

recht

2/20

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

38. Jahrgang

Inhalt

- 57 *Christian Meyer*
**Die Praxis zu den Mitwirkungspflichten
im Verwaltungsverfahren**
- 73 *Valentin Jentsch*
**Grundlagen und Anwendungsbereich
der Inhaltskontrolle von allgemeinen
Geschäftsbedingungen**
- 90 *Wolfgang Wohlers*
**Beweisverwertungsverbote nach privater
Beweiserlangung – wann bzw. unter
welchen Voraussetzungen dürfen rechtswidrig
durch Private erlangte Beweismittel
im Strafverfahren verwertet werden?**
- 105 *Markus Schefer/Lukas Schaub*
**Die Grundrechtsbindung «Privater»
bei der Beweiserhebung für Straf- und
Verwaltungsverfahren**
- 118 *Dominic Christoph Schopf*
Kundenschutz im Aufsichtsrecht
-

Im Fokus

- 137 *Anna V. Bleichenbacher/Cyrrill A. H. Chevalley*
**Der Hochschulbetrieb in Zeiten von
COVID-19 («Coronavirus») –
eine studentische Perspektive**



Stämpfli Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2020

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 238.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 182.–

Ausland: Europa CHF 250.–
Welt CHF 266.–

Onlineabo: CHF 208.–

Einzelheft: CHF 56.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2020

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,
Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht
und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und
Zivilprozessrecht, Universität Basel

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,
Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht,
Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung,
Universität Bern

ROGER ZÄCH

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

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Zürich

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung im öffentlichen Recht,
Universität Luzern

NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsrecht,
Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHKE

Ordinarius für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

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

Valentin Jentsch

Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Eine ökonomische, historische und vergleichende Perspektive

Dieser Beitrag thematisiert die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Gesetzgeber und Gerichte. Nach Darstellung der Schutzzwecke und Regelungsansätze der Inhaltskontrolle wird untersucht, welche Konsequenzen daraus für den Anwendungsbereich derselben resultieren. Dem Beitrag liegt ein rechtsökonomischer, rechtshistorischer und rechtsvergleichender Forschungsansatz zugrunde. Im Ergebnis zeigt sich, dass aus dieser Perspektive keine zwingenden Gründe angeführt werden können, wonach der liberale Regelungsansatz der Schweiz einem stärkeren regulatorischen Eingriff weichen sollte.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Problemstellung
- II. Schutzzweck der Inhaltskontrolle von AGB
 1. Individualschutz: Schutz der schwächeren Vertragspartei
 2. Institutionenschutz: Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb
- III. Regelungsansatz der Inhaltskontrolle von AGB
 1. Europa, insbesondere Deutschland: Regelung im allgemeinen Schuldrecht
 2. Schweiz: Regelung im Obligationen- und im Wettbewerbsrecht
- IV. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB
 1. Kontrollgegenstand: sachlicher Anwendungsbereich
 2. Vertragsparteien: persönlicher Anwendungsbereich
- V. Zusammenfassung und Fazit

I. Ausgangslage und Problemstellung

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind ein «Kind der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts», die insbesondere dazu geführt hat, dass standardisierte Waren und Dienstleistungen unter ebenso standardisierten Vertragsbedingungen auf den Markt gebracht und vertrieben werden können.¹ AGB leisten insofern einen wichtigen Beitrag zur Rationalisierung der Abwicklung solcher Massengeschäfte, indem sie entsprechende Vertragsverhandlungen überflüssig machen. Resultat dieser neuen marktwirtschaftlichen Ausgangslage ist

aber auch, dass die eine – typischerweise in bestimmter Art und Weise überlegene – Partei oft massgeblich versucht, das mit dem Geschäft verbundene Risiko auf die andere Partei zu «überwälzen». Im internationalen Vergleich hat sich daher allmählich die Rechtsauffassung durchgesetzt, dass der Gesetzgeber und die Gerichte tätig werden müssen, um der Gültigkeit von AGB bestimmte Grenzen zu setzen.² Die Rechtfertigung einer solchen Inhaltskontrolle von AGB ist aber im juristischen Diskurs vieler europäischer Länder heute noch umstritten, so insbesondere in Deutschland und in der Schweiz.³

Im Rahmen dieses Beitrags soll nach einer überblicksartigen Darstellung der beiden zentralen Schutzzwecke und der Regelungsansätze der Inhaltskontrolle von AGB in Europa und in der Schweiz die Rechtsfrage untersucht werden, welche Konsequenzen daraus für den Anwendungsbereich einer Inhaltskontrolle von AGB – und vielleicht sogar auch darüber hinaus – resultieren. Dem Beitrag liegt ein rechtsökonomischer, rechtshistorischer und rechtsvergleichender Forschungsansatz zugrunde, der darauf abzielt, die relevanten Vorgaben der schweizerischen Rechtsordnung im internationalen Kontext einzuordnen.

² Für eine eingehende rechtshistorische und rechtsvergleichende Aufbereitung aus Sicht des deutschen Rechts *Phillip Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Habil. Regensburg, Tübingen 2010, 138 ff. (Inhaltskontrolle von AGB im 19. Jahrhundert), 287 ff. (Inhaltskontrolle von AGB im 20. Jahrhundert), 527 ff. (Inhaltskontrolle von AGB im 21. Jahrhundert).

³ Zur aktuellen Diskussion in Deutschland *Phillip Hellwege*, Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, JZ 2015 1130 ff. (Vorschlag einer Neuausrichtung des AGB-Rechts). Für eine Herausarbeitung verschiedener individueller und institutioneller Schutzzwecke aus schweizerischer Sicht *Valentin Jentsch*, Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, SZW 92 (2020) 106 ff. (Individualschutz und Institutionenschutz als gleichberechtigte Grundpfeiler einer vertragstheoretischen und rechtsökonomischen Rechtfertigung).

Valentin Jentsch, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Habilitand an der Universität Zürich, Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

¹ Vgl. dazu *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. A., Tübingen 1996, 325 (Freiheit und Zwang im Vertragsrecht); *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. A., Tübingen 2015, 192 (Kontrolle unangemessener Vertragsbedingungen).

II. Schutzzweck der Inhaltskontrolle von AGB

1. Individualschutz: Schutz der schwächeren Vertragspartei

Die Inhaltskontrolle von ABV dient nach der traditionellen Auffassung im Schrifttum in erster Linie dem Schutz der schwächeren Vertragspartei.⁴ Der Individualschutz steht demnach im Vordergrund. In rechtsdogmatischer Hinsicht geht es im Kern

darum, *Störungen im Vertragsgleichgewicht* zu beseitigen.⁵ Grund eines solchen Eingriffs in die Vertragsfreiheit sind demnach Ungleichgewichtslagen, die unter Wertungsgesichtspunkten den Schutz der schwächeren Vertragspartei nahelegen. Diesem Schutzkonzept eine zusätzliche Dimension verliehen hat der Konsumenten- und Verbraucherschutz.

Es sind verschiedene Begründungsansätze denkbar, die auf einem individuellen Schutzkonzept basieren und der Kontrolle von Marktmacht dienen. Bei all diesen Begründungsversuchen geht es jeweils in der einen oder anderen Form um den Schutz bei Ungleichgewichtslagen.⁶ Ursache solcher Ungleichgewichte kann entweder die wirtschaftliche, intellektuelle oder psychische Unterlegenheit einer Vertragspartei, die informationelle Unterlegenheit einer Vertragspartei oder die situative Unterlegenheit einer Vertragspartei sein.⁷

Ein weiterer auf dem Individualschutz basierender Ansatzpunkt liegt im Konsumentenschutz, oder, in der europäischen Terminologie: im Verbraucherschutz. Der Konsumenten- und Verbraucherschutz ist – als Untergruppe der soeben erwähnten Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen – ein ebenso wichtiger Anknüpfungspunkt der AGB-Kontrolle.⁸

⁴ Ernst A. Kramer, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Obligationenrecht, Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1a, Bern 1991, Rn. 274 zu Art. 20 OR (Überrumpelungsgefahr); Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. A., München 2013, Rn. 3 f. (strukturelle Störungen der Entscheidungsgrundlage oder strukturelle Ungleichgewichte) und Rn. 14 ff. (Bewahrung einer vertragsrechtlichen Ordnung, insbesondere Sicherung der Vertragsgerechtigkeit und Schutz des Vertragspartners) von Einleitung zu BGB, Rn. 1 zu § 307 BGB (Schutz des unterlegenen Vertragsteils); Florent Thouvenin, in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basler Kommentar, Basel 2013, Rn. 86 zu Art. 8 UWG (systematische Benachteiligung des Vertragspartners); Andreas Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016, Rn. 27 von Vorbemerkung zu § 307 BGB (situativ bedingte Gefährdung der inhaltlichen Ausgewogenheit des Vertrags durch Verwendung von AGB); Andreas Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Schuldrecht, NomosKommentar, Bd. 2/1, 3. A., Baden-Baden 2016, Rn. 4 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (fehlendes Kräftegleichgewicht der Beteiligten); Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rn. 450 (Schutz der schwächeren Vertragspartei infolge Verschleierung und Überrumpelung); Peter Ulmer/Mathias Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016, Rn. 51 (Schutz des Kunden vor den Gefahren einseitiger Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit infolge einer aus Rationalisierungsgründen nicht gedeckten Risikoverlagerung) und Rn. 54 (Zweck des Verbraucherschutzes) von Einleitung zu BGB; Thomas Lapp/Erwin Salamon, in: Junker/Beckmann/Rüssmann (Hrsg.), Schuldrecht, Bürgerliches Gesetzbuch, juris PraxisKommentar, Bd. 2.1, 8. A., Saarbrücken 2017, Rn. 3 zu § 307 BGB (deutlicher Bedeutungswandel ohne Veränderung des Wortlauts bezüglich Verbraucherverträge); Stefanie Roloff, in: Erman (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, 15. A., Köln 2017, Rn. 2 von Vorbemerkung zu § 305 BGB (Überlegenheit des AGB-Verwenders, insbesondere Wiederherstellung des Vertragsgleichgewichts); Hans-Wolfgang Micklitz/Peter Rott, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Münchener Kommentar, Bd. 3, 5. A., München 2017, Rn. 1 ff. von Vorbemerkung zu § 1 UKlaG (institutionell-funktionales Defizit und Ungleichgewicht der Parteien); Astrid Stadler, in: Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. A., München 2018, Rn. 1 zu § 305 BGB (Schwächerschutz, insbesondere Verbraucherschutz); Klaus Peter Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. A., München 2019, Rn. 1 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefahr der unangemessenen Risikoabwälzung); Jörg Fritzsche, in: Soergel (Hrsg.), Schuldrecht 2, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 4, 13. A., Stuttgart 2019, Rn. 3 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefährdung des Vertragsgleichgewichts); Hubert Schmidt, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 4. A., München 2019, Rn. 1 zu § 307 BGB (Schutz vor unangemessenen Ergebnissen einseitig in Anspruch genommener Vertragsgestaltungsmacht des AGB-Verwenders); Hans Schulte-Nölke, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. A., Baden-Baden 2019, Rn. 4 f. von Vorbemerkung zu §§ 305–310 BGB (originäres Schutzkonzept und Verbraucherschutz); Christian Grüneberg, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'scher Kurz-Kommentar, 79. A., München 2020, Rn. 8 f. von Überblick zu § 305 BGB (Schutz vor alleiniger Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit und Verbraucherschutz).

⁵ So schon Jentsch (Fn. 3), 107 f.

⁶ Vgl. hierzu etwa Wolfgang Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996) 1 ff., 15 ff. (Begriff und Bedeutung sog. Ungleichgewichtslagen); Ulrich Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000) 45 ff., 51 ff. (Unterscheidung der subjektiven und der objektiven Seite von Ungleichgewichtslagen); Hellwege (Fn. 2), 549 ff. (Schutz bei Ungleichgewichtslagen). Zum Schutz vor Missbrauch der Vertragsfreiheit, vor einer einseitigen Ausübung der Vertragsfreiheit oder vor Fremdbestimmung Hellwege (Fn. 2), 544 ff. (Bindung des einseitigen Normsetzers), 546 f. (Schutz vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit, vor einer einseitigen Ausübung der Vertragsfreiheit oder vor Fremdbestimmung); Ulmer/Habersack (Fn. 4), Rn. 48 von Einleitung zu BGB (Gefahr einseitiger Ausnutzung der faktischen Vertragsgestaltungsfreiheit zulasten des Kunden); Fritzsche (Fn. 4), Rn. 3 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefährdung des Vertragsgleichgewichts durch einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit); Grüneberg (Fn. 4), Rn. 8 von Überblick zu § 305 BGB (Verhinderung, dass der AGB-Verwender die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt). Zur Theorie der Richtigkeitsgewähr Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff., 149 ff. (Grundfrage der Richtigkeitsgewähr, verstanden als Möglichkeit richtiger Regelung durch Rechtsgeschäft und Vertrag sowie Problem der Privatautonomie); Dagmar Coester-Waltjen, Die Inhaltskontrolle von Verträgen ausserhalb des AGBG, AcP 190 (1990) 1 ff., 14 ff. (Legitimation und Grenzen der Inhaltskontrolle); Hellwege (Fn. 2), 547 ff. (Schutz vor unrichtigen Verträgen).

⁷ Weiterführend hierzu etwa Hellwege (Fn. 2), 549 ff.; Jentsch (Fn. 3), 109, m. w. N.

⁸ Vgl. etwa Hellwege (Fn. 2), 549 (Verbraucherschutz). Zur Materialisierung des Vertragsrechts vor dem Hintergrund des Konsumenten- und Verbraucherschutzes Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 200 (2000) 273 ff., 320 ff. (Materialisierung des Vertragsrechts durch AGB-Inhaltskontrolle).

2. Institutionenschutz: Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb

Die Inhaltskontrolle von AGB dient gemäss der modernen Ansicht, die namentlich von den Anhängern der ökonomischen Analyse des Rechts (zu denen ich mich ebenfalls zähle) vertreten wird, vor allem dem Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb.⁹ Hierbei geht es im Wesentlichen um eine institutionelle, markt- und wettbewerbsbezogene Schutzfunktion, d.h. um Institutionenschutz. Der rechtsökonomische Ansatz zielt darauf ab, ein *partielles Marktversagen*, das im Kern auf ein *Informations- und Motivationsgefälle* zurückgeführt werden kann, zu korrigieren.¹⁰ Aus dieser Sicht ist ein regulatorischer Eingriff insofern gerechtfertigt, als dass ein Marktversagen vorliegt oder aber der Wettbewerb nicht oder zumindest nicht richtig spielt. Die Gewährleistung des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs ist in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung.

Es sind verschiedene Begründungsansätze mit institutioneller Schutzkonzeption denkbar. Bei all diesen Begründungsansätzen geht es im Kern immer um die Korrektur eines Marktversagens, das im Wesentlichen auf einer Informationsasymmetrie (Informationsgefälle) und prohibitiv hohen Transaktionskosten (Motivationsgefälle) beruht.¹¹ Folge

davon ist ein Funktionsdefizit des Konditionenwettbewerbs, also ein Marktversagen, das durch einen staatlichen Eingriff korrigiert werden muss.

Ein weiterer den Institutionenschutz konkretisierender Ansatz stellt die Gewährleistung des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs in den Vordergrund. Als Ergebnis dieser Strömung liegt die Schlussfolgerung nahe, dass im gegebenenfalls durch hoheitliche Eingriffe zu sichernden Wettbewerb eine notwendige Vorbedingung für die Herstellung der Gerechtigkeit durch Vertragsabschluss gesehen werden kann.¹²

III. Regelungsansatz der Inhaltskontrolle von AGB

1. Europa, insbesondere Deutschland: Regelung im allgemeinen Schuldrecht

In den meisten europäischen Ländern ist die Inhaltskontrolle von AGB heute im allgemeinen Schuldrecht geregelt. Aus Schweizer Sicht besonders interessant ist die ausführliche AGB-Regelung im deutschen Recht. Nach einer Übersicht zu den Entwicklungslinien und Meilensteinen der AGB-Kontrolle im europäischen Schuldrecht ist daher auf die Entstehungsgeschichte und die Grundzüge der AGB-Kontrolle im deutschen Schuldrecht einzugehen.

1.1. Entwicklungslinien und Meilensteine der AGB-Kontrolle im europäischen Schuldrecht

In vielen Ländern hat die Rechtsprechung schrittweise allgemeine Regeln zum Schutz gegen unbillige AGB-Klauseln entwickelt.¹³ Zunächst haben sich die Gerichte in diesem Zusammenhang die Frage gestellt, ob die streitige Klausel über-

⁹ Michael Adams, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984, 655 ff., 657 (Untersuchung der Fragestellung, ob das AGB-Gesetz einen sinnvollen Staatseingriff darstellt), 680 (Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Kosten-Nutzen-Analyse); Zweigert/Kötz (Fn. 1), 326 f. (Transaktionskosten); Hein Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003 209 ff., 213 (Informationsasymmetrie); Kötz (Fn. 1), 194 f. (Transaktionskosten); Fuchs (Fn. 4), Rn. 36 von Vorbemerkung zu § 307 BGB (Kompensation von Marktversagen, insbesondere wegen des erheblichen Informations- und Motivationsgefälles zwischen Verwender und Vertragspartner); Jürgen Basedow, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Münchener Kommentar, Bd. 2, 8. A., München 2019, Rn. 4 ff. von Vorbemerkung zu § 305 BGB (partielles Marktversagen, insbesondere Informations- und Motivationsgefälle), Rn. 42 ff. zu § 307 BGB (Marktversagen aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten); Gerald Mäsch, in: Staudinger (Hrsg.), AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. I, 18. A., Berlin 2019, Rn. 8 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Marktversagen, insbesondere strukturelles Motivations- und Informationsgefälle); Matthias Wendland, in: Staudinger (Hrsg.), AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. I, 18. A., Berlin 2019, Rn. 4 zu § 307 BGB (Schutz des funktionierenden, wettbewerbsgesteuerten Marktes).

¹⁰ So schon Jentsch (Fn. 3), 111.

¹¹ Im Einzelnen hierzu Hellwege (Fn. 2), 554 ff. (Korrektur eines Marktversagens bei einer Informationsasymmetrie). So insbesondere Fuchs (Fn. 4), Rn. 36 von Vorbemerkung zu § 307 BGB; Basedow (Fn. 9), Rn. 6 von Vorbemerkung zu § 305 BGB, Rn. 42 ff. zu § 306 BGB. Zum etwas umfassender verstandenen Gemeinwohl Ludwig Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen, Hamburg 1935, 277 ff. (Grenzen der Vertragsfreiheit); Hellwege (Fn. 2), 540 ff. (Gemeinwohl). Zum Schutz von Markt, Rechtsordnung und Wirtschaftsverkehr Hellwege (Fn. 2), 543 (Markt), 543 f. (Rechtsordnung); Ulmer/Habersack (Fn. 4), Rn. 59 von Einleitung zu BGB (Markttransparenz und Stimulierung des Konditionenwettbewerbs); Wendland (Fn. 9), Rn. 4 zu § 307 BGB (Schutz des funktionierenden, wettbewerbsgesteuerten Marktes); Grüneberg (Fn. 4), Rn. 8 von Überblick zu § 305 BGB (Schutz des Wirtschaftsverkehrs durch funktionierenden Konditionenwettbewerb).

¹² Fritz Rittner, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101 ff., 126 ff. (Wettbewerb als Voraussetzung des Vertrags). Ebenso dahingehend Coester-Waltjen (Fn. 6), 24 (Wettbewerb als Voraussetzung der Vertragsfreiheit). Aus praktischer Sicht Stefan Tünger/Peter Ruess, In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG?, WRP 2009 1336 ff. (Untersuchung am Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen).

¹³ Vgl. hierzu Kötz (Fn. 1), 195 f. (Geltungskontrolle), 197 f. (Auslegungs- und Inhaltskontrolle).

haupt Vertragsinhalt geworden ist (sog. Geltungskontrolle).¹⁴ Einen weiteren Schutz gegen unangemessene AGB-Klauseln haben die Gerichte schliesslich dadurch gewährt, dass eine unklare oder mehrdeutige Klausel stets in der für den Kunden oder die Kundin günstigeren Art und Weise ausgelegt werden muss (sog. Auslegungskontrolle).¹⁵ Dieser von den Gerichten eingeschlagene Weg wurde in der Literatur insofern kritisiert, als der Richter oder die Richterin die streitige Klausel dadurch in inhaltlicher Hinsicht als unfair missbilligt.¹⁶ Nur in wenigen Ländern, so insbesondere in Deutschland, sind die Gerichte über diese «verdeckte Inhaltskontrolle» hinausgegangen und haben – auch ohne gesetzliche Grundlage – AGB-Klauseln, die eine Vertragspartei übermässig benachteiligen, als unwirksam qualifiziert (sog. [offene] Inhaltskontrolle).¹⁷

Mit der Zeit wurde in beinahe allen europäischen Ländern eine gesetzliche Grundlage geschaffen, wonach die Gerichte missbräuchliche AGB-Klauseln unter bestimmten Voraussetzungen für nichtig erklären können.¹⁸ Auch hier bezogen sich diese Regelungen zunächst darauf, ob und unter welchen Voraussetzungen eine AGB-Klausel zum Vertragsinhalt wird. Vorreiter war der italienische Codice civile von 1942, der als erstes Zivilgesetzbuch der Welt Regeln über «condizioni generali di contratto» enthielt.¹⁹ Für die weitere Entwicklung dieser Regelungen wegweisend war die – vom Geist des Verbraucherschutzes geprägte und auf die entsprechende Kompetenznorm gestützte – EG-Richtlinie vom 5. April 1993 «über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen» (die

Klauselrichtlinie).²⁰ Die Mitgliedstaaten sind frei, darüber hinaus ein höheres Schutzniveau für Verbraucher zu gewährleisten oder auch in Gebieten ausserhalb der Klauselrichtlinie gesetzgeberisch tätig zu werden. Dementsprechend bestehen nicht unerhebliche Unterschiede zwischen diesen Gesetzen.

1.2. Entstehungsgeschichte und Grundzüge der AGB-Kontrolle im deutschen Schuldrecht

Das Schweizer Recht (dazu sogleich) zeichnet sich in diesem Zusammenhang insofern durch eine Sonderstellung aus, als in der Schweiz nach wie vor keine allgemeine, zivilrechtliche gesetzliche Regelung besteht, die unsere Gerichte ausdrücklich ermächtigt, eine Kontrolle des Inhalts von AGB vorzunehmen.²¹ Von besonderem Interesse ist daher ein Rechtsvergleich mit einer Jurisdiktion, die ein kodifiziertes AGB-Recht kennt. Aus verschiedenen Gründen, aber insbesondere deshalb, weil § 307 BGB eine relativ ausführliche Gesetzesvorschrift für die Inhaltskontrolle von AGB vorsieht, drängt sich daher ein Vergleich mit dem deutschen Recht auf.

Ein erster deutscher Gesetzesentwurf aus den Siebzigerjahren mit verbraucherrechtlicher Ausrichtung, der vom Drang getrieben wurde, «etwas Vorzeigbares auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes ins Werk zu setzen», wurde damals deshalb so stark kritisiert und anschliessend auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgeweitet, weil sich die bis dahin ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fast ausschliesslich mit Fällen zwischen Kaufleuten zu befassen hatte.²² Am 1. April 1977 ist das Gesetz zur Regelung des Rechtes der AGB (das AGB-Gesetz) als Sondergesetz – und nicht wie bereits damals gefordert im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches – in Kraft getreten. Das AGB-Gesetz enthielt eine Reihe sachlich-rechtlicher Vorschriften – insbesondere eine Einbeziehungskontrolle, eine Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel sowie eine offene Inhaltskontrolle – und regelte das Verfahren unter Sicherung

¹⁴ Aus der französischen Rechtsprechung Cass. 1re civ., 3. Mai 1979, 77–14.689, in: Bull. civ. I, N. 128 (Einbeziehungskontrolle). Aus der englischen Rechtsprechung *Chapelon v. Barry Urban District Council* [1940] 1 KB 532, CA (Freizeichnungsklausel); *Olley v. Marlborough Court Ltd.* [1949] 1 KB 532, CA (Freizeichnungsklausel); *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 QB 163, CA (Freizeichnungsklausel); *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] 1 QB 433, CA (Ungewöhnlichkeitsregel).

¹⁵ Aus der französischen Rechtsprechung Lyon, 12. Juni 1950, in: D. 1951, Somm. 2 (Freizeichnungsklausel); Bordeaux, 20. Januar 1972, in: Gaz. Pal. 1972 I 426 (Freizeichnungsklausel); Paris, 5. Januar 1996, in: JCP 1996 II 22679 (Freizeichnungsklausel). Aus der englischen Rechtsprechung *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.* [1983] 1 QB 284, CA (Unklarheitsregel).

¹⁶ So schon Karl N. Llewellyn, Book Review of The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law by Otto Prausnitz, HLR 52 (1939) 700 ff., 703: «Covert tools are never reliable tools».

¹⁷ Geradezu bahnbrechend war in dieser Hinsicht die deutsche Rechtsprechung in Urteil II ZR 79/55 des BGH vom 29. Oktober 1956, in: BGHZ 22, 90 (offene Inhaltskontrolle gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB).

¹⁸ Vgl. hierzu Kötz (Fn. 1), 196 f. (Geltungskontrolle), 198 f. (Auslegungs- und Inhaltskontrolle).

¹⁹ Vgl. Art. 1341 des italienischen Codice civile von 1942, der – freilich mit abgeändertem Wortlaut – heute noch Bestand hat.

²⁰ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, OJ L 1995 29 ff. Zur Rechtsgrundlage im Unions- und Gemeinschaftsrecht Art. 114 (ehemals Art. 95 und Art. 100a) und Art. 169 (ehemals Art. 153 und Art. 129a) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ehemals Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft).

²¹ Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive Zweigert/Kötz (Fn. 1), 330 f. (Umschreibung der verdeckten Inhaltskontrolle des Bundesgerichts anhand der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel); Kötz (Fn. 1), Anm. 18 von § 8 (keine offene Inhaltskontrolle).

²² So etwa Zweigert/Kötz (Fn. 1), 329 f. (Entstehungsgeschichte und Grundzüge des AGB-Gesetzes im Überblick).

der Anwendung von Verbraucherschutzvorschriften sowie den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle.²³ Mit dem Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19. Juli 1996, das die Vorschriften des AGB-Gesetzes weitgehend unberührt liess, wurde die Klauselrichtlinie umgesetzt, und mit dem Gesetz über die Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 wurden die materiell-rechtlichen Vorschriften des AGB-Gesetzes mit Wirkung per 1. Januar 2002 schliesslich doch noch ins Bürgerliche Gesetzbuch integriert, während der verfahrensrechtliche Abschnitt des AGB-Gesetzes in ein eigenständiges Gesetz, das Unterlassungsklagengesetz, gegossen worden ist. *Sedes materiae* unter der aktuellen Rechtslage sind demnach §§ 305 bis 310 BGB.

Von besonderem Interesse ist § 307 BGB, der die Inhaltskontrolle von AGB näher regelt. Gemäss § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind AGB-Klauseln unwirksam, sofern sie den Vertragspartner der AGB-Verwenderin «entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen».²⁴ Eine unangemessene Benachteiligung kann sich nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass eine AGB-Klausel «nicht klar und verständlich ist» (*Transparenzgebot*).²⁵ In Anwendung von § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel dann anzunehmen, wenn die AGB-Klausel «mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist» (*Unwirksamkeitsvermutungen*).²⁶ §§ 308 (mit Wertungsmöglichkeit) und 309 BGB (ohne Wertungsmöglichkeit) sehen ergänzend zu dieser Regel eine

Auflistung von verschiedenen Klauselverböten vor.²⁷

Für die Beurteilung der hier interessierenden Fragestellung von Bedeutung sind auch §§ 305 Abs. 1 und 310 BGB. Nach der Legaldefinition von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst der AGB-Begriff «alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei [...] der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt».²⁸ § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB stellt zudem klar, dass keine AGB vorliegen, sofern Vertragsbedingungen zwischen Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt werden. Der sachliche Anwendungsbereich des deutschen AGB-Rechts bestimmt sich nach § 310 Abs. 2 und Abs. 4 BGB, wonach die Klauselverböte auf bestimmte Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen keine Anwendung finden (Abs. 2) und das gesamte AGB-Recht bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen im Bereich des Arbeitsrechts (Abs. 4 Satz 1) nicht anwendbar ist.²⁹ Bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen angemessen zu berücksichtigen sind jedoch «die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten» (Abs. 4 Satz 2).³⁰ Unter den persönlichen Anwendungsbe- reich des deutschen AGB-Rechts fallen sowohl Verbraucher als auch Unternehmer, wobei gemäss § 310 Abs. 3 BGB für Konsumentenverträge insofern Besonderheiten gelten, als bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung «die den Vertragsschluss begleitenden Umstände» zu berücksichtigen sind.³¹ Zudem finden gemäss § 310 Abs. 1 BGB bestimmte Klauselverböte keine Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden, wobei auf «die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche» angemessen Rücksicht zu nehmen ist.³²

²³ Vgl. dazu Peter Schloser/Dagmar Coester-Waltjen/Hans-Ulrich Graba, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, Bielefeld 1977, Rn. 4 f. (Entstehungsgeschichte) und Rn. 16 ff. (Anwendungsbereich) zu § 9 AGBG; Walter Löwe/Friedrich Graf von Westphalen/Reinhold Trinkner, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, Heidelberg 1977, Rn. 7 von Einleitung zu AGBG, wonach die Inhaltskontrolle «das Kernstück des Gesetzes» bildet.

²⁴ Zum allgemeinen Verbot unangemessener Benachteiligung Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 157 ff. zu § 307 BGB; Fuchs (Fn. 4), Rn. 93 zu § 307 BGB; Grüneberg (Fn. 4), Rn. 10 ff. zu § 307 BGB.

²⁵ Zum sog. Transparenzgebot etwa Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 234 ff. zu § 307 BGB; Fuchs (Fn. 4), Rn. 323 ff. zu § 307 BGB; Grüneberg (Fn. 4), Rn. 20 ff. zu § 307 BGB.

²⁶ Zu diesen Unwirksamkeitsvermutungen Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 104 ff. (Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung) und Rn. 132 ff. (vertragszweckgefährdende Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten) zu § 307 BGB; Fuchs (Fn. 4), Rn. 193 ff. zu § 307 BGB; Roloff (Fn. 4), Rn. 24 ff. (Abweichung von wesentlichen Grundgedanken) und Rn. 31 ff. (Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten) zu § 307 BGB; Schmidt (Fn. 4), Rn. 52 ff. zu § 307 BGB; Grüneberg (Fn. 4), Rn. 28 ff. (wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung) und Rn. 32 (wesentliche Rechte und Pflichten) zu § 307 BGB.

²⁷ Siehe hierzu etwa Grüneberg (Fn. 4), Rn. 2 ff. zu § 308 BGB (Klauselverböte mit Wertungsmöglichkeit), Rn. 3 ff. zu § 309 BGB (Klauselverböte ohne Wertungsmöglichkeit).

²⁸ Im Einzelnen zum AGB-Begriff hinten unter Ziff. IV.1.1.a.

²⁹ Im Einzelnen zum sachlichen Anwendungsbereich hinten unter Ziff. IV.1.

³⁰ Zur Inhaltskontrolle allgemeiner Arbeitsvertragsbedingungen Markus Stoffels, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. A., München 2013, Rn. 63 ff. von Anhang zu § 310 BGB; Andreas Fuchs/Marcus Bieder, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016, Rn. 23 ff. von Anhang zu § 310 BGB.

³¹ Im Einzelnen zum persönlichen Anwendungsbereich hinten unter Ziff. IV.2. Zur Berücksichtigung vertragsschlussbegleitender Umstände Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 30 ff. zu § 310 Abs. 3 BGB; Fuchs (Fn. 4), Rn. 402 ff. zu § 307 BGB; Peter Ulmer/Carsten Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. A., Köln 2016, Rn. 93 zu § 310 BGB.

³² Zur Berücksichtigung von Handelsgewohnheiten und Handelsgebräuchen Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 24 ff. zu § 310 Abs. 1 BGB; Fuchs (Fn. 4), Rn. 371 ff. zu § 307 BGB.

2. Schweiz: Regelung im Obligationen- und im Wettbewerbsrecht

Die schweizerische Rechtsordnung zeichnet sich durch «einen ebenso singulären wie merkwürdigen Dualismus der AGB-Kontrolle im Obligationen- und [im] Wettbewerbsrecht» aus.³³ Das schweizerische Obligationenrecht kennt, wie soeben bereits erwähnt, bis heute keine allgemeine AGB-Regelung, sondern nur (aber immerhin) vereinzelte Normen in Teilgebieten des besonderen Schuldrechts – so insbesondere im Miet- und im Pachtrecht – und in Spezialgesetzgebungen.³⁴ Die wichtigste gesetzliche Grundlage für eine Missbrauchskontrolle von AGB findet sich jedoch im Wettbewerbsrecht, genauer gesagt: im Lauterkeitsrecht (Art. 8 UWG).³⁵ Dieser Regelungsansatz, der nicht wirklich auf einen sachlichen Grund, sondern vielmehr auf einen politischen Kompromiss zurückzuführen ist, erscheint im internationalen Vergleich in der Tat aussergewöhnlich.³⁶

2.1. Ausprägungen und Spielarten der AGB-Kontrolle im schweizerischen Obligationenrecht

Auch ohne umfassende gesetzliche Regelung hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung basierend auf einer schuldrechtlichen, genauer gesagt: vertragsrechtlichen Grundlage (Art. 1, Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR) über die Jahre eine reichhaltige Rechtsprechung zur AGB-Problematik entwickelt.³⁷ Von besonderer Bedeutung sind in

diesem Kontext die – zur Geltungskontrolle gehörende – *Ungewöhnlichkeitsregel*³⁸ und die – zur Auslegungskontrolle gehörende – *Unklarheitsregel*³⁹. Das Bundesgericht hat jedoch insofern oftmals eine «verdeckte Inhaltskontrolle» von AGB vorgenommen, als es die Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle von AGB vermischt hat.⁴⁰

Ausserhalb von Art. 8 UWG hat das Bundesgericht eine «offene Inhaltskontrolle» von AGB bisher jedoch stets abgelehnt.⁴¹ Dies wird in der Literatur ganz überwiegend und von jeher heftig kritisiert.⁴² Man kann wohl zumindest sagen, dass der Inhalt von AGB auch im Vertragsrecht kontrolliert wird. Auf weitere Einzelheiten ist im jeweiligen Sachzusammenhang näher einzugehen.

2.2. Ursprung und Entwicklung der AGB-Kontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht

Bereits am 1. März 1988 ist das neue, gesamthaft revidierte Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Kraft getreten, das seither neu auch eine Bestimmung über die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) enthält. Nach der ursprünglichen Fassung dieser Vorschrift handelte unlauter insbesondere, «wer

³³ So *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 47 zu Art. 8 UWG, verbunden mit der als befremdlich bezeichneten Tatsache, «dass das Obligationenrecht zwar allgemein als *sedes materiae* der AGB-Kontrolle anerkannt ist, die wichtigste gesetzliche Regelung aber im Wettbewerbsrecht (UWG) zu finden ist».

³⁴ Vgl. Art. 256 Abs. 2 Bst. a (Mietrecht) und Art. 288 Abs. 2 Bst. a (Pachtrecht) OR. Siehe auch Art. 35 VVG betreffend allgemeine Versicherungsbedingungen.

³⁵ Im Einzelnen dazu *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 100 ff. zu Art. 8 UWG; *Pascal Pichonnaz*, in: Martenet/Pichonnaz (Hrsg.), *Loi contre la concurrence déloyale*, Commentaire romand, Basel 2017, Rn. 102 ff. zu Art. 8 LCD; *Helmut Heiss*, in: Heinzmann/Loacker (Hrsg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Kommentar, Zürich 2018, Rn. 150 ff. zu Art. 8 UWG.

³⁶ Zur Entstehungsgeschichte etwa *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 60 ff. zu Art. 8 UWG, wonach sich der Bundesrat im Zusammenhang mit dem geforderten Gesetzesentwurf zur Ergänzung des Obligationenrechts zwecks Festlegung von Grundsätzen über Gültigkeit und Ungültigkeit von AGB nicht nur gegen eine Ergänzung der Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts ausgesprochen hat, sondern auch eine Sondergesetzgebung für AGB abgelehnt und sich stattdessen auf den Standpunkt gestellt hat, die «Gelegenheit der UWG-Revision» zur Regelung der AGB-Problematik zu nutzen, da es nicht opportun erscheinen würde, «den Gesetzgebungsapparat mit einem weiteren verbindlichen Revisionsauftrag zu überlasten». Aus internationaler Sicht *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 331 (missglückter Versuch, das Problem anzupacken); *Kötz* (Fn. 1), Anm. 18 von § 8 (bemerkenswerte Ausnahme).

³⁷ Besonders hervorzuheben sind BGE 109 II 213, E. 2 (*Backofen*); BGE 109 II 452, E. 5 (*Hühnerstall*); BGE 135 III 1, E. 2 und E. 3 (*Privatkundenversicherung*); BGE 135 III 225, E. 1 (*Krankentaggeldversicherung I*); BGE 138 III 411, E. 3 (*Krankentaggeldversicherung II*).

³⁸ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 109 II 213, E. 2a; BGE 109 II 452, E. 4, m. w. N.; BGE 119 II 443, E. 1a; BGE 135 III 1, E. 2.1; BGE 135 III 225, E. 1.3; BGE 138 III 411, E. 3.1 bis E. 3.5. Aus der Standardliteratur *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. A., Zürich 2014, Rn. 1136 ff.; *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, Rn. 45.07; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, Rn. 619 ff.

³⁹ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 115 II 264, E. 5a; BGE 116 V 218, E. 2, m. w. N.; BGE 117 II 609, E. 6c; BGE 118 II 342, E. 1a; BGE 119 II 368, E. 4b; BGE 122 III 118, E. 2a, m. w. N.; BGE 122 V 142, E. 4c; BGE 124 III 155, E. 1b; BGE 131 V 27, E. 2.2; BGE 132 III 264, E. 2.2; BGE 133 III 607, E. 2.2. Aus der Standardliteratur *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 38), Rn. 1231 ff.; *Schwenzer* (Fn. 38), Rn. 45.10 f.; *Huguenin* (Fn. 38), Rn. 629 f.

⁴⁰ Methodisch unsauber etwa BGE 109 III 213, E. 2a, wo im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel der Ausdruck «Inhaltskontrolle» verwendet wird. Dogmatisch korrekt demgegenüber BGE 109 II 452, E. 4, indem die Ebenen der Geltungs- und Inhaltskontrolle auseinandergehalten werden, wobei auch inhaltliche Aspekte für die Tragweite der Ungewöhnlichkeitsregel relevant sein können.

⁴¹ Immerhin offengelassen in BGE 135 III 1, E. 3.5: «Infolge der Ungewöhnlichkeit der Klausel stellt sich die Frage nicht, ob die bisherige Praxis zur Geltung global übernommener, ungewöhnlicher Klauseln auf eine von der herrschenden Lehre geforderte richterliche Inhaltskontrolle ausgedehnt werden soll». Klar ablehnend demgegenüber Urteil 4A_54/2009 des BGer vom 20. April 2009, E. 1: «Un pouvoir du juge à procéder, au-delà de ces hypothèses, à un contrôle plus large du contenu des conditions générales afin de veiller à une répartition équitable des risques au regard des normes générales du droit civil et nier le cas échéant leur validité, tel que le postule une partie de la doctrine, n'a pas été explicitement admis à ce jour».

⁴² Stellvertretend allen voran *Thomas Koller*, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Kontrolle, AJP 2008 943 ff., 952: «Die offene Inhaltskontrolle ist [...] nicht nur wünschenswert, sondern überfällig».

vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen».⁴³ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte diese Bestimmung «eine wirksame Überprüfung der Gültigkeit und Angemessenheit [a]llgemeiner Geschäftsbedingungen unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten» ermöglichen.⁴⁴ Dieses Ziel wurde jedoch weit verfehlt.⁴⁵

Von einem internationalen Standpunkt aus betrachtet ist die Einbettung der AGB-Kontrolle in das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb schon früh und zu Recht als «missglückter Versuch» bezeichnet worden, um das Problem anzupacken.⁴⁶ Hauptursache dürfte wohl die ursprüngliche Formulierung des Gesetzestextes gewesen sein, wonach die missbräuchliche Verwendung von AGB «in irreführender Weise» erfolgen muss. Genau diesen Stolperstein hat die Teilrevision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 17. Juni 2011 (in Kraft seit 1. Juli 2012) aus dem Weg geräumt, indem der Gesetzeswortlaut neu auf dieses Erfordernis verzichtet.⁴⁷ In der seither geltenden Fassung von Art. 8 UWG handelt unlauter insbesondere, «wer allgemeine Ge-

schäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen».⁴⁸ Seither hat sich allerdings auch nicht allzu viel verändert, geschweige denn verbessert.⁴⁹

Im Rahmen der soeben erwähnten Teilrevision wurde gleichzeitig der persönliche Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, der bisher offen formuliert war, auf Konsumentenverträge beschränkt. Eine am 23. September 2014 eingereichte parlamentarische Initiative wollte die Einschränkung dieser Norm auf Konsumentenverträge wieder aufheben, da sie insbesondere in der Lehre auf Kritik und Unverständnis gestossen sei.⁵⁰ In einer äusserst knappen Abstimmung von 97 gegen 92 Stimmen hat der Nationalrat diese Initiative jedoch vor ziemlich genau zweieinhalb Jahren, am 15. Dezember 2017, abgeschrieben. Ein neuer Anlauf zur Revision von Art. 8 UWG wurde seither (noch) nicht unternommen.

IV. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB

1. Kontrollgegenstand: sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht stellt sich aus einer rechtsvergleichenden Perspektive vor allem die Frage, ob nur AGB, auch einseitig gestellte Vertragsbedingungen, nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen oder gar alle Vertragsbedingungen und somit auch Individualabreden einer Inhaltskontrolle durch den Richter oder die Richterinnen zugänglich sein sollen.⁵¹ Zudem kann man sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Rechtfertigung gewisser Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle stellen. Diese Fragen sind in den einzelnen europäischen Rechtsordnungen ebenso wie im Schweizer Recht noch weitgehend ungeklärt. Daher soll vorliegend untersucht werden, ob und inwiefern der

⁴³ Art. 8 UWG in der Fassung vom 19. Dezember 1986, AS 1988 223 ff., 225.

⁴⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl 1983 1009 ff., 1027 (Kommission), 1053 (Bundesrat): Kommission und Bundesrat hielten es für angezeigt, «zunächst einmal diese relativ einfache und im Zusammenhang mit einem verbesserten prozessualen Instrumentarium durchaus erfolgsversprechende Lösungsvariante weiterzuverfolgen und ihr die Chance zur Bewährung in der Praxis einzuräumen».

⁴⁵ BGE 117 II 332, E. 5b (*Automatenaufstellungsvertrag*); BGE 119 II 443, E. 1c (*Kaskoversicherung*); BGE 122 III 373, E. 3a (*Euroscheck*). Ebenso *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 64 zu Art. 8 UWG, m. v. N., wonach diese Bestimmung nahezu 25 Jahre nach Inkrafttreten «kaum Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen» hat.

⁴⁶ So etwa *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 331 (Kritik an der überschießenden Formulierung «in irreführender Weise» und Hinweis auf die in der Literatur umstrittenen Rechtsfolgen). Für eine Beurteilung aus schweizerischer Sicht *Pascal Pichonnaz/Anne-Christine Fornage*, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, SJZ 106 (2010) 285 ff., 287 ff. (Feststellung, dass es ohne die Formulierung «in irreführender Weise» gelingen wird, die Lauterkeitskontrolle sicherzustellen und damit einen besseren Wettbewerb zu ermöglichen); *Jörg Schmid*, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148 (2012) 1 ff., 16 (Begründung der inzwischen vorherrschenden Ansicht, dass AGB-Klauseln, die gegen Art. 8 UWG verstossen, nichtig sind); *Peter Jung*, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, HAVE 2014 129 ff., 162 f. (Forderung einer Verankerung der Inhaltskontrolle von AGB im allgemeinen Vertragsrecht oder in einem Sondergesetz aufgrund zahlreicher Probleme der lauterkeitsrechtlichen Einbettung).

⁴⁷ Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 17. Juni 2011, AS 2011 4909 ff., 4910; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff., 6159 f. (Mängel im geltenden Recht), 6177 ff. (Erläuterungen).

⁴⁸ Art. 8 UWG in der Fassung vom 17. Juni 2011, AS 2011 4909 ff., 4910.

⁴⁹ BGE 140 III 404, E. 4 (*Fitnessstudio*). Besonders kritisch – verständlicherweise – auch *Markus Hess/Lea Ruckstuhl*, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, AJP 2012 1188 ff., 1188: «Die Neuerung hält kaum, was sie verspricht».

⁵⁰ Parlamentarische Initiative 14.440 zu Art. 8 UWG (missbräuchliche Geschäftsbedingungen) vom 23. September 2014, eingereicht von *Beat Flach*.

⁵¹ So für das deutsche Recht *Hellwege* (Fn. 2), 538.

Schutzzweck (Individual- und Institutionenschutz) für die Tragweite und Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle von Bedeutung ist und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind.

1.1. Tragweite und Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle

Der sachliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle kann entweder – in aller Regel verbunden mit einer personellen Begrenzung auf Konsumgeschäfte, wie etwa in Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Luxemburg, Rumänien, auf Zypern und teilweise auch in Österreich – «generell» für unangemessene Vereinbarungen und alle unbilligen Vertragsbedingungen (unter Einschluss von Individualvereinbarungen) gelten oder – wie dies etwa in Belgien, Dänemark, Finnland und Schweden der Fall ist – auf bestimmte, weniger einschneidende Generalklauseln beschränkt sein.⁵² Von geradezu zentraler Bedeutung zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle ist der massgebliche AGB-Begriff.⁵³

a) Bestimmung und Abgrenzung des massgeblichen AGB-Begriffs

Der hier verwendete AGB-Begriff umfasst im Wesentlichen – viele Einzelheiten, die sogleich etwas näher herausgearbeitet werden sollen, sind umstritten – *alle zur Mehrfachverwendung vorformulierten, einseitig gestellten Vertragsbedingungen*. AGB sind insbesondere von Individualabreden, also individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen, abzugrenzen. Mit einem so verstandenen AGB-Begriff korrespondiert eine Schutzkonzeption der Inhaltskontrolle, die im Wesentlichen darauf abzielt, ein Marktversagen zu korrigieren, das ganz entscheidend auf einem Informations- und Motivationsgefälle beruht.⁵⁴

Der schweizerische Gesetzgeber hat den massgeblichen AGB-Begriff nicht definiert. Das Bundesgericht hat diesen Begriff bisher auch noch nicht

eindeutig bestimmt.⁵⁵ In der Literatur werden darunter grossmehrheitlich einseitig vorformulierte Vertragsklauseln verstanden, womit die Rationalisierung des Massenverkehrs (durch mehrfache Verwendung derselben) bezweckt wird.⁵⁶ Ob eine Mehrfachverwendung für den AGB-Begriff – und damit auch zur Rechtfertigung der Inhaltskontrolle – tatsächlich erforderlich ist oder allenfalls bloss beabsichtigt sein muss, wurde bisher noch nicht vertieft erörtert, sollte aber nicht entscheidend sein.⁵⁷ Entscheidend dürfte vielmehr eine schutzzweckkonforme Auslegung des AGB-Begriffs sowie eine saubere Abgrenzung gegenüber dem Begriff der Individualabrede sein.⁵⁸

Das deutsche Recht kennt demgegenüber eine Legaldefinition des AGB-Begriffs. Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind AGB «alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei [...] der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt».⁵⁹ AGB zeichnen sich demnach durch folgende vier Begriffsmerkmale aus: Vertragsbedingungen, Vorformulierung, Vielzahl von Verträgen und Stellen (d.h. Veranlassung der Einbeziehung) durch den Verwender.⁶⁰ In der Literatur ist bisher allerdings noch nicht restlos geklärt, in welchem Verhältnis diese Voraussetzungen zueinander stehen. Eine

⁵⁵ Vgl. etwa BGE 109 II 213, E. 2 (Unterscheidung von AGB und anderen vorformulierten Verträgen). Siehe auch BGE 135 III 1, E. 2.1, E. 2.2; BGE 135 III 225, E. 1.3, wo das Gericht – wohl in Anlehnung an die ursprüngliche Fassung von Art. 8 UWG – jeweils von «vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen» spricht, was freilich eine Tautologie ist.

⁵⁶ *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 38), Rn. 1117 (Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs generell vorformuliert wurden); *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 73 (einseitig – für den Abschluss [einer Vielzahl] von Verträgen – vorformulierte Vertragsklauseln); *Schwenzer* (Fn. 38), Rn. 44.01 (für eine Vielzahl von Verträgen generell vorformulierte Vertragsbestimmungen, die eine Vertragspartei der anderen beim Abschluss des Vertrags stellt); *Bernhard Berger*, Allgemeines Schuldrecht, 3. A., Bern 2018, Rn. 947 (Vertragsklauseln, die von einer Vertragspartei vorformuliert werden, mit dem Ziel, diese Klauseln zum Bestandteil einer Vielzahl von Verträgen zu machen, die der Verwender abzuschliessen gedenkt); *Huguenin* (Fn. 38), Rn. 605 (Vertragsbestimmungen, welche die Verwenderin oder eine Dritte hinsichtlich des Abschlusses einer Vielzahl gleichartiger Verträge vorformuliert und welche die Parteien nicht individuell verhandeln).

⁵⁷ Explizit oder zumindest implizit voraussetzend *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 38), Rn. 1117; *Schwenzer* (Fn. 38), Rn. 44.01; *Berger* (Fn. 56), Rn. 947; *Huguenin* (Fn. 38), Rn. 605. Mit guten Gründen ablehnend *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 80, m. w. N.

⁵⁸ Zum Begriff der Individualabrede aus schweizerischer Sicht *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 82 ff. (Vertragsbestimmungen, welche die Parteien inhaltlich einzeln ausgehandelt haben).

⁵⁹ Vgl. hierzu *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 2 ff. zu § 305 BGB; *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Rn. 2 ff. zu § 305 BGB; *Manfred Wolf/Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. A., München 2016, Rn. 7 ff. von § 47; *Roloff* (Fn. 4), Rn. 3 ff. zu § 305 BGB; *Grüneberg* (Fn. 4), Rn. 2 ff. zu § 305 BGB.

⁶⁰ So etwa *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 7 ff. zu § 305 BGB; *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Rn. 9 ff. zu § 305 BGB; *Wolf/Neuner* (Fn. 59), Rn. 8 ff. von § 47; *Roloff* (Fn. 4), Rn. 3 ff. zu § 305 BGB; *Grüneberg* (Fn. 4), Rn. 3 ff. zu § 305 BGB.

⁵² Vgl. dazu *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 52 (Belgien), Rn. 56 (Dänemark), Rn. 57 (Finnland), Rn. 59 (Frankreich), Rn. 63 (Griechenland), Rn. 64 (Grossbritannien), Rn. 73 f. (Luxemburg), Rn. 77 (Österreich) und Rn. 85 (Schweden) von Einleitung zu BGB; *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Anm. 357 (generell) und Anm. 358 (bestimmte, weniger einschneidende Generalklauseln) von Einleitung zu BGB, m. w. N. Für das englische und das schottische Recht *Hellwege* (Fn. 2), 536 f. (Grossbritannien). Für die skandinavischen Rechte *Hellwege* (Fn. 2), 535 (Finnland, Schweden und Dänemark).

⁵³ So auch *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Rn. 2a zu § 305 BGB (Bedeutung des AGB-Begriffs für die Umschreibung des Anwendungsbereichs des AGB-Rechts).

⁵⁴ So schon *Kötz* (Fn. 9), 213 (Informationsasymmetrie); *Hellwege* (Fn. 3), 1134 (partiell Marktversagen). Siehe auch *Jentsch* (Fn. 3), 115.

Mehrfachverwendung setzt offenbar eine mindestens dreimalige Verwendung der betreffenden Klausel voraus, wobei es nicht auf die Absicht des Verwenders, sondern auf diejenige des Verfassers der Klausel ankommt.⁶¹ Immerhin grenzt das Gesetz (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) AGB klar von Individualabreden ab.

Der AGB-Begriff erweist sich damit als wichtiges Einfallstor zur genaueren Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs einer allfälligen Inhaltskontrolle durch ein Gericht. Unter Rückbesinnung auf den Schutzzweck, der hier als Korrektur eines Marktversagens verstanden wird, sind AGB demnach als einseitig gestellte, vorformulierte Vertragsbedingungen zu qualifizieren, die einer mehrfachen Verwendung dienen. Vor dem Hintergrund der Motivation von AGB, einen Beitrag zur Rationalisierung von Massengeschäften zu leisten, ist in dieser Hinsicht am Kriterium der Mehrfachverwendung grundsätzlich festzuhalten. Eine schutzzweckkonforme Auslegung des AGB-Begriffs, die insbesondere beim Informations- und Motivationsgefälle zwischen AGB-Verwenderin und Vertragspartner ansetzt, legt jedoch nahe, dass eine Mehrfachverwendungsabsicht genügen sollte und die AGB nicht tatsächlich mehrfach verwendet werden müssen.

- b) Kontrolle (vorformulierter, aber nicht mehrfach verwendeter) einseitig gestellter Vertragsbedingungen

Vom soeben definierten Begriff der AGB können *einseitig gestellte Vertragsbedingungen* unterschieden werden, die zwar auch vorformuliert sind, aber nicht – für eine Vielzahl von Verträgen – mehrfach verwendet werden (sollen). Einer Erstreckung der Inhaltskontrolle auf so definierte einseitig gestellten Vertragsbedingungen liegt im Kern ein Schutzzweck zugrunde, wonach Marktmacht in Ungleichgewichtslagen kontrolliert werden soll.⁶²

Aufgrund des relativ deutlichen Gesetzeswortlauts von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, der zur Bestimmung des AGB-Begriffs ausdrücklich voraussetzt, dass die betreffenden Vertragsbedingungen «für eine Vielzahl von Verträgen» vorformuliert sein müssen, um in den Genuss der AGB-Kontrolle zu kommen, lehnt es die in Deutschland vorherrschende Lehre nach wie vor ab, einseitig gestellte Vertragsbedingungen – ausserhalb von Verbraucherverträgen i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB – einer In-

haltskontrolle zu unterstellen.⁶³ Auch die schweizerische Lehre spricht sich ganz überwiegend für das Kriterium der Mehrfachverwendung aus, womit einseitig gestellte (aber nicht mehrfach verwendete) Vertragsbedingungen nicht der AGB-Kontrolle unterstehen würden.⁶⁴

§ 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB unterstellt vorformulierte Vertragsbedingungen, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, und auf deren Inhalt der Verbraucher keinen Einfluss nehmen konnte, also einseitig gestellte Vertragsbedingungen, in Verbraucherverträgen (und nur in diesen) der Inhaltskontrolle von §§ 307 bis 309 BGB. Ein Teil der deutschen Lehre spricht sich offenbar auch darüber hinaus für die gerichtliche Kontrolle des Inhalts von einseitig gestellten Vertragsbedingungen aus, die nicht – im Hinblick auf eine mehrfache Verwendung zu Rationalisierungszwecken – für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden sind.⁶⁵ Demnach sind – unter Rückbesinnung auf den Schutzzweck, dort umschrieben unter dem Gedanken des Schwächerenschutzes und eines partiellen Marktversagens – zwei Formen der Inhaltskontrolle zu unterscheiden, nämlich die Kontrolle von AGB und jene von einseitig gestellten Vertragsbedingungen.⁶⁶ Auch im österreichischen Recht befürworten Lehre und Rechtsprechung eine analoge Anwendung der Generalklausel zur Inhaltskontrolle von AGB (§ 879 Abs. 3 ABGB) auf die Inhaltskontrolle aller einseitig vorformulierten Vertragsklauseln, und zwar selbst dann, wenn der Vertragspartner ein Unternehmer ist.⁶⁷ Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass einzelne, aber gewichtige Stimmen aus der Schweiz neuerdings ebenfalls vom Erfordernis der Mehrfachverwendung absehen wollen mit der Folge, dass hierzulande einseitig gestellte Vertragsbedingungen auch einer Inhaltskontrolle zugänglich sein sollen.⁶⁸

⁶³ Stellvertretend *Wolf/Neuner* (Fn. 59), Rn. 12 von § 47, mit dem Hinweis, dass eine Klausel mindestens dreimal verwendet werden soll, damit von einer Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen gesprochen werden kann, wobei es auf die Absicht des Verfassers der Klausel und nicht auf diejenige des Verwenders ankommt.

⁶⁴ *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 38), Rn. 1117; *Schwenzer* (Fn. 38), Rn. 44.01; *Berger* (Fn. 56), Rn. 947; *Huguenin* (Fn. 38), Rn. 605.

⁶⁵ Allen voran *Hellwege* (Fn. 2), 571 ff., wonach der Akt des Stel lens allein entscheidend sein soll (573), allerdings mit dem Einwand, dass eine Vorformulierung für sich genommen noch nicht ausreicht (570); *Hellwege* (Fn. 3), 1134 (Recht der einseitig gestellten Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen).

⁶⁶ So *Hellwege* (Fn. 3), 1134, der vorschlägt, allgemeine Geschäftsbedingungen und einseitig gestellte Bedingungen zu unterscheiden und diese beiden Formen der Inhaltskontrolle zuzulassen.

⁶⁷ Urteil 10b144/04i des OGH vom 12. August 2004, in: SZ 2004 123. *Heinz Krejci*, in: Rummel/Lukas (Hrsg.), Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 4. A., Wien 2014, Rn. 368 ff. zu § 879 ABGB; *Raimund Bollenberger*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, 5. A., Wien 2017, Rn. 22 zu § 879 ABGB. Siehe auch *Hellwege* (Fn. 2), 533 f.

⁶⁸ *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 80, m. w. N.

⁶¹ Vgl. dazu etwa *Wolf/Neuner* (Fn. 59), Rn. 12 von § 47, m. w. N.

⁶² Ähnlich *Hellwege* (Fn. 3), 1134 (Schwächerenschutz). Siehe auch *Jentsch* (Fn. 3), 115.

Im Ergebnis dürften und sollten daher auch einseitig gestellte Vertragsbedingungen, die definitionsgemäss keiner Mehrfachverwendung dienen, einer Inhaltskontrolle unterstehen, insbesondere deshalb, weil auch hier ein – auf der Übermacht der Verwenderin beruhendes – Schutzbedürfnis des Vertragspartners besteht. Nach deutschem Recht ist dies für Verbraucherverträge ausdrücklich so vorgesehen, unter schweizerischem Recht ist diese Frage bisher noch weitgehend ungetastet und daher auch noch ungeklärt. Der Sinn und Zweck einer Inhaltskontrolle, deren Schutzzweck sich am Machtparadigma und an Gleichgewichtsüberlegungen orientiert, spricht jedenfalls klar dafür, auf die tatsächliche oder bloss beabsichtigte Mehrfachverwendung zu verzichten.

- c) Kontrolle (nicht einseitig gestellter) nicht individuell ausgehandelter Vertragsbedingungen

Die Kontrolle *nicht individuell ausgehandelter Vertragsbedingungen*, die zwar vorformuliert, aber nicht einseitig gestellt sind, stellt ein weiteres Problemfeld des sachlichen Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle dar. Eine Inhaltskontrolle von nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen kann insbesondere dadurch gerechtfertigt werden, dass man sich auf die Gewährleistung eines lauten und unverfälschten Wettbewerbs beruft.⁶⁹

Im europäischen Privatrecht definiert die Klauselrichtlinie den massgeblichen AGB-Begriff nicht, sondern unterstellt in Art. 3 Abs. 1 alle «Vertragsklausel[n], die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde[n]», der Inhaltskontrolle. Diese weite Begriffsbestimmung wird in Art. 3 Abs. 2 freilich insofern nicht unerheblich eingeschränkt, als eine solche Klausel im Voraus abgefasst sein muss «und der Verbraucher deshalb [...] keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte». Es gibt jedoch – insbesondere mit Blick auf Italien, Lettland, Polen, Portugal, die Slowakei und Spanien – einige europäische Länder, die auch heute noch eine derart weitgehende Inhaltskontrolle vorsehen.⁷⁰

In der schweizerischen Literatur wird jedoch keine derart weitreichende Auffassung vertreten, zumal die Klauselrichtlinie, der dieses Konzept zugrunde liegt, nicht autonom nachvollzogen worden ist. In der deutschen Literatur wurde zudem bereits darauf hingewiesen, dass der Begriff der nicht

im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingung «freilich zu weit» gefasst sei.⁷¹ Die Gründe dafür – es kann insbesondere nicht entscheidend sein, dass faktisch keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben – scheinen überzeugend. In Deutschland wurden die Vorgaben der Klauselrichtlinie indessen durch die Schaffung von Sondervorschriften umgesetzt, dem heute geltenden § 310 Abs. 3 BGB, der insbesondere standardmässige Verbraucherverträge (Abs. 1) und andere vorformulierte Einzelverträge (Abs. 2) zwischen Unternehmern und Verbrauchern regelt.⁷²

Eine Unterstellung aller nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen unter die Inhaltskontrolle geht zu weit, da es – vor allem unter Zugrundelegung eines Transaktionskostenansatzes – gute (ökonomische) Gründe geben kann, generell oder zumindest in bestimmten Konstellationen von einer Verhandlung derselben abzusehen. Der europäische Regelungsansatz ist daher in diesem Punkt als überschiessend zu kritisieren.

- d) Kontrolle aller Vertragsbedingungen, insbesondere auch (individuell ausgehandelter) Individualabreden

Schliesslich kann man sich die Frage stellen, ob – zumindest in sachlicher Hinsicht – nicht *alle Vertragsbedingungen*, insbesondere auch *Individualabreden*, also im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklauseln, einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterstehen sollten. Eine konsequente Verfolgung des Konsumenten- und Verbraucherschutzedankens würde jedenfalls dazu führen, auch Individualabreden einer Inhaltskontrolle zu unterstellen.⁷³

Nur wenige Länder Europas – so namentlich Frankreich, Slowenien und Ungarn – erstrecken die Inhaltskontrolle auch auf Individualabreden.⁷⁴ Mittlerweile beziehen sich die relevanten Kontrollvorschriften in Ungarn neben AGB jedoch nur noch auf solche Klauseln, die von den Parteien nicht einzeln und ausdrücklich ausgehandelt worden sind.⁷⁵ In Frankreich und Slowenien unterstehen individuell ausgehandelte Vertragsklauseln aber nach wie vor einer gerichtlichen Inhaltskontrolle.

⁶⁹ Siehe hierzu etwa Jentsch (Fn. 3), 115.

⁷⁰ Vgl. dazu Hellwege (Fn. 2), 532 (Italien), 532 f. (Spanien, Polen, Lettland und die Slowakei), 533 (Portugal); Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 67 (Italien), Rn. 72 (Lettland), Rn. 80 (Polen), Rn. 81 (Portugal) und Rn. 91 (Spanien) von Einleitung zu BGB; Kramer/Probst/Perrig (Fn. 4), Rn. 39 (Italien).

⁷¹ So etwa Hellwege (Fn. 2), 573 f.

⁷² Siehe hierzu etwa den Überblick bei Ulmer/Habersack (Fn. 4), Rn. 4a zu § 305 BGB, sowie die Einzelheiten bei Ulmer/Schäfer (Fn. 31), Rn. 36 ff. zu § 310 BGB.

⁷³ Siehe hierzu etwa Jentsch (Fn. 3), 115.

⁷⁴ Vgl. dazu Hellwege (Fn. 2), 534 f. (Frankreich); Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 96 von Einleitung zu BGB (Ungarn); Kramer/Probst/Perrig (Fn. 4), Rn. 41 (Frankreich); Ulmer/Habersack (Fn. 4), Anm. 360 von Einleitung zu BGB, m. w. N.

⁷⁵ Siehe hierzu Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 96 von Einleitung zu BGB.

In der Schweiz und in den umliegenden europäischen Ländern – so etwa in Deutschland, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Israel, Italien, Litauen, den Niederlanden, Österreich, Portugal, der Slowakei, Spanien, Ungarn und Zypern – werden im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklauseln jedoch überwiegend vom Anwendungsbereich einer Inhaltskontrolle ausgenommen.⁷⁶ Das deutsche Recht kennt keine umfassende Inhaltskontrolle von Verträgen, die über das Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB hinausgeht. In der deutschen Literatur wurden darüber hinausgehende Lösungsansätze denn auch mehrfach als zu weitgehend eingestuft.⁷⁷ Auch das schweizerische Recht sieht – neben dem allgemeinen Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB – keine weitergehende Inhaltskontrolle von Verträgen vor.

Die allgemeinen privatrechtlichen Generalklauseln, die ein Verhalten nach Treu und Glauben gebieten und rechtsmissbräuchliches Verhalten untersagen, sind ebenso elegante wie auch wirkungsvolle Rechtsfiguren. Ihnen gelingt es, dort Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, wo andere Mittel versagen. Darüber hinausgehende, strukturelle Probleme von Vertragsverhältnissen sind demgegenüber mit anderen Massnahmen zu korrigieren als mit einem Eingriff in das (ausgehandelte) Vertragsverhältnis. Dies gilt umso mehr, da ein umfassender Konsumenten- und Verbraucherschutz weder sinnvoll noch zielführend ist.

1.2. Rechtfertigung gewisser Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

In manchen Rechtsgebieten – so etwa im Erb-, im Familien- und im Gesellschaftsrecht, aber allenfalls auch im Arbeitsrecht – kann der über eine Inhaltskontrolle gewährleistete Schutzmechanismus ent-

weder als nicht erforderlich oder angemessen oder gar als nicht systemgerecht angesehen werden. Die beiden sich gegenseitig ergänzenden Schutzkonzeptionen, die auf den Schutz der schwächeren Vertragspartei oder den Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb abzielen, können daher unter Umständen gewisse Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle rechtfertigen.

Das schweizerische AGB-Recht kennt keine dazugehörigen Regelungen.⁷⁸ Das deutsche Recht schreibt demgegenüber in § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB vor, dass die gesetzlichen Vorschriften über AGB bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, des Familien- und des Gesellschaftsrecht sowie – im Bereich des Arbeitsrechts – auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen keine Anwendung finden.⁷⁹ Für diese rechtsgebietsspezifischen Bereichsausnahmen soll daher – so die Vorstellung des deutschen Gesetzgebers – keine Inhaltskontrolle von AGB stattfinden. Das deutsche Recht schreibt in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB zudem vor, dass Verträge unter unverändertem Einbezug der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen keiner AGB-Inhaltskontrolle unterliegen.⁸⁰ Hierbei handelt es sich um eine sehr spezielle Ausnahme, die in anderen Jurisdiktionen vergeblich ihresgleichen sucht. Das deutsche Recht schreibt in § 310 Abs. 2 BGB ausserdem vor, dass die Klauselverbote von §§ 308 und 309 BGB bei Verträgen der Elektrizitäts-, der Gas-, der Fernwärme- und der Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser sowie die Entsorgung von Abwasser nicht anwendbar sind.⁸¹ Daraus lässt sich ableiten, dass der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von Versorgungsbedingungen mit den genannten Sonderabnehmern auf Verbraucherverträge beschränkt ist.⁸² Es sind natürlich noch

⁷⁶ Vgl. dazu Pfeiffer (Fn. 4), Rn. 63 (Griechenland), Rn. 64 (Grossbritannien), Rn. 65 (Irland), Rn. 66 (Israel), Rn. 67 (Italien), Rn. 75 (Niederlande), Rn. 77 (Österreich), Rn. 81 (Portugal), Rn. 91 (Spanien) und Rn. 96 (Ungarn) von Einleitung zu BGB; Kramer/Probst/Perrig (Fn. 4), Rn. 30 f. (Deutschland), Rn. 36 (Österreich), Rn. 39 (Italien); Ulmer/Habersack (Fn. 4), Anm. 359 von Einleitung zu BGB.

⁷⁷ Vgl. dazu etwa Hellwege (Fn. 2), 574, m. w. N.; Hellwege (Fn. 3), 1134. So schon Wolfgang Zöllner, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976) 221 ff., 243 ff. (spezielle Problembereiche der Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht); Harm Peter Westermann, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978) 150 ff., 180 f. (Inhaltskontrolle vertraglicher Vereinbarungen). Anders aber bereits Manfred Wolf, Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974 465 ff., 468 f. (Erforderlichkeit des Schutzes vor wirtschaftlicher Überlegenheit nicht nur in Massenverträgen mit AGB, sondern ebenso in Individualverträgen); Manfred Wolf, Selbstbestimmung durch vertragliches Abschlussrecht, JZ 1976 41 ff., 45 (Erstreckung der Abschlusspflicht auf alle Umsatzgeschäfte, unabhängig davon, ob AGB benutzt werden oder ob es sich um Individualverträge handelt).

⁷⁸ Zum Verhältnis von Anleger- und Konsumentenschutz nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund von Bereichsausnahmen Rolf Sethe, in: Heiss/Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, Rn. 8.102 ff. (finanzproduktbezogene AGB-Kontrolle bei Beteiligungsrechten), Rn. 8.110 ff. (finanzproduktbezogene AGB-Kontrolle bei Forderungsrechten und hybriden Finanzinstrumenten) und Rn. 8.119 (finanzdienstleistungsbezogene AGB-Gültigkeitskontrolle) von § 8.

⁷⁹ Im Einzelnen dazu Hubert Schmidt, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. A., München 2013, Rn. 6 f. (Erbrecht), Rn. 8 f. (Familienrecht) und Rn. 10 ff. (Gesellschaftsrecht) zu § 310 Abs. 4 BGB; Ulmer/Schäfer (Fn. 31), Rn. 108 ff. zu § 310 BGB (generelle Bereichsausnahmen).

⁸⁰ Vgl. dazu etwa Ulmer/Schäfer (Fn. 31), Rn. 35a ff. zu § 310 BGB (Bereichsausnahme bei vollständiger Übernahme der VOB/B).

⁸¹ Ausführlich hierzu Jens Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. A., München 2013, Rn. 1 ff. zu § 310 Abs. 2 BGB (Verträge zwischen Versorgungsunternehmen und ihren Tarifkunden); Ulmer/Schäfer (Fn. 31), Rn. 96 ff. zu § 310 BGB (Versorgungsbedingungen in Verträgen mit Sonderabnehmern).

⁸² So insbesondere auch Ulmer/Schäfer (Fn. 31), Rn. 99 ff. zu § 310 BGB.

weitere Ausschlussgründe denkbar, die hier aber nicht weiter vertieft werden können.⁸³

Es gibt gute Gründe, Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich einer Inhaltskontrolle vorzusehen. Bereits vom Regelungsgegenstand her besonders konfliktanfällig sind das Erb-, das Familien- und das Gesellschaftsrecht. In diesen Rechtsgebieten sorgt der Gesetzgeber selbst in verschiedenen Konstellationen für einen allseits abgestimmten, fein austarierten Interessenausgleich. Einer zusätzlichen Inhaltskontrolle bedarf es daher nicht. Gleichzeitig gibt es aber ebenso gute Gründe, Gegenausnahmen zu stipulieren. Dass es auch in erb-, in familien- und in gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten bei manchen Situationen ein berechtigtes Bedürfnis nach einer gerichtlichen Inhaltskontrolle besteht, lässt sich nicht von der Hand weisen. Die Schwierigkeit liegt selbsterklärend in der Frage, wo genau diese Grenze zu ziehen ist. Während sich in Deutschland der Gesetzgeber dieser Frage angenommen hat, ist dies in der Schweiz nach wie vor Aufgabe der Richterinnen oder der Richter.

2. Vertragsparteien: persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht stellt sich – zumindest aus einer rechtsvergleichenden Perspektive – insbesondere die Frage, ob nur Konsumentenverträge zwischen einer Unternehmerin als AGB-Verwenderin und einem Konsumenten als Vertragspartner oder darüber hinaus auch Verträge, an denen ein Unternehmer als Vertragspartner der AGB-Verwenderin beteiligt ist, der Inhaltskontrolle unterworfen sein sollen.⁸⁴ Neben solchen Konsum- und Handelsgeschäften kann sich der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB möglicherweise auch auf weitere Rechtsgeschäfte erstrecken. Diese Fragen wurden bereits vielerorts kontrovers diskutiert und sind inzwischen über weite Strecken vom Gesetzgeber aufgegriffen worden, sodass eine vergleichende Perspektive vielleicht etwas an Schwung verloren haben mag. Dennoch soll nachfolgend untersucht werden, was sich aus dem Schutzzweck für den persönlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ableiten lässt.

2.1. Konsumgeschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Konsumenten (B2C-Verkehr)

In manchen Rechtsordnungen beschränkt sich der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle auf *Konsumenten- oder Verbraucherverträge*, d. h. Verträge zwischen Unternehmern und Konsumenten (Verbraucherinnen oder Verbraucher), in denen der Unternehmer als gewerblicher Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auftritt. Im Fachjargon nennt sich das «Business-to-Consumer», kurz: B2C-Verkehr. Ein tragendes Schutzprinzip dieser Rechtsordnungen, das – so insbesondere in der Schweiz – durch die Gewährleistung eines lautereren und unverfälschten Wettbewerbs ergänzt und vervollständigt wird, ist der Konsumenten- und Verbraucherschutz.⁸⁵

In vielen europäischen Ländern – so namentlich in Bulgarien, Frankreich, Griechenland, Lettland, Malta, Rumänien, der Slowakei, Spanien, Tschechien und auf Zypern – sowie seit Mitte 2012 auch in der Schweiz unterstehen nur Konsumenten als Kunden der AGB-Verwenderin einer Inhaltskontrolle.⁸⁶ Eine Art Zwischenlösung stellt das deutsche Recht dar. In Deutschland beschränkt sich der persönliche Anwendungsbereich zwar nicht nur auf Konsumgeschäfte, sondern ist an und für sich – als abstrakte Inhaltskontrolle – umfassend ausgestaltet. Verbraucher kommen demgegenüber in den Genuss eines strengeren Regimes, das zusätzlich zu dieser Regelung anwendbar ist. Das deutsche Recht modifiziert den grundsätzlich umfassenden Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen gemäss § 310 Abs. 3 Ziff. 3 BGB nämlich insofern, als bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung (nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) «auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind».⁸⁷ Der deutsche Kontrollansatz sieht daher bei Verbraucherverträgen nicht bloss eine abstrakte, sondern darüber hinausgehend eine konkrete Inhaltskontrolle vor.

Die Rechtslage in der Schweiz wird aufgrund des Dualismus von wettbewerbs- und obligationenrechtlicher AGB-Kontrolle insofern verkompli-

⁸³ Aus rechtsvergleichender Sicht im Hinblick auf den aktuellen Entwurf des DAV-Zivilrechtsausschusses etwa *Hellwege* (Fn. 3), 1137 (Ausschluss der Berufung auf die Unangemessenheit, wenn vom Vertragspartner nach Treu und Glauben erwartet werden konnte, dass er über den AGB-Inhalt in Verhandlungen tritt).

⁸⁴ So für das deutsche Recht *Hellwege* (Fn. 2), 538. Zum Konsumentenbegriff unter schweizerischem Recht *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 79 ff. zu Art. 8 UWG; *Pichonnaz* (Fn. 35), Rn. 124 ff. zu Art. 8 LCD; *Heiss* (Fn. 35), Rn. 99 ff. zu Art. 8 UWG.

⁸⁵ So auch, obwohl etwas umfassender, *Hellwege* (Fn. 3), 1134, wonach es – unter Rückgriff auf Gedanken des partiellen Marktversagens und des Schwächerenschutzes – als gesichert gilt, dass Verbraucher im Verhältnis zu Unternehmern zusätzlichen Schutz bedürfen. Siehe auch *Jentsch* (Fn. 3), 115.

⁸⁶ Vgl. dazu *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 59 (Frankreich), Rn. 62 (Griechenland), Rn. 72 (Lettland), Rn. 86 (Schweiz), Rn. 88 (Spanien) und Rn. 92 f. (Tschechien) von Einleitung zu BGB; *Kramer/Probst/Perzig* (Fn. 4), Rn. 41 (Frankreich); *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Anm. 356 von Einleitung zu BGB, m. w. N.

⁸⁷ Vgl. dazu etwa *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 30 ff. zu § 310 Abs. 3 BGB; *Fuchs* (Fn. 4), Rn. 402 ff. zu § 307 BGB; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 31), Rn. 93 zu § 310 BGB.

ziert, als diese beiden Regelungskomplexe bei Konsumgeschäften neben- und miteinander anwendbar sind. Daraus ergeben sich schwierige Abgrenzungsfragen und Konkurrenzprobleme zwischen der offenen (lauterkeitsrechtlichen) und der verdeckten (vertragsrechtlichen) Inhaltskontrolle von AGB. Ein Lösungsvorschlag in der Lehre lautet etwa, für qualitativ ungewöhnliche AGB die Ungewöhnlichkeitsregel heranzuziehen und bei quantitativ missbräuchlichen Benachteiligungen nach Art. 8 UWG vorzugehen.⁸⁸ Es ist jedoch zu bezweifeln, dass die bestehenden Fragen und Probleme dadurch gelöst werden können. In methodischer Hinsicht überzeugender scheint mir ein Vorgehen, wonach zunächst die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG zu prüfen ist und diese anschliessend im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel zu beurteilen und nötigenfalls zu ergänzen ist.⁸⁹ Aber auch diese Lösung ist nicht ganz unproblematisch, da sie unter Umständen zu einer gewissen Rückkopplung führen kann: Die Ungewöhnlichkeitsregel bedeutet ja gerade, dass ein bestimmter Vertragsinhalt als nicht übernommen gilt, und die hier interessierende Frage, ob die Vereinbarung als solche gegen zwingendes Recht verstösst, stellt sich eigentlich erst im Anschluss daran. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass Art. 8 UWG nur eine abstrakte AGB-Kontrolle ermöglicht, während eine – weitergehende – konkrete AGB-Kontrolle nur über eine (verdeckte) vertragsrechtliche Inhaltskontrolle bewerkstelligt werden kann.⁹⁰

Es lässt sich nur schwer rechtfertigen, die alles entscheidende Grenze, die zur Anwendung der Vorschriften zur Inhaltskontrolle massgebend ist, zwischen Konsumentenverträgen und anderen Verträgen zu ziehen. Die entsprechende Einschränkung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes vor missbräuchlichen AGB in der aktuell geltenden Fassung von Art. 8 UWG ist daher – nicht nur als systemwidrig, sondern auch und insbesondere als den Schutzzweck verfehlend – zu kritisieren. Man könnte sich höchstens überlegen, die Konsumenteneigenschaft beim Beurteilungsmassstab zu berücksichtigen. Viel mehr als auf diese typisierende Eigenschaft sollte aber auf das tatsächlich am Markt gezeigte Verhalten abgestellt werden, bevor kontrollierend eingegriffen wird.

2.2. Handelsgeschäfte zwischen Unternehmern im kaufmännischen Verkehr (B2B-Verkehr)

In anderen Rechtsordnungen erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle auch auf den *unternehmerischen Geschäftsverkehr* zwischen Kaufleuten oder Unternehmern. Rechtsgeschäfte auf diesem Feld nennen sich «Business-to-Business» oder B2B-Verkehr. Das Schutzkonzept, das diesen Rechtsordnungen zugrunde liegt, dient vorwiegend der Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen oder einer Korrektur von Marktversagen, das allenfalls auf einem Informations- und Motivationsgefälle basiert.⁹¹

In vielen Ländern Europas – so etwa in Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Grossbritannien, Irland, Italien, Litauen, den Niederlanden, (mit Einschränkungen) Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien und Ungarn – ist die Inhaltskontrolle umfassend ausgestaltet, indem grundsätzlich auch Kaufleute oder Unternehmer in den Schutzbereich dieser Vorschriften einbezogen werden.⁹² Ein Sonderfall ist wiederum – nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, die Schweiz, sondern – Deutschland. Unter dem deutschen Recht ist der Geschäftsverkehr grundsätzlich auch von der Inhaltskontrolle erfasst. Für Konsumentenverträge gilt aber (wie soeben erläutert) ein mehrstufiges Schrankenkonzept, das ein höheres Schutzniveau für Verbraucherinnen und Verbraucher bietet. Von besonderer Bedeutung ist im vorliegenden Kontext jedoch § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift ist – bei Verträgen gegenüber einem Unternehmer, was in dieser Konstellation zutrifft – auf «die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche» angemessen Rücksicht zu nehmen.⁹³ Dadurch wird der relevante Beurteilungsmassstab für die Inhaltskontrolle noch weiter abgesenkt.

Seit Mitte 2012 ist im kaufmännischen Verkehr nach schweizerischem Recht nur noch, aber immerhin, die verdeckte (vertragsrechtliche) Inhaltskontrolle gestützt auf die Ungewöhnlichkeitsregel

⁹¹ Ähnlich *Hellwege* (Fn. 3), 1134 (partiell Marktversagen) und – zumindest in Teilbereichen des Unternehmerverkehrs, etwa bei Verträgen mit Existenzgründern oder bei Verträgen zwischen einem KMU und einem anderen Unternehmen – 1135 (Schwächerschutz). Siehe auch *Jentsch* (Fn. 3), 115.

⁹² Vgl. dazu *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 52 (Belgien), Rn. 56 (Dänemark), Rn. 57 (Finnland), Rn. 64 (Grossbritannien), Rn. 65 (Irland), Rn. 67 (Italien), Rn. 75 (Niederlande), Rn. 77 (Österreich), Rn. 81 (Portugal), Rn. 85 (Schweden) und Rn. 96 (Ungarn) von Einleitung zu BGB; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 28 (Deutschland), Rn. 38 (Italien), Rn. 35 f. (Österreich); *Ulmer/Habersack* (Fn. 4), Anm. 355 von Einleitung zu BGB, m.w.N.

⁹³ Vgl. dazu etwa *Pfeiffer* (Fn. 4), Rn. 24 ff. zu § 310 Abs. 1 BGB; *Fuchs* (Fn. 4), Rn. 371 ff. zu § 307 BGB.

⁸⁸ *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 518 (Verhältnis von offener und verdeckter Inhaltskontrolle).

⁸⁹ So schon *Pichonnaz* (Fn. 35), Rn. 87 ff. (le contrôle du contenu par Art. 8 LCD) und Rn. 93 ff. (la clause insolite, un contrôle de contenu occulte subsidiaire) zu Art. 8 LCD.

⁹⁰ Vgl. hierzu etwa *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 75 und insbesondere Rn. 89 ff. zu Art. 8 UWG, m.w.N.

anwendbar.⁹⁴ Verschiedene Stimmen in der Lehre sprechen sich seither dafür aus, diese Kontrolle stärker zu akzentuieren, um so das reduzierte (lauterkeitsrechtliche) Schutzniveau von Art. 8 UWG, das durch die Einschränkung auf Konsumentinnen und Konsumenten als Schutzsubjekte bedingt ist, etwas abzufedern.⁹⁵ Dadurch könnte insbesondere die Rechtstellung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) deutlich verbessert bzw. zumindest nicht weiter verschlechtert werden, was rechtspolitisch durchaus sinnvoll und legitim ist. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass durch diesen Schritt ein wichtiger Wettbewerbsvorteil der schweizerischen Regelung wieder aufgegeben werden müsste. Die restriktive Haltung der Schweiz bei der AGB-Kontrolle im kaufmännischen Verkehr hat sich denn auch als wichtiger Standortfaktor im Wettbewerb der Rechtsordnungen erwiesen, weil ausländische Unternehmen deshalb offenbar regelrecht ins schweizerische Recht «geflüchtet» sind.⁹⁶

Es gibt viele gute Gründe, den Geschäftsverkehr ebenfalls einer Inhaltskontrolle zu unterstellen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumentinnen und Konsumenten kann daher durchaus kritisiert werden. Es spricht jedoch auch viel dafür, bei Handelsgeschäften einen tieferen Standard anzulegen als bei Konsumentengeschäften. Das Abstellen auf Handelsgewohnheiten und Handelsbräuche, wie dies in Deutschland praktiziert wird, erscheint daher unter wohlfahrtsökonomischen Überlegungen möglicherweise auch in der schweizerischen Rechtsordnung als gesamtwirtschaftlich sinnvolle Regelung.

2.3. Weitere Rechtsgeschäfte neben Konsum- und Handelsgeschäften

Neben den soeben besprochenen Konsum- und Handelsgeschäften gibt es selbstverständlich auch

noch weitere Rechtsgeschäfte, für die beurteilt werden muss, ob die AGB-Inhaltskontrolle in persönlicher Hinsicht anwendbar ist oder nicht.

a) Rechtsgeschäfte zwischen zwei Konsumenten (C2C-Verkehr)

Ein weiteres Anwendungsfeld der AGB-Kontrolle sind möglicherweise Rechtsgeschäfte zwischen zwei Konsumenten. Solche Rechtsgeschäfte werden als «Consumer-to-Consumer» oder eben C2C-Verkehr bezeichnet. Aufgrund der Wohnungsknappheit in vielen Städten ein gutes Beispiel hierfür ist etwa die Vermietung von Wohnraum zwischen zwei Konsumenten, die nicht als Unternehmer auftreten. Als Schutzzweck der Inhaltskontrolle solcher Geschäfte kann die Gewährleistung eines lautereren und unverfälschten Wettbewerbs sowie ergänzend und präzisierend hierzu – zumindest unter schweizerischem Recht – der Konsumenten- und Verbraucherschutz herangezogen werden.⁹⁷

Für Verträge zwischen Verbraucherinnen und Verbrauchern gelten die Regeln des deutschen AGB-Rechts unverändert, d. h., diese werden nicht durch Sonderprivatrecht verschärft (Konsumgeschäfte) oder gemildert (Handelsgeschäfte). Im schweizerischen Recht sind die betreffenden Vertragsklauseln in einer solchen Konstellation – etwa anders als im deutschen Recht, wo Verbraucherverträge als Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher definiert werden – sowohl einer offenen (lauterkeitsrechtlichen) als auch einer verdeckten (vertragsrechtlichen) Inhaltskontrolle zugänglich. Dies deshalb, weil die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG nicht voraussetzt, dass der Vertragspartner der Konsumentin als AGB-Verwenderin ein Unternehmer sein muss.⁹⁸ Daher sind auch hier verschiedene Abgrenzungsfragen und Konkurrenzprobleme zu lösen. Zudem können vorliegend etwa die miet- und die pachtrechtlichen Sonderregelungen relevant werden, wonach von der Norm abweichende AGB-Klauseln

⁹⁴ Siehe etwa Urteil 4A_475/2013 des BGer vom 15. Juli 2014, E. 5 (nicht publiziert in BGE 138 III 411).

⁹⁵ So vor allem *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 516, wonach der obligationenrechtliche Schutz kompensierend eingreifen kann bzw. soll, seitdem insbesondere KMU nicht mehr unter den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Art. 8 UWG fallen. Ebenso für eine offene Inhaltskontrolle von AGB im B2B-Verkehr *Isabelle Wildhaber*, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 107 (2011) 537 ff., 545; *Schwenzer* (Fn. 38), Rn. 46.07.

⁹⁶ So etwa *Klaus Peter Berger*, Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006 2149 ff., 2149: «In der Realität des unternehmerischen Geschäftsverkehrs «flüchten» deutsche Unternehmen heute in das schweizerische Recht». Ebenso *Barbara Dauner-Lieb/Constantin Axer*, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2010 309 ff., 309, m. w. N., die von «Optionen einer Flucht ins Schweizer Recht» sprechen. Entschieden anders, aber mit Verlaub, *Friedrich Graf von Westphalen*, 30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz, ZIP 2007 149 ff. (Erfolgsbilanz der vom BGH entwickelten AGB-Rechtsprechung im unternehmerischen Verkehr).

⁹⁷ Etwas umfassender demgegenüber *Hellwege* (Fn. 3), 1134 (partielles Marktversagen), 1135 (Schwächerenschutz), mit der Ergänzung, dass in solchen Fällen nicht zwingend auf eine Ungleichgewichtslage geschlossen werden könne, die eine Inhaltskontrolle rechtfertigen würde.

⁹⁸ Gl. M. *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 85 zu Art. 8 UWG (Anwendung von Art. 8 UWG auf einen AGB-Verwender, der nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt); *Pichonnaz* (Fn. 35), Rn. 136 zu Art. 8 LCD (Anwendung von Art. 8 UWG auf einen Vertrag mit einem sog. «Prosumer» im Kontext der Sharing Economy); *Heiss* (Fn. 35), Rn. 149 zu Art. 8 UWG (Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 8 UWG auf C2C-Geschäfte). A. A. *Nadia Walker*, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen, Zürich 2015, 120 (Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf B2C-AGB).

zum Nachteil des Mieters oder des Pächters nichtig sind.⁹⁹

Nach meiner Einschätzung liegt immerhin der Schluss nahe, dass gerade unter Konsumentinnen und Konsumenten ein grosses Ungleichgewicht in der Verhandlungsposition bestehen kann. Das soeben erwähnte Beispiel sollte dies eindrücklich genug veranschaulichen. Die Schwierigkeit liegt natürlich darin, solche Ungleichgewichte anhand von sachlichen Kriterien sauber zu qualifizieren. Deshalb ist die Lösung auch in diesem Bereich darin zu suchen, die betreffenden Regeln zur Anwendung zu bringen, aber hierfür gegebenenfalls einen etwas reduzierten Beurteilungsmassstab anzuwenden.

- b) Rechtsgeschäfte eines Konsumenten gegenüber einem Unternehmer (C2B-Verkehr)

Ein anderes an und für sich denkbare, aber wohl eher weniger praxisrelevantes Anwendungsfeld der AGB-Kontrolle betrifft Rechtsgeschäfte eines Konsumenten gegenüber einem Unternehmer. Dieses Feld nennt sich «Consumer-to-Business», kurz: C2B-Verkehr. Ein Beispiel, bei dem dies relevant sein könnte, ist etwa, wenn ein Unternehmer von einer Konsumentin abhängig ist, weil dieser entweder als Abnehmerin oder Zuliefererin eine gewisse Marktmacht zukommt. Der Schutzzweck einer Inhaltskontrolle würde sich demnach in erster Linie aus einer Korrektur von Marktversagen (aufgrund eines Informations- und Motivationsgefälles) sowie möglicherweise auch aus der Gewährleistung eines lautereren und unverfälschten Wettbewerbs und damit – etwas allgemeiner formuliert – aus dem Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb ergeben.

Auch in einer solchen Konstellation dürften die Regeln des deutschen AGB-Rechts unverändert, d. h. ohne Verschärfung (Konsumgeschäfte) oder Milderung (Handelsgeschäfte) gelten. In der Schweiz dürfte demgegenüber nur eine verdeckte (vertragsrechtliche) Inhaltskontrolle greifen, nicht aber die offene (lauterkeitsrechtliche) Inhaltskontrolle. Dies erklärt sich ganz einfach dadurch, dass der Vertragspartner der AGB-Verwenderin in diesem Fall kein Konsument, sondern ein Unternehmer ist, womit Art. 8 UWG nicht anwendbar ist.¹⁰⁰

Insofern ist die Rechtslage in der Schweiz durchaus mit derjenigen im unternehmerischen Geschäftsverkehr vergleichbar, weshalb auch hier eine stärkere Gewichtung der Ungewöhnlichkeitsregel angezeigt sein kann.¹⁰¹

Aus diesen Überlegungen halte ich es für richtig, dass auch einem Unternehmer als Vertragspartner gegenüber einer Konsumentin als AGB-Verwenderin ein gewisser Schutz vor missbräuchlichen AGB zukommen muss. Dies ergibt sich namentlich aus einem institutionellen Schutzkonzept, das im Wesentlichen darauf abzielt, das Funktionsdefizit des Konditionenwettbewerbs zu beheben.

- c) Rechtsgeschäfte von Personen ohne Konsumenten- und Unternehmereigenschaft (O2O-Verkehr), insbesondere zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (E2E-Verkehr)

Schliesslich kann man sich durchaus fragen, ob die AGB-Kontrolle auch auf Rechtsgeschäfte unter Beteiligung von Personen, die weder Konsument noch Unternehmer sind, anzuwenden ist. Solche Geschäfte können nach der hier verwendeten Nomenklatur als «Other-to-Other» bzw. O2O-Verkehr bezeichnet werden.¹⁰² Ein Beispiel, das hier herausgegriffen und kurz behandelt werden soll, ist das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Diese ausgewählte Untergruppe könnte auch als «Employer-to-Employee», kurz: E2E-Verkehr umschrieben werden. Schutzzweck der Inhaltskontrolle in all diesen Konstellationen dürfte typischerweise der Schutz der schwächeren Vertragspartei sein, so insbesondere die Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen, möglicherweise aber auch der Konsumenten- und Verbraucherschutz.¹⁰³

Das deutsche Recht sieht in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB vor, dass bei der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über AGB auf Arbeitsverträge «die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen» sind.¹⁰⁴ Dies ist gewissermassen eine Kompromisslösung, nachdem die vormalige Bereichsausnahme für Verträge

⁹⁹ Vgl. Art. 256 Abs. 2 Bst. a (Mietrecht) und Art. 288 Abs. 2 Bst. a (Pachtrecht) OR.

¹⁰⁰ Zum persönlichen Anwendungsbereich von Art. 8 UWG *Thouvenin* (Fn. 4), Rn. 79 ff. zu Art. 8 UWG (Konsumentenbegriff); *Pichonnaz* (Fn. 35), Rn. 124 ff. zu Art. 8 LCD (la notion de consommateur); *Heiss* (Fn. 35), Rn. 99 ff. (Konsumentenbegriff) und Rn. 141 ff. (keine Eingrenzung auf «übliche» Verbrauchsgeschäfte) zu Art. 8 UWG.

¹⁰¹ So ausdrücklich *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 4), Rn. 516, wonach dem obligationenrechtlichen Schutz durch die Ungewöhnlichkeitsregel eine erhöhte praktische Bedeutung zukommt.

¹⁰² Der so verstandene O2O-Verkehr ist nicht zu verwechseln mit der in Marketingkreisen oft anzutreffenden, identisch lautenden, aber bedeutungsverschiedenen Abkürzung, die für «Online-to-Offline» steht.

¹⁰³ So schon *Hellwege* (Fn. 3), 1135 (Schwächerenschutz).

¹⁰⁴ Im Allgemeinen zur Inhaltskontrolle allgemeiner Arbeitsvertragsbedingungen unter deutschem Recht *Stoffels* (Fn. 30), Rn. 63 ff. von Anhang zu § 310 BGB; *Fuchs/Bieder* (Fn. 30), Rn. 23 ff. von Anhang zu § 310 BGB. Zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts *Stoffels* (Fn. 30), Rn. 13 ff. von Anhang zu § 310 BGB; *Fuchs/Bieder* (Fn. 30), Rn. 36 ff. von Anhang zu § 310 BGB.

auf dem Gebiet des Arbeitsrechts unter der Geltung des AGB-Gesetzes wieder aufgegeben worden ist.¹⁰⁵ Tarifverträge, Betriebs- und Dienstleistungsvereinbarungen sind nach deutschem Recht aber weiterhin vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgenommen, so nun § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB.¹⁰⁶ Im schweizerischen Recht stehen diese und die damit zusammenhängenden Diskussionen noch weitgehend aus.

Dennoch lässt sich schon jetzt mit Zuversicht sagen, dass die Inhaltskontrolle auch hier ihren Platz haben muss. Dies sollte bereits daraus deutlich werden, dass die Dichotomie zwischen Konsument und Unternehmer nicht das gesamte Universum abstecken kann, sondern Raum für weitere Eigenschaften lassen muss. Einen guten Anfangspunkt – irgendwo muss man ja anfangen – bildet diese Typologie aber trotzdem.

V. Zusammenfassung und Fazit

Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle von AGB setzt sich einerseits aus dem Schutz der schwächeren Vertragspartei (Individualschutz) und andererseits aus dem Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb (Institutionenschutz) zusammen. Die Rolle des Rechts beim Individualschutz ist es vor allem, Ungleichgewichtslagen wieder zurück ins Gleichgewicht zu bringen. Demgegenüber orientiert sich der Institutionenschutz an einem partiellen Marktversagen, das im Wesentlichen auf ein Informations- und Motivationsgefälle zurückgeführt werden kann, und dem daraus resultierenden Funktionsdefizit des Konditionenwettbewerbs. Diese beiden Schutzkonzeptionen schliessen sich aber nicht etwa aus, sondern bedingen und ergänzen sich gegenseitig.¹⁰⁷

Die Inhaltskontrolle von AGB wird vom Gesetzgeber in der Schweiz rechtstechnisch anders geregelt als im übrigen Europa. Trotz unterschiedlichem Regelungsansatz ist die schweizerische Regelung aber etwa mit derjenigen in Deutschland, die dem Schweizer Gesetzgeber damals als Vorbild gestanden hat, eng verwandt, auch wenn diese Gedanken nur punktuell kodifiziert worden sind. Die meisten europäischen Länder, so auch Deutschland, regeln die Inhaltskontrolle im allgemeinen Schuldrecht. Ein wichtiger Meilenstein, der

zu einer gewissen Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geführt hat, war die Klauselrichtlinie aus dem Jahr 1993. Anders aber die Schweiz, die bei der Inhaltskontrolle nach wie vor einen wettbewerbsrechtlichen Regelungsansatz verfolgt, der jedoch im Kern ebenfalls in einem vertragstheoretischen Kontrollmodell verhaftet geblieben ist. Aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis zur (obligationenrechtlichen) Ungewöhnlichkeitsregel, die einer «verdeckten» Inhaltskontrolle gleichkommt, ist daraus ein nicht unproblematischer und dogmatisch nur schwer einzuordnender Dualismus der AGB-Kontrolle zwischen Vertrags- und Lauterkeitsrecht entstanden.

Der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von AGB bestimmt sich massgeblich unter Rückgriff auf den Schutzzweck der AGB-Kontrolle. Dieser Zusammenhang dürfte heute weitgehend unumstritten sein. Schwierigkeiten stellen sich naturgemäss erst dann, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle im Einzelnen abzustecken.¹⁰⁸ In sachlicher Hinsicht stellt sich die Frage nach dem Kontrollgegenstand einer solchen Inhaltskontrolle. In persönlicher Hinsicht ist zudem fraglich, welche Vertragsparteien an den zu kontrollierenden Verträgen beteiligt sein müssen. Die in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gewählten Lösungen unterscheiden sich teilweise erheblich. Der sachliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle hängt ganz entscheidend vom massgeblichen AGB-Begriff ab. Der Kontrollgegenstand kann jedoch in verschiedener Hinsicht erweitert oder auch reduziert werden. So muss im Einzelnen beurteilt werden, ob nicht nur AGB, sondern auch einseitig gestellte Vertragsbedingungen, nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen oder sogar alle Vertragsbedingungen, insbesondere auch Individualabreden, einer Inhaltskontrolle zugänglich sein sollen. Zudem kann es sich aus verschiedenen Gründen anbieten, gewisse Themen vom sachlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle auszunehmen. Der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle beschränkt sich in manchen Rechtsordnungen auf Konsumenten- oder Verbraucherverträge. In anderen Rechtsordnungen erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle demgegenüber auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Neben Konsum- und Handelsgeschäften kann sich der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle aber auch auf weitere Rechtsgeschäfte erstrecken. Aus dieser Teilung des AGB- und Vertragsrechts nach un-

¹⁰⁵ Siehe hierzu etwa *Stoffels* (Fn. 30), Rn. 1 f. von Anhang zu § 310 BGB.

¹⁰⁶ Zu dieser Bereichsausnahme *Fuchs/Bieder* (Fn. 30), Rn. 15 ff. von Anhang zu § 310 BGB. Für diese und weitere Bereichsausnahmen vorne unter Ziff. IV.1.2.

¹⁰⁷ Siehe hierzu *Jentsch* (Fn. 3), 114 f. (Individualschutz und Institutionenschutz als gleichberechtigte Grundpfeiler einer vertragstheoretischen und rechtsökonomischen Rechtfertigung).

¹⁰⁸ Für eine ergebnisorientierte Auslegeordnung mehrerer individueller und institutioneller Begründungsansätze *Jentsch* (Fn. 3), 115.

terschiedlichen Anspruchsgruppen (Konsumenten, Unternehmer und andere Personen) bildet sich allmählich ein Sonderprivatrecht heraus, dessen Handhabung naturgemäss mit Schwierigkeiten verbunden ist.

Welche Konsequenzen sind nun aus den Schutzzwecken und den Regelungsansätzen der Inhaltskontrolle von AGB für den Anwendungsbereich einer Inhaltskontrolle zu ziehen und wie ist die schweizerische Rechtsordnung im internationalen Kontext einzuordnen? Das Ergebnis der Untersuchung dieser Fragestellung ist insofern ernüchternd, als dass weder eine rechtsökonomische noch eine rechtshistorische noch eine rechtsvergleichende Analyse abschliessende Antworten zu liefern vermag. Eine Inhaltskontrolle ist immer dann gerechtfertigt, wenn ökonomische oder andere Erklärungsansätze dies gebieten. Der Gesetzgeber kann und darf nicht abschliessend anordnen, in welchen Sachlagen dies zutrifft, sondern muss diese Beurteilung dem Gericht überlassen. Die Sonderstellung der Schweiz beim AGB-Recht lässt

sich sodann zwar historisch erklären, weitergehende Forderungen (z. B. Kodifizierung oder Rechtsangleichung) lassen sich aber nicht ableiten. Dies gilt umso mehr, als dass ein Vergleich der verschiedenen Rechtsordnungen klar aufzeigt, wie unterschiedlich die einzelnen europäischen Länder diese Kontrollmechanismen im nationalen Recht geregelt haben. Was bleibt, ist daher die Erkenntnis, dass die Schweiz bei der Inhaltskontrolle in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ihren eigenen Weg gegangen ist, der kein europäischer war. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen – ebenso wie der Steuerwettbewerb in Europa oder auf kantonaler Ebene innerhalb der Schweiz – hat aber durchaus seine Vorzüge. Zumindest eröffnen sich dadurch Optionen, von denen die Schweizer Lösung bisher zweifelsohne profitiert hat. Aus einer ökonomischen, historischen und vergleichenden Perspektive können jedoch keine zwingenden Gründe angeführt werden, wonach der liberale Regelungsansatz der Schweiz einem stärkeren regulatorischen Eingriff weichen sollte.¹⁰⁹

¹⁰⁹ So schon, in vertragstheoretischer und rechtsökonomischer Hinsicht, *Jentsch* (Fn. 3), 116.