

Abhandlungen



Vito Roberto*



Marisa Walker**

AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG

AGB unterliegen der Konsens- und Auslegungskontrolle. Seit dem 1. Juli 2012 gilt darüber hinaus der revidierte Art. 8 UWG, welcher die Inhaltskontrolle von Konsumenten-AGB ermöglicht. In Bezug auf die neue Bestimmung stellen sich verschiedene Fragen: Wie spielen die einzelnen Tatbestandselemente zusammen? Welche Bedeutung kommt dem Element «in Treu und Glauben verletzender Weise» zu? Können nachteilige Klauseln durch vorteilhaftere Vertragsbestimmungen bzw. einen günstigeren Preis kompensiert werden? Ist die neue Gesetzesbestimmung auch auf AGB anwendbar, die vor deren Inkraftsetzung Vertragsinhalt geworden sind?

Inhaltsübersicht

1. Einleitung

- 1.1 Bedeutung
- 1.2 Begriff
- 1.3 Überblick über die Rechtslage

2. Allgemeine AGB-Kontrolle

- 2.1 Geltungskontrolle
- 2.2 Vorrang der Individualabrede
- 2.3 Gesetzesverstoss
- 2.4 Ungewöhnliche AGB-Klauseln
- 2.5 Auslegungskontrolle
- 2.6 Allgemeine AGB-Kontrolle und Art. 8 UWG

3. Offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

- 3.1 Revision der Bestimmung
- 3.2 Auslegungsbedürftigkeit der Bestimmung
- 3.3 Eurokompatible Auslegung?
- 3.4 Anwendungsbereich
- 3.5 Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten
- 3.6 In Treu und Glauben verletzender Weise

4. Einzelfragen zu Art. 8 UWG

- 4.1 Summierungseffekt und Kompensation von Vor- und Nachteilen

4.2 Kompensation durch den Preis?

4.3 Übergangsrecht

5. Folgen rechtswidriger AGB-Klauseln

5.1 Nichtigkeit

5.2 Umgehungen

6. Fazit

Literatur

1. Einleitung

1.1 Bedeutung

Seit dem Zweiten Weltkrieg ist die Verbreitung von Allgemeinen Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen («AGB») rasch vorangeschritten. AGB sind aus dem Wirtschaftsalltag kaum mehr wegzudenken. Zum einen haben sie einen Rationalisierungs-, zum anderen einen Spezialisierungseffekt:¹ Sie vereinheitlichen etwa für Massengeschäfte Bestell- und Lieferbedingungen, Zahlungskonditionen, Ansprüche bei Leistungsstörungen, Kündigungs- und Rücktrittsmodalitäten und dergleichen mehr. Sodann verschaffen AGB bei Vertragstypen, für die das dispositive Gesetzesrecht keine oder nur lückenhafte Regelungen vorsieht, durch Konkretisierung der wichtigsten Rechte und Pflichten Klarheit und Rechtssicherheit. Sie verfolgen damit berechnete Anliegen des Wirtschaftsverkehrs und decken ein legitimes Bedürfnis der Unternehmen ab.

Zum Problem werden AGB, weil sie nicht bloss der Rationalisierung und Spezialisierung dienen. Regelmässig setzen die AGB-Verwender diese auch dazu ein, Rechte und Pflichten zu ihren Gunsten zu ändern und sich damit Rechtsvorteile zu verschaffen. Dabei kommt ihnen entgegen, dass – zumindest bei Konsumentenverträgen – die Vertragsgegenseite die AGB selten zur Kenntnis nimmt. Die Analyse des Klauselwerkes würde auch kaum etwas bringen, da eine Abänderung im Regelfall schwer oder unmöglich ist; zumal die Ansprechpartner bei den Unternehmen meist nicht befugt sind, Änderungen zuzustimmen. Schliesslich wird die Tragweite der einzelnen Bestimmungen durch Kulanzleistungen verschleiert; denn damit bleibt die Bedeutung des Inhalts der AGB für die Vertragspartner unklar.

Seit Jahrzehnten wird beklagt, dass AGB für den Verwender ein Werkzeug zur wirtschaftlichen Machterhaltung und -vergrösserung darstellen. Denn häufig dienen AGB der Haftungsfreizeichnung oder Risikoverlagerung. Die Partei mit der schwächeren Verhandlungsposition wird dadurch systematisch benachteiligt. Im Gegensatz zur Abweichung vom Gesetzestext durch individuell ausgehandelte Vertragsklauseln ist die Verdrängung objektiven Rechts durch AGB nicht vom Willen bei-

recht 2/2014 | S. 49–66 **50**

der Parteien getragen.² Damit stehen AGB im Spannungsfeld zwischen den berechtigten Interessen ihrer Verwender und dem Anliegen der inhaltlichen Ausgewogenheit eines Vertrages.³

Die Bedeutung der AGB hat insbesondere mit der Verbreitung der Onlinegeschäftssabschlüsse weiter zugenommen. Bei AGB in Papierform war der Verwender darauf bedacht, dem Kunden die AGB in einem vernünftigen Format zugänglich zu machen. Der AGB-Text musste seiner Praktikabilität willen kurz und prägnant sein. Durch die Geschäftstätigkeit und Vertragsschliessung im Internet besteht nun die Möglichkeit, die Vertragswerke immer länger und damit unübersichtlicher zu gestalten. Als elektronische

Datei macht es für den AGB-Verwender keinen Unterschied, ob er die Bedingungen auf einer Seite unterbringt oder ob diese Dutzende von Seiten füllen.⁴

Der Kunde kann im Onlinebuchungsprozess die Geschäftsbedingungen durch einfaches «Anklicken» konsultieren. Es darf jedoch bezweifelt werden, dass dies oft geschieht: Denn ändern kann er die AGB noch weniger als früher, als zumindest theoretisch die Möglichkeit bestand, handschriftlich gewisse Änderungen oder Einschränkungen vorzunehmen. Beim elektronischen Vertragsabschluss besteht diese Möglichkeit nicht mehr. Der Kunde hat bloss die Alternative, an der entsprechenden Stelle ein «Häkchen» zu setzen und damit die AGB zu akzeptieren oder vom Vertragsabschluss abzusehen («take it or leave it»).

1.2 Begriff

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind – gemäss einer präzisen vor über vier Jahrzehnten formulierten Umschreibung – «vom Unternehmer (...) aufgestellte tatsächliche Normen für die inhaltliche Gestaltung von Einzelrechtsgeschäften, mit deren Geltung sich der Durchschnittskunde (...) einverstanden erklären muss, wenn er nicht auf den Vertragsschluss von vornherein verzichten will»⁵. Es handelt sich somit um vorformulierte Vertragsbedingungen, welche von einer Vertragspartei für eine unbestimmte Zahl künftiger Verträge einseitig festgelegt werden.⁶ Hinzu kommt das Erfordernis, dass die Vertragsgegenseite über den Inhalt nicht in Verhandlung treten kann.⁷

Vertragliche Grundlagen, welche die beschriebenen Kriterien erfüllen, stellen AGB dar; welche Überschrift sie tragen, ist nicht relevant. Unerheblich ist auch das Erscheinungsbild, d.h., ob sie in Klein- oder Normalschrift abgefasst sind oder in ihrer Aufmachung als individuelle Vertragsvereinbarungen daherkommen.⁸ Gerade beim Onlinevertragsabschluss wären ansonsten Umgehungen leicht zu bewerkstelligen, indem die Klauselwerke mittels «Durchklicken» durch den Vertrag und Einfügen von Namen und Adresse sowie weiteren personen- oder vertragsbezogenen Informationen zu «Individualverträgen» umgestaltet würden.

1.3 Überblick über die Rechtslage

In der Schweiz sind im Zusammenhang mit AGB einerseits die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts und andererseits die Vorgaben von Art. 8 UWG zu beachten. Das allgemeine Vertragsrecht ist namentlich für die Frage relevant, ob die AGB rechtsgültig in den Vertrag einbezogen wurden («Geltungskontrolle») und wie sie auszulegen sind («Auslegungskontrolle»). Diese allgemeine Kontrolle greift bei allen AGB, d.h. bei Konsumenten- sowie Nichtkonsumenten-AGB. Der neu gefasste Art. 8 UWG bezieht sich dagegen nur auf Konsumenten. Er regelt die inhaltliche Kontrolle der AGB. Die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die (verdeckte) Inhaltskontrolle von AGB bleibt daher im Besonderen zwischen Vertragspartnern, die nicht Konsumenten sind, bedeutsam.

2. Allgemeine AGB-Kontrolle

2.1 Geltungskontrolle

Als vertragsrechtliche Regelung beruht die Gültigkeit der AGB auf rechtsgeschäftlicher Übereinkunft. Um zwischen den Parteien zur Anwendung zu gelangen, müssen die AGB durch Konsensbildung nach Art. 1 OR zum Vertragsbestandteil er-

hoben werden.⁹ Problematisch ist eine Zustellung der AGB nach Vertragsschluss: Da der Vertrag bereits gültig zustande gekommen ist, werden die nachträglich zugestellten AGB nicht Vertragsbestandteil.¹⁰ Sie stellen lediglich einen Antrag zur Vertragsanpassung dar; soweit die Rechtsposition der Vertragsgegenseite in den AGB verschlechtert wird, ist eine (stillschweigende) Zustimmung nicht zu vermuten.

Der Wille der Vertragsparteien zur AGB-Übernahme muss deutlich zum Ausdruck kommen, was auch konkludent möglich ist. Bei Verträgen zwischen Unternehmern (nicht aber bei Verträgen mit Konsumenten) kommt selbst eine stillschweigende Übernahme der AGB in Betracht.¹¹

Keine Zweifel an der Gültigkeit der Einbeziehung von AGB bestehen, wenn diese ausdrücklich akzeptiert wurden. In der Praxis werden die AGB dem Kunden oft mit anderen Vertragsunterlagen vorgelegt bzw. zugestellt. Der Kunde hat daraufhin ein Formular zu unterzeichnen, welches entweder die AGB selbst enthält (z.B. auf der Rückseite) oder auf ein separates AGB-Dokument verweist.

Der Hinweis auf die AGB enthält meist auch eine Formulierung, wonach die Vertragsgegenseite die Vertragsbedingungen gelesen und verstanden hat. Diese Bestätigung entspricht zumindest bei geschäftlich unerfahrenen Kunden selten der Realität. Nach allgemeiner Lebenserfahrung übernehmen Kunden bis auf wenige Ausnahmen die AGB «global», d.h., sie lesen die AGB vor Unterzeichnung der Vertragsdokumente nicht und können deren Tragweite oft ohnehin nicht abschätzen. Eine solche «Globalübernahme» ist für die Konsensbildung grundsätzlich unerheblich.¹² Der geschäftlich unerfahrene Kunde¹³ muss jedoch in zumutbarer Art und Weise von den AGB Kenntnis nehmen können. Dazu gehört, dass die AGB für den Durchschnittsadressaten verständlich und lesbar sowie leicht zugänglich (nicht «versteckt») sein müssen.

Aufgrund dieser allgemeinen Grundsätze lassen sich folgende Konkretisierungen ableiten: In Alltagsgeschäften liegt bei Klauselwerken im Umfang von mehreren Dutzend Seiten die zumutbare Kenntnisnahme nicht mehr vor. Dies gilt erst recht in jenen Fällen, in denen innerhalb der umfangreichen AGB auf zahlreiche weitere zum Vertragsinhalt gehörende AGB verwiesen wird.¹⁴ Sodann sind durch Computer formulierte Übersetzungen der AGB (trotz der erheblichen Fortschritte in den letzten Jahren) oftmals unverständlich. Die Schriftgrösse ist nicht mehr zumutbar, wenn sich die AGB nur mit Mühe entziffern lassen («Transparenzgebot»)¹⁵. Und der «Link» auf die AGB muss bei elektronischen Geschäftsabschlüssen im Internet deutlich sichtbar sein; überdies muss der Kunde bei solchen Abschlüssen die Möglichkeit haben, die AGB abzuspeichern und auszudrucken.¹⁶

2.2 Vorrang der Individualabrede

Auch wenn die AGB rechtswirksam einbezogen wurden, bedeutet dies noch nicht, dass sie auch Anwendung finden. Vielmehr wird deren Wirksamkeit in verschiedener Hinsicht begrenzt. So ist es unbestritten, dass Individualabreden den AGB prinzipiell vorgehen – auch bei blosser Mündlichkeit¹⁷; denn «der vorgeformte Inhalt hat deshalb zu weichen, weil er trotz der (Global-)Übernahme insoweit gar nicht gewollt ist, als die Parteien einen übereinstimmenden abweichenden Willen erklären»¹⁸.

Die Geltung der AGB wird nicht nur im Falle des direkten Widerspruchs zwischen AGB und Individualabreden, sondern auch im Falle des mittelbaren Widerspruchs beschränkt. Ein mittelbarer Widerspruch besteht insbesondere dann, wenn AGB essenzielle Rechtswirkungen einschränken würden, die sich aus der Individualabrede ergeben.¹⁹

Neben der geltungsbeschränkenden Wirkung kommt den Individualabreden auch eine inhaltsbestimmende Wirkung zu. Aus dem Vorrang der individuellen Abrede folgt nämlich, dass sich die Auslegung der AGB-Klauseln am Inhalt des Individualvertrags orientieren muss, d.h., die AGB sind «individualvertragskonform» auszulegen.²⁰

2.3 Gesetzesverstoss

Die inhaltliche Vertragsfreiheit gilt grundsätzlich auch in Bezug auf AGB. Der Inhalt der Vertragsbedingungen darf innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgelegt werden (Art. 19 Abs. 1 OR).

Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind bloss dann unzulässig, wenn das Gesetz eine unabänderliche Vorschrift aufstellt; wie alle vertraglichen Vereinbarungen dürfen auch AGB-Bestimmungen nicht gegen zwingendes Recht verstossen. Zwingende Gesetzesbestimmungen bilden etwa die Einschränkungen des im Voraus vereinbarten Haftungsausschlusses in Art. 100 Abs. 1 und 2, Art. 101 Abs. 2 und 3 und Art. 199 OR, das (nach der Rechtsprechung) jederzeitige Kündigungsrecht bei Aufträgen gemäss Art. 404 Abs. 1 OR sowie das Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB.

Umstritten ist, ob sich AGB über das zwingende Recht hinaus einer an den allgemeinen Massstäben des Obligationenrechts messenden Prüfung stellen müssen. In den letzten Jahrzehnten wurde in der Lehre eine solche offene Inhaltskontrolle immer wieder postuliert. Uneinig war man sich jedoch darüber, aus welcher bestehenden gesetzlichen Bestimmung eine AGB-Kontrolle abzuleiten gewesen wäre.²¹

Als mögliche Grundlagen für eine offene Inhaltskontrolle diskutiert wurden die in Art. 19 OR niedergelegte Schranke der öffentlichen Ordnung (verstanden als die der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien)²², die billige Rücksichtnahme auf das vertraglich eingeräumte Ermessen nach Art. 71 Abs. 2 OR²³, der Übervorteilungstatbestand gemäss Art. 21 OR²⁴ und der institutionelle Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB²⁵. Letzterer Ansatz beruht auf der in Deutschland entwickelten Lehre vom Verbot der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten.²⁶

Die Lehre hatte die erwähnten Theorien vor allem mit Blick auf die Konsumenten entwickelt. Diese sind mit der Revision des Art. 8 UWG nicht mehr auf diese Konstrukte angewiesen. Ob weiter daran festgehalten werden sollte, erscheint daher zweifelhaft. Auch im deutschen Schrifttum, wo die Grundlagen der in der Schweiz vertretenen Konzepte entwickelt wurden, hat man sich mit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes (dessen Bestimmungen später in das BGB integriert wurden²⁷) von diesem Theorienballast befreit.

Die Frage dürfte ohnehin obsolet sein: Das Bundesgericht lehnte es seit je ab, gestützt auf die erwähnten Grundlagen eine offene Inhaltskontrolle vorzunehmen. Da nunmehr die besonders schutzbedürftigen Adressaten durch Art. 8 UWG geschützt sind, ist kaum anzunehmen, dass das oberste Gericht in Bezug auf die in geringerem Masse unterlegenen Kleinunternehmen zu einer offenen Inhaltskontrolle übergehen würde.

2.4 Ungewöhnliche AGB-Klauseln

Selbst rechtswirksam einbezogene und nicht gegen zwingendes Recht verstossende AGB-Klauseln können unwirksam sein. Gemäss der aus dem Vertrauensprinzip abgeleiteten Ungewöhnlichkeitsregel ist eine ungewöhnliche Klausel bei pauschaler Übernahme der AGB nicht bindend. Der Vertragspartner musste nicht mit einer solchen Klausel rechnen, und der AGB-Verwender durfte nicht auf deren Annahme vertrauen.²⁸

Dies gilt aber bloss dann, wenn die entsprechende Klausel entweder objektiv oder subjektiv ungewöhnlich ist. Ungültig sind AGB-Bestimmungen, mit denen man im Allgemeinen nicht rechnen muss (objektiver Aspekt). Überdies können für einen branchenfremden Vertragspartner auch branchenübliche Bestimmungen (subjektiv) ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel bedingt damit eine Einzelfallbetrachtung.²⁹

Entgegen der Bezeichnung fallen nicht lediglich Klauseln unter die Ungewöhnlichkeitsregel, die für die Gegenseite überraschend bzw. die im allge-

meinen Rechtsverkehr unüblich sind. Da AGB im Regelfall eine Verlagerung von Rechten und Pflichten zulasten der Vertragsgegenseite enthalten und auch geschäftsunerfahrene Vertragsparteien nicht ernsthaft von etwas anderem ausgehen dürfen, könnte man – überspitzt formuliert – bei einem wörtlichen Verständnis der Ungewöhnlichkeitsregel zum Schluss kommen, solche Klauseln seien allgemein üblich und damit nicht ungewöhnlich; umgekehrt seien Klauseln, welche die Rechtsstellung der Gegenseite verbessern, ungewöhnlich und damit ungültig.

Die Rechtsprechung hat die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch nie wörtlich verstanden. Ursprünglich wurde sie im Hinblick auf den Gerichtsstand entwickelt: AGB sahen in aller Regel einen Gerichtsstand am Sitz des AGB-Verwenders vor.³⁰ Solche Klauseln – obwohl allgemein üblich – qualifizierte die Rechtsprechung als ungewöhnlich. Im Laufe der Zeit weiteten die Gerichte diesen Ansatz zu einer punktuellen Inhaltskontrolle aus: Ziel war es, die schwächere Vertragspartei vor erheblichen Benachteiligungen zu schützen. Dieses Verständnis geht deutlich aus den durch das Bundesgericht verwendeten Textbausteinen³¹ hervor. Diese lauten im Allgemeinen etwa folgendermassen:

Von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen sind indessen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist, da davon auszugehen ist, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen, nicht zustimmt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.³²

Der letzte Satz entlarvt die Inhaltskontrolle, welche unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel vorgenommen wird. Entscheidend ist nicht die Ungewöhnlichkeit, sondern die «Schwäche»³³ oder Unerfahrenheit des Vertragspartners sowie die Beeinträchtigung der Rechtsstellung. Auch wenn also die Ungewöhnlichkeitsregel formell der Konsenskontrolle zuzurechnen ist, entspricht sie materiell einer verdeckten Inhaltskontrolle.

Die Geltungskontrolle kommt aber bei tatsächlicher Kenntnis oder beim Kennenmüssen der AGB oder einzelner ungewöhnlicher Klauseln an ihre Grenzen. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der Kunde durch optische Hervorhebung an einer gut sichtbaren Stelle auf die ungewöhnliche Klausel aufmerksam gemacht wird.³⁴

Auch die Forderung, dass der geschäftlich unerfahrene Kunde über die formellen Anforderungen hinaus «in besonderer Weise auf die Klausel hingewiesen und dass ihm deren Bedeutung erklärt wird»³⁵, vermag die im Bereich der Konsumenten-AGB bestehenden Probleme nicht zu lösen. Der dadurch angestrebte selbständige Kundenwille für sich allein sichert noch nicht den Richtigkeitsgehalt der Verpflichtungserklärung. Der Kunde müsste auch in der Lage sein, über die Änderung der für ihn nachteiligen Klauseln in Verhandlung zu treten. In der Rechtswirklichkeit besteht diese Möglichkeit aber gerade nicht, weil entweder – wie bereits erwähnt – die den Vertrag abschliessende Person nicht befugt

ist, den Vertrag abzuändern, oder der AGB-Verwender kein Interesse an einer Änderung hat.³⁶

2.5 Auslegungskontrolle

Scheitern AGB nicht bereits an der Konsens- bzw. verdeckten Inhaltskontrolle, ist in einem zweiten Schritt der Inhalt der AGB durch Auslegung zu ermitteln. Da AGB rechtlich keine objektiven Normen, sondern Vertragsbestandteile darstellen, sind sie grundsätzlich nach den für Individualverträge geltenden allgemeinen Regeln, insbesondere nach dem Vertrauensprinzip, auszulegen.³⁷

Erweist sich eine Klausel nach Anwendung der vertraglichen Auslegungsmittel als unklar, greift die «Unklarheitsregel»³⁸, welche Lehre und Recht-

recht 2/2014 | S. 49–66 **54**

sprechung für die Auslegung der AGB entwickelt haben: Danach sind unklare Klauseln zulasten des Verwenders auszulegen («in dubio contra stipulatorem»)³⁹. Die Unklarheitsregel wird vom Bundesgericht (gleich wie die Ungewöhnlichkeitsregel) mit dem Vertrauensprinzip begründet.⁴⁰ Auf diesem Prinzip kann die Unklarheitsregel aber nicht fassen, da sie erst dann zur Anwendung kommt, wenn eine Klausel nach ihrer Auslegung gestützt (gerade auch) auf das Vertrauensprinzip unklar bleibt.⁴¹ Eine überzeugendere Grundlage für die Unklarheitsregel wäre im Bereich der AGB deshalb die «rechtspolitische Abwägung»⁴² bzw. der «Gedanke der Machtkontrolle»⁴³: Es soll erreicht werden, dass im Falle von Interpretationsspielräumen die für die Vertragsgegenseite vorteilhafteste Auslegung Anwendung findet.

Die Unklarheitsregel beruht mithin auf der Überlegung, dass der AGB-Verwender, wenn er schon das Machtungleichgewicht zu seinen Gunsten ausnutzen kann, gleichsam als kleine Kompensation auch das Risiko etwaiger Unklarheiten tragen soll. Dies ist sachgemäss, hat es doch der Verwender in der Hand, die AGB klar und eindeutig zu formulieren.

Wie bereits erwähnt, sind AGB aufgrund des Vorrangs der Individualabrede überdies individualvertragskonform auszulegen. Die Grenze zwischen der Unklarheitsregel und dem Vorrang der Individualabrede ist fließend.

2.6 Allgemeine AGB-Kontrolle und Art. 8 UWG

Sind AGB-Bestimmungen rechtswirksam in den Vertrag einbezogen worden und verstossen sie nicht gegen zwingendes Recht oder gegen die Ungewöhnlichkeitsregel, sind sie rechtswirksam. Eine offene Inhaltskontrolle gestützt auf allgemeine vertragsrechtliche Prinzipien hat das Bundesgericht bislang abgelehnt.

Hier knüpft die Regelung in Art. 8 UWG an, welche zusätzlich zur allgemeinen AGB-Kontrolle die offene Inhaltskontrolle ermöglicht. Der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ist freilich auf Konsumentenverträge beschränkt. Bei Verträgen zwischen Nichtkonsumenten bleibt es bei den erwähnten Grundsätzen der Konsens- und Auslegungskontrolle.

Verschiedene Autoren kritisieren die Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumentenverträge. Kleinunternehmen seien im geschäftlichen Verkehr oftmals in derselben Lage wie Konsumenten, da sie mit marktmächtigen Unternehmen nicht über den Inhalt der Vertragsbedingungen in Verhandlung treten können. Infolgedessen seien sie ebenfalls schutzbedürftig.⁴⁴

Diesbezüglich ist auf zwei Aspekte hinzuweisen. Erstens ist das Problem von marktmächtigen

Unternehmen, die ihre Vertragsbedingungen auch kleineren Unternehmen aufoktroyieren können, im Grunde Gegenstand des Kartellrechts. Zweitens sind auch Kleinunternehmen in Bezug auf AGB nicht schutzlos: Sofern die Gerichte auch in Zukunft die (unter dem Konzept der Ungewöhnlichkeitsregel) bis anhin praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle beibehalten, können schwächere Vertragsparteien vor erheblichen Benachteiligungen geschützt werden.

Ob es darüber hinaus für kleinere Unternehmen noch einer offenen Inhaltskontrolle der Geschäftsbedingungen bedarf, kann dahingestellt bleiben. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG jedoch bewusst eingeschränkt;⁴⁵ für eine analoge Anwendung der Norm bleibt infolgedessen kein Raum.⁴⁶

3. Offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

3.1 Revision der Bestimmung

Die frühere Bestimmung, welche den lauterkeitsrechtlichen Schutz gegen missbräuchliche AGB normierte (Art. 8 aUWG), blieb praktisch bedeutungslos.⁴⁷ Sie wurde denn auch als «Pseudo-AGB-Norm» kritisiert.⁴⁸ Nach der früheren Fassung

recht 2/2014 | S. 49–66 **55**

waren AGB nur dann unlauter, wenn sie eine erhebliche Benachteiligung der Vertragsgegenseite «in irreführender Weise» vorsahen. Eine unbillige Klausel, welche der AGB-Verwender klar und deutlich formulierte, auffällig platzierte oder dem Kunden erläuterte, fiel demnach nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 8 aUWG.⁴⁹ Die Rechtsprechung lehnte es denn auch ab, gestützt auf diese Bestimmung eine offene AGB-Inhaltskontrolle vorzunehmen.

Mit der Neufassung der Bestimmung fiel die Textpassage «in irreführender Weise» weg. Damit ist nunmehr, soweit ein Konsumentenvertrag vorliegt, die offene Inhaltskontrolle von AGB möglich.⁵⁰ Die neue Bestimmung lautet:

Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

3.2 Auslegungsbedürftigkeit der Bestimmung

Wohl aufgrund der langwierigen Gesetzgebungsgeschichte und der Kompromisslösung «in letzter Sekunde»⁵¹ lässt der Wortlaut von Art. 8 UWG erheblichen Interpretationsspielraum. Die Lehre hat sich bereits intensiv mit der neuen Regelung auseinandergesetzt;⁵² deren Konturen bleiben aber gleichwohl in verschiedener Hinsicht unscharf.

Unklar ist namentlich, wie die Handhabung und das Zusammenspiel der einzelnen Tatbestandselemente zu erfolgen hat und welche Bedeutung dem Element «in Treu und Glauben verletzender Weise» zukommt. Legt man die Voraussetzung des «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses» eng aus, bewirkt dies gekoppelt mit der notwendigen Treuwidrigkeit letztlich die Fortführung der bisherigen restriktiven Missbrauchskontrolle. Lässt man sich dagegen bei der Konkretisierung der Bestimmung von entsprechenden Missbrauchskatalogen in ausländischen Rechtsordnungen leiten, können Gerichte den

Inhalt von AGB in einem – im Vergleich zu früher – weitgehenden Mass überprüfen. Die ersten höchstrichterlichen Urteile werden insofern entscheidendes Gewicht haben, als sie die Bedeutung der neu gefassten Norm konkretisieren werden.

3.3 Eurokompatible Auslegung?

Die Schweiz übernimmt im Rahmen des autonomen Nachvollzugs immer wieder Normierungen des EU-Rechts.⁵³ Auch die revidierte Norm in Art. 8 UWG lehnt sich an die Formulierung der entsprechenden europäischen Norm an.⁵⁴ Zweck dieser auf freiwilliger Basis gründenden Übernahme ausländischen Rechts liegt in der Vereinfachung des europaweiten Wirtschaftsverkehrs.

Mit dem autonomen Nachvollzug stellt sich die Frage, inwiefern die Auslegung durch europäische Gerichte auch hierzulande von Relevanz ist. Im Hinblick auf das Ziel, den Wirtschaftsverkehr durch Übernahme europäischer Normen zu fördern, ist zweckmässigerweise auch die europäische Auslegung zu berücksichtigen.⁵⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass ausländische Rechtsprechung unbesehen übernommen werden sollte.

Sachgerecht ist vielmehr die Berücksichtigung der europäischen Lehre und Rechtsprechung als eine von verschiedenen Auslegungshilfen bei der Interpretation der Normen. Dies entspricht seit je der Praxis der schweizerischen Gerichte. So blickt das Bundesgericht bei sich neu stellenden Rechtsfragen und bei der Auslegung von Normen regelmässig auch über die Landesgrenzen. Aufgrund des sprachlichen Zugangs, der wirtschaftlichen Bedeutung sowie des Umfangs des Schrifttums und der Judikatur stehen bei der Bezugnahme auf ausländisches Recht vor allem das deutsche und in geringerem Umfang das französische Recht im Vordergrund.⁵⁶ Trotz dieses Umstandes kam je-

recht 2/2014 | S. 49–66 **56**

doch bislang niemand zum Schluss, die schweizerischen Gerichte seien an die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (bzw. des französischen Cour de cassation) gebunden. Auch in Bezug auf die europäische Rechtsprechung sollte ein entsprechendes (unverkrampftes) Verhältnis gelten.

Die dargelegten Grundsätze entsprechen letztlich der Handhabung dieser Frage durch das Bundesgericht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Nachvollzug von europäischem Recht zur Folge, dass ein Gesetz wie z.B. das UWG «in Zweifelsfällen» europarechtskonform auszulegen ist.⁵⁷ Liegt nach den anerkannten Auslegungsmethoden indessen kein Zweifelsfall vor, besteht für die Berücksichtigung europäischen Rechts bzw. der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kein Raum.⁵⁸ Insbesondere ist eine europakonforme Auslegung auf Kosten der Kohärenz der schweizerischen Rechtsordnung abzulehnen.⁵⁹

3.4 Anwendungsbereich

Art. 8 UWG ist bloss auf Konsumenten anwendbar und insoweit enger als die frühere Fassung von Art. 8 aUWG. Der Konsumentenbegriff selber ist im UWG allerdings nicht definiert. Es stellt sich damit die Frage, welche Verträge zwischen welchen Personen von der neuen Bestimmung erfasst werden.

Nach der europäischen AGB-Richtlinie fallen alle Verträge darunter, die eine natürliche Person (Konsument) zu einem Zweck abgeschlossen hat, «der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann» (Art. 2 lit. b AGB-RL).⁶⁰ Der Begriff des Konsumenten findet sich jedoch auch in verschiedenen schweizerischen Gesetzen⁶¹. Um dem Anliegen der Kohärenz der schweizerischen

Rechtsordnung nachzukommen⁶² und den Gleichlauf des UWG mit anderen schweizerischen Gesetzesbestimmungen zu gewährleisten, ist der Begriff des Konsumenten grundsätzlich nach dem innerschweizerischen Recht auszulegen.

Nun kennen die schweizerischen Gesetze aber verschiedene Definitionen. Einen engen Anwendungsbereich der Konsumentenverträge enthalten die Gerichtsstandbestimmungen im IPRG und die unlängst in Kraft getretene Schweizerische ZPO: Gemäss diesen Bestimmungen gelten als Konsumentenverträge nur «Verträge über Leistungen *des üblichen Verbrauchs*, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch» des Konsumenten bestimmt sind.⁶³

Der vor Kurzem erlassene Art. 210 OR, welcher die Verjährungsfrist bei Kauf- und Werkverträgen regelt,⁶⁴ spricht im Zusammenhang mit dem Konsumentenbegriff vom «persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers» (Abs. 4 lit. b). Anders als beim Konsumentengerichtsstand fehlt die Einschränkung auf «Leistungen des üblichen Verbrauchs».

Die Ausweitung der konsumentenschützenden Bestimmung auf sämtliche Leistungen des persönlichen oder familiären Gebrauchs führt zu sachgerechten Lösungen.⁶⁵ Vertragsparteien legen Verträgen über den üblichen Verbrauch (z.B. Einkauf von Nahrungsmitteln, Kleidern, Treibstoff) – mit Ausnahme des Onlinegeschäftsabschlusses – kaum je AGB zugrunde.

Auch in der Geschäftspraxis geht man von einem weiten Verständnis aus. Dies zeigt sich etwa bei Banken, welche ihre AGB im Zuge der Gesetzesrevision überarbeiten. Sie passen neben den Bankverträgen «des üblichen Verbrauchs» auch alle weiteren Vertragsbeziehungen mit Privatkunden, namentlich auch Hypothekarkredit-, Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsverträge, der neuen Rechtslage an.⁶⁶ Ein weites Verständnis steht somit nicht bloss im Einklang mit dem Konsumentenbegriff im Obligationenrecht und der europäischen AGB-Richtlinie, sie entspricht auch der gelebten Praxis im Geschäftsverkehr.

Art. 8 UWG ist folglich auf sämtliche Verträge anwendbar, die eine natürliche Person für Leistungen des persönlichen oder familiären Gebrauchs

recht 2/2014 | S. 49–66 **57**

mit einer anderen Partei abschliesst.⁶⁷ Umstritten ist, ob der AGB-Verwender die Leistung im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit anbieten muss.⁶⁸ Dies dürfte in aller Regel der Fall sein, womit Art. 8 UWG anwendbar ist. Gleiches sollte aber auch in jenen Fällen gelten, in denen ein Privater (z.B. von einem Verband herausgegebene) AGB für einen Vertragsabschluss verwendet.⁶⁹

3.5 Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten

Zentrales Tatbestandselement von Art. 8 UWG ist «ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten». Erforderlich ist eine Benachteiligung aufgrund einer Gesamtschau.⁷⁰ Es ist daher unzulässig, die Unlauterkeit auf der Grundlage einer einzelnen Bestimmung zu behaupten, ohne die anderen (für den Konsumenten allenfalls vorteilhaften) Klauseln zu berücksichtigen. Die Verteilung der Rechte und Pflichten muss die Stellung des Konsumenten verschlechtern; es muss kein konkreter Nachteil belegt werden.⁷¹

Die Gesetzesbestimmung erwähnt zwar nicht, an welchem Referenzmassstab ein etwaiges Missverhältnis zu messen ist.⁷² In Betracht kommt jedoch bei den gesetzlich geregelten Vertragsarten einzig das dispositive Gesetzesrecht. Bei Innominatverträgen kann das dispositive Recht analog angewendet werden;

Das Dokument "AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG" wurde von Universität St. Gallen, Bibliothek, St. Gallen am 21.09.2021 auf der Website recht.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

passen diese Gesetzesbestimmungen nicht, so hat der Richter eine eigenständige Regel zu schaffen (Art. 1 Abs. 2 ZGB)⁷³. Die dispositiven oder sinngemäss anwendbaren Bestimmungen des Gesetzesrechts sowie die Regeln des Richterrechts sind Ausdruck der vom Gesetzgeber bzw. den Gerichten als angemessen und sachlich richtig erachteten Lösungen bei der Konkretisierung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Sie enthalten damit ein gutes Stück inhaltliche Gerechtigkeit⁷⁴.

Ein erhebliches Missverhältnis liegt vor, wenn die AGB fühlbar vom Gesetzes- bzw. Richterrecht zum Nachteil der Konsumenten abweichen.⁷⁵ Je bedeutsamer eine Bestimmung ist, desto niedriger liegt die Grenze zum Missverhältnis. Umgekehrt bewirken bei unbedeutenden Rechten und Pflichten selbst Klauseln, die den dispositiv anwendbaren Regeln diametral entgegenstehen, kein Missverhältnis⁷⁶.

Das erhebliche Missverhältnis muss nach dem Gesetzeswortlaut zudem ungerechtfertigt sein. Diesem Umstand kommt freilich keine eigenständige Bedeutung zu.⁷⁷ Liegt ein erhebliches Missverhältnis vor, so fehlt es auch an einer Rechtfertigung. Wäre die Abweichung vom Gesetzes- oder Richterrecht dagegen gerechtfertigt, bestünde auch kein Missverhältnis. Vielmehr gäbe es dann eben gute Gründe für die Abweichung. Ein «gerechtfertigtes Missverhältnis» ist nicht denkbar.⁷⁸ Erhellend in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass sich der Begriff «ungerechtfertigt» bloss in der deutschsprachigen Fassung der europäischen AGB-Richtlinie findet; in allen anderen Sprachen fehlt ein solcher Begriff, weshalb damit (auch auf europäischer Ebene) kein zusätzliches Erfordernis bei der Beurteilung der AGB verbunden sein dürfte.⁷⁹

Man mag bedauern, dass das Konzept der Generalklausel ohne «schwarze»⁸⁰ oder «graue»⁸¹ Liste von konkreten Klauselverboten fortgeführt wurde. Damit wird dem Gericht eine erhebliche Konkretisierungsaufgabe zugemutet. Vor allem aber führen die mangelnden Anhaltspunkte weder beim Konsumenten noch beim AGB-Verwender zu

recht 2/2014 | S. 49–66 **58**

der erforderlichen Orientierungssicherheit. Da sich für Konsumenten die Wahrnehmung der Rechte (nicht bloss, aber insbesondere) bei rechtlicher Unsicherheit regelmässig nicht lohnt, dürfte die angestrebte Änderung der AGB-Inhalte bei Konsumentenverträgen auf Jahre hinaus illusorisch bleiben.

3.6 In Treu und Glauben verletzender Weise

Dem Passus «in Treu und Glauben verletzender Weise» kommt eine Schlüsselbedeutung zu. Denn «Treu und Glauben» ist ein diffuser, allgemeiner und auslegungsbedürftiger Grundsatz. Je enger man diesen Rechtsgrundsatz auslegt, desto eingeschränkter ist die Bedeutung von Art. 8 UWG. Versteht man den Passus ähnlich wie die frühere Wendung «in irreführender Weise», würde dies zur völligen Ineffektivität der neuen Regelung führen.⁸²

Der Gesetzgeber beabsichtigte freilich nicht, die frühere Regelung fortzuführen. Erklärtes Ziel war es vielmehr, ebenso wie in den anderen europäischen Ländern auch in der Schweiz eine offene Inhaltskontrolle zu ermöglichen. Das Kriterium von Treu und Glauben darf daher mit der herrschenden Lehre⁸³ lediglich als Massstab, nicht als zusätzliches Tatbestandmerkmal verstanden werden. Der Massstab von Treu und Glauben soll der Beurteilung dienen, ob ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten besteht und ob dieses Missverhältnis als erheblich anzusehen ist.⁸⁴

Wider Treu und Glauben verhält sich nicht bloss jener, dem ein Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist. Treu und Glauben ist eben – entgegen der älteren Auffassung⁸⁵ – nicht lediglich das Spiegelbild zum Rechtsmissbrauch. Die Grenze bildet infolgedessen nicht der Rechtsmissbrauch; ansonsten wäre ein krasses

Missverhältnis zwischen den Interessen bzw. völliges Fehlen eines schutzwürdigen Interesses erforderlich. Es genügt, dass der AGB-Verwender seine Gestaltungsmacht missbraucht, indem er erheblich von dem Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs abweicht, d.h. in seinen AGB ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten erzeugt.⁸⁶

Grundsätzlich gilt somit auch im Rahmen der AGB die Vertragsfreiheit. Der Verwender darf – ebenso wie bei individuell ausgehandelten Vertragsmodalitäten – seine Interessen bevorzugen. Im AGB-Kontext ist die inhaltliche Vertragsfreiheit jedoch insoweit eingeschränkt, als der AGB-Verwender seinen Vertragspartner nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen darf.⁸⁷

4. Einzelfragen zu Art. 8 UWG

4.1 Summierungseffekt und Kompensation von Vor- und Nachteilen

Schwierige Fragen stellen sich in Bezug auf die Summierung verschiedener problematischer Klauseln sowie auf die Kompensation von nachteiligen mit vorteilhaften Bestimmungen. Die schweizerische Lehre gab darauf – soweit die Themen Beachtung fanden – unterschiedliche Antworten.

Bei der Summierung sind verschiedene Konstellationen denkbar. Unproblematisch ist die Kombination mehrerer unwirksamer Bestimmungen. Unklar ist dagegen die Kombination einer problematischen, aber noch zulässigen mit einer (oder mehreren) anderen sachlich zusammenhängenden unwirksamen Bestimmung(en). Aufgrund des Summierungseffekts können auch jene Klauseln unwirksam sein, die für sich allein (gerade noch) gültig gewesen wären. Dies folgt aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, namentlich aus dem Aspekt der missbräuchlichen Ausnützung der Gestaltungsmacht. Der Verwender kann sich in einem solchen Fall nicht auf die Unwirksamkeit der einen Klausel berufen, um die andere Klausel zu retten.⁸⁸ In Ausnahmefällen ist es denkbar, dass dies auch bei mehreren problematischen und sachlich zusammenhängenden Klauseln gilt, die zwar nicht einzeln, aber in ihrer Gesamtheit zu einer treuwidrigen unangemessenen Benachteiligung der Vertragsgegenseite führen.

Das Gegenstück zur Summierung ist die Kompensation von Vor- und Nachteilen. So kann etwa

recht 2/2014 | S. 49–66 **59**

die Einräumung eines Nachbesserungsrechts den Ausschluss des Minderungsrechts, die Abtretung von Ansprüchen gegen Unterlieferanten bzw. Unterakkordanten einen Haftungsausschluss des AGB-Verwenders⁸⁹ oder das Recht eines Teilnehmers an einer Veranstaltung (z.B. Kurs oder Reise), bei Verhinderung eine Ersatzperson zu bestimmen, den Ausschluss des Rücktrittsrechts kompensieren. Ebenso können längere Rüge- und Verjährungsfristen die Einschränkung der Gewährleistungsansprüche aufwiegen.⁹⁰

Fraglich ist, ob die Kompensation auf funktionsgleiche Klauseln (sog. enge Kompensation) oder in Bezug auf sämtliche AGB-Bestimmungen zulässig sein soll (sog. weite Kompensation). Zu denken ist etwa an eine Haftungseinschränkung auf der einen Seite und der Gewährung eines entschädigungslosen Vertragsrücktritts auf der anderen Seite. Nach der in Deutschland vorherrschenden und teilweise auch in der Schweiz vertretenen Auffassung darf eine Kompensation nur bei sachlich zusammenhängenden Bestimmungen (enge Kompensation) erfolgen.⁹¹ Begründet wird dies damit, dass es keinen operationalen Massstab dafür gebe, verschiedene Rechte, die ganz unterschiedlichen Interessen dienen, zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.⁹² Ob die Gerichte mit der Kontrolle eines gesamten Vertragsgefüges tatsächlich überfordert wären, darf jedoch bezweifelt werden.

Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob nachteilige AGB-Klauseln bloss durch andere vorteilhafte AGB-Klauseln oder auch durch Bestimmungen des Individualvertrages ausgeglichen werden können. Auch in dieser Hinsicht findet sich die einschränkende Auffassung, wonach die Kompensation nur innerhalb der AGB-Klauseln möglich sei: Die individuelle Vereinbarung, die zumeist Art, Umfang und Qualität des Hauptgegenstandes sowie den Preis regelt, sei der AGB-Kontrolle entzogen.⁹³

4.2 Kompensation durch den Preis?

Die Diskussion der Kompensation nachteiliger AGB-Bestimmungen durch Vorteile des Individualvertrages konzentriert sich auf das sog. Preisargument. Gegner einer Kompensationsmöglichkeit durch den Preis befürchten namentlich, dass bei grosser Preiskonkurrenz ein «race to the bottom» bei den AGB-Bestimmungen einsetzt: Durch den Ausschluss der Preiskompensation soll verhindert werden, dass ein Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten durch den tieferen Preis legitimiert werden kann.⁹⁴

Diese Auffassung steht in Widerspruch zum Erfordernis des «erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses». Profitiert der Kunde von einem besonders niedrigen Preis, ist ihm auch die Inkaufnahme gewisser Nachteile zuzumuten. Die Hürde für die Bejahung einer treuwidrigen unangemessenen Benachteiligung durch AGB-Klauseln ist bei tiefen Preisen entsprechend höher. Umgekehrt sollten hohe Preise bei der Beurteilung der AGB ebenfalls Berücksichtigung finden.

Die Frage des Preisarguments wurde namentlich in Deutschland ausgiebig behandelt: Gemäss der langjährigen Rechtsprechung des BGH sind «preiskalkulatorische Erwägungen» bei der AGB-Kontrolle nicht statthaft. AGB-Verwender müssen «ihre Preise nach solchen Bedingungen kalkulieren, die sich mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbaren lassen»⁹⁵. Überdies sei der angemessene Preis oft nicht feststellbar und der behauptete Preisvorteil somit nicht nachprüfbar.⁹⁶ In funktionierenden Märkten bilde sich der Preis ausserdem im Wettbewerb und soll nicht durch ein Gericht kontrolliert bzw. festgelegt werden können.⁹⁷ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll insbesondere dann gelten, wenn die Kompensation dem Kunden offengelegt wurde und er zwischen einem tiefen Preis mit nachteiligen AGB und einem höheren Preis und besseren AGB (wirklich) wählen konnte.⁹⁸

Weshalb die Preiskompensation bloss bei alternativen Leistungen desselben Anbieters zulässig sein soll, ist nicht nachvollziehbar.⁹⁹ Für den Kunden besteht die gleiche Situation, wenn er zwischen alternativen Vertragsmodellen verschiedener Anbieter, d.h. zwischen einem Anbieter mit tiefen Preisen und nachteiligen AGB und einem an-

recht 2/2014 | S. 49–66 **60**

deren Anbieter mit höheren Preisen und vorteilhafteren AGB, wählen kann. Wer bei einer «Billig-Airline» bucht, darf (und wird) nicht davon ausgehen, in den Beförderungsbedingungen dieselben Rechte und Pflichten wie bei einem Linienflug in der «Business-Klasse» aufzufinden; hinzuweisen sei nur schon auf die unterschiedlichen Rechte in Bezug auf die Möglichkeit, eine Flugreservation zu ändern bzw. einen Flug zu annullieren. Letztlich geht es bei der Zulassung der Preiskompensation um eine Ausprägung des im Grundsatz von Treu und Glauben verankerten Vertrauensprinzips.

4.3 Übergangsrecht

Die revidierte Bestimmung in Art. 8 UWG ist am 1. Juli 2012 in Kraft getreten. Es stellt sich mithin die Frage nach dem Übergangsrecht. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Revision des UWG keine

Das Dokument "AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG" wurde von Universität St. Gallen, Bibliothek, St. Gallen am 21.09.2021 auf der Website recht.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

intertemporalen Sonderbestimmungen erlassen; auch die Botschaft und parlamentarische Diskussion haben sich einer entsprechenden Auseinandersetzung enthalten.¹⁰⁰

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass AGB, welche vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen («alte» AGB) und weder ergänzt noch geändert wurden, gemäss dem «Prinzip der Nichtrückwirkung» (Art. 1 SchIT ZGB) nach altem Recht beurteilt werden müssen. Art. 2 SchIT ZGB sei nicht anwendbar, da Art. 8 UWG nicht Teil des *ordre public* sei.¹⁰¹ Hinsichtlich der Folgen einer Änderung oder Ergänzung «alter» AGB nach dem 1. Juli 2012 werden zwei Meinungen vertreten: Zum einen, dass Art. 8 UWG in einem solchen Fall auf die gesamten «alten» AGB anwendbar sei,¹⁰² zum andern, dass nur die geänderten oder ergänzten Klauseln Art. 8 UWG unterstehen.¹⁰³

Ein anderer Teil der Lehre befürwortet dagegen die Anwendung von Art. 8 UWG auf alle «alten» (auch auf unveränderte) AGB mit der Begründung, Art. 8 UWG sei um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden (Art. 2 SchIT ZGB).¹⁰⁴

Rechtlich stellt sich die Frage, ob man zur Begründung der Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf «alte» AGB tatsächlich auf den *ordre public* von Art. 2 SchIT ZGB zurückgreifen muss. Als mögliche Grundlage könnte nämlich auch Art. 3 SchIT ZGB herangezogen werden. Nach dieser Bestimmung sind Rechtsverhältnisse, «deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, (...) nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes [d.h. nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts] nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind». *Broggini* legt diese Bestimmung so aus, dass der Inhalt¹⁰⁵ alter Rechtsverhältnisse grundsätzlich nach neuem zwingendem Recht zu beurteilen sei: «Sowohl der Verstoss gegen den *ordre public* als auch die Verletzung zwingender Vorschriften führen zur «sofortigen Einwirkung» des neuen Rechts»¹⁰⁶. «Ebenso wie der gegen zwingendes Recht verstossende Inhalt eines Vertrages unzulässig ist (Art. 19 Abs. 2 OR), ist auch der gegen das neue, zwingende Recht verstossende Inhalt eines unter dem alten Recht entstandenen Rechtsverhältnisses (auch eines Vertrags) unzulässig.»¹⁰⁷ Das Bundesgericht hat diese Auslegung abgeschwächt:

«Die Meinung, dass das gesamte zwingende Recht unbesehen dem mit seinem Inkrafttreten anwendbaren neuen Recht zu unterstellen sei, kann indessen nicht richtig sein. Vischer (...) hat darauf hingewiesen, dass gesetzliche Rechte im Sinne von Art. 3 SchITZGB, also «Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird», sowohl durch zwingendes als auch durch dispositives Privatrecht umschrieben werden. Er hat sich, unter Hinweis auf Savigny, der Meinung Brogginis entgegengestellt, dass das gesamte zwingende Recht in das sofort anwendbare neue Recht einzubeziehen sei (...). Vor allem aber hat Vischer (...) auf die grundlegende Bedeutung des Vertrauensschutzes hingewiesen. Dieser verlangt, wie Rechtsprechung und Lehre erkannt haben, dass die bereits unter der früheren Rechtsordnung eingetretenen Rechtswirkungen weiterhin anerkannt werden und dass nur für die erst seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandenen Rechtswirkungen – gemäss Art. 3 SchIT ZGB – das neue Recht massgebend ist (...).»¹⁰⁸

recht 2/2014 | S. 49–66 61

Die Auslegung des Bundesgerichts ist sowohl dogmatisch als auch sachlich zutreffend. Dies wird namentlich evident, wenn man die bundesgerichtliche Lesart von Art. 3 SchIT ZGB auf die AGB von Dauerschuldverhältnissen anwendet, bei denen sich das Problem des Übergangsrechts in besonderem Masse stellt: Auf Ansprüche, die bereits vor dem 1. Juli 2012 entstanden sind, finden die «alten» AGB Anwendung, wie sie gemäss der bisherigen Geltungs- und Auslegungskontrolle zu beurteilen waren. In Bezug auf Ansprüche, deren Voraussetzungen sich nach dem 1. Juli 2012 erfüllen, unterliegen die «alten» AGB aber der Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG¹⁰⁹.

Diese Sicht der Dinge führt auch zu sachgerechten Lösungen: Denn unabhängig davon, ob man sich auf Art. 2 oder Art. 3 SchIT ZGB stützt, sind vertragliche Ansprüche, die nach dem 1. Juli 2012 entstehen, nach der

nummehr geltenden Rechtslage zu beurteilen, d.h., die entsprechenden AGB sind der Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG zu unterwerfen. Es wäre unbefriedigend, Unternehmen, die an ihren «alten» Klauseln festhalten, gegenüber denjenigen AGB-Verwendern, die ihre Klauseln überprüfen und dem neuen Recht anpassen, zu bevorzugen.¹¹⁰ Dies gilt umso mehr hinsichtlich jener Unternehmungen, die kurz vor Inkrafttreten des Art. 8 UWG ihre AGB für Dauerschuldverhältnisse nochmals einer Gesamtrevision auf der Grundlage der früheren Rechtslage unterzogen haben, damit diese während einer möglichst langen Zeitspanne nicht mehr geändert werden müssen und somit dem alten Recht unterstellt bleiben würden.

5. Folgen rechtswidriger AGB-Klauseln

Der Verstoß gegen Art. 8 UWG ist nicht strafbewehrt (Art. 23 UWG). Damit kann die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen strafrechtlich nicht geahndet werden. Bei einem Verstoß gegen Art. 8 UWG verhält sich der Verwender aber widerrechtlich. Nachfolgend sind die zivilrechtlichen Folgen bei Verwendung rechtswidriger AGB-Klauseln zu prüfen.

5.1 Nichtigkeit

Im Einklang mit der herrschenden Lehre¹¹¹ sind unlautere AGB-Klauseln (vgl. Art. 8 i.V.m. Art. 2 UWG) nichtig (Art. 20 OR). Gleiches gilt für AGB-Klauseln, die gegen (anderweitiges) zwingendes Recht verstossen (z.B. gegen Art. 100 Abs. 1 OR). Die Nichtigkeit von AGB-Klauseln ist von Amtes wegen zu beachten¹¹² und führt grundsätzlich zu einer Teilnichtigkeit des Vertrages gemäss Art. 20 Abs. 2 OR¹¹³, da kaum denkbar ist, dass dieser ohne die betreffende Bestimmung in den AGB nicht geschlossen worden wäre.¹¹⁴ Der Verwender kann sich im Streitfall nicht auf die Nichtigkeit berufen.¹¹⁵

Unklar ist der Umfang der Nichtigkeit.¹¹⁶ Diese kann partiell sein oder sich auf die ganze Klausel erstrecken. Bis vor einigen Jahrzehnten war in der Schweiz Ersteres die vorherrschende Ansicht, d.h., dass die betreffende Klausel auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist (sog. geltungserhaltende Reduktion). Schliessen die AGB etwa die Haftung für eigenes Verschulden aus, so ist die Klausel in Bezug auf den Ausschluss für Vorsatz und Grobfahrlässigkeit unwirksam; wirksam blieb die Klausel dagegen für den Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit. Massgeblich hierfür war *Spiros* Argument, dass eine bestimmte Rechtsfolge dann eintritt, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, und diese Rechtsfolge infolgedessen bloss eintreten kann, soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹⁷

recht 2/2014 | S. 49–66 **62**

Die geltungserhaltende Reduktion setzt indes beim AGB-Verwender die falschen Anreize. Die Verwendung missbräuchlicher Klauseln hat keine rechtlichen Nachteile. Denn gegenüber dem Durchschnittskunden kann man auf diesen Bestimmungen beharren; die Erfahrung zeigt, dass sich die Mehrheit gegen den eindeutigen Wortlaut einer Klausel nicht zur Wehr setzt. Sollte es im Einzelfall zu einer gerichtlichen Überprüfung kommen, so würde die Klausel lediglich auf das gesetzlich zulässige Mass reduziert werden.¹¹⁸

Die Weiterverwendung unzulässiger Klauseln darf rechtlich nicht durch die Aufrechterhaltung im gerade noch zulässigen Mass belohnt werden.¹¹⁹ Der AGB-Verwender soll sich um rechtlich zulässige Klauseln bemühen; gelingt ihm das nicht, so ist die Klausel unwirksam, und es kommt dispositives Gesetzesrecht bzw. Richterrecht zur Anwendung.¹²⁰

Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Es kann unmöglich Aufgabe des Richters sein, bei rechtswidrigen AGB eine Formulierung zu finden, die für den Verwender möglichst vorteilhaft und rechtlich gerade noch zulässig ist.¹²¹ Zu Recht lehnt es nunmehr die ganz herrschende Lehre¹²² ab, rechtswidrige Klauseln auf das

zulässige Mass zu reduzieren und sich damit zum Sachwalter der Verwenderinteressen zu machen.¹²³

In einer neueren Entscheidung hat auch das Bundesgericht in diesem Sinne entschieden. Bei einer AGB-Klausel in einem Leasingvertrag, welche die finanziellen Folgen einer vorzeitigen Kündigung regelt, hat das Gericht die geschuldete Vergütung aus präventiven Gründen nicht lediglich auf das erlaubte Mass herabgesetzt, sondern die Klausel als nichtig erklärt.¹²⁴ Auch wenn das Urteil nicht als Leiturteil veröffentlicht wurde, dürfte damit die geltungserhaltende Reduktion auch in der Rechtsprechung überwunden sein.¹²⁵

5.2 Umgehungen

Wenn rechtswidrige Klauseln nicht auf das zulässige Mass reduziert werden, sondern nichtig sind, stellt sich die Frage, was in Bezug auf AGB-Gestaltungen gelten soll, welche die Rechtsfolge umgehen wollen. Zu denken ist etwa an Kaskadenbestimmungen oder salvatorische Klauseln.

Solche Klauselgestaltungen, welche die gänzliche Nichtigkeit zu umgehen versuchen, sind ebenfalls als missbräuchlich anzusehen. Der Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion darf nicht durch entsprechende AGB-Gestaltungen umgangen werden.

Als Beispiel sei die Haftungsfreizeichnung für schuldhaft zugefügte Schädigungen durch Hilfspersonen angeführt. Diesbezüglich besteht die Möglichkeit, gestufte Haftungsbeschränkungen in die AGB aufzunehmen, d.h. also neben einem vollständigen Haftungsausschluss auch einen Ausschluss für Grobfahrlässigkeit sowie für leichte Fahrlässigkeit. Kommt das Gericht zum Schluss, dass der vollständige Haftungsausschluss gegen Art. 8 UWG verstösst, könnte sich der Verwender immer noch auf den Ausschluss für Grobfahrlässigkeit und gegebenenfalls für leichte Fahrlässigkeit berufen. Gleiches erreicht man durch salvatorische Klauseln, wonach explizit bestimmt wird, dass eine bestimmte Klausel Geltung erlangen solle, falls eine andere Klausel ungültig sein sollte. Zu denken ist etwa an die Einräumung eines Nachbesserungsrechts unter Ausschluss anderer Ansprüche für den Fall, dass der vollständige Gewährleistungsausschluss gegen Art. 8 UWG verstösst und damit nichtig ist.

6. Fazit

Allgemeine Geschäftsbedingungen dienen unbestrittenermassen dem berechtigten Anliegen, Vertragsabschlüsse durch vereinheitlichte Regelungen zu rationalisieren. Eine unwillkommene Begleiterscheinung ist die damit einhergehende Pflichten- und Risikoverlagerung vom AGB-Verwender auf die Vertragsgegenseite. Die Rechtsprechung hat verschiedene Konzepte entwickelt, um AGB-Klauseln zu bekämpfen, welche der materiellen Vertragsgerechtigkeit widersprechen.

Aus allgemeinen vertraglichen Grundsätzen folgt, dass AGB als vertragliche Klauseln wirksam in den Vertrag einbezogen werden müssen, individuell vereinbarte Vertragsabreden den vorformulierten Klauselwerken vorgehen und diese überdies nicht gegen zwingende Gesetzesnormen verstossen dürfen. Sodann haben die Gerichte in einer reichhaltigen Rechtsprechung die «Unge-

wöhnlichkeitsregel» entwickelt, welche sich im Laufe der Zeit immer weniger auf die Ungewöhnlichkeit einer Klausel und immer stärker auf die Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Vertragspartners fokussiert hat. Dieselbe Zielsetzung verfolgt, wenngleich weniger effektiv, die «Unklarheitsregel».

Mit diesen Instrumenten kann einseitigen und die Vertragsgegenseite erheblich benachteiligenden AGB-

Klauseln oftmals die Wirksamkeit versagt werden. Eine generelle offene Inhaltskontrolle lehnte die Rechtsprechung dagegen stets ab. Die frühere Fassung der Bestimmung in Art. 8 UWG liess eine solche aufgrund des Erfordernisses der «Irreführung» auch nicht zu.

Wünschbar ist eine Überprüfung unbilliger AGB-Klauseln aber namentlich bei Konsumentenverträgen. Insofern kommt die revidierte Fassung der Bestimmung in Art. 8 UWG, welche nunmehr die inhaltliche Kontrolle von AGB-Klauseln durch die Gerichte erlaubt, einem berechtigten Anliegen nach. Ob sich die mit der Neufassung verbundene Hoffnung auf ausgewogenere AGB erfüllt, hängt massgeblich davon ab, wie die Rechtsprechung den unbestimmten Wortlaut der revidierten Bestimmung auslegt. Konkretisierungsbedürftig sind sowohl das erhebliche Missverhältnis der Rechte und Pflichten als auch der dadurch bewirkte Verstoss gegen Treu und Glauben.

Umstritten ist sodann die Frage, ob nachteilige Klauseln durch vorteilhaftere Vertragsbestimmungen bzw. einen günstigeren Preis kompensiert werden können. Teilweise wird vertreten, dies sei bloss dann zulässig, wenn der Kunde zwischen verschiedenen Vertragsmodellen auswählen könne und ihn der Klauselverwender bei der günstigeren Vertragsvariante ausdrücklich auf die Kompensation durch nachteiligere AGB-Bestimmungen hinweist. Da es aber kaum einen Unterschied machen kann, ob die unterschiedlichen Vertragsmodelle durch denselben Anbieter oder durch verschiedene Anbieter angeboten werden, ist die Kompensation nach der hier vertretenen Ansicht generell zuzulassen.

Uneinig ist man sich überdies darüber, ob die neue Gesetzesbestimmung bloss auf AGB anwendbar ist, die nach deren Inkraftsetzung Vertragsinhalt werden, oder ob auch frühere Klauselwerke der neuen Rechtslage unterstehen. Im Grunde geht es nicht um die Anwendung der neuen Bestimmung in Art. 8 UWG auf ältere oder neuere Klauselwerke, sondern um die Frage, ob Ansprüche, die nach Inkraftsetzung der Bestimmung entstehen, nach früherem oder neuem Recht zu beurteilen sind. Sowohl aus dogmatischen als auch aus sachlichen Gründen ist Art. 8 UWG nach der hier vertretenen Auffassung auf alle nach der Inkraftsetzung der Bestimmung entstehenden Ansprüche anwendbar; wann die zugrunde liegenden AGB-Klauseln in den Vertrag einbezogen wurden, ist insofern unerheblich.

Weitgehende Einigkeit besteht hinsichtlich der Rechtsfolgen rechtswidriger Klauseln. Diese sind nicht – wie dies in der älteren Lehre noch vorwiegend vertreten wurde – auf das erlaubte Mass zu reduzieren («geltungserhaltende Reduktion»); vielmehr sind sie nichtig, und an deren Stelle tritt das dispositive bzw. durch den Richter im Rahmen der Lückenfüllung aufzufindende Recht. AGB-Bestimmungen, welche die Nichtigkeitsfolge zu vermeiden suchen («salvatorische Klauselgestaltungen»), sind ebenfalls missbräuchlich und damit nichtig.

Die rechtlichen Grundlagen für den Schutz der Konsumenten vor missbräuchlichen AGB liegen nunmehr vor. Inwiefern sich deren rechtliche Situation in der Praxis verbessert, hängt indes namentlich auch von der Durchsetzung des Rechts ab. Für den einzelnen Konsumenten lohnt sich die Rechtsdurchsetzung in Hinblick auf die Unsicherheiten, den Aufwand bzw. die Kosten und den oft geringen Streitwert meistens nicht. In Bezug auf die abstrakte Inhaltskontrolle durch Verbände, namentlich Konsumentenschutzorganisationen, oder durch den Bund sind zahlreiche Fragen ungeklärt, so etwa die Streitwertbestimmung, die Kostenverteilung, die Gesamtbetrachtung oder die Bindungswirkung. Es ist infolgedessen zu befürchten, dass sich trotz verbesserter Rechtslage für den einzelnen Konsumenten wenig ändert.

Literatur

Amstutz Marc, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK/Bearbeiter).

Auer Eugen, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964.

Baudenbacher Carl, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: *Baudenbacher/Coester-*

Das Dokument "AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG" wurde von Universität St. Gallen, Bibliothek, St. Gallen am 21.09.2021 auf der Website recht.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

Waltjen/Bühler/Stauder/Schwaibold (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, 17ff. (zit. *Baudenbacher*, AGB).

Baudenbacher Carl, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), St.Gallen/Berlin 2001 (zit. *Baudenbacher*, UWG).

Baudenbacher Carl, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (zit. *Baudenbacher*, Grundprobleme).

Bauer Walo, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Zürich 1977.

Bieri Laurent, Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?, Jusletter 24. Oktober 2011.

recht 2/2014 | S. 49–66 **64**

Bohnet François, Art. 8 UWG und unlautere Prozessklauseln, SZP 6 (2012), 517ff.

Bornhauser Philip R./Rusch Arnold F., Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP 19 (2010) 1228ff.

Broggini Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in: *Max Gutzwiller* (Hrsg.) Schweizerisches Privatrecht, Erster Band: Geschichte und Geltungsbereich, Basel 1969, 353ff.

Bucher Eugen, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankverkehr?, recht 2 (1997) 41ff.

Bühler Gregor/Stäuber Richard, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2–3 (2012) 86ff.

Büyüksagis Erdem, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées?, AJP 21 (2012) 1393ff.

Dupont Annie-Sylvie, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, in: *Bohnet* (Hrsg.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, 99ff.

Ehle Bernd/Brunschwiler André, Schweizer AGB im Umbruch, RIW 5 (2012) 262ff.

Egger August, Zürcher Kommentar zu Art. 2 ZGB, 2. Aufl. Zürich 1930 (zit. *ZK/Egger*).

Fatzer Peter/Hasenböhler Franz, AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen?, in: *Lengauer/Rezzonico* (Hrsg.), Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, Zürich 2012, 188ff.

Fornage Anne-Christine, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant: étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'union européenne, en droit anglais, français et allemand, Diss. Bern 2011.

Fornage Anne-Christine/Pichonnaz Pascal, Le projet de révision de l'Art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, SJZ 106 (2010), 285ff.

Fuchs Andreas, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 10. Aufl. Köln 2006.

Fuhrer Stephan, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011.

Furrer Andreas, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, HAVE 3 (2011) 324ff.

Furrer Andreas/Schnyder Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. *CHK/Bearbeiter*).

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. *Gauch*, Werkvertrag).

Gauch Peter, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 3 (1987) 51ff. (zit. *Gauch*, Verwendung).

Gauch Peter, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, NZZ Nr. 201, 31. August 2011, 21 (zit. *Gauch*, NZZ).

Gauch Peter, Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, SZW 63 (1991) 177ff. (zit. *Gauch*, Bestätigungsschreiben).

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne

- ausservertragliches Haftpflichtrecht), Bd. I, 9 Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. *Gauch/Schluemp/Schmid*).
- Gauch Peter/Aepli Viktor/Stöckli Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, 8. Aufl. Zürich 2012. (zit. Präjudizienbuch/Bearbeiter).
- Gerber Alexandra, Die Rezeption ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog I, Genf 1993.
- Giger Hans, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.
- Girsberger Daniel et al., Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. Zürich 2004 (zit. ZK/IPRG/Bearbeiter).
- Gmür Max, Berner Kommentar zu Art. 2 ZGB, 2. Aufl. Bern 1919 (zit. BK/*Gmür*).
- Grüneberg Christian, in: Palandt-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. München 2013.
- Hausheer Heinz, Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95 (1976), Bd. II, 225ff.
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Art. 2 ZGB (zit. BK/*Hausheer/Aebi-Müller*).
- Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003.
- Hess Markus/Ruckstuhl Lea, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 21 (2012) 1188ff.
- Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK/UWG/Bearbeiter).
- Holliger-Hagmann Eugenie, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20.Februar 2012.
- Honsell Heinrich, Die Rückabwicklung verbotener Geschäfte: eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, München 1972.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II: Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 4. Aufl. Basel 2011 (zit. BSK/ZGB II/Bearbeiter).
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 5. Aufl. Basel 2011 (zit. BSK/OR I/Bearbeiter).
- Huguenin Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. *Huguenin*, OR).
- Huguenin Claire/Rusch Arnold F., Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferde im Vertrag, SZW 80 (2008), 37ff.
- Hürlimann Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984.
- Jäggi Peter/Gauch Peter, Zürcher Kommentar, Bd. V/1b: Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 18, 3. Aufl. Zürich 1980 (zit. ZK/*Jäggi/Gauch*).
- Klett Barbara, Der Nutzungsausfall als Schadensposition, HAVE 4 (2012), 377ff. (zit. *Klett Barbara*).
- Klett Kathrin, Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht, recht 6 (2008) 227ff. (zit. *Klett Kathrin*).

- Klett Kathrin/Hurni Christoph, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2–3 (2012) 80ff.
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl. Bern 2009 (zit. *Koller Alfred*).
- Koller Thomas, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: *Emmenegger* (Hrsg.), Das Bankkonto, Bern 2013, 17ff. (zit. *Koller Thomas*, Auslegeordnung).
- Koller Thomas, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 23 (2014) 19ff. (zit. *Koller Thomas*, Banken-AGB).
- Kollmann Andreas, in: *Dauner-Lieb/Langen* (Hrsg.), Nomos-Kommentar, BGB Schuldrecht, Bd. II/1, §§ 241–

610, 2. Aufl. Mönchengladbach 2012.

Kötz Hein, Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Verhandlungen des 50. DJT, Bd. I, Teil A, München 1974, 1ff.

Kramer Ernst, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 81 (1985) 17–25 und 33–39 (zit. *Kramer*, SJZ).

Kramer Ernst, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK/*Kramer* OR 1–18).

Kramer Ernst, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK/*Kramer* OR 19–22).

Kut Ahmet/Stauber Demian, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20. Februar 2012.

Lupi Thomann Melania, Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Zürich/Basel/Genf 2003.

Maissen Eva, Die automatische Vertragsverlängerung, Zürich 2012.

Marchand Sylvain, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 3 (2011) 328ff.

Mathys Beat, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997.

Matt Peter C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel 1997.

Merz Hans, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966 (zit. BK/*Merz*).

Merz Hans, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: *Bär/Bucher/Kummer* (Hrsg.), Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, 313ff. (zit. *Merz*, Massenvertrag).

Morin Ariane, The Influence of European Consumer Law on Swiss Law, European Business Law Review 20 (2009) 208ff.

Naegeli Walter, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1950.

Pedrazzini Mario M./Pedrazzini Federico A., Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl. Bern 2002.

Perrig Roman, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel 2011.

Pichonnaz Pascal, Le centenaire du Code des obligations – Un code toujours plus hors du code, ZSR 130 (2011) Bd. II, 117ff. (zit. *Pichonnaz*, Le centenaire).

Pichonnaz Pascal, Le nouvel Art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 3 (2012) 140ff. (zit. *Pichonnaz*, Le nouvel).

Probst Thomas, in: *Jung/Spitz* (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.

Raiser Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (Nachdruck Bad Homburg v.d.H. 1961).

Rebe Bernd, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978.

Roberto Vito, Die Haftung des Reiseveranstalters, Diss. Zürich 1990.

Rüetschi David, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, recht 3 (2013) 101ff.

Rusch Arnold F., Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 5 (2011) 170ff. (zit. *Rusch*, Bankgebühren).

Rusch Arnold F., Schadenabwältungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 84 (2012), 439ff. (zit. *Rusch*, Schadenabwältungsklauseln).

Rusch Arnold F., Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 3 (2012) 337ff. (zit. *Rusch*, LeGes).

Rusch Arnold F., Werbung auf Baugerüsten, BR 5 (2013) 240ff. (zit. *Rusch*, Werbung).

Säcker Franz-Jürgen, Gruppenautonomie und Übermachtskontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972.

Schaller Jean-Marc, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich 2013.

Schmid Jörg, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148 (2012) 1ff.

Schmidt-Rimpler Walter, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130ff.

Schmidt-Salzer Jörg, Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1971.
Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, Zürcher Kommentar, Bd. V/1a: Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1–17, 3. Aufl. Zürich 1973 (zit. ZK *Schönenberger/Jäggi*).
Schott Ansgar, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2 (2012) 78ff.
Schuler Alois, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 1978.
Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Bern 2012.
Spiro Karl, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952) 449ff.
Stauder Bernd, Die AGB der Reiseveranstalter, in: *Baudenbacher/Coester-Waltjen/Bühler/Stauder/Schwaibold* (Hrsg.), AGB – eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, 139ff.
Sticher Walter, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss. St.Gallen 1981.
Stockar Conrad H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1970.
Stöckli Hubert, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, HAVE 4 (2012) 199ff. (zit. *Stöckli, Aufbruch*).

recht 2/2014 | S. 49–66 66

Stöckli Hubert, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 4 (2011) 184ff. (zit. *Stöckli, offene Inhaltskontrolle*).
Stöckli Hubert, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Schweizerische Baurechtstagung 2013, Freiburg 2013, 171ff. (zit. *Stöckli, unfaire Verträge*).
Stöckli Jean-Fritz, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bern 1979 (zit. *Stöckli Jean-Fritz*).
Sutter Guido/Lörtscher Florian, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 4 (2012) 93ff.
Thouvenin Florent, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter 29. Oktober 2012.
Vasella David, Gebühren und andere Kosten in AGB der Banken, St.Galler Bankrechtstag 7. Juni 2013, Zürich.
Weber Rolf H., Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken – zum Problem einer Grenzziehung, SAG 56 (1984) 150ff.
Wiegand Wolfgang, Zwei Urteile des EuGH zu Pauschalreisen und ihre Bedeutung für die Schweiz, Jusletter 17. Juni 2002.
Wurmnest Wolfgang, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 6. Aufl. München 2012.

* Prof. Dr. iur. LL.M. *Vito Roberto*, St.Gallen/Zürich

** M.A. HSG *Marisa Walker*, St.Gallen/Lachen; mit bestem Dank für die Mithilfe und kritische Durchsicht an Dr. iur. Bernhard Stehle, St.Gallen/Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität St.Gallen.

1 Vgl. *Schwenzer*, N 44.02; ausführlich *Baudenbacher*, AGB, 22ff.; *ders.*, Grundprobleme, 226ff.

2 Vgl. zum Anliegen der materiellen Vertragsgerechtigkeit auch BGE 123 III 298 («Fussballplatz-Fall»): «Die formale Vertragsfreiheit [wird] durch die materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.»

3 S. zur fehlenden Richtigkeitsgewähr bereits *Schmidt-Rimpler*, 130ff.; ferner *Baudenbacher*, Grundprobleme, 283; *Kötz*, 37.

4 Die Schweizer Konsumentenzeitschrift «Beobachter» hat bereits im Jahr 2009 die AGB von Schweizer Onlineshops verglichen. Wer z.B. bei Apple online eingekauft hatte, musste damals die AGB mit rund 53700 Zeichen akzeptieren; ein «Brocken (...) vergleichbar mit einem dreiseitigen Artikel in einer Tageszeitung, ohne Bild», Stolpersteine im Onlineshop, Beobachter, Ausgabe 25 (2009).

5 *Säcker*, 81.

Das Dokument "AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG" wurde von Universität St. Gallen, Bibliothek, St. Gallen am 21.09.2021 auf der Website recht.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

- 6 *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1118; *Koller Alfred*, § 23 N 1; *BSK/Thouvenin*, UWG 8 N 1.
- 7 Die Definition der herrschenden Auffassung ist dagegen etwas weiter: Danach haben vorformulierte Bedingungen auch dann AGB-Charakter, wenn in tatsächlicher Hinsicht keine Verhandlung über deren Inhalt erfolgte; s. etwa *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1126b; *Koller Thomas*, *Banken-AGB*, 24f.; ebenso BGer 4P.135/2002 vom 28.11.2002, E. 3.3.
- 8 *BK/Kramer*, OR 1 N 182; *Matt*, 104; *BSK/Thouvenin*, UWG 8 N 2.
- 9 BGE 118 II 296 m.w.N. auf die Rechtsprechung; als Beispiel für eine ausdrückliche Übernahme s. BGE 94 II 202, zur Möglichkeit einer stillschweigenden Übernahme s. BGE 77 II 156; *BSK/Bucher*, OR 1 N 52; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1128ff.; *Schmid*, 2; *Klett/Humi*, 80f.
- 10 Grundsätzlich können AGB auch über ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, gegen welches nicht widersprochen wird, in den Vertrag eingeführt werden (s. *BK/Kramer*, OR 6 N 108ff). Inwieweit das Schreiben konstitutive Wirkung erlangen kann, wenn es erstmals auf die AGB verweist, welche dem Empfänger unbekannt und dem Schreiben auch nicht beigelegt sind, ist jedoch unklar. Gemäss *Gauch*, entfällt in einem solchen Fall die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens (vgl. *Gauch*, Bestätigungsschreiben, N 181).
- 11 *Éhle/Brunschwiler*, 264; *BK/Kramer*, OR 1 N 197f. mit Verweis auf BGE 77 II 155f.; *CHK/Kut*, OR 1 N 56 m.w.H.; *Schwenzer*, N 45.05; *BSK/Thouvenin*, UWG 8 N 51.
- 12 S. bereits den vor etwa einem Jahrhundert ergangenen BGE 45 I 47: «Wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um deren Inhalt zu kümmern, muss diese gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei.»
- 13 Im geschäftlichen Verkehr sind die Anforderungen an die Kenntnisnahmemöglichkeiten tiefer; vgl. die Hinweise in Fn. 9 zur Möglichkeit der stillschweigenden Übernahme von AGB bei Verträgen zwischen Unternehmern.
- 14 Z.B. bei Facebook (AGB von 6000 Wörtern): Verweise auf mindestens elf andere AGB; bei Apple iOS 7 (AGB von 4400 Wörtern): Verweise auf mindestens zwölf andere AGB.
- 15 Vgl. *CHK/Kut*, OR 1 N 52; *BK/Kramer*, OR 1 N 207; *Merz*, *Massenvertrag*, 326 Anm. 17 («Problematisch insbesondere die Übergabe erst bei Vertragsschluss und der augenmörderische Kleindruck»); *Schwenzer*, N 45.03; vgl. zudem *Naegeli*, 282ff.
- 16 *Perrig*, 323ff.; *Schwenzer*, N 45.06a mit Hinweis auf Art. 10 Abs. 3 der europäischen Richtlinie 2000/31/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»).
- 17 Vgl. z.B. BGE 125 III 266f.; 123 III 44; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1139; *Klett/Humi*, 83.
- 18 *ZK/Schönenberger/Jäggi*, OR 1 N 492 m.w.N.
- 19 *BK/Kramer*, OR 1 N 212 mit Hinweisen auf BGE 73 II 223ff. und BGE 51 II 234f.; vgl. zudem *Schmidt-Salzer*, N 94.
- 20 *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1158, 1240ff.; *Koller Alfred*, § 23 N 68; *BK/Kramer*, OR 1 N 219f.; *CHK/Kut*, OR 1 N 60; vgl. auch *Schmidt-Salzer*, N 101.
- 21 Vgl. die Übersicht bei *Roberto*, 192f. und *Sticher*, 43ff.
- 22 *Stockar*, 54ff. insb. 64ff.; sodann *Baudenbacher*, *Grundprobleme*, 292f.; *Kramer*, *SJZ*, 24; *Huguenin*, OR, N 637; *BSK/Huguenin*, OR 19/20 N 27ff.; *BK/Kramer*, OR 19–20 N 158ff.; *Schmid*, 17f.
- 23 *Auer*, 49ff.; *BK/Merz*, *ZGB* 2 N 178; *ders.*, *Massenvertrag*, 341f.; *Hausheer*, 287.
- 24 Vgl. *Schmid*, 17f.; Art. 21 OR dürfte schon wegen der engen Voraussetzungen keine wirksame AGB-Kontrolle ermöglichen; kritisch auch *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 26.
- 25 *Giger*, 84ff; *Schuler*, 165ff.; *Stöckli Jean-Fritz*, 165ff.; *Roberto*, 195f.
- 26 S. bereits *Raiser*, 277; sodann *Rebe*, 201ff.
- 27 S. §§ 305ff. BGB, wobei in Deutschland die AGB-Bestimmungen auch im unternehmerischen Verkehr gelten (vgl. § 310 BGB).
- 28 BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1; *BSK/Bucher*, OR 1 N 60.
- 29 Vgl. BGE 138 III 412; BGE 135 III 7; BGE 109 II 458; BGer 4A_24/2012 vom 30.5.2012, E. 3.1; BGer 4A_187/2007 vom 9.5.2008, E. 5.2.
- 30 Heute ist bei Konsumentenverträgen für Klagen des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Für Klagen der Anbieter ist das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO). Auf diese Gerichtsstände kann der Konsument nur durch Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Entstehung der Streitigkeit verzichten (vgl. Art 35 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO).
- 31 Es ist zumindest eine Tendenz zu ähnlichen Textbausteinen zu erkennen. Vgl. BGE 138 III 412f.; 135 III 227f.; 135 III 7; 119 II 446; BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1.
- 32 BGE 135 III 227f. Eine allgemeinere, nicht auf die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei bezogene Formulierung findet

sich in BGER 4C.282/2003 vom 15.12.2003, E. 3.1: «Nach der sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel ist eine globale Übernahme für vorformulierte Klauseln nicht gültig, soweit *die zustimmende Partei* mit ihnen nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste, weil sie unerwartet oder atypisch sind.»

- 33 Gemäss BGE 109 II 457 gilt als schwächere Partei auch diejenige, «welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet».
- 34 Vgl. z.B. BGE 119 II 446; 5C.271/2004 vom 12.7.2005, E. 2; *Klett/Hurni*, 85.
- 35 BGE 104 Ia 281.
- 36 Zur Kritik an der «vertrauenstheoretisch motivierten Geltungskontrolle» BK/*Kramer*, OR 1 N 208f.
- 37 Vgl. z.B. BGE 135 III 227; 135 III 6; 133 III 681; BSK/*Huguenin*, OR 19/20 N 27; *Klett/Hurni*, 83; BK/*Kramer*, OR 1 N 218ff.
- 38 Zur Subsidiarität der Unklarheitsregel gegenüber den übrigen Auslegungsmitteln s. z.B. die in Präjudizienbuch/*Stehle*, OR 18 N 13 aufgeführten Entscheide.
- 39 Vgl. z.B. BGE 133 III 610; 122 III 121 m.w.N.; BSK/*Bucher*, OR 1 N 59; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1158 und 1231ff.; ZK/*Jäggi/Gauch*, OR 18 N 451; *Schmid*, 3.
- 40 BGE 87 II 95f.
- 41 Zutreffend BK/*Kramer*, OR 1 N 109: «Vielmehr wäre die vertrauenstheoretisch konsequente Lösung die Annahme eines versteckten Dissenses in Bezug auf den unklaren Text.»
- 42 *Bauer*, 51.
- 43 BK/*Kramer*, OR 1 N 109.
- 44 Vgl. z.B. *Gauch*, NZZ vom 31. August 2011, 21; *Furrer*, 327; *Stöckli*, offene Inhaltskontrolle, 184ff.
- 45 S. Wortlaut von Art. 8 UWG (vgl. 3.1); vgl. z.B. auch Amtliches Bulletin 2011 N 1227, Votum NR Markwalder.
- 46 S. jedoch *Holliger-Hagmann*, N 30, welche aufgrund des Wortes «insbesondere» in Art. 8 UWG zwar keine analoge Anwendung, aber eine durch die Systematik des UWG bedingte Möglichkeit anerkennt, einzelne Klauseln aufgrund von Art. 2 UWG ohne Rücksicht auf die Konsumentenqualität als unlauter zu qualifizieren.
- 47 Vgl. zur Entstehungsgeschichte und Entwicklung dieser Bestimmung BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 60ff.
- 48 *Bucher*, 54; vgl. auch *Baudenbacher*, UWG 8 N 23ff. insb. N 24: «Damit liegt der Tatbestand der geplanten Ineffektivität einer Norm vor. Ausschlaggebend für dieses Nullergebnis war der Widerstand der Bankenlobby im Parlament»; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1155; *Kut/Stauber*, N 122; *Koller Thomas*, Banken-AGB, 22 «zahnloser Tiger»; *Pedrazzini/Pedrazzini*, N 12.02; *Probst*, UWG 8 N 71; *Schott*, 78.
- 49 S. *Huguenin*, OR, N 609f. und 634f.; *Mathys*, 116; *Weber*, 152.
- 50 Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6152, 6162 und 6178f.
- 51 Die politische Diskussion entwickelte sich im Zusammenhang mit Art. 8 UWG zu einer Grundsatzfrage darüber, ob mit der Inhaltskontrolle das Ende der Vertragsfreiheit einhergehe, vgl. *Furrer*, 324f.; umfassend zur Entwicklungsgeschichte des Art. 8 UWG *Hess/Ruckstuhl*, 1190ff.
- 52 Z.B. *Bieri*, N 1ff.; *Bohnet*, 517ff.; *Bühler/Stäuber*, 86ff.; *Büyüksagis*, 1393ff.; *Dupont*, 99ff.; *Fatzer/Hasenböhler*, 188ff.; *Furrer*, 324ff.; *Hess/Ruckstuhl*, 1188ff.; *Holliger-Hagmann*, N 1ff.; *Kut/Stauber*, N 105ff.; *Marchand*, 328ff.; *Pichonnaz*, Le nouvel, 140ff.; *Schmid*, 1ff.; *Schott*, 78ff.; *Stöckli*, Aufbruch, 199ff.; *Stöckli*, offene Inhaltskontrolle, 184ff.; *Stöckli*, unfaire Verträge, 171ff.; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 1ff.; *ders.*, N 1ff.
- 53 So hat der Schweizer Gesetzgeber im Rahmen des sog. Swisslex-Programms nach der Ablehnung der EWR-Vorlage im Jahr 1991 verschiedene Gesetze mit dem Ziel erlassen, die schweizerischen Erlasse dem europäischen «acquis» anzugleichen; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805ff.
- 54 Vgl. Art. 3 Abs. 1 der europäischen Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.
- 55 *Klett Kathrin*, 234; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 76f.; weiter gehend z.B. *Klett Barbara*, 380; *Morin*, 209f.; *Wiegand*, N 9.
- 56 *Gerber*, vgl. insb. 2f.; hat die Bundesgerichtspraxis zwischen 1875 und 1989 einer sorgfältigen Analyse unterzogen. Demnach wurde in etwa 90% der auf ausländisches Recht Bezug nehmenden Bundesgerichtsentscheidungen das deutsche und in ca. 25% das französische Recht berücksichtigt (jeweils alleine oder zusammen mit anderen Rechtsordnungen). Bloss untergeordnete Bedeutung haben das österreichische, italienische, britische, amerikanische und belgische Recht.
- 57 BGE 130 III 190 m. N.; BGE 129 III 350.
- 58 S. BGE 129 III 350; *Klett Kathrin*, 234f. und 236.

- 59 Vgl. *Klett Kathrin*, 234f. und 236.
- 60 Vgl. europäische Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; Negative Definition, vgl. *Pichonnaz*, *Le nouvel*, 141; *Stöckli*, *Aufbruch*, 202; *Stöckli*, *offene Inhaltskontrolle*, 186; *Thouvenin*, N 20.
- 61 In diesen Gesetzen (z. B. Art. 3 KKG, Art. 2 Abs. 3 PRG oder Art. 1 KIG) ist der Begriff unterschiedlich oder ebenfalls gar nicht definiert; vgl. für einen Überblick über die (verstreuten) Konsumentenschutzregelungen *Holliger-Hagmann*, N 9ff.
- 62 Vgl. vorne 3.3.
- 63 Art. 32 Abs. 2 ZPO («Konsumentenvertrag»); Art. 120 Abs. 1 IPRG.
- 64 Die Bestimmung ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten und verlängert die dispositive einjährige Verjährungsfrist auf (in bestimmten Fällen zwingend) zwei Jahre.
- 65 So auch *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 36; *ders.*, *Banken-AGB*, 26f.; *BSK/Thouvenin*, *UWG 8 N 83*, mit dem Argument «dass das Fehlen einer AGB-Kontrolle gerade bei denjenigen Verträgen problematisch wäre, welche für die Konsumenten besonders bedeutend sind, weil sie entweder eine längerfristige Bindung schaffen oder wirtschaftlich gewichtig sind und damit nicht dem üblichen Verbrauch zugerechnet werden können».
- 66 Vgl. *Vasella*, 32; auch gemäss *Schaller*, N 173, ist für die Anwendung von Art. 8 UWG nicht erforderlich, dass üblicher Verbrauch vorliegt. Es gelten also «grundsätzlich sämtliche *Privatanlegers* Konsumenten», und Verträge mit *Privatanlegern* jeder Vermögensklasse unterliegen grundsätzlich einer AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG.
- 67 S. auch *Pichonnaz*, *Le nouvel*, 141; *Stöckli*, *Aufbruch*, 202; *Stöckli*, *offene Inhaltskontrolle*, 186; *Sutter/Lötscher*, 100; *Thouvenin*, N 19; nach *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 37, hätte der Gesetzgeber das Element «Leistungen des üblichen Verbrauchs» ausdrücklich im Gesetzeswortlaut von Art. 8 UWG verankern müssen, wenn er diese Einschränkung tatsächlich gewollt hätte; a.M. *Fatzer/Hasenböhler*, 189; *Furrer*, 326; *Hess/Ruckstuhl*, 1194ff.; *Kut/Stauber*, N 115; *Schott*, 79.
- 68 Wie es z. B. Art. 32 Abs. 2 ZPO verlangt.
- 69 Gegen eine Beschränkung auf die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit des AGB-Verwenders auch *BSK/Thouvenin*, *UWG 8 N 85*.
- 70 *Thouvenin*, N 42; vgl. *Gauch*, *Verwendung*, 53; *Hess/Ruckstuhl*, 1196; *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 39; *Kut/Stauber*, N 119.
- 71 *Thouvenin*, N 42; vgl. auch *Matt*, 106 und 122; *Pedrazzini/Pedrazzini*, N 12.09.
- 72 Vgl. zur Entwicklung der Bestimmung und zum Wegfall der Wendung «von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen», welche noch im bundesrätlichen Entwurf (Botschaft zur Änderung des UWG, BBl 2009 6151 und 6178) enthalten war: *Hess/Ruckstuhl*, 1190ff., insb. 1192 und 1197ff.
- 73 Vgl. *Gauch/Schluop/Schmid*, N 1256; *BSK/Amstutz/Schluop*, vor OR 184ff. N 5ff.; *Thouvenin*, N 46.
- 74 Vgl. *Schmid*, 11 mit Hinweisen auf *BK/Kramer*, OR 19–20 N 277 («Ordnungsfunktion», «Leitbildfunktion»); *Thouvenin*, N 45; ähnlich *Furrer*, 326, das «normative Leitbild des infrage stehenden Vertragstyps»; s. auch *Roberto*, 196; a.A. *Hess/Ruckstuhl*, 1197, Art. 8 UWG sei «aus sich selbst heraus zu interpretieren»; *Kut/Stauber*, N 120 «Vertragszweck bzw. die vertragliche Interessenlage der Parteien».
- 75 *Schmid*, 11.
- 76 *Thouvenin*, N 49; so auch *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 43; *ders.*, *Banken-AGB*, 30.
- 77 *Dupont*, N 49; *Hess/Ruckstuhl*, 1201f.; *Stöckli*, *offene Inhaltskontrolle*, 184; *Thouvenin*, N 50.
- 78 Zutreffend *Thouvenin*, N 50; so auch *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 45.
- 79 Vgl. *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 29ff. und 45f.; *ders.*, *Banken-AGB*, 23f.; *Thouvenin*, N 50 m.w.H.
- 80 Klauseln, die ohne Wertungsmöglichkeiten und ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände unzulässig sind; s. etwa § 309 Ziff. 1–13 BGB.
- 81 Bei diesen Klauseln wird die Missbräuchlichkeit vermutet; s. etwa die Klauseln gemäss Artikel 3 Absatz 3.1 im Anhang der europäischen Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen oder auch § 308 Ziff. 1–8 BGB. Vgl. die Kritik an der Generalklausel bei *Fatzer/Hasenböhler*, 191; *Rusch*, *LeGes 2012* 345f. und 348.
- 82 S. auch *CHK/Ferrari Hofer/Vasella*, *UWG 8 N 6*; vgl. sodann *Kut/Stauber*, N 122ff.
- 83 Vgl. z. B. *Büyüksagis*, 1408; *Koller Thomas*, *Auslegeordnung*, 46f.; *ders.*, *Banken-AGB*, 31; *Kut/Stauber*, N 125; *Maissen*, N 313; *Rusch*, *Bankgebühren*, 172; *Sutter/Lötscher*, 100; *Thouvenin*, N 14 und 22ff.; *BSK/Thouvenin*, *UWG 8 N 101*; weiter geht noch die Ansicht von *Stöckli*, *offene Inhaltskontrolle*, 184, der jedes erhebliche Missverhältnis in der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten, das zum Nachteil des Konsumenten ausfällt, als gegen Treu und Glauben verstossend qualifiziert.
- 84 Vgl. *Thouvenin*, N 14; ähnlich auch *Schmid*, 14.
- 85 Für die ältere Auffassung vgl. *ZK/Egger*, *ZGB 2 N 23*; *BK/Gmür*, *ZGB 2 N 15*; *BSK/Thouvenin*, *UWG 8 N 109*; für die heute herrschende Auffassung s. etwa *Hausheer/Jaun*, *ZGB 2 N 12ff. m.w.N.*; *BK/Hausheer/Aebi-Müller*, *ZGB 2 N 58ff.*

- 86 Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass es eine natürliche Vermutung für einen Verstoß gegen Treu und Glauben gebe, wenn das Tatbestandselement des erheblichen Missverhältnisses erfüllt sei (vgl. *Dupont*, N 52; *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 47; *Schmid*, 15).
- 87 *Thouvenin*, N 30.
- 88 Vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 14.5.2003 – VIII ZR 308/02 = NJW 2003 2234, Summierungseffekt von Schönheitsreparatur- und unwirksamer Endrenovierungsklausel: Eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei – und damit eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung – kann sich aus dem Zusammenwirken zweier Formulklauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich gesehen unwirksam ist.
- 89 Ausser Art. 399 OR wäre analog auf den Werkvertrag anzuwenden, dazu *Rusch*, Werbung, 243, mit Verweis auf die h.L. in Deutschland. Dann wäre die Abtretung nicht nötig und damit kein kompensierender Vorteil.
- 90 S. zudem *Fuhrer*, N 13.101ff., für einen Vergleich der Regelung der Gefahrerhöhung gemäss VVG und der typischen Regelung der Gefahrerhöhung in den AVB.
- 91 Für die deutsche Lehre vgl. z.B. *Fuchs*, BGB § 307 N 151ff.; *Grüneberg*, BGB § 307 N 14; *Wurmnest*, BGB § 307 N 36. Für die schweizerische Lehre vgl. z.B. *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 41; *Maissen*, N 322; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 121.
- 92 *Fuchs*, BGB § 307 N 153.
- 93 Vgl. *Thouvenin*, N 39.
- 94 Vgl. *Baudenbacher*, AGB, 52; *ders.*, Grundprobleme, 233ff.; *ders.*, UWG 8 N 49; *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 41f.; *ders.*, Banken-AGB, 29; *Stauder*, 185; *Thouvenin*, N 39.
- 95 Vgl. bereits Bundesgerichtshof, Urteil vom 29.10.1956 – II ZR 79/55 = NJW 1957 17, E. 5; «Preisnebenabreden» unterliegen jedoch der AGB-Inhaltskontrolle (vgl. hierzu § 307 Abs. 3 BGB).
- 96 *Fuchs*, BGB § 307 N 145 mit weiteren Gründen der Unbeachtlichkeit.
- 97 *Grüneberg*, BGB § 307 N 16.
- 98 In der deutschen Lehre z.B. *Fuchs*, BGB § 307 N 148 «offene Tarifwahl»; *Kollmann*, BGB § 307 N 10. In der schweizerischen Lehre z.B. *Baudenbacher*, AGB, 52; *ders.*, Grundprobleme, 233ff.; *ders.*, UWG 8 N 49; beschränkt auf die Korrelation zwischen Preis und Haftung; *Hess/Ruckstuhl*, 1206; *Stauder*, 185; *Maissen*, N 322; *Thouvenin*, N 41; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 121ff.; *Vasella*, 36; bejahend, aber kritisch *Koller Thomas*, Banken-AGB, 29.
- 99 Für eine Zulassung der Kompensation durch den Preis wohl auch *Bieri*, N 9; *Kut/Stauber*, N 119; *Schmid*, 14f.
- 00 Vgl. *Rüetschi*, 102.
- 101 *Bühler/Stäuber*, 87ff.; *Hess/Ruckstuhl*, 1211; *Rusch*, Schadenabwälzungsklauseln, 444; *Schott*, 80; *Thouvenin*, N 53ff.
- 02 *Rusch*, Schadenabwälzungsklauseln, 444; *Thouvenin*, N 53.
- 103 *Hess/Ruckstuhl*, 1211 und *Schott*, 80.
- 04 Einlässlich dazu *Rüetschi*, 101ff. insb. 107; *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 78f.; *Pichonnaz*, Le nouvel, 143.
- 05 Und nur den Inhalt, nicht also z.B. die Entstehung der Rechtsverhältnisse.
- 06 *Broggini*, 451.
- 07 *Broggini*, 446. Damit versteht er das Zusammenspiel von Art. 1–3 SchIT ZGB wie folgt: «Die Parallele zwischen Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 2–3 SchIT ZGB ist deshalb von grosser Bedeutung, weil in beiden Bestimmungen der Vertragsfreiheit bzw. der Weitergeltung des alten Rechtes grundsätzlich die gleichen Schranken gezogen werden: öffentliche Ordnung, Sittlichkeit einerseits, zwingendes Recht andererseits. Und beide Schranken betreffen den Inhalt des Rechtsverhältnisses, nicht ihre Begründung (den Erwerb der Rechte). (...) Einerseits führt Art. 2 zur Nichtanwendung des alten Rechts auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse wegen des «absolut zwingenden» Charakters der neuen Vorschriften (ordre-public-Klausel), andererseits führt Art. 3 zur Nichtanwendung des alten Rechtes auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse wegen des «rein zwingenden» Charakters der betreffenden neuen Vorschriften» (446f.). Das Bundesgericht und die h.L. sehen in Art. 3 SchIT ZGB indes keine genügende Grundlage dafür, dass der Inhalt alter Rechtsverhältnisse sofort nach neuem zwingendem Recht beurteilt wird, s. BSK/ZGB II/*Vischer*, SchIT ZGB 2 N 4 mit weiteren Hinweisen; s. zudem BGE 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E. 2.
- 08 BGE 116 III 126 (Hervorhebung hinzugefügt).
- 09 A.A. hinsichtlich der «negotia pendentia» BSK/ZGB II/*Vischer*, SchIT ZGB 2 N 6, der das gesamte Rechtsverhältnis dem Recht unterstellt, das zum Zeitpunkt ihrer Begründung galt. S. aber die Regeste von BGE 116 III 120ff.: «Sind die Gegenstände, wofür die Retention verlangt wird, vor dem 1. Juli 1990 in die vermieteten Räume eingebracht worden, so muss das Retentionsrecht für die Forderungen von Wohnungsmietzins, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Miet- und Pachtrechts fällig geworden sind, als entstanden betrachtet und nach dem Vertrauensprinzip geschützt werden» (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. zudem die Übergangsregel für Dauerrechtsverhältnisse in Art. 196 Abs. 2 IPRG, die in Beziehung zu Art. 3 SchIT ZGB steht (ZK/IPRG/*Volken*,

Art. 199 N 10).

- 110 S. auch *Rüetschi*, 107 f., und zustimmend *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 79 f.
- 111 Vgl. *Baudenbacher*, UWG 8 N 59; *Formage*, N 1028 und 1037; *Gauch*, Werkvertrag, N 200 und 287 (noch in der Voraufgabe anders); *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1156 f.; *Hess/Ruckstuhl*, 1209; *Huguenin*, OR, N 636 sowie BSK/*Huguenin*, OR 19/20 N 24; *Koller Alfred*, § 23 N 75; *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 64; *ders.*, Banken-AGB, 34; *Kut/Stauber*, N 130; *Pichonnaz*, Le centenaire, 194; *Probst*, UWG 8 N 68; *Schmid*, 16; *Schott*, 80; *Schwenzer*, N 46.09; *Stöckli*, Aufbruch, 200; *ders.* offene Inhaltskontrolle, 185; *ders.* unfaire Verträge, 177; *Sutter/Lörtscher*, 101; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 144 f.; vgl. Botschaft zur Änderung des UWG, BBI 2009 6152 und 6179 f. («und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint»); Nationalrat, 8.3.2011, AB 2011 N 229, Votum BR Schneider-Ammann zum bundesrätlichen Entwurf zu Art. 8 UWG.
- 112 Vgl. Art. 57 ZPO und z.B. BGE 129 III 213.
- 113 Vgl. *Dupont*, N 70; *Hess/Ruckstuhl*, 1209; *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 64 f.; *ders.*, Banken-AGB, 34; BK/*Kramer*, OR 19–20 N 378; *Kut/Stauber*, N 131; *Pedrazzini/Pedrazzini*, N 12.23; *Pichonnaz*, Le nouvel, 143; *Probst*, Art. 8 UWG N 68; *Schmid*, 16; *Schott*, 80; *Schwenzer*, N 46.09; *Stöckli*, Aufbruch, 200; *ders.* unfaire Verträge 177 f.; *Sutter/Lörtscher*, 101.
- 114 So auch *Stöckli*, unfaire Verträge, 178.
- 115 *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 64; *Stöckli*, unfaire Verträge, 177.
- 116 S. zu dieser Thematik bereits *Roberto*, 213 ff.; ferner *Schwenzer*, N 32.45 (betreffend Haftungsbeschränkungen); *Lupi Thomann*, 56 (betreffend Art. 266k OR).
- 117 *Spiro*, 459.
- 118 Gleich gelagert ist die Frage nach der Rechtsfolge bei wucherischen Zinsen: Reduziert man diese lediglich auf das zulässige Mass (18% bzw. 15%), erhält der Ausleiher das Maximum dessen, was er in den Schranken des Rechts hätte erlangen können. Sachgerecht ist dagegen eine Reduktion auf den handelsüblichen Zins; vgl. dazu *Honsell*, 17 ff.
- 119 *Schwenzer*, N 24.08 und N 32.45; *Bornhauser/Rusch*, 1237 f.; *Hürlimann*, 82 f.; BK/*Kramer*, OR 19–20 N 377 ff. m.w.H.
- 120 *Pichonnaz*, Le nouvel, 144; *Probst*, UWG 8 N 68; *Schwenzer*, N 34.01 ff. und 46.09; *Thouvenin*, N 10.
- 121 So bereits *Roberto*, 214 m.w.H. auf das deutsche Recht.
- 122 *Huguenin/Rusch*, 47; CHK/*Kut*, OR 1 N 62; *Kut/Stauber*, N 131; BK/*Kramer*, OR 19-20 N 377; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 1156 a; *Pichonnaz*, Le nouvel, 144; *Formage/Pichonnaz*, 290; *Probst*, UWG 8 N 68; *Rusch*, Schadenabwägungsklauseln, 443 f.; *Schwenzer*, N 46.09; BSK/*Thouvenin*, UWG 8 N 146; vgl. auch Botschaft zur Änderung des UWG, BBI 2009 6180. Eine Ausnahme sei dann zu machen, wenn die geltungserhaltende Reduktion für den Konsumenten günstiger sei als die Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts: *Koller Thomas*, Auslegeordnung, 66 f.; *ders.*, Banken-AGB, 35; *Kut/Stauber*, N 131; ansatzweise ebenso *Marchand*, 331.
- 123 So seit je auch die Rechtsprechung und Lehre in Deutschland, s. die Nachweise bei *Roberto*, 215 Anm. 201.
- 124 BGer 4A_404/2008 vom 18.12.2008, s. insb. E. 5.6.3.2.1.
- 125 Zweifelnd dagegen *Hess/Ruckstuhl*, 1209 f.