtsprechung des BGH völlig fernliegende Auslegungsmöglichkeiten, «von denen eine Gefährdung des Rechtsverkehrs nicht ernsthaft zu befürchten ist» [676] und welche «für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten ernsthaft nicht in Betracht kommen»[677], nicht berücksichtigungsfähig. 353

IV Zwischenfazit

Die Qualifikation der AGB-Kontrolle als abstrakte Klauselkontrolle führt dazu, dass sich die Auslegung von einseitigen Änderungsklauseln stets an der abstrakten Formulierung der Klausel orientieren muss. Im Zentrum der Auslegung steht somit die Frage, welche potenziellen Änderungen die Klausel der AGB-Verwenderin im Ergebnis zulässt. Diese Frage ist unabhängig von der tatsächlich erfolgten Änderungshandlung und losgelöst von der Möglichkeit einer nachgelagerten rich- 354

673 BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 20.

674 LG Dresden, Urt. v. 30.6.2006, 10 O 3613/05, BeckRS 2006, 8402 Rn. 65.

675 Vgl. hierfür RUSCH, Auslegung, 206, der im Zusammenhang mit Verzugszinsklauseln in AGB darauf aufmerksam macht, dass AGB-Verwenderinnen viele Praktiken, die als undenkbar erscheinen, dem Kunden doch irgendwann entgegenhalten.

676 BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 284/04, NJW 2005, 3567, 3568; vgl. auch Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Rechtsfolgen, Rz. 20.

677 BGH, Urt. v. 5.4.1984, III ZR 2/83, BGHZ 91, 55, 61. Siehe auch BGH, Urt. v. 28.7.2015, XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 31 m.w.H.

terlichen Billigkeitskontrolle zu beantworten. Es gilt in diesem Sinne, strikt zwischen der abstrakten AGB-Kontrolle und der Ausübungskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln zu unterscheiden.

355 Da im AGB-rechtlichen Kontext relevante Einzelfallumstände zur Feststellung eines übereinstimmenden subjektiven Willens naturgemäss nicht vorliegen, wird sich auch bei einseitigen Änderungsklauseln regelmässig eine objektivierte Auslegung aufdrängen. Ausgangspunkt für diese Auslegung bildet der Wortlaut, wobei sich bei den typischerweise offen formulierten einseitigen Änderungsklauseln auf dieser Grundlage oftmals kein klares Auslegungsergebnis ermitteln lässt. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, unklar formulierte einseitige Änderungsklauseln nicht durch eine expansive Anwendung systematischer oder teleologischer Auslegungsmittel gegen den Kunden zu interpretieren. Im AGB-rechtlichen Kontext sollte die AGB-Verwenderin dem durchschnittlichen Kunden fehlende systematische oder teleologische Auslegungskenntnisse nicht entgegenhalten können.

356 Bestehen Auslegungszweifel, kommt die Unklarheitenregel zum Zug. Nach Massgabe der vertieften Untersuchung im vierten Kapitel ist dabei auch spezifisch für einseitige Änderungsklauseln eine kundenfeindliche Auslegung zu befürworten. Bei der Auslegung solcher Bestimmungen sind deshalb auch ernsthaft vertretbare Auslegungsvarianten zu berücksichtigen, die einer Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG nicht standhalten würden. Dabei gilt es stets zu berücksichtigen, dass eine gewisse Offenheit in der Formulierung einseitiger Änderungsklauseln notwendig ist, um auch legitime Änderungsbedürfnisse erfassen zu können.

§ 3 Einbeziehungskontrolle einseitiger Änderungsklauseln

I Einbeziehungskontrolle nach schweizerischem Recht

357 Zu Beginn der AGB-spezifischen Einbeziehungskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln und zum Verständnis der nachfolgenden Überlegungen wird zunächst eine Brücke zum allgemeinen Bestimmtheitsgebot geschlagen (Rz. 358 f.). Der Fokus der darauffolgenden Untersuchung richtet sich auf die Modalitäten der rechtsgültigen Übernahme geänderter AGB (Rz. 360 ff.) sowie auf die Unzuläng-

lichkeiten der Ungewöhnlichkeitsregel als Mittel zur Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln (Rz. 369 ff.).

1 Verhältnis zum allgemeinen Bestimmtheitsgebot

Im Rahmen der Einbeziehungskontrolle ist bei einseitigen Änderungsklauseln zunächst zu prüfen, ob diese überhaupt einen konsensfähigen Vertragsinhalt aufweisen. Die gültige Einbeziehung einseitiger Änderungsklauseln in einen Vertrag setzt mithin voraus, dass sie gemäss den obligationenrechtlichen Grundregeln dem Bestimmtheitsgebot genügen (eingehend vorne, Rz. 117 ff.). 358

Entscheidend für den Gang der vorliegenden Untersuchung ist, dass sich die Unbestimmtheit von einseitigen Änderungsklauseln innerhalb des AGB-Korrektivs auch in einer inhaltlichen Unangemessenheit unter Art. 8 UWG ausdrücken kann. Selbst wenn eine einseitige Änderungsklausel die minimalen Bestimmtheitsanforderungen zur Begründung eines Konsenses erfüllt (Ebene Einbeziehungskontrolle), können sich aus der Einräumung einer zu grossen Ermessenskomponente für die AGB-Verwenderin ungerechtfertigte und für den Kunden belastende Beurteilungsspielräume ergeben (Ebene Inhaltskontrolle). Die mangelnde Konkretisierung des einseitigen Änderungsrechts kann aus dieser Perspektive ein ungerechtfertigtes und erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien begründen. Im AGB-spezifischen Kontext widmet sich die vorliegende Untersuchung der Thematik der Bestimmtheit bzw. Unbestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln deshalb vertieft im Rahmen der Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG (vgl. hinten, Rz. 391 ff., 410 ff.).[678] 359

[678] Auch in der deutschen Literatur werden die Bestimmtheitserfordernisse an einseitige Änderungsklauseln in AGB hauptsächlich im Rahmen der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB besprochen, wonach sich eine inhaltliche Benachteiligung eben auch daraus ergeben kann, dass die relevante AGB-Klausel «nicht klar und verständlich ist». Die vom Bundesgericht in BGE 135 III 1 formulierten Anforderungen an die Bestimmtheit von einseitigen Änderungsklauseln entsprechen denn auch im Ergebnis der Rechtsprechung des EuGH. Siehe dazu EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-92/11, EU:C:2013:180, Rn. 55, wonach sich die Missbräuchlichkeit einer einseitigen Änderungsklausel danach beurteilt, ob der Anlass und der Modus der Änderung im Vertrag so transparent dargestellt sind, dass die Kundin die Tragweite der Vertragsänderung anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen kann.

2 Änderungsanzeige und erneute Übernahme geänderter AGB

a) Einhaltung der minimalen Zugänglichkeitskriterien

360 Wenn in den ursprünglich vereinbarten AGB keine Änderungsklausel vorhanden ist, muss die Einbeziehung neu gefasster AGB in bestehende Verträge den allgemeinen Einbeziehungsanforderungen genügen. Konsensuale Änderungen der AGB verlangen somit eine erneute Übernahme der geänderten AGB.[679] Durch die Aufnahme einer einseitigen Änderungsklausel können AGB-Verwenderinnen potenziellen Einbeziehungsschwierigkeiten begegnen, da die Klausel die Form der erneuten Übernahme näher regeln kann.[680]

361 Spricht sich die Klausel nicht über die konkrete Form der erneuten Zugänglichmachung der AGB aus, so sind die minimalen AGB-Zugänglichkeitskriterien bei jeder beabsichtigten Änderung zu beachten. Es bedarf in diesem Sinne bei jeder AGB-Änderung der tatsächlichen Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist, eines unmissverständlichen Hinweises auf die Änderung sowie der Übermittlung der neuen Fassung.[681] Dies folgt nur schon daraus, dass einseitige Änderungsrechte als Gestaltungsrechte empfangsbedürftige Willenserklärungen darstellen (vorne, Rz. 98). Änderungen der AGB gehen dem Kunden zu, wenn die Änderungserklärung in seinen Machtbereich gelangt und nach den allgemeinen Gepflogenheiten zu erwarten ist, dass er diese Erklärung wahrnimmt.[682]

362 Dies bedeutet im Einzelnen, dass die Verwenderin dem Kunden die neue Fassung der AGB zustellen und klar sowie isoliert auf die Änderungen hinweisen muss, bspw. durch eine Zusammenstellung der modifizierten Bestimmungen.[683] Ein gewöhnlicher Hinweis genügt nicht, weil der Kunde daraus nicht in nachvollziehbarer Weise ersehen kann, dass es sich um geänderte AGB handelt.[684] Wenn dem

---

679 RUSCH/HUGUENIN, 53. Sich ihnen anschliessend BUFF, 251.

680 RUSCH/HUGUENIN, 53. Vgl. auch PERRIG, 85.

681 Eingehend PERRIG, 85 f. Siehe auch BURKHARDT, 56 ff.; RUSCH/HUGUENIN, 53; WIDMER, Rz. 452; a.M. wohl BUFF, 251.

682 BUFF, 145 m.w.H. Vgl. zur Empfangstheorie BGE 140 III 244, E. 5.1; 137 III 208, E. 3.1.2; HUGUENIN, OR, Rz. 182 ff.

683 Vgl. BUFF, 145; RUSCH/HUGUENIN, 53 f.; WIDMER, Rz. 452.

684 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 122, Fn. 361; Vgl. auch BUFF, 145, wonach schon der isolierte Hinweis auf die geänderten Klauseln eine genügende Änderungsanzeige

Kunden keine eindeutige Änderungsanzeige zugeht, könnte er fälschlicherweise annehmen, dass ihm erneut die ursprünglichen AGB oder Informationsmaterial zugesandt wurde und er keine Reaktion zeigen müsse. Geboten scheint somit eine Übersicht zu den vorgenommenen Änderungen, eine Erwähnung derselben in einem Begleitschreiben oder eine Gegenüberstellung von ursprünglichen und neuen Bedingungen.[685] Auf jeden Fall unwirksam sind solche Klauseln, die kommentarlose Änderungen ohne individuelle Mitteilung ermöglichen.[686]

Fehlt dem Kunden eine hinreichende Möglichkeit, sich über beabsichtigte Änderungen zu informieren, wäre er faktisch nicht mehr in der Position, rechtzeitig auf unangemessene einseitige Änderungen zu reagieren.[687] Nur durch eine klare Änderungsanzeige kann somit letztlich sichergestellt werden, dass der Kunde seine mit der einseitigen Änderungsklausel verbundenen Reaktionsrechte wahrnehmen kann.[688] Damit der Kunde die beabsichtigten Änderungen auf ihre Legitimität überprüfen und von einem eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch machen kann, sollte die Form der Änderungsmitteilung (z.B. Übermittlung der beabsichtigten Änderungen per E-Mail) sowie das Verfahren der Einbeziehung der Neufassung in der Klausel selbst festgelegt werden.[689] 363

b) Verweis auf geänderte AGB im Internet

In der AGB-Vertragspraxis weit verbreitet ist die Formulierung, dass die einseitige Änderungsklausel zur Anzeige einer AGB-Änderung auf die AGB der Verwenderin im Internet verweist.[690] Exemplarisch dazu sollen die folgenden Klauselbeispiele angeführt werden: 364

Klauselbeispiel 16: *«Die [X AG] kann die AGB und das Dienstleistungsangebot jederzeit ändern. Die jeweilige Neuversion wird rechtzeitig vor Inkrafttreten auf der Website der [X AG] (www.[...].ch) veröffentlicht.»* 365

darstelle. Eine Gegenüberstellung von ursprünglichen und neuen AGB-Bestimmungen scheint ihm zufolge geboten, aber nicht notwendig.

685 Im Ganzen PERRIG, 67 ff. Siehe auch BUFF, 145.

686 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, Rz. 123; RUSCH/HUGUENIN, 53 f.

687 BUFF, 266.

688 Stellvertretend RUSCH/HUGUENIN, 54: «Ohne persönliche Mitteilung der Änderung existiert das Kündigungsrecht bei global übernommenen AGB nur in der Theorie.»

689 PERRIG, 85 m.w.H.

690 Vgl. die Ausführungen bei MARCHAND, 236; RUSCH/HUGUENIN, 42.

366 **Klauselbeispiel 17:** *«[X] behält sich vor, diese AGB jederzeit anzupassen. Die aktuellen AGB können auf der Website www.[...].ch abgerufen und ausgedruckt werden.»*

367 Durch den Verweis auf die Webseite der AGB-Verwenderinnen sehen beide Klauseln ein allgemeines Publikationsorgan für die einseitige Änderung von AGB vor; eine Verpflichtung, den Kunden spezifisch über die Änderung zu unterrichten, ist nicht vorhanden. Bei solchen Klauseln, welche die Anzeigepflicht für vorgenommene Änderungen wegbedingen, kann nicht von einer zumutbaren Kenntnisnahme ausgegangen werden.[691] Es kann in diesem Sinne nicht vom Kunden erwartet werden, AGB im Internet periodisch auf allfällige Änderungen zu untersuchen.[692] Im Gegensatz zu ausgehändigten Dokumenten lassen sich Inhalte im Internet nach Vertragsschluss auch jederzeit abändern.[693]

368 Fraglich ist, ob eine Internetpublikation der spezifischen Änderungen mit vorgängiger Mitteilung und Angabe des Links die Voraussetzungen einer zumutbaren Kenntnisnahme erfüllt. Entscheidend ist hierbei, ob ein Internetzugang vorausgesetzt werden darf. In der Literatur wird zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass selbst in der heutigen Zeit nicht ohne Weiteres angenommen werden darf, dass jedermann über einen Internetzugang verfügt.[694] Hat der Kunde den ursprünglichen Vertrag jedoch über das Internet abgeschlossen und entspricht dies dem üblichen Kommunikationsweg zwischen AGB-Verwenderin und Kunden, ist die Kenntnisnahme zumutbar, wenn dem Kunden die spezifischen Änderungen unter vorheriger Änderungsanzeige online zur Verfügung gestellt werden.[695]

---

691 RUSCH/HUGUENIN, 54: «Dies erinnert an die staatliche Publikation von Erlassen und zeigt, dass die privatrechtliche Koordination im Bereich der AGB durch eine quasihoheitliche Subordination ersetzt wird.» Ferner FRITSCHI, Rz. 452; HUGUENIN/MAISSEN, 108 f.; PERRIG, 85.

692 FRITSCHI, Rz. 453 m.Verw. auf PERRIG, 277 ff. Vgl. ferner MARCHAND, 236.

693 RUSCH/HUGUENIN, 42 m.Verw. auf SCHULTHEISS, 35. MAISSEN, Art. 8 UWG, Rz. 308, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Anbieter gerade im online Dienstleistungs- und Produktverkehr ihre AGB derart häufig ändern, dass für den Kunden häufig nicht mehr ersichtlich ist, welchen AGB er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugestimmt hatte.

694 Vgl. HUGUENIN/MAISSEN, 108; RUSCH/HUGUENIN, 53.

695 RUSCH/HUGUENIN, 53. Vgl. auch den Entscheid 2013/15 des SCHWEIZERISCHEN BANKENOMBUDSMAN, welcher die Anzeige der einseitigen Erhöhung von Bankgebühren zum Gegenstand hatte.

3 Unzulänglichkeiten der Ungewöhnlichkeitsregel

Das schweizerische Bundesgericht hat mit dem Entscheid BGE 135 III 1 einseitige Änderungsklauseln bislang nur auf Grundlage der Ungewöhnlichkeitsregel einer AGB-spezifischen Prüfung unterzogen. Es sei an dieser Stelle an die dem Entscheid zugrundeliegende Klausel zu erinnern (vgl. vorne, Rz. 121 ff.): 369

Klauselbeispiel 13: *Die [Versicherungsgesellschaft] kann eine Anpassung der Prämien und der Selbstbehalte auch für bestehende Verträge ab folgendem Versicherungsjahr verlangen. Die neuen Vertragsbestimmungen werden dem Versicherungsnehmer spätestens 25 Tage vor Ablauf des Versicherungsjahres bekannt gegeben. Ist der Versicherungsnehmer mit der Anpassung nicht einverstanden, kann er den gesamten oder den von der Änderung betroffenen Teil auf Ende des laufenden Versicherungsjahres kündigen. […] Schreibt eine Bundesbehörde bei einer gesetzlich geregelten Deckung (z.B. Elementarschäden) eine Änderung der Prämien, der Selbstbehalte, der Entschädigungsgrenzen oder des Deckungsumfanges vor, so kann die [Versicherungsgesellschaft] ab folgendem Versicherungsjahr eine entsprechende Anpassung des Vertrages vornehmen. In diesem Fall besteht kein Kündigungsrecht. […]»* 370

Das Bundesgericht hielt in BGE 135 III 1 zunächst fest, dass einseitige Änderungsklauseln nicht *per se* ungewöhnlich seien.[696] Klauselbeispiel 13 hat es jedoch als objektiv ungewöhnlich betrachtet, weil die Klausel weder Anlass noch Umfang der einseitigen Änderung festlegt und dem Kunden für den Fall von Änderungen infolge behördlicher Anordnungen gleichzeitig kein Kündigungsrecht einräumt.[697] Die objektive Ungewöhnlichkeit begründet das Bundesgericht damit, dass es bei Dauerschuldverhältnissen der «allgemeinen Erwartungshaltung» entspreche, dass eine Änderungsklausel mit einem Kündigungsrecht verbunden sei, wenn sie auf einem «nicht hinreichend bestimmten Ereignis» beruhe.[698] Die bundesgerichtli- 371

696 BGE 135 III 1, E. 2.6.

697 BGE 135 III 1, E. 3.3.

698 BGE 135 III 1, E. 2.6. Wie HUGUENIN/MAISSEN, 110, feststellen, sagt das Bundesgericht damit indirekt, dass «der Versicherer zwar nicht mit einer weiteren Bindung an den geänderten Vertrag rechnen darf, einseitige Änderungsklauseln als solche aber nicht ohne weiteres als ungewöhnlich zu betrachten sind.» Letztlich hat das Bundesgericht in BGE 135 III 1 also eine inhaltlich undefinierte Änderungsklausel unter dem Aspekt der Ungewöhnlichkeit als unwirksam beurteilt, weil sie dem Kunden nicht zusätzlich auch ein Kündigungsrecht einräumte. In Übereinstimmung mit dieser Aussage erachtet auch die Lehre gänzlich unbestimmte Änderungsklauseln, welche nicht mit

chen Erwägungen enthalten dabei keine spezifischen Ausführungen zu der subjektiven Ungewöhnlichkeit einseitiger Änderungsklauseln in AGB. Der allgemeine Bekanntheitsgrad dieser Bestimmungen in allen möglichen Bereichen führt ohnehin dazu, dass ihnen oftmals kein Überrumpelungscharakter eigen ist.[699]

372 Wie bereits erwähnt (vorne, Rz. 124), hätte sich das Bundesgericht in BGE 135 III 1 gar nicht erst auf die AGB-spezifische Ungewöhnlichkeitsregel verlassen, sondern bereits die Frage nach der notwendigen Bestimmtheit der Klausel verneinen und sie deswegen als unwirksam erklären müssen. Von besonderem Interesse für die Belange der vorliegenden Untersuchung ist indes der Umstand, dass die bundesgerichtliche Argumentation aus dem vom Jahre 2008 stammenden Urteil, welches vor der Neufassung des Art. 8 UWG ergangen ist, durchwegs Billigkeitserwägungen offenbart: Das Gericht thematisiert die Intensität eines einseitigen Änderungsrechts in die Rechtsstellung der Änderungsgegnerin und erachtet die Einräumung eines Kündigungsrechts offenbar als notwendige Kompensation für die mit unbestimmten einseitigen Änderungsklauseln verbundenen Benachteiligungen.[700]

373 Der Entscheid BGE 135 III 1 ist in Anbetracht dessen ein exemplarisches Beispiel für die Praxis der verdeckten Inhaltskontrolle über das Instrument der Ungewöhnlichkeitsregel.[701] Das Urteil unterstreicht insofern die bereits auf allgemeiner Ebene gewonnene Erkenntnis, dass sich die Anwendung des Kriteriums der objektiven Ungewöhnlichkeit praktisch nicht mehr von einer offenen AGB-Inhaltskontrolle unterscheiden lässt (vorne, Rz. 232). Das höchste schweizerische Gericht hat den durch die einseitige Änderungsklausel begründeten Inhaltsmangel als Konsensmangel ausgegeben.

374 Wie die vorliegende Abhandlung eingehend ausgeführt hat (vorne, Rz. 238 ff.), sollte eine derartige Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel im Bereich der *b2c*-Verträge künftig einer verstärkten Inanspruchnahme der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG weichen. Die eher an formalen Gesichtspunkten orientierte Ungewöhnlichkeitsregel ist kein geeignetes Kontrollinstrument, um problematischen

---

einem Kündigungsrecht verbunden sind, als ungewöhnlich; vgl. HUGUENIN/MAISSEN, 110; PERRIG, 83 f.; RUSCH/HUGUENIN, 44, 47 f.

699 HUGUENIN/MAISSEN, 111. Analog für automatische Vertragsverlängerungsklauseln in AGB MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 161 f.

700 Vgl. BGE 135 III 1, E. 2.3, 2.6; FUHRER, Anmerkungen, 50.

701 So auch BUFF, 250; HUGUENIN/RUSCH, 47; A. KOLLER, Bepreisung, 579, Fn. 47; WIDMER, Rz. 455.

einseitigen Änderungsklauseln in AGB Einhalt zu gebieten.[702] Weist die AGB-Verwenderin den Kunden besonders auf potenziell ungewöhnliche einseitige Änderungsklauseln hin, kann sie die Ungewöhnlichkeitsregel unter geltender Rechtsprechung ohnehin gänzlich umgehen (vorne, Rz. 228 ff.).

Eine AGB-spezifische Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln muss nach dem Gesagten auf Ebene einer vollumfänglichen offenen Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG ansetzen, bei der ihre inhaltliche Unangemessenheit nicht nur «versteckt» Berücksichtigung findet.[703] Aus diesen Gründen analysiert die vorliegende Abhandlung die in BGE 135 III 1 thematisierte inhaltliche Angemessenheit von einseitigen Änderungsklauseln im Rahmen der Kontrolle nach Art. 8 UWG. 375

II Einbeziehungskontrolle nach deutschem Recht

In der deutschen Literatur und Rechtsprechung kommt der Beurteilung von einseitigen Änderungsklauseln auf Ebene der Einbeziehungskontrolle generell keine beachtenswerte Rolle zu; im Vordergrund steht die Inhaltskontrolle solcher Bestimmungen.[704] Zu betonen bleibt, dass auch unter deutschem AGB-Recht die Hinweispflicht der AGB-Verwenderin und die Kenntnisnahmemöglichkeit des Kunden bei Änderungen trotz Vorhandensein einer einseitigen Änderungsklausel weiterhin erforderlich sind.[705] Für die geltenden Prinzipien zur erneuten Übernahme geänderter AGB und die Anforderungen an die Änderungsanzeige kann auf die Ausführungen zum schweizerischen Recht (vorne, Rz. 360 ff.) verwiesen werden.[706] 376

---

[702] Auf die Unzulänglichkeiten der Einbeziehungskontrolle für Änderungsklauseln hinweisend auch BUFF, 251 f.; HUGUENIN/MAISSEN, 111.

[703] Vgl. KUONEN, 26, dessen Ansicht nach einseitige Änderungsklauseln nicht als ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel gelten würden, aber missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG sein könnten.

[704] Vgl. ECKELT, 135 ff.; KAMANABROU, 96 ff.

[705] § 305 Abs. 2 BGB enthält insofern kein dispositives Gesetzesrecht. Vgl. FREUND, 48, 54 ff.; Grüneberg-GRÜNEBERG, § 305 BGB N 46; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 305 BGB N 99; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 288.

[706] Zu den diesbezüglich übereinstimmenden Kriterien aus der deutschen Literatur ECKELT, 136 f.; KOLMSEE, 64 ff. m.w.H; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/HABERSACK, § 305 BGB N 164 f.

377 Von grösserem Interesse für die vorliegende Untersuchung ist, dass die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln am Massstab des § 305c Abs. 1 BGB – dem deutschen Äquivalent der Ungewöhnlichkeitsregel – keine grosse Beachtung in Literatur und Rechtsprechung gefunden hat.[707] Diese Beobachtung deckt sich mit der bereits auf allgemeiner Stufe beschriebenen Praxis im deutschen AGB-Recht (vorne, Rz. 248 f.), potenziell problematische AGB-Klauseln vorzugsweise im Rahmen der Inhaltskontrolle nach den § 307 ff. BGB einer Zulässigkeitsprüfung zu unterziehen.

378 Einzelnen Meinungen zufolge sei immerhin denkbar, dass rückwirkende einseitige Änderungsklauseln einen überraschenden Charakter nach § 305c Abs. 1 BGB aufweisen können.[708] Eine Änderung hat dann Rückwirkung, wenn ihre Rechtsfolge von einem früheren Zeitpunkt als der einseitigen Änderungsausübung gelten soll.[709] Der BGH musste in einem älteren Urteil etwa zu einer Klausel in einem Krankenhausaufenthaltsvertrag Stellung beziehen, welche die rückwirkende Erhöhung von Pflegesätzen ermöglichte.[710] Während der BGH die Klausel als nicht überraschend bezeichnete,[711] haben deutsche Gerichte tieferer Instanz den überraschenden Charakter von AGB-Klauseln, die eine rückwirkende Erhöhung von Pflegesätzen gestatten, bejaht.[712] Über den Bereich der Krankenhausaufenthaltsverträge hinaus hat sich die deutsche Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht mit rückwirkenden einseitigen Änderungsklauseln befasst. Heute wird das Problem,

---

707 Vgl. ECKELT, 138; KAMANABROU, 99, die auf generelle Aussagen zum Überraschungscharakter von Änderungsklauseln in AGB auch deswegen verzichten will, weil im Rahmen der Prüfung des § 305c Abs. 1 BGB stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

708 Siehe schon KÖHLER, Vertragsanpassung, 637 ff. Vgl. für rückwirkende Preis- und Prämienänderungsklauseln BECKMANN, 22 ff.; KAMANABROU, 99 f.

709 Aus der älteren Literatur eingehend zu rückwirkenden Änderungsklauseln KÖHLER, Vertragsanpassung, 611 ff.

710 BGH, Urt. v. 30.1.1979, VI ZR 216/77, NJW 1979, 2353.

711 BGH, Urt. v. 30.1.1979, VI ZR 216/77, NJW 1979, 2353, 2354, wonach eine rückwirkende Erhöhung mit dem Leitbild des Krankenhausaufenthaltsvertrags vereinbar ist.

712 Siehe insbesondere LG Frankfurt, Urt. v. 17.9.1984, 2/24 S 22/84, NJW 1985, 686, 687. Vgl. ferner LG Köln, Urt. v. 10.4.1979, 11 S 425/78, NJW 1979, 2356; LG Düsseldorf, Urt. v. 5.10.1978, 22 S 10/78, NJW 1979, 605. Weiterführend aus der Literatur Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Krankenhausaufnahmevertrag, Rz. 15.

ob eine Erhöhung der Pflegesätze auch rückwirkend genehmigt werden kann, denn auch als solches der Inhaltskontrolle behandelt.[713]

III Vergleich und Zwischenfazit

379 Die Einbeziehung geänderter AGB setzt voraus, dass die AGB-Verwenderin ausdrücklich auf die geänderte Fassung hinweist und dem Kunden die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Der Charakter der Änderungsanzeige muss für den Kunden eindeutig erkennbar sein. Die neuen AGB-Klauseln müssen besonders herausgestellt werden, wobei insbesondere die synoptische Gegenüberstellung oder die Erwähnung der Änderungen in einem Begleitschreiben in Frage kommen.

380 Im Einklang mit dem Fazit aus dem vierten Kapitel (vgl. vorne, Rz. 251) lässt sich feststellen, dass die Einbeziehungskontrolle letztlich kein geeignetes Instrument darstellt, um den Markt von problematischen einseitigen Änderungsklauseln in AGB zu befreien. Bei diesen Bestimmungen äussert sich die zentrale Problematik in der inhaltlichen Ausgestaltung und nicht in ihrer unbewussten Annahme als solcher. So wird insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel AGB-Verwenderinnen lediglich dazu anhalten, gesondert auf potenziell ungewöhnliche einseitige Änderungsklauseln aufmerksam zu machen. Auch der Blick ins deutsche AGB-Recht hat verdeutlicht, dass die Überraschungsregel des § 305c Abs. 1 BGB nicht die entscheidende Hürde für einseitige Änderungsklauseln in AGB darstellt.

381 Die rechtliche Würdigung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB muss nach dem Gesagten auf einer Ebene ansetzen, bei der die inhaltliche Ausgestaltung der Klausel losgelöst von Konsensfragen im Fokus steht. Die sachgerechte Kontrolle einseitiger Änderungsklauseln bedarf, in anderen Worten, einer offenen AGB-Inhaltskontrolle.

713 Vgl. MüKo BGB-Wurmnest, § 307 N 140 m.w.H.

§ 4 Inhaltskontrolle einseitiger Änderungsklauseln

382 Aus den bisherigen Ausführungen erhellt, dass eine griffige Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln auf der Ebene einer offenen AGB-Inhaltskontrolle ansetzen muss. Durch die Analyse verschiedener Nachteiligkeitsszenarien beleuchtet die Abhandlung im Folgenden, worin die inhaltliche Unangemessenheit von einseitigen Änderungsklauseln unter dem schweizerischen Art. 8 UWG begründet sein kann (Rz. 383 ff.). Aufgrund der Fülle an deutscher Rechtsprechung und Literatur zu einseitigen Änderungsrechten in AGB bietet sich gerade in diesem Zusammenhang ein vertiefter Rechtsvergleich mit Deutschland an (Rz. 466 ff.). Auf Grundlage der Erkenntnisse der rechtsvergleichenden Analyse erarbeitet die Untersuchung die wichtigsten Aspekte zur Inhaltskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB schliesslich im Rahmen eines ausführlichen Vergleichs (Rz. 536 ff.).

I Lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

383 Wie die Abhandlung im vierten Kapitel dargelegt hat, orientiert sich die Inhaltskontrolle von AGB unter Art. 8 UWG in erster Linie am Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts und an gesetzlichen Leitbildern. Fehlen direkt oder analog anwendbare Gesetzesnormen, beurteilt das Gericht die inhaltliche Angemessenheit einer AGB-Klausel anhand einer Analyse der vertraglichen Interessenlage. Dementsprechend beleuchten die nachfolgenden Kapitel die einseitige Änderungsklausel stets unter Bezugnahme auf diese Massstäbe, um das Vorhandensein eines treuwidrigen Missverhältnisses i.S.v. Art. 8 UWG zu beurteilen.

384 Zu Beginn soll dargelegt werden, weshalb einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln auch einer Prüfung unter Art. 8 UWG nicht standhalten (Rz. 385 ff.). Im Rahmen einer differenzierteren Analyse geht die Abhandlung dann der Frage nach, welche Zulässigkeitsanforderungen Art. 8 UWG an den Änderungstatbestand (Rz. 390 ff.) sowie an den Änderungsumfang (Rz. 409 ff.) stellt. Ein separates Kapitel untersucht, welche Wirkungen ein eingeräumtes Kündigungsrecht für den Kunden unter der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG entfaltet (Rz. 424 ff.). Der letzte Abschnitt befasst sich schliesslich mit der Inhaltskontrolle von Erklä-

rungsfiktionen in AGB, welche das Schweigen des Kunden zum Akzept einer vorgeschlagenen Änderung der AGB-Verwenderin erheben (Rz. 440 ff.).

1 Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsrechte

In der Praxis sind gänzlich unbestimmte einseitige Änderungsklauseln, welche AGB-Verwenderinnen zu einer jederzeitigen Änderung der AGB «nach Belieben» berechtigen, weit verbreitet. Die Untersuchung hat an mehreren Stellen gezeigt, dass derartige Klauseln aus juristischer Perspektive äusserst problematisch sind (vorne, Rz. 91 ff., 126 ff., 141, 200). Nicht ohne Grund hat auch der Bundesrat im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Revision des Art. 8 UWG gerade solche einseitige Änderungsklauseln als Paradebeispiel für eine Missbräuchlichkeitsprüfung unter Art. 8 UWG herangezogen.[714] 385

Im Kontext der allgemeinen Kontrollansätze wurde festgestellt, dass uneingeschränkte Änderungsrechte mit dem gesetzlichen Leitbild kollidieren (vorne, Rz. 194 f.). Gesetzliche Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung verlangen von der änderungsberechtigten Partei die Angabe von bestimmten und hinreichend konkretisierten Änderungsvoraussetzungen. Der Gesetzgeber lässt dadurch verstehen, dass er der Justiziabilität einer einseitigen Vertragsmodifikation und dem Interesse der Änderungsgegnerin an klaren Verhältnissen eine hohe Bedeutung zumisst. Das Beispiel der Revision des VVG hat sodann verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die gesetzliche Verankerung uneingeschränkter einseitiger Änderungsrechte für Konsumentenverträge nicht zulassen will. 386

Die AGB-Verwenderin behält sich mit undefinierten einseitigen Änderungsrechten weit mehr Rechte vor, als dies zur Verfolgung ihrer legitimen Interessen notwendig wäre.[715] Einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln ermächtigen die Verwenderin, sämtliche Risiken zukünftiger Verhältnisänderungen auf den Kunden abzuwälzen. Eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Kunden würde hingegen gebieten, dass die Klausel den Anlass und den Umfang der einseitigen Änderung näher umschreibt, damit dieser sich ein Bild über die mög- 387

---

714 Siehe AB NR 2011, 229 (Votum BR SCHNEIDER-AMMANN), wonach unter anderem solche Klauseln einer Missbräuchlichkeitsprüfung unter Art. 8 UWG zu unterziehen sind, die ein Recht der AGB-Verwenderin vorsehen, die AGB «jederzeit einseitig abzuändern».

715 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 110.

lichen Modifikationen machen und die erfolgte Änderungen auf ihre Plausibilität überprüfen kann.[716] Das Erfordernis der Treuwidrigkeit ist insofern zu bejahen, als der Kunde den Inhalt der vorformulierten *carte blanche*-Klausel als Individualabrede nicht – oder jedenfalls nicht unverändert – akzeptiert hätte.[717]

388 Vor diesem Hintergrund ist einschränkungslosen einseitigen Änderungsklauseln in AGB die Wirkung zu versagen, da sie ein nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigtes Missverhältnis i.S.v. Art. 8 UWG begründen.[718] Anzufügen bleibt, dass es sich bei tatbestands- und rechtsfolgeseitig uneingeschränkten einseitigen Änderungsklauseln ohnehin um Bestimmungen handelt, welche die vorliegende Untersuchung bereits im Lichte des Bestimmtheitsgebots (vorne, Rz. 126 ff.) und des Verbots der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB (vorne, Rz. 141) als unzulässig eingestuft hat. Ein Rückgriff auf Art. 8 UWG ist bei solchen Klauseln deshalb eigentlich nicht notwendig.[719]

389 In Anbetracht der absoluten Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsklauseln verlangt eine eingehendere Untersuchung nach einer differenzierten Betrachtung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Formulierung des Änderungstatbestands und des Änderungsumfangs.

2 Anforderungen an den Änderungstatbestand

390 Die nachfolgenden Ausführungen behandeln zunächst die notwendigen Bestimmtheitserfordernisse hinsichtlich des Änderungstatbestands unter Art. 8 UWG (Rz. 391 ff.). In einem zweiten Schritt wird beleuchtet, welche Umstandsänderungen einen zulässigen, sachlichen Anlass für eine einseitige Änderung unter Art. 8 UWG darstellen (Rz. 395 ff.).

a) Bestimmtheitsanforderungen

391 Die Unbestimmtheit des Änderungstatbestands kann zu einem Vorhersehbarkeitsdefizit für den Kunden führen und der AGB-Verwenderin ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume bei der Ausübung ihres Änderungsrechts eröffnen. Die feh-

716 Vgl. BUFF, 262. Siehe auch LOACKER, 156.

717 Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 542.

718 EISNER-KIEFER, AVB, 37 f.; HUGUENIN, OR, Rz. 635j; RUSCH/HUGUENIN, 37 ff.; SCHOTT, 81; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 110.

719 So auch BUFF, 263.

lende Transparenz der Änderungsvoraussetzungen vermag deshalb ein nach Art. 8 UWG relevantes Missverhältnis zu begründen (vgl. vorne, Rz. 320 f).

392 Ausgehend von der Analyse des Bestimmtheitsgebots im Rahmen der allgemeinen Kontrollansätze müssen einseitige Änderungsklauseln in AGB mindestens so konkret formuliert sein, dass der Kunde zumindest in den Grundzügen abschätzen kann, unter welchen Voraussetzungen die AGB-Verwenderin welche Änderungshandlungen vornehmen kann (vorne, Rz. 128 ff.). Klauseln mit äusserst offenem Änderungstatbestand, welche die Änderung von der «Wahrung berechtigter Interessen» abhängig machen oder lediglich deren «Zumutbarkeit» für den Kunden verlangen, halten einer Prüfung unter Art. 8 UWG deshalb ebenfalls nicht stand.[720] Mit Blick auf das gesetzliche Leitbild und die unter Art. 8 UWG verlangte Interessenabwägung muss die Formulierung des Änderungstatbestands sicherstellen, dass der Kunde nachvollziehen kann, wie die AGB-Verwenderin ihr einseitiges Änderungsrecht überhaupt ausschöpft. Nur so kann der Kunde die konkret vorgenommene Änderung auch auf ihre Legitimität überprüfen. Durch die Konkretisierung des Änderungstatbestands kann folglich sichergestellt werden, dass der Verwenderin keine ungerechtfertigten und mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Beurteilungsspielräume i.S.v. Art. 8 UWG entstehen.

393 Die Abhandlung hat an mehreren Stellen jedoch ebenfalls hervorgehoben, dass die Funktion der einseitigen Änderungsklausel als flexibles und vielseitig einsetzbares Instrument zur Zukunftsbewältigung naturgemäss eine Offenheit in der Formulierung von Änderungstatbeständen voraussetzt (vgl. vorne, Rz. 64, 89 ff., 132). Auch im Zuge der Analyse von einseitigen Preisänderungsrechten im Pauschalreiserecht hat sich gezeigt, dass Uneinigkeit darüber besteht, ob einseitige Preisänderungsklauseln zur Erfüllung der Bestimmtheitsvoraussetzungen sämtliche preisrelevante Kostenfaktoren und deren Gewichtung für die Berechnung des Gesamtpreises angeben müssen (vorne, Rz. 169 f.). Nach der hier vertretenen Meinung muss dem Spannungsverhältnis zwischen den Bestimmtheitsanforderungen und der grundlegenden Funktion von einseitigen Änderungsklauseln auch im Rahmen der Kontrolle unter Art. 8 UWG Rechnung getragen werden. Letztlich ist es genau die Flexibilität in der Umgestaltung des vertraglichen Pflichtengefüges, welche die einseitige Änderungsklausel auszeichnet und sie von den detaillierten Automatikklauseln abgrenzt, welche vom Kunden gar nicht mehr als Preisänderungs-, sondern als Preisberechnungsklauseln wahrgenommen werden.

720 Vgl. BUFF, 260; LOACKER, 156.

394 Aufgrund der inhärenten Ermessenskomponente sollten die Bestimmtheitserfordernisse unter Art. 8 UWG folglich nicht dahingehend verstanden werden, dass der Kunde die Art und Höhe der Änderung anhand der Klausel auf ihre absolute «Richtigkeit» überprüfen bzw. nachrechnen können muss. Ein solches Erfordernis würde die AGB-Verwenderin vor grosse Schwierigkeiten in der hinreichenden Konkretisierung der einseitigen Änderungsklausel stellen. Aus Transparenz- und Bestimmtheitsgesichtspunkten muss das Ziel deshalb nicht ein Maximum, sondern ein Optimum an Information sein: Es sollte genügen, wenn bspw. eine einseitige Preisänderungsklausel die relevanten Kostenelemente vollständig angibt, deren Veränderung zu einer einseitigen Modifikation führen kann. Bei der Verwendung von unbestimmten Oberbegriffen sollte die Klausel nach Massgabe der Interessenswahrungspflicht unter Art. 8 UWG gleichzeitig konkrete Beispiele von relevanten Umstandsänderungen unter den jeweiligen Änderungstatbeständen bezeichnen. Entscheidend ist letztlich, dass sich der Kunde ein Bild davon machen kann, warum einseitige Änderung auf ihn zukommen könnten, auf welche Faktoren diese Änderungen zurückzuführen sind und wie diese einzelnen Faktoren zueinanderstehen.

b) Sachlicher Grund als Änderungstatbestand

395 Nach der Diskussion des notwendigen Detailliertheitsgrads des Änderungstatbestands stellt sich die Frage, welche Umstandsänderungen nach Massgabe von Art. 8 UWG überhaupt einen legitimen Anlass für das einseitige Änderungsrecht begründen. Der nachfolgende Abschnitt behandelt dazu die in der schweizerischen Literatur besprochenen sachlichen Gründe für die einseitige Änderung (Rz. 396 ff.). Danach erarbeitet die Untersuchung Kriterien, die bei allen Umstandsänderungen beachtet werden müssen, welche Anlass zur Ausübung des einseitigen Änderungsrechts geben sollen. Diese Kriterien betreffen den Zeitpunkt (Rz. 400) sowie die Vorhersehbarkeit (Rz. 401 ff.) der Umstandsänderungen. Fraglich ist schliesslich, inwiefern eine kurze Vertragsdauer das Vorhandensein eines sachlichen Grundes für die einseitige Änderung ausschliessen kann (Rz. 406 ff.).

aa) Allgemeines

396 Die schweizerische Lehre ist sich einig, dass eine angemessene Wahrung der Interessen des Kunden nach Treu und Glauben voraussetzt, dass die einseitige Änderungsklausel einen sachlichen Grund zur Ausübung des Änderungsrechts

angibt.[721] Ein Blick in den Anhang zur EU-Klauselrichtlinie, welcher zur Konkretisierung des Art. 8 UWG im Sinne eines ergänzenden Auslegungsmittels hinzugezogen werden kann (vorne, Rz. 285), stützt diese Erkenntnis: Nr. 1 lit. j des Anhangs der EU-Klauselrichtlinie fordert für die Zulässigkeit des einseitigen Änderungsrechts des Gewerbetreibenden namentlich das Vorliegen eines «triftigen» Grundes.[722] Die Forderung nach einem sachlichen Grund für die einseitige Vertragsänderung schützt letztlich die ursprünglich getroffene Vereinbarung der Parteien im Urvertrag und entspricht nach der hier vertretenen Auffassung daher einer vertragsrechtlichen Grundwertung *(pacta sunt servanda)*.

Die Hürden für das Vorhandensein eines sachlichen Grundes dürfen in Anbetracht der ökonomisch anerkannten Daseinsberechtigung von einseitigen Änderungsklauseln nicht allzu hoch angesetzt werden. Die schweizerische Lehre erblickt einen sachlichen Grund für die einseitige Änderung mithin in einem berechtigten Bedürfnis der AGB-Verwenderin zum Ausgleich eines gestörten Äquivalenzverhältnisses.[723] Mit Blick auf die rechtsökonomische *ratio* dieser Klauseln lässt sich daraus eine verallgemeinerungsfähige Aussage formulieren. So ist es etwa gerade die Funktion von einseitigen Preisänderungsklauseln, der AGB-Verwenderin das Risiko einer langfristigen Preiskalkulation abzunehmen und ihre Gewinnspanne trotz nachträglicher Verhältnisänderungen, die einen Einfluss auf ihre Gestehungskosten haben könnten, zu sichern. 397

Exemplarisch dazu sei an Art. 7 lit. c PauRG zu erinnern, welcher eine abschliessende Liste von zulässigen Gründen zur einseitigen Erhöhung des Preises der Pauschalreise vorgibt. Mit der Erhöhung der Beförderungskosten, der Abgaben für bestimmte Leistungen sowie der Veränderung der relevanten Wechselkurse handelt es sich bei sämtlichen Voraussetzungen um Veränderungen von Kostenelementen, welche einen Einfluss auf die Preisbildung der Reiseveranstalterin haben und deshalb zu einer Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu ihren Lasten führen könnten. Zu denken sei in diesem Zusammenhang auch an behördliche Anordnungen, welche z.B. im Versicherungsbereich zu einer Erweiterung der Versi- 398

721 FUHRER, Anpassen, 417; HUGUENIN/MAISSEN, 120; vgl. ferner PERRIG, 83; RUSCH/HUGUENIN, 60. Spezifisch im Kontext des Mietrechts ZK OR-HIGI, Art. 269d N 82.

722 Weiterführend dazu Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, RL Anh. N 90 f.

723 Mit Blick auf die Änderung der Versicherungsprämie HUGUENIN/MAISSEN, 120.

cherungsdeckung führen und dadurch einen sachlich legitimierten Grund zur einseitigen Änderung der AVB darstellen können.[724]

399 Nach dem Gesagten ist insofern stets auf eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Parteien zu achten, als dass nicht einfach jede Umstandsänderung, die das vertragliche Äquivalenzverhältnis beeinflusst, durch eine einseitige Vertragsänderung auf den Kunden abgewälzt werden kann. Im Folgenden werden deshalb allgemeine Kriterien besprochen, welche für alle zu einer einseitigen Änderung führenden Umstände unter Art. 8 UWG beachtet werden müssen.

bb) Zeitpunkt der Umstandsänderung

400 Die AGB-Verwenderin besitzt nur dann ein berechtigtes Interesse an einer einseitigen Änderungsklausel, wenn diese auf nachträgliche Änderungen der bei Vertragsschluss vorliegenden Verhältnisse abstellt. Klauseln, die es der Verwenderin erlauben würden, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits eingetretene Risiken rückwirkend auf den Kunden abzuwälzen, können nach Treu und Glauben nicht mehr als angemessener Interessensausgleich unter Art. 8 UWG bezeichnet werden.[725] Der Kunde muss darauf vertrauen können, dass die AGB-Verwenderin den Vertragsinhalt, wie bspw. den Preis, mit der notwendigen Sorgfalt ermittelt hat und der Ausgangspreis bei Vertragsschluss auch massgeblich ist.[726] Im Einklang mit diesen Erkenntnissen ist auch bereits im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel festgehalten worden, dass rückwirkenden einseitigen Änderungsklauseln die Wirkung zu versagen ist (vgl. vorne, Rz. 378).

cc) Vorhersehbarkeit der Umstandsänderung

401 Die Untersuchung gesetzlicher Änderungsregeln hat gezeigt, dass bspw. im Pauschalreiserecht Modifikationen der Reiseleistungen nur bei unvorhersehbaren oder nicht abwendbaren Umstandsänderungen zulässig sind (vorne, Rz. 174). In ähnlicher Weise wollte der Entwurf zur gesetzlichen Regelung von Prämienänderungs-

---

724 Zu behördlichen Anordnungen zur Erweiterung der Versicherungsdeckung HUGUENIN/MAISSEN, 120.

725 BUFF, 262. Zur Problematik rückwirkender Änderungsklauseln schon FORSTMOSER, 29.

726 Insofern fällt das (Kalkulations-)Risiko vor Vertragsschluss eingetretener Risiken allein in die Sphäre der Verwenderin. Vgl. dazu in Bezug auf Art. 48 E-VVG 2011 LOACKER, 155: «Vermeidbare Kalkulationsfehler müssen demnach wie Gewinnoptimierungsbegehren behandelt werden – darauf abstellende Prämienerhöhungen sind mit Blick auf die Schutzwürdigkeit des Versicherungsnehmers nicht hinnehmbar.»

klauseln in der Totalrevision des VVG (Art. 48 E-VVG 2011) sicherstellen, dass die Versicherungsgeberin keine nachträglichen Prämienkorrekturen aufgrund von Umstandsänderungen vornehmen konnte, welche sie schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte berücksichtigen können (vorne, Rz. 180). Die *clausula rebus sic stantibus* (vorne, Rz. 15) schliesst eine richterliche Vertragsanpassung bei vorhersehbaren Verhältnisänderung ebenfalls aus.[727]

Im Einklang mit diesen gesetzlichen Wertungen besteht nach der hier vertretenen Meinung auch für die AGB-Verwenderin kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für einseitige Änderungen infolge vorhersehbarer Umstandsänderungen.[728] Genauso wie bei bereits vor Vertragsschluss eingetretenen Risiken hätte die Verwenderin derartige Umstandsänderungen nämlich schon bei der Festlegung des Vertragsinhalts resp. des Vertragspreises angemessen berücksichtigen können.[729] Die zentrale Problematik besteht allerdings in der Frage, welche Umstandsänderungen als unvorhersehbar gelten und inwieweit der Verwenderin in diesem Zusammenhang Informationspflichten aufzuerlegen sind. 402

Als Inspirationsquelle zur Beurteilung der Vorhersehbarkeit kann die *clausula rebus sic stantibus* bzw. Art 373 Abs. 2 OR als gesetzlich verankerter Anwendungsfall der *clausula* im Werkvertragsrecht[730] herangezogen werden.[731] Das Bundesgericht hält in Bezug auf Art. 373 Abs. 2 OR fest, dass der Unternehmer im 403

---

727 BGE 127 III 300, E. 5b/aa; BGer 2A.432/2005 vom 18.7.2006, E. 3.5; 4C.49/2004 vom 30.3.2004, E. 2.2; 4C.246/2003 vom 30.1.2004, E. 7.2. Aus der völlig etablierten Auffassung in der Lehre HUGUENIN, OR, Rz. 330; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 760 ff.; LEU, 118 ff.

728 Auf die diesbezügliche Praxis unter der *clausula rebus sic stantibus* hinweisend auch BGE 135 III 1, E. 2.4.

729 Vgl. hierzu im Kontext der *clausula rebus sic stantibus* BGE 48 II 443, E. 3; BISCHOFF, 204 ff.; LEU, 118.

730 So explizit BGE 104 II 314, E. a). Vgl. BURKHARD, 228; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 373 N 16.

731 Der Unternehmer ist nach Art. 373 Abs. 1 OR dazu verpflichtet, ein Werk zum vorher festgelegten Fixpreis zu erstellen, selbst wenn dessen Herstellung weniger Arbeit nötig gemacht hat als ursprünglich vorgesehen. Art. 373 Abs. 2 OR relativiert diese strenge Bindung des Unternehmers an den Preis, als dass das Gericht nach Ermessen eine Preiserhöhung oder die Vertragsauflösung vorsehen kann, wenn «ausserordentliche Umstände» die Vertragserfüllung übermässig erschweren oder verunmöglichen. Art. 373 Abs. 2 OR geht als die für den Werkvertrag anwendbare Sondernorm dem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) vor. Dazu BGE 109 II 333, E. 2b; ZK OR-BÜHLER, Art. 373 N 20.

Normalfall die Umstände kennen sollte, welche seine Arbeit beeinflussen bzw. beeinflussen könnten.[732] Es liegt denn auch im Verantwortungsbereich des Unternehmers, alles in seiner Macht stehende zu tun, um sich über alle relevanten Verhältnisse zu informieren, welche seine Herstellungskosten beeinflussen könnten.[733] Der Unternehmer hat demnach mit denjenigen Umständen zu rechnen, die so wahrscheinlich sind, dass ein Grund besteht, diese beim Entscheid über den Vertragsschluss oder Inhalt des Werkvertrags zu berücksichtigen.[734] Dazu gehören etwa die normale Inflation[735] sowie ungünstige Witterungs-[736] und Bodenverhältnisse, die erfahrungsgemäss Probleme verursachen.[737] Unvorhersehbar sind derweil alle Fälle höherer Gewalt, ist die Unvorhersehbarkeit doch gerade deren Wesensmerkmal.[738]

404 Die wohl herrschende Lehre stellt keine hohen Ansprüche an das Kriterium der fehlenden Vorhersehbarkeit unter der *clausula rebus sic stantibus*.[739] So führt etwa MÜLLER an, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses spätere Umstandsänderungen zukünftige Sachverhalte darstellen, «über deren Eintritt die Parteien ohnehin nur mutmassen können».[740] Auch das Bundesgericht relativiert die Bedeutung des Kriteriums insofern, als dass eine Vertragsanpassung nicht ausgeschlossen ist,

732 BGE 109 II 336, E. 3; 104 II 317. Vgl. ferner BK OR-GAUTSCHI, Art. 373 N 15a.

733 BGer 4C.292/2002 vom 20.11.2003, E. 3.1; CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 373 N 12.

734 Vgl. BGer 4A_375/2010 vom 22.11.2010, E. 3.1: «Eine voraussehbare Änderung der Verhältnisse liegt vor, wenn die betreffende Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der späteren Entwicklung vernünftigerweise rechnen musste. Entscheidend ist mithin, ob die Wahrscheinlichkeit der Verhältnisänderung so gross war, dass für eine vernünftige Person an Stelle der Vertragspartei Grund bestand, beim Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Ausgestaltung darauf Rücksicht zu nehmen.»

735 BGE 101 II 17, E. 2.

736 Vgl. Art. 60 SIA-Norm 118.

737 GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1082; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 373 N 18 m.w.H.

738 Für eine Kasuistik siehe ZK OR-BÜHLER, Art. 373 N 28 ff.

739 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 766 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 674; BK OR (1986)-KRAMER, Art. 18 N 338, dessen Ansicht nach das Kriterium sonst *ad absurdum* geführt werde. Siehe in diesem Zusammenhang auch LEU, 118.

740 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 674.

wenn zwar die Verhältnisänderung als solche vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang oder Auswirkung auf den Vertrag.[741]

Nach der hier vertretenen Meinung dürfen auch in Bezug auf einseitige Änderungsklauseln in AGB die Voraussetzungen an die fehlende Vorhersehbarkeit nicht überspannt werden, da sie dem Zweck dieser Klauseln entgegenstehen würden. So besteht etwa die Funktion einer einseitigen Preisänderungsklausel just darin, der AGB-Verwenderin das Risiko einer langfristigen Kalkulation abzunehmen. Obschon auch von der Verwenderin verlangt werden kann, dass sie sich gerade bei Dauerschuldverhältnissen bewusst sein muss, welche Kostenfaktoren sich verändern und einen Einfluss auf ihr Produkt oder ihre Dienstleistungen haben könnten, sollten Umstandsänderungen, welche dem Zeitpunkt und Ausmass nach nicht kalkulierbar waren, nicht in ihren alleinigen Risikobereich fallen. Es kann der Verwenderin mithin nicht zugemutet werden, an sich vorhersehbare, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber nicht bezifferbare Umstandsänderungen bereits bei der Festlegung des Vertragsinhalts zu berücksichtigen. Kostensteigerungen hingegen, welche von ihr selbst zu vertreten sind oder ausschliesslich in ihrem Einflussbereich liegen, kommen nicht als sachlicher Grund für eine Preiserhöhung in Betracht, weil sie gerade nicht unkalkulierbar bzw. nicht unvermeidbar sind.[742] 405

dd) Vertragslaufzeit

Im Rahmen der Untersuchung wurde ein berechtigtes Interesse der AGB-Verwenderin an der Verwendung von einseitigen Änderungsklauseln primär in langfristigen Verträgen identifiziert. Fraglich ist, ob eine kurze Vertragslaufzeit einen sachlichen Grund für eine einseitige Änderungsklausel unter Art. 8 UWG automatisch ausschliesst. So führt etwa PROBST ins Feld, dass bei einer Vertragsdauer von unter sechs Monaten regelmässig kein berechtigtes Interesse der AGB-Verwenderin an einer einseitigen Änderung vorhanden sein dürfte.[743] Demnach sollte bei bloss kurzfristigen Dauerschuldverhältnissen das Vertrauen des Kunden auf den Be- 406

---

741 BGE 127 III 300, E. 5b/aa. Vgl. auch BGE 50 II 158, E. 2; BGE 47 II 440, E. 4; BGer 4A_375/2010 vom 22.11.2010, E. 3.1; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 767 m.w.H.

742 Vgl. hierzu im Kontext der *clausula rebus sic stantibus* BGE 107 II 331, E. 4; 50 II 158, E. 3; 47 II 440, E. 4; 44 II 510, E. 2; BISCHOFF, 216 ff.; A. KOLLER, OR AT, Rz. 29.43; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 679.

743 SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 322 m.Verw. auf das in § 309 Nr. 1 BGB vorgesehene Zeitfenster von vier Monaten.

stand der erst kürzlich getroffenen Vereinbarung (z.B. Preis, Zins) dem Änderungsbedürfnis der AGB-Verwenderin vorgehen.[744]

407 Es lässt sich gewiss nicht absprechen, dass das Bedürfnis nach einer einseitigen Vertragsänderung infolge sich ändernder Umstände bei kurzfristigen Verträgen deutlich überschaubarer ist als bei langfristigen Dauerschuldverhältnissen. Es besteht insofern ein Zusammenhang zwischen der Dauer des Vertrags und der Vorhersehbarkeit einer Verhältnisänderung:[745] In der Tendenz kann bei kurzfristigen Verträgen von der AGB-Verwenderin erwartet werden, dass sie in der Lage ist, die wahrscheinliche Entwicklung bspw. ihrer Gestehungskosten bei der Preisfestsetzung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu überblicken und angemessen zu berücksichtigen. Eine kurze Vertragsdauer stellt nach der hier vertretenen Meinung deshalb im Rahmen der Prüfung der Unvorhersehbarkeit einer Umstandsänderung ein wichtiges Indiz für das Fehlen eines sachlichen Grundes dar.

408 Gleichzeitig gilt es stets zu berücksichtigen, dass unvorhersehbare Änderungen auch bei kurzfristigen Verträgen schon kurz nach Vertragsabschluss eintreten können; in diesem Sinne ist auch nicht jede Verhältnisänderung, die bei einem langfristigen Vertrag eintritt, gleich unvorhersehbar.[746] Es bleibt nach dem Gesagten also darauf zu achten, keinen zwangsläufigen Konnex zwischen kurzer Vertragsdauer und Vorhersehbarkeit bzw. langer Vertragsdauer und Unvorhersehbarkeit einer Umstandsänderung zu schaffen.[747]

3 Anforderungen an den Änderungsumfang

409 Analog zu den Ausführungen zum Änderungstatbestand legt die Untersuchung im Folgenden dar, welche Anforderungen an die Bestimmtheit des Änderungsumfangs der einseitigen Änderungsklausel im Rahmen der Kontrolle nach Art. 8 UWG zu stellen sind (Rz. 410 ff.). Die Abhandlung nimmt sich danach der

---

744 Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 541; RUSCH/HUGUENIN, 43.

745 Vgl. in Bezug auf die *clausula rebus sic stantibus* ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 787.

746 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 788; WIEGAND, clausula, 453 f.

747 Im Zusammenhang mit der *clausula rebus sic stantibus* WIEGAND, clausula, 453: «Die Einzige Voraussetzung, die erfüllt werden muss, ist die, dass innerhalb dieses Zeitraums eine Verhältnisänderung stattfindet. Die Länge dieses Zeitraums ist als solche vollkommen irrelevant, sie muss nur ausreichen, um die Änderung der Verhältnisse zu ermöglichen.»

besonderen Problematik der beidseitigen Wirkung von einseitigen Preisänderungsklauseln in AGB an (Rz. 414 ff.).

a) Bestimmtheitsanforderungen

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss eine gültige einseitige Änderungsklausel nicht nur Anlass, sondern auch Umfang der einseitigen Vertragsänderung angeben.[748] Enthält etwa eine einseitige Preisänderungsklausel keine Angabe zum Umfang der möglichen Preisänderung, besagt die Klausel lediglich, dass bei Eintritt gewisser Voraussetzungen etwas mit dem Preis geschehen kann. Es ergibt sich indes auch in dieser Konstellation ein Vorhersehbarkeitsdefizit für den Kunden: Die Klausel weist keine Anhaltspunkte vor, anhand derer der Kunde beurteilen könnte, in welchem Ausmass die AGB-Verwenderin den Preis modifizieren kann. Gleichzeitig ergeben sich für die Verwenderin Ermessensspielräume, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind. Analog zu einseitigen Änderungsklauseln ohne Angabe des Änderungstatbestands begründen Klauseln ohne Begrenzung des Änderungsumfangs somit eine mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Benachteiligung des Kunden unter Art. 8 UWG. 410

In Anbetracht dessen müssen gerade einseitige Preisänderungsklauseln die Grenzen der Änderungsausübung angeben. Es folgt dabei nur schon aus dem Erfordernis des sachlichen Grundes, dass Preiserhöhungen nur zulässig sind, sofern sie auch vom angegebenen, sachlichen Grund gedeckt sind. Ein solches Erfordernis harmoniert mit der Funktion einseitiger Änderungsklauseln als Instrumente zur Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses: Ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Klausel besteht namentlich insoweit, wie sie der Wahrung des Gleichgewichts zwischen den vertraglichen Leistungen dient.[749] 411

Nach der hier vertretenen Meinung muss deshalb insbesondere bei einseitigen Preisänderungsklauseln aus deren Formulierung ersichtlich sein, dass der Umfang der Preisänderung durch das Mass der Veränderung der tatbestandlich fixierten Bezugsgrösse begrenzt ist. Die Angabe dieser Begrenzung der Änderungsausübung berücksichtigt die berechtigten Interessen des Kunden, sich ein Bild über die möglichen Belastungen machen zu können und in der Lage zu sein, die Plausibilität einer vorgenommenen Preisänderung durch die AGB-Verwenderin zu überprüfen. Keine Orientierungshilfe bieten sehr offene Kriterien, wonach eine 412

748 BGE 135 III 1, E. 2.5.

749 Vgl. BUFF, 227 f.

Vertragsänderung bspw. «angemessen» oder unter Beachtung von «Vernunft und Billigkeit» zu erfolgen hätte.

413 Die Bezugnahme auf eine Änderung nach billigem Ermessen mit dem Argument, dass es in der Änderungssituation dem Grundsatz der Billigkeit widerspreche, wenn ein einseitiges Preisänderungsrecht eine Preismodifikation über das Mass der eingetretenen Veränderungen der tatbestandlich fixierten Preisbildungsfaktoren gestatte, überzeugt ebenfalls nicht.[750] Auch in Bezug auf die Angabe des Änderungsumfangs ist nämlich darauf zu achten, die Klauselkontrolle und die Ausübungskontrolle nicht zu vermischen. Dass die AGB-Verwenderin ihr Preisänderungsrecht in der Änderungssituation nach billigem Ermessen ausüben müsste, vermag die Notwendigkeit der Angabe eines hinreichend klaren Änderungsumfangs nicht zu beseitigen. Insofern rechtfertigt auch die Angabe nur des zur Preisänderung berechtigenden Anlasses ohne zusätzliche Informationen nach Massgabe der kundenfeindlichen Auslegung noch keine Interpretation der Klausel dahingehend, dass der Umfang der Preisänderung auf das Mass beschränkt sein soll, das durch den sachlichen Grund gedeckt ist.[751]

b) Beidseitige Wirkung einseitiger Preisänderungsklauseln

aa) Problematik

414 In der Praxis sehen einseitige Preisänderungsklauseln in AGB in der Regel nur ein Recht zur Preiserhöhung zugunsten der Verwenderin vor, wenn sich gewisse Bezugswerte erhöhen, ohne sich über mögliche Preisreduktionen bei Senkung dieser Werte auszusprechen.[752] Zur Veranschaulichung sei wiederum auf das Klauselbeispiel 1 zu verweisen:

415 **Klauselbeispiel 1:** *«[Das Gaswerk] ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten [des Gaswerks] erfolgt.»*

416 Dieser Klausel ist keine Verpflichtung dahingehend zu entnehmen, dass die Verwenderin angehalten wäre, ihre Preise bei einer Senkung der Kosten der Vorlieferanten entsprechend anzupassen. Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen

---

750 Vgl. für eine Kritik zu diesem Auslegungsgedanken RUSCH/HUGUENIN, 50.

751 Vgl. im Kontext des PauRG BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 2 und WIEDE, Rz. 845, wonach ein Änderungsvorbehalt in nachvollziehbarer Weise zum Ausdruck bringen muss, dass Kostensteigerungen beim Reiseveranstalter in dem Umfang auf den Preis geschlagen werden können, in welchem sie eintreten. Dazu schon vorne, Rz. 167.

752 RUSCH/HUGUENIN, 48 m.Verw. auf die Beispiele bei TERCIER, 27 f.

steht die Frage, ob derartige AGB-Klauseln ohne Preissenkungspflicht, auf deren Grundlage die Verwenderin Kostenerhöhungen weitergeben darf, Kostenersparnisse hingegen nur ihr zugutekommen, der Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG standhalten.

bb) Meinungsstand in der Lehre

Die schweizerische Lehre hat sich bislang nicht eingehend mit der Problematik der beidseitigen Wirkung[753] einseitiger Preisänderungsklauseln befasst. Einige Stimmen sprechen sich dafür aus, dass einseitige Preisänderungsklauseln so auszugestalten seien, dass sie neben Preiserhöhungen zugunsten der Verwenderin auch Preisreduktionen zugunsten des Kunden vorsehen müssen, wenn die preisbildenden Bezugsgrössen sinken.[754] So entspricht es nach FUHRER nicht der natürlichen Erwartungshaltung des Kunden, dass er nur von Erhöhungen betroffen sein wird, ohne je in den Genuss allfälliger Senkungen zu kommen.[755] Gemäss FUHRER gebietet das Äquivalenzprinzip, dass Senkungen der preisrelevanten Kosten in gleichem Umfang an den Kunden weitergegeben werden müssen.[756] RUSCH/HUGUENIN betonen ebenfalls, dass einseitige Preisänderungsklauseln ohne Preissenkungspflicht unter den Gesichtspunkten von Art. 8 UWG problematisch sind.[757] 417

Eine andere Meinung vertritt BUFF: Ihm zufolge kann aus Art. 8 UWG, der eine einseitige Benachteiligung des Kunden durch die AGB-Verwenderin verhindern wolle, kein Erfordernis beidseitiger Begünstigung abgeleitet werden.[758] BUFF sieht das Interesse des Kunden an Konditionenkontinuität folglich nicht verletzt, 418

---

753 FUHRER, Anpassen, 416, beschreibt diese Problematik auch als Frage nach der «Reziprozität» einseitiger Änderungsklauseln; LOACKER, 146, umschreibt sie mit dem Begriff «Spiegelbildlichkeitsprinzip».

754 In Bezug auf einseitige Prämienänderungsklauseln FUHRER, Anpassen, 421; im Kontext des Pauschalreiserechts BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 6; aus rechtsvergleichender Perspektive mit Deutschland LOACKER, 146 f. Generell RUSCH, Auslegung, 204; RUSCH/HUGUENIN, 48 f.

755 FUHRER, Anpassen, 416 f.

756 FUHRER, Anpassen, 417 m.Verw. auf die Rechtslage in Deutschland.

757 RUSCH/HUGUENIN, 48 f., deren Ansicht nach bei solchen Klauseln auch die Ungewöhnlichkeit zu bejahen sei, weil die Anpassung an Referenzwerte zu Gunsten und zu Ungunsten der änderungsberechtigten Partei im Alltag häufig vorkomme und die berechtigte Erwartungshaltung der Betroffenen präge.

758 BUFF, 265.

wenn die AGB-Verwenderin Kostenersparnisse nicht in jedem Fall an den Kunden weitergibt.[759] Unter Verweis auf BUFF vertritt auch A. KOLLER die Auffassung, dass sich eine Preissenkungspflicht «weder über Art. 8 UWG noch sonst wie» rechtfertigen lässt.[760]

cc) Herleitung einer gesetzlichen Wertung

419 Die vorliegende Untersuchung hat sich im Rahmen der Analyse gesetzlicher Sonderregeln zur einseitigen Vertragsänderung mit dem einseitigen Preiserhöhungsrecht der Reiseveranstalterin unter Art. 7 PauRG befasst (vorne, Rz. 165 ff.). Interessanterweise adressiert Art. 7 PauRG nur die «Erhöhung» des vertraglich festgelegten Preises, äussert sich aber nicht dazu, ob der Kunde einen Anspruch auf Preisreduktion im Falle von Kostenersparnissen bei der Reiseveranstalterin hat. Die Vorschrift unterscheidet sich in dieser Hinsicht von Art. 4 Abs. 4 lit. a der EU-Richtlinie über Pauschalreisen (EU-Pauschalreiserichtlinie),[761] welche einen ebensolchen Preissenkungsanspruch des Kunden vorsieht.[762]

420 In Anbetracht des Wortlauts und der von der EU-Pauschalreiserichtlinie abweichenden Formulierung durch den Gesetzgeber dürfte Art. 7 PauRG somit keine zwingende Preissenkungspflicht zu entnehmen sein.[763] Diese gesetzliche Wertung spricht eher gegen ein Erfordernis der reziproken Ausgestaltung einseitiger Preisänderungsklauseln in AGB. Dass der Reiseveranstalter unter Art. 7 PauRG Kostenerhöhungen scheinbar weitergeben darf, Kostenersparnisse hingegen nur ihm zugutekommen, erachten diverse Stimmen in der Lehre jedoch als ungerecht: Während HANGARTNER[764] diesen Zustand als nicht europakompatibel bezeichnet,

---

759 BUFF, 265.

760 A. KOLLER, Bepreisung, 579, Fn. 46.

761 Richtlinie 90/314/EWG vom 13.6.1990 über Pauschalreisen. Der wesentliche Teil von Art. 4 Abs. 4 lit. a der EU-Pauschalreiserichtlinie lautet: «Die vertraglich festgelegten Preise dürfen nicht geändert werden, es sei denn, daß der Vertrag die Möglichkeit einer Preiserhöhung oder -Senkung ausdrücklich vorsieht und genaue Angaben zur Berechnung des neuen Preises enthält, bei der ausschließlich nachstehenden Änderungen Rechnung getragen werden darf: […]».

762 Zur Frage, ob Art. 4 Abs. 4 lit. a der EU-Pauschalreiserichtlinie eine eigentliche Preissenkungs*pflicht* vorsieht, vgl. KRÄMER, 162 ff.

763 WIEDE, Rz. 847 m.Verw. auf KuKo PauRG-FRANK, Art. 7 N 13; CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF, Art. 7 N 7.

764 HANGARTNER, 78.

vertritt ROBERTO[765] explizit die Meinung, dass einseitige Preisänderungsklauseln ohne beidseitige Wirkung gegen Art. 8 UWG verstossen.

dd) Stellungnahme

421 Nach der hier vertretenen Auffassung gebietet die Interessenwahrungspflicht der AGB-Verwenderin unter Art. 8 UWG, dass ein einseitiges Preiserhöhungsrecht mit einer Preissenkungspflicht korrespondieren muss. In Anbetracht der bisherigen Ausführungen zur Bedeutung des Äquivalenzprinzips im Zusammenhang mit einseitigen Preisänderungsklauseln ist FUHRER[766] darin beizupflichten, dass die Wahrung des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen verlangt, dass Kostensenkungen in gleichem Umfang wie Kostensteigerungen an den Kunden weitergegeben werden müssen.

422 Genauso wie das Preiserhöhungsrecht zielt das Erfordernis einer Preissenkungspflicht darauf ab, das ursprüngliche Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu konservieren. Müsste die AGB-Verwenderin Kostenersparnisse nicht an den Kunden weitergeben, könnte sie die Preisänderungsklausel dazu nutzen, um das vertragliche Äquivalenzverhältnis zu ihren Gunsten zu verschieben und nachträglich Gewinne zu maximieren. Je nach Volatilität der Referenzwerte könnte das Fehlen einer Preissenkungspflicht schon bei kurzer Vertragsdauer zu einer Äquivalenzstörung führen.[767] Es wäre unter den Gesichtspunkten des Art. 8 UWG denn auch nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zu vereinbaren und dem Interesse der Parteien an einer langfristigen Vertragsbindung abträglich, wenn der Kunde den Vertrag zuerst kündigen müsste, um bei einem Neuabschluss eventuell von Kosteneinsparungen auf Seiten der Verwenderin zu profitieren.

423 Entgegen der Meinung von BUFF[768] kann eine Preissenkungspflicht deshalb nicht als Ausdruck einer Begünstigung des Kunden qualifiziert und eine Anwendung des Art. 8 UWG mit dem Argument ausgeschlossen werden, dass der Vorschrift kein Erfordernis einer «beidseitigen Begünstigung» zu entnehmen sei. Eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Kunden verlangt, dass Kunde und AGB-Verwenderin im Sinne der Chancengleichheit in gleichem Masse von unvorhergesehenen oder unberechenbaren Entwicklungen der preisbildenden Faktoren profitieren. Einem einseitigen Preiserhöhungsrecht ohne Preissenkungspflicht

---

765 BSK OR I-ROBERTO, Art. 7 PauRG N 6 m.Verw. auf HANGARTNER, 78.

766 FUHRER, Anpassen, 417.

767 Dies betonend RUSCH/HUGUENIN, 49.

768 Vgl. BUFF, 265.

wohnt somit eine einseitige Begünstigung der Verwenderin inne.[769] Die Verpflichtung zur Preissenkung stellt insofern das nach Art. 8 UWG interessengerechte Pendant zum Preiserhöhungsrecht der Verwenderin dar, welches eine Benachteiligung des Kunden gerade verhindern will.

4 Analyse der Wirkung eines Kündigungsrechts

424 Im Folgenden geht die Untersuchung der Frage nach, wie sich die Gewährung eines Kündigungsrechts auf die Beurteilung einer einseitigen Änderungsklausel unter Art. 8 UWG auswirkt. In diesem Zusammenhang gilt es zwei Fragen strikt voneinander zu trennen. Fraglich ist zum einen, ob der Einräumung eines Vertragslösungsrechts eine kompensierende Wirkung im Rahmen der Inhaltskontrolle zukommt. Im Zentrum dieser Problematik steht also die Frage, ob ein Kündigungsrecht eine an sich unter Art. 8 UWG inhaltlich unangemessene einseitige Änderungsklausel zu «heilen» vermag (Rz. 425 ff.). Andererseits gilt es zu klären, ob einseitige Änderungsklauseln in AGB ohnehin zwingend mit einem Kündigungsrecht für den Kunden verbunden sein müssen. Bejaht man diese Frage, bildet die Zusicherung eines Kündigungsrechts ein notwendiges Zulässigkeitserfordernis selbst für im Übrigen unter Art. 8 UWG wirksame Änderungsklauseln (Rz. 430 ff.).

a) Würdigung der kompensierenden Wirkung eines Kündigungsrechts

aa) Ausgleichende und mässigende Wirkung

425 Im Grundsatz ist anzuerkennen, dass die Kopplung eines Kündigungsrechts an eine einseitige Änderungsklausel durchaus eine ausgleichende Wirkung zeitigt, welche es im Rahmen der Kontrolle nach Art. 8 UWG zu berücksichtigen gilt.[770] Sieht der Kunde seine Interessen durch den geänderten Vertrag als nicht mehr angemessen gewahrt, ermöglicht ihm ein Kündigungsrecht, sich vom Vertrag zu lö-

---

769 In Bezug auf das Erfordernis der beidseitigen Wirkung von Prämienänderungsklauseln LOACKER, 146: «Ein solches *Spiegelbildlichkeitsprinzip* zu verneinen, hiesse das Stabilisierungsbedürfnis nur auf Seiten des Versicherers anzuerkennen, auf dem Auge des Versicherungsnehmers aber blind zu sein.»

770 FUHRER, Anpassen, 422. Vgl. auch HUGUENIN/MAISSEN, 106 und 111, die in Bezug auf Art. 27 Abs. 2 ZGB sogar die Meinung vertreten, dass einseitige Änderungsklauseln mit einem Kündigungsrecht in der Regel nicht zu beanstanden seien.

sen und nach vertraglichen Alternativen umzusehen. Die Vertragslösungsmöglichkeit des Kunden hat insofern eine mässigende Wirkung auf die Ausübung des Änderungsrechts, da sich die AGB-Verwenderin dadurch stärker dem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sieht.[771] Versucht die Verwenderin, sich auf Kosten des Kunden unrechtmässig zu bevorteilen, kann dieser die vertragliche Kooperation beenden und dadurch das Verhalten der Verwenderin «sanktionieren».[772]

bb) Faktische oder wirtschaftliche Hindernisse bei der Ausübung des Kündigungsrechts

Eine kompensierende Wirkung des Kündigungsrechts kommt nicht in Betracht, wenn die Ausübung dieses Rechts durch faktische oder wirtschaftliche Hindernisse erschwert wird. In diesem Sinne vermögen etwa die mit einem Kündigungsrecht anfallenden Ausstiegskosten den Wert dieses Rechts stark zu reduzieren.[773] So kann bspw. die Kündigung des Versicherungsvertrags für den Versicherungsnehmer mit einem «Package- oder Bonusverlust» einhergehen.[774] Im Rahmen der Interessenabwägung unter Art. 8 UWG gilt es ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Kunde im Falle einer Vertragsauflösung regelmässig mit entsprechenden Umtrieben eine neue Vertragspartnerin suchen müsste.[775] 426

Oftmals erschweren AGB-Verwenderinnen die Kündigung zusätzlich: Will etwa ein Bankkunde infolge einer einseitigen Gebührenänderung sein Vertragsverhältnis mit der Bank auflösen und zu einer anderen Bank wechseln, fallen oft Kontoauflösungsgebühren und bei der Übertragung von Depotwerten auf eine andere Bank Transfergebühren an.[776] Die Einräumung eines vertraglichen Kündigungs- 427

---

771 Vgl. RUSCH/HUGUENIN, 51, die betonen, dass das Kündigungsrecht «ein bedeutendes Korrektiv zu einseitiger Machtballung» darstellt.

772 So BUFF, 264.

773 PROBST, Bankgebühren, Rz. 57. Siehe ferner RUSCH/HUGUENIN, 52, die als Beispiel auf eine Klausel aus den AGB einer Unternehmung aufmerksam machen, die Internet-Domains registriert.

774 HUGUENIN/MAISSEN, 118. «Package-Vorteile» entstehen im Fall, dass der Versicherungsnehmer bei der gleichen Versicherung verschiedene Ereignisse versichert hat; «Boni» knüpfen an die (schadensfreie) Dauer eines Versicherungsvertrags an.

775 In Bezug auf die Suche einer neuen Bank PROBST, Bankgebühren, Rz. 56. Vgl. auch HUGUENIN/MAISSEN, 111, die bezüglich der Suche nach einer neuen Versicherung betonen, dass diese angesichts der heutigen Fülle an Angeboten und Informationen mit einem beträchtlichen Zeitaufwand verbunden sei.

776 PROBST, Bankgebühren, Rz. 57, Fn. 157; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 2.

rechts kann dabei gerade im Falle einseitiger Gebührenänderungsklauseln in Banken-AGB nur schon deshalb keinen kompensierenden Vorteil darstellen, weil dem Bankkunden als Auftraggeber bzw. Hinterleger von Gesetzes wegen (Art. 404 sowie 475 OR) das zwingende Recht zusteht, das Vertragsverhältnis jederzeit ohne besonderen Grund zu beenden.[777]

cc) Kontinuitätsinteresse des Kunden

428 Die Gewährung eines Kündigungsrechts ist für den Kunden schliesslich mit keinem Nutzen verbunden, wenn er ein starkes Interesse am unveränderten Weiterbestand des Vertrags hat.[778] Anhand der Analyse der Revision des VVG hat die vorliegende Untersuchung verdeutlicht, dass ein Vertragslösungsrecht gerade im Bereich der Krankenzusatzversicherung kein Allheilmittel darstellt (vorne, Rz. 198). Für den Krankenversicherten im hohen Alter verkörpert ein Kündigungsrecht keine interessengerechte Lösung, weil es ihm an alternativen Möglichkeiten fehlt, um sich anderweitig gleichwertigen Versicherungsschutz zu beschaffen. In solchen Situationen besteht vielmehr die Gefahr, dass er eine noch so nachteilige Änderung der Versicherungsbedingungen hinnimmt, um nicht mit den nachteilhaften Auswirkungen einer Vertragsbeendigung konfrontiert zu sein.[779]

---

777 So PROBST, Bankgebühren, Rz. 56. A.M. A. KOLLER, Bepreisung, 582. A. KOLLER vertritt im Zusammenhang mit einseitigen Gebührenänderungsklauseln in AGB die Position, dass die mit einer Kündigung durch den Bankkunden entstehenden Umtriebe keine nach Art. 8 UWG berücksichtigungsfähigen Nachteile darstellen würden. Er begründet dies damit, dass beim Depotvertrag beide Parteien jederzeit mit einer Vertragsbeendigung rechnen müssten, weshalb die mit der Beendigung verbundenen Nachteile nicht adäquat durch eine einseitige Gebührenänderung bedingt seien und somit nicht gegen eine solche vorgebracht werden könnten. Bei der Frage nach der kompensierenden Wirkung des Kündigungsrechts unter Art. 8 UWG geht es jedoch nicht darum, die mit dem Kündigungsrecht anfallenden *Nachteile* einer unter Art. 8 UWG ansonsten unzulässigen einseitigen Gebührenänderungsklausel anzurechnen. Die Beurteilung fokussiert sich vielmehr auf die Frage, ob das Kündigungsrechts einen kompensierenden *Vorteil* darstellt. Dabei ist entsprechend zu berücksichtigen, dass eine Kündigung des Vertrags unabhängig von der jederzeitigen Möglichkeit der Kündigung mit Umtrieben verbunden ist.

778 Spezifisch zu einseitigen Prämienänderungsklauseln FUHRER, Anpassen, 417: «Wenn das Interesse des Versicherungsnehmers am unveränderten Weiterbestand des Vertrages grösser ist als jenes an einer Kündigungsmöglichkeit, gehen die Unzulänglichkeiten der Klausel zu seinen Lasten.»

779 BUFF, 264. Vgl. ferner HUGUENIN/MAISSEN, 119.

dd) Zwischenfazit

Die Ausführungen illustrieren, dass die Gewährung eines Kündigungsrechts die einseitige Änderungsklausel nicht *per se* zulässig macht. Die Einräumung eines Vertragslösungsrechts kann nicht jeder spezifischen Interessenlage gerecht werden und vermag deshalb die durch einseitige Änderungsklauseln begründeten Nachteile im Rahmen einer Prüfung unter Art. 8 UWG nicht in jedem Fall aufzuwiegen.[780] Erforderlich ist vielmehr eine Würdigung des Kündigungsrechts im Hinblick auf die betroffene Vertragsart und die typischen Interessen der Vertragsschliessenden. In Fallkonstellationen, in denen der Kunde ein erhöhtes Interesse am unveränderten Fortbestand des Vertrags besitzt oder die Lösungsmöglichkeit durch faktische oder wirtschaftliche Hindernisse erschwert wird, ist die Gewährung eines Kündigungsrechts – metaphorisch ausgedrückt – ein Feigenblatt. 429

b) Erforderlichkeit eines Kündigungsrechts

Von der Thematik der kompensierenden Wirkung eines Kündigungsrechts zu unterscheiden ist die Frage, ob einseitige Änderungsklauseln nicht unverzichtbar mit einem Kündigungsrecht verbunden sein müssten, um der Kontrolle unter Art. 8 UWG standzuhalten. 430

aa) Meinungsstand in der Lehre

Einige Stimmen aus der Literatur bejahen diese Frage.[781] Nach RUSCH/HUGUENIN entspricht es «einer allgemeinen und berechtigten Erwartungshaltung, dass man vor einseitigen Veränderungen mit Ermessensspielraum die Vertragsbeziehung beenden kann».[782] Sie empfinden deshalb Änderungen mit Ermessenspielraum ohne Kündigungsmöglichkeit als unzulässig, und zwar unabhängig davon, «ob die konkrete Änderung massvoll ausfällt und für sich betrachtet zumutbar ist».[783] EMMENEGGER/ZBINDEN vertreten sogar die Position, dass einseitige Änderungs- 431

---

780 So auch FRITSCHI, Rz. 451; FUHRER, Anpassen, 417; HUGUENIN/MAISSEN, 110; PROBST, Bankgebühren, Rz. 56; RUSCH/HUGUENIN, 52.

781 Für einseitige Bedingungsänderungsklauseln HUGUENIN/MAISSEN, 119. Vgl. auch PICHONNAZ, modification, 711; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 58 ff.

782 RUSCH/HUGUENIN, 52.

783 Aus der Perspektive der Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 27 Abs. 2 ZGB RUSCH/HUGUENIN, 52.

klauseln ohne Kündigungsrecht stets gegen die zwingende Vorschrift des Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen.[784]

432 Andere Stimmen in der Lehre begegnen einer generellen Pflicht zur Einräumung eines Kündigungsrechts mit Bedenken. FUHRER etwa verneint das zwingende Kündigungsrecht bei zumutbaren Änderungen auf Grundlage einer an sich zulässigen einseitigen Prämienänderungsklausel.[785] Auch nach A. KOLLER stellt die Einräumung eines Kündigungsrechts keine notwendige Voraussetzung bei massvollen Änderungen dar, welche «einen bei Vertragsabschluss nicht berücksichtigten möglichen späteren Anpassungsbedarf» ausgleichen sollen.[786] Diese Lehrmeinungen machen die Notwendigkeit eines Kündigungsrechts entsprechend davon abhängig, ob mit der konkret erfolgten Änderung eine gewisse Zumutbarkeitsschwelle überschritten wird; jenseits dieser Schwelle muss die Verwenderin dem Kunden ein Kündigungsrecht einräumen. In ähnlicher Weise macht BUFF darauf aufmerksam, dass bei der Qualifikation des Kündigungsrechts als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung die Gefahr bestünde, dass der Kunde selbst bei berechtigten Änderungsbegehren mit der Beendigung des Vertrags reagieren könne.[787] Der Fortbestand des Vertrags wäre dadurch selbst bei massvollen Änderungen, die auf eine Wiederherstellung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses gerichtet seien, unnötig in Frage gestellt.[788]

bb) Herleitung einer gesetzlichen Wertung

433 Fraglich ist, ob sich auf Grundlage der besprochenen gesetzlichen Sonderregeln ein verallgemeinerungsfähiges Erfordernis für die zwingende Einräumung eines Kündigungsrechts für einseitige Änderungsklauseln in AGB herleiten lässt.

434 Mit Blick auf das Mietrecht und die Diskussion der Revision des VVG lässt sich ein solches Erfordernis durchaus begründen.[789] Im Mietrecht (vgl. Art. 269d

---

784 EMMENEGGER/ZBINDEN, 241 f.

785 FUHRER, Anpassen, 422: «Halten sich Anpassungstatbestand und -folgen an die oben dargestellten Voraussetzungen, so muss eine Weitergeltung des Vertrages zu den geänderten Bedingungen auch ohne Kündigungsrecht zulässig sein, denn es ist ja just die Zumutbarkeit der Weitergeltung, aus der sich die genannten Voraussetzungen ableiten.»

786 A. KOLLER, Bepreisung, 583.

787 Vgl. BUFF, 207, wenngleich im Kontext von Art. 27 Abs. 2 ZGB.

788 BUFF, 207.

789 Vgl. die Übersicht bei RUSCH/HUGUENIN, 50 f.

Abs. 1 OR) muss die einseitige Änderung des Mietzinses und sonstiger Vertragsbedingungen zwingend zehn Tage vor Beginn der vertraglichen Kündigungsfrist mitgeteilt werden, so dass der Mieter noch kündigen kann. Die Gesetzesentwürfe zur Erfassung einseitiger Änderungsrechte im VVG sahen ebenfalls stets ein Sonderkündigungsrecht der Versicherungsnehmer vor (vgl. vorne, Rz. 181, 183). Bei der früher notwendigen Genehmigung von AVB akzeptierte die Aufsichtsbehörde Prämienänderungsklauseln ebenfalls nicht, wenn diese nicht mit einem entsprechenden Kündigungsrecht verbunden waren.[790] Erhöht die Krankenkasse die Prämien, besteht gemäss Art. 7 Abs. 2 KVG ebenfalls unabhängig vom Ausmass der Änderung ein Kündigungsrecht für die Versicherungsnehmerin.[791]

Eine gegensätzliche Wertung lässt sich im Pauschalreiserecht erkennen, wo das Kündigungsrecht lediglich bei Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle besteht: Art. 8 Abs. 1 PauRG sieht eine Kündigungsmöglichkeit namentlich bei «wesentlichen Vertragsänderungen» vor, wozu gemäss Abs. 2 auch Preiserhöhungen von über 10 % gehören. Die Reiseveranstalterin kann den Preis der Pauschalreise somit um bis zu 10 % erhöhen, ohne dem Kunden ein Kündigungsrecht gewähren zu müssen. 435

cc) Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Meinung müssen einseitige Änderungsrechte in AGB zwingend mit einem Kündigungsrecht für den betroffenen Kunden verbunden sein, um einer Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG standzuhalten. Die Gewährung eines Kündigungsrechts bildet das interessensgerechte Pendant zur einseitigen Gestaltungsmacht der AGB-Verwenderin. Es wahrt das berechtigte Bedürfnis des Kunden, sich vom Vertrag lösen zu können, wenn er infolge einer einseitigen Änderung kein Interesse an dessen Aufrechterhaltung besitzen sollte. Im Unterschied zu der hier abgelehnten Kompensationswirkung eines Kündigungsrechts soll dieses kein Defizit beheben, sondern dem Kunden ein dem einseitigen Änderungsrecht gegenüberstehendes Gestaltungsmittel zusprechen. 436

---

790 Vgl. BURKHARDT, 40; FUHRER, Anpassen, 414.

791 Art. 7 Abs. 2 KVG lautet: «Bei der Mitteilung der neuen Prämie kann die versicherte Person den Versicherer unter Einhaltung einer einmonatigen auf das Ende des Monats wechseln, welcher der Gültigkeit der neuen Prämie vorgeht. Der Versicherer muss die neuen, vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) genehmigten Prämie jeder versicherten Person mindestens zwei Monate im Voraus mitteilen und dabei auf das Recht, den Versicherer zu wechseln, hinweisen.»

437 Dass die im konkreten Einzelfall von der AGB-Verwenderin vorgenommene Änderung durch einen sachlichen Grund gedeckt und für den Kunden zumutbar ist, vermag nichts an der Erforderlichkeit des Kündigungsrechts zu ändern. Bei der Beurteilung des einseitigen Änderungs- und des Kündigungsrechts sollte die Frage nach dem Ausmass der tatsächlich vorgenommenen Änderung ausser Acht bleiben. Eine sich an der Änderungsausübung orientierende «Schwellenlösung», wie sie etwa das Pauschalreiserecht vorsieht und von einzelnen Lehrmeinungen gefordert wird, wäre im AGB-rechtlichen Kontext nicht praktikabel, da einseitige Änderungen nicht alle Kunden in gleicher Weise betreffen und die Beurteilung einer «wesentlichen Vertragsänderung» von den Umständen des Einzelfalls abhängen würde.[792] Die Entscheidung, ob eine Änderung im Einzelfall dem Kunden zumutbar ist, muss letztlich niemand anderes als der Kunde selbst treffen.

438 Eine «Schwellenlösung» dürfte denn auch mit vielen weiteren Problemen verbunden sein. Die zentrale Schwierigkeit besteht in der Festsetzung der Erheblichkeitsschwelle selbst: Die Frage nach der Notwendigkeit der Einräumung eines Kündigungsrechts würde durch die Frage ersetzt werden, wann eine «wesentliche Vertragsänderung» vorliegt bzw. bis zu welcher Schwelle eine Preiserhöhung für die Kundin zumutbar ist.[793]

439 Nach der hier vertretenen Auffassung wäre dabei insbesondere die 10 %-Schwelle des Art. 8 Abs. 2 PauRG nicht verallgemeinerungsfähig. Es gilt zu berücksichtigen, dass bei Pauschalreisen mit den Beförderungskosten (insb. Treibstoffkosten) und Währungskursen nur besonders volatile Kostenkomponenten als Änderungstatbestände berücksichtigungsfähig sind (vgl. Art. 7 lit. c PauRG). Der Pauschalreisevertrag unterscheidet sich von Dauerschuldverhältnissen wie Miet- und Versicherungsverträgen auch dadurch, dass er im Hinblick auf eine zu einem absehbaren Zeitpunkt zu erbringende Leistung vereinbart wird und danach als erfüllt gilt.[794] Dauerschuldverhältnisse wie Miet- und Versicherungsverträge werden hingegen teilweise über Zeiträume von mehreren Jahren geschlossen. Das Beispiel des Mietrechts und die Untersuchungen im Rahmen der Revision des VVG verdeutlichen vielmehr, dass in einem Dauerschuldverhältnis eine – im Vergleich

---

792 Vgl. die Gedanken bei RUSCH/HUGUENIN, 51.

793 RUSCH/HUGUENIN, 51: «Mit der Verweigerung des Kündigungsrechts ist […] nichts gewonnen. Der Streit würde sich auf die Frage verlagern, ob eine angemessene und noch zumutbare Änderung oder ob ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben ist.»

794 Weitergehend zum Begriff der Pauschalreise und dem Inhalt des Pauschalreisevertrags BSK OR I-ROBERTO, Art. 1 N 1 ff.

zum zeitlich überschaubaren und auf einmalige Leistung ausgerichteten Pauschalreisevertrag – vereinfachte Lösungsmöglichkeit bestehen sollte.

5 Erklärungsfiktionen

Eine vertiefte Analyse des Phänomens der einseitigen Änderungsrechte in AGB verlangt, sich auch mit formularmässigen Erklärungsfiktionen in AGB auseinanderzusetzen, welche das Schweigen des Kunden zum Akzept einer Änderung erheben (siehe bereits vorne, Rz. 103 ff.). Die nachfolgende Untersuchung befasst sich dazu zunächst mit dem bestehenden Korrektiv für Erklärungsfiktionen unter schweizerischem Recht (Rz. 441 ff.), um die Notwendigkeit einer verstärkten AGB-Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen zu unterstreichen (Rz. 446 ff.). Anschliessend beleuchtet die Abhandlung relevante Aspekte hinsichtlich der Kontrolle von Erklärungsfiktionen unter Art. 8 UWG (Rz. 449 ff.). 440

a) Grundlegendes zur Kontrolle von Erklärungsfiktionen

aa) Art. 6 OR und die Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist

Erklärungsfiktionen, die das Schweigen des Kunden als Zustimmung zu den geänderten AGB erheben, kollidieren mit dem vertragsrechtlichen Grundsatz, wonach reines Schweigen auf eine Offerte in der Regel nicht als Akzept gilt.[795] Nach Massgabe von Art. 6 OR hat das Schweigen einer Partei nur dann Zustimmungsgehalt, wenn wegen der «besonderen Natur des Geschäftes» oder nach den «Umständen» eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Als Ausfluss des Vertrauensprinzips setzt die Gültigkeit einer Erklärungsfiktion unter Art. 6 OR mithin voraus, dass eine Partei nach Treu und Glauben auf die Zustimmung der Änderung durch die Gegenpartei vertrauen darf.[796] Die Lehre qualifiziert vertragliche Erklärungsfiktionen vor diesem Hintergrund als legitimen «besonderen Umstand» unter 441

[795] Vgl. BGE 129 III 476, E. 1.4; 123 III 53, E. 5a; BGE 112 II 500, E. 3b; BGer 4A_75/2015 vom 9.6.2015, E. 4.1; 4A_437/2007 vom 5.2.2008, E. 2.4.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 451.

[796] Siehe dazu BGer 4C.437/2006 vom 13.3.2007, E. 2.3.1; EMMENEGGER/GOOD, 119; SIBBERN/VON DER CRONE, 74 f.; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 6 N 2.

Art. 6 OR, da eine ausdrückliche Annahme einer Offerte bei einer anderslautenden vertraglichen Abrede gerade nicht zu erwarten ist.[797]

442 Art. 6 OR kann seine rechtliche Wirkung nur dann entfalten, wenn ein Widerspruch der Gegenpartei sowohl zeitlich[798] als auch tatsächlich möglich und zumutbar[799] ist. Die Angemessenheit der Widerspruchsfrist beurteilt sich, in Analogie zu den für die Annahme geltenden Regeln gemäss Art. 5 OR,[800] anhand der Interessenlage und der geltenden Verkehrssitten.[801] Im Vordergrund steht die Überlegung, dass die Widerspruchsfrist dem Kunden genug Zeit lassen muss, das unterbreitete Angebot zu überdenken, sich ggf. juristisch beraten zu lassen, Informationen über die Vertragsbedingungen alternativer Anbieter einzuholen, die eigene Erklärung abzufassen und diese der Gegenpartei zuzustellen.[802] Von vornherein unzulässig sind deshalb sehr kurze Fristen, wonach der Kunde zu einer «unverzüglichen» oder «sofortigen» Reaktion verpflichtet sein soll.[803] Banken-AGB räumen den Kunden bspw. regelmässig eine Widerspruchsfrist von 30 Tagen ein.[804] Die schweizerische Lehre betrachtet diese Frist als grundsätzlich angemessen.[805]

---

797 SIBBERN/VON DER CRONE, 73 m.w.H. Vgl. auch MARTIN, 291; ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 6 N 18; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 14. Siehe aus der Rechtsprechung BGer 4A_42/2015 vom 9.11.2015, E. 5.2; 4C.175/2006 vom 4.8.2006, E. 2.1.

798 Vgl. Art. 6 OR *in fine:* «[…], so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird».

799 BGer 6B_199/2011 vom 10.4.2012, E. 5.3.5.2; 4C.81/2002 vom 1.7.2002, E. 4.3. Vgl. aus der Literatur SIBBERN/VON DER CRONE, 73.

800 HUGUENIN, OR, Rz. 228; CR CO I-MORIN, Art. 6 N 12; BK OR-MÜLLER, Art. 6 N 59.

801 BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 5 N 6; vgl. MATHYS, 120 f.

802 Vgl. MATHYS, 120. Siehe auch MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 410 ff.; SCHALLER, Rz. 7; SCHOTT, 82.

803 GAUCH, AVB, 90; SCHALLER, Rz. 7 f. Siehe auch das bei TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 56, besprochene Beispiel einer AGB-Klausel mit Erklärungsfiktion.

804 Vgl. BGer 4A_262/2008 vom 23.9.2008, E. 2.2; SIBBERN/VON DER CRONE, 73.

805 EMMENEGGER/GOOD, 119; MATHYS, 158; SCHALLER, Rz. 7; SCHOTT, 82. Ähnlich TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 57. Vgl. MATHYS, 120, dessen Ansicht nach auch eine einwöchige Frist genüge, «wenn das Geschäft keiner eingehenden Prüfung tatsächlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Art bedarf».

bb) Grundsätzliche Zulässigkeit in bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Das Bundesgericht erachtet die Vereinbarung von Erklärungsfiktionen in AGB ebenfalls als grundsätzlich zulässig.[806] Diese grundsätzliche Zulässigkeit stellt das höchste Schweizer Gericht lediglich unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wobei es insbesondere im Bereich der banklagernden Korrespondenz eine auf dem Rechtsmissbrauchsverbot basierende Rechtsprechung für Banken-AGB entwickelt hat.[807] Bei der banklagernden Korrespondenz handelt es sich um die Abmachung, dass die Bank die Korrespondenz mit dem Kunden bei sich selbst aufbewahrt und die dadurch aufbewahrten Mitteilungen als rechtmässig zugestellt gelten (sog. Zustellungsfiktion).[808] 443

Das Bundesgericht hat namentlich drei Ausnahmen definiert, bei deren Vorliegen die vereinbarte Erklärungsfiktion nicht eintritt. Eine Genehmigung durch den Kunden tritt erstens nicht ein, wenn die Bank weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Kunden der Wille zur Zustimmung fehlt;[809] wenn die Bank zweitens den Kunden absichtlich schädigen will[810] und drittens, wenn sie nach mehrjähriger Kontoverwaltung ohne vorhersehbaren Grund von den Anweisungen des Bankkunden abweicht.[811] 444

In der schweizerischen Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass kein Grund besteht, diese Rechtsprechung auf Fälle mit banklagernder Korrespondenz zu be- 445

---

806 Siehe etwa BGer 4A_42/2015 vom 9.11.2015, E. 5.2; 4A_43/2015 vom 16.4.2015, E. 5.2; 4C.175/2006 vom 4.8.2006, E. 2.1; 4C.194/2005 vom 28.9.2005, E. 3.2.3; 4C.378/2004 vom 30.5.2005, E. 2.2. Vgl. für kantonale Rechtsprechung die Verweise bei SCHALLER, Rz. 8.

807 Vgl. BGer 4A_119/2018 vom 7.1.2019, E. 6.1.3; 4A_614/2016 vom 3.7.2017, E. 6.1; 4A_42/2015 vom 9.11.2015, E. 5.2 m.w.H; 4C.378/2004 vom 30.5.2005, E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1.7.2002, E. 4.3.

808 Zur banklagernden Korrespondenz und der Zustellungsfiktion MATHYS, 131 ff.; WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, 37.

809 Z.B. BGer 4C.81/2002 vom 1.7.2002, E. 4.3. Vgl. EMMENEGGER/GOOD, 119, deren Ansicht nach spezifisch für Vertragsänderungen nicht bereits dann von einem fehlenden Zustimmungswillen ausgegangen werden dürfe, wenn die Bank ihre AGB zum Nachteil des Kunden ändert; «Verschiebungen im Pflichtenkanon» seien vielmehr zu erwarten.

810 BGer 4C.81/2002 vom 1.7.2002, E. 4.3. Dazu auch EMMENEGGER/GOOD, 119; BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten, 215.

811 Spezifisch dazu BGer 4C.378/2004 vom 30.5.2005, E. 2.2.

schränken.[812] Die auf das allgemeine Prinzip des Rechtsmissbrauchsverbots abgestützte Rechtsprechung passt vielmehr zu allen Erklärungsfiktionen, da sie bei der Ausübung der Erklärungsfiktion ansetzt.[813] In allen Fällen liegt eine Situation vor, in denen die Genehmigungsfiktion zu stossenden Ergebnissen führt, die das Rechtsempfinden verletzen.[814]

b) Notwendigkeit einer AGB-spezifischen Inhaltskontrolle

446 Aus den bisherigen Ausführungen erhellt, dass die Kontrolle von Erklärungsfiktionen im schweizerischen Recht bislang keine stark AGB-spezifische Dimension angenommen hat.[815] So verkörpert etwa Art. 6 OR eine allgemeine Rechtsvorschrift, welche nicht auf Ebene einer AGB-spezifischen Kontrolle ansetzt. Es stellt sich dabei die Frage, ob eine Anwendung von Art. 6 OR und insbesondere die Qualifikation der Erklärungsfiktion als «besonderer Umstand» im AGB-rechtlichen Kontext überhaupt gerechtfertigt ist.[816] Bei der Beurteilung von Erklärungsfiktionen in AGB ist nämlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im Kontext der Massenabwicklung von Verträgen das Vertrauensverhältnis zwischen AGB-Verwenderin und Kunde gerade weniger ausgeprägt sein wird als das Vertrauensverhältnis zweier Parteien auf individualvertraglicher Basis.[817]

447 Ohne sich eingehend mit dem AGB-spezifischen Kontext zu befassen hat auch das Bundesgericht Erklärungsfiktionen in AGB bis anhin für zulässig erachtet, solange sich die Verwenderin nicht rechtsmissbräuchlich darauf beruft. Diese vom Bundesgericht praktizierte Kontrolle von Erklärungsfiktionen auf Basis des Rechtsmissbrauchsverbots ist der Ebene der Ausübungskontrolle zuzuordnen: Sie setzt

---

812 RUSCH, Bestätigungen, 334; WIDMER, Rz. 503. Vgl. ferner RUSCH/MAISSEN, 101 ff.

813 Zu berücksichtigen ist denn auch, dass Kunden banklagernde Korrespondenz grundsätzlich auf Verlangen und in ihrem eigenen Interesse vereinbaren. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb Kunden, welche das Risiko der banklagernden Korrespondenz bewusst hinnehmen, bessergestellt werden sollten als Kunden ohne banklagernde Korrespondenz. Ausführlich AGGTELEKY, Rz. 33 f.; SCHOTT, 82; SIBBERN/VON DER CRONE, 75.

814 Vgl. BGer 4C.378/2004 vom 30.5.2005, E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1.7.2002, E. 4.3.

815 Aus der Lehre immerhin MATHYS, 115 ff.; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 56; WIDMER, Rz. 495 ff.

816 Vgl. die Gedanken bei FRITSCHI, Rz. 463 ff.; HIGI, Alltag, 520 ff.

817 RUSCH/HUGUENIN, 39, wonach die Ankündigung einer einseitigen Vertragsänderung vielmehr dazu geeignet ist, ein allfällig bestehendes Vertrauensverhältnis «nachhaltig zu zerstören»; ferner BUFF, 269.

bei der Ausübung der Erklärungsfiktion an und unterscheidet sich somit grundlegend von der AGB-Kontrolle, welche die Beurteilung der abstrakten Erklärungsfiktionsklausel zum Gegenstand hat.[818]

Die bislang fehlende AGB-spezifische Würdigung von Erklärungsfiktionen im schweizerischen Recht ist insofern bedauernswert, als Erklärungsfiktionen gerade in der AGB-Praxis omnipräsent sind und immer noch Unsicherheiten über die Voraussetzungen zu deren Gültigkeit bestehen.[819] Aus der Perspektive des Kunden verschärfen Erklärungsfiktionen die ohnehin schon grundlegende Gefahr, dass er von nachteiligen Vertragsbestimmungen überrumpelt wird. Dem Kunden können dadurch mithin Erklärungen in den Mund gelegt werden, denen er sich nicht bewusst war, welche er so nicht abgeben wollte und die für ihn mit nachteiligen Rechtsfolgen einhergehen.[820] Es sprechen insofern gute Gründe dafür, Erklärungsfiktionen einer verstärkten inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen[821] und insbesondere Art. 8 UWG fruchtbar zu machen, um das bisher «mosaikartige Korrektiv»[822] für Erklärungsfiktionen in AGB einheitlich zu erfassen. 448

c) Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen unter Art. 8 UWG

Im Ausgangspunkt ist auch bei Erklärungsfiktionen anzuerkennen, dass sie im modernen Massengeschäft eine vereinfachte und kostengünstige Handhabung des Verkehrs zwischen den involvierten Parteien ermöglichen und deshalb ihre grund- 449

818 Vgl. PFEIFFER, 561; SIBBERN/VON DER CRONE, 74. A.M. offenbar SCHALLER, Rz. 8, der jedoch das Rechtsmissbrauchsverbot als eine Schranke verstehen will, die nicht erst die Ausübung eines Rechts beschränkt, sondern auch dessen materiellen Inhalt.

819 MATHYS, 112 ff. Illustrativ AGGTELEKY, Rz. 2: «Genauso weit verbreitet wie die Genehmigungsfiktion selbst, ist die Unsicherheit über die Voraussetzungen für deren Gültigkeit sowie deren Folgen.»

820 MATHYS, 112; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 20. Siehe auch RUSCH/HUGUENIN, 38 f., deren Ansicht nach die Erklärungsfiktionsklausel «dem im Grundsatz folgenlosen Schweigen die belastende Bedeutung eines Akzepts» zumesse und ohne speziellen Hinweis deshalb als ungewöhnlich gelte.

821 So bereits vor Inkrafttreten des Art. 8 UWG MATHYS, 114 ff., mit dem Hinweis, dass die Ungewöhnlichkeitsregel auch bei Erklärungsfiktionen kein taugliches Kontrollinstrument darstellt; vgl. ferner TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 56; SCHMID, Inhaltskontrolle, 13. Kritisch SCHALLER, Rz. 8.

822 So RUSCH, Bestätigung, 334.

sätzliche Berechtigung haben.[823] Wie bereits erwähnt, kollidieren Erklärungsfiktionen jedoch mit dem Grundsatz, dass reines Schweigen in der Regel nicht als Annahme gilt. Sie begründen daher bereits unter diesem Gesichtspunkt eine objektive Benachteiligung des Kunden i.S.v. Art. 8 UWG.[824] Die Frage, ob die AGB-Verwenderin nach Treu und Glauben auf die Zustimmung der Änderung durch den Kunden vertrauen darf, nimmt im AGB-spezifischen Kontext denn auch eine besondere Ausprägung an. Die Verwenderin muss nämlich vermuten, dass der Kunde nichts von der Erklärungsfiktion weiss und nicht damit rechnet, dass sein Stillschweigen als Zustimmung gewertet wird.[825]

450 Vor diesem Hintergrund behandeln die nachfolgenden Ausführungen zunächst die in der schweizerischen Lehre geforderte Hinweispflicht bei Erklärungsfiktionen (Rz. 451 ff.). Danach beleuchtet die Untersuchung die Notwendigkeit weitergehender inhaltlicher Anforderungen an Erklärungsfiktionen unter Art. 8 UWG und geht dabei insbesondere der Frage nach, ob für Erklärungsfiktionen dieselben Anforderungen wie für einseitige Änderungsklauseln in Form des Gestaltungsrechts gelten sollten (Rz. 454 ff.). Das letzte Unterkapitel befasst sich schliesslich mit der Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen, die anstelle des Schweigens an eine aktive Handlung des Kunden knüpfen (Rz. 460 ff.).

aa) Hinweispflicht

451 Diversen Lehrmeinungen zufolge verlangt die Gültigkeit einer Erklärungsfiktion unter Art. 8 UWG, dass die AGB-Verwenderin dem Kunden bei Beginn der Widerspruchsfrist auf die beabsichtigte Vertragsänderung und die Bedeutung ihres Schweigens hinweisen muss.[826] Die Hinweispflicht soll dadurch verhindern, dass

---

823 Die Lehre betont dabei insbesondere auch, dass nicht nur AGB-Verwenderinnen von Erklärungsfiktionen profitieren, sondern auch dem Interesse des Kunden dienen, möglichst rasch nach der Zustellung von Mitteilungen der Verwenderin eine klare Sach- und Rechtslage zu schaffen. Müsste die Bank von jedem Kunden eine ausdrückliche Einverständniserklärung für geänderte AGB einholen, würde der dadurch entstehende Kostenaufwand letztlich auf die Kunden abgewälzt werden. Vgl. im Ganzen ABEGGLEN/COENDET/GROSS, 106; MATHYS, 112, 157; WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, 36.

824 Spezifisch dazu WIDMER, Rz. 506.

825 RUSCH/HUGUENIN, 39. Siehe auch SCHOTT, 82.

826 Siehe jeweils m.Verw. auf § 308 Nr. 5 BGB bzw. § 10 Nr. 5 AGBG als dessen Vorgänger MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 410 ff.; MATHYS, 118 f.; RUSCH/HUGUENIN, 38 f.; Vgl. auch RUSCH, Bankgebühren, Rz. 20, dessen Meinung nach es «[n]och besser wäre […], wie beim Formvorbehalt gemäss Art. 16 OR ein tatsächliches Bewusstsein über die Zustimmungsfiktion zu fordern».

der Kunde von einer Vertragsänderung überrumpelt wird.[827] Sie muss insofern beim Zeitpunkt der konkret vorgeschlagenen Änderung anknüpfen; der Hinweis auf die Änderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zeitigt nicht den gleichen Aufklärungseffekt.[828]

Inhaltlich muss der Hinweis die Frist und deren Beginn nennen sowie alle relevanten Informationen über die Tragweite der Erklärungsfiktion enthalten. Der Kunde sollte sich durch den Hinweis im Klaren darüber sein, welche Konsequenzen sein Schweigen hat, wie er diesen Konsequenzen durch ausdrückliche Erklärung zuvorkommen muss und bis wann er dies zu tun hat.[829] Kommt die AGB-Verwenderin ihrer Hinweispflicht nicht oder nicht rechtzeitig nach, tritt die beabsichtigte Fiktionswirkung nicht ein.[830] 452

Nach der hier vertretenen Meinung muss die Pflicht der Verwenderin, den Kunden auf die Erklärungsfiktionen hinzuweisen, bereits in der Klausel enthalten sein; es reicht nicht aus, wenn die Verwenderin den Hinweis im entsprechenden Zeitpunkt tatsächlich vornimmt.[831] Ohne Angabe der Hinweispflicht in der Klausel weiss der durchschnittliche Kunde nämlich nicht, dass eine solche überhaupt bestünde. Er würde sich in der Änderungssituation folglich auch nicht darauf berufen, dass er auf die Änderung hätte hingewiesen werden müssen. Die explizite Aufnahme der Hinweispflicht muss somit aus präventiven Gründen gelten, damit der Kunde die Legitimität einer fingierten Zustimmung überprüfen kann. 453

bb) Inhaltliche Zulässigkeitsanforderungen

Es fragt sich, ob zusätzlich zu der Hinweispflicht und der sich aus Art. 6 OR ergebenden Pflicht zur Einräumung einer angemessenen Reaktionsfrist inhaltliche Anforderungen an die Wirksamkeit einer Erklärungsfiktion unter Art. 8 UWG gestellt werden sollten. 454

827 MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 402.

828 Vgl. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 402.

829 MATHYS, 119.

830 MATHYS, 119.

831 Gl.M. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 403, unter Verweis auf die deutsche Lehre; MATHYS, 118.

455 Obschon die durch eine Erklärungsfiktion herbeigeführte Änderung dogmatisch als konsensuale Änderung qualifiziert, weicht sie erheblich vom Idealtypus der einvernehmlichen Vertragsänderung ab, bei der zwei Parteien die Modifikation des Vertrags verhandeln (vgl. vorne, Rz. 104). Der Kunde hat keine wirkliche Möglichkeit, die Modalitäten der Änderung näher zu beeinflussen: Die Initiative zur Modifikation geht vielmehr von der AGB-Verwenderin aus, welche die Parameter der Änderung in einem ersten Schritt einseitig festsetzen kann.[832] Die Verwenderin profitiert ferner von einer gewissen Trägheit der Kunden, da zumindest ein Teil von ihnen nicht oder nicht rechtzeitig reagieren wird, wenn ihnen durch eine Erklärungsfiktion die Handlungslast auferlegt wird.[833]

456 Das formell einzig verfügbare Verhandlungsinstrument, welches der Kunde besitzt, ist sein Widerspruchsrecht. Dieses kann insofern einen disziplinierenden Effekt auf die AGB-Verwenderin haben, als sie die Interessen des Kunden im Wissen um einen potenziellen Widerspruch bei der Festlegung des Änderungsvorschlags berücksichtigen wird.[834] Nach gewissen Lehrmeinungen halten Änderungen über Erklärungsfiktionen der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (und der Ungewöhnlichkeitsregel) gerade deshalb stand, weil sich der Kunde durch sein Widerspruchsrecht gegen eine Änderung wehren könne.[835] Eine Erklärungsfiktion mit Widerspruchsmöglichkeit werde demnach den Interessen beider Parteien gerecht: Sie biete einerseits der AGB-Verwenderin eine praktikable Lösung, ihre AGB anzupassen und offeriere andererseits dem Kunden eine Wahlmöglichkeit zwischen den geltenden und geänderten AGB.[836]

457 Das Widerspruchsrecht suggeriert, dass der Kunde die Änderung theoretisch verhindern und den Vertrag zu den alten Bedingungen fortführen könnte. In der Praxis dürfte die AGB-Verwenderin aufgrund ihres Rationalisierungsbedürfnisses jedoch ein grösseres Interesse an der Beendigung der vertraglichen Kooperation haben, müsste sie doch ansonsten bei der Vertragsabwicklung stets prüfen, welche

832 Vgl. im Ganzen BUFF, 148.

833 Vgl. FUHRER, Anpassen, 417. Ähnlich HUGUENIN/MAISSEN, 118.

834 Dieser Gedanke findet sich bei BUFF, 148. Siehe auch SCHOTT, 82; WAYGOOD-WEINER, 287.

835 So SCHOTT, 81 f., der gleichzeitig aber auch darauf aufmerksam macht, dass die Bank ein berechtigtes Interesse an der Änderung haben sollte und die Änderung nicht einfach «beliebig» erfolgen kann; ihm folgend WAYGOOD-WEINER, 286.

836 Vgl. SCHOTT, 82; befürwortend WAYGOOD-WEINER, 287. Vgl. auch BUFF, 269; WIDMER, Rz. 509.

AGB gegenüber einzelnen Kunden anwendbar sind. Im Einklang mit diesen Überlegungen scheint sich auch die schweizerische Lehre einig zu sein, dass das Widerspruchsrecht des Kunden in Realität einem Kündigungsrecht gleichkommt: Er muss bei einer Opposition gegen die vorgeschlagene Änderung in aller Regel mit einer Kündigung durch die AGB-Verwenderin rechnen, die zumeist auf ein vertragliches Kündigungsrecht zurückgreifen kann.[837]

458 In Anbetracht dessen vermag das Widerspruchsrecht des Kunden keinen disziplinierenden Effekt auf die AGB-Verwenderin auszuüben. Dies gilt umso mehr bei Erklärungsfiktionen, die anstelle eines Widerspruchs direkt an das Ausbleiben einer Kündigung anknüpfen.[838] Erklärungsfiktionen sollten vor diesem Hintergrund nicht einfach deshalb als zulässig erachtet werden, weil sie dem Kunden eine Widerspruchsmöglichkeit gegen die vorgeschlagene Änderung einräumen. Aufgrund des in der Theorie zwar formell vorhandenen, materiell aber äusserst eingeschränkten Verhandlungsmechanismus nähert sich die Erklärungsfiktion vielmehr stark der einseitigen Änderung in Form des Gestaltungsrechts an.[839] In Bezug auf Art. 8 UWG sollten aufgrund der bedeutenden Parallelen deshalb die gleichen Zulässigkeitsanforderungen für einseitige Änderungsklauseln in Form des Gestaltungsrechts und der Erklärungsfiktion gelten.[840]

459 Dies bedeutet im Einzelnen, dass die AGB-Verwenderin auch bei Erklärungsfiktionen ein berechtigtes Interesse an einer Änderung haben muss.[841] Dieses Interesse fehlt selbst im Massengeschäft, wenn die Klausel weder Änderungstatbestand noch -umfang formuliert und der Verwenderin dadurch beliebige Änderungen ermöglicht. Nach der hier vertretenen Meinung sollten unter Art. 8 UWG unangemessene einseitige Änderungsklauseln in Form des Gestaltungsrecht nicht einfach durch die Rechtsfigur der Erklärungsfiktion wirksam ausgestaltet werden können, selbst wenn sie dem Kunden eine angemessene Reakti-

---

837 FRITSCHI, Rz. 465; GAUCH, AVB, 87; A. KOLLER, Bepreisung, 576; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 58 f.; MATHYS, 158; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 19; WIDMER, Rz. 453.

838 Zu dieser Konstellation auch BUFF, 151 f. Wie BUFF ausführt, ist für den Kunden in solchen Fällen die positive Reaktion, welche zur Verhinderung der Vertragsänderung erforderliche wäre, im Vergleich zur Ausübung des Widerspruchsrechts mit höheren Kosten verbunden.

839 So BUFF, 149 m.Verw. auf ECKELT, 103.

840 Vgl. RUSCH, Bankgebühren, Rz. 24.

841 Vgl. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 409; MATHYS, 117; SCHOTT, 82.

onsfrist einräumen und Hinweispflicht enthalten. Soweit eine einseitige Änderung durch ein Gestaltungsrecht nicht zulässig ist, hilft auf keine Fiktion.

cc) An eine Handlung knüpfende Erklärungsfiktionen als Sonderform

460 In der AGB-Praxis sind auch Erklärungsfiktionen verbreitet, die anstelle des Schweigens bzw. der Unterlassung an einer aktiven Handlung der zustimmenden Partei anknüpfen.[842] Üblich ist etwa die folgende Formulierung in den AGB von Dienstleistungserbringern:[843]

461 **Klauselbeispiel 18:** *«We may modify these Terms at any time as they are subject to change. If we do so, we will let you know either by posting the modified Terms on the Service or through other communications such as the email address registered in your account. It's important that you review the Terms whenever we modify them because if you continue to use the Services after we have posted modified Terms on the platform, you are indicating to us that you agree to be bound by the modified Terms.»*

462 Gemäss dieser Klausel begründet die weitere Benutzung der Dienstleistungen der AGB-Verwenderin seit Bekanntgabe der Änderung einen Änderungskonsens. Es handelt sich dabei um eine Erklärungsfiktion, weil die Klausel den Erklärungswert des Verhaltens des Kunden unwiderlegbar festlegt.[844] Es bedarf insofern keiner Beurteilung bzw. Auslegung dieses Verhaltens und der relevanten Umstände, um

---

842 Dazu MATHYS, 113; vgl. FRITSCHI, Rz. 471 ff., zur verbreiteten Formulierung von Klauseln in den AGB von Crowdfunding-Portalen, wonach die «Nutzung» der Plattform im Nachgang zur AGB-Änderung als Zustimmung zu den modifizierten AGB gewertet wird.

843 Vgl. für weitere Beispiele die zitierten Klauseln bei FREUND, 111 f. und FRITSCHI, Rz. 471 ff.

844 In dieser Konstellation kann die Abgrenzung zwischen der Erklärungsfiktion und dem Akzept durch konkludentes Verhalten (auch: Realakzept) gelegentlich Probleme bereiten. Nach MATHYS, 113, unterscheidet sich das konkludente Verhalten von einer Erklärungsfiktion dadurch, «dass beim konkludenten Verhalten der berechtigte Schluss auf einen bestimmten Willen gezogen werden darf, während bei der Fiktion die Erklärung unabhängig von einer berechtigten Schlussfolgerung als abgegeben gelten soll». Vgl. ferner FRITSCHI, Rz. 471 ff.; MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 25.

zu ermitteln, ob der berechtigte Schluss auf eine Zustimmung zu den geänderten AGB gezogen werden darf.[845]

Bei Klauseln, welche die Weiternutzung der Dienstleistungen der AGB-Verwenderin durch den Kunden als Zustimmung zu einer Änderung fingieren, ist der überraschende und benachteiligende Effekt noch grösser als bei der Fiktion durch Schweigen.[846] Die weitere Nutzung der Dienstleistungen der AGB-Verwenderin ist untrennbar mit der Zustimmung zu den geänderten AGB verbunden. Der Kunde wäre zur Vermeidung der Herbeiführung einer Zustimmungswirkung gezwungen, gänzlich auf die Nutzung dieser Dienstleistungen zu verzichten. Eine andere Möglichkeit, gegen die einseitige Änderung vorzugehen, bietet ihm eine Klausel wie diejenige in Klauselbeispiel 18 nicht. Gerade wenn der Kunde auf die Inanspruchnahme der fraglichen Dienstleistungen im Rahmen seiner allgemeinen Lebensführung angewiesen ist, besteht für ihn bereits nach Einführung einer Änderung eine nach Treu und Glauben nicht mehr hinnehmbare Situation des *take it or leave it*. In Klauselbeispiel 18 wird diese benachteiligende Wirkung dadurch verstärkt, dass die Verwenderin dem Kunden die geänderten AGB nicht einmal direkt zusenden muss. Es liegt somit ein nach Art. 8 UWG nicht mehr hinnehmbares Missverhältnis vor. 463

Im Zusammenhang mit derartigen Klauseln sei auch auf die bei TH. KOLLER beschriebene Praxis von Banken verwiesen, beim E-Banking ein elektronisches Akzept des Kunden zu den geänderten AGB zu verlangen, ehe dieser weitere E-Banking Vorgänge überhaupt tätigen kann.[847] TH. KOLLER sieht in einer solchen Bestimmung zu Recht einen «ganz krassen Verstoss» gegen Art. 8 UWG: Da die meisten Kunden darauf angewiesen sind, ihre E-Banking-Transaktionen schnell zu erledigen und nicht die Zeit haben, vorher bei einer anderen Bank ein E-Banking-Konto einzurichten, besteht für die Kunden ein faktischer Zwang, die neuen AGB sofort zu akzeptieren.[848] Der Kunde hat in einer solchen Konstellation infolge der fehlenden Übergangs- bzw. Kündigungsfrist gar keine Möglichkeit, ein Vertragslösungsrecht überhaupt wahrzunehmen. 464

Insgesamt lässt sich festhalten, dass AGB-Klauseln, welche die Nutzung der Dienstleistungen der Verwenderin als Zustimmung zu einer einseitigen Änderung 465

---

845 Vgl. MAISSEN, automatische Vertragsverlängerung, Rz. 25, im Zusammenhang mit Klauseln zur automatischen Vertragsverlängerung.

846 Eingehend FRITSCHI, Rz. 474.

847 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 59.

848 TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 59.

fingieren, unter Art. 8 UWG noch benachteiligender sein können als Erklärungsfiktionen, die auf ein Schweigen des Kunden abstellen.

II Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB

1 Vorbemerkungen

466 Im Gegensatz zum schweizerischen Recht besteht in Deutschland eine – mittlerweile nahezu unüberblickbare[849] – Fülle an Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB. Die nachfolgenden Kapitel befassen sich mit den wichtigsten Aspekten dieser Rechtsprechung und der dazugehörigen Literatur, um sie dann im Rahmen eines Vergleichs der Inhaltskontrolle einseitiger Änderungsklauseln unter schweizerischem Recht gegenüberzustellen.

467 Wie bereits festgehalten (vorne, Rz. 316), kommt im deutschen Recht den besonderen Klauselverboten unter §§ 308 und 309 BGB in der Prüfungsabfolge der AGB-Inhaltskontrolle Vorrang zu. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind dabei §§ 308 Nr. 4, 308 Nr. 5 und 309 Nr. 1 BGB von besonderer Relevanz. § 308 Nr. 4 BGB befasst sich mit AGB-Bestimmungen, welche der Verwenderin ein Änderungsrecht hinsichtlich ihrer versprochenen Leistungen gewähren (Leistungsänderungsklauseln). Änderungsrechte in Bezug auf den Preis – als die vom Kunden zu erbringende Leistung – sind Gegenstand von § 309 Nr. 1 BGB (Preisänderungsklauseln). Das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB beschlägt schliesslich die Inhaltskontrolle von Erklärungsfiktionen in AGB.

468 Die nachfolgende Struktur übernimmt diese in den deutschen Klauselverboten enthaltene Unterscheidung:[850] Die Untersuchung behandelt zunächst die Inhaltskontrolle von einseitigen Preisänderungsklauseln (Rz. 469 ff.), ehe sie sich einseitigen Leistungsänderungsklauseln annimmt (Rz. 506 ff.). In einem letzten Kapitel erfolgt schliesslich die AGB-Inhaltskontrolle von Änderungsklauseln in Gestalt der Erklärungsfiktion (Rz. 518 ff.).

---

849 Vgl. bspw. die Übersicht bei Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 1.

850 Deutsche Abhandlungen zu Änderungsrechten in AGB übernehmen die Unterscheidung zwischen Preis- und Leistungsänderungsklauseln auf der einen und Erklärungsfiktionen auf der anderen Seite ebenfalls. Siehe bspw. ECKELT, 197 ff., 213 ff.; FREUND, 86 ff.

2 Einseitige Preisänderungsklauseln

Die grosse Mehrheit deutscher Urteile zu Änderungsrechten in AGB ist im Zusammenhang mit Preisänderungsklauseln ergangen.[851] Die Zulässigkeit solcher Klauseln unterliegt in erster Linie den Schranken des § 309 Nr. 1 BGB als Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, welches kurzfristige Preiserhöhungsklauseln in AGB in gewissen Fällen für unwirksam erklärt (Rz. 470 ff.). Erweist sich § 309 Nr. 1 BGB als nicht anwendbar oder ist die in Frage stehende AGB-Klausel nach der Vorschrift nicht für unwirksam zu erklären, ist subsidiär auf die Generalklausel des § 307 BGB abzustellen (Rz. 474 ff.). 469

a) Kontrolle unter § 309 Nr. 1 BGB

aa) Gegenstand und Zweck des Klauselverbots

Gemäss § 309 Nr. 1 BGB ist eine AGB-Klausel, «welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen», unwirksam. Eine Ausnahme besteht gemäss der Vorschrift für solche Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden. 470

Kurzfristige Preiserhöhungsklauseln in AGB i.S.v. § 309 Nr. 1 BGB sind kategorisch unwirksam – eine Rechtfertigungsmöglichkeit für die AGB-Verwenderin ist nicht vorgesehen.[852] Der hinter § 309 Nr. 1 BGB stehende Verbotszweck liegt darin, den Kunden im Hinblick auf sein berechtigtes Vertrauen in den ursprünglich ausgehandelten Vertragspreis für einen gewissen Mindestzeitraum zu schützen und für Preistransparenz zu sorgen.[853] Die Vorschrift bezweckt dadurch, die Funk- 471

---

851 Häufiger Gegenstand von gerichtlichen Streitigkeiten waren dabei insbesondere einseitige Preisänderungsklauseln in AGB von Strom- und Gaslieferverträgen in der Energiebranche. In diesem Wirtschaftszweig sind Preisänderungsklauseln von besonderer Bedeutung, da sich die vielen, für den Gas- oder Strompreis relevanten Kostenfaktoren während der Vertragslaufzeit regelmässig ändern und Energieversorgungsunternehmen entsprechend nicht voraussagen können, wie sich diese Preise auf dem Markt entwickeln. Vgl. dazu BÜDENBENDER, Neugestaltung, 3601; REHART/LOLACHER, 305 f.

852 Im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 1 BGB berechtigten insofern auch Kostenerhöhungen in der Sphäre der AGB-Verwenderin nicht zu einer Preiserhöhung. Vgl. dazu BGH, Urt. v. 6.12.1984, VII ZR 227/83, NJW 1985, 855, 856 (zu § 11 Nr. 1 AGBG); MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 1.

853 Vgl. BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 3; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 1.

tionsfähigkeit des Preiswettbewerbs zu sichern: Die Möglichkeit kurzfristiger Preiserhöhungen würde aus ökonomischer Sicht den Wert von Preisvergleichen bei Vertragsschluss relativieren und steht somit einem funktionierenden Preiswettbewerb diametral entgegen.[854] § 309 Nr. 1 BGB ist entsprechend sowohl für den Individual- als auch für den Institutionenschutz von Bedeutung.[855]

bb) Anwendungsbereich

472 Das Verbot des § 309 Nr. 1 BGB erklärt kurzfristige Preiserhöhungsklauseln in AGB in einem engen Anwendungsbereich für absolut unwirksam.[856] Verträge mit einer vertraglich vereinbarten Lieferfrist von mehr als vier Monaten sind mithin vom Verbot der kurzfristigen Preiserhöhung ausgenommen.[857] Die Vorschrift greift sodann bei sämtlichen Dauerschuldverhältnissen nicht, selbst wenn sie eine kürzere Laufzeit als vier Monate aufweisen.[858] Unter das Klauselverbot fallen somit alle Preisänderungsklauseln in «kurzfristigen Nichtdauerschuldverhältnissen», die eine jederzeitige Preisänderung zulassen und keinen Vorbehalt hinsichtlich des anfänglichen Viermonatszeitraums enthalten.[859]

---

854 Vgl. BT-Drs. 7/3919, 27; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 1.

855 LÜBKE-DETRING, 118; Müko BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 BGB N 1. Vgl. ferner Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 309 Nr. 1 BGB N 1.

856 Anzumerken sei freilich, dass das Klauselverbot jegliche Arten von Preisänderungsklauseln erfasst, neben einseitigen Änderungsklauseln also unter anderem auch solche in Form einer Automatikklausel. Weiterführend MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 13 f.

857 Die Viermonatsfrist bemisst sich nach der vertraglich festgelegten Leistungszeit, weshalb der Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung irrelevant ist. Ist eine Lieferfrist von vier Monaten vereinbart und wird die Leistung später erbracht, hat dies keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des § 309 Nr. 1 BGB; umgekehrt findet die Vorschrift bei einer längeren Lieferfrist als vier Monaten auch bei vorzeitiger Leistung keine Anwendung. Dazu Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 24; Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz.14.

858 Dazu gehören z.B. Versicherungs- und Abonnementsverträge, Darlehensverträge sowie Miet-, Pacht- und Leasingverträge; nichts anderes gilt für Sukzessivlieferverträge. Eingehend zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses unter deutschem Recht Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 3 BGB N 29.

859 Vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1984, VII ZR 227/83, NJW 1985, 855, 856 (zu § 11 Nr. 1 AGBG).

Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs stuft die deutsche Literatur 473
§ 309 Nr. 1 BGB insgesamt als wenig bedeutsame Kontrollvorschrift ein.[860] In der gegenwärtigen deutschen Gerichtspraxis seien demnach diejenigen Preiserhöhungsklauseln wichtiger, welche sich auf Dauerschuldverhältnisse beziehen und deshalb am Massstab des § 307 BGB zu messen sind.[861] Zur Beurteilung von einseitigen Preisänderungsklauseln kommt der Generalklausel des § 307 BGB somit eine zentrale Auffangfunktion zu; die überwiegende Anzahl der Gerichtsurteile ist denn auch zu § 307 BGB ergangen.[862]

b) Kontrolle unter § 307 BGB

Bei den nicht gegen § 309 Nr. 1 BGB verstossenden oder nicht in den Anwen- 474
dungsbereich der Vorschrift fallenden Preisänderungsklauseln ist zu prüfen, ob diese einer Kontrolle unter § 307 BGB standhalten.[863] Gemäss § 307 BGB unterliegen einseitige Preisänderungsklauseln in AGB einem dreifachen Prüfungsmassstab:[864] Die Klauseln sind zunächst darauf zu prüfen, ob sie dem Transparenzgebot gerecht werden (Rz. 475 ff.). Selbst wenn dies zutrifft, können sie der allgemeinen Angemessenheitskontrolle unter § 307 BGB verfallen (Rz. 488 ff.). Schliesslich ist in einem dritten Schritt entscheidend, wie sich ein dem Kunden eingeräumtes Kündigungsrecht auf die Kontrolle einseitiger Preisänderungsklauseln unter § 307 BGB auswirkt (Rz. 498 ff.).

---

860 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 2; HAU, 336; MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 1. So auch schon zu § 11 Nr. 1 AGBG als Vorläufer des § 309 Nr. 1 BGB BAUR, Anpassungsregelungen, 85; WIEDEMANN, 38.

861 Vgl. BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 15; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 91; Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 17.

862 Vgl. die Ausführungen und Rechtsprechungsverweise bei Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 2; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 821. Siehe ferner WIEDEMANN, 38 (zu § 11 Nr. 1 AGBG).

863 Obschon der vertragliche Ausgangspreis an sich der richterlichen Inhaltskontrolle gemäss § 307 Abs. 3 BGB entzogen ist, handelt es sich bei Preisänderungsklauseln in AGB immer um kontrollfähige Preisnebenabreden. Darunter sind nach der Definition des BGH Vereinbarungen zu verstehen, welche den Preis nicht direkt regeln, sich aber mittelbar darauf auswirken. Vgl. BGH, Urt. v. 6.7.2000, VII ZR 73/00, NJW 2000, 3348; BGH, Urt. v. 30.11.1993, XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 256 (beide zu § 9 AGBG). Aus der Literatur HILBER, 108 ff.; MüKo BGB-WURMNEST, § 309 Nr. 1 N 12 ff.

864 Vgl. die Prüfungsabfolge bei BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 17.

aa) Transparenzanforderungen

(1) Transparenzerfordernis im Allgemeinen

475 Einseitige Preisänderungsklauseln in AGB müssen unter deutschem AGB-Recht sowohl mit Blick auf die Änderungstatbestände als auch hinsichtlich des Änderungsumfangs dem Transparenzgebot unter § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gerecht werden.[865] Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist dabei entscheidend, «dass der Vertragspartner des Verwenders den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer vom Verwender vorgenommenen Erhöhung an der Ermächtigungsklausel selbst messen kann».[866] Vor diesem Hintergrund hat der BGH diejenigen einseitigen Preisänderungsklauseln als intransparent eingestuft, mit denen sich die AGB-Verwenderin mittels simplen Formulierungen wie «darf anpassen», «behaltet sich vor» oder «entsprechende Anpassung/im gleichen Umfang wie ihr Vorlieferant» ein einseitiges Änderungsrecht einräumt.[867]

476 Der BGH gibt in seinen diversen Urteilen zu Preisänderungsklauseln auch zu verstehen, dass die hinreichend konkretisierte Formulierung der einseitigen Preisänderungsklausel die AGB-Verwenderin aufgrund der vielen potenziell relevanten Preisbildungsfaktoren vor unüberwindbare Schwierigkeiten stellen kann.[868] Je komplexer und unvorhersehbarer die für die Preisbildung relevanten Elemente sind, desto weniger strenge Anforderungen sollten deshalb an die Bestimmtheit

---

865 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 11; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 15; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 23; BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717, 1718; BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519 (zu § 9 AGBG).

866 BGH, Urt. v. 6.12.2007, VII ZR 28/07, NJW-RR 2008, 615 Rn. 12; BGH, Urt. v. 19.11.2002, X ZR 253/01, NJW 2003, 746, 747; BGH, Urt. v. 26.05.1986, VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134, 3135; BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519. Aus der Literatur ECKELT, 186 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 338 ff.; MüKo BGB-WURMNEST, § 307 BGB N 61 f.

867 Vgl. BGH, Urt. v. 13.1.2010, VIII ZR 81/08, NJW-RR 2010, 1202 Rn. 18 ff.; BGH, Urt. v. 28.10.2009, VIII ZR 320/07, BGH NJW 2010, 993 Rn. 27; BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 29.

868 Vgl. für eine Übersicht Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 330a; GUTKIN, 213 ff.

des Änderungstatbestands und -umfangs gestellt werden.[869] Schwierigkeiten bei der transparenten Klauselformulierung entbinden die Verwenderin indessen nicht völlig von der Verpflichtung zur Konkretisierung: Nach dem BGH muss die Preisänderungsklausel die wirtschaftlichen Auswirkungen für den Kunden insoweit erkennbar gestalten, wie dies der Verwenderin möglich ist und nach den Umständen gefordert werden kann.[870]

(2) Rechtsprechung des BGH zu Kostenelementeklauseln

Ausgehend von den beschriebenen Grundsätzen hat der BGH insbesondere im Zusammenhang mit Kostenelementeklauseln in AGB explizite Bestimmtheitserfordernisse formuliert. In seiner älteren Rechtsprechung hat der BGH unter dem Begriff «Kostenelementeklauseln» dabei sämtliche Preisänderungsrechte subsumiert, die eine Preismodifikation «wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten»[871] vorsahen.[872] 477

Der BGH stellt hohe Anforderungen an die Transparenz von Kostenelementeklauseln: Damit der Kunde die potenziell auf ihn zukommende Preissteigerung einschätzen und die Berechtigung einer erfolgten Preiserhöhung nachvollziehen kann, hat die AGB-Verwenderin die Pflicht zur Offenlegung der «einzelnen Kostenelemente sowie deren Gewichtung bei der Kalkulation des Gesamtpreises».[873] 478

Die deutsche Lehre begegnet diesen Transparenzanforderungen mit einigen Bedenken und bewertet sie zum Teil gar als unrealistisch und undurchführbar.[874] 479

---

869 Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 36, 39; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 26; BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13.

870 Siehe z.B. BGH, Urt. v. 24.3.2010, VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rn. 15; BGH, Urt. v. 9.5.2001, IV ZR 121/00, NJW 2001, 2014, 2016; BGH, Urt. v. 8.10.1997, IV ZR 220/96, BGHZ 136, 394, 402.

871 So BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 10.

872 Kritisch zu dieser Terminologie und der fehlenden Abgrenzung zwischen Automatikklauseln und einseitigen Preisänderungsrechten mit Ermessenskomponente THOMAS, 89 f.

873 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 19; vgl. auch BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 23; BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717, 1718; BGH, Urt. v. 19.11.2002, X ZR 243/01, NJW 2003, 507, 509.

874 Vgl. GRAF V. WESTPHALEN, Ende, 426 ff., der vom «faktischen Ende von Preisanpassungsklauseln» spricht. Ferner BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1199 ff.; ECKHOFF,

Wenn eine Preisänderungsklausel detailliert alle relevanten Kosten und deren Gewichtung für den Vertragspreis angeben müsste, käme dies gemäss BORGES einer vollständigen Berechnung des Preises nahe, welche die Verwenderin faktisch zur Offenlegung ihrer Preiskalkulation zwingen würde.[875] Da diese Kalkulation ein Teil der unternehmerischen Leistung der Verwenderin sei, würde sie durch die Pflicht zur Offenlegung des Werts dieser Leistung zumindest teilweise beraubt werden.[876] Aus Perspektive des Transparenzgebots könne eine solch detaillierte Klausel schon deswegen nicht das Ziel sein, weil sie für den durchschnittlichen Kunden kaum verständlich und wiederum intransparent wäre.[877]

(3) Differenzierte Transparenzanforderungen für «Preisänderungsvorbehalte»

480 Von besonderer Relevanz ist, dass der BGH lange Zeit nicht zwischen automatischen Kostenelementeklauseln und einseitigen Preisänderungsklauseln ohne Änderungsautomatik differenzierte.[878] Während erstere Klauseln eine mathematisch festgelegte Preiserhöhung im Falle der Veränderung gewisser Kostenelemente vorsehen, weisen einseitige Preisänderungsklauseln, die an preisbildende Kostenelemente anknüpfen, in Bezug auf die Ausübung des einseitigen Preisänderungsrecht einen Ermessensspielraum auf.

481 Erst in der jüngeren «Stromvertrag-Entscheidung» hat der BGH explizit zwischen Kostenelementeklauseln in Form von Automatikklauseln und einseitigen Preisänderungsrechten – in der Terminologie des BGH «Preisänderungsvorbehalten» –

243; FECHTNER/WITZEL, 809; KESSEL/SCHWEDLER, 588 ff.; SCHÖNE, 919; THOMAS, 106 ff.

875 BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1199; BORGES, Entwicklungen, 86.

876 BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1199; BORGES, Trends, 1440.

877 BORGES, Trends, 1440.

878 Für einen Überblick zur uneinheitlichen Begriffsverwendung des BGH vgl. GUTKIN, 231 f. und THOMAS, 89 f. Eine uneinheitliche Terminologie wird indes auch in der deutschen Literatur verwendet: Zum Teil wird der Begriff «Kostenelementeklausel» auf Klauseln beschränkt, die eine automatische Preiserhöhung bei Erhöhung spezifischer Kostenelemente vorsehen (so z.B. ECKHOFF, 243; FECHTNER/WITZEL, 808). Anderen Definitionen zufolge bilde die Kostenelementeklausel einen Oberbegriff für sämtliche Klauseln, die eine Preiserhöhung bei Erhöhung der dem Verwender entstehenden Kosten erlauben (vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 117).

unterschieden.[879] Der BGH stellt mithin klar, dass je nach Änderungsmodus differenzierte Transparenzanforderungen gelten müssen. Im Gegensatz zu automatischen Kostenelementeklauseln, die bei bestimmten Kostenänderungen automatisch greifen würden und denen «das Erfordernis einer vollständigen Benennung und Gewichtung der abwälzbaren Kostenveränderungen immanent» sei, verbleibe der Verwenderin bei Preisänderungsvorbehalten ein erheblicher Spielraum, um die Modalitäten der einseitigen Preisänderung zu definieren.[880] Die für Kostenelementeklauseln geforderten Angaben zu den Kostenfaktoren und deren Gewichtung seien deshalb nicht unverändert auf einseitige Preisänderungsklauseln in Form eines Gestaltungsrechts übertragbar, da diese hohen Transparenzanforderungen nicht mit dem Charakter eines einseitigen Preisänderungsrechts vereinbar wären.[881]

Eine abschliessende Aufzählung und Gewichtung sämtlicher für die einseitige Preisänderungsklausel relevanter Kostenelemente ist gemäss dem BGH entsprechend nicht erforderlich.[882] Ein solches Erfordernis würde seiner Ansicht nach vielmehr zu einer komplexen Klauselformulierung führen, welche aus Transparenzgesichtspunkten gerade zu Lasten der gewünschten Verständlichkeit gehe.[883] Der BGH anerkennt darüber hinaus das Bestehen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, indem er betont, dass eine Offenlegung der Kostenkalkulation der AGB-Verwenderin im Einzelfall deren schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen könne.[884] Vor diesem Hintergrund reicht es nach Auffassung des BGH aus, wenn in der einseitigen Preisänderungsklausel in nachvollziehbarer Weise neben dem Anlass der Preiserhöhung exemplarisch die für die Preisänderung wesentlichen Kostenfaktoren benannt werden.[885] Die in der Klausel nicht aufgeführten, jedoch änderungsrelevanten Faktoren müssen sich dabei durch diesen exemplarischen Überblick in naheliegender Weise für den Kunden erschlies- 482

879 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 34. Vgl. dazu ECKHOFF, 246.

880 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 34. Vgl. GUTKIN, 232; THOMAS, 109.

881 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 37. So schon ECKELT, 186 ff.

882 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 34, 37, 41.

883 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 38 f.

884 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 44.

885 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 39 f.

sen lassen.[886] Der Kunde muss schlussendlich in der Lage sein, «ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte zu erkennen sowie eine geltend gemachte Preisanpassung nachzuvollziehen und zumindest auf ihre Plausibilität zu überprüfen».[887]

483 Der BGH sah diese Kriterien in der «Stromvertrag-Entscheidung» bei folgender Klausel in einem Stromversorgungsvertrag mit Endkonsumenten als verwirklicht an:[888]

484 **Klauselbeispiel 19:** *«Der Lieferant wird die auf der Grundlage dieses Vertrags zu zahlenden Preise darüber hinaus nach billigem Ermessen der Entwicklung der Kosten anpassen, die für die Preisberechnung maßgeblich sind. Eine Preiserhöhung kommt in Betracht und eine Preisermäßigung ist vorzunehmen, wenn sich z.B. die Kosten für die Beschaffung von Energie oder die Nutzung des Verteilernetzes erhöhen oder absenken oder sonstige Änderungen der energiewirtschaftlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen zu einer veränderten Kostensituation führen (z.B. durch die Einführung von Netzzugangsentgelten für Einspeisungen, Änderungen der Belastungen nach dem EEG oder KWKG). […]»*

(4) Bestimmtheit des Änderungsumfangs

485 Unter deutschem AGB-Recht muss die Formulierung der einseitigen Preisänderungsklausel sicherstellen, dass ein Recht zur Preiserhöhung nur im Rahmen dessen gewährt wird, was durch den sachlichen Grund gerechtfertigt ist.[889] Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Umfangs muss deshalb aus der Klausel klar hervorgehen, dass das Mass der tatbestandlichen Veränderung die Obergrenze für den Preisänderungsumfang bildet.[890] Einseitige Änderungsklauseln, die über ein-

886 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 39 f.

887 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 35.

888 Bestätigt in BGH, Urt. v. 21.9.2016, VIII ZR 27/16, NJW 2017, 325, Rn. 24. Vgl. GUTKIN, 241 m.Verw. auf REHART/LOLACHER, 309, die betont, dass die im «Stromvertrag-Entscheid» formulierten Anforderungen an einseitige Preisänderungsklauseln auf andere Wirtschaftszweige übertragen werden können.

889 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 117 m.Verw. auf BGH, Urt. v. 12.7.1989, VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115, 116.

890 BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 16; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 20 ff.; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 25; BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; BGH, Urt. v. 19.11.2002, X ZR 243/01, NJW 2003, 507, 509. Vgl. aus der Lehre BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1203.

getretene Kostensteigerungen hinaus eine Gewinnerhöhung zulassen, sind grundsätzlich unwirksam.[891]

Die deutsche Lehre diskutiert im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Umfangs vereinzelt, ob die Angabe einer konkreten, maximalen Obergrenze in Form eines Geldbetrages oder Prozentsatzes gefordert werden sollte.[892] Aus der Perspektive der Klauseltransparenz wäre diese Forderung zu unterstützen, da sich der Kunde dann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein besseres Bild über das potenzielle Ausmass einer möglichen Preisänderung machen könnte, als dies bei der reinen Beschränkung des Änderungsumfangs auf das Mass der sich verändernden Bezugsgrössen der Fall wäre.[893] 486

Die deutsche Lehre macht jedoch zu Recht darauf aufmerksam, dass eine solche Forderung die Bestimmtheitserfordernisse in Bezug auf den Änderungsumfang überspannen würde. Wäre die AGB-Verwenderin gezwungen, bei Vertragsschluss einen konkreten maximalen Änderungsumfang zu bestimmen, müsste sie bereits auch den Änderungsanlass kennen.[894] Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wird sie aufgrund der mangelnden Prognostizierbarkeit der Entwicklung preisrelevanter Kostenelemente jedoch kaum in der Lage sein, eine Obergrenze des potenziellen Änderungsumfangs durch einen Maximalbetrag oder einen Prozentsatz festzulegen.[895] Die AGB-Verwenderin hätte in Anbetracht ihres Flexibilisierungsbedürfnisses vielmehr einen Anreiz, die Obergrenze zu Lasten des Kunden hoch anzusetzen.[896] Die Forderung nach mehr Transparenz durch eine konkrete Festle- 487

---

891 BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 26; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 17. Siehe auch die bei Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 126, Fn. 226 aufgeführten Rechtsprechungshinweise zu § 9 AGBG.

892 Vgl. ECKELT, 187 f.; GUTKIN, 245 f.; KAMANABROU, 171 ff.

893 Vgl. ECKELT, 186 und KAMANABROU, 173, die betonen, dass der Kunde bei Angabe einer zahlenmässig definierten Obergrenze besser voraussehen könnte, ob seine Leistungsfähigkeit selbst bei einer ungünstigen Entwicklung der preisrelevanten Kostenelemente gewährleistet wäre und ob er folglich selbst in einem solchen Szenario ein Interesse am Weiterbestand des Vertrags hätte.

894 KOLMSEE, 129 m.Verw. auf ECKELT, 181.

895 GUTKIN, 245.

896 GUTKIN, 245. Siehe ferner WIEDEMANN, 113, wonach die AGB-Verwenderin den Kunden bei Angabe einer hohen Obergrenze bereits schon von einem Vertragsschluss abhalten könnte.

gung eines Maximalbetrags oder Prozentsatzes hinsichtlich des Änderungsumfangs dürfte somit letztlich auch nicht im Interesse des Kunden liegen.

bb) Angemessenheitskontrolle

488 Einseitige Preisänderungsklauseln in AGB, die den Anforderungen an eine hinreichende Transparenz genügen, können in zweiter Linie wegen deren inhaltlicher Unangemessenheit i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unzulässig sein. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit den einzelnen Elementen, die in der deutschen Rechtsprechung und der Literatur im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung diskutiert werden.

(1) Sachliche Gründe für die einseitige Preisänderung

489 Einseitige Preisänderungsklauseln sind lediglich dann mit § 307 BGB vereinbar, wenn sie das Preisänderungsrecht von Voraussetzungen abhängig machen, die einen sachlichen Grund für eine Preiserhöhung darstellen.[897] Insofern sind Klauseln, welche das einseitige Preisänderungsrecht in das freie Belieben der AGB-Verwenderin stellen, unzulässig.[898] Der BGH beurteilt die Angemessenheit von Preisänderungsklauseln in erster Linie daran, inwiefern die Klausel zur Wahrung des vereinbarten Äquivalenzverhältnisses beiträgt.[899] Unwirksam sind demnach Klauseln, welche über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus der Verwenderin ermöglichen, den zunächst festgelegten Vertragspreis ohne Begrenzung anzuheben, um dadurch «nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen».[900]

---

897 Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2010, VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rn. 27, 30, 34. In der deutschen Rechtsprechung wird dabei von «sachlichen Gründen», von «schwerwiegenden Gründen» oder auch «berechtigten Interessen» gesprochen. Vgl. mit entsprechenden Hinweisen GUTKIN, 312.

898 Jeweils zu § 9 AGBG als Vorgänger des § 307 BGB BGH, Urt. v. 16.1.1985, VIII ZR 153/83, BGHZ 93, 252, 256; BGH, Urt. v. 7.10.1981, VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21, 24; BGH, Urt. v. 11.6.1980, VIII ZR 174/79, NJW 1980, 2518, 2519.

899 Siehe schon BGH, Urt. v. 20.5.1985, VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335, 339 f.; BGH, Urt. v. 26.05.1986, VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134, 3135. Vgl. aus dem Schrifttum KRÄMER, 156 f. m.w.H.

900 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 19. Siehe ferner BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 18. Mit Blick auf den Änderungsumfang gilt es dabei zu beachten, dass die Veränderung eines preisbildenden Faktors nicht zu einer überproportionalen Modifikation des Preises führen darf; der Preis darf nur in dem Ausmass erhöht werden, wie es dem Anteil des veränderten Be-

Unstreitig ist, dass einseitige Preisänderungsklauseln nach deutschem Recht nur auf nachträgliche Änderungen der bei Vertragsschluss vorliegenden Verhältnisse abstellen dürfen.[901] Gemäss der Rechtsprechung des BGH fällt ein Kalkulationsirrtum allein in die Risikosphäre der AGB-Verwenderin.[902] Genauso anerkannt ist, dass die Klausel lediglich Preisänderungen infolge ungewisser, nicht vorhersehbarer Umstandsänderungen erlauben darf.[903] Die AGB-Verwenderin ist demnach dazu angehalten, vorhersehbare Kostensteigerungen bereits bei Vertragsschluss in ihre Preiskalkulation einfliessen zu lassen.[904] Beiden beschriebenen Kriterien liegt der Gedanke zugrunde, dass es der Verwenderin zuzumuten ist, ihren Gewinn richtig zu berechnen.[905] 490

(2) Beidseitige Wirkung

Einseitige Preisänderungsklauseln sind nach ständiger deutscher Rechtsprechung[906] und herrschender Lehre[907] nicht mit § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbar, 491

zugswerts am Gesamtpreis entspricht. Erhöht sich etwa ein Kostenfaktor, der 20 % des Gesamtpreises ausmacht, um 5 %, dann darf der vereinbarte Preis nur um 1 % (5 % von 20 %) und nicht etwa um die vollen 5 % erhöht werden. Siehe spezifisch dazu BGH, Urt. v. 12.7.1989, VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115, 116; KAMANABROU, 19, 184.

901 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 25; BECKMANN, 53; LETTL, 562; PAULUSCH, 70; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 116.

902 BGH, Urt. v. 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 Rn. 43; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 25; BGH, Urt. v. 20.5.1985, VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335, 339. Mit Blick auf die Verhinderung rückwirkender Erhöhungsmöglichkeiten FÜHRICH, 3676.

903 BGH, Urt. v. 20.5.1985, VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335, 339; BGH, Urt. v. 19.11.2002, X ZR 243/01, NJW 2003, 507, 509; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 11. Aus der Literatur Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB Rz. 116; FÜHRICH, 3676.

904 KAMANABROU, 166 f.

905 So GUTKIN, 314. Vgl. BGH, Urt. v. 23.1.2013, VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 Rn. 43; BGH, Urt. v. 20.5.1985, VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335, 339.

906 BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 47; BGH, Urt. v. 31.7.2013, VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 Rn. 39 ff.; BGH, Urt. v. 21.4.2009, XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 28; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 20 ff.

907 BORGES, Entwicklungen, 90 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 135; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 182d; GUTKIN, Rz. 334 ff.; KAMANABROU, 186, 194.

wenn sie nur das Recht der AGB-Verwenderin enthalten, Erhöhungen der preisrelevanten Bezugswerte an den Kunden weiterzugeben, ohne sie gleichzeitig zu verpflichten, bei Senkung dieser Werte den Preis zu reduzieren. Um der Inhaltskontrolle gerecht zu werden, muss ein einseitiges Preiserhöhungsrecht in AGB somit mit einer Preissenkungspflicht korrespondieren.

492 Eine fehlende Preissenkungspflicht benachteiligt den Kunden nach Auffassung des BGH deshalb unangemessen, weil sie zu einer ungleichen Verteilung der Risiken und Chancen unvorhergesehener Verhältnisänderungen führt.[908] Die deutsche Literatur rechtfertigt eine Preissenkungspflicht primär unter Nennung des Äquivalenzgedankens: Eine Pflicht zur reziproken Ausgestaltung einseitiger Preisänderungsklauseln diene demnach der Wahrung des festgelegten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung und wirke einer nachträglichen Gewinnmaximierung auf Seiten der Verwenderin entgegen.[909]

493 Der BGH setzt strenge Voraussetzungen an die unmissverständliche Formulierung der Preissenkungspflicht.[910] Ist das Preisänderungsrecht lediglich durch Verben wie «berechtigt», «darf anpassen» oder «behält sich vor» gekennzeichnet, ist nach kundenfeindlicher Auslegung davon auszugehen, dass solche Klauseln keine Preissenkungspflicht enthalten und der Verwenderin gestatten, Änderungen lediglich zu ihren Gunsten vorzunehmen.[911]

494 Im Sinne einer «Anpassungssymmetrie» verlangt der BGH, dass bei einseitigen Preisänderungsklauseln «Kostensenkungen nicht nach für den Kunden ungünstigeren Maßstäben Rechnung getragen wird als Kostenerhöhungen».[912] Erlaubt eine Klausel also, Kostensteigerungen in vollem Umfang auf den Kunden zu überwälzen, so muss sie in quantitativer Hinsicht auch eine Pflicht erhalten, Kostensen-

---

908 Vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2009, VIII ZR 320/07, BGH NJW 2010, 993 Rn. 27; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn 17.

909 Vgl. BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 24; Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 30 ff. m.w.H.

910 Siehe dazu insbesondere BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 27; vgl. BÜDENBENDER, Preisanpassungsklauseln, 3127.

911 BGH, Urt. v. 28.10.2009, VIII ZR 320/07, BGH NJW 2010, 993 Rn. 25; BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 25, 29; BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 29; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 18 f. Vgl. GUTKIN, 335 m.w.H.

912 BGH, Urt. v. 13.1.2010, VIII ZR 81/08, NJW-RR 2010, 1202 Rn. 18. Weiterführend zum Prinzip der Anpassungsasymmetrie unter deutschem Recht KRÄMER, 158 f.; THOMAS, 99 f.

kungen vollumfänglich dem Kunden zugutekommen zu lassen.[913] Diese Gleichbehandlung ist auch in zeitlicher Hinsicht zu beachten: Es stellt eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn die Klausel eine unmittelbare Abwälzung von Kostenerhöhungen ermöglicht, der AGB-Verwenderin aber erlaubt, sinkende Kosten oder Marktpreise mit zeitlicher Verzögerung weiterzugeben.[914] Um zu verhindern, dass die AGB-Verwenderin bis zum Wirksamwerden der Preisreduktion von einer Gewinnsteigerung profitieren kann, wird empfohlen, Änderungszeitpunkte bzw. -intervalle in die Preisänderungsklausel aufzunehmen.[915] Eine zeitnahe Preissenkung setzt denn auch voraus, dass die AGB-Verwenderin dem Kunden überhaupt mitteilt, wann und in welchem Umfang Kostensenkungen eingetreten sind.[916]

Die deutsche Literatur begegnet einer Preissenkungspflicht als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht ohne Kritik.[917] Einer dieser Kritikpunkte liegt darin, dass eine Preissenkungspflicht der Verwenderin Anreize zur Realisierung von Rationalisierungsmassnahmen nehme, wenn sie Einsparungen direkt an den Kunden weitergeben müsste.[918] Im Schrifttum wird entsprechend gefordert, dass Kostensenkungen, welche auf unternehmerisches Geschick zurückzuführen sind (z.B. Investitionen, Innovationen oder die Verlagerung der Produktion in Niedriglohnlän- 495

913 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 135; BÜDENBENDER, Preisanpassungsklauseln, 3126.

914 Z.B. BGH, Urt. v. 31.7.2013, VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 Rn. 39; BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 29; BGH, Teilurt. v. 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 21. Stellvertretend BÜDENBENDER, Neugestaltung, 3605: «Konkret ausgedrückt ist auszuschließen, Kostensteigerungen bereits drei Monate nach ihrem Eintritt und Kostenentlastungen erst sechs Monate danach in Ausnutzung der Preisanpassungsklausel an die Kunden weiterzugeben.»

915 Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 29 f.

916 Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 31, deren Ansicht nach eine Ankündigungsfrist von einem Monat als geboten und vertretbar erscheint.

917 BECKMANN, 341, 351; NIEBLING, 719; PAULUSCH, 71 f. Vgl. für eine Übersicht KRÄMER, 160 ff.

918 BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1203; KAMANABROU, 187; WOLF, 351.

der),[919] nicht an den Kunden weitergegeben werden müssen.[920] Nach GUTKIN sollte demnach darauf abgestellt werden, ob die Kostenvorteile im Machtbereich der Verwenderin liegen oder das Resultat externer Einflüsse sind.[921]

(3) Saldierungsgebot

496 Eng mit dem Erfordernis der beidseitigen Wirkung einseitiger Preisänderungsklauseln verbunden ist das im deutschen AGB-Recht anerkannte Saldierungsgebot. Nach Massgabe des Saldierungsgebots muss eine einseitige Preisänderungsklausel gewährleisten, dass Kostensteigerungen in gewissen Bereichen durch Rückgänge anderer Kostenfaktoren in anderen Bereichen verrechnet werden können.[922] Das Saldierungsgebot ist demnach dort zu beachten, wo preisrelevante Kostensenkungen und -steigerungen parallel auftreten.

497 Eine Klausel verstösst nach der Rechtsprechung des BGH entsprechend gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn sie die AGB-Verwenderin bei einem Anstieg der relevanten Bezugswerte zur Preiserhöhung berechtigt, obschon dieser Anstieg durch Einsparungen in anderen Kostenelementen ausgeglichen wird.[923] Das Saldierungsgebot findet auch in der deutschen Literatur Anklang, da es, genauso wie die Preissenkungspflicht, zur Wahrung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses beiträgt.[924]

---

919 Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 54.

920 BORGES, Preisanpassungsklauseln, 1203; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 182d; KAMANABROU, 187 f.; Graf v. Westphalen/Thüsing-GRAF V. WESTPHALEN/MOCK, Preisanpassungsklauseln, Rz. 54; WOLF, 351.

921 GUTKIN, 338 f.

922 BGH, Urt. v. 24.3.2010, VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rn. 35; BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 12; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 23.

923 Die AGB-Verwenderin hätte dann die Möglichkeit, eine Preiserhöhung vorzunehmen, obwohl sie in der Summe keine erhöhten Kosten zu stemmen hätte. Siehe dazu BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 12; BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 23; BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717, 1718.

924 BORGES, Fragen, 57 f.; BÜDENBENDER, Neugestaltung, 3605; KESSEL/SCHWEDLER, 587 f.; THOMAS, 98. Siehe auch GUTKIN, 339 ff. m.w.H.

cc) Notwendigkeit und Wirkung eines Kündigungsrechts

Im deutschen AGB-Recht wird die Thematik der kompensierenden Wirkung (Rz. 499 ff.) sowie der Notwendigkeit (Rz. 502 ff.) eines Kündigungsrechts ebenfalls rege diskutiert. Analog zur Analyse unter dem schweizerischen Recht sollen nachfolgend die zentralen Aspekte dieser Diskussion unter dem deutschen Recht dargelegt werden. 498

(1) Keine kompensierende Wirkung eines Vertragslösungsrechts

Die klar überwiegende Mehrheit der deutschen Lehrmeinungen vertritt die Ansicht, dass ein Kündigungsrecht nicht in jeder Situation einen die einseitige Preisänderungsklausel rechtfertigenden Ausgleich herbeiführen kann.[925] Der BGH will eine kategorische Rettung inhaltlich unangemessener Preisänderungsklauseln durch ein Kündigungsrecht ebenfalls nicht zulassen, betont dabei aber auch, dass es auf die Ausgestaltung dieses Lösungsrechts im Einzelfall ankomme.[926] 499

Von besonderem Interesse ist der Umstand, dass der BGH die Möglichkeit einer Kompensation zumindest für den Aspekt der Klauseltransparenz in Betracht zieht. Demnach könne die Gewährung eines Kündigungsrechts ausnahmsweise zur Herstellung eines Interessenausgleichs geeignet sein, wenn eine Konkretisierung der Voraussetzungen und des Umfangs des einseitigen Preisänderungsrechts «aufgrund der Besonderheit der Vertragsbeziehung auf unüberwindbare Schwierigkeiten stößt».[927] Hier übt der BGH aber Zurückhaltung und betont, dass ein Vertragslösungsrecht die AGB-Verwenderin nicht von der Pflicht befreit, die Klausel 500

---

925 Vgl. BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 30; BORGES, Fragen, 65 f.; ECKELT, 164, 205; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 177; A.M. GRAF V. WESTPHALEN, Ende, 424.

926 BGH, Urt. v. 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 27: «Ein Recht des Kunden zur Lösung vom Vertrag vermag jedenfalls nicht stets zu einem angemessenen Interessenausgleich zu führen. Dies hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab. Dabei sind die Art des jeweiligen Vertrags, die typischen Interessen der Vertragsschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen.» Siehe ferner BGH, Urt. v. 15.7.2009, VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 30; BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13.

927 BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13. Siehe auch BGH, Urt. v. 21.9.2016, VIII ZR 27/16, NJW 2017, 325 Rn. 23; BGH, Urt. v. 6.4.1989, III ZR 281/87, NJW 1989, 1796, 1797. Aus der Literatur BORGES, Entwicklungen, 86; GUTKIN, 249 ff.; KRÄMER, 133 ff.; THOMAS, 117 ff.

möglichst konkret und transparent zu formulieren.[928] Ein Ausnahmefall liege nur dann vor, wenn die Kostenelemente und generellen Änderungsmassstäbe «noch nicht einmal in Grundzügen dargelegt werden können».[929]

501 Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der BGH, soweit ersichtlich, bislang nicht bejaht.[930] Dass die AGB-Verwenderin etwa in einem dynamischen Markt tätig sei und zahlreiche Faktoren ihre Preisgestaltung beeinflussen würden, stellt nach dem BGH keinen hinreichenden Grund dar, auf die Konkretisierung der Klausel zugunsten der Gewährung eines Kündigungsrechts zu verzichten.[931] Eine intransparente Preisänderungsklausel darf der Verwenderin nach Auffassung des BGH mithin nicht ermöglichen, sich durch eine unangemessene Preiserhöhung und anschliessende Kündigung des Kunden von einem für sie ungünstigen Vertrag zu befreien.[932]

(2) Notwendigkeit des Vertragslösungsrechts und die «Schwellenlösung»

502 Der BGH hat sich bislang nicht in abschliessender Weise dazu geäussert, ob die Gewährung eines Kündigungsrechts ein notwendiges Angemessenheitserfordernis für eine im Übrigen zulässige einseitige Preisänderungsklausel darstellen sollte.[933]

---

928 BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13. Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 36.

929 BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13.

930 Vgl. GUTKIN, 250, Fn. 790 m.w.H.

931 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 13.

932 BGH, Urt. v. 21.4.2009, XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 37 m.Verw. auf BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 34. Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 309 Nr. 1 BGB N 36.

933 In einem Urteil aus dem Jahre 1981 (BGH, Urt. v. 7.10.1981, VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21) hat der BGH im Zusammenhang mit einer Preiserhöhungsklausel in einem Neuwagenkaufvertrag noch ausgeführt, dass die in Frage stehende Klausel deshalb unzulässig unter § 9 AGBG sei, weil sie «nachträgliche einseitige Preiserhöhungen in beliebiger Höhe ermöglicht, ohne dem Käufer für diesen Fall die Möglichkeit seiner Lösung vom Vertrag einzuräumen». In einer späteren, ebenfalls zu § 9 AGBG ergehenden Entscheidung (BGH, Urt. v. 16.1.1985, VIII ZR 153/83, BGHZ 93, 252, 256) lässt der BGH dann aber erkennen, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt: «Ob ein einseitiges Preisänderungsrecht, dass keine Einschränkungen, insbesondere keine Konkretisierung der Preiserhöhungsfaktoren enthält und dem Partner des Klauselverwenders auch keine Lösungsmöglichkeit einräumt, stets gem. § 9 AGB-Gesetz unzulässig ist, kann nicht ohne Berücksichtigung der Art des konkreten Vertra-

Die Mehrheit der deutschen Lehre scheint sich für eine sog. «Schwellenlösung» auszusprechen: Gemäss der Schwellenlösung muss die AGB-Verwenderin dem Kunden ein Kündigungsrecht nicht bei jeglicher Preiserhöhung einzuräumen, sondern erst ab einem Schwellenwert, der das legitime Interesse an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung überhaupt auslöst.[934]

503 Der Schwellenlösung liegt der Gedanke zugrunde, dass der AGB-Verwenderin die Einräumung eines Lösungsrechts nicht immer zumutbar ist – die Verpflichtung zu einer Gewährung des Kündigungsrechts würde entsprechend über das Ziel hinausschiessen und den Kunden zu sehr übervorteilen.[935] Im Gegenteil zu wesentlichen Preiserhöhungen sei bei einer nur geringfügigen Erhöhung etwa nicht anzunehmen, dass der Kunde kein Interesse an der Leistung mehr habe.[936]

504 Auch die Befürworter der Schwellenlösung anerkennen die mit diesem Ansatz zwangsweise verbundene Problematik, eine Wesentlichkeitsschwelle festzulegen.[937] Zur Ermittlung der Schwelle orientiert sich die deutsche Literatur am Rechtsgedanken des § 651g Abs. 1 BGB,[938] welcher Reiseverträge zum Gegenstand hat und gewissermassen das deutsche Äquivalent zu Art. 8 Abs. 2 PauRG bildet.[939] In Anlehnung an die in § 651g Abs. 1 BGB enthaltene Schwelle von 8 % habe demnach auch die Verwenderin dem Kunden erst ab diesem Referenzwert ein Kündigungsrecht einzuräumen. Die Lehre macht gleichzeitig darauf aufmerk-

---

ges, der typischen Interessen der Vertragsschließenden und der die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen entschieden werden […].»

934 BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 29 f.; BORGES, Fragen, 63; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 131; GUTKIN, 359 f.; KAMANABROU, 173; LÜBKE-DETRING, 91 ff.

935 Vgl. ECKELT, 207; GUTKIN, 359.

936 BORGES, Entwicklungen, 92; BORGES, Trends, 1441; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 131.

937 Vgl. ECKELT, 207; GRAF V. WESTPHALEN, Zustimmungsfiktion, Rz. 34.

938 § 651g Abs. 1 BGB lautet: «Übersteigt die im Vertrag nach §651f Absatz 1 vorbehaltene Preiserhöhung 8 Prozent des Reisepreises, kann der Reiseveranstalter sie nicht einseitig vornehmen. Er kann dem Reisenden jedoch eine entsprechende Preiserhöhung anbieten und verlangen, dass der Reisende innerhalb einer vom Reiseveranstalter bestimmten Frist, die angemessen sein muss, 1. das Angebot zur Preiserhöhung annimmt oder 2. seinen Rücktritt vom Vertrag erklärt.»

939 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 131. Vgl. auch BeckOK BGB-BECKER, § 309 Nr. 1 N 29.

sam, dass die Schwelle nicht blind übernommen werden sollte; vielmehr sei eine vertragstypenspezifische Differenzierung angezeigt.[940]

505 An anderen Orten wird ins Feld geführt, sich bei der Ermittlung der Erheblichkeitsschwelle an der Geldentwertung zu orientieren, die durch den deutschen Lebenshaltungskostenindex verkörpert wird.[941] Begründet wird dies dadurch, dass es dem Kunden zugemutet werden kann, das Inflationsrisiko zu tragen; das Lösungsrecht sei folglich erst für den Fall erforderlich, dass der Preis stärker als die Lebenshaltungskosten steigen sollte.[942] Selbst dann wäre jedoch zu beachten, dass bei Annahme einer klar definierten Zumutbarkeitsschwelle die AGB-Verwenderin in der Position wäre, die Druckmittelqualität des Kündigungsrechts zu beeinflussen. Sie könnte namentlich die Kündigungsmöglichkeit des Kunden gänzlich ausschliessen, indem sie mit ihrer Preiserhöhung nur geringfügig unter der relevanten Schwelle bleiben würde.[943]

3 Einseitige Leistungsänderungsklauseln

506 Einseitige Leistungsänderungsklauseln räumen der AGB-Verwenderin das Recht ein, ihre vertraglich versprochene Leistung zu ändern. Die Inhaltskontrolle solcher Klauseln richtet sich zunächst nach dem Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB (Rz. 507 ff.). Subsidiär drängt sich auch bei der einseitigen Leistungsänderungsklausel grundsätzlich eine Angemessenheitsprüfung nach der Generalklausel des § 307 BGB auf (Rz. 517 ff.).

a) Kontrolle unter § 308 Nr. 4 BGB

aa) Gegenstand und Zweck des Klauselverbots

507 Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts der AGB-Verwenderin, ihre versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam. Et-

940 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN § 309 Nr. 1 BGB N 131, 138, dessen Meinung nach eine Abweichung vom Richtwert der 8 % geboten sei, je mehr sich die Interessenlage der jeweiligen Parteien von derjenigen eines Reisevertrags unterscheidet.

941 KAMANABROU, 173 f.; WIEDEMANN, 114. Vgl. GRAF. V. WESTPHALEN, Zustimmungsfiktion, Rn. 36.

942 Der Kunde wäre so keiner höheren Belastung ausgesetzt, als er ohnehin hinnehmen müsste. Vgl. GUTKIN, 362; WIEDEMANN, 114. Siehe ferner BGH, Urt. v. 7.10.1981, VIII ZR 229/80, BGHZ 82, 21.

943 Im Ganzen KRÄMER, 187.

was anderes gilt nach dem Klauselverbot nur dann, wenn die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung «unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist». Trotz der Möglichkeit «zumutbarer» Änderungsvorbehalte lässt der Wortlaut von § 308 Nr. 4 BGB folglich eine Unwirksamkeitsvermutung für Leistungsänderungsklauseln zum Ausdruck kommen.[944]

§ 308 Nr. 4 BGB schützt den Kunden vor der Aushöhlung seines Rechts, von der AGB-Verwenderin die versprochene Leistung zu verlangen und gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend zu machen.[945] Die Vorschrift steht in einer engen Verbindung zum Klauselverbot des § 308 Nr. 3 BGB, welches Bestimmungen in AGB zum Gegenstand hat, mit denen sich die Verwenderin ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag ausbedingt.[946] Änderungsvorbehalte können für den Kunden nicht selten noch benachteiligender sein als Rücktrittsvorbehalte, weil er die geänderte Leistung annehmen und seinerseits eine Gegenleistung erbringen muss, ohne von der Verwenderin Gewährleistung oder Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten zu können.[947] 508

bb) Anwendungsbereich

§ 308 Nr. 4 BGB ist bei allen Verträgen, einschliesslich Dauerschuldverhältnissen, anwendbar.[948] Das Klauselverbot erfasst sowohl einseitige als auch automatische Änderungsklauseln, welche die von der Verwenderin versprochenen Leistungen betreffen.[949] Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist immer dann eröffnet, wenn sich die Klausel auf Leistungsmerkmale bezieht, bspw. auf die Sacheigenschaften, Menge, Herkunft, Qualität oder Material.[950] Das Klauselverbot be- 509

---

944 Es liegt infolgedessen an der AGB-Verwenderin, zu beweisen, dass ihr einseitiges Änderungsrecht unter Berücksichtigung ihrer Interessen der Kundschaft zuzumuten ist. Dazu BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 21; BGH, Urt. v. 17.2.2004, XI ZR 140/03, BGHZ 158, 149, 154; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 9; MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 8.

945 Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 1.

946 Vgl. MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 1.

947 So BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24. Siehe auch Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 1.

948 STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 792 f.; MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 5.

949 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 N 6a m.w.H.

950 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 4; Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 5a.

schränkt sich dabei nicht auf Hauptleistungen, sondern umfasst auch Änderungen von Nebenleistungen und -pflichten.[951]

510 § 308 Nr. 4 BGB betrifft die Änderung der von der AGB-Verwenderin «versprochenen Leistung». Im deutschen Schrifttum wird diskutiert, inwieweit AGB selbst als «versprochene Leistung» qualifizieren.[952] Das Klauselverbot ist unbestrittenermassen auf solche Änderungsrechte anwendbar, welche sich auf leistungsbezogene AGB-Klauseln beziehen;[953] umgekehrt findet die Vorschrift keine Anwendung im Falle der Änderung von Bestimmungen, welche nicht die Leistung der AGB-Verwenderin tangieren.[954] Eine Unterscheidung zwischen leistungsbezogenen und «sonstigen» AGB-Klauseln ist jedoch nicht leicht zu vollziehen; dies gilt insbesondere im Versicherungs- und Bankensektor, wo AGB gerade den Leistungsumfang definieren.[955] Klauseln, welche die einseitige Änderung sämtlicher AGB-Bestimmungen erlauben, sind auf jeden Fall an § 308 Nr. 4 BGB zu messen.[956]

cc) Zumutbarkeitsanforderungen

511 § 308 Nr. 4 BGB erlaubt nur solche Änderungsvorbehalte, die für den Kunden «zumutbar» sind. Diese Zumutbarkeitsanforderungen erstrecken sich sowohl auf

---

951 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 BGB N 7; Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 5a.Vgl. ferner STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 795, wonach die Vorschrift auch Leistungs- und Erfüllungsmodalitäten wie z.B. die Zeit und den Ort der Leistung umfasse.

952 Aus dem älteren Schrifttum FREUND, 137 ff. Siehe auch GRAF V. WESTPHALEN, Änderungsklauseln, 1104 f.; Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 5a.

953 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 15 ff.; Grüneberg-GRÜNEBERG, § 308 BGB N 24; Ulmer/Brandner/Hensen- SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 4.

954 In diesen Fällen greift § 307 BGB als Auffangnorm. Siehe Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 5a; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 4.

955 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PAMP, Klauseln B 1 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-REIFF, Klauseln V 63.

956 Vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1999, IV ZR 218/97, BGHZ 141, 153, 155 (zu § 10 Nr. 4 AGBG).

die Transparenz (Rz. 512 ff.) als auch auf die generelle inhaltliche Zumutbarkeit der einseitigen Leistungsänderungsklausel (Rz. 514 ff.).[957]

(1) Transparenzanforderungen

Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB stellt auch für einseitige Leistungsänderungsklauseln gewisse Bestimmtheits- bzw. Konkretisierungsanforderungen auf.[958] Ähnlich wie bei einseitigen Preisänderungsklauseln müssen Leistungsänderungsklauseln dem Kunden ermöglichen, Art und Umfang der Leistungsänderung in einem gewissen Mass kalkulieren zu können.[959] Dafür muss die Klausel die für die Zumutbarkeit relevanten Gründe erkennen lassen und die Voraussetzungen des Leistungsänderungsrechts hinreichend konkretisieren.[960] Der rechtlich nicht gebildete Durchschnittskunde muss mithin erkennen und nachprüfen können, ob die Voraussetzungen zur Ausübung des Änderungsrechts vorlagen oder ob die Verwenderin dessen Grenzen überschritten hat.[961] 512

Unzumutbar und folglich unzulässig sind deshalb jene Klauseln, die ohne Angabe eines Grundes – wie «Änderungen vorbehalten» oder «Irrtum vorbehalten» – beliebige Änderungen der von der AGB-Verwenderin versprochenen Leistung erlauben.[962] Gleiches gilt für Bestimmungen, welche die Änderungsgründe nur 513

---

957 Diese Unterteilung der Zumutbarkeitsanforderungen findet sich auch in der deutschen Literatur wieder; vgl. Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 4 BGB N 6 f.; Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 22 f.

958 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 12, 25; BGH, Urt. v. 23.6.2005, VIII ZR 200/04, NJW 2005, 3420, 3421; FREUND, 146 f. Ob die Anforderungen an die Bestimmtheit solcher Klauseln aus § 307 Abs. 1 S. 2 oder auch direkt aus § 308 Nr. 4 BGB abgeleitet werden können, ist nach Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 BGB N 24 von nachrangiger Bedeutung.

959 Vgl. BGH, Urt. v. 14.3.2017, XI ZR 508/15, NJW-RR 2017, 942 Rn. 18; BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 12; BGH, Urt. v. 23.6.2005, VIII ZR 200/04, NJW 2005, 3420, 3421.

960 BGH, Urt. v. 16.1.2018, X ZR 44/17, NJW 2018, 1534 Rn. 21; BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 20. Wie konkret die Klausel die Umstände der Leistungsänderung nennen muss, beurteilt sich dabei anhand der Spezifika der einzelnen Branchen. Vgl. MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 10.

961 Vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1994, VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351, 366; BGH, Urt. v. 20.1.1983, VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284, 295.

962 Vgl. BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 26 f.; BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 21; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 BGB N 33; FREUND, 148.

scheinbar konkretisieren und vollkommen wertungsoffen sind, wie die Einräumung eines Änderungsrechts «wenn es die Umstände erfordern»[963] oder wenn es dem Kunden «zumutbar»[964] ist.[965] Der BGH hat sodann eine Klausel für intransparent befunden, mit der sich die Verwenderin ein Recht zur Lieferung eines «qualitativ und preislich gleichwertigen Ersatzartikels» ausbedungen hatte.[966] All diesen Beispielen ist gemein, dass sie das Änderungsrecht im praktischen Ergebnis zur freien Disposition der AGB-Verwenderin stellen.[967]

(2) Inhaltliche Zumutbarkeit

514 Aus materieller Perspektive verlangt das Zumutbarkeitserfordernis des § 308 Nr. 4 BGB in erster Linie eine Abwägung der Interessen der AGB-Verwenderin und des Kunden.[968] Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Änderungsvorbehalte deswegen grundsätzlich nur dann wirksam, wenn die Klausel schwerwiegende, triftige Änderungsgründe nennt und die von der Verwenderin stipulierten Voraussetzungen und Folgen einer Leistungsänderung die Interessen des Kunden erkennbar und angemessen berücksichtigen.[969] Dabei bestehen durchaus Wertungsunterschiede hinsichtlich des betroffenen Vertragstypus: Nach der Rechtsprechung des BGH ist etwa der Kunde eines Internet-Service-Providers nicht im gleichen Mass schutzwürdig wie ein Versicherungsnehmer.[970]

---

963 Vgl. BGH, Urt. v. 20.1.1983, VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284, 296.

964 Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 13, 25.

965 Weiterführend BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 21; Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 22.

966 BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 284/04, NJW 2005, 3567. Vgl. dazu MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 61. Siehe für weitere Beispiele unzumutbarer Klauseln Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 BGB N 34.

967 So BGH, Urt. v. 26.11.1984, VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 24, 48. Siehe auch BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 21.

968 BGH, Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 284/04, NJW 2005, 3567, 3569. Ferner BGH, Urt. v. 10.12.2013, X ZR 24/13, NJW 2014, 1168 Rn. 39, wonach sich die zu erfolgende Interessenabwägung auf eine typisierende Betrachtungsweise stützt und unabhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls ist.

969 BGH, Urt. v. 23.6.2005, VIII ZR 200/04, NJW 2005, 3420, 3421; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.5.1988, VIII ZR 360/86, NJW-RR 1988, 1077, 1080.

970 Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 12. Dazu Graf v. Westphalen/Thüsing-THÜSING, Änderungsvorbehalt, Rz. 23 ff. mit einem Überblick

Im Rahmen der Interessensabwägung stuft die deutsche Rechtsprechung einseitige Leistungsänderungsrechte, welche sich auf Inhalt und Umfang der Hauptleistungspflichten beziehen, als besonders nachteilig für den Kunden ein.[971] Ansonsten kommen generell ähnliche Gesichtspunkte zum Tragen wie bei der Beurteilung von Preisänderungsklauseln jenseits des Anwendungsbereichs von § 309 Nr. 1 BGB.[972] Hier wie da muss die Änderungsklausel auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses ausgerichtet sein.[973] Einseitige Leistungsänderungsklauseln müssen ausserdem dem Grundsatz der Erforderlichkeit genügen: Danach liegt nur dann ein schutzwürdiges Interesse an der Vereinbarung einer solchen Klausel vor, wenn die Änderung erforderlich ist, um nicht vermeidbaren Unsicherheiten Rechnung zu tragen.[974] Die Erforderlichkeit ist somit nicht gegeben, wenn die AGB-Verwenderin «bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung dem Vertragspartner bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Leistung in der geänderten Form hätte versprechen können».[975] In diesem Sinne gilt auch für einseitige Leistungsänderungsklauseln, dass nur solche Änderungsanlässe zumutbar sind, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar waren.[976] 515

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung unter § 308 Nr. 4 BGB ist auch einem eingeräumten Kündigungsrecht Rechnung zu tragen.[977] An dieser Stelle kann grundsätzlich auf die vertieften Ausführungen zu den Wirkungen dieses Kündigungsrechts im Zusammenhang mit einseitigen Preisänderungsklauseln (vorne, 516

über die in der Rechtsprechung formulierten Anforderungen für verschiedene Vertragstypen.

971 BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24, 26; BGH, Urt. v. 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 21. Siehe Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 4 BGB N 7 mit zahlreichen Beispielen.

972 Vgl. MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 8.

973 Vgl. BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24; BGH, Urt. v. 11.3.1987, VIII ZR 203/86, NJW 1987, 1886, 1887; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 15 ff.

974 Vgl. BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24 ff. Aus dem Schrifttum MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 8.

975 BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24.

976 Vgl. BGH, Urt. v. 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 Rn. 24; BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 32; FREUND, 158.

977 Vgl. MüKo BGB-BASEDOW, § 305 N 93; BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 39; FREUND, 169 ff.

Rz. 498 ff.) verwiesen werden.[978] Zu betonen ist freilich, dass die Gewährung eines Kündigungsrechts auch eine Leistungsänderungsklausel in AGB nicht *per se* zumutbar werden lässt.[979] Das Kündigungsrecht hilft namentlich dann nicht weiter, wenn es dem Kunden gerade auf den Fortbestand des Vertrags ankommt, wie dies etwa bei Versicherungsverträgen oft der Fall sein wird.[980] An der Zumutbarkeit fehlt es ebenfalls, wenn der Kunde sich bereits auf die Leistungserbringung eingerichtet und bspw. schon Folgeinvestitionen getätigt hat, die dann wertlos würden.[981] Eine ausgleichende Wirkung kommt auch dort nicht in Betracht, wo der Kunde etwa aufgrund der knappen verbliebenen Zeit nicht mehr in der Position ist, ein Ersatzgeschäft zu tätigen.[982]

b) Kontrolle unter § 307 BGB

517 Generell gilt auch für einseitige Leistungsänderungsklauseln, dass § 307 BGB grundsätzlich neben dem besonderen Klauselverbot des § 308 Nr. 4 BGB Anwendung findet.[983] Da § 308 Nr. 4 BGB Leistungsänderungen nur in sehr eingeschränktem Umfang zulässt, ist nicht ersichtlich, weshalb eine nach § 308 Nr. 4 BGB zulässige einseitige Leistungsänderungsklausel zu einer unangemessenen Benachteiligung der Kundin unter § 307 BGB führen sollte. Aspekte, die eine unangemessene Benachteiligung der Kundin begründen, führen bereits unter der Kontrolle von § 308 Nr. 4 BGB zur Unzumutbarkeit der Änderung.[984]

---

978 Auf die diesbezügliche Rechtsprechung bei der Beurteilung einseitiger Leistungsänderungsklauseln verweisend auch FREUND, 169 ff.

979 FREUND, 171, wonach das Lösungsrecht nicht als generelles «Heilmittel» angesehen werden kann.

980 MüKo BGB-BASEDOW, § 305 N 93 m.Verw. auf FRICKE, 1453.

981 Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1984, VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 24, 47.

982 BeckOK BGB-BECKER, § 308 Nr. 4 N 39; FREUND, 171.

983 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 4 BGB N 33. Dabei ist zu beachten, dass § 308 Nr. 4 BGB nur eine äussere Grenze zieht; es sind insbesondere solche Klauseln an § 307 BGB zu messen, die der Verwenderin ein Recht zur Änderung der vom Kunden geschuldeten Leistung gewähren. Siehe dazu BGH, Urt. v. 17.3.1999, IV ZR 218/97, BGHZ 141, 153, 155 (zu § 10 Nr. 4 AGBG).

984 So FREUND, 173 («Die dort [§ 10 Nr. 4 AGBG als Vorläufer des § 308 Nr. 4 BGB] anzustellende Zumutbarkeitsprüfung ist letztlich nichts anderes als eine Interessenabwägung, wie sie auch die Generalklausel verlangt»); KAMANABROU, 353.

Im Ergebnis unterscheiden sich die Voraussetzungen des § 308 Nr. 4 und 307 Abs. 1 BGB für die Zulässigkeit von Leistungsänderungsklauseln daher nicht.[985]

4 Erklärungsfiktionen

a) Kontrolle unter § 308 Nr. 5 BGB

Für die Kontrolle von Erklärungsfiktionen in AGB unter deutschem Recht ist zunächst das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB zu beachten.[986] Nach der Vorschrift sind Erklärungsfiktionen grundsätzlich unwirksam, es sei denn, dem Kunden wurde eine angemessene Erklärungsfrist eingeräumt (lit. a; Rz. 519) und er wurde bei Beginn der Frist besonders auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen (lit. b; Rz. 520 f.). 518

aa) Angemessene Erklärungsfrist

Durch das Erfordernis der Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist soll der Kunde in die Lage versetzt werden, dem Eintritt der Erklärungsfiktion durch Äusserung des wirklichen Willens zuvorzukommen.[987] In der deutschen Lehre wird dabei eine Mindestfrist von einer bis zwei Wochen,[988] zwei Wochen[989] oder vier Wochen[990] vorgeschlagen.[991] Diese Meinungsvielfalt verdeutlicht, dass die angegebenen Fristen im besten Fall einen groben Anhaltspunkt liefern können. Entscheidend ist, dass bei der Beurteilung der angemessenen Frist auf den be- 519

985 Vgl. FREUND, 173, 175 f.; KOLMSEE, 105. Spezifisch für das Versicherungsrecht Prölss/Martin-ARMBRÜSTER, Einleitung, Rz. 48; PRÖLSS, 1446; WANDT, 12 f.

986 § 308 Nr. 5 BGB gilt auch für Klauseln, die vorsehen, dass eine von der AGB-Verwenderin mitgeteilte Änderung wirksam wird, wenn der Kunde den Vertrag nicht innert einer Frist kündigt. Vgl. dazu BGH, Urt. v. 9.12.2015, VIII ZR 349/14, NJW 2016, 2101 Rn. 22 ff.

987 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 39. Eingehend zum Erfordernis der angemessenen Erklärungsfrist KOLMSEE, 141 ff.

988 Grüneberg-GRÜNEBERG, § 308 Nr. 5 BGB N 29; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 652 m.w.H.

989 Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 11; MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 5 N 13.

990 GRAF V. WESTPHALEN, Aporie, 721 f.

991 Siehe die Übersicht bei Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 41.

troffenen Vertragstyp abgestellt werden muss.[992] Klauseln, die eine unverzügliche Erklärung verlangen, sind in aller Regel jedoch unwirksam.[993] Gemäss der deutschen Literatur muss die genaue Länge der Frist dabei noch nicht in den AGB genannt werden; es genügt die Nennung einer «angemessenen Frist», die dann im Einzelfall von der Verwenderin näher bestimmt wird.[994]

bb) Hinweispflicht

520 Eine wirksame Erklärungsfiktion muss nach § 308 Nr. 5 lit. b BGB eine Verpflichtung der AGB-Verwenderin zu einem besonderen Hinweis an den Kunden enthalten. Ausserdem muss bei Fristbeginn ein gesonderter Hinweis auf die Erklärungsfiktion erfolgen und eine Belehrung enthalten, welche Bedeutung dem Verhalten des Kunden nach Massgabe der Klausel zugemessen wird.[995] Die Verwenderin ist mit anderen Worten dazu angehalten, den Kunden darauf aufmerksam zu machen, dass sein Schweigen die Einbeziehung der neuen AGB gerade nicht abwehren kann.[996]

521 Die Hinweispflicht muss bereits in der Formulierung der Erklärungsfiktion enthalten sein.[997] Nach der deutschen Lehre genügt es, wenn die Verwenderin dabei den Gesetzeswortlaut des § 308 Nr. 5 lit. b BGB übernimmt.[998] Der tatsächlich er-

---

992 Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 11 m.w.H. Vgl. auch BGH, Urt. v. 17.3.1999, IV ZR 218/97, BGHZ 141, 153, 158. Der BGH erachtete eine Widerspruchsfrist von einem Monat für die Änderung von Versicherungsbedingungen als «zu kurz bemessen». Er begründet dies unter anderem damit, dass die Änderungsmitteilung den Kunden erreichen könnte, wenn sich dieser gerade in einem – nach Auffassung des BGH «üblichen» – dreiwöchigen Urlaub befindet. Kritisch dazu KOLMSEE, 143 f.

993 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 41; STOFFELS, Rz. 652, wonach eine Ausnahme lediglich für unaufschiebbare Geschäftsvorgänge in Erwägung gezogen werden könnte, bei denen rasches Handeln vom typischen Kundenkreis erwartet werden kann.

994 Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 5 BGB N 13; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 43; STOFFELS, Rz. 652.

995 BGH, Urt. v. 4.10.1984, III ZR 119/83, NJW 1985, 617, 618; ECKELT, 221; NICKEL, 208.

996 Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 14.

997 BGH, Urt. v. 4.10.1984, III ZR 119/83, NJW 1985, 617, 618; Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 5 BGB N 14; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 44, 47.

998 Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 12; STOFFELS, Rz. 653.

folgte Hinweis an den Kunden muss klar und deutlich sein und von seiner Gestaltung her auffallen.[999]

b) Kontrolle unter § 307 BGB

Selbst wenn eine Erklärungsfiktion den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB gerecht wird, kann sie aus materieller Perspektive eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i.S.v. § 307 BGB begründen.[1000] Während § 308 Nr. 5 BGB somit formelle Mindestvoraussetzungen stipuliert, die bei jeder Art von Erklärungsfiktion gelten, misst sich die eigentliche Fiktionswirkung und deren inhaltliche Angemessenheit an § 307 BGB. 522

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, welche inhaltlichen Grenzen § 307 BGB für Erklärungsfiktionsklauseln in AGB setzt. Zu diesem Zweck widmet sich die Untersuchung zunächst dem allgemeinen Erfordernis des berechtigten Interesses an der Erklärungsfiktion (Rz. 524 ff.). Durch die Diskussion der «Internetprovider-Entscheidung» (Rz. 527 ff.) und der «Postbank-Entscheidung» (Rz. 532 ff.) des BGH sollen die inhaltlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen an Erklärungsfiktionen, die das Schweigen des Kunden als Annahme zu einer Änderung fingieren, vertiefter analysiert werden. 523

aa) Berechtigtes Interesse an der Erklärungsfiktion

Eine Erklärungsfiktionsklausel hält einer Prüfung unter § 307 BGB nur dann stand, wenn die AGB-Verwenderin überhaupt ein berechtigtes Interesse am Eintritt der Erklärungsfiktion aufweist.[1001] Ein berechtigtes Interesse lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH bejahen, wenn es nach der Sachlage erforderlich ist, ein Rechtsverhältnis in einer bestimmten Situation möglichst einfach zu klären 524

---

999 Eingehend Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 5 BGB N 14.

1000 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 30 («Die Einhaltung von § 308 Nr. 5 BGB schließt die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nicht aus.»); Staudinger-COESTER-WALTJEN, § 308 Nr. 5 BGB N 4; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 308 Nr. 5 BGB N 66; ECKELT, 214.

1001 BGH, Urt. v. 28.1.2014, XI ZR 424/12, BGHZ 200, 121 Rn. 22 m.w.H.; BGH, Urt. v. 9.11.1989, IX ZR 269/87, NJW 1990, 761, 763; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 7 m.w.H.

oder anzupassen und die dem Kunden dabei zugerechnete Erklärung ihm keine unangemessenen Nachteile zufügt.[1002]

525 Die deutsche Literatur nimmt ein legitimes Interesse vor diesem Hintergrund insbesondere bei Erklärungsfiktionen an, die der möglichst einfachen Abwicklung massenhaft wiederkehrender Geschäftsvorgänge dienen, wie eben bei Zustimmungsfiktionen hinsichtlich der Änderung von AGB im Banken- und Versicherungsbereich.[1003] Solche Klauseln sind demnach, wenn es sich um massenhafte Dauerschuldverhältnisse handelt, wegen des dort bestehenden Rationalisierungsbedürfnisses grundsätzlich zulässig.[1004]

526 Wie ECKELT zu Recht ausführt, bringt die Einführung des eher wertoffenen Erfordernisses des berechtigten Interesses die Handhabung von Erklärungsfiktionen nicht entscheidend voran.[1005] Das Erfordernis kann demnach weder die unter § 307 BGB gebotene Interessenabwägung ersetzen, noch begründen, weshalb kleinere Unternehmen, «deren Vertragswerke nicht den Grad einer massenhaften Verbreitung erreichen, kein berechtigtes Interesse an der Verwendung einer inhaltlich angemessenen Erklärungsfiktion haben sollten».[1006] Anhand zweier konkreter BGH-Urteile sollen die inhaltlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Vertragsänderungen betreffende Erklärungsfiktionen deshalb genauer beleuchtet werden.

bb) «Internetprovider-Entscheidung» des BGH

527 Der BGH hatte in der «Internetprovider-Entscheidung»[1007] die folgende AGB-Klausel eines Unternehmens, welches seinen Kunden den Zugang zum Internet verschafft und damit zusammenhängende Produkte verkauft, zu beurteilen:

528 **Klauselbeispiel 20**: *«Die X AG ist […] berechtigt, diese AGB oder die jeweilige Leistungs- und Produktbeschreibung mit einer Frist von sechs Wochen im Voraus*

1002 So zu Vertragsänderungen betreffende Zustimmungsfiktionen BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 28 ff. Siehe ferner ECKELT, 216; FREUND, 107.

1003 FREUND, 107; GRAF V. WESTPHALEN, Aporie, 720; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 7 m.w.H.

1004 Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 305 BGB N 107 m.w.H. Vgl. auch Grüneberg-GRÜNEBERG, § 308 Nr. 5 BGB N 31.

1005 ECKELT, 216 m.Verw. auf NICKEL, 208 ff. Ähnlich HAU, 392.

1006 ECKELT, 217.

1007 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134.

zu ändern. Die jeweilige Änderung wird die X AG dem Kunden per E-Mail oder schriftlich bekannt geben. Gleichzeitig wird der Kunde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die jeweilige Änderung Gegenstand des zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vertrages wird, wenn der Kunde dieser Änderung nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Bekanntgabe der Änderung per E-Mail oder schriftlich widerspricht. Widerspricht der Kunde, hat jede Partei das Recht, den Vertrag mit der für eine ordentlichen Kündigung geltenden Frist per E-Mail oder schriftlich zu kündigen.»

529 Der BGH hielt fest, dass die Klausel den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genüge.[1008] Er merkte aber an, dass sich seiner Auffassung nach der grösste Teil der Kunden erfahrungsgemäss gar nicht erst mit einer von der Verwenderin vorgeschlagenen Änderung auseinandersetzen würde; Kunden würden in der Annahme, die Änderung werde «schon ihre Ordnung haben», regelmässig schweigen.[1009] Nach Meinung des BGH läuft ein solch pauschales Änderungsrecht unter Zuhilfenahme einer Zustimmungsfiktion deshalb «weitgehend auf eine einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbefugnis» hinaus.[1010]

530 Eine solche Rechtsmacht wird nach dem BGH lediglich für «weniger gewichtige» Änderungen hinzunehmen sein, welche das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht stark verändern.[1011] Nach Auffassung des BGH ist die in Klauselbeispiel 20 vorgesehene Fiktionswirkung für weitreichende, die *essentialia negotii* betreffende Änderungen hingegen nicht mehr mit § 307 BGB vereinbar.[1012] Für die Änderung aller von der AGB-Verwenderin versprochenen Leistungen, unter Einschluss der Hauptleistungen, bedürfe es gemäss BGH vielmehr einer individualvertraglichen Vereinbarung.[1013]

531 Zusammengefasst hat der BGH in der «Internetprovider-Entscheidung» Erklärungsfiktionen als unwirksam erachtet, welche der AGB-Verwenderin einschränkungslose Änderungen der Hauptleistungen erlauben.[1014] Die Verwenderin kann

---

1008 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 28.

1009 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 32. Vgl. zum Trägheitsmoment der Kunden auch MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 5 N 11.

1010 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 32.

1011 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 32.

1012 BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 31 f.

1013 Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 Rn. 35.

1014 Diese Auffassung befürwortend Grüneberg-GRÜNEBERG, § 308 Nr. 5 N 31; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 5 BGB N 7; STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 655;

mithin auch unter Zuhilfenahme von Erklärungsfiktionen keine Änderungen durchsetzen, die mit einer Verschiebung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses einhergehen könnten.[1015] Indem er ausführt, dass eine pauschale Erklärungsfiktion im Resultat einem uneingeschränkten Änderungsrecht gleichkommt, weist der BGH ausserdem explizit auf die Parallelen zwischen diesen zwei Rechtsfiguren und auf deren gleichgelagertes Benachteiligungspotenzial hin.

cc) «Postbank-Entscheidung» des BGH

532 Erst jüngst hat der BGH in der aufsehenerregenden «Postbank-Entscheidung»[1016] den von deutschen Banken und Sparkassen jahrelang genutzten und auf einer Zustimmungsfiktion basierenden Mechanismus zur Änderung ihrer AGB für unwirksam erklärt. Die Entscheidung des BGH hat insofern gewaltige Auswirkungen in der Praxis, als nahezu alle in Deutschland tätigen privaten Banken identische AGB (die sog. «AGB-Banken»)[1017] verwenden.[1018] Die der «Postbank-Entscheidung» zugrundeliegende Klausel, die Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken entspricht, lautet in ihrem relevanten Teil:

533 **Klauselbeispiel 21:** *«Änderungen dieser Geschäftsbedingungen und der Sonderbedingungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten. […] Der Kunde kann den vorgeschlagenen Änderungen vor dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens entweder zustimmen oder sie ablehnen. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksam-*

MüKo BGB-WURMNEST, § 308 Nr. 5 N 11. Kritischer gegenüber der «Internetprovider-Entscheidung» PFEIFFER, Anm. zu BGH, Urt. v. 11.10.2007, III ZR 63/07, LMK 2007, 246011.

[1015] Vgl. STOFFELS, AGB-Recht, Rz. 655, dessen Ansicht nach insbesondere die Durchsetzung von Preiserhöhungen auf Grundlage pauschaler Erklärungsfiktionen ausgeschlossen sei, da diese immer mit einer Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses einhergehe. A.M. GRAF V. WESTPHALEN, Aporie, 722.

[1016] BGH, Urt. v. 27.4.2021, XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344. Vgl. für eine ausführliche Besprechung des Urteils RODI, 1310 ff.; VOGEL, 313 ff.

[1017] Bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken bzw. der Genossenschaftsbanken (kurz AGB-Banken) handelt es sich um eine unverbindliche Empfehlung des Bundesverbandes Deutscher Banken bzw. des Bundesverbandes der deutschen Volks- und Raiffeisenbanken an ihre Mitglieder. Allgemein zu den AGB-Banken Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PAMP, Klauseln B 1 ff.

[1018] Zu den praktischen Folgen der «Postbank-Entscheidung» MÄSCH, 1186; RODI, 1357 ff.; VOGEL, 320 ff.

werdens der Änderungen angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Bank in ihrem Angebot besonders hinweisen.»

In der «Postbank-Entscheidung» erblickte der BGH in der weiten Gestaltung dieser Klausel einen Verstoss gegen § 307 BGB,[1019] da sie der AGB-Verwenderin nicht nur Änderungen einzelner Details, sondern ohne inhaltliche oder gegenständliche Beschränkung jegliche Änderung bestehender Verträge erlaube.[1020] Damit weiche die Klausel von wesentlichen Grundgedanken der §§ 305 Abs. 2, 311 Abs. 1 und 145 ff. BGB ab, indem sie das Schweigen des Kunden als Annahme eines Änderungsantrags qualifiziert.[1021] Eine derart allgemein gehaltene Klausel stelle folglich eine unangemessene Benachteiligung des Kunden dar, da sie der Verwenderin eine Möglichkeit biete, unter Zuhilfenahme einer Erklärungsfiktion im Falle einer fehlenden Ablehnung des Kunden das vertragliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verschieben.[1022] 534

Im Resultat hat die «Postbank-Entscheidung» die gesamte Geschäftsbeziehung erfassende Klauseln in AGB als unzulässig erklärt, nach denen bei ausbleibendem Widerspruch die Zustimmung zu Änderungen pauschal fingiert wird. Aufsehenerregend war die «Postbank-Entscheidung» vor allem deswegen, weil nach der vorherrschenden Meinung in der deutschen Lehre eine Erklärungsfiktion nach Modell von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken mit den §§ 305 ff. BGB vereinbar ist und dem legitimen Interesse von AGB-Verwenderinnen im Bankenbereich entspricht.[1023] Nur vereinzelt wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass entsprechende Klauseln aufgrund der fehlenden Konkretisierung in Bezug auf den Änderungsan- 535

1019 Obschon dieser Änderungsmechanismus der Sonderregelung des § 675g BGB («Änderung des Zahlungsdiensterahmenvertrags») folgt, kommt der BGH zum Schluss, dass entsprechende Änderungsklauseln vollumfänglich der AGB-Kontrolle unterliegen. Dieser Entscheid wurde in der deutschen Lehre verschiedentlich kritisiert; vgl. ARTZ, 493 f.; OMLOR, Rz. 9 ff.; VOGEL, 317 ff.

1020 Dies gilt auch für vertragliche Vorbehalte, Zinsen, Entgelte und Auslagen auf diesem Weg zu ändern. Vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2021, XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 Rn. 38.

1021 BGH, Urt. v. 27.4.2021, XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 Rn. 27.

1022 BGH, Urt. v. 27.4.2021, XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 Rn. 23 ff., 38. Gemäss BGH genüge dabei die Tatsache, dass die zu vereinbarenden Änderungen ihrerseits der Ausübungskontrolle unterliegen würden, nicht, um diesen Umstand auszugleichen. Dazu auch RODI, 1313 f.

1023 Vgl. HABERSACK, 59 m.w.H.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PAMP, Klauseln B 9; SCHMID-KESSEL/RANK, 2206 ff. Kritisch gegenüber der «Postbank-Entscheidung» deshalb MÄSCH, 1186; VOGEL, 315 ff.

lass und -umfang unzulässig seien.[1024] Der BGH scheint mit der «Postbank-Entscheidung» nun eine ähnliche Linie zu fahren, wenn er festhält, dass dem legitimen Bedürfnis der AGB-Verwenderin nach einer einfachen Vertragsabwicklung durch eine «einschränkend-konkretisierende Formulierung der Klausel» Rechnung getragen werden kann.[1025] Er lässt dadurch verstehen, dass Erklärungsfiktionen selbst im Kontext der Massenvertragsabwicklung ihre Daseinsberechtigung verlieren und die Kunden unangemessen benachteiligen, wenn sie keine Konturen aufweisen und damit einschränkungslose Änderungen selbst der Hauptleistungspflichten erlauben.

III Vergleich und Zwischenfazit

1 Bestimmtheitsanforderungen auf Ebene der AGB-Inhaltskontrolle

536 Das schweizerische Bundesgericht hat mit BGE 135 III 1 die Unbestimmtheit von einseitigen Änderungsklauseln bislang auf Ebene des allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmtheitsgebots diskutiert. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung stellen die Unzulässigkeit intransparenter, unbestimmter einseitiger Änderungsrechte in AGB derweil im Rahmen der AGB-spezifischen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB fest.

537 Die Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln setzt namentlich voraus, dass sie sowohl den Änderungstatbestand als auch den Änderungsumfang definiert. In Anbetracht dessen begründen einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln ein nach Art. 8 UWG relevantes Missverhältnis, da sie der AGB-Verwenderin entgegen dem Gebot von Treu und Glauben erhebliche und sachlich nicht gerechtfertigte Beurteilungsspielräume eröffnen und auch dem Kunden keine verlässlichen Kriterien bieten, um die möglichen Änderungen einschätzen und die Plausibilität einer erfolgten Änderung überprüfen zu können.

538 Im Zuge der Untersuchung hat sich zugleich ergeben, dass zu hohe Transparenzanforderungen unter Art. 8 UWG nicht mit dem beabsichtigten Zweck einseitiger Änderungsklauseln vereinbar wären. Als flexibles Mittel zur Zukunftsbewälti-

[1024] MüKo BGB-Basedow, § 305 N 93; Matusche-Beckmann, 116 f. (insbesondere Fn. 51).

[1025] Vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2021, XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 Rn. 32.

gung setzt die Formulierung dieser Klauseln naturgemäss eine gewisse inhaltliche Abstraktheit voraus. Diese berechtigten Interessen der AGB-Verwenderin verdienen im Rahmen der Inhaltskontrolle stets Beachtung. Auch im deutschen AGB-Recht lässt sich eine Entwicklung dahingehend feststellen, dass der BGH bei der Formulierung von tragbaren Bestimmtheitsanforderungen der Funktion einseitiger Änderungsklauseln und dem Flexibilisierungsbedürfnis der AGB-Verwenderin verstärkt Rechnung trägt. In der «Stromvertrag-Entscheidung» anerkennt der BGH ausdrücklich, dass einseitige Preisänderungsklauseln für die Verwenderin nur dann von Nutzen sind, wenn die Bestimmungen in ihren Tatbestandsvoraussetzungen noch ausreichend flexibel bleiben, um künftigen Entwicklungen und besonderen Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können.[1026]

539 Spezifisch für einseitige Preisänderungsklauseln in AGB ist deshalb keine abschliessende Aufzählung und Gewichtung sämtlicher für die Preisberechnung relevanter Kostenelemente erforderlich. Nach Massgabe der unter Art. 8 UWG geforderten Interessenabwägung muss es genügen, wenn die einseitige Änderungsklausel exemplarisch und in nachvollziehbarer Weise die grundlegenden änderungsrelevanten Faktoren nach Art eines Leitfadens benennt. In Anlehnung an die «Stromvertrag- Entscheidung» des BGH ist dabei auch für das schweizerische Recht zu fordern, dass sich die in der Klausel nicht aufgeführten, jedoch änderungsrelevanten Faktoren durch einen prägnanten Überblick in naheliegender Weise für den Kunden erschliessen lassen müssen.[1027] Durch ein solches Erfordernis können auch die abstrakt in de Klausel benannten Voraussetzungen des Änderungsrechts für den Kunden begreiflich und durchschaubar gemacht werden und ihm helfen, die mit der einseitigen Änderungsklausel verbundenen Kosten vorherzusehen. Mit Blick auf die deutsche Rechtsprechung muss sodann auch unter der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG als Prämisse gelten, dass die einseitige Änderungsklausel die wirtschaftlichen Auswirkungen für den Kunden insoweit erkennbar gestalten muss, wie es der AGB-Verwenderin nur möglich ist und nach den Umständen gefordert werden kann.

540 Art. 8 UWG verlangt neben der hinreichend klaren Bezeichnung des Änderungstatbestands auch, dass die Klausel die Grenzen der Änderungsausübung angibt. Um dem Bestimmtheitsanforderungen mit Blick auf den Änderungsumfang zu genügen, muss etwa aus der Formulierung einer einseitigen Preisänderungsklausel ersichtlich sein, dass das Ausmass der Steigerungen der tatbestandlich re-

[1026] Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 36.

[1027] Vgl. BGH, Urt. v. 25.11.2015, VIII ZR 360/14, BGHZ 208, 52 Rn. 39 f.

levanten Preisbildungsfaktoren die Obergrenze für die einseitige Preisänderung bildet. Die Formulierung der einseitigen Änderungsklausel muss mit anderen Worten sicherstellen, dass die AGB-Verwenderin keine über die eingetretenen Kostensteigerungen hinausgehende Gewinnerhöhungen erzielen kann. Die Angabe des Änderungsumfangs beugt insofern ebenfalls ungerechtfertigten Ermessensspielräumen auf Seiten der AGB-Verwenderin vor. Das Erfordernis berücksichtigt ausserdem die legitimen Interessen des Kunden, sich ein Bild über die möglichen Belastungen machen zu können und in der Lage zu sein, die Legitimität einer vorgenommenen Preisänderung durch die AGB-Verwenderin zu überprüfen.

2 Sachliche Gründe für das einseitige Änderungsrecht

541 Nach Massgabe des gesetzlichen Leitbilds und abstellend auf eine Abwägung der Interessen der Parteien sind einseitige Änderungsklauseln nur dann mit Art. 8 UWG vereinbar, wenn sie die Zulässigkeit der einseitigen Änderung von Umständen abhängig machen, die einen sachlichen Grund für die einseitige Änderung darstellen. Als Leitlinie muss dabei gelten, dass die einseitige Änderung dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie der Wiederherstellung eines gestörten vertraglichen Äquivalenzverhältnisses dient. Dies gilt sowohl für einseitige Preisänderungsklauseln als auch für Klauseln, welche die von der AGB-Verwenderin versprochene Leistung betreffen.

542 Die AGB-Verwenderin kann jedoch nicht einfach alle Umstandsänderungen, welche das vertragliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung beeinflussen, auf den Kunden abwälzen. Bei der Beurteilung der Legitimität einer einseitigen Änderung infolge einer Verhältnisänderung ist primär darauf abzustellen, ob die Verhältnisänderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die AGB-Verwenderin unkalkulierbar war. Konnte die Verwenderin die Auswirkungen der relevanten Umstandsänderung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei der Festlegung des Vertragsinhalts, insbesondere des Preises, berücksichtigen, liegt kein sachlicher Grund für eine einseitige Änderung vor. Das Fehlen eines sachlichen Grundes liegt in jedem Fall dann vor, wenn die relevante Verhältnisänderung schon vor Vertragsschluss eingetreten ist. Rückwirkenden einseitigen Änderungsklausel ist die Wirksamkeit somit auch unter Art. 8 UWG abzusprechen.

543 Schliesslich hat auch die kurze Laufzeit des unter AGB geschlossenen Vertrags einen Einfluss auf die Beurteilung, ob ein sachlich gerechtfertigter Grund für die einseitige Änderung vorliegt. In diesem Sinne lässt sich eine Parallele zum Klauselverbot des § 309 Nr. 1 BGB feststellen, dessen Missbilligung der einseitigen

Preiserhöhungsmöglichkeit gerade ihre Kurzfristigkeit betrifft. In Anlehnung an das in § 309 Nr. 1 BGB enthaltene Zeitfenster von vier Monaten sollte eine ähnlich kurze Vertragsdauer auch im Rahmen der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG ein Indiz für das Fehlen eines sachlichen Grundes für eine einseitige Preisänderungsklausel darstellen. Gleichzeitig ist darauf zu achten, keinen zwangsläufigen Konnex zwischen kurzer Vertragsdauer und einem fehlenden Interesse an der Möglichkeit einer einseitigen Änderung herzustellen.

3 Beidseitige Wirkung einseitiger Preisänderungsklauseln

In Anbetracht der Erkenntnisse der rechtsvergleichenden Untersuchung sind einseitige Preisänderungsklauseln in AGB nur dann mit Art. 8 UWG vereinbar, wenn sie sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten der AGB-Verwenderin wirken. Nach Treu und Glauben kann ein angemessener Interessenausgleich nicht mehr angenommen werden, wenn die Verwenderin Kostensteigerungen an den Kunden weitergeben darf, Kosteneinsparungen hingegen nur ihr zugutekommen. Die Aufrechterhaltung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses, welche die Verwenderin gerade zur Weitergabe von Kostensteigerungen durch einseitige Preiserhöhungen berechtigt, gebietet mithin auch, Senkungen der preisrelevanten Kosten in gleichem Umfang an den Kunden weiterzuleiten. Durch eine Preissenkungspflicht kann so einer nachträglichen Gewinnmaximierung auf Seiten der Verwenderin entgegengewirkt werden. Die gleichwertige Behandlung von Preiserhöhungen und -senkungen gilt dabei, wie dies die deutsche Lehre mit dem Prinzip der Anpassungssymmetrie ausdrückt, im Hinblick auf Anlass, Umfang und Zeitpunkt der Preisänderung. 544

Im Rahmen der Interessenabwägung unter Art. 8 UWG ist gleichzeitig dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Senkung der preisbildenden Kosten nicht immer nur das Ergebnis von Senkungen der relevanten Bezugswerte auf dem Markt ist, sondern auch auf Rationalisierungsmassnahmen der Verwenderin zurückzuführen sein könnte. In Anlehnung an das deutsche Schrifttum sprechen deshalb gute Gründe dafür, die Preissenkungspflicht unter Art. 8 UWG auf jene Umstandsänderungen zu begrenzen, die ausserhalb des Machtbereichs der Verwenderin liegen. Genauso wie die Verwenderin Kostenerhöhungen nicht weitergeben darf, die sie selbst zu verantworten hat (vorne, Rz. 405), sollte sie keine Preissenkungspflicht bei Kosteneinsparungen treffen, die auf ihrem eigenen Handeln beruhen. Das Erfordernis einer Preissenkungspflicht sollte für die Verwenderin insofern nicht zu einer kategorischen Gewinnbegrenzung führen. 545

546 Aus der Anerkennung einer Preissenkungspflicht folgt, dass auch im schweizerischen Recht für einseitige Preisänderungsklauseln in AGB, die auf Kostenänderungen Bezug nehmen, dass unter deutschem Recht als «Saldierungsgebot» bezeichnete Prinzip beachtet werden muss. Kostensteigerungen dürfen demnach nur dann durch eine Erhöhung des Preises auf den Kunden abgewälzt werden, sofern diese nicht durch Senkungen von anderen Kostenfaktoren, an die das Preisänderungsrecht anknüpft, kompensiert werden.

547 Nach dem Gesagten gilt es zu betonen, dass nach der hier vertretenen Auffassung bei der Weitergabe von gesunkenen Kosten ein Preissenkungsermessen ausscheiden sollte. Während bei Automatikklauseln (vgl. vorne, Rz. 9 ff.) aufgrund der Kopplung an die Bezugsgrössen eine beidseitige Wirkung der Preisänderung automatisch gewährleistet ist, wird die AGB-Verwenderin ohne eine Änderungsautomatik kaum Anreize zu einseitigen Preissenkungen verspüren. Genauso ist nicht zu erwarten, dass Kunden regelmässig prüfen, ob sich die preisrelevanten Bezugsgrössen zu ihren Gunsten entwickelt haben. Bei einseitigen Preisänderungsklauseln muss das Preiserhöhungs*recht* somit einer Preissenkungs*pflicht* gegenüberstehen. Diese Preissenkungspflicht muss in der Preisänderungsklausel selbst verankert sein, ansonsten die Klausel nach Massgabe der kundenfeindlichen Auslegung so auszulegen wäre, dass sie keine solche Pflicht enthält.

4 Wirkungen und Notwendigkeit eines Kündigungsrechts

548 Die Untersuchung hat gezeigt, dass einem Kündigungsrecht unbestrittenermassen eine Selbstbestimmungs- und Druckmittelfunktion zukommt. Im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln zeitigt ein Lösungsrecht des Kunden mithin eine disziplinierende Wirkung auf die AGB-Verwenderin, indem es den Wettbewerb gewissermassen als Korrektiv für eine faire Klauselgestaltung fruchtbar macht.

549 Basierend auf den Erkenntnissen der rechtsvergleichenden Analyse ist eine kategorische Kompensation von einseitigen Änderungsklauseln in AGB durch ein Kündigungsrecht indes klar abzulehnen. Im Lichte des Art. 8 UWG ist ein Vertragslösungsrecht nicht dazu geeignet, in sämtlichen Konstellationen einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen. Die Beurteilung der kompensierenden Wirkung eines Kündigungsrechts bedarf stets der Berücksichtigung der Eigenarten des betroffenen Vertragsverhältnisses. So können etwa ein erhöhtes Interesse des Kunden am Weiterbestand des Vertrags und hohe Ausstiegskosten

den Wert eines Kündigungsrechts bedeutend schmälern. Das Interesse des Kunden am Weiterbestand des Vertrags kann im Einzelfall folglich grösser sein als jenes an einer Vertragsauflösung.

Die Untersuchung ist ebenfalls der Frage nachgegangen, ob einseitige Änderungsklauseln in AGB zur Herstellung eines angemessenen Interessensausgleichs stets mit einem Kündigungsrecht verbunden sein müssen. In Anbetracht der rechtsvergleichenden Analyse sprechen nach der hier vertretenen Auffassung mehr Gründe dafür, diese Frage zu bejahen und die Gewährung eines Kündigungsrechts als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung einer einseitigen Änderungsklausel unter Art. 8 UWG zu qualifizieren. Im Unterschied zu der hier abgelehnten kompensierenden Wirkung sollte dem Kunden ein Kündigungsrecht nicht zustehen, um ein Defizit zu heilen. Durch die Gewährung eines Lösungsrechts sollte vielmehr sowohl AGB-Verwenderin als auch dem Kunden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Gestaltungsmittel zugesprochen werden. Behält sich die Verwenderin vor, den Vertragsinhalt einseitig abzuändern, sollte der Kunde im Änderungszeitpunkt in der Lage sein, zu prüfen, ob er noch ein Bestandesinteresse am Vertrag hat. Bei einseitigen Änderungsklauseln mit Ermessenskomponente bildet die Einräumung eines Kündigungsrechts mithin das notwendige Korrelat zur einseitigen Gestaltungsmacht der AGB-Verwenderin.[1028] 550

In der deutschen Literatur scheint sich hingegen die «Schwellenlösung» durchgesetzt zu haben, wonach eine Lösungsmöglichkeit nur ab einer gewissen Wesentlichkeitsschwelle existieren sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung würde ein solcher Ansatz jedoch mehr (neue) Probleme schaffen, als er zu lösen vermag. Die zentrale Schwierigkeit der Schwellenlösung besteht zunächst in der Festlegung der Erheblichkeitsschwelle selbst. Im Zuge der Untersuchung hat sich gezeigt, dass insbesondere die Sondernorm des Pauschalreiserechts – nur schon angesichts des punktuellen Austauschverhältnisses – weder für das schweizerische noch das deutsche Recht eine geeignete Vorlage bildet, um daraus eine verallgemeinerungsfähige Aussage zu der Notwendigkeit eines Lösungsrechts für alle Vertragstypen abzuleiten. Erschwerend hinzu kommt, dass die Definition einer «wesentlichen Vertragsänderung» oder einer «unzumutbaren Preiserhöhung» massgeblich vom subjektiven Verständnis der Parteien bedingt ist. Einseitige Ver- 551

[1028] Auch der EuGH fordert ein kumulatives Vertragslösungsrecht, um den Anforderungen aus Art. 3 und Art. 5 der EU-Klauselrichtlinie gerecht zu werden. Vgl. EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-92/11, EU:C:2013:180, Rn. 55 f.; EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, EU:2012:242, Rn. 24. Eingehend zu der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH GUTKIN, 355.

tragsänderungen werden Kunden unterschiedlich stark betreffen, so dass das Abstellen auf eine Erheblichkeitsschwelle gerade im AGB-rechtlichen Kontext der Massenvertragsabwicklung kein verlässliches Zulässigkeitskriterium darstellt.

5 Erklärungsfiktionen

552 Für die Vereinbarung von fingierten Erklärungen verlangt das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB von der AGB-Verwenderin, dass sie dem Kunden eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einräumt und ihn bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens hinweist. Diese minimalen, formellen Bedingungen gelten uneingeschränkt auch für Erklärungsfiktionen in AGB unter schweizerischem Recht. Es sind insofern auch Parallelen zum schweizerischen Recht zu erkennen, als dass die Wirkung von Art. 6 OR (Zustimmung durch Schweigen) ebenfalls voraussetzt, dass eine Reaktion für den Kunden zeitlich und faktisch tatsächlich möglich und zumutbar ist. Im schweizerischen Recht erfolgt diese Kontrolle jedoch bereits im Rahmen der allgemeinen Kontrollvorschrift des Art. 6 OR und nicht (erst) auf Stufe einer AGB-spezifischen Inhaltskontrolle. Die Anforderung, dass der Kunde explizit auf die Folgen seines Schweigens hingewiesen werden muss, ist hingegen nicht gesetzlich verankert. Wie die Analyse gezeigt hat, leitet sich eine solche aber auch aus Art. 8 UWG ab.

553 Im Zuge der Untersuchung hat sich herauskristallisiert, dass die Einhaltung dieser minimalen Voraussetzungen die AGB-Verwenderin nicht zu jeder beliebigen Änderung berechtigen sollte. Im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle bedarf der konkrete Inhalt der Erklärungsfiktionsklausel vielmehr ebenfalls einer Angemessenheitsprüfung. In erster Linie ist dafür erforderlich, dass die AGB-Verwenderin ein berechtigtes Interesse an der Erklärungsfiktion besitzt. Im AGB-spezifischen Kontext der Massenvertragsabwicklung ist ein solches Interesse regelmässig anzuerkennen: Erklärungsfiktionen in AGB haben grundsätzlich genauso ihre Daseinsberechtigung wie einseitige Änderungsklauseln in Form des Gestaltungsrechts.

554 In Anbetracht der Erkenntnisse der Untersuchung muss die Daseinsberechtigung dieser zwei Rechtsfiguren jedoch an die gleichen AGB-spezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft werden. Erklärungsfiktionen verlieren selbst im Massengeschäft genauso wie einseitige Änderungsrechte ihre Legitimation, wenn der vorgeschlagenen Änderung kein entsprechender Anlass zugrunde liegt, sie umfangsmässig nicht begrenzt sind und der Verwenderin dadurch die uneingeschränkte Änderung selbst von Hauptleistungspflichten gestatten. Klauseln, welche das Schweigen des Kunden als Annahme zu einer vorgeschlagenen Änderung

fingieren, sollten somit nicht einfach deshalb zulässig sein, weil sie dem Kunden eine Widerspruchsmöglichkeit einräumen. Die Besprechung der «Internetprovider-Entscheidung» und der «Postbank-Entscheidung» des deutschen BGH hat insofern unterstrichen, was schon im Rahmen der Diskussion von Erklärungsfiktionen unter schweizerischem Recht festgehalten wurde: Pauschale Erklärungsfiktionen in AGB kommen im Resultat einem uneingeschränkten Änderungsrecht der AGB-Verwenderin gleich. Deshalb ist unter Art. 8 UWG auch für die gesamte Geschäftsbeziehung erfassende Erklärungsfiktionen zu fordern, dass sie den Anlass und den Umfang der möglichen Änderungen, genauso wie einseitige Änderungsklauseln in Form des Gestaltungsrechts, genauer konkretisieren müssen. Der AGB-Verwenderin sollte es verwehrt bleiben, sich unter Verweis auf das formell vorhandene Widerspruchsrecht auf noch so uneingeschränkte Erklärungsfiktionen berufen zu können.

§ 5 Folgerungen

Das fünfte Kapitel hat anhand der AGB-spezifischen Kontrolle von einseitigen Änderungsklausel veranschaulicht, dass die Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle nicht losgelöst voneinander berücksichtigt werden dürfen. Je kundenfreundlicher etwa die Auslegung von einseitigen Änderungsklauseln in AGB betrieben wird, desto kleiner ist das Risiko, dass die Klausel einer Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG nicht standhält. Damit der Anwendungsbereich des Art. 8 UWG nicht künstlich verkürzt wird, ist eine kundenfeindliche Auslegung zu bevorzugen. Eine sachgerechte und effiziente Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB kann letztlich auch nicht auf der Ebene der Einbeziehungskontrolle ansetzen. Um den Markt vor problematischen einseitigen Änderungsrechten in AGB zu befreien, ist eine verstärkte Inhaltskontrolle dieser Bestimmungen unter Art. 8 UWG unabdingbar. 555

In Bezug auf die Inhaltskontrolle von einseitigen Änderungsklauseln in AGB bleibt die schweizerische Rechtsordnung weit hinter der Regelungs- und Rechtsprechungsdichte des deutschen Rechts zurück. Rechtsvergleichend sticht vor allem hervor, dass das schweizerische AGB-Recht keine Klauselverbote nach Vorbild der §§ 308 und 309 BGB kennt. Zur Förderung der Rechtssicherheit wäre die Bildung von konkreten, demonstrativ aufgelisteten Klauselverboten neben der generalklauselartigen Regelung des Art. 8 UWG auch im schweizerischen Recht mehr als angezeigt: «Es kann ohne Übertreibung gesagt werden, dass die Justizi- 556

abilität und Effektivität einer verschärften AGB-Inhaltskontrolle mit der Bereitstellung eines Katalogs konkreter Klauselverbote steht und fällt.»[1029]

557 Erste Schritte zur Formulierung von konkreten Klauselverboten im UWG wurden in der Schweiz erst gerade kürzlich gewagt.[1030] In Anbetracht der Erkenntnisse aus dem fünften Kapitel könnte ein weiterer, grosser Schritt damit gemacht werden, einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln in AGB aufgrund ihrer besonderen Nachteiligkeit in eine «schwarze» Liste absolut verbotener AGB-Klauseln aufzunehmen. Tatbestands- und rechtsfolgeseitig undefinierte einseitige Änderungsrechte in vermutlich ungelesenen AGB lassen sich nicht mit dem Gerechtigkeitsgehalt gesetzlicher Leitbilder vereinbaren. Die AGB-Verwenderin behält sich mit derartigen Klauseln auch weit mehr Rechte vor, als dies zur angemessenen Verfolgung ihrer Interessen notwendig wäre.

558 Aus der absoluten Unzulässigkeit einschränkungsloser einseitiger Änderungsrechte folgt, dass ein wichtiger Schritt zur Vermeidung unangemessener Beurteilungsspielräume der AGB-Verwenderin darin besteht, Änderungstatbestand und -umfang der einseitigen Änderungsklausel zu konkretisieren. Im Hinblick auf die vom Art. 8 UWG verlangte Interessenabwägung bildet das anerkannte Interesse des Kunden, die auf ihn zukommenden Belastungen vorhersehen und die erfolgte Änderung auf ihre Legitimität überprüfen zu können, gewissermassen das unverzichtbare Gegenstück zum ebenso anerkannten Interesse der AGB-Verwenderin an der Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung.

559 Die Bestimmtheitserfordernisse für einseitige Änderungsklauseln in AGB dürfen jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass der AGB-Verwenderin gar kein Ermessensspielraum bei der Ausübung des Änderungsrechts verbleiben soll. Das Vorhandensein eines Ermessensspielraums ist vielmehr begriffsprägend für die einseitige Änderungsklausel. Gerade aufgrund der inhärenten Ermessenskomponente sollten einseitige Änderungsklauseln in AGB nach der hier vertretenen Auffassung auch zwingend mit einem Kündigungsrecht für den Kunden verbunden sein. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die AGB-spezifische Kontrolle von

---

1029 KRAMER, Vertragsinhaltskontrolle, 312.

1030 Siehe etwa Botschaft UWG 2021, 1 ff. Konkret ist die Schaffung eines Art. 8a UWG vorgesehen, der Preisbindungsklauseln in AGB im Verhältnis zwischen Online-Buchungsplattformen und Beherbergungsbetrieben für unlauter erklären soll. Die Unlauterkeit dieser Klauseln liegt darin, dass sie die Preisfestsetzungsfreiheit von Beherbergungsbetrieben einschränken, womit ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten der Beteiligten geschaffen wird.

einseitigen Änderungsklauseln beim Ermessen der änderungsberechtigten Partei ansetzen muss. Während die Auslegungskontrolle die Auslegung dieses Ermessens beschlägt, zielt die Inhaltskontrolle darauf ab, ungerechtfertigten Ermessensspielräumen der AGB-Verwenderin entgegenzuwirken.

6. Kapitel: Prozessuale Instrumente gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB

Bereits die Botschaft zur Änderung des UWG im Jahr 2009 hat erkannt: «Dass gesetztes Recht auch durchgesetzt wird, ist ein wesentlicher Pfeiler für die Effizienz von Rechtsetzung. Die besten Tatbestände taugen nichts, wenn es an der Durchsetzung fehlt.»[1031] 560

Dieser Erkenntnis folgend widmet sich das sechste Kapitel abschliessend den prozessualen Instrumenten zur Durchsetzung von Ansprüchen im Zusammenhang mit missbräuchlichen AGB. In einem ersten Schritt wird dazu zunächst die generelle Durchsetzungsproblematik im Kontext einseitiger Änderungsrechte in AGB skizziert. Danach zeigt die Abhandlung konkret auf, weshalb die prozessualen Instrumente *de lege lata* erhebliche Durchsetzungsdefizite in Bezug auf die Verwendung missbräuchlicher AGB aufweisen. Auf dieser Grundlage begründet die Untersuchung die Notwendigkeit weitergehenden kollektiven Rechtsschutzes im AGB-Bereich und würdigt dabei konkrete Vorschläge kollektiver Rechtsschutzinstrumente *de lege ferenda*. 561

[1031] Botschaft UWG 2009, 6160.

§ 1 Durchsetzungsproblematik im Überblick

562 Ehe sich die Untersuchung eingehend mit den prozessualen Instrumenten gegen die Verwendung unlauterer AGB *de lege lata* und *de lege ferenda* befasst, soll in einem ersten Schritt zunächst auf allgemeiner Ebene die Durchsetzungsproblematik im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln in AGB skizziert werden.

I Rationale Apathie bei Kleinstansprüchen

563 Wie bereits gezeigt wurde (vorne, Rz. 300 f.) sind AGB-Klauseln, die gegen Art. 8 UWG verstossen, nichtig. Wenn ein Gericht die Nichtigkeit einer einseitigen Änderungsklausel in AGB feststellt, hätte dies entsprechend zur Folge, dass alle auf Grundlage dieser Klausel ergangenen Änderungen grundsätzlich nichtig wären.[1032] Dies hätte wiederum zur Konsequenz, dass sämtliche Verträge in den Zustand zurückversetzt werden, welche der Vertrag ohne die unzulässigen Änderungen hatte.[1033]

[1032] Im Einklang mit den bisherigen Ausführungen ist insbesondere eine geltungserhaltende Reduktion einseitiger Änderungsklauseln abzulehnen. Im deutschen Recht wird auch diskutiert, ob die durch den Wegfall der nichtigen Änderungsklausel entstehende Lücke durch eine ergänzende Vertragsergänzung gefüllt werden sollte. Nach der hier vertretenen Meinung ist diese Möglichkeit im Grundsatz abzulehnen; im Fall unwirksamer einseitiger Änderungsklauseln würde die ergänzende Vertragsauslegung im Ergebnis einer geltungserhaltenden Reduktion entsprechen. So sollte eine Ersetzung einer unwirksamen Preisänderungsklausel durch eine wirksame Preisänderungsklausel durch eine ergänzende Vertragsauslegung lediglich dann in Betracht kommen, wenn die Unwirksamkeit der Klausel zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags und zu einer nachteilhaften Rückabwicklung für die Kundin führen würde (vgl. schon vorne, Rz. 151). Aus dem deutschen Recht eingehend GUTKIN, 432 ff.

[1033] In der deutschen Literatur wurde im Nachgang zur Postbank-Entscheidung im Zusammenhang mit AGB-Änderungen durch Erklärungsfiktionen diskutiert, ob die Kunden auch unabhängig von der Zustimmungsfiktion Änderungen durch die Weiterbenutzung der Dienstleistungen des AGB-Verwenders bzw. durch die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung konkludent angenommen hätten. Richtigerweise sollte eine solche Genehmigung von vergangenen Änderungen mangels Kenntnis der Nichtigkeit der zugrundeliegenden Klausel nicht in Betracht kommen. Mindestvoraussetzung für eine konkludente Vertragsannahme wäre denn auch eine tatsächliche Kenntnisnahme des

Erweist sich so etwa eine einseitige Gebührenänderungsklausel in den AGB einer Bank als nichtig, und hat die Bank auf Grundlage dieser Klausel erhöhte Gebühren vereinnahmt, so stehen der Kundin Rückforderungsansprüche nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu.[1034] Ein in dieser Konstellation auf Art. 62 ff. OR zu stützender Anspruch wäre auf die Differenz zwischen dem wirksam vereinbartem und dem tatsächlich vereinnahmten Preis gerichtet.[1035] Da eine einseitige Erhöhung von Bankgebühren für die einzelne Kundin in der Regel nicht schwer ins Gewicht fällt und die im Vergleich hohen Prozesskosten bzw. das Prozessrisiko einer Klage nicht zu rechtfertigen vermag, scheitert der rechtliche Schutz der Kundin in der Regel schon an der Möglichkeit, diesen Kleinstanspruch auf vernünftige Weise durchzusetzen.[1036] Denn: «Wer geht wegen hundert oder tausend Franken vor Gericht?»[1037] 564

Aus ökonomischer Perspektive liegen in einer solchen Konstellation sog. Streuschäden vor. Streuschäden beschreiben Schäden, bei denen eine Vielzahl von Personen durch ein Schadenereignis in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen ist, gleichzeitig jedoch nur ein geringfügiger Schaden auf jede einzelne Person entfällt.[1038] Die Durchsetzung von Ersatzansprüchen bleibt demnach aufgrund der Problematik der «rationalen Apathie» aus, da es rational ist, unter diesen Umstän- 565

Kunden vom jeweiligen Änderungsangebot. Weiterführend zum Ganzen VOGEL, 321 f.; RODI, 1358 f.

1034 Vgl. für die entsprechende Sachlage bei unzulässigen Mietzinserhöhungen nach Art. 269d OR SVIT Kommentar-ROHRER, Art. 269d OR N 61 m.Verw. auf BGer 4A_637 vom 3.3.2017, E. 3; BGE 140 III 583, E. 3.2.2.; BGer 4A_198/2008 vom 7.7.2008; BGE 113 II 188, E. 1.

1035 Liegt die auf einer unzulässigen Klausel beruhende Änderung schon länger zurück, ist die Verjährung zu berücksichtigen. Die relative Verjährungsfrist für einen Bereicherungsanspruch beträgt drei Jahre und beginnt in jenem Zeitpunkt, in welchem die Kundin Kenntnis von ihrem Anspruch erhält (Art. 67 Abs. 1 OR). Die absolute Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre seit Entstehen des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Der Kondiktionsanspruch entsteht dabei in dem Zeitpunkt, in dem die rechtsgrundlose Leistung erbracht wurde. Vgl. für einen Überblick HUGUENIN, OR, Rz. 1814.

1036 Vgl. DIKE UWG-DOMEJ, Art. 9 N 44; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 69; PICHONNAZ, modification, 705; RAUBER, Rz. 53; BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 6. Vgl. auch GAUCH, AVB, 88.

1037 Diese Frage im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln stellend RUSCH/HUGUENIN, 54.

1038 Statt vieler DROESE, 118 f.

den keine Klage zu erheben.[1039] Vor diesem Hintergrund gilt es im sechsten Kapitel zu klären, wie prozessuale Durchsetzungsinstrumente ausgestaltet sein müssen, um die Rechtsdurchsetzung auch in Fällen von Kleinstansprüchen zu ermöglichen. In diesem Kontext bietet sich insbesondere eine Untersuchung der laufenden Revision der ZPO im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes an, um die Notwendigkeit kollektiver Rechtsschutzinstrumente im AGB-Bereich zu beurteilen.

II «Postbank-Entscheidung» des deutschen BGH als Fallbeispiel

566 Zur Veranschaulichung weiterer Aspekte im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung im AGB-Bereich erweist sich wiederum ein Blick über die Grenze nach Deutschland als aufschlussreich. Es sei an die «Postbank-Entscheidung» zu erinnern, in welcher der BGH den von praktisch allen deutschen Privatbanken genutzten Änderungsmechanismus auf Grundlage einer Erklärungsfiktion als unwirksam verworfen hat (vgl. vorne, Rz. 532 ff.). In der Praxis hat das im April 2021 ergangene Urteil gewaltige Auswirkungen, da es zur Folge hat, dass sämtliche im Wege der Erklärungsfiktion herbeigeführten Änderungen unwirksam sind.[1040] Bankkundinnen in Deutschland können nun entsprechend versuchen, bereicherungsrechtliche Rückerstattungsansprüche wegen vergangener Entgelterhöhungen durchzusetzen.[1041] Es überrascht insofern nicht, dass aufgrund der «Postbank-Entscheidung» in Deutschland Massenverfahren erwartet werden.[1042]

567 Von besonderer Relevanz für die nachfolgende prozessuale Untersuchung ist die Frage, wer das Urteil vor dem BGH erstritten und damit den betroffenen Kundinnen überhaupt Anlass dazu gegeben hat, ihre Ansprüche gegenüber den Banken durchzusetzen. Die Klägerin vor dem BGH war ein als qualifizierte Einrichtung nach Art. 4 UKlaG eingetragener deutscher Verbraucherschutzverband (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände). Der Verbraucherschutzverband begehrte mit einer Unterlassungsklage, dem AGB-Verwender zu

---

[1039] Spezifisch im AGB-rechtlichen Zusammenhang ATAMER, Wettbewerb, 44. Vgl. ausserdem BAUMGARTNER, Rz. 14.4; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 19; MÜLLER, Schweiz, 16; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 16.26; BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 6.

[1040] Vgl. VOGEL, 324.

[1041] Vgl. MÄSCH, 1184.

[1042] HEESE/SCHUMANN, Rz. 2, Fn. 4. Siehe nur schon <https://conny.de/finanzen/kontogebuehren>.

untersagen, die streitgegenständliche Klausel künftig in Verträgen mit Kundinnen einzubeziehen sowie sich für die Vergangenheit auf die Klauseln zu berufen.

Das deutsche Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) dient in erster Linie dem Konsumentenschutz: Da Individualklagen als nur unzureichend für die Durchsetzung des Schutzes vor unlauteren AGB angesehen werden, wurde in Deutschland ein eigenständiges AGB-Verbandsklageverfahren geschaffen.[1043] Die Urteile in diesem Verfahren wirken dabei nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch zu Gunsten der nicht beteiligten Kundinnen des AGB-Verwenders (vgl. § 11 UKlaG). Ein dem deutschen Unterlassungsklagengesetz ähnliches Institut ist dem schweizerischen Recht nicht bekannt. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich vor diesem Hintergrund ebenfalls mit der Frage, über welche Klagemöglichkeiten Konsumentenschutzorganisationen in der Schweiz gegen die Verwendung unlauterer AGB verfügen und ob diese Organisationen überhaupt in einer Position sind, um einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung im AGB-Bereich zu leisten. 568

§ 2 Durchsetzungsinstrumente de lege lata

Die nachfolgenden Gedanken widmen sich dem bestehenden Durchsetzungsinstrumentarium, welches bei der Verwendung missbräuchlicher AGB nach schweizerischem Recht zur Verfügung steht. Der Fokus liegt dabei auf den lauterkeitsrechtlichen Klagemöglichkeiten bei einem Verstoss gegen Art. 8 UWG (Rz. 570 ff.) sowie auf den allgemeinen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes unter der geltenden ZPO (Rz. 591 ff.).[1044] 569

[1043] Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER, § 1 UKlaG N 7 ff.; Staudinger-PIEKENBROCK, § 1 UKlaG N 1 ff.

[1044] Zu möglichen aufsichtsrechtlichen Folgen der Verwendung unlauterer AGB BAHAR, 139 ff.; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 76 f. Strafrechtliche Aspekte sind ebenfalls aus der Untersuchung ausgeklammert, da die Verletzung von Art. 8 UWG nicht mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt ist (vgl. Art. 23 UWG).

I Lauterkeitsrechtliche Klagen

570 Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Gericht gestützt auf Art. 9 Abs. 1 UWG beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Unterlassungsklage), eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Beseitigungsklage) oder deren Widerrechtlichkeit festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Feststellungsklage). Gemäss Art. 9 Abs. 2 UWG kann verlangt werden, dass das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird. Diese in Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG beschriebenen negatorischen Rechtsbehelfe sind von den reparatorischen Rechtsbehelfen unter Art. 9 Abs. 3 UWG zu unterscheiden, mit denen die klagende Partei auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes klagen kann. Obwohl nicht explizit in Art. 9 Abs. 3 UWG aufgeführt, umfassen die reparatorischen Rechtsbehelfe auch bereicherungsrechtliche Ansprüche.[1045]

571 Die in Art. 9 UWG geregelte Aktivlegitimation wird durch Art. 10 UWG ergänzt. Gemäss Art. 10 Abs. 1 UWG sind auch Kundinnen und Kunden, welche durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind, zur Klage berechtigt. Art. 10 Abs. 2 und 3 UWG erweitern die Aktivlegitimation auf Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie die Konsumentenschutzorganisationen (Art. 10 Abs. 2 lit. a und b UWG) und den Bund (Art. 10 Abs. 3 UWG).

572 Ausgehend von diesem Überblick befassen sich die nachfolgenden Ausführungen damit, inwieweit die Klagemöglichkeit der Kunden (Rz. 573 ff.), der Konsumentenschutzorganisationen (Rz. 578 ff.) und des Bundes (Rz. 583 ff.) unter dem UWG dazu geeignet sind, zur Durchsetzung von Ansprüchen im AGB-Bereich zu verhelfen.

[1045] DIKE UWG-DOMEJ, Art. 8 N 98; OFK UWG-HEIZMANN, Art. 9 N 50; SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 215 ff. Gemäss BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 77, handelt es sich bei den Verweisungen von Art. 9 Abs. 3 UWG ohnehin um Rechtsgrund- und nicht um Rechtsfolgeverweise. Folgt man dieser Ansicht konsequent, ist die Bestimmung von Art. 9 Abs. 3 UWG eigentlich obsolet.

1 Klage der Kunden

a) Allgemeines

Die in Art. 9 Abs. 1 UWG beschriebene Klagebefugnis ist auf Konkurrenten der unlauter handelnden Partei zugeschnitten.[1046] Aufgrund des weiten Wortlauts liessen sich ebenfalls Kundinnen und Kunden darunter subsumieren;[1047] ihnen wird die Klageberechtigung aber auch explizit in Art. 10 Abs. 1 UWG eingeräumt.[1048] 573

Mit der Kundenindividualklage können sowohl negatorische als auch reparatorische Ansprüche geltend gemacht werden (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 UWG). Bei der Klage handelt es sich um eine Individualklage, der notwendigerweise ein konkretes Vertragsverhältnis und ein individueller Einzelfall zugrunde liegt. 574

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext

In der Praxis ist die Kundenindividualklage unter dem UWG bis heute nahezu unbeachtlich geblieben.[1049] Dies dürfte primär dem Umstand geschuldet sein, dass unlauteres Verhalten, wie die Verwendung missbräuchlicher AGB, typischerweise zu Streuschäden führt.[1050] Wie bereits eingangs erwähnt (vorne, Rz. 563 ff.), bleibt im AGB-Bereich deshalb die individuelle Geltendmachung finanzieller Ersatzansprüche aufgrund der Problematik des rationalen Desinteresses regelmässig aus. 575

1046 Vgl. SHK UWG-Spitz, Art. 9 N 9. Im AGB-Kontext ist die Konkurrentenklage von keiner praktischen Bedeutung. Eine Konkurrentin wäre bei Schadenersatzklagen in der Regel ohnehin nicht in der Lage, einen Schaden nachzuweisen und zu substantiieren, welcher ihr durch die Verwendung unlauterer AGB durch eine andere Partei angefallen ist. Nach BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 N 137, beschlägt die in dieser Konstellation auftretende Problematik eher das Thema des «Vorsprungs durch Rechtsbruch».

1047 DIKE UWG-Domej, Art. 10 N 5; SHK UWG-Jung/Spitz, Art. 10 N 1, 7; Rauber, Rz. 21.

1048 Aktivlegitimiert sind nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten als private Endverbraucher, sondern sämtliche Abnehmer. Dies bedeutet, dass auch Unternehmer, die Waren oder Dienstleistungen zu gewerblichen Zwecken erwerben, klageberechtigt sind. Vgl. dazu Pedrazzini/Pedrazzini, Rz. 16.25.

1049 Vgl. SHK UWG-Jung/Spitz, Art. 10 N 19; Pedrazzini/Pedrazzini, Rz. 16.26; BSK UWG-Rüetschi, Art. 10 N 6. Aus rechtsvergleichender Perspektive Szabó, 336 ff.

1050 DIKE UWG-Domej, Vor Art. 9–13a N 3; Gordon-Vrba, Verbandsklagen, Rz. 9.

576 Auch die Möglichkeit zur Geltendmachung negatorischer Ansprüche wird sich für die Kundin als nicht vielversprechend erweisen.[1051] Ihr fehlt der Anreiz, gegen ein künftiges unlauteres Verhalten vorzugehen: Anstatt auf Unterlassung zu klagen, wird sie ihre Geschäftstätigkeit mit der unlauter handelnden Partei einstellen bzw. keine solche mehr aufnehmen.[1052] Die lauterkeitsrechtlich ausgerichteten Rechtsvorkehren sind für die von missbräuchlichen AGB betroffenen Personen aus obligationsrechtlicher Sicht ohnehin nicht adäquat.[1053] Für die Kundin sind vielmehr die vertragsrechtlichen Rechtsbehelfe vorteilhafter (vorne, Rz. 300 ff.): Sie wird im Rahmen einer allfälligen Vertragsstreitigkeit mit dem AGB-Verwender eher die Nichtigkeit der AGB-Klausel geltend machen, als eine Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage zu erheben.[1054]

577 Auch wenn gewisse prozesswillige Kundinnen bereit wären, eine Klage einzuleiten, werden AGB-Verwender typischerweise durch «kulantes Verhalten» versuchen, den Disput nicht auf eine Ebene zu eskalieren, welcher in einem publizierten Gerichtsurteil enden würde.[1055] So können unzulässige AGB-Klauseln noch jahrelang weiterverwendet werden, ohne dass sie an die Öffentlichkeit gelangen.[1056] Sodann ist zu berücksichtigen, dass ein im Individualprozess ergehendes Urteil ohnehin nur eine beschränkt präjudizielle Wirkung hätte; eine Verpflichtung des AGB-Verwenders, die als unlauter qualifizierten Klauseln gegenüber der restlichen Kundschaft nicht mehr zu verwenden, besteht nicht.[1057]

1051 Vgl. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 506 m.w.H.

1052 SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 19; BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 6.

1053 SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 290.

1054 DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 7; TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 69; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 290.

1055 Baudenbacher Kommentar UWG-BAUDENBACHER, Art. 8 N 22; RUSCH, Bankgebühren, Rz. 30.

1056 In Tat und Wahrheit lassen sich z.B. in Banken-AGB immer noch Klauseln finden, welche das Bundesgericht bereits vor Jahren für rechtswidrig befunden hatte. Vgl. dazu die Ausführungen bei MARTIN, 301 m.Verw. auf BGer 4A_417/2009 vom 26.3.2010. In diesem Urteil hat das Bundesgericht eine AGB-Klausel der PostFinance AG als rechtswidrig erklärt, welche nicht mit dem gesetzlich statuierten Kontrahierungszwang zum Führen von Postkonti vereinbar war (vgl. Art. 2 Abs. 2 PG). Das gemäss Bundesgericht unzulässige Kündigungsrecht auf Seiten der Postfinance in der damaligen Ziff. 17 der AGB der PostFinance AG befindet sich heute in Ziff. 19 (Stand März 2022).

1057 BRUNNER, AVB, 171; MARTIN, 301.

2 Verbandsklage der Konsumentenschutzorganisationen

a) Allgemeines

Mit der Verbandsklage nach Art. 10 Abs. 2 UWG verfügen Berufs- und Wirtschaftsverbände[1058] sowie Konsumentenschutzorganisationen[1059] über die Befugnis, in eigenem Namen und selbstständig gegen unlauteres Verhalten vorzugehen, wenn dadurch kollektive Interessen bedroht oder verletzt werden. Im Kampf gegen unlautere AGB steht dabei die Klagemöglichkeit von Konsumentenschutzorganisationen im Vordergrund.[1060] 578

Die vorrangige Funktion der Verbandsklage ist die kollektive Interessenwahrung.[1061] Das Klagerecht besteht dabei unabhängig von jenem der einzelnen Mitglieder: Die klageberechtigten Organisationen klagen aus eigenem Recht und nicht abgeleitet aus dem Recht jener, deren Interessen sie mit ihrer Klage wahren.[1062] Die Verbandsklage ist insofern rechtlich unabhängig von allfälligen Individualklagen.[1063] 579

Die Möglichkeit zur Durchsetzung reparatorischer Ansprüche ist bei der Verbandsklage *de lega lata* ausgeschlossen (Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG).[1064] Organisationen können im Rahmen der Verbandsklage nur ausnahmsweise solche Ansprüche geltend machen, wenn sie selbst in ihren eigenen 580

1058 In einem Berufsverbands schliessen sich Angehörige einer bestimmten Berufsgruppe zusammen, um ihre gemeinsamen Interessen zu vertreten (z.B. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände); ein Wirtschaftsverband nimmt eher allgemeinwirtschaftliche Interessen wahr (z.B. Industrie- oder Branchenvereinigungen). Vgl. DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 25; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 22 f.

1059 Zu den Organisationen nationaler Bedeutung gehören das Konsumentenforum Schweiz (kf), die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS), die Fédération Romande des Consommateurs (FRC) und die Associatione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana (ACSI). Die SKS, FRC und ACSI haben sich am 2. Juli 2010 zur Allianz der Konsumentenschutz-Organisationen zusammengeschlossen.

1060 Vgl. TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 69 ff.; MAISSEN, Art. 8 UWG, Rz. 356 ff.

1061 Eingehend BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 10. Vgl. ferner TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 70.

1062 GORDON-VRBA, Verbandsklagen, Rz. 9; RAUBER, Rz. 63.

1063 Die Verbandsklage hat weder *res iudicata*- noch *lis pendens*-Wirkung auf Individualprozesse. Dazu BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 22. In Bezug auf Art. 89 ZPO statt vieler BSK ZPO-KLAUS, Art. 89 N 54.

1064 Vgl. Botschaft UWG 1983, 1077.

Rechten verletzt wurden.[1065] Im Rahmen der Verbandsklage können geschädigte Mitglieder ihre Ansprüche immerhin an einen Verband zwecks kollektiver Geltendmachung abtreten, was im Falle der Verwendung unlauterer AGB aber kein vielversprechendes Vorgehen darstellt (vgl. hinten, Rz. 599 ff.).

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext

581 Obschon gewisse Stimmen in der Klagemöglichkeit der Konsumentenschutzorganisationen eine potenziell «scharfe Waffe» im Kampf gegen missbräuchliche AGB erblicken,[1066] zeigt sich, dass die praktische Bedeutung der Klage gering geblieben ist.[1067] Bereits unter altArt. 8 UWG blieben Klagen von Konsumentenschutzorganisationen komplett aus.[1068] Ob sich an der Bedeutung der Verbandsklage mit dem revidierten Art. 8 UWG etwas ändern wird, ist zu bezweifeln.[1069] Bislang sind in der Schweiz keine Konsumentenorganisationsklagen gegen unlautere AGB unter Art. 10 Abs. 2 UWG bekannt geworden.[1070]

582 Im Wesentlichen ist das Ausbleiben von Konsumentenorganisationsklagen auf die fehlende Möglichkeit zur Geltendmachung reparatorischer Ansprüche zurückzuführen. Da klagende Organisationen keine Ersatzansprüche geltend machen können, fehlt ihnen ein finanzieller Klageanreiz.[1071] Die Möglichkeit, erstrittene Beiträge für sich zu behalten, ist von vornherein ausgeschlossen. Der Verband trägt somit die üblichen Verfahrensrisiken weiter und hat im besten Fall des Obsiegens lediglich einen Anspruch auf eine Parteientschädigung.[1072] Weil diese den angefallenen Aufwand in der Regel nicht decken wird, ist sogar im Prozess mit guten Erfolgsaussichten die Erhebung von Verbandsklagen ein Verlustgeschäft.[1073] Er-

---

1065 DIKE UWG-Domej, Vor Art. 9–13a N 4; SHK UWG-Jung/Spitz, Art. 10 N 8.

1066 Th. Koller, Art. 8 UWG, 70; Walker, 165.

1067 Berni, 99; DIKE UWG-Domej, Art. 10 N 21; SHK UWG-Jung/Spitz, Art. 10 N 33; Kramer/Probst/Perrig-Probst, 522 f.

1068 Vgl. BSK UWG-Thouvenin, Art. 8 N 138.

1069 Skeptisch Rusch/Schirrmacher, 683 ff. Siehe ebenfalls schon Schnyder, AGB, 74.

1070 Vgl. DIKE UWG-Heiss, Art. 8 N 256 m.w.H.; Maissen, Art. 8 UWG, Rz. 358.

1071 DIKE UWG-Domej, Vor Art. 9–13a N 4; Gordon-Vrba, Verbandsklagen, 265 ff.; Heinemann, Rz. 9.88; SHK UWG-Jung/Spitz, Art. 10 N 33; Pichonnaz, nouveautés, 68; Rusch, Recht, 579.

1072 Vgl. DIKE UWG-Domej, Vor Art. 9–13a N 4; Pichonnaz, nouveautés, 68.

1073 DIKE UWG-Domej, Vor Art. 9–13a N 4. Siehe auch Rusch/Schirrmacher, 687 ff., die betonen, dass die Kosten einer Klage im Zusammenhang mit der Verwendung

schwerend hinzu kommt, dass Konsumentenschutzorganisationen ohnehin nicht über die notwendige Finanzkraft verfügen, um regelmässig gegen unlauteres Verhalten vorgehen zu können.[1074] Aufgrund der fehlenden Aussicht an der Teilhabe auf einen möglichen Prozessgewinn stellt die Verbandsklage schliesslich auch für Prozessfinanzierer keine lohnenswerte Investition dar.[1075] Insgesamt erweist sich das Verbandsklagerecht unter dem UWG somit als ungeeignet, um die Rechtsdurchsetzung im AGB-Bereich zu fördern.

3 Bundesklage

a) Allgemeines

Bereits vor Inkrafttreten des revidierten UWG verfügte der Bund über eine Klagebefugnis, welche an den Schutz des Ansehens der Schweiz vor unlauteren Geschäftspraktiken im Ausland anknüpfte.[1076] Die Revision hat das Klagerecht des Bundes wesentlich ausgeweitet, indem er nun auch in der Lage ist, zivil- oder strafrechtliche Verfahren zum Schutz von im Inland ansässiger Unternehmen sowie Konsumentinnen und Konsumenten einzuleiten (Art. 10 Abs. 3 lit. b UWG).[1077] Die Klagebefugnis des Bundes wird dabei durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) ausgeübt.[1078] Genauso wie bei der Verbandsklage kann das SECO im Rahmen seines Zivilklagerechts lediglich die negatorischen Klagen, nicht aber finanzielle Ersatzansprüche geltend machen. 583

missbräuchlicher AGB aufgrund der Unsicherheit bei der Streitwertbemessung auch nicht voraussehbar sind.

1074 PICHONNAZ, intervention, 381 f.; RUSCH/SCHIRRMACHER, 698 ff.; SUTTER/LÖRTSCHER, 97. Eingehend zu möglichen Finanzierungsmodellen für Verbandsklagen DOMEJ, Finanzierung, 65 ff.

1075 Vgl. Bericht kollektiver Rechtsschutz, 80.

1076 SUTTER/LÖRTSCHER, 93. Weiterführend zum historischen und gesetzgeberischen Hintergrund der Bundesklage DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 35 f.

1077 Eingehend zu den Gründen für die Ausweitung des Klagerechts SUTTER/LÖRTSCHER, 97.

1078 Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12. Oktober 2011, SR. 241.3. Nach Art. 1 Abs. 2 kann auch ausnahmsweise eine andere Amtsstelle mit der Vertretung des Bundes betraut werden.

584 Das SECO übt sein Klagerecht nach Art. 10 Abs. 3 UWG dann aus, wenn es dies zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet.[1079] Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn «die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen» (lit. b) tangiert sind. Zu diesem Zweck stellt das SECO auf seiner Website ein Beschwerdeformular zur Verfügung.[1080] Der Bund wird etwa dann nicht auf die Wahrnehmung seines Klagerechts verzichten können, wenn zahlreiche Beschwerden über verbreitete AGB-Klauseln eingehen und dadurch das öffentliche Interesse an einer Intervention genügend hoch ist.[1081]

585 Wenn das SECO eine potenzielle Verletzung von Art. 8 UWG sowie die Voraussetzungen zur Ausübung des Klagerechts als gegeben erachtet, wird es den AGB-Verwender zunächst abmahnen.[1082] Erst wenn dieser die beanstandete AGB-Klausel nicht innert gesetzter Frist anpasst, prüft das SECO normalerweise das Erheben einer Klage.[1083]

586 Nach Art. 10 Abs. 4 UWG kann der Bundesrat ferner «unter Nennung der entsprechenden Firmen die Öffentlichkeit über unlautere Verhaltensweisen informieren». Die Regelung bezweckt, Folgeschäden zu verhindern sowie eine Beschwerdeflut einzudämmen, die bei Fällen unlauterer Geschäftspraktiken von besonderer Tragweite zu erwarten wäre.[1084] Darüber hinaus entfaltet die potenzielle Anprangerung von unlauterem Verhalten auf dem Markt unter Nennung der Verletzer *(«naming and shaming»)* eine präventive Wirkung.[1085]

[1079] Kritisch zu diesem Ermessen einer Partei hinsichtlich des Vorhandenseins ihrer eigenen Aktivlegitimation SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 34a; JUNG, Bundesklage, 108.

[1080] Dieses ist abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Werbe_Geschaeftsmethoden/Unlauterer_Wettbewerb/Beschwerde_melden.html>.

[1081] TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 75; PICHONNAZ/FORNAGE, 292; SCHMID, Inhaltskontrolle, 17; SCHÖBI, 61; SUTTER/LÖRTSCHER, 99.

[1082] SUTTER/LÖRTSCHER, 99. Siehe die Stellungnahme des Bundesrats vom 25.5.2015 (abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153337>), wonach die Abmahnung aus Effizienz- und prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt sei.

[1083] Vgl. SUTTER/LÖRTSCHER, 99.

[1084] Botschaft UWG 2009, 6163, 6181.

[1085] SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 3a. Kritisch KUT/STAUBER, Rz. 149, wonach der Bundesrat nur äusserst zurückhaltend von dieser Kompetenz Gebrauch machen sollte.

b) Würdigung im AGB-rechtlichen Kontext

Der Gesetzgeber hat sich mit der Ausweitung der Bundesklage auf inländische unlautere Verhaltensweisen viel erhofft, hat er doch im Zuge der letzten UWG-Revision darauf verzichtet, die Verbandsklagemöglichkeiten auszubauen.[1086] Es erscheint jedoch fraglich, ob die Bundesklage einen wesentlichen Beitrag zur Bekämpfung von problematischen AGB leisten wird.[1087] Aus der Botschaft geht hervor, dass das Bundesklagerecht in erster Linie für die wirksame Abwehr von Betrügereien geschaffen wurde, um bspw. gegen Registerhaie, Internetbetrügereien oder irreführende Gewinnversprechen vorzugehen.[1088] 587

Spiegelbildlich lässt sich feststellen, dass beim SECO in den letzten Jahren verhältnismässig wenige Beschwerden betreffend AGB-Klauseln eingegangen sind. Statistische Angaben des SECO aus den Jahren 2015 bis 2020 zeigen, dass das SECO in diesem Zeitraum total 113'917 Beschwerden wegen unlauteren Geschäftspraktiken erhalten hat, wovon lediglich 368 (also 0.32 %) missbräuchliche Klauseln betrafen; von diesen 368 Beschwerden hat das SECO den AGB-Verwender in 50 Fällen abgemahnt.[1089] Die Möglichkeit, im Wege einer Bundesklage gegen missbräuchliche AGB nach Art. 8 UWG vorzugehen, wurde in der Praxis – soweit ersichtlich – noch nie wahrgenommen.[1090] Für sich sind die niedrige Anzahl Beschwerden und das Ausbleiben einer Bundesklage im AGB-Bereich insofern überraschend, als AGB definitionsgemäss eine grosse Anzahl von Kunden betreffen. An einseitigen AGB dürfte es in der Vertragspraxis ebenfalls nicht fehlen. 588

Im Gegensatz zu den Konsumentenschutzorganisationen verfügt der Bund theoretisch über die notwendigen finanziellen Mittel, um von seinem Zivilklagerecht re- 589

1086 Vgl. Botschaft UWG 2009, 6160.

1087 Kritisch auch KUT/STAUBER, Rz. 147; MARTIN, 300. Skeptisch in Bezug auf die Erfolgsaussichten der Bundesklage PICHONNAZ, intervention, 384.

1088 Vgl. Botschaft UWG 2009, 6180. Siehe auch KUT/STAUB, Rz. 147; SUTTER/LÖRTSCHER, 99.

1089 Siehe dazu die statistischen Angaben des SECO zu den Jahren 2015–2020 (jeweils separat), abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Werbe_Geschaeftsmethoden/Unlauterer_Wettbewerb/statistische_angaben.html>. Spezifisch zum Jahr 2016 BARMAN, Beschwerden 2016, 38; zum Jahr 2015 BARMAN, Beschwerden 2015, 53 f.

1090 Vgl. DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 39; PICHONNAZ, intervention, 380; SUTTER/LÖRTSCHER, 99.

gelmässig Gebrauch zu machen.[1091] Dies suggeriert indes nicht, dass ihm eine «Wächterfunktion» in Bezug auf AGB zukommt; der Bund bzw. das SECO dürfte kaum über die nötigen Ressourcen verfügen, um eine flächendeckende Kontrolle von AGB zu bewerkstelligen.[1092]

590 Die Ausübung des Zivilklagerechts des SECO dürfte nach dem Gesagten nur in Ausnahmefällen in Frage kommen.[1093] Ihre primäre Wirkung entfaltet die Bundesklage als Drohmittel im Zusammenhang mit Abmahnungen.[1094] Eine Abmahnung durch das SECO dürfte regelmässig genügen, um den AGB-Verwender dazu zu bewegen, potenziell unlautere AGB aus dem Verkehr zu nehmen oder diese freiwillig anzupassen.[1095] Der Verwender wird in aller Regel nicht das Risiko auf sich nehmen wollen, vom Bund eingeklagt zu werden.[1096] Das Problem mit den Abmahnverfahren ist jedoch, dass sie nicht immer ein ausreichend deutliches Signal an andere Wirtschaftsakteure senden, welche ähnliche AGB-Praktiken verfolgen.[1097] Zusammengefasst ist also auch der Bund nicht dazu geeignet, eine aktive Rolle im Kampf gegen missbräuchliche AGB einzunehmen.

II Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

591 Der (Sammel-)Begriff des kollektiven Rechtsschutzes[1098] umfasst prozessuale Instrumente zur kollektiven Erledigung einer Vielzahl von gleich oder gleichartig betroffenen Personen unter Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in mög-

---

1091 BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 2. Vgl. auch PICHONNAZ, nouveautés, 68.

1092 Vgl. SUTTER/LÖRTSCHER, 99. Siehe auch MARTIN, 300.

1093 SUTTER/LÖRTSCHER, 101; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 300.

1094 Vgl. SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 43, m.Verw. auf Botschaft UWG 2009, 6181.

1095 Botschaft UWG 2009, 6181 f.; SUTTER/LÖRTSCHER, 99; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 141.

1096 SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 300. Siehe auch BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 141.

1097 PICHONNAZ, intervention, 378 f. Vgl. KUT/STAUBER, Rz. 147, wonach ein zivilrechtlicher Prozess gegen unlautere AGB für den Bund auch die Gefahr der Ungleichbehandlung von Konkurrenten berge.

1098 Der Begriff «kollektiver Rechtsschutz» hat sich europaweit etabliert und wurde massgeblich von der EU-Kommission geprägt. Vgl. WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.1; DICKENMANN, 467 ff.

lichst einem einzigen gemeinsamen Verfahren mit kollektiver Wirkung.[1099] Kollektive Rechtsschutzinstrumente bezwecken eine gegenüber dem Individualrechtsschutz verbesserte prozessuale Effizienz, indem sie der Kompensation von Schäden als auch der Prävention unrechtmässiger Verhaltensweisen dienen.[1100]

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Potenzial des kollektiven Rechtsschutzes im AGB-Recht (Rz. 593 ff.). Ausgehend davon werden bestehende Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes auf ihre Geeignetheit zur Durchsetzung von Ansprüchen im Zusammenhang mit missbräuchlichen AGB untersucht. Dazu gehören die subjektive (Rz. 597 f.) sowie die objektive Klagehäufung (Rz. 599 f.), die allgemeine Verbandsklage nach ZPO (Rz. 601) und der Musterprozess (Rz. 602 ff.) 592

1 Potenzial des kollektiven Rechtsschutzes im AGB-Recht

Wie bereits gesehen (vorne, Rz. 563 ff.), fallen bei der Verwendung unlauterer AGB-Klauseln typischerweise Streuschäden an. Bei diesen tritt das zentrale Durchsetzungsproblem in Form der rationalen Apathie auf: Die ökonomisch denkende Geschädigte wird demnach auf eine Klage verzichten, wenn Kleinstansprüche betroffen sind und der Aufwand und das Ergebnis der Prozessführung in einem ungünstigen Verhältnis stehen.[1101] Im Wissen darum und die ausbleibende Geltendmachung von Ersatzansprüchen hat der potenzielle Schädiger seinerseits keinen ökonomischen Anreiz, den Schaden so gering wie möglich zu halten.[1102] 593

Umgemünzt auf die AGB-Problematik bedeutet dies, dass der AGB-Verwender in Anbetracht des rationalen Desinteresses seiner Kundschaft keine Anreize verspürt, seine AGB kundenfreundlich zu formulieren. Da er keine flächendeckenden Klagen zu befürchten hat, wird er vielmehr einseitige, ihn begünstigende Bestimmungen in seinen vorformulierten Klauselwerken favorisieren. Diese ungenügende 594

[1099] Bericht kollektiver Rechtsschutz, 58 m.w.H. Vgl. auch BERNET/HESS, 451; WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.1; WYSS, Rechtsschutz, Rz. 10.

[1100] Siehe WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.2. Letztlich geht es beim kollektiven Rechtsschutz um nichts anderes als die Durchsetzung des objektiven Rechts und um die Verwirklichung des verfassungsmässigen Justizgewährungsanspruchs nach Art. 29a BV und Art. 6 EMRK.

[1101] DROESE, 118 f.; HIRTE, 335; RUSCH, Recht, 579.

[1102] SCHÄFER, 68 ff. Aus einer rechtsökonomischen Perspektive eingehend BRÄNDLI, Switzerland, 177 ff.

Abschreckungswirkung führt aus gesamtökonomischer Sicht zu einem ineffizienten Schädigungsniveau.[1103]

595 Die kollektive Rechtsdurchsetzung erweist sich in solchen Fällen als notwendig, um die Rechtsdurchsetzung für die Klägerinnen wirtschaftlich sinnvoll zu gestalten und die rationale Apathie der einzelnen Betroffenen zu überwinden.[1104] Die Möglichkeit des kollektiven Rechtsschutzes kann ferner eine gewisse Signalwirkung erzielen, als insbesondere grössere Unternehmen zur Abwendung von Klagen gewisse Geschäftspraktiken – wie etwa die Verwendung missbräuchlicher AGB – präventiv aufgeben würden.[1105]

596 Bei der Verwendung missbräuchlicher AGB können nach Einschätzung des Bundesrats auch Massenschäden auftreten.[1106] Massenschäden verkörpern Schäden, bei denen eine Vielzahl von Personen durch ein Schadensereignis in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen ist, wobei der Schaden nicht nur gemessen an der Summe der Individualansprüche, sondern auch der Individualschaden für die einzelne Person gewichtig ist.[1107] Massenschäden bergen deshalb die Gefahr einer erhöhten Inanspruchnahme von Gerichten, was wiederum das Risiko widersprüchlicher Entscheide erhöht und insgesamt die Funktionsfähigkeit des Justizsystems beeinträchtigen könnte.[1108] Auch hier kann die kollektivierte Rechtsdurchsetzung einen Beitrag leisten, um eine Vielzahl gleich gelagerter Prozesse zu vermeiden und die Ressourcen der Parteien als auch der Justiz zu schonen.[1109]

2 Subjektive Klagehäufung (Art. 71 ZPO)

597 Die subjektive Klagehäufung oder auch einfache Streitgenossenschaft nach Art. 71 ZPO fasst «mehrere, rechtlich an sich voneinander unabhängige, aber

---

1103 Eingehend SCHÄFER, 68 ff. Vgl. auch WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.7.

1104 DROESE, 118 f.; RUSCH/WOHLGEMUTH, 112; VAN DEN BERGH/KESKE, 19 ff.

1105 RUSCH/WOHLGEMUTH, 112, m.Verw. auf HIRTE, 339. Vgl. ferner DROESE, 119; VAN DEN BERGH/KESKE, 19 ff.

1106 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 68.

1107 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 69; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, 9; MÜLLER, Wirtschaftsrecht, 803. Zur ohnehin schwierigen Abgrenzung von Streu- und Massenschäden LANGE, 13 ff.

1108 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 69 f.; DOMEJ, Rechtsschutz, 421.

1109 Vgl. PETER, Gruppenvergleichsverfahren, 140, der betont, dass Massenschäden hauptsächlich das Beschleunigungsgebot gefährden würden.

sachlich oder rechtlich zusammenhängende Klagen von mehreren Klägern oder Beklagten» in einem Prozess zusammen.[1110] Mit diesem zivilprozessualen Instrument könnten sich von einer unlauteren AGB-Klausel betroffene Kunden theoretisch zusammentun und diese Klausel gemeinsam einer gerichtlichen Beurteilung zuführen.

598 Die einfache Streitgenossenschaft zeichnet sich dadurch aus, dass jede klagende Person Parteistellung innehat und freiwillig am Verfahren teilnimmt.[1111] Die prozessualen Handlungen einer klagenden Partei wirken sich entsprechend nur auf deren individuelle Ansprüche aus, die einen selbstständigen Charakter und ihr eigenes rechtliches Schicksal besitzen.[1112] Die einfachen Streitgenossen müssen ihre Ansprüche somit jeweils in einem von den anderen Streitgenossen unabhängigen Prozess geltend machen. Die subjektive Klagehäufung vermag deshalb nichts an der Problematik der Geltendmachung von Kleinstansprüchen zu ändern, da die individuelle Klägerin weiterhin keinen Anreiz hat, vor Gericht zu ziehen.[1113] Im Fall von Streu- und Massenschäden wird es aus koordinationstechnischen Gründen ohnehin kaum machbar sein, die Vielfalt der verschiedenen Standpunkte von Klägerinnen mit eigener Prozessherrschaft gerichtlich zu bewältigen.[1114] Für die Durchsetzung von Massen- oder Streuschäden infolge der Verwendung unlauterer AGB-Klauseln ist die subjektive Klagehäufung somit nicht zielführend.[1115]

3 Objektive Klagehäufung (Art. 90 ZPO)

599 Bei der objektiven Klagehäufung nach Art. 90 ZPO erhebt eine Klägerin im gleichen Verfahren mehrere selbstständige Ansprüche gegen den Beklagten.[1116] Durch die Abtretung einer Vielzahl von Ansprüchen durch geschädigte Kundinnen an einen Konsumentenschutzverband, welcher diese Ansprüche in eigenem

---

1110 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 71. Siehe auch DROESE, 135 ff.

1111 Botschaft ZPO 2006, 7281; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 33.

1112 DROESE, 135; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, 170.

1113 BAUMGARTNER, Rz. 14.57; Bericht kollektiver Rechtsschutz, 76; DROESE, 136 f.; KISTLER/LISIK, 35. Vgl. auch BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 47.

1114 BRUNNER, Verbandsklage, 146 f.; DOMEJ, Rechtsschutz, 437.

1115 Vgl. BAUMGARTNER, Rz. 14.57 m.w.H.

1116 Dies kann kumulativ geschehen oder durch die Formulierung von Haupt- und Eventualbegehren. Vgl. BGE 125 III 95, E. 2a/aa; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 29 ff.

Namen gerichtlich geltend machen würde, könnte die objektive Klagehäufung somit theoretisch zur kollektivierten Rechtsdurchsetzung benutzt werden.[1117]

600 Obschon dieses Modell in Österreich[1118] verbreitet ist und jüngst auch hierzulande durch die Stiftung für Konsumentenschutz im Rahmen des «VW-Abgasskandals» erprobt wurde,[1119] konnte es in der Schweiz nicht Fuss fassen.[1120] Grund dafür dürfte der immense administrative Aufwand sein, welchen eine Vertreterorganisation zur Vorbereitung und Erhebung einer Klage auf sich nehmen müsste.[1121] Zu bezweifeln ist zudem, ob eine solche Form der Massenabtretung von Forderungen das Trägheitsmoment betroffener Kundinnen zu überwinden vermag.[1122] Schliesslich erweist sich der Markt für Prozessfinanzierung durch Dritte auf Basis eines Erfolgshonorars, der zur Finanzierung solcher Klagen erforderlich wäre, als unterentwickelt.[1123] Insgesamt stellt die objektive Klagehäufung deshalb ein ungeeignetes Instrument zur kollektivierten Rechtsdurchsetzung dar.[1124]

4 Verbandsklage (Art. 89 ZPO)

601 Die Verbandsklage nach Art. 89 ZPO erlaubt einem Verein oder einer Organisation von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, in eigenem Namen

---

1117 Eingehend BAUMGARTNER, Rz 14.59, 14.69.

1118 In Österreich wird das Modell gemeinhin als «Sammelklage österreichischer Prägung» bezeichnet. Vgl. aus der umfangreichen Literatur etwa KODEK, 615 ff.; SPITZER, 579 ff.

1119 Siehe hierzu BGer 4A_43/2020 vom 16.7.2020: Die Stiftung für Konsumentenschutz klagte vor dem Handelsgericht Zürich behauptete Schadenersatzansprüche infolge des «VW-Abgasskandals» ein, die ihr von rund 6000 Personen abgetreten wurden. Das Bundesgericht bestätigte im besagten Urteil jedoch die Auffassung des Handelsgerichts, dass auf die Klage mangels Prozessfähigkeit der klagenden Stiftung nicht einzutreten sei. Das Urteil ist bezeichnend für die Scheu der schweizerischen Gerichte im Zusammenhang mit der kollektivierten Durchsetzung von Ansprüchen. Vgl. für eine Urteilsbesprechung und eingehende Kritik DOMEJ, Prozessfähigkeit, 256 ff.

1120 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 74; DOMEJ, Rechtsschutz, 430; BERNET/HESS, 456.

1121 Vgl. BAUMGARTNER, Rz. 14.60; MÜLLER, Wirtschaftsrecht, 811; DOMEJ, Rechtsschutz, 437.

1122 Vgl. PICHT, 405 m.w.H.

1123 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 74 m.w.H.

1124 So auch der Befund in Bericht kollektiver Rechtsschutz, 76 f. Vgl. auch KISTLER/LISIK, 37 f.; KuKo ZPO-WEBER, Art. 89 N 5b.

auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen einer Personengruppe zu klagen. Der Regelungsgehalt von Art. 89 ZPO ist praktisch[1125] deckungsgleich mit dem der spezialgesetzlichen Verbandsklage unter Art. 10 Abs. 2 UWG.[1126] In Bezug auf die Durchsetzungsdefizite kann somit auf die Ausführungen zur UWG-Verbandsklage (vorne, Rz. 578 ff.) verwiesen werden. Explizit angemerkt sei, dass sich auch die ZPO-Verbandsklage als praxisuntaugliches Mittel zur Geltendmachung von Massen- und Streuschäden erwiesen hat, da sie auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt ist und keine Geltendmachung von finanziellen Ersatzansprüchen ermöglicht.[1127] Seit Inkrafttreten der bundesweiten ZPO findet sich in den publizierten Entscheiden keine einzige Verbandsklage nach Art. 89 ZPO.[1128]

5 Privatrechtliche Instrumente: Musterprozess

Die Vertragsfreiheit mit ihren wenigen Schranken ermöglicht es Parteien, ihre Konflikte jederzeit aussergerichtlich beizulegen. Im Spektrum der privatrechtlichen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes ist dabei der Musterprozess von besonderer Bedeutung. Der Musterprozess basiert auf einer privatrechtlichen Vereinbarung mehrerer potenzieller Klägerparteien mit dem Beklagten, ein in einem Modellverfahren ergangenes Urteil anzuerkennen.[1129] Dazu bestimmt die Klägergruppe eine Musterklägerin, welche den Modelprozess allein gegen den Beklagten führt. Das Ergebnis dieses Musterprozesses ist danach auch für alle nicht am Modellverfahren beteiligten Mitglieder der Klägergruppe verbindlich, welche Vertragsparteien der Musterprozessvereinbarung sind.[1130] Der Musterprozess kann in- 602

[1125] Im Unterschied zur ZPO-Verbandsklage kann eine Konsumentenschutzorganisation unter dem UWG gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 2 UWG auch die Veröffentlichung des Urteils beantragen.

[1126] Infolgedessen dürfte auch die Frage, ob das allgemeine Verbandsklagerecht nach Art. 89 ZPO neben der spezialgesetzlichen Verbandsklage gemäss Art. 10 Abs. 2 UWG zur Geltung kommen kann, von nur geringer Bedeutung sein. Weiterführend dazu DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 20.

[1127] Vgl. BAUMGARTNER, Rz. 14.62; KISTLER/LISIK, 36; MÜLLER, Schweiz, 39 ff.; WEBER, ZPO, 120.

[1128] Vgl. BAUMGARTNER, RZ. 14.62; BÜYÜKSAGIS, class action, 473; DROESE, 134 f.; WEBER, ZPO, 119.

[1129] DICKENMANN, 471; DROESE, 138; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, 163 ff.

[1130] Eingehend BLÄUER, 199.

sofern zu einer bedeutenden Kostenersparnis für alle involvierten Parteien führen, da im besten Fall nur ein Anspruch gerichtlich durchgesetzt werden muss, um die Ansprüche aller beteiligten Parteien verbindlich zu klären.[1131]

603 In der Schweiz hat der Musterprozess bis anhin kaum Bedeutung erlangt[1132] und dürfte auch zur Bekämpfung unlauterer AGB kein geeignetes Instrument darstellen.[1133] In Anbetracht des erheblichen Aufwands, eine Musterprozessvereinbarung auszuhandeln, werden rationale Klägerinnen bei Kleinstansprüchen weiterhin nicht aktiv werden.[1134] Ferner ist die Effektivität des Musterprozesses im Wesentlichen von der notwendigen Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten, insbesondere des AGB-Verwenders, abhängig.[1135] Wenn dieser einem Musterprozess nicht zustimmt, kommt keiner zustande.

604 Selbst wenn der AGB-Verwender einer Musterprozessvereinbarung einwilligt, wäre die Bindungswirkung des ergehenden Urteils, welche der Verwender sich im Falle des Unterliegens nur gegenüber den Parteien der Musterprozessvereinbarung entgegenhalten lassen müsste, rein vertraglicher Natur.[1136] Vertragsparteien, welche nicht Teil dieser Vereinbarung sind, müssten im Falle der weiteren Verwendung der unlauteren AGB-Klausel in einem separaten Prozess gegen den Verwender klagen. Für ebensolche Vertragsparteien verkörpert das Ergebnis eines Musterprozesses somit «nur»[1137] ein faktisches Präjudiz.[1138]

1131 Vgl. RUSCH/SCHIRRMACHER, 699 m.Verw. auf BLÄUER, 122.

1132 Vgl. Bericht kollektiver Rechtsschutz, 82 f. Siehe ferner DROESE, 139; MÜLLER, Wirtschaftsrecht, 813; KuKo ZPO-WEBER, Art. 89 N 5c.

1133 Eingehend RUSCH/SCHIRRMACHER, 698 ff.

1134 Vgl. DROESE, 138 f.

1135 Siehe Bericht kollektiver Rechtsschutz, 83; DICKENMANN, 470; DOMEJ, Rechtsschutz, 431.

1136 KISTLER/LISIK, 38; RUSCH/SCHIRRMACHER, 700. Siehe auch DROESE, 138, wonach dies der Grund sei, dass Musterprozesse bislang vor allem in streitigen Angelegenheiten mit dem Staat eine Rolle spielten, da dieser offenbar als verlässlicher Vertragspartner angesehen werde.

1137 RUSCH/SCHIRRMACHER, 700 mit der Anmerkung, dass dieses faktische Präjudiz in der Praxis zwar eine grössere Publizitätswirkung als ein Individualprozess hätte, unfaire AGB-Klauseln aber trotzdem nicht zum Verschwinden bringen würde.

1138 BERNET/HESS, 453; KuKo ZPO-WEBER, Art. 89 N 5c. Anders ist die Rechtslage für gewisse Rechtsgebiete in Deutschland, wo z.B. das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz im Bereich von Kapitalanlegerstreitigkeiten einen Musterprozess auch ohne Vereinbarung der Parteien vorsieht. Dazu Bericht kollektiver Rechtsschutz, 83.

III Zwischenfazit

Die Ausführungen illustrieren, dass das schweizerische Prozessrecht *de lege lata* keine adäquaten Instrumente gegen die Verwendung problematischer AGB-Klauseln bereitstellt. Es bestehen in erster Linie erhebliche Durchsetzungsdefizite im Zusammenhang mit Kleinstansprüchen: Sowohl den Kundinnen als auch den klagenden Verbänden fehlt von vornherein ein finanzieller Klageanreiz, um gegen missbräuchliche AGB vorzugehen. 605

Unter dem Gesichtspunkt der wirksamen Durchsetzung ist insbesondere die Beschränkung der Klageberechtigung von Konsumentenschutzorganisationen zu bedauern. *De lege lata* besteht für diese Organisationen keine Möglichkeit, einen Schaden der betroffenen Personen oder den erzielten Gesamtgewinn des AGB-Verwenders abzuschöpfen. Der Gesetzgeber hat sich offenbar dazu entschieden, diesen Defiziten im UWG durch den Ausbau der Bundesklage im Zuge der Revision des UWG zu begegnen. Im AGB-Bereich konnte die Bundesklage indes noch keine Wegmarken setzen. Obschon durch die Androhung einer Klage im Rahmen eines Abmahnverfahrens punktuell gewissen AGB-Praktiken begegnet werden kann, dürfte der Bund bzw. das SECO nicht in der Lage sein, eine proaktive Haltung in Bezug auf missbräuchliche AGB einzunehmen. 606

De lege lata stellt auch das Schweizer Zivilprozessrecht keine Instrumente zur Verfügung, welche für die kollektivierte Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, wie sie bei der Verwendung von unlauteren AGB anfallen könnten, geeignet sind. Das geltende Rechtsschutzsystem ist deshalb auf revidierte Instrumente angewiesen, um die identifizierten Durchsetzungsdefizite im AGB-Bereich zu beheben. Das nächste Kapitel befasst sich entsprechend mit den kollektiven Rechtsschutzinstrumenten *de lege ferenda* und unterzieht diese einer kritischen Würdigung aus AGB-rechtlicher Perspektive. 607

§ 3 Durchsetzungsinstrumente de lege ferenda

608 Nach wiederholten parlamentarischen Vorstössen zur Stärkung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes[1139] hat das Parlament den Bundesrat im Jahr 2015 beauftragt, die ZPO auf ihre Praxistauglichkeit zu überprüfen und einen Vorschlag zur punktuellen Verbesserung des Gesetzes auszuarbeiten.[1140] Der Bundesrat veröffentlichte Anfang des Jahres 2018 einen entsprechenden Vorentwurf (VE-ZPO) und schickte diesen in die Vernehmlassung. Im Rahmen der Vernehmlassung wurde die geplante Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes stark kritisiert.[1141] Um den weitgehend unumstrittenen Teil der ZPO Revision nicht zu gefährden, hat der Bundesrat entschieden, die Problematik des kollektiven Rechtsschutzes aus der Vorlage herauszulösen und separat zu behandeln.[1142] Am 10. Dezember 2021 legte der Bundesrat einen neuen, etwas weniger weit gehenden Entwurf (E-ZPO) zum kollektiven Rechtsschutz vor.[1143]

609 Im Wesentlichen sieht der Entwurf drei Neuerungen vor.[1144] Zunächst soll die bestehende Verbandsklage gemäss Art. 89 ZPO erweitert werden: Namentlich soll sie nicht mehr auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt sein, sondern zur Geltendmachung sämtlicher Rechtsverletzungen zur Verfügung stehen (Art. 89 E-ZPO; Rz. 610 ff.). Sodann sieht der Entwurf die Schaffung einer sepa-

---

[1139] Motion Birrer-Heimo 11.3977; Motion Schwab 13.3052; Motion Birrer-Heimo 13.3931.

[1140] Vgl. für einen Überblick WEBER, ZPO, 107 f.

[1141] Für eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens Botschaft ZPO 2021, 10 f.

[1142] Vgl. Botschaft ZPO 2020, 2721 f.

[1143] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 1 ff. Im Wesentlichen wird im Entwurf im Unterschied zum Vorentwurf auf die Schaffung eines separaten Gruppenvergleichsverfahrens (Art. 352a ff. VE-ZPO) verzichtet. Zur geäusserten Kritik am Gruppenvergleichsverfahren in der Vernehmlassung Botschaft ZPO 2021, 18 f.

[1144] Mit dem Ausbau und der Ergänzung der Verbandsklage nähert sich die Schweiz den Entwicklungen in der EU an, in der am 25. November 2020 die Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG («EU-Verbandsklagerichtlinie») in Kraft getreten ist. Wie in Botschaft ZPO 2021, 3, ausgeführt, geht der Entwurf in verschiedener Hinsicht bewusst deutlich weniger weit als die EU-Verbandsklagerichtlinie, als er auf die Einführung von Beweiserleichterungen bei Schadenersatzklagen sowie auf staatliche Finanzierung bestimmter Verbände bzw. deren Klagen verzichtet.

raten Verbandsklage vor, welche die kollektive Durchsetzung von reparatorischen Ansprüchen erlaubt (Art. 307*b*–307*g* E-ZPO; Rz. 618 ff.). Schliesslich sollen in Zukunft auch kollektive gerichtliche Vergleiche ermöglicht werden (Art. 307*h* – 307*l* E-ZPO; Rz. 636 ff.).

I Ausbau der bestehenden Verbandsklage

1 Regelungsgehalt

Die Regelung der bestehenden Verbandsklage in Art. 89 ZPO soll in verschiedenen Punkten angepasst werden, damit sie als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes effektiver genutzt werden kann.[1145] Dazu sollen künftig die Anforderungen an eine klagende Organisation klarer formuliert werden: Neu soll die Verbandsklage gemäss Art. 89 Abs. 1 E-ZPO Verbänden und Organisationen offenstehen, soweit sie nicht gewinnorientiert sind (lit. a); mindestens seit zwölf Monaten bestehen und damit nicht nur kurzfristig, *ad hoc*, errichtet sind (lit. b)[1146]; statutarisch oder satzungsmässig zur Interessenswahrung der betroffenen Personen befugt (lit. c) sowie unabhängig von der beklagten Partei sind (lit. d). Im Unterschied zum geltenden Recht ist vorgesehen, auf die in der Praxis vielfach unklare Voraussetzung, dass der Verband oder die Organisation von «gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung» sein muss, zu verzichten.[1147] 610

In Zukunft soll ausserdem die unter dem geltenden Recht herrschende sachliche Einschränkung der Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen aufgehoben werden. Die Verbandsklage soll künftig also für die Geltendmachung sämtlicher Rechtsverletzungen offenstehen (Art. 89 Abs. 1 E-ZPO). Darüber hinaus wird ausdrücklich vorgesehen, dass die Mitteilung eines Gerichtsurteils an Dritte oder dessen Veröffentlichung beantragt werden kann (Art. 89 Abs. 3 E-ZPO). Wie nach geltendem Recht soll die Verbandsklage für Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit zur Verfügung stehen (Art. 89 611

[1145] Im Ganzen Botschaft ZPO 2021, 20 ff.

[1146] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 21; siehe auch schon Botschaft ZPO 2006, 7289.

[1147] Botschaft ZPO 2021, 21 f.

Abs. 2 E-ZPO). Das bisherige Erfordernis, dass sich eine Verletzung weiterhin störend auswirkt, fällt dahin.[1148]

2 Defizite der Konzeption des Verbandsklageverfahrens aus AGB-rechtlicher Perspektive

612 Durch die vorgeschlagene Erweiterung der allgemeinen Verbandsklage auf sämtliche Rechtsverletzungen bildet Art. 89 E-ZPO eine tragfähige Grundlage zur Anfechtung von AGB-Bestimmungen. Aus zivilprozessualer Perspektive bestehen zwischen Art. 89 E-ZPO und dem geltenden Verbandsklageverfahren indes keine grossen Unterschiede. Sind Vereine oder Organisationen nach Art. 89 E-ZPO klageberechtigt, so machen sie ihre eigenen Ansprüche in eigenem Namen geltend, unabhängig von den individuellen Ansprüchen der jeweiligen Gruppenmitglieder. Prozessual handelt sich bei Art. 89 E-ZPO folglich weder um eine echte Sammelklage noch um eine Form einer repräsentativen Klage. Von Interesse für die vorliegende Untersuchung sind die mit einer derart ausgestalteten Verbandsklage einhergehenden Implikationen für das AGB-Recht.

613 Art. 8 UWG ermöglicht in Kombination mit der Verbandsklage der Konsumentenschutzorganisationen und dem Klagerecht des Bundes eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln, d.h. eine Kontrolle ausserhalb eines konkreten Vertragsverhältnisses (vgl. vorne, Rz. 287). Ein letztinstanzliches Urteil würde – gemäss der geltenden und *de lege ferenda* unverändert vorgeschlagenen Konzeption des Verbandsklagerechts – seine Bindungswirkung aber lediglich zwischen den betroffenen Parteien entfalten (sog. *inter partes*-Wirkung).[1149] Selbst wenn ein Gericht also im Rahmen einer Klage einer Konsumentenschutzorganisation eine AGB-Klausel als missbräuchlich erklärt, würde sich die materielle Rechtskraft dieses Urteils nicht automatisch auf im Prozess unbeteiligte Kundinnen des AGB-Verwenders erstrecken.[1150] Einem im Wege der abstrakten Inhaltskontrolle

---

[1148] Dieses hat in der Vergangenheit in der Rechtsprechung bereits zur Unzulässigkeit von Verbandsklagen geführt. Vgl. BGer 4A_483/2018 vom 8.2.2019, E. 3.

[1149] Vgl. GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, 152 ff m.w.H; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, Rz. 524.

[1150] Eine Beseitigungsklage im Zusammenhang mit missbräuchlichen AGB wäre deshalb nicht vielversprechend, da sich der Kunde nicht auf ein ergehendes Urteil zwischen der Konsumentenschutzorganisation und dem AGB-Verwender berufen könnte. Obschon eine Unterlassungsklage theoretisch dazu geeignet wäre, dem AGB-Verwender die künftige Verwendung unlauterer AGB zu verbieten, hätte auch sie keine Aus-

ergangenen Urteil kommt sowohl unter Art. 89 ZPO als auch unter Art. 89 E-ZPO somit lediglich – aber immerhin[1151] – eine faktische Präjudizwirkung zu, indem Gruppenmitglieder indirekt von einem publizierten Urteil profitieren, wenn sie im Anschluss ein individuelles Leistungsbegehren einreichen.[1152]

Dieser Umstand ist gerade im AGB-Bereich unbefriedigend, wo die vorformulierten Klauseln definitionsgemäss für viele Verträge gelten sollen und der Kern der abstrakten AGB-Inhaltskontrolle genau darin besteht, zu beurteilen, ob die strittigen AGB-Klauseln den Kundinnen gegenüber wirksam sind.[1153] Der repräsentative Charakter der abstrakten AGB-Inhaltskontrolle wird bei ihrer prozessualen Geltendmachung somit ignoriert, was aus prozessökonomischer Sicht nicht wünschenswert ist und der abstrakten AGB-Inhaltskontrolle ihre Durchschlagskraft raubt.[1154] 614

3 Potenzial einer prozessualen erga omnes-Wirkung im AGB-Recht

Damit sich das Verbandsklagerecht zu einer scharfen Waffe im Kampf gegen unlautere AGB-Klauseln entwickeln kann, müsste die Verwendung einer AGB-Klausel, welche sich im Rahmen der abstrakten Inhaltskontrolle als missbräuchlich erwiesen hat, *de lege ferenda* auch in allen bestehenden Verträgen des AGB-Verwenders missbräuchlich sein. Stellt ein Gericht infolge einer Klage einer Konsumentenschutzorganisation oder des Bundes die Unzulässigkeit einer AGB-Klausel nach Art. 8 UWG fest, sollte sich die einzelne Kundin in einem 615

wirkungen auf solche AGB, welche bereits als Teil eines Vertrags vereinbart worden sind. Vgl. auch BRUNNER, Verbandsklage, 146; GORDON-VRBA, Verbandsklagen, Rz. 29.

1151 So hat ein Urteil verbunden mit einer Urteilsveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 UWG) immerhin das Potenzial, eine mässigende Wirkung auf den AGB-Verwender zu entfalten, als sie eine steigende Anzahl Klagen begünstigen könnte und mit der Gefahr einherginge, dass Kunden die Geschäftsbeziehung mit dem Verwender aufgeben würden. Vgl. im Ganzen DUPONT, Rz. 73.

1152 BGE 73 II 65, E. 3; DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 34; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 301. In Bezug auf Art. 89 ZPO BSK ZPO-KLAUS, Art. 89 N 57; BK ZPO-MARKUS, Art. 89 N 14. Vgl. zum Nutzen eines von einer Konsumentenschutzorganisation erwirkten Feststellungsurteils BERNI, 13 f.

1153 Vgl. RUSCH, Recht, 579; RUSCH/SCHIRRMACHER, 692; aus rechtsvergleichender Perspektive ATAMER/PICHONNAZ, 27; im Kontext der EU-Klauselrichtlinie ROTT, 8.

1154 Vgl. im Kontext von Art. 89 ZPO MÜLLER, Schweiz, 22, m.Verw. auf DOMEJ, Rechtsschutz, 427.

Individualverfahren demnach auf dieses Nichtigkeitsurteil berufen können. Der abstrakten Inhaltskontrolle würde dadurch eine «*erga omnes*-Wirkung»[1155] zukommen.

616 Im AGB-Recht wäre die Einführung einer *erga omnes*-Wirkung eines im Verbandsklageverfahren erstrittenen Urteils mehr als angezeigt, als sie Sinn und Zweck der abstrakten AGB-Inhaltskontrolle entspricht.[1156] Europarechtlich ist die Möglichkeit der Rechtskrafterstreckung im AGB-Bereich vorgeschrieben.[1157] Mit § 11 S. 1 UKlaG sieht das deutsche Recht eine ähnliche Wirkung vor: Wird ein Verwender in Deutschland zur Unterlassung verurteilt, so kann eine Kundin, die nicht am Ausgangsverfahren beteiligt war und von einer als missbräuchlich qualifizierten AGB-Klausel betroffen ist, die Unwirksamkeit der Klausel als Einrede[1158] vor Gericht geltend machen.[1159] Diese in § 11 UKlaG enthaltene Rechtsfigur wird auch als «einseitige Rechtskrafterstreckung» bezeichnet.[1160]

617 Es bleibt abzuwarten, ob sich die Einführung einer über das Verbandsurteil hinausgehenden Bindungswirkung *de lege ferenda* in der hiesigen AGB-Praxis etablieren wird. Die schweizerische Lehre scheint sich im Zusammenhang mit der

---

1155 Zur *erga omnes*-Wirkung eingehend GORDON-VRBA, Verbandsklagen, Rz. 31.

1156 Befürwortend TH. KOLLER, Art. 8 UWG, 74 f.; MAISSEN, Art. 8 UWG, Rz. 357; MARTIN, 301; PICHONNAZ, 8 LCD, 145; RUSCH, Recht, 579; WIDMER, Rz. 327; explizit a.M. HESS/RUCKSTUHL, 1208 f. Vgl. GORDON-VRBA, Verbandsklagen, Rz. 44, mit der Anmerkung, dass in diesem Zusammenhang zu beachten wäre, das rechtliche Gehör der dem Verfahren fernbleibenden Konsumenten zu gewährleisten. Ihrer Meinung nach könnte dies allerdings mit einer sorgfältigen Beachtung der Anforderungen an die Aktivlegitimation von Konsumentenschutzorganisationen sichergestellt werden.

1157 Siehe EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, EU:2012:242, Rn. 14: Erhebt eine Verbraucherschutzorganisation eine Unterlassungsklage gegen einen AGB-Verwender, kann das nationale Recht der richterlichen Feststellung, dass eine AGB-Klausel missbräuchlich ist, Wirkung zugunsten aller nicht am Prozess beteiligten Verbraucher zuerkennen, welche von der entsprechenden AGB-Klausel betroffen sind.

1158 Die Urteilswirkung ist somit nicht von Amts wegen zu beachten – womit keine eigentliche *erga omnes*-Wirkung vorliegt – sondern nur dann, wenn die Kundin sich explizit darauf beruft (sog. Einredelösung). Dazu MüKo ZPO-MICKLITZ/ROTT, § 11 UKlaG N 1, 10.

1159 Der Betroffene kann sich dabei auf ein obsiegendes Urteil berufen, während eine Klageabweisung nicht zu seinen Lasten geht. Eingehend MüKo ZPO-MICKLITZ/ROTT, § 11 UKlaG N 4 m.w.H.; Staudinger-PIEKENBROCK, § 11 UKlaG N 1 ff.

1160 Weiterführend aus der deutschen Literatur Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER, § 11 UKlaG N 3; Staudinger-PIEKENBROCK, § 1 UKlaG N 6.

allgemeinen Verbandsklage nach Art. 89 ZPO gegen eine solche Rechtskrafterstreckung auszusprechen.[1161] Mit Art. 105 FusG ist jedoch festzustellen, dass im schweizerischen Privatrecht bereits eine Form der repräsentativen Klage besteht. Art. 105 Abs. 1 FusG erlaubt es den Mitgliedern einer von einer Fusion betroffenen Gesellschaft (d.h. in der Regel den Minderheitsaktionären), auf gerichtliche Festsetzung einer Entschädigung zu klagen, wenn deren Mitgliedschaftsrechte verletzt wurden.[1162] Bemerkenswert ist die in Art. 105 Abs. 2 FusG vorgesehene Erstreckung der Rechtskraftwirkung des vom benachteiligten Minderheitsgesellschafter erstrittenen Urteils auf alle übrigen Gesellschafter, welche sich in der gleichen Rechtsstellung befinden. Auch in diesem Zusammenhang spricht die Literatur von einer prozessualen *erga omnes*-Wirkung.[1163]

II Reparatorische Verbandsklage

Kern der vorgeschlagenen Neuerungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes ist die Einführung einer reparatorischen Verbandsklage (Art. 307*b*–307*g* E-ZPO). Zukünftig soll damit die allgemeine Verbandsklage neben den bisherigen Rechtsbegehren auf Feststellung, Unterlassung und Beseitigung auch auf finanziellen Ersatz lauten und damit zur Durchsetzung geldwerter Ansprüche dienen können.[1164] 618

1 Regelungsgehalt

a) Allgemeines

Anders als bei der allgemeinen Verbandsklage macht der Verband im Wege einer reparatorischen Verbandsklage nicht eigene Rechte, sondern eine Viel- 619

[1161] Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BESSENICH/BOPP, Art. 89 N 6; SHK ZPO-HAHN, Art. 89 N 15; OFK ZPO-MOHS, Art. 89 N 7; KuKo ZPO-WEBER, Art. 89 N 21.

[1162] Näheres bei BSK FusG-DUBS/FREHNER, Art. 105 N 36 ff.; OFK FusG-VOGEL et al, Art. 105 N 17 ff.

[1163] DROESE, 139; ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105 N 3; OFK FusG-VOGEL et al., Art. 105 N 17. Siehe auch Bericht kollektiver Rechtsschutz, 85, m.Verw. auf GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, 189, wonach sich die Rechtskraftwirkung nur zu Gunsten, nicht aber zu Lasten der klagenden Gesellschafter auswirken könne. A.M. diesbezüglich BERTSCHINGER, 840.

[1164] Eingehend zur reparatorischen Verbandsklage MÜLLER, Schweiz, 40 ff. (noch zu Art. 89a VE-ZPO).

zahl von geldwerten Ersatzansprüchen der betroffenen Personen geltend (Art. 307*b* E-ZPO). Diese müssen dazu entweder vorgängig ihre Ermächtigung zur Verbandsklage gegeben oder sich der Klage nach deren Zulassung angeschlossen haben (Art. 307*d* E-ZPO).

620 Wie bereits im Vorentwurf[1165] vorgeschlagen, folgt die Verbandsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen somit uneingeschränkt dem *Opt-in*-Modell: Nur wenn und soweit betroffene Personen einem Verband oder einer Organisation ausdrücklich ihre Ermächtigung zur Prozessführung erteilen, erstreckt sich auch die Rechtskraft eines Urteils auf die einzelnen Ansprüche dieser Personen (vgl. Art. 307*f* Abs. 1 E-ZPO). Diese prozessualen Konsequenzen, welche mit einer solchen Form der (gewillkürten) Prozessstandschaft einhergehen, sind dem schweizerischen Recht bisher fremd.[1166]

b) Voraussetzungen

621 Aufgrund der im Vergleich zur allgemeinen Verbandsklage weitergehenden prozessualen Konsequenzen sollen für die reparatorische Verbandsklage höhere Anforderungen in Bezug auf die Klagebefugnis gelten. Der klagende Verband oder die klagende Organisation muss zunächst entweder nach Art. 89 E-ZPO oder nach einer besonderen gesetzlichen Bestimmung zur Erhebung der Verbandsklage legitimiert sein (Art. 307*b* lit. a E-ZPO). *Ad-hoc*-Gruppierungen sind nach Massgabe von Art. 89 Abs. 1 lit. b E-ZPO somit von der Anhebung einer reparatorischen Verbandsklage ausgeschlossen.[1167]

622 Die Erhebung der reparatorischen Verbandsklage setzt sodann voraus, dass die klagende Organisation von mindestens zehn betroffenen Personen schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zur Prozessführung ermächtigt wurde (Art. 307*b* lit. b E-ZPO). Bei den Ermächtigungen handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die im Zeitpunkt der Klageeinleitung vorliegen muss.[1168]

623 Die geltend gemachten Ansprüche müssen schliesslich auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (Art. 307*b* lit. c E-ZPO). Dies entspricht dem

---

[1165] Vgl. Art. 89a VE-ZPO; Botschaft Erläuternder Bericht VE-ZPO, 42 ff.

[1166] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 17, 24 f.

[1167] Botschaft ZPO 2021, 21. Kritisch zum Ausschluss von *ad hoc*-Gruppierungen schon in Bezug auf den Vorentwurf CEREGATO, Rz. 16; PETER, Vorentwurf, 113.

[1168] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 23.

für die objektive Streitgenossenschaft nach Art. 71 ZPO geforderten Sachzusammenhang (vgl. vorne, Rz. 597 f.) und soll gewährleisten, dass die gebündelte Geltendmachung von Ersatzansprüchen effizient und prozessökonomisch erfolgt.[1169]

c) Verfahren

624 Anders als noch im Vorentwurf ist für die reparatorische Verbandsklage neu ein Zulassungsverfahren vorgesehen.[1170] Die Klageeinleitung erfolgt demnach durch einen Antrag, über den das Gericht nach Anhörung der beklagten Partei entscheidet (Art. 307*c* E-ZPO). Das eigentliche Verbandsklageverfahren wird also nur dann durchgeführt, wenn die Voraussetzungen zur Erhebung der Klage erfüllt sind. Wird die reparatorische Verbandsklage zugelassen, ist sie in einem öffentlich zugänglichen elektronischen Register einzutragen (Art. 307*e* Abs. 4 i.V.m. Art. 307*g* E-ZPO).

625 Im Anschluss daran können sich betroffenen Personen innert einer vom Gericht festzulegenden Frist von mindestens drei Monaten der Verbandsklage anschliessen (Art. 307*d* lit. b E-ZPO). Haben Personen vor der Zulassung der Verbandsklage individuell Klage zur Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche gegen die Beklagte Partei erhoben, können sie diese Klage zurückziehen und sich stattdessen der Verbandsklage anschliessen (Art. 307*d* Abs. 3 ZPO).[1171] Im darauffolgenden Verfahren entscheidet das Gericht über die geltend gemachten Ersatzansprüche, es sei denn, dass es in der Folge und vor einem Entscheid zum Abschluss eines kollektiven Vergleichs kommt (vgl. Art. 307*h* ff. E-ZPO).[1172]

[1169] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 23 f.

[1170] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 24.

[1171] Abweichend von Art. 65 ZPO hätte somit der Klagerückzug in diesen Fällen keine Rechtskraftwirkung. Vgl. Botschaft ZPO 2021, 25.

[1172] Ansonsten gelten in Bezug auf das Verfahren grundsätzlich die allgemeinen Regelungen von Art. 219 ff. ZPO. Speziell zu erwähnen sei, dass das Gericht die Parteien stets zu einer Einigungsverhandlung vorlädt (Art. 307*e* Abs. 1 E-ZPO). Damit die interessierte Öffentlichkeit über kollektive Verfahren informiert ist, ist sodann vorgesehen, dass die Kantone ein elektronisches und öffentlich zugängliches Register führen, welches die wesentlichen Informationen zu den Verfahren enthält (Art. 307*g* E-ZPO).

2 Würdigung und Potenzial im AGB-Bereich

a) Grundsätzliche Befürwortung

626 Im Zusammenhang mit den Durchsetzungsdefiziten bei Massen- und Streuschäden wäre eine reparatorische Verbandsklage nach dem Modell des Art. 307*b* E-ZPO im Grundsatz äusserst begrüssenswert.[1173] Die Ausgestaltung als repräsentative Klage würde es künftig erlauben, über die Ansprüche aller Zustimmenden mit Bindungswirkung zu urteilen.[1174] Eine solche Form der Prozessstandschaft wäre eine wesentliche Weiterentwicklung gegenüber dem geltenden Recht.[1175]

627 Im AGB-Bereich würde eine Möglichkeit der Geltendmachung reparatorischer Ansprüche unmittelbar die finanziellen Klageanreize von Konsumentenschutzorganisationen stärken.[1176] Ausserdem schafft die reparatorische Verbandsklage Anreize für Prozessfinanzierer, gegen eine Gewinnbeteiligung für die Kosten des Prozesses aufzukommen. Gegenüber der Variante, dass die betroffenen Angehörigen ihre Schadenersatzansprüche zur Durchsetzung an einen Verein oder eine andere Organisation abtreten und diese Ansprüche danach im Wege einer objektiven Klagehäufung geltend gemacht werden, ist die verbandsklageweise Durchsetzung auch einfacher konzipiert. Anstelle von Abtretungserklärungen müssten die einzelnen Betroffenen lediglich entsprechende Teilnahmeerklärungen einreichen.[1177]

b) Defizite des Opt-in-Modells

628 Einem *Opt-in*-Erfordernis folgend erstreckt sich die Rechtskraft eines im Rahmen einer reparatorischen Verbandsklage ergehenden Urteils nur auf diejenigen Personen, welche den klagenden Verein oder die klagende Organisation zur Prozess-

---

1173 SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 9 N 176. Generell befürwortend für die Durchsetzung von Streuschäden BRÄNDLI, Switzerland, 188; DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 19; WYSS, Rechtsschutz, Rz. 110.

1174 Dogmatisch muss die reparatorische Verbandsklage somit klar von der allgemeinen Verbandsklage unterschieden werden. Vgl. (noch zum Vorentwurf) BRÄNDLI/HEINTZ, 378; BÜYÜKSAGIS, class action, 479. Siehe ferner DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 19.

1175 Vgl. in Bezug auf Verbandsklagen im AGB-Bereich schon SCHUMACHER, Rz. 1636: «Die Verbandsklage sollte unbedingt thematisiert werden.»

1176 Vgl. generell BRÄNDLI, Switzerland, 188; HEINEMANN, Rz. 9.88.

1177 Vgl. Erläuternder Bericht VE-ZPO, 45; WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.31.

führung ermächtigt haben. Der Entwurf verzichtet wie bereits der Vorentwurf (vgl. Art. 89a VE-ZPO) somit auf ein *Opt-out*-Modell. Bei einer *Opt-out*-Ausgestaltung würde sich die Rechtskraft eines Urteils auf sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen unabhängig davon erstrecken, ob sie an der Verbandsklage beteiligt sind oder nicht.

Die *Opt-in*-Variante der reparatorischen Verbandsklage erhält im hiesigen Rechtsraum mehr Zuspruch, weil sie besser in die schweizerische Prozesslandschaft passe: Eine *Opt-in*-Mechanik sei demnach eher dazu geeignet, die Dispositionsfreiheit, Privatautonomie und den Anspruch auf rechtliches Gehör der einzelnen Gruppenmitglieder zu bewahren, als dies bei einem *Opt-out*-Ansatz der Fall wäre.[1178] In der Praxis ist die *Opt-in*-Ausgestaltung der reparatorischen Verbandsklage jedoch nur für die kollektivierte Durchsetzung von Massenschäden konsequent: Da im Falle von Massenschäden die einzelne Betroffene nicht unerheblich geschädigt ist, hat sie ein Interesse an der Rechtsdurchsetzung, wodurch sie auch aktiv wird und der klagenden Organisation eine Beitrittserklärung abgibt.[1179] 629

Es lässt sich hingegen bezweifeln, ob eine als *Opt-in* konzipierte Klage einen grundlegenden Beitrag zur Klärung von Kleinstansprüchen leisten wird. Angesichts des Phänomens der rationalen Apathie dürfte betroffenen Personen auch der Anreiz fehlen, einer reparatorischen Verbandsklage durch Teilnahmeerklärung beizutreten.[1180] Bei einer *Opt-in*-Ausgestaltung dürfte die Teilnahmequote im Vergleich zu einer *Opt-out*-Verbandsklage infolgedessen deutlich tiefer ausfallen.[1181] Insofern relativiert das *Opt-in*-Erfordernis in gewisser Hinsicht das Ziel der reparatorischen Verbandsklage, Massen- und Streuschäden möglichst umfassend zu bereinigen. Die *Opt-in*-Klage hat nach dem Gesagten auch eine begrenzte Ab- 630

1178 Weiterführend dazu BÜYÜKSAGIS, class action, 480; PETER, Vorentwurf, 111.

1179 So WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.31. Vgl. auch Botschaft ZPO 2021, 16 f., wonach mit der reparatorischen Verbandsklage die kollektive Durchsetzung von Massenschäden und nur «teilweise» auch von Streuschäden effektiv ermöglicht werden soll.

1180 BÜYÜKSAGIS, class action, 480; BUCHNER, 106; DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, 445 f.; KISTLER/LISIK, 43; KÖLZ, 873; VAN DEN BERGH/KESKE, 23 f.; WEBER, Kollektiver Rechtsschutz, Rz. 25.31. Siehe auch die rechtsvergleichenden Verweise bei PETER, Gruppenvergleichsverfahren, 155 ff.

1181 DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, 445; PETER, Vorentwurf, 151 m.w.H. Vgl. ferner die empirische Untersuchung bei MULHERON, 431 ff. m.w.H.

schreckungswirkung gegenüber potenziellen Schädigern wie etwa AGB-Verwendern.[1182]

c) Potenzial eines Opt-out-Modells

631 In Anbetracht der bisherigen Ausführungen wäre es durchaus angebracht, die reparatorische Verbandsklage *de lege ferenda* so zu gestalten, dass ein konkludentes *opting in* für alle Betroffenen greift und nur per explizitem *opting out* die Möglichkeit bestünde, im Nachgang einen separaten Individualprozess zu führen.[1183] Ein *Opt-out*-Modell ist nach der hier vertretenen Meinung gerechtfertigt, wenn es notwendig erscheint, die kollektiven Interessen einer Gruppe zu schützen, bei denen eine ausdrückliche Zustimmung zur Prozessführungen schwierig zu erhalten ist.[1184] Es hat sich gezeigt, dass dies im AGB-Bereich oftmals der Fall ist: Der Ersatzanspruch ist oftmals so gering, dass die potenzielle Klägerin sich nicht veranlasst sieht, aktiv zu werden.

632 Unter dem *Opt-out*-Regime wird das Problem des rationalen Desinteresses folglich besser überwunden. Der primäre Nutzen einer *Opt-out*-Gruppenklage liegt denn auch darin, dass sie aufgrund der hohen Anzahl der Betroffenen, die an einer Klage teilnehmen, eine abschreckende Wirkung entfaltet.[1185] Sie setzt einen ökonomischen Anreiz für Unternehmen, sich von Beginn weg rechtskonform zu verhalten und fördert dadurch ein volkswirtschaftlich effizientes Verhalten.[1186] Ein

---

1182 BÜYÜKSAGIS, class action, 480.

1183 Vgl. BRÄNDLI/HEINTZ, 383.

1184 Vgl. in Bezug auf den *Opt-out*-Vergleich Botschaft ZPO 2021, 28: «Bei einem geringen Ersatzanspruch übersteigt das Interesse an einer solchen zumeist nur teilweisen vergleichsweisen Durchsetzung des Ersatzanspruchs das Interesse an der vollständigen Gewährung der Parteirechte und Verfahrensgarantien, zumal es dann gerade zu keiner Rechtsdurchsetzung käme.»

1185 Eingehend zur Abschreckungswirkung von Sammelklagen aus rechtsökonomischer Perspektive VAN DEN BERGH/KESKE, 22 ff.

1186 Aus der amerikanischen Literatur grundlegend KALVEN/ROSENFIELD, 686: *«Modern society seems increasingly to expose men to [such] group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random and fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in the particular case, but it will operate seriously to impair the deterrent effect of the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive*

Opt-out-Verfahren bietet schliesslich auch dem Beklagten den Vorteil, dass damit Rechtssicherheit gegenüber allen Gruppenmitgliedern geschaffen werden kann.[1187] Auch in seinem Bericht kommt der Bundesrat selbst zum Schluss, dass *Opt-out*-Klagen «zur kollektiven Geltendmachung von Streuschäden geeignet erscheinen»[1188] und gerade in diesem Bereich eine besonders grosse Rechtsschutzlücke im schweizerischen Prozessrecht besteht.[1189]

633 BÜYÜKSAGIS spricht sich im Sinne einer flexibleren Lösung auch für eine Kombination der beiden Modelle aus: Er schlägt vor, die Form des reparatorischen Verbandsklageverfahrens (*opt-in* oder *opt-out*) gesetzlich nicht streng festzulegen.[1190] Es sollte vielmehr den Gerichten überlassen werden, die Art der Klage je nach Merkmalen des Rechtsstreits bestimmen zu können.[1191] Nach der hier vertretenen Meinung wäre auch ein solcher Ansatz der *de lege ferenda* vorgeschlagenen *Opt-in*-Lösung vorzuziehen: Eine Regelung wäre dienlich, bei der das Gericht eine *Opt-out*-Klage beschliessen könnte, wenn die Ansprüche der einzelnen betroffenen Personen so gering sind, dass sich eine individuelle Klage für sie nicht lohnen würde. Mit einer solchen flexiblen Regelung könnte der Zugang zum Recht bei Kleinstansprüchen effizienter gewährleistet werden, als dies bei einer reinen *Opt-in*-Konzeption der Fall wäre.

634 Den Bundesrat dürfte letztlich insbesondere das negative Image der typisch amerikanischen *class action* dazu veranlasst haben, eine Klage nach Modell des *opting in* zu bevorzugen und die *Opt-out*-Sammelklage ohne nähere Begründung abzulehnen.[1192] Entgegen teilweise geäusserter Kritik dürfte nach der hier vertretenen

---

group remedy is thus a major one.» Siehe ferner KÖLZ, 873 f.; PERUCCHI, 492 ff.; SCHUMACHER, Rz. 1638.

1187 DOMEJ, kollektiver Rechtsschutz, 446. Die Autorin fügt hinzu, dass deswegen auch rechtstreue Mitbewerber, die auch darunter zu leiden haben, dass sich Rechtsbruch häufig bezahlt macht, ein Interesse an der Schaffung eines *Opt-out*-Verfahrens haben sollten.

1188 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 91.

1189 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 101 ff.

1190 BÜYÜKSAGIS, class action, 480.

1191 BÜYÜKSAGIS, class action, 480, dessen Ansicht nach das Konzept einer *«taille unique»* nicht für alle klagenden Personen in einem Sammelverfahren geeignet sei. Während in einigen Fällen die *Opt-out*-Lösung vorzuziehen sei, bilde die *Opt-in*-Lösung in anderen Fällen die bessere Alternative.

1192 Vgl. Botschaft ZPO 2021, 8; Erläuternder Bericht VE-ZPO, 18, 45. Siehe auch BÜYÜKSAGIS, class action, 479; MEIER, 620.

Ansicht nicht zu erwarten sein, dass die Einführung einer reparatorischen Verbandsklage nach *Opt-out*-Ansatz zu «US-amerikanischen Verhältnissen» führen würde – zu unterschiedlich sind hierfür die Klagekulturen in den zwei Ländern.[1193] So verortet auch der Bundesrat selbst das Hauptproblem des amerikanischen Modells nicht in der *class action* als solcher, sondern im «Giftschrank» des US-Prozessrechts: Dazu gehören die *American rule* (kein Kostenersatzanspruch der obsiegenden Partei), die *jury trials* (Verhandlungen vor einer grossmehrheitlich aus Laien zusammengesetzten Richterbank), die Möglichkeit zur Verurteilung zu *punitive damages* (Strafschadenersatzzahlungen im Umfang eines Vielfachen des effektiven Schadens) und die *pretrial discovery* (umfassende Auskunfts-, Einsichts- und Herausgabepflichten der Beklagten im Vorfeld des Prozesses).[1194]

635 Vor diesem Hintergrund ist somit darauf zu achten, keinen «zwangsläufigen Nexus» zwischen Sammelklage-Exzessen und einer reparatorischen Verbandsklage nach *Opt-out*-Modell herzustellen.[1195] Ob die wirksame Geltendmachung von Kleinstansprüchen auf andere Weise besser erreicht werden kann als durch einen O*pt-out*-Ansatz, muss letztlich bezweifelt werden. In Anbetracht der bisherigen Ausführungen wäre es auf jeden Fall nicht gerechtfertigt, die Einführung eines O*pt-out*-Modells im AGB-Recht komplett vom politischen Diskurs auszuschliessen.[1196]

III Kollektiver Vergleich

1 Regelungsgehalt

636 Das neue Verbandsklageverfahren soll mit Regelungen zu kollektiven Vergleichen in der ZPO ergänzt werden (Art. 307*h* ff. E-ZPO). Im Unterschied zum Vorentwurf sind dafür einerseits Regelungen für Vergleiche im Rahmen des reparatorischen Verbandsklageverfahrens zu schaffen; andererseits soll es künftig auch

---

1193 Vgl. Bericht kollektiver Rechtsschutz, 88; HALBLÜTZEL, 141; PETER, Vorentwurf, 119.

1194 Bericht kollektiver Rechtsschutz, 88. Siehe auch BÜYÜKSAGIS, class action, 479; DROESE, 121 ff.; WYSS, Rechtsschutz, Rz. 66.

1195 Vgl. BAUMGARTNER, Rz. 14.70; KÖLZ, 874; PICHT, 405.

1196 Vgl. KÖLZ, 875, dessen Meinung nach die in Bezug auf die Dispositionsmaxime geäusserten Bedenken eines O*pt-out*-Modells im Resultat «eher etwas übertrieben» seien. Auch DOMEJ, Rechtsschutz, 437, macht in diesem Zusammenhang eine «gewisse Tendenz» dahingehend aus, «die gegenwärtige einfachgesetzliche Ausgestaltung des zivilprozessualen Rechtsschutzsystems zur einzig zulässigen zu erklären».

möglich sein, kollektive Vergleiche ausserhalb eines solchen Verbandsklageverfahrens zu regeln.

Konkret sieht der Entwurf vor, dass der klagende Verband einerseits und die Beklagte andererseits einen zwischen ihnen geschlossenen Vergleich dem Gericht zur Genehmigung vorlegen (Art. 307*h* E-ZPO). Das Gericht genehmigt den Vergleich nach Art. 307*j* E-ZPO, wenn die Vereinbarung angemessen ist (lit. a); eine allfällige von den Parteien vereinbarte Mindestanzahl oder -quote von durch den Vergleich gebundenen betroffenen Personen erreicht ist (lit. b); der Vergleich nicht gegen zwingendes Recht verstösst (lit. c); die Kostenfolgen angemessen geregelt sind (lit. d) und die Interessen der vom Vergleich betroffenen Personen insgesamt angemessen gewahrt werden (lit. e). 637

Der Entwurf des kollektiven Vergleichs basiert auf einer *Opt-in*-Konzeption: Vom Vergleich erfasst sind zunächst die betroffenen Personen, die sich der Verbandsklage angeschlossen haben (Art. 307*h* Abs. 1 E-ZPO). Das zuständige Gericht kann allerdings auf Antrag den Vergleich auf sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen erstrecken, die an der Verbandsklage nicht beteiligt sind und die nicht innert einer Frist von mindestens drei Monaten nach Publikation des Vergleichsvorschlag im elektronischen Verzeichnis ihren Austritt erklären (*Opt-out*-Modell; Art. 307*h* Abs. 2 E-ZPO). Zur Vermeidung einer rechtlich fraglichen Bindungswirkung im internationalen Verhältnis soll dies aber nur für betroffenen Personen mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz gelten.[1197] 638

Die Ausdehnung der Verbindlicherklärung auf sämtliche betroffenen Personen verlangt nach Art. 307*h* Abs. 2 E-ZPO, dass der Ersatzanspruch der einzelnen betroffenen Personen so gering ist, dass sich eine individuelle Klage nicht lohnt (lit. a) sowie dass sich eine erhebliche Zahl der betroffenen Personen der Verbandsklage nicht angeschlossen haben (lit. b). Letzteres soll nach Auffassung des Bundesrats stets dann der Fall sein, wenn sich mindestens ein Drittel der betroffenen Personen nicht angeschlossen hat.[1198] 639

Gemäss Art. 307*k* E-ZPO soll die Möglichkeit eines kollektiven Vergleichs auf *Opt-out*-Basis künftig auch zur Verfügung stehen, ohne dass dafür eine Verbandsklage eingereicht werden muss. Vorausgesetzt ist dafür insbesondere, dass der relevante Verband oder die Organisation zur Erhebung einer Verbandsklage legitimiert sind, sei es nach Art. 89 E-ZPO oder kraft einer besonderen gesetzlichen 640

[1197] Vgl. Botschaft ZPO 2021, 28.

[1198] Botschaft ZPO 2021, 29.

Bestimmung (lit. a); dass die Ersatzansprüche der betroffenen Personen, die im Rahmen eines kollektiven Vergleichs geregelt werden sollen, auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen (lit. b) und dass die Ersatzansprüche der einzelnen betroffenen Personen so gering sind, dass sich eine individuelle Klage für sie nicht lohnt (lit. c). Grund für diese letzte Voraussetzung ist, dass ein kollektiver Vergleich ausserhalb einer Verbandsklage nur als *Opt-out*-Vergleich von einem Gericht genehmigt und verbindlich erklärt werden kann.[1199]

2 Würdigung und Potenzial im AGB-Bereich

641 Das eigentliche Ziel der globalen Bereinigung von Streu- und Massenschäden kann nur erreicht werden, wenn der AGB-Verwender einer solchen von sich aus im Rahmen eines *Opt-out*-Vergleichs zustimmt. Letztlich ist, ähnlich wie beim Musterprozess (vorne, Rz. 602 ff.), die Kooperationsbereitschaft des Verwenders ausschlaggebend dafür, ob ein solcher Vergleich ausgehandelt werden kann. Die reine Tatsache, dass das Gericht im Rahmen des kollektiven Vergleichs eine Rechtsverletzung nicht autoritativ feststellt, wird diese Kooperationsbereitschaft bei dem mutmasslich widerrechtlich handelnden AGB-Verwender durchaus fördern, als ein Reputationsverlust vermieden werden kann.

642 In erster Linie hängt die Vergleichsbereitschaft des AGB-Verwenders indes davon ab, inwieweit er überhaupt die gerichtliche Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Kundinnen fürchten muss. Kooperationsbereitschaft besteht mit anderen Worten nur, wenn überhaupt ein griffiges Verfahren zur gerichtlichen Geltendmachung von Massen- und Streuschäden existiert.[1200] *De lege lata* sieht sich der AGB-Verwender in der Schweiz aufgrund der fehlenden Möglichkeiten zur kollektiven Rechtsdurchsetzung keiner Gefahr von gerichtlichen Prozessen ausgesetzt, weshalb bezweifelt werden kann, ob er sich überhaupt auf Vergleichsverhandlungen einlassen würde. Fraglich ist, ob ein Instrument nach Vorlage der reparatorischen Verbandsklage *de lege ferenda* einen genügenden Vergleichsdruck

---

1199 Botschaft ZPO 2021, 31.

1200 Vgl. BRÄNDLI, Switzerland, 192; RUSCH/WOHLGEMUTH, 112. Diese Überlegungen waren denn auch in den Niederlanden ausschlaggebend dafür, im Zusammenhang mit der niederländischen Version des Gruppenvergleichsverfahrens *(«Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade»)* die niederländische Verbandsklage per 1.1.2020 auf die Geltendmachung reparatorischer Ansprüche auszuweiten und so den Zugang zur Justiz bei Massen- und insbesondere Streuschäden zu verbessern.

erzeugen könnte, um einen zusätzlichen Anreiz für den Abschluss eines kollektiven Vergleichs zu schaffen.[1201]

Bei einer Ausgestaltung der Verbandsklage mit *Opt-in*-Mechanismus wäre dies nach der hier vertretenen Ansicht zu bezweifeln.[1202] Anstatt einen kollektiven Vergleich abzuschliessen, dürfte der AGB-Verwender eher dazu geneigt sein, das Risiko einer *Opt-in*-Verbandsklage auf sich zu nehmen, da dort der Streitwert vermutungsweise tiefer ausfallen würde als die allfällige Vergleichssumme (vgl. schon vorne, Rz. 630). Anreize zum Abschliessen eines Vergleichs wird nur eine reparatorische Verbandsklage bieten, bei der die Möglichkeit besteht, dass sich die Rechtskraft des Urteils auf sämtliche betroffenen Personen erstrecken könnte.[1203] Aus dieser Perspektive wäre deshalb ein reparatorisches Verbandsklageverfahren nach *Opt-out*-Ansatz zu befürworten. Im Sinne einer flexibleren Lösung (vorne, Rz. 633) sollte dem Gericht mindestens offenstehen sollen, eine reparatorische Verbandsklage als *Opt-out*-Klage durchzuführen. 643

§ 4 Folgerungen

Zur Überwindung der Problematik des rationalen Desinteresses setzt die Bekämpfung missbräuchlicher AGB eine effiziente Bündelung von Ansprüchen voraus. Im Laufe der Analyse hat sich gezeigt, dass kollektive Rechtsschutzinstrumente *de lege lata* keine adäquate Grundlage für die Durchsetzung von Kleinstansprüchen bereitstellen. Selbst wenn es etwa Konsumentenschutzorganisationen gelingen würde, vermehrt gegen unlautere AGB zu klagen, verunmöglicht die derzeitige und auch *de lege ferenda* vorgesehene Konzeption des Verbandsklageverfahrens, dass das im Rahmen einer abstrakten AGB-Inhaltskontrolle erstrittene Urteil eine rechtliche Breitenwirkung erzielen kann. 644

Nach der hier vertretenen Meinung sollte ein im Rahmen einer Konsumentenschutzorganisation ergangenes Urteil *de lege ferenda* eine *erga omnes*-Wirkung entfalten: Kundinnen, welche von einer als unwirksam erklärten AGB-Klausel be- 645

[1201] Vgl. noch zum Vorschlag des Gruppenvergleichsverfahrens (Art. 352a ff. VE-ZPO) RUSCH/WOHLGEMUTH, 112.

[1202] So auch BRÄNDLI, Switzerland, 192.

[1203] Vgl. BRÄNDLI/HEINTZ, 383: «Es bedarf eines beidseitigen Damoklesschwertes, um Parteien zu einem ökonomisch effizienten Vergleich zu führen.»

troffen sind, sollten sich in einem Individualverfahren entsprechend auf dieses Nichtigkeitsurteil berufen können. Die abstrakte AGB-Inhaltskontrolle darf sich mithin nicht darauf beschränken, geschädigte Kundinnen lediglich über das sie betreffende, unlautere Verhalten zu informieren. Betroffene Kundinnen müssten vielmehr in der Lage sein, auf Grundlage eines im Rahmen einer Generalkontrolle ergangenen Urteils Rechte ableiten zu können.

646 Damit sich durch eine zukünftige Rechtsprechungspraxis zu einseitigen Änderungsklauseln in AGB eine Rechtssicherheit entwickeln kann, bedarf es somit zwingend einer Revision der bestehenden Durchsetzungsmechanismen. *De lege ferenda* sprechen gute Gründe für die Zulassung einer reparatorischen Verbandsklage, welche die gebündelte Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Kundinnen ermöglicht und diese durch ein ergehendes Urteil bindet.

647 Eine bedeutende, wenn nicht die entscheidende Weichenstellung bei der Gestaltung des reparatorischen Verbandsklageverfahrens bildet die Wahl zwischen einer *Opt-in-* oder *Opt-out*-Ausgestaltung dieses Verfahrens. Bei einem *Opt-in*-Erfordernis würde weiterhin die Gefahr bestehen, dass die Rechtsdurchsetzung im Wege der reparatorischen Verbandsklage dem Trägheitsmoment der individuellen Klägerinnen zum Opfer fällt. Aus dieser Perspektive wäre für den AGB-Bereich eine Klage nach *Opt-out*-Modell zu bevorzugen. Eine wirksame Durchsetzung von Ansprüchen infolge Verwendung missbräuchlicher AGB sollte beim AGB-Verwender finanziell in Erinnerung bleiben und dadurch Abschreckungseffekt haben. Es darf sich für Verwender aus finanzieller Perspektive nicht lohnen, missbräuchliche AGB weiter zu verwenden. Nur unter diesen Voraussetzungen besteht für den AGB-Verwender denn auch ein Anreiz, sich an den Verhandlungstisch zu setzen und zur Vermeidung eines Prozesses einen kollektiven Vergleich abzuschliessen.

7. Kapitel:
Schlussbetrachtung

648 Einseitige Änderungsklauseln in AGB stellen ein Massenphänomen dar. In Anbetracht der Unprognostizierbarkeit der Zukunft verkörpern sie ein anerkanntes und bewährtes Instrument, um AGB-Verwenderinnen Flexibilität in der Vertragsgestaltung zu gewähren und das Risiko veränderter Umstände zu adressieren. Dadurch sind einseitige Änderungsklauseln insbesondere in der Massenvertragsabwicklung von Dauerschuldverhältnissen ein effektives Vehikel, um AGB-Klauselwerke unter geringem Organisationsaufwand flächendeckend an neue Gegebenheiten anpassen zu können. In Anbetracht dessen dürfen einseitige Änderungsrechte in AGB nicht ohne Weiteres als etwas *per se* Negatives abgetan werden. Dem rechtsökonomisch ausgewiesenen Nutzen dieser Bestimmungen ist bei der Formulierung tragbarer Zulässigkeitsanforderungen stets Rechnung zu tragen.

649 Die ökonomische *ratio* einseitiger Änderungsklauseln harmoniert mit der im Laufe der Untersuchung gewonnenen Erkenntnis, dass diese Klauseln in der Vertragspraxis sowohl tatbestands- als auch rechtsfolgeseitig eine hohe Unbestimmtheit aufweisen. Je offener die AGB-Verwenderin die Änderungsparameter formuliert, desto flexibler ist sie mithin in der Wahrnehmung ihres Änderungsrechts. Aus Perspektive des Kunden vermag die mit der zunehmenden Abstraktheit der Änderungsklausel einhergehende Unbestimmtheit des Vertragsinhalts jedoch ein illegitimes Mass an Fremdbestimmtheit anzunehmen.

650 Im Rahmen der Analyse der allgemeinen Kontrollinstrumente hat sich gezeigt, dass insbesondere einschränkungslose einseitige Änderungsklauseln den Rahmen dessen sprengen, was die Rechtsordnung noch als zulässig erachtet. Die weit verbreiteten *carte blanche*-Klauseln, die weder den Änderungstatbestand noch -umfang in irgendeiner Weise eingrenzen, scheitern bereits an den allgemeinen vertragsrechtlichen Kontrollansätzen des schweizerischen Rechts. Derart konturlose Änderungsrechte weisen insbesondere keinen konsensfähigen Inhalt nach Massgabe des Bestimmtheitsgebots auf. Aufgrund der mangelnden Begrenzbarkeit des Vertragsinhalts begründen sie ausserdem regelmässig ein nach Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht tolerierbares Übermass an rechtsgeschäftlicher Bindung.

651 Neben den allgemeinen Kontrollinstrumenten des schweizerischen Vertragsrechts bedürfen einseitige Änderungsklauseln in AGB einer zusätzlichen, AGB-spezifischen Wirksamkeitsprüfung. Die Ausführungen zum AGB-Korrektiv haben dabei illustriert, dass auch nach der Revision des Art. 8 UWG die gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB im schweizerischen Recht weiterhin praktisch inexistent ist. Damit sich in Zukunft eine griffigere Kontrolle von AGB-Klauseln im Allgemei-

nen und einseitigen Änderungsklauseln im Besonderen entwickeln kann, ist ein Umdenken auf mehreren Ebenen angezeigt.

652 Schweizer Gerichte begegnen problematischen AGB-Klauseln primär im Wege einer verdeckten Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel. Als Instrument der Einbeziehungskontrolle kann die Ungewöhnlichkeitsregel aber leicht ausgehebelt werden, wenn die AGB-Verwenderin den Kunden besonders auf potenziell überraschende Klauseln aufmerksam macht. Spiegelbildlich dazu hat sich im Rahmen der AGB-spezifischen Kontrolle gezeigt, dass die Einbeziehungskontrolle nicht in der Lage ist, einen ausreichenden und sachgerechten Schutz vor missbräuchlichen einseitigen Änderungsklauseln in AGB bereitzustellen. Die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln muss vielmehr auf einer Ebene ansetzen, bei der die inhaltliche Ausgestaltung der Klausel losgelöst von Konsensfragen im Zentrum steht. Eine solche vollumfängliche inhaltliche Prüfung vermag lediglich die offene Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG zu gewährleisten.

653 Die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG verkörpert ein für die Breitenwirkung der AGB-Kontrolle unentbehrliches Instrument. Die Anwendung des Art. 8 UWG sollte deswegen nicht wegen der Ungewöhnlichkeitsregel ins Hintertreffen geraten, da schweizerischen Gerichten ansonsten die sorgfältige Prüfung der inhaltlichen Angemessenheit von problematischen AGB-Bestimmungen erspart bliebe. Aus diesem Blickwinkel gilt es, künftig eine expansive Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel und die dadurch praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle zu vermeiden. Andernfalls wird Art. 8 UWG, genau wie sein Vorgänger, ein Schattendasein in der AGB-Kontrolllandschaft fristen.

654 Art. 8 UWG wird ausserdem so lange keine besonderen Wegmarken im Kampf gegen problematische AGB setzen können, wie schweizerische Gerichte AGB-Klauseln weiterhin kundenfreundlich auslegen. Eine solche Form der restriktiven Auslegung verkürzt den Anwendungsbereich der offenen Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG von Anfang an. Eine restriktive Auslegung von AGB mag so lange gerechtfertigt gewesen sein, wie die richterliche Kompetenz zur inhaltlichen Überprüfung von AGB keine tragbare gesetzliche Grundlage kannte. In einer solchen Konstellation erscheint der effektive Schutz des Kunden durch das Kunstmittel der restriktiven AGB-Auslegung freilich weniger radikal als die Erreichung dieses Schutzes durch eine offene Inhaltskontrolle, einer Operation am offenen Herzen der Vertragsfreiheit. Mit dem Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG ist das Bedürfnis nach einer kundenfreundlichen Auslegung jedoch entfallen. Genau wie die verdeckte Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel ist sie eine Krücke in einer Vergangenheit ohne eine griffige AGB-Inhaltskontrolle. In Zukunft sollte

sie einer kundenfeindlichen Auslegung weichen, welche es erlaubt, auch unzulässige Auslegungsvarianten von AGB-Klauseln einer inhaltlichen Prüfung nach Art. 8 UWG zu unterziehen und so effektiver aus dem Geschäftsleben zu verbannen. Für AGB-Verwenderinnen sollte eine überschiessende Formulierung einer einseitigen Änderungsklausel, welche vertretbare, unter Art. 8 UWG unzulässige Auslegungsvarianten aufweist, mit dem Risiko ihrer Unwirksamkeit verbunden sein.

655 Ferner ist für die AGB-spezifische Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln zu betonen, dass im Rahmen des AGB-Korrektivs kein Platz für eine Ausübungskontrolle besteht. Gerichte müssen einseitige Änderungsklauseln in AGB unabhängig von deren Anwendung im Einzelfall und unabhängig von der Möglichkeit einer nachgelagerten Billigkeitsprüfung würdigen. Bei der Auslegung von Ermessen im Zusammenhang mit einseitigen Änderungsklauseln ist deshalb auf die abstrakte Klausel abzustellen und danach zu fragen, welche potenziellen Änderungsergebnisse die Klausel im Ergebnis zulässt.

656 Die rechtsvergleichende Analyse hat illustriert, dass die inhaltliche Angemessenheit von einseitigen Änderungsklauseln unter Art. 8 UWG ist in erster Linie am Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts sowie anhand gesetzlicher Leitbilder zu prüfen ist. Subsidiär ist auf die Vertragsnatur abzustellen, welche eine Abwägung der betroffenen vertraglichen Interessen verlangt. Einschränkungslose einseitige Änderungsrechte halten einer Inhaltskontrolle unter keinem dieser Beurteilungsmassstäbe stand. Anhand des Modells einseitiger Änderungsregeln im Miet- und Pauschalreiserecht sowie der Revision des VVG hat die Untersuchung veranschaulicht, dass tatbestands- und rechtsfolgeseitig undefinierte einseitige Änderungsrechte mit dem gesetzlichen Leitbild kollidieren. Mit einschränkungslosen Änderungsrechten behält sich die AGB-Verwenderin denn auch weitaus mehr Rechte vor, als dies zur Verfolgung ihrer berechtigten Interessen notwendig wäre.

657 Aufgrund ihrer besonderen Nachteiligkeit und Unvereinbarkeit mit Art. 8 UWG sprechen insgesamt gute Gründe dafür, einschränkungslose einseitige Änderungsrechte in eine «schwarze Liste» von Klauselverboten aufzunehmen. Die Bildung eines demonstrativ aufgelisteten Klauselverbots für einschränkungslose einseitige Änderungsrechte neben der Generalklausel des Art. 8 UWG würde massgeblich zur Förderung der Rechtssicherheit beitragen. Die gesetzliche Verankerung eines solchen Klauselverbots wäre sodann nur schon aus prozessualer Perspektive eine wichtige Orientierungshilfe für Prozessbeteiligte wie etwa Konsumentenschutzorganisationen, um ihre Erfolgsaussichten vor Gericht besser abwägen zu können.

Jenseits der absoluten Unzulässigkeit einschränkungsloser Änderungsrechte beginnt für einseitige Änderungsklauseln jedoch noch nicht der AGB-kontrollfreie Raum. Als Mindestvoraussetzung müssen sie sowohl Änderungstatbestand als auch -umfang so konkret angeben, wie dies von der Verwenderin unter Berücksichtigung aller Umstände gefordert werden kann. Im Laufe der Untersuchung hat sich verdeutlicht, dass die Bestimmtheit einseitiger Änderungsklauseln den entscheidenden Parameter für die Beurteilung derer Zulässigkeit darstellt. Darin zeigt sich aber das inhärente Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen an die rechtliche Zulässigkeit einseitiger Änderungsklauseln und deren wirtschaftlicher Erforderlichkeit. Je höher die Rechtsordnung die Bestimmtheitserfordernisse für einseitige Änderungsklauseln ansetzt, desto weniger Gestaltungsspielraum verbleibt der Verwenderin bei der Wahrnehmung ihrer Änderungskompetenz. Eine solche Einschränkung steht im Widerspruch mit der angestrebten Funktion einseitiger Änderungsklauseln als Mittel zur flexiblen Zukunftsbewältigung. Es ist deshalb unter Art. 8 UWG nicht zu fordern, dass etwa eine einseitige Preisänderungsklausel in AGB sämtliche preisbildenden Kostenelemente und deren Gewichtung am Gesamtpreis angeben muss. Es genügt, wenn die zur Änderung anlassgebenden Umstände dem Kunden exemplarisch und durch einen prägnanten Überblick verdeutlicht werden. Dem Interesse des Kunden an einer transparenten Klauselfassung ist dadurch mehr geholfen als durch eine komplexe, mathematische Darstellung der Preisberechnung. Es ist nicht Zweck von Bestimmtheitsanforderungen, der Verwenderin jeglichen Ermessensspielraum zu nehmen, sondern den Kunden vor ungerechtfertigten Ermessensspielräumen zu schützen. 658

Der Kunde muss letztlich in der Lage sein, eine von der AGB-Verwenderin vorgenommene Änderung auf ihre Plausibilität zu prüfen. Die Formulierung einer einseitigen Preisänderungsklausel muss deshalb auch in nachvollziehbarer Weise zum Ausdruck bringen, dass Kostensteigerungen nur in dem Umfang an den Kunden weitergegeben werden können, in welchem sie auch eintreten. Die Notwendigkeit der Begrenzung des Änderungsumfangs ergibt sich nur schon aus dem Erfordernis des sachlichen Grundes für die einseitige Änderung. Einseitige Änderungsklauseln halten mithin nur dann der Inhaltskontrolle unter Art. 8 UWG stand, wenn sie das Änderungsrecht der Verwenderin von Voraussetzungen abhängig machen, die auch einen gerechtfertigten Grund für eine Änderung darstellen. Leitlinie ist der Gedanke, dass die Klausel keine nachträgliche Änderung des vertraglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses ermöglichen darf. Ein sachlicher Grund ist vielmehr dann gegeben, wenn die Berücksichtigung einer Umstandsänderung das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gerade konservieren soll. 659

660 Grundsätzlich gilt, dass das berechtigte Interesse an einer einseitigen Änderungsklausel bei längerfristigen Verpflichtungen eher anzunehmen ist als bei kurzen Dauerschuldverhältnissen. Änderungen der vertraglichen Hauptleistungspflichten greifen sodann besonders intensiv in das ursprüngliche Vertragsgefüge ein. Je einschneidender die einseitigen Änderungen sind, die auf Grundlage der Klausel vorgenommen werden können, desto eher wird das Erfordernis der Treuwidrigkeit unter Art. 8 UWG zu bejahen sein. Dabei ist zu beachten, dass durchaus Wertungsunterschiede für die Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln je nach Vertragstypus existieren. Dies soll heissen, dass es einen Einfluss auf die AGB-Kontrolle von einseitigen Änderungsklauseln hat, in welcher Branche die relevante Klausel eingesetzt wird. Besonders schutzbedürftig sind etwa Versicherungsnehmer, da die Versicherungsbedingungen gerade den Leistungsumfang beschreiben und die Versicherungsgeberin mit einseitige Änderungsrechten folglich direkt auf das vertragliche Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung einwirken kann.

661 Aus der besonderen Bedeutung der Wahrung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses im Rahmen der Inhaltskontrolle lässt sich ausserdem ableiten, dass einseitige Preiserhöhungsklauseln in AGB zwingend mit einer Preissenkungspflicht einhergehen müssen, um einer Prüfung unter Art. 8 UWG Stand zu halten. Im Lichte des Art. 8 UWG verkörpert die Preissenkungspflicht mithin das interessengerechte Gegenstück zum einseitigen Preiserhöhungsrecht der AGB-Verwenderin. Die Preissenkungspflicht sollte indes nicht zu einer kategorischen Gewinnbegrenzung für die AGB-Verwenderin führen: Im Rahmen der Interessenabwägung unter Art. 8 UWG ist vielmehr zu berücksichtigen, dass Kostensenkungen auch auf das unternehmerische Geschick der AGB-Verwenderin zurückzuführen sein könnten. Die AGB-Verwenderin sollte in den Genuss solcher Kostensenkungen kommen können. Die Preissenkungspflicht gilt insofern nur in Bezug auf Umstandsänderungen, welche ausserhalb des Machtbereichs der Verwenderin liegen.

662 Da einseitige Änderungsklauseln dem Kunden regelmässig ein Kündigungsrecht einräumen, hat sich die Untersuchung vertieft mit den Wirkungen eines solchen Rechts im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle befasst. Die Resultate zeigen, dass die Gewährung eines Kündigungsrechts die mit einseitigen Änderungsklauseln verbundenen Nachteile nicht in jeder Situation aufzuwiegen vermag. Eine kompensierende Wirkung kommt dort nicht in Frage, wo die Ausübung des Kündigungsrechts durch faktische oder wirtschaftliche Hindernisse erschwert wird. Es liegt zudem auch dann ein Verstoss gegen Art. 8 UWG vor, wenn die Kündigungsmöglichkeit formell zwar vorhanden, aber mit erheblichem Rechtsverlust verbun-

den ist oder dem Kontinuitätsinteresse des Kunden nicht angemessen gerecht wird. Wenn die Gewährung eines Kündigungsrechts – wie hier – als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung einer einseitigen Änderungsklausel unter Art. 8 UWG verstanden wird, kann sie aus rechtslogischer Perspektive ohnehin nicht gleichzeitig zur Kompensation einer sonst nicht mit Art. 8 UWG vereinbaren Klausel beitragen.

663 Der materiell-rechtliche Themenkomplex der einseitigen Änderungsrechte in AGB kann schliesslich nicht losgelöst vom Phänomen der Erklärungsfiktion betrachtet werden, welche das Schweigen des Kunden als Zustimmung zu einer Vertragsänderung der AGB-Verwenderin fingiert. Da dem Schweigen in der allgemeinen Vertragsrechtslehre in der Regel keine Erklärungswirkung zukommt, stellt die Vereinbarung einer Erklärungsfiktionen eine Ausnahme vom Regelfall dar. In Anlehnung an § 308 Nr. 5 BGB muss auch für Art. 8 UWG gelten, dass die angemessene Interessenwahrung des Kunden voraussetzt, dass Erklärungsfiktionen ihm eine angemessene Erklärungsfrist einräumen und dass die Verwenderin explizit auf die Wirkungen der Erklärungsfiktion hinweisen muss. Die Einhaltung dieser minimalen Voraussetzungen sollten die AGB-Verwenderin jedoch nicht dazu berechtigen, inhaltlich uneingeschränkte und die Hauptleistungspflichten erfassende Erklärungsfiktionen im Verkehr gegenüber Kunden zu verwenden. Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich Erklärungsfiktionen in der Realität stark der einseitigen Änderung in Form des Gestaltungsrechts annähern. Aus diesem Grund ist auch uneingeschränkten Erklärungsfiktionen, die weder Anlass noch den Umfang der möglichen Änderungen umschreiben, die Wirkung unter Art. 8 UWG zu versagen.

664 Nach dem Gesagten bleibt zu betonen, dass die Bekämpfung missbräuchlicher einseitiger Änderungsklauseln in AGB nicht nur auf einer materiell-rechtlichen Ebene ansetzen darf. Damit der Markt effektiv von solchen Klauseln befreit und die Reputation der Schweiz als «archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB»[1204] der Vergangenheit angehören kann, bedarf es neben der verstärkten inhaltlichen Kontrolle von AGB auch griffigeren Durchsetzungsinstrumenten im AGB-Bereich.

665 Die Ergebnisse machen deutlich, dass die Klagemöglichkeiten im UWG sowie die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes unter der ZPO *de lege lata* nicht zur Durchsetzung von Kleinstansprüchen im AGB-rechtlichen Kontext geeignet sind. Insbesondere durch die funktionale Beschränkung auf die Geltendmachung nega-

[1204] GAUCH, Schluss, 228.

torischer Ansprüche kann die Klage von Konsumentenschutzverbänden keine entscheidenden Impulse zur Rechtsdurchsetzung im AGB-Bereich setzen. Vor diesem Hintergrund ist der *de lege ferenda* vorgesehene Ausbau der Verbandsklage zur Geltendmachung finanzieller Ersatzansprüche im Hinblick auf die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes äusserst begrüssenswert. Um das Trägheitsmoment betroffener Kunden zu überwinden und die Durchsetzung auch im Bereich von Streuschäden zu ermöglichen, wäre jedoch im AGB-rechtlichen Kontext eine *Opt-out*-Ausgestaltung der Verbandsklage dem *de lege ferenda* vorgesehenem *Opt-in*-Modell vorzuziehen. Es besteht nach der hier vertretenen Meinung jedenfalls kein Grund, den *Opt-out*-Ansatz aus dem rechtspolitischen Diskurs auszuschliessen.

666 Damit die Klagen von Konsumentenschutzorganisationen (aber auch des Bundes) im AGB-Bereich eine rechtliche Breitenwirkung erzielen können, muss es für den individuellen Kläger ausserdem möglich sein, sich auf ein ihm vorteilhaftes Urteil berufen zu können. Im AGB-Recht wäre deshalb die Einführung einer *erga omnes*-Wirkung eines im Verbandsklageverfahren erstrittenen Urteils mehr als angezeigt, als sie Sinn und Zweck der abstrakten AGB-Inhaltskontrolle entspricht.

667 Im grösseren Kontext hat die Dissertation verdeutlicht, wie stark das materielle und prozessuale Recht ineinandergreifen. Es ist nach der hier vertretenen Meinung zu einem bedeutenden Teil den unzureichenden prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten im AGB-Recht geschuldet, dass Art. 8 UWG in der Gerichtspraxis bislang unbeachtlich geblieben ist. Auch Jahre nach Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG fehlen Gerichtsentscheidungen dazu, wie die einzelnen Tatbestandselemente der Vorschrift zu konkretisieren sind. Die Konkretisierung der Generalklausel des Art. 8 UWG durch die Rechtsprechung ist bei einem derart wertungsoffenen Tatbestand indes unabdingbar und trägt wesentlich zur Effektivität der materiell-rechtlichen Kontrolle von AGB bei. Die Annahme dürfte nahe liegen, dass sich auch Konsumentenschutzorganisationen gerade im Hinblick auf den in der Praxis immer noch unerprobten und weiterhin konturlosen Art. 8 UWG davor hüten, Prozesse in Angriff zu nehmen. Solange die Bekämpfung von missbräuchlichen AGB-Klauseln weiterhin mit prozessualen Hürden verbunden ist, wird sich auch die materiell-rechtliche Lage nicht entscheidend verbessern. Hier zeigt sich, wie das Prozessrecht eine Rückkoppelung auf das materielle Recht erzeugt: Als «dienendes Recht» beeinflusst es massgeblich die Verwirklichung des materiellen Rechts.

Stichwortverzeichnis

AGB
– Definition 205 ff.
– Funktion 211 ff.

AGB-Korrektiv 204 ff.
– Kontrollabfolge 217 ff.
– Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle 214 ff.

Änderungsanzeige 360 ff.

Änderungsfolge 74 ff.
– Gegenstand der Änderung 76 ff.
– Umfang der Änderung 87 ff.

Änderungstatbestand 56 ff.
– bestimmter 69 ff.
– fehlender 57 ff.
– generalklauselartiger 65 ff.

Änderungsumfang *s. Änderungsfolge*

Anpassung
– Verhältnis zur «Änderung» 32 ff.

Anpassungssymmetrie 494, 544

Äquivalenzverhältnis 47 f., 157, 397 ff., 411, 489, 515, 544

Auslegung von AGB
– individuell-konkrete Auslegung 255 ff.
– generell-abstrakte Auslegung 262 ff.

Auslegungskontrolle
– einseitiger Änderungsklauseln 329 ff.
– nach deutschem Recht 261 ff.
– nach schweizerischem Recht 253 ff.

Ausübungskontrolle
– einseitiger Änderungsklauseln 146, 152 ff.
– Verhältnis zur Klauselkontrolle 111, 331 ff.

Automatikklauseln 9 ff.

bankenlagernde Korrespondenz 443

beidseitige Wirkung 414 ff., 491 ff., 544 ff.

Bestimmtheitsgebot 117 ff.
– Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln 121 ff.
– Inhalt 118 ff.

billige Ermessensausübung 152 ff.

Bundesklage 583 ff.

clausula rebus sic stantibus 15 ff.
– Vorhersehbarkeit einer Umstandsänderung 403 ff.

Durchsetzungsinstrumente
– de lege lata 569 ff.
– de lege ferenda 608 ff.

Durchsetzungsproblematik 562 ff.

dynamische Verweisungen 62 ff., 91

Einbeziehungskontrolle
– einseitiger Änderungsklauseln 357 ff.
– nach deutschem Recht 243 ff.
– nach schweizerischem Recht 221 ff.

einseitige Änderungsklauseln
– Bedingungsänderungsklauseln 176, 182 ff.
– Definition 35 ff.

– einschränkungslose 89, 126 ff., 141, 385 ff., 536
– Gebührenänderungsklauseln 82 f., 334 f., 427, 564 ff.
– Leistungsänderungsklauseln 506 ff.
– Prämienänderungsklauseln 180 f.
– Preisänderungsklauseln 45 f., 73, 82, 169, 314 ff., 414 ff., 469 ff.
– rückwirkende 378
– Terminologie 39 ff.

erga omnes-Wirkung 614 ff.

Erheblichkeitsschwelle 175, 197, 435, 438 ff.

Erklärungsfiktionen
– berechtigtes Interesse des Verwenders 454 ff., 524 ff.
– Definition 100 ff.
– Erklärungsfrist 441 ff., 519
– Hinweispflicht 451 ff., 520 f.
– Parallelen zu Gestaltungsrechten 104, 454, 529, 554

geltungserhaltende Reduktion 139, 276, 302 ff., 323, 347

gesetzliche Leitbilder 194 ff.

Gestaltungsrechte 98 ff.

Inhaltskontrolle
– abstrakte 287, 290, 612 ff.
– einseitiger Änderungsklauseln 382 ff.
– nach deutschem Recht 305 ff.
– nach schweizerischem Recht 280 ff.

Internetprovider-Entscheidung des BGH 527 ff.

Klauselkontrolle
– Verhältnis zur Ausübungskontrolle 111, 331 ff.

Klauselverbote 315 ff., 467, 556 f.

kollektiver Rechtsschutz
– Begriff 591
– Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes 591 ff.
– Potenzial im AGB-Recht 592 ff.

kollektiver Vergleich 636 ff.

Konsumentenschutzorganisationen 578, 613
– Verbandsklage *s. dort*

Kostenelementeklauseln 9, 477 ff.

kundenfeindliche Auslegung 260, 265 ff., 274 ff.
– von einseitigen Änderungsklauseln 347 ff.

kundenfreundliche Auslegung 259
– von einseitigen Änderungsklauseln 346

Kundenindividualklage 573 ff.

Kündigungsrecht 99, 145, 198
– kompensierende Wirkung 425 ff., 499 ff., 548 ff.
– Notwendigkeit 430 ff., 501 ff., 548 ff.

Massenschäden 596

Mietzinserhöhungen 160 ff.

Musterprozess 602 ff.

Neuverhandlungsklauseln 11 ff.

objektive Klagehäufung 599 ff.

pacta sunt servanda *s. Vertragstreue*

Pauschalreisegesetz 165 ff.

Postbank-Entscheidung des BGH 532 ff.

Preisänderungsklauseln *s. einseitige Änderungsklauseln*

rationale Apathie 563 ff., 575

Rechtsfolgen
– bei Verstoss gegen Art. 8 UWG 300 ff.
– i.V.m. Durchsetzungsproblematik 563 ff.

Rechtskrafterstreckung 616 f.

Rechtsmissbrauchsverbot 146 ff.

Reziprozität *s. beidseitige Wirkung*

Schwellenlösung 437 ff., 502 ff., 551

Streuschäden 565, 575, 593, 632

Stromvertrag-Entscheidung des BGH 481 ff.

subjektive Klagehäufung 597 ff.

Transparenzgebot 311 ff., 320 f., 324

Ungewöhnlichkeitsregel 225 ff.
– Defizite 234 f.
– Funktion und dogmatische Grundlagen 225 f.
– Voraussetzungen 227 ff.
– verdeckte Inhaltskontrolle 233, 236 f.
– Verhältnis zu Art. 8 UWG 236 ff.

Unklarheitenregel 258 ff.
– Anwendung auf einseitige Änderungsklauseln 346 ff.
– kundenfeindliche Auslegung *s. dort*
– kundenfreundliche Auslegung *s. dort*

Unterlassungsklagengesetz 268, 567 f., 616

Verbandsklage 601
– Ausbau *de lege ferenda* 610 ff.
– im UWG 578 ff.
– reparatorische 618 ff.

Vertragsänderung
– Definition 30 f.
– Terminologie 32 ff.

Vertragslösungsrecht *s. Kündigungsrecht*

Vertragstreue 112 f.
– Bedeutung für einseitige Änderungsklauseln 115 f.
– Inhalt 113 f.

VVG-Revision 7, 176 ff.
– parlamentarische Diskussionen zu einseitigen Änderungsrechten 188 ff.
– Überblick 176 ff.

CURRICULUM VITAE

PERSÖNLICHE DATEN

Name	Milivoje Mitrovic
Nationalität	CH
Geburtsort- und Datum	Cham ZG, 23.05.1994

AUSBILDUNG

03.2019 – heute	Doktorand an der Universität St.Gallen
März 2019	M.A. HSG in Law and Economics
Oktober 2016	B.A. HSG in Law and Economics

PRAKTIKA UND BERUFLICHE ERFAHRUNG

Seit 05.2022	Junior Associate bei Pestalozzi Attorneys at Law
11.2021 – 04.2022	Juristisches Praktikum am Kantonsgericht Zug
06.2017 – 03.2021	Coach des Willem C. Vis Moot Teams der Universität St. Gallen unter Leitung von Prof. Dr. Markus Müller-Chen, Lehrstuhl für Privatrecht, Int. Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen
01.2019 – 07.2020	Wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. Beat Brändli, Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF HSG)
04.2018 – 01.2019	Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für internationales Wirtschaftsrecht und Law and Economics (Prof. Dr. Dr. Peter Sester)
08.2018 – 09.2018	Kurzpraktikum bei Walder Wyss in Zürich Litigation & Arbitration (LiAr)