



AGB-Recht

Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre

279

ALFRED KOLLER

Der Aufsatz befasst sich hauptsächlich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) für die Parteien eines Schuldvertrages Geltung erlangen. Die Frage beurteilt sich weitgehend nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Immerhin gibt es im Gesetz verstreut einzelne Sonderregeln (z.B. Art. 256 Abs. 1 lit. a und 288 Abs. 2 lit. a OR, 3 VVG, 4 PRG, 8 UWG). Zudem haben die besagten Grundsätze teilweise eine AGB-spezifische Ausprägung erfahren, insbesondere durch die Entwicklung der Ungewöhnlichkeits-, der Unklarheiten- und der Zugänglichkeitsregel. Während die ersten beiden Regeln vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre seit langem anerkannt sind, trifft dies für die Zugänglichkeitsregel nur beschränkt zu. Auf die Darstellung dieser Regel wird daher besonderes Gewicht gelegt.

L'article se penche principalement sur les conditions auxquelles des conditions générales (CG) deviennent applicables aux parties d'un contrat générateur d'obligations. Cette question s'apprécie essentiellement à la lumière des principes généraux du droit des obligations. Quelques dispositions spécifiques sont néanmoins inscrites dans la loi de manière éparse (p. ex. art. 256 al. 1 let. a et 288 al. 2 let. a CO, 3 LCA, 4 LVF, 8 LCD). Par ailleurs, lesdits principes ont en partie pris une dimension spécifique aux CG, en particulier par le développement de la règle tirée du caractère inhabituel d'une clause ou règle de l'insolite, de la règle sur les clauses ambiguës et de celle sur l'accessibilité des conditions générales. Alors que les deux premières règles sont reconnues depuis longtemps par le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, cela ne vaut que de manière restreinte pour la règle sur l'accessibilité. C'est pourquoi un accent particulier est mis sur la présentation de cette règle.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
 1. Begriff, Inhalt und Zweck der AGB; Terminologie
 2. Problematik der AGB
- II. Geltung der AGB
 1. Überblick
 2. Einzelheiten zum Übernahmevertrag
 3. Die Ungewöhnlichkeitsregel
 4. Die Zugänglichkeitsregel
 5. Die Unklarheitenregel
 6. Art. 8 UWG
- III. Sonderfragen
 1. Kollision von AGB mit individuellen Einzelvereinbarungen
 2. AGB-Kollisionen («Battle of the forms»)
 3. Auslegung der AGB

Im Zentrum der folgenden Ausführungen steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) für die Parteien eines Schuldvertrages Geltung erlangen. Die Frage beurteilt sich weitgehend nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Dazu

kommen einzelne Sonderregeln (z.B. Art. 256 Abs. 2 lit. a und 288 Abs. 2 lit. a OR, 3 VVG, 4 PRG, 8 UWG). Insgesamt trägt das geltende Recht den AGB-spezifischen Besonderheiten nur ungenügend Rechnung¹, weshalb es – wenn auch nur in Nebenpunkten – richterrechtlicher Ergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) bedarf.

I. Einführung

1. Begriff, Inhalt und Zweck der AGB; Terminologie

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind vor dem Hintergrund des modernen Wirtschaftslebens mit seinen Massenverträgen zu sehen. Unternehmungen wie z.B. Banken oder Versicherungsgesellschaften schliessen täglich zahlreiche Verträge mit weitgehend gleichem Inhalt ab. Um nicht jeden einzelnen Vertrag individuell auszuhandeln zu müssen, ist man dazu übergegangen, gleichbleibende Vertragsbedingungen im Voraus zu formulieren und sie dem jeweiligen Vertrag zugrunde zu legen. Solche

ALFRED KOLLER, Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen. Beim vorliegenden Aufsatz handelt es sich um eine umgearbeitete, ergänzte und auf den neusten Stand gebrachte Fassung dessen, was ich in § 23 meines OR AT (zit. in FN 13) geschrieben habe. Herr lic. iur. PETER NÜESCH hat die Anmerkungen kontrolliert und die Arbeit formal bereinigt. Dafür sei ihm herzlich gedankt. Ein weiterer, nicht minder herzlicher Dank geht an Herrn Prof. ARNOLD F. RUSCH für wertvolle Hinweise sowie die Herren MLaw MARCO BÄCHTOLD und MLaw PETER LOHER, welche für die Materialsammlung besorgt waren.

¹ Eine umfassendere Regelung, welche anfangs dieses Jahrhunderts geplant war, ist nicht Gesetz geworden. Dasselbe Schicksal widerfuhr dem im Rahmen der (gescheiterten) VVG-Revision vorgeschlagenen Art. 20a OR. Dessen Funktion (verbesserte AGB-Inhaltskontrolle) übernimmt nun jedoch der revidierte Art. 8 UWG, wenn auch nur für Konsumentenverträge. S. dazu hinten II./6.

im Hinblick auf den Abschluss einer Vielzahl gleichartiger Verträge vorformulierte Vertragsbestimmungen werden als Allgemeine Geschäftsbedingungen bezeichnet (vgl. § 305 Abs. 1 BGB²), und zwar unabhängig davon, von wem die Formulierung ausgeht. AGB brauchen somit nicht vom Vertragspartner, der sie im Einzelfall zur Aufnahme in den Vertrag vorschlägt, aufgestellt worden zu sein (vgl. die beiden nachfolgenden Beispiele). Allgemeine Geschäftsbedingungen im umschriebenen Sinne sind definitionsgemäss vorformuliert. Es ist daher missverständlich, wenn der Gesetzgeber in Art. 256 Abs. 2 lit. a OR von «vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen» spricht (nicht vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen gibt es nicht).

Beispiele: Der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein SIA hat die SIA-Norm 118 herausgegeben. Diese enthält «Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten» und regelt den Bauwerkvertrag (vgl. BGE 109 II 452 E. 3b a.E.). – Der Kantonale Hauseigentümer-Verband St. Gallen und der Kantonale Mieter-Verband St. Gallen haben gemeinsam einen standardisierten Mietvertrag ausgearbeitet.

2. *Inhalt und Zweck.* Im konkreten Einzelfall kann nicht der ganze Vertragsinhalt durch AGB bestimmt werden. Einzelne Punkte – wie etwa der Mietbeginn bei einem Mietvertrag – bedürfen immer der individuellen Vereinbarung. Immerhin ist möglich, dass die AGB «fast den ganzen Vertragsinhalt» ausmachen³. Das trifft etwa für Versicherungsverträge des Massengeschäfts zu, bei denen sich die AGB (AVB) regelmässig auch auf die Hauptleistungspflichten beziehen⁴. AGB dienen nicht nur der Vervollständigung und Ergänzung der gesetzlichen Regelung, vielmehr beinhalten sie meist auch Änderungen gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht (s. hinten 2./Ziff. 2). Häufig finden sich beispielsweise AGB-Klauseln, mit welchen die Haftung und/oder Gewährleistung gegenüber der gesetzlichen Ordnung eingeschränkt wird (s. z.B. BGE 91 II 344).

Der primäre Zweck von AGB besteht im voranstehend (Ziff. 1) umschriebenen Rationalisierungseffekt. Daneben bieten AGB weitere Vorteile. Insbesondere eröffnen sie die Möglichkeit, beim Abschluss komplexer Verträge juristisch nicht geschultes Personal einzusetzen. So werden etwa beim Abschluss von Versicherungsverträgen Versi-

cherungsagenten eingesetzt, welche meist Laien sind und für «ihre» Versicherungsunternehmung oft nur im Nebenberuf tätig sind.

3. *Terminologie.* Der Ausdruck *Allgemeine Geschäftsbedingungen* wird hier als Synonym für allgemeine Vertragsbedingungen verwendet. Die gebräuchliche Abkürzung ist AGB. Das an sich nahe liegende Kürzel AVB wird hier nicht verwendet, es bleibt den allgemeinen Versicherungsbedingungen vorbehalten⁵.

Wer AGB zur Verwendung vorschlägt, heisst *Verwender*; der Gegner *Kunde*. Wo beide Vertragsparteien die gleichen AGB zur Verwendung vorschlagen, kann weder von Verwender noch von Kunde gesprochen werden. Dasselbe gilt, wenn ein Dritter (z.B. ein Notar) vorformulierte Vertragsbedingungen zur Aufnahme in den Vertrag vorschlägt (zu diesem Fall s. III./1./Ziff. 1, letzter Absatz).

Der Vertrag, der unter Verwendung von AGB geschlossen wird, heisst *Formular- oder Standardvertrag*.

Oft wird zwischen «Publikums-AGB» und «Unternehmer-AGB» unterschieden. Publikums-AGB finden im Massengeschäft gegenüber Konsumenten Verwendung (daher auch «Konsumenten-AGB»), Unternehmer-AGB dagegen im kaufmännischen Verkehr gegenüber Kaufleuten.

Wo im Folgenden nichts anderes vermerkt ist, beziehen sich die Ausführungen auf «Konsumenten-AGB».

2. Problematik der AGB

1. AGB haben aus sich heraus keine Geltung, sondern bedürfen der vertraglichen Übernahme (s. Näheres hinten II./1. [Ziff. 1] und 2.): Sie müssen vom Konsens (Art. 1 OR) erfasst sein. Typisch ist dabei ein erhebliches «*Konstanzgefälle*» zwischen Verwender und Kunde, indem der Übernahmevertrag auf Seiten des Kunden auf einem «schwachen», auf Seiten des Verwenders auf einem «starken» Konsens beruht. Gemeint ist Folgendes:

Der Verwender wird den Inhalt der AGB regelmässig im Einzelnen kennen, bevor er sie zur Verwendung vorschlägt. So jedenfalls dann, wenn er sie ausgearbeitet hat. Trifft dies nicht zu, wird er im Normalfall immerhin genügend Zeit und Mittel haben, sie vor Vertragsabschluss im Einzelnen zu studieren, allenfalls auch unter Beizug juristischer Experten. Das ist auch ökonomisch sinnvoll angesichts des Umstandes, dass die AGB in einer Viel-

² Vielzahl i.S. dieser Bestimmung meint nach DIETER MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 10. A., München 2010, Rn 404, drei oder mehr.

³ HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Allgemeiner Teil des BGB, 39. A., München 2015, Rn 222.

⁴ ARIANE MORIN, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012, N 165 zu Art. 1 OR.

⁵ Anders z.B. PETER GAUCH, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, 77 ff.; PETER HIGI, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, FS für Walter Ott, Zürich 2008, 495 ff.

zahl von Fällen Verwendung finden sollen. Ganz anders sieht es auf Kundenseite aus. Der Kunde steht oft unter Zeitdruck, nicht selten auch deshalb, weil der Verwender auf den Vertragsabschluss drängt: «Der Verkäufer sitzt häufig neben dem Käufer und drängt auf dessen Unterschrift, während die AGB klein gedruckt die Rückseite des Formulars füllen.» (MEDICUS⁶). Dazu kommt, dass der Kunde normalerweise nur *einen* Vertrag unter Zugrundelegung der betreffenden AGB schliessen wird. Der Anreiz, die AGB im Einzelnen zu studieren, ist daher geringer als beim Verwender. Und noch geringer ist der Anreiz, für das Studium der oft komplexen und für einen Laien kaum verständlichen AGB einen (teuren!) Fachmann beizuziehen. Schliesslich ist zu beachten, dass die AGB, die definitionsgemäss allgemeine Verwendung finden, den Eindruck des Gesetzmässigen und damit Ordnungsgemässen erzeugen, etwa nach dem Motto: «Was allgemein gilt, kann nicht schlecht sein» («psychologischer Verniedlichungseffekt» der AGB). Aus diesen Gründen wird der Kunde die AGB im Zeitpunkt ihrer Übernahme selten wirklich «durchschauen». Oft wird er sie überhaupt nicht kennen, sondern sie einfach «in Bausch und Bogen» akzeptieren (Globalübernahme). Und auch wenn er sie vor Vertragsabschluss liest (Vollübernahme), wird er ihre rechtliche Tragweite im Allgemeinen nicht im Detail überblicken. Insbesondere werden ihm die Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht regelmässig nicht bewusst werden.

Angenommen, ein Käufer habe gemäss den AGB das «ausschliessliche Recht, während eines Jahres die Reparatur des gekauften Autos zu verlangen». Auch wenn der Käufer dies liest und den Sinn der Klausel versteht, bedeutet dies noch nicht, dass er den intendierten Verzicht auf das gesetzliche Minderungs- und Wandelungsrecht (Art. 205 OR) erkennt.

Jeder Konsens betr. die Übernahme von AGB, mag er auf Seiten des Kunden noch so schwach sein, genügt den Anforderungen von Art. 1 OR. Doch ist unbestreitbar, dass Art. 1 OR auf solche Konsensstatbestände nicht zugeschnitten ist und dass das «Konsensgefälle» zwischen Kunde und Verwender Sonderprobleme schafft, welche nach Sonderregeln rufen. Vor allem drei solcher Regeln sind zu erwähnen:

- Ungewöhnliche Klauseln gelten im Falle einer Globalübernahme nicht. Dabei ist – wegen des «Konsensgefälles» – schnell einmal auf Ungewöhnlichkeit zu erkennen (*Ungewöhnlichkeitsregel*). S. Genaueres hinten II./3.
- Der Verwender hat dem Kunden die AGB vor dem Vertragsabschluss auszuhändigen oder ihm auf sons-

tige Weise die Möglichkeit zu geben, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen, ansonsten sie keine Geltung erlangen (*Zugänglichkeitsregel*⁷). S. Genaueres hinten II./4.

- Wo eine Vertragsbestimmung kein klares Auslegungsergebnis zeitigt, ist die Bestimmung nicht wegen Dissenses ungültig, sondern sie ist gültig, und zwar mit dem für den Kunden günstigeren Inhalt (*Unklarheitenregel*). S. Genaueres hinten II./5.

2. Die Erfahrung lehrt, dass AGB oft *einseitig zu Lasten des Kunden ausgestaltet* werden. «Die Bestimmungen des ausgewogenen dispositiven gesetzten Rechts, die beider Interessen berücksichtigen, werden nicht selten stereotyp wegbedungen» (MERZ⁸), und es wird eine Vertragsordnung vorformuliert, welche zwar vor dem zwingenden Recht und den allgemeinen Inhaltsschranken (Art. 19 f. OR) gerade noch standhält, jedoch die Rechtsstellung des Kunden in einem für Individualverträge völlig unüblichen Masse beeinträchtigt⁹. Wer solche einseitigen AGB verwendet, missbraucht die Vertragsfreiheit und handelt unlauter. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt und mit dem Erlass von Art. 8 UWG eine spezielle Inhaltskontrolle für Formularverträge eingeführt (s. hinten II./6). Von besonderer Bedeutung ist diese Bestimmung dort, wo der Verwender eine Monopolstellung einnimmt, so dass der Kunde nicht auf andere Anbieter ausweichen kann.

II. Geltung der AGB

1. Überblick

1. *Keine Geltung ohne Übernahme*¹⁰. AGB haben aus sich heraus – wie bereits gesagt – keine Verbindlichkeit. Sie

⁷ Der Ausdruck wurde wohl von ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel, Basel 2011, ins schweizerische Recht eingeführt. Die Zugänglichkeitsregel lässt sich nicht, wie in der Lehre teilweise angenommen wird, mit dem Konsenserfordernis rechtfertigen (hinten II./4.).

⁸ HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, Rn 93.

⁹ S. im Einzelnen CARL BAUDENBACHER, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 182 ff.; ferner etwa ANTON K. SCHNYDER, Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Alexander Brunner et. al. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 39 ff., 41 f., mit dem Hw., dass es auch «kundenfreundliche» AGB gibt.

¹⁰ Formel von PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, Rn 1124.

⁶ MEDICUS (FN 2), Rn 397.

haben weder Gesetzeskraft noch objektive Geltung als Gewohnheitsrecht, überhaupt sind sie keine Rechtsquelle eigener Art. Vielmehr bedürfen sie der vertraglichen Übernahme im Einzelfall (sog. *Einbeziehungsvereinbarung*, *Übernahmevertrag*). Das gilt auch für AGB, welche ausdrücklich ein bestimmtes «Inkrafttreten» vorsehen, wie etwa die SIA-Norm 118 oder die SIA-Ordnung 152¹¹. Immer gelten AGB nur unter der Voraussetzung, dass sie vom Vertragskonsens erfasst sind. Davon nicht erfasste AGB-Klauseln sind unverbindlich. Eine Einschränkung bringt lediglich die bereits erwähnte *Unklarheitenregel*, wonach eine mehrdeutige Klausel im Falle eines Dissenses nicht ungültig ist, sondern – vorbehaltlich einer Vertragsschranke – mit dem für den Kunden günstigeren Inhalt Geltung erlangt.

Der Übernahmevertrag unterliegt den allgemeinen Abschlussregeln von Art. 1 ff. OR. Ob AGB vom Konsens erfasst sind, bestimmt sich somit primär danach, ob sich ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille feststellen lässt, subsidiär nach dem Vertrauensprinzip. Üblicherweise wird zwischen Voll- und Globalübernahme unterschieden. Bei der Vollübernahme erklärt jemand sein Einverständnis mit AGB, nachdem er sie gelesen und zur Kenntnis genommen hat. Geschieht die Einverständniserklärung ohne vorgängige Lektüre und inhaltliche Kenntnisnahme, liegt eine Globalübernahme vor¹². Selbst AGB, welche der Kunde überhaupt nie zu Gesicht bekommen hat, können von ihm global übernommen werden (hinten 2./Ziff. 2). Im Falle einer Globalübernahme sind jedoch ungewöhnliche Klauseln vom Konsens nicht erfasst (Ungewöhnlichkeitsregel, hinten 3.).

2. Keine Geltung trotz Übernahme. Vom Vertragskonsens erfasste AGB-Klauseln sind im Regelfall für die Parteien verbindlich. Vorbehalten sind – selbstverständlich – die *allgemeinen Vertragsschranken von Art. 19 f. OR*. Soweit AGB diese missachten, sind sie ungültig. Das Schicksal des Vertragsrests bestimmt sich – mit gewissen Vorbehalten¹³ – nach Art. 20 Abs. 2 OR. Jedenfalls bei Verstössen gegen zwingendes Recht oder die öffentliche Ordnung spielt diese Bestimmung eine geringe Rolle, indem die Nichtigkeit der AGB-Klausel den Vertragsrest regelmässig unberührt lässt. Eine *AGB-spezifische Inhaltsschranke*

findet sich in Art. 8 UWG, der sich gegen die «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Marginalie) richtet. Missbräuchliche Bedingungen sind ungültig, ohne dass deshalb die Gültigkeit des Vertragsrests berührt würde (keine Geltung von Art. 20 Abs. 2 OR). S. Genaueres hinten 6./Ziff. 2.

Andere Sonderregeln schränken die Verwendung von AGB ein, *ohne dass sie – wie Art. 19 f. OR und 8 UWG – die Inhaltsfreiheit beschränken*. Hierher gehört etwa Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, wonach der Vermieter seine Pflicht, die Sache in vertragstauglichem Zustand zur Verfügung zu stellen, nicht in AGB wegbedingen oder beschränken kann. Tut er es trotzdem, ist die entsprechende AGB-Klausel ungültig (Art. 256 Abs. 2 OR); Art. 20 Abs. 2 OR bleibt wiederum ausser Betracht¹⁴. Hierher gehört ferner Art. 4 Abs. 1 PRG. Nach dieser Bestimmung muss der Veranstalter (oder Vermittler) einer Pauschalreise einem potentiellen Vertragspartner («dem Konsumenten») «vor Vertragsschluss alle Vertragsbedingungen schriftlich mitteilen»¹⁵. Verletzt der Veranstalter diese Obliegenheit, so hindert dies zwar die Gültigkeit des Vertrags nicht, doch erlangen die AGB grundsätzlich keine Geltung¹⁶. Die Lehre hat die Tendenz, die Regel von Art. 4 PRG sinngemäss auf andere als Pauschalreiseverträge zu übertragen (Zugänglichkeitsregel, hinten 4.).

Eine Obliegenheit der fraglichen Art enthält auch Art. 3 VVG. Für den Fall einer Obliegenheitsverletzung ist allerdings nicht die Ungültigkeit der AGB (AVB) bei sonstigem Fortbestand des Vertrages vorgesehen, vielmehr ist der Versicherungsnehmer berechtigt, den Versicherungsvertrag zu kündigen (Art. 3a VVG). Macht er vom Kündigungsrecht keinen Gebrauch, hat der Vertrag samt AVB Bestand. Eine Rechtsfolge analog Art. 4 PRG kam nicht in Betracht, da AVB jedenfalls im Massengeschäft fast den ganzen Inhalt des Versicherungsvertrags ausmachen (voranstehend I./1./Ziff. 2) und dieser daher ohne AVB keinen Bestand haben könnte¹⁷.

¹¹ Allgemeine Auffassung, z.B. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, Rn 102, m.w.Nw. in Anm. 76.

¹² Auch Zwischentatbestände kommen vor, einmal in dem Sinne, dass einzelne Klauseln voll, andere global übernommen werden, dann aber auch in dem Sinne, dass Klauseln zwar gelesen, in ihrer Tragweite aber nicht voll erfasst werden.

¹³ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, z.B. § 13 Rn 137 und 139.

¹⁴ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, § 9 Rn 129.

¹⁵ Einer schriftlichen Mitteilung steht es gleich, wenn eine auf sonstige Art erfolgte Mitteilung – vor Vertragsabschluss – schriftlich bestätigt wird (Abs. 2 von Art. 4 PRG).

¹⁶ Diese Rechtsfolge ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, aber in der Lehre anerkannt (z.B. VITO ROBERTO, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 6. A., Basel 2015, N 2 zu Art. 4 PRG).

¹⁷ Vgl. die Botschaft vom 9.5.2003 zur Änderung des VAG und VVG, BBl 2003, 3856.

2. Einzelheiten zum Übernahmevertrag

1. Normalerweise geschieht die Übernahme von AGB nach folgendem *Muster*¹⁸: Der AGB-Verwender verweist in einer Urkunde, in welcher die individuell ausgehandelten Vertragspunkte (z.B. Kaufpreis, Mietbeginn) aufgelistet sind, auf die AGB, welche beispielsweise auf der Rückseite abgedruckt sind oder dem Kunden ausgehändigt werden. Der Kunde unterzeichnet die Urkunde einschliesslich des Hinweises auf die AGB. Die Vertragsunterzeichnung gilt als Einverständnis mit den AGB, sofern der Kunde die AGB tatsächlich will oder der Verwender nach Treu und Glauben auf diesen (in Wirklichkeit allenfalls nicht vorhandenen) Willen schliessen darf (Vertrauensprinzip). Auch bei elektronisch geschlossenen Verträgen verläuft die Übernahme oftmals – mutatis mutandis – nach dem gleichen Muster.

Die Übernahme von AGB kann aber auch anders ablaufen. So kommt etwa vor, dass in einem Rahmenvertrag für künftige Verträge *im Voraus* die Geltung gewisser AGB vereinbart wird (vgl. § 305 Abs. 3 BGB). «Als dann brauchen die betreffenden Bedingungen nicht in jedem Fall wieder neu übernommen zu werden; vielmehr werden sie durch den Rahmenvertrag für alle von ihm erfassten Einzelverträge verbindlich.»¹⁹ Umgekehrt steht es den Parteien frei, AGB erst *im Nachhinein* zu übernehmen, also nachdem sie den Vertrag bereits abgeschlossen haben.

Immer wieder kommt vor, dass ein Vertrag ohne AGB geschlossen wird, jedoch im Nachhinein eine Vertragspartei auf ihre AGB hinweist (z.B. auf einem Lieferschein oder einer Rechnung). In einem solchen Hinweis ist ein blosses Angebot auf eine Vertragsänderung (Geltung des Vertrags mit den AGB) zu sehen. Stillschweigen auf dieses Angebot bedeutet nach allgemeinem Grundsatz keine Zustimmung. Eine solche darf auch nicht i.S.v. Art. 6 OR fingiert werden. Denn es ist einem Vertragspartner nicht zuzumuten, Rechnungen, Lieferscheine usw. zur Kenntnis zu nehmen und darauf zu reagieren²⁰. Damit aber ist Art. 6 OR der Boden entzogen²¹.

AGB können nach allgemeinem Grundsatz (Art. 1 Abs. 2 OR) auch konkludent übernommen werden (vgl. BGE 77 II 154). Doch darf von einem nicht geschäftsgewandten Vertragspartner nur ausnahmsweise angenommen werden, er sei mit AGB konkludent einverstanden. Aus-

nahmen sind etwa in Fällen zu machen, wie sie in § 305 Abs. 2 Ziff. 1 BGB umschrieben sind²².

2. Wie bereits gesagt, *kann auch Ungelesenes gewollt sein*. Daher kann man rechtswirksam sein Einverständnis mit AGB erklären, ohne sie vorher gelesen zu haben (Globalübernahme; vgl. z.B. BGE 108 II 416 E. 1b). Eine Globalübernahme ist sogar dann möglich, wenn man die AGB überhaupt nie zu Gesicht bekommen hat, z.B. weil sie einem nie ausgehändigt wurden. Denn auch in einem solchen Fall kann die Geltung der AGB gewollt sein. (Die Globalübernahme kann mit dem Kauf einer Wundertüte verglichen werden. Der Käufer kauft den Inhalt, ohne dass er ihn kennt.)

Beispiel: A will ein Bankkonto bei der Bank X eröffnen. Der Bankangestellte B unterbreitet A einen Vertragsentwurf, worin es u.a. heisst, dass die Vertragsunterzeichnung als Einverständnis mit den AGB der Bank X gilt. Bevor A unterzeichnet, will er die AGB sehen. B erklärt hierauf, er habe im Moment kein Exemplar der AGB zur Verfügung, gehe jedoch eines holen. Da A unter Zeitdruck ist und daher mit dem Vertragsabschluss nicht mehr weiter zuwarten will, erklärt er, mit den AGB «auch so» einverstanden zu sein, und unterschreibt. A hat die AGB global übernommen (s. aber hinten 4.).

Eine Globalübernahme ist auch im Rahmen des Vertrauensprinzips möglich: Wenn derjenige, der AGB zur Verwendung vorgeschlagen hat, nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, der Gegner (Kunde) sei mit den AGB einverstanden, so gelten diese als übernommen. Ob der Gegner sie gelesen hat und ob sie ihm überhaupt zur Lektüre zur Verfügung standen, ist – unter Konsensgesichtspunkten – belanglos (s. aber hinten 4.).

Wenn A im obigen *Beispiel* den Vertrag unterzeichnet, ohne sich in irgendeiner Weise um die AGB zu kümmern, so darf der Bankangestellte nach Treu und Glauben davon ausgehen, A sei mit den AGB (global) einverstanden. Er darf dies jedenfalls dann, wenn der Hinweis auf die AGB so ausgestaltet und platziert ist (z.B. fett und unmittelbar über der Unterschrift), dass er A bei Aufwendung verkehrsbüblicher Sorgfalt nicht entgehen konnte.

Eine Globalübernahme ist auf Seiten *beider* Vertragsparteien möglich. Zwar steht die Globalübernahme auf Seiten des Kunden im Vordergrund. Doch dürfte es nicht selten vorkommen, dass auch der Verwender die (von ihm vorgeschlagenen!) AGB global übernimmt, zumindest teilweise. Zu denken ist etwa an den Fall, da ein Architekt die SIA-Norm 102 ungelesen zur Verwendung vorschlägt, im blinden Vertrauen darauf, dass der SIA als Aufsteller seine Interessen in hinreichender Weise gewahrt habe.

¹⁸ Vgl. ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, N 188 zu Art. 1 OR.

¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 10), Rn 1128d.

²⁰ KRAMER (FN 18), N 214 zu Art. 1 OR.

²¹ Vgl. KOLLER, OR AT (FN 13), § 7 Rn 103 ff.

²² Vgl. KRAMER (FN 18), N 192 ff. zu Art. 1 OR, und BAUDENBACHER (FN 9), 268.

3. Die Ungewöhnlichkeitsregel

1. *Das Grundsätzliche.* Die Ungewöhnlichkeitsregel (s. bereits voranstehend I./2./Ziff. 1 gegen Ende) dient dem Schutz des Kunden (der AGB-Verwender kann sich also, jedenfalls im Regelfall, nicht darauf berufen²³). Sie besagt, dass ungewöhnliche Klauseln im Falle einer Globalübernahme durch den Kunden für diesen keine Geltung erlangen²⁴. Jedenfalls im Ansatz lässt sie sich über die allgemeine Konsenslehre begründen: Eine AGB-Klausel bildet nur dann Vertragsinhalt, wenn sie von beiden Parteien tatsächlich gewollt ist (natürlicher Konsens) oder wenn sie zwar nur von einer Partei (Verwender) tatsächlich gewollt ist, der anderen Partei (Kunde) jedoch nach dem Vertrauensprinzip zugerechnet werden muss (normativer Konsens)²⁵. Beides trifft im vorliegenden Kontext nicht zu. Wer nämlich AGB global übernimmt, der nimmt zwar eine gewisse Unsicherheit in Kauf und akzeptiert einen ihm nicht näher bekannten Vertragsinhalt, mit Ungewöhnlichem aber rechnet er nicht; und der Gegner, der Verwender der AGB, darf seinerseits nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) nicht davon ausgehen, der Kunde sei auch mit Ungewöhnlichem einverstanden. (Es sei wiederum der Vergleich mit der Wundertüte gestattet: Wer eine solche kauft, nimmt zwar eine gewisse inhaltliche Variationsbreite in Kauf, nicht aber z.B. eine Bombe.)

Ungewöhnlich bedeutet *überraschend, geschäftsfremd*. Ob etwas ungewöhnlich ist, bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls und dem Verständnishorizont des Kunden. Bei einem geschäftserfahrenen Kunden ist daher weniger schnell auf Ungewöhnlichkeit zu schliessen als bei einem unerfahrenen. Dabei kommt es freilich immer auf die Erfahrung hinsichtlich der in Frage stehenden Geschäftsart an (illustrativ BGE 138 III 411, dazu später im Text). Ob die Geschäftserfahrung eines Vertreters (Art. 32 OR) dem Vertretenen zugerechnet werden kann, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wissenszurechnung²⁶. Auch die Erfahrung eines blossen Gehilfen kann nach diesen Grundsätzen dem Vertragsschliessenden zurechenbar

sein. Daher ist dem Besteller «im Baubereich» regelmässig «die Sachkunde seines Architekten zuzurechnen»²⁷. Ungewöhnlich ist nicht gleichbedeutend mit unbillig. Unbilligkeit einer Klausel kann jedoch ein Indiz für deren Ungewöhnlichkeit bilden (vgl. z.B. BGE 135 III 225 E. 1.3).

Was ungewöhnlich ist, kann nach dem Gesagten nicht in allgemeiner Weise umschrieben werden. Es lassen sich immerhin *beispielhaft* Klauseln angeben, die vorbehaltlich besonderer Umstände als ungewöhnlich bezeichnet werden müssen, falls sie vom Kunden global übernommen werden. In diesem Sinne ungewöhnlich ist eine Bürgschaftsklausel, die sich «versteckt» in einer als Kontokorrent-Kreditakt bezeichneten Urkunde findet (BGE 49 II 167 E. 6 S. 185 f.), ferner eine Klausel, in der sich ein Unternehmer in seinen AGB für den Fall einer vorzeitigen Vertragsauflösung durch den Besteller eine von Art. 377 OR abweichende, für ihn günstigere Regelung ausbedingte (BezGer Meilen/OGer ZH, ZR 2005 Nr. 42)²⁸.

Weitere Beispiele: a. Wer bei einer Bank Wertpapiere hinterlegt, muss im Normalfall nicht damit rechnen, dass sich im Depotreglement mit Bezug auf die deponierten Titel eine Pfandabrede findet²⁹. – b. Wer eine Krankentaggeldversicherung abschliesst, muss im Allgemeinen nicht damit rechnen, dass das Krankentaggeld bei psychischen Krankheiten halbiert wird (BGE 138 III 411). In diesem Entscheid wurde die Ungewöhnlichkeit der Klausel selbst für Branchenkenner (in casu Arzt) verneint. – c. In BGE 109 II 452 hat das Bundesgericht Art. 33 Abs. 2 und 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 gegenüber einem unerfahrenen («einmaligen») Bauherrn für ungewöhnlich erklärt. Im konkreten Fall ging es darum, dass der Architekt, dem der Bauherr die Bauleitung übertragen hatte, die Schlussrechnung des Unternehmers gemäss Art. 154 SIA-Norm 118 genehmigte. Gegenüber dem Bauherrn, der die Genehmigung nicht gelten lassen wollte, berief sich der Unternehmer auf die in Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 kundgegebene Vollmacht (Art. 33 Abs. 3

²³ Vgl. FRANK PETERS/FLORIAN JACOBY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631–651 (Werkvertragsrecht), Berlin 2013/14, N 85 zu § 631 BGB, m.Hw. auf BGH, NJW-RR 1995, 914, und 1996, 1044.

²⁴ Neuerdings wird von einzelnen Autoren in Erwägung gezogen, die Ungewöhnlichkeitsregel auch im Falle einer Vollübernahme zur Anwendung zu bringen (ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Diss. Bern 2014, Zürich 2015, Rn 90, m.w.Nw.).

²⁵ S. KOLLER, OR AT (FN 13), § 6 Rn 4.

²⁶ S. dazu allgemein KOLLER, OR AT (FN 13), § 21 Rn 34 ff.

²⁷ PETERS/JACOBY (FN 23), N 85 zu § 631 BGB; Frage offen gelassen in BGE 4A_538/2011 E. 2.4.

²⁸ «Anfällig» für ungewöhnliche Klauseln sind offenbar Versicherungsverträge (z.B. BGE 138 III 411 [dazu später im Text]; BGE 135 III 1 und 225; BGE 119 II 443; BGer 4A_187/2007; BGer 4A_419/2008). Vertragsverlängerungsklauseln können ungewöhnlich sein (BGE 5P.115/2005, Adresseintrag in einem Branchenverzeichnis), müssen es aber nicht (BGer 4A_475/2013 E. 5.3.2 [in BGE 140 III 404 nicht publiziert], Abonnement für Fitnessstudio); für generelle Ungewöhnlichkeit hingegen ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, 99 f. Ein Überblick über die bundesgerichtliche «Ungewöhnlichkeitsrechtsprechung» findet sich bei KATHRIN KLETT/CHRISTOPH HURNI, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.

²⁹ Beispiel nach WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilband V1a, Zürich 1973, N 499 zu Art. 1 OR.

OR), ohne Erfolg, weil die Klausel für ungewöhnlich erachtet wurde³⁰. Im gleichen Sinne hat das KGer FR entschieden (s. BGE 4A_538/2011 E. 1.1; vom Bundesgericht konnte die Frage offengelassen werden [E. 2.4]). – *d.* Wer als Vertreter kontrahiert, muss im Regelfall nicht davon ausgehen, dass in den AGB zu seinen Lasten eine Verpflichtung (in casu: volle Schadloshaltung des Dritten im Falle der Nichtgenehmigung des Vertrags durch den Vertretenen) begründet wird (KGer AR, AR GVP Nr. 3555)³¹.

Die Ungewöhnlichkeitsregel betrifft nur Klauseln, welche für den Kunden nachteilig sind. Wird der Kunde von einer für ihn *günstigen* Klausel überrascht, so ist diese gültig. Der Verwender muss sie sich entgegenhalten lassen.

2. Bei den folgenden *Präzisierungen* bleibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Übernahme von Gerichtsstandsklauseln ausgespart (s. dazu Ziff. 3).

a) *Auch Ungewöhnliches kann gewollt sein.* Wer daher vom Inhalt einer «an sich» ungewöhnlichen Klausel Kenntnis hat und der Klausel trotzdem zustimmt, für den ist sie – unter Konsensgesichtspunkten – verbindlich (der Überraschungseffekt entfällt dann eben). Daher kommt die Ungewöhnlichkeitsregel im Falle einer Vollübernahme nicht zum Tragen (BGer, Pra 1998 Nr. 9 E. 1b). Der AGB-Verwender hat es somit in der Hand, die Ungewöhnlichkeitsregel auszuschalten, indem er dem Kunden von einer ungewöhnlichen Klausel Kenntnis verschafft³².

b) Es gilt die *Vermutung, dass der Kunde die AGB global übernommen hat* (OGer ZH, ZR 1991 Nr. 2 E. II/4)³³. Der Beweis, dass der Kunde eine Klausel voll (in Kenntnis ihres Inhalts) übernimmt hat, obliegt somit dem Verwender (BezGer Meilen, ZR 2005 Nr. 42 E. IV/1). Hat jedoch der Verwender auf eine ungewöhnliche Klausel speziell hingewiesen (z.B. durch Fettdruck), so ist zu vermuten, dass der Kunde von der Klausel Kenntnis genommen und sie voll übernommen hat (BGE 135 III 1 E. 2.3 und 225 E. 1.3³⁴; vgl. § 864a ABGB), dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass der Verwender unter den gegebenen Umständen die berechtigte Erwartung haben darf, dass der Kunde die AGB auch tatsächlich lesen wird. Andernfalls hat er auf andere Weise dafür zu sorgen, dass der Kunde von der Klausel Kenntnis nimmt (vgl. in verwandtem Zusammenhang BGH, NJW 2012, 846). Muss er da-

von ausgehen, dass der Kunde die Tragweite der betreffenden Klausel – z.B. wegen Sprachschwierigkeiten (vgl. BGE 104 Ia 278 E. 4c) – nicht erfassen kann, so hat er sie speziell zu erläutern, ansonsten sie keine Verbindlichkeit erlangt.

Beispiel: A will bei der Bank X Wertpapiere hinterlegen. Die Bank ist damit einverstanden. In den AGB, die A zu übernehmen hat, befindet sich u.a. die Abrede, dass die hinterlegten Titel der Bank verpfändet sind. Eine solche Klausel ist im Allgemeinen – wie gesagt – ungewöhnlich. Trotzdem wird sie mit Abschluss des Übernahmevertrages für A verbindlich, wenn er von ihr vorher Kenntnis genommen hat. Dies wird vermutet, wenn in den AGB auf das Pfandrecht speziell hingewiesen ist (z.B. durch Fettdruck). Wenn jedoch der Bank bei Vertragsabschluss klar ist, dass A die AGB nicht gelesen hat (z.B. weil er dazu gar keine Gelegenheit hatte), so greift die Vermutung nicht ein. Die Pfandklausel gilt dann nicht.

c) Nach JÄGGI³⁵ darf Ungewöhnlichkeit nicht leichthin angenommen werden; denn wer AGB global zustimme, der nehme eben eine gewisse Unsicherheit in Kauf. Diese Auffassung verträgt sich nicht mit dem voranstehend I./2./Ziff. 1 geschilderten Ungleichgewicht zwischen Verwender und Kunde. Wie dort ausgeführt wurde, hat der Kunde im Allgemeinen weder die Zeit noch die Mittel, um die einzelnen Bestimmungen der oft komplexen AGB gesondert und in ihrem Zusammenhang auf ihre Bedeutung zu untersuchen. Dies ganz im Unterschied zum Verwender. Von diesem darf daher verlangt werden, dass er alle auch nur einigermaßen überraschenden Klauseln offen auf den Tisch legt und den AGB-Kunden speziell darauf hinweist. Übernimmt dieser jene Klauseln dann trotzdem, so ist gegen ihre Geltung nichts einzuwenden, vorausgesetzt, dass sie vor den einschlägigen Inhaltsschranken (Art. 19 f. OR, Art. 8 UWG) standhalten.

d) In seiner neueren Rechtsprechung macht das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel davon abhängig, dass zum einen der AGB-Kunde die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei ist (*subjektives Element*), und zum andern die in Frage stehende Klausel bei objektiver Beurteilung einen geschäftsfremden Inhalt aufweist (*objektives Element*)³⁶. In Wirklichkeit ist es nicht richtig und jedenfalls nicht zielführend, die Ungewöhnlichkeit in die erwähnten beiden Elemente aufzusplitten. Entscheidend ist einzig und allein, ob der konkrete Kunde, der eine Klausel global übernimmt, nach Treu und Glauben mit dieser rechnen muss

³⁰ S. auch KOLLER, Werkvertragsrecht (FN 11), Rn 112.

³¹ Weiteres Beispiel bei KOLLER, OR AT (FN 13), § 60 Rn 11.

³² S. im Einzelnen DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation: étude de droit suisse et de droit européen, Diss. Genf, Basel 2001, 151 f.

³³ Aus der Lehre z.B. SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 29), N 465 zu Art. 1 OR.

³⁴ Ferner z.B. BGer 4A_419/2008.

³⁵ SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 29), N 499 zu Art. 1 OR.

³⁶ BGE 138 III 411 E. 3.1 (dazu vorne Ziff. 1); BGE 135 III 1 E. 2.1. Geschäftsfremd sind «Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen» (BGE 135 III 225, 227 hinten).

oder nicht. Dass dabei die Geschäftserfahrung eine Rolle spielt, wurde bereits gesagt³⁷.

3. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist im schweizerischen Recht – anders als etwa im deutschen (§ 305c Abs. 1 BGB) – nicht ausdrücklich festgehalten. Von der Lehre wird sie jedoch seit langem anerkannt³⁸. Das Bundesgericht hat die Ungewöhnlichkeitsregel im Zusammenhang mit Gerichtsstandsklauseln entwickelt und sie erst in BGE 109 II 452 in genereller Weise anerkannt. Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Gerichtsstandsklauseln* lässt sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen³⁹:

Gerichtsstandsklauseln stellen gegenüber Nicht-Käufern «in der Regel eine geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmung» dar (BGE 104 Ia 278, 280). Sie erlangen daher im Falle einer Globalübernahme des Kunden für diesen keine Verbindlichkeit. Will der Verwender die Verbindlichkeit (unter Konsensgesichtspunkten!) sicherstellen, muss er dafür sorgen, dass der Kunde den Verzicht auf den Gerichtsstand in voller Kenntnis von dessen Tragweite erklärt (in diesem Sinne schon AppHof BE, ZBJV 1933, 231). Diese Kenntnis wird vermutet, wenn die Gerichtsstandsklausel im AGB-Text besonders (z.B. durch Fettdruck) hervorgehoben ist, so dass sie im Normalfall der Aufmerksamkeit des Kunden nicht entgeht. Im Einzelfall kann aber der Verwender zu spezieller Erläuterung verpflichtet sein, so z.B. deshalb, weil der Kunde ersichtlich nicht imstande ist, die (hervorgehobene) Gerichtsstandsklausel zu verstehen (BGE 104 Ia 278 betr. einen Fall, in dem ein tschechoslowakischer Flüchtling mangelhafte Deutsch- und Rechtskenntnisse hatte; ferner BGE 109 Ia 55; BGE 118 Ia 294 E. 2)⁴⁰.

Diese Rechtsprechung, welche in der Lehre teilweise als typographische Rechtsprechung bezeichnet wird, lässt sich weitgehend verallgemeinern (HGer ZH, ZR 1996 Nr. 48 E. 3.3). Davon bin ich in den vorstehenden Ausführungen ausgegangen.

Umstritten ist, welche Bedeutung der typographischen Rechtsprechung für Gerichtsstandsklauseln zukommt, die nach Inkrafttreten des – inzwischen durch die ZPO abgelösten – GestG abgemacht wurden (vgl. z.B. FRANÇOIS BOHNET, Die Typographische Rechtsprechung gilt weiterhin, SZZP 2012, 451 ff.). Insofern ist zu beachten, dass beispielsweise Konsumenten oder Wohnungsmieter auf den gesetzlichen Gerichtsstand (Art. 32 f. ZPO) nicht verzichten können (Art. 35 ZPO) und sich daher die Frage, welche Anforderungen an den Verzicht *in AGB* zu stellen sind, gar nicht mehr stellt. In diesen Bereichen ist die typographische Rechtsprechung obsolet.

4. Die Zugänglichkeitsregel

Die Zugänglichkeitsregel besagt, dass der Verwender dem Kunden die AGB vor dem Vertragsabschluss aushändigen oder ihm auf sonstige Weise die Möglichkeit geben muss, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen (voranstehend I./2./Ziff. 1). Bei Verletzung dieser Obliegenheit erlangen die AGB im Falle einer Globalübernahme keine Geltung. Die Regel geht auf KRAMER⁴¹ zurück, welcher im Jahre 1980 anregte, die damalige deutsche Regelung (§ 2 ABGB i.V.m. § 24 ABGB) sinngemäss auch im schweizerischen Recht zur Anwendung zu bringen⁴². «Dem Vorschlag Kramers wurde, wenn auch etwas zurückhaltend und mit einer gewissen Verzögerung, grösstenteils Folge geleistet»⁴³, sowohl in der Lehre⁴⁴ als auch in der Rechtsprechung⁴⁵.

Begründet wird dies regelmässig damit, AGB könnten nicht wirksam in den Vertrag einbezogen werden, wenn der Kunde nicht vorvertraglich die Möglichkeit hatte, «sich von deren Inhalt ... Kenntnis zu verschaffen»⁴⁶. Mit Konsensüberlegungen lässt sich jedoch die Zugänglichkeitsregel nicht begründen, weil auch Ungelesenes gewollt sein kann und selbst der Umstand, dass man AGB überhaupt nie zu Gesicht bekommen hat, einen darauf bezüglichen Vertragswillen nicht ausschliesst (voranstehend II./2./Ziff. 2)⁴⁷.

Die Zugänglichkeitsregel gilt allgemein, sie hat jedoch nicht bei allen Verträgen dieselbe Tragweite⁴⁸: Bei *Kon-*

³⁷ Kritisch auch LAURENT BIERI (L'avenir de la règle de l'insolite, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 719) und SCHMID (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [FN 10], Rn 1139a und 1139b), der unter Hinweis auf BGE 138 III 411 (dazu vorne Ziff. 1, Kleindruck) zu Recht festhält, dass auch ein geschäftserfahrener Kunde im Einzelfall von einer Klausel überrascht werden kann und sich dann auf die Ungewöhnlichkeitsklausel berufen kann.

³⁸ Hw. bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 29), N 498 f. zu Art. 1 OR.

³⁹ Vgl. die übersichtliche Darstellung bei HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 109 ff.

⁴⁰ Diese Rechtsprechung wurde in BGE 104 Ia 278 damit gerechtfertigt, dass die Gerichtsstandsklausel einen Verzicht auf ein verfassungsmässiges Recht (Art. 59 aBV) beinhalte. Damit wird die Konsensproblematik in unzulässiger Weise mit der Inhaltskontrolle vermengt. Im Ergebnis ist BGE 104 Ia 278 jedoch zuzustimmen.

⁴¹ KRAMER (FN 18), N 195 zu Art. 1 OR.

⁴² S. auch – fast zeitgleich – PETER FORSTMORSER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, 115.

⁴³ PERRIG (FN 7), 37.

⁴⁴ Hw. bei PERRIG (FN 7), 37 Anm. 232.

⁴⁵ Vgl. den Rechtsprechungsbericht von KLETT/HURNI (FN 28), 82 a.E.

⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 10), Rn 1134; wie diese z.B. PERRIG (FN 7), 284; DAVID BOUVERAT, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives, Diss. Neuenburg, Bern 2009, Rn 983.

⁴⁷ Gleich im Ergebnis LAURENT BIERI, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, ZSR 2012 I, 203; HIGI (FN 5), 506, 508.

⁴⁸ Vgl. einerseits § 305 Abs. 2 BGB, andererseits § 310 Abs. 1 BGB.

umentenverträgen ist Art. 4 PRG (dazu voranstehend II./1./Ziff. 2) analog anzuwenden⁴⁹. Der AGB-Verwender hat daher dem AGB-Kunden die AGB *von sich aus* auszuhandigen bzw. auf sonstige Weise die Möglichkeit zu verschaffen, von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen. Bei *anderen Verträgen* muss zwar der Kunde ebenfalls die Möglichkeit haben, sich von den AGB Kenntnis zu verschaffen, doch wird ihm weitgehend zugemutet, dies in *Eigeninitiative* zu tun: Es trifft ihn – im Unterschied zum Konsumenten – eine Erkundigungsobliegenheit (anders BGE 139 III 345 [dazu sogleich im Text], allerdings mit Bezug auf das Formerfordernis von Art. 23 Ziff. 1 lit. a LugÜ⁵⁰). Dass auch bei anderen als Konsumentenverträgen der Kunde die Möglichkeit haben muss, sich vor Vertragsabschluss über den Vertragsinhalt samt AGB zu erkundigen, liegt angesichts von Art. 2 Abs. 1 ZGB auf der Hand. Daher verwundert es nicht, dass die Zugänglichkeitsregel auch für das WKR anerkannt ist, wiewohl das Abkommen keine (ausdrückliche) einschlägige Regel enthält⁵¹.

In BGE 139 III 345 ging es um Folgendes: Der AGB-Verwender hatte dem Kunden in einer per E-Mail gemachten Vertragsofferte mitgeteilt, seine AGB könnten unter einer bestimmten Faxnummer angefordert werden. In den AGB war eine Gerichtsstandsklausel enthalten. Zur Beurteilung stand, ob diese Klausel wirksam in den Vertrag übernommen worden war bzw. eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 Ziff. 1 lit. a LugÜ begründete. Das Bundesgericht hielt vorab fest, es obliege dem AGB-Verwender, dem potentiellen Vertragspartner vor Vertragsabschluss von sich aus die Gelegenheit zu verschaffen, von den AGB Kenntnis zu nehmen, und zwar in zumutbarer Weise. Durch Einräumung der Möglichkeit, die AGB per Fax zu bestellen, werde diesem Erfordernis nicht genügt. Hingegen wäre es dem Kunden – so das Bundesgericht weiter – zumutbar gewesen, «einem Hinweis des AGB-Verwenders auf seine Internetseite nachzugehen und die AGB dort zur Kenntnis zu nehmen» (S. 350).

Mit Bezug auf Konsumentenverträge sei zweierlei nachgetragen: *Erstens*: Die Zugänglichkeitsregel erschöpft sich nicht darin, dem Kunden Gelegenheit zu geben, in die AGB Einsicht zu nehmen oder sich sonstwie von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Vielmehr muss er die Möglichkeit haben, dies *in zumutbarer Weise* zu tun (vgl. den soeben referierten BGE). «Hierzu gehört auch, dass die AGB verständlich und drucktechnisch lesbar sind ... sowie in der Verhandlungs- oder einer dem Kunden verständlichen Sprache abgefasst sind»⁵². *Zweitens*: Die aus Art. 4 PRG resultierende (vorvertragliche) Aufklärungsobliegenheit findet ihre Grenze dort, wo der AGB-Kunde von den AGB mit Wissen des Verwenders ohnehin Kenntnis hat, z.B. aufgrund früherer Vertragsabschlüsse. Hat der Kunde zwar Kenntnis, aber ohne dass der Verwender um diesen Umstand weiss, so bleibt die Obliegenheit als solche unberührt, doch schadet eine allfällige Pflichtverletzung nicht (eine Berufung des Kunden auf die Pflichtverletzung würde am Rechtsmissbrauchsverbot, Art. 2 Abs. 2 ZGB, scheitern)⁵³. Vorbehalten sind Fälle, in denen der Verwender es bewusst darauf abgesehen hat, den Kunden von der Kenntnisnahme abzuhalten. In Fällen dieser Art rechtfertigt es sich aus Präventionsüberlegungen, die Pflichtverletzung generell mit dem Ausschluss der Möglichkeit, sich auf die AGB zu berufen, zu sanktionieren⁵⁴.

5. Die Unklarheitenregel

1. Ausnahmsweise gilt eine AGB-Klausel auch dann, wenn sie vertraglich nicht übernommen wurde, also vom Konsens nicht erfasst ist. Grundlage hierfür bildet die sog. Unklarheitenregel (vgl. § 305c Abs. 2 BGB). Diese wird zwar regelmässig im Zusammenhang mit der *Auslegung* der AGB behandelt. Letztlich handelt es sich aber um eine Dissens-Regel⁵⁵: Ist eine Klausel objektiv mehrdeutig, so

⁴⁹ Wo sich die analoge Anwendung einer Bestimmung aufdrängt, ist nicht nur auf eine Gesetzeslücke zu schliessen, sondern auch die Art der Lückenfüllung vorgegeben. Die Analogie ist also Mittel sowohl der Lückenfindung als auch der Lückenschliessung (grundlegend CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1983). Gegen die Annahme einer Lücke im vorliegenden Kontext BIERI, La possibilité (FN 47), 204, allerdings ohne Begründung.

⁵⁰ Der BGE lässt sich nicht tale quale auf den allgemeinen vertragsrechtlichen Kontext übertragen (a.A. offenbar CAROLINE KIRCHSCHLÄGER, Zumutbare Kenntnisnahme von Online-AGB, Reflexionen ausgehend von BGE 139 III 345 ff., FS Schweizerischer Juristentag 2015, Zürich 2015, 388).

⁵¹ Die Einzelheiten sind freilich umstritten, s. z.B. JUSTYNA BUSER-GORA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich, Zürich 2012, 49 ff.; JÖRG SCHULTHEISS, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, Diss. Saarbrücken, Frankfurt etc. 2003, 14 ff.

⁵² INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, Rn 45.03.

⁵³ Vgl. KOLLER, Werkvertragsrecht (FN 11), Rn 139. Im Falle einer Vollübernahme kommt also die Zugänglichkeitsregel nicht zum Tragen (z.B. PERRIG [FN 7], 37, 40 und passim).

⁵⁴ Die soeben gemachten Präzisierungen gelten auch bei elektronischen Vertragsabschlüssen (s. dazu eingehend PERRIG [FN 7], 323 ff.). Zum Zugänglichkeitserfordernis bei Vertragsabschlüssen über Mobilfunk und SMS (M-Commerce) s. wiederum PERRIG (FN 7), 358 ff. S. auch – zu Online-Verträgen – KIRCHSCHLÄGER (FN 50), 392 ff., je m.w.Nw.

⁵⁵ LUDWIG RAISER, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, unveränderter Neudruck Bad Homburg 1961, 260 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 29), N 482 ff. zu Art. 1 OR; CHRISTOPH BÜRGI, Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklungen auf dem Gebiet der AGB, Diss. Zürich 1985, 175, 180; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K.

dass (mindestens) zwei Auslegungsergebnisse vertretbar sind, und ist auch nicht erwiesen, dass die Parteien der Klausel übereinstimmend denselben Sinn beigelegt haben, so liegt Dissens vor. Dieser hat aber – entgegen der allgemeinen Regel – nicht die Unverbindlichkeit der Klausel zur Folge, vielmehr ist sie in dem für den Kunden günstigeren Sinn verbindlich. Das unklare Auslegungsergebnis geht mit anderen Worten zu Lasten des Verwenders. Dies ist zwar gesetzlich nur für einen Sonderfall vorgesehen (Art. 33 VVG), gilt jedoch allgemein (BGE 115 II 264 E. 5a; BGE 124 III 155 E. 1a⁵⁶; BGE 133 III 61 E. 2.2/3).

Beispiel (BGE 115 II 264, leicht abgeändert): Die 15 bzw. 16 Jahre alten Brüder H. drangen in eine Sägerei ein, wo sie Werkzeuge stahlen. Hierauf begaben sie sich auf den Dachboden des Gebäudes, um dort zu rauchen. Eine nicht genügend gelöschte Zigarette verursachte daraufhin einen Brand. Die nach Art. 333 ZGB haftbar gemachten Eltern belangten ihren Haftpflichtversicherer. Dieser machte geltend, seine Leistungspflicht sei nicht gegeben, da er gemäss seinen AVB nicht für Schäden aufzukommen habe, die «bei der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens oder Vergehens verursacht» worden seien. Der Streit ging um die Auslegung des Wortes «bei». Da nicht erwiesen war, dass die Parteien dem Wort übereinstimmend die gleiche Bedeutung beigegeben hatten, kam das Vertrauensprinzip zum Zuge. Das Bundesgericht stellte fest, das Wort «bei» sei objektiv mehrdeutig. Es könne sowohl «im Zusammenhang mit» («während») als auch «durch» («infolge») bedeuten. Besondere Umstände, welche im konkreten Fall die eine oder andere Auslegung nahe legten, konnten nicht ausgemacht werden. Obwohl also Dissens vorlag, nahm das Bundesgericht nicht Ungültigkeit der fraglichen AVB-Klausel an, vielmehr brachte es die Unklarheitenregel zum Tragen: Zugunsten der Versicherten (der Eheleute H.) sei von der letzteren Bedeutung («durch», «infolge») auszugehen. Da der Feuerschaden nicht *durch* die vorsätzlich begangenen Delikte (Diebstahl und Hausfriedensbruch) verursacht worden sei, sondern lediglich im räumlichen und zeitlichen Zusammenhang damit, bestehe die Leistungspflicht des Versicherers, bzw. sei sie nicht wirksam ausgeschlossen worden.

2. Die Unklarheitenregel kommt erst und immer nur dann zum Zuge, wenn hinsichtlich einer bestimmten AGB-Klausel die Auslegung kein klares (eindeutiges) Ergebnis zeitigt (vgl. § 305c Abs. 2 BGB; BGE 122 III 118 E. 2d), wenn mit anderen Worten Dissens gegeben ist. Ein Dissens liegt nach allgemeiner Regel vor, wenn die beiden Vertragserklärungen, je für sich ausgelegt, nicht übereinstimmen. Für die Auslegung gilt das Vertrauensprinzip (sofern sich nicht ausnahmsweise ein übereinstimmender tatsächlicher Wille nachweisen lässt, Art. 18 Abs. 1 OR). Es ist somit zu fragen, wie die Parteien die AGB-Klausel

verstehen durften und mussten. In dieser Frage sind an den Kunden geringere Anforderungen zu stellen als an den Verwender. Dies mit Rücksicht auf das voranstehend I./2./Ziff. 1 umschriebene Ungleichgewicht zwischen Kunde und Verwender⁵⁷. Vom Kunden darf nach Treu und Glauben nicht erwartet werden, dass er über die Tragweite einer Klausel langwierige Abklärungen vornimmt. Namentlich obliegt ihm nicht, bei komplexen AGB (etwa AVB) sich in zeitintensiven Studien in die Vertragssystematik einzuarbeiten. Vielmehr darf er sich grundsätzlich mit einer Wortinterpretation begnügen. Ist der Wortlaut einer AGB-Klausel objektiv mehrdeutig, so ist dem Kunden kein Vorwurf zu machen, wenn er sich eine vertretbare (ihm günstige) Deutung zu eigen macht. Dem Verwender würde es in einem solchen Fall schlecht anstehen, dem Kunden vorzuwerfen, er hätte die Mehrdeutigkeit der AGB erkennen können und diese durch entsprechende Abklärungen beseitigen müssen. Ein solcher Vorwurf wäre nach Treu und Glauben nicht zu hören. Praktisch bedeutet dies, dass bei objektiver Mehrdeutigkeit des Wortlauts einer AGB-Klausel regelmässig die Unklarheitenregel zum Zuge kommt. Vorbehalten sind Fälle, in denen der Klausel aus besonderem Grund (z.B. im Lichte der Vorverhandlungen) ein abweichender Sinn beizulegen ist.

3. Die Unklarheitenregel beruht auf der Überlegung, dass diejenige Vertragspartei, die AGB zur Verwendung vorschlägt, die Verantwortung für die Formulierung zu übernehmen hat (voranstehend I./2./Ziff. 1). Demzufolge greift die Regel dort nicht Platz, wo ein *Dritter* (z.B. Notar) oder wo *beide* Parteien eine Klausel als Vertragsbestandteil vorschlagen. In diesen beiden Fällen ist die unklare Klausel wegen Dissenses ungültig⁵⁸.

6. Art. 8 UWG

Art. 8 UWG ist eine wettbewerbsrechtliche (lauterkeitsrechtliche) Bestimmung, welche sich gegen die «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Marginalie) richtet. Bei ihrem Erlass lehnte man sich bewusst an die europäische Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen an. Diese Richtlinie darf und soll daher bei der Auslegung von Art. 8 UWG mitberücksichtigt werden⁵⁹.

1. *Tatbestand*. Art. 8 UWG findet – anders als in seiner ursprünglichen, bis 30. Juni 2012 in Kraft stehenden Fas-

SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 14 Rn 52.

⁵⁶ Mehrdeutigkeit des Ausdrucks «Kontrakt» in einem Optionsgeschäft.

⁵⁷ Vgl. RAISER (FN 55), 265.

⁵⁸ Vgl. RAISER (FN 55), 263.

⁵⁹ DAVID RÜETSCHI, Zur Anwendung von Art. 8 UWG auf altrechtliche Verträge, recht 2013, 101.

sung – nur auf Konsumentenverträge Anwendung⁶⁰. Er erfasst Geschäftsbedingungen, «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». Das bedeutet im Einzelnen⁶¹:

a) In den Schutzbereich der Bestimmung fallen nur *natürliche Personen* (nur solche können Konsumenten sein)⁶². Das wird z.T. kritisiert, insbesondere hinsichtlich kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), weil sich diese als AGB-Kunden oftmals in einer vergleichbaren Situation wie natürliche Personen befinden würden⁶³.

b) Obwohl in Art. 8 UWG nicht ausdrücklich gesagt, fallen nur *Konsumentenverträge* in dessen Anwendungsbereich. Gemeint sind damit – wie in Art. 32 Abs. 2 ZPO – Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten (hier: AGB-Kunden) bestimmt sind und von der anderen Partei (AGB-Verwender) im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Verrichtung angeboten werden. Den Begriff des «üblichen Verbrauchs» wird man jedoch in einem weiteren Sinne auffassen müssen als in Art. 32 Abs. 2 ZPO⁶⁴.

Der Konsumentenvertrag i.S.v. Art. 8 UWG kann «in irgendeinem Lebensbereich vorkommen, namentlich im Bank-, Versicherungs-, Miet-, Leasing-, Reise- oder Bauwesen»⁶⁵. Die Berufung auf Art. 8 UWG steht also beispielsweise auch einem privaten Bauherrn, der sein Wohnhaus reparieren lässt, offen.

c) AGB-Klauseln sind – bei einem Konsumentenvertrag – insoweit unzulässig, als sie den AGB-Kunden in Treu und Glauben verletzender Weise *unangemessen benachteiligen*. Bei der Konkretisierung dieser Generalnorm können

ausländische Rechtsordnungen, welche ähnliche Generalnormen erlassen und diese durch einen Katalog von Klauselverboten ergänzt haben, «als nützliche Leitlinie dienen»^{66, 67}. Durch solche Kataloge werden insbesondere gewisse wichtige Regeln des dispositiven Rechts «AGB-fest» gemacht (vgl. z.B. §§ 308 und 309 BGB, welche die Generalnorm von § 307 BGB konkretisieren)⁶⁸. Welche Normen als «wichtig» anzusehen sind, hängt namentlich von ihrem Geltungsgrund ab: ob sie auf Gerechtigkeitsgeboten oder blossen Zweckmässigkeitserwägungen beruhen (vgl. BGH, NJW 1964, 1123).

In Anlehnung an § 309 Ziff. 2a BGB wird man beispielsweise annehmen müssen, dass das für den vollkommen zweiseitigen Vertrag typische Leistungsverweigerungsrecht von Art. 82 OR weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Sodann dürfte Art. 120 OR zumindest hinsichtlich unbestrittener Forderungen «AGB-fest» sein (vgl. § 309 Ziff. 3 BGB). Dem Kunden kann also nicht durch AGB das Recht genommen werden, eine unbestrittene Forderung verrechnungsweise geltend zu machen⁶⁹.

Das nach Art. 8 UWG nicht zu tolerierende Missverhältnis kann auch das – in AGB vereinbarte – *Verhältnis von Leistung und Gegenleistung* betreffen. Ob dies im Einzelfall zutrifft, beurteilt sich sinngemäss nach den zu Art. 21 OR (Übervorteilung) entwickelten Kriterien⁷⁰. Hingegen müssen die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 21 OR (Ausbeutung einer Notlage usw.) nicht erfüllt sein. Von praktischer Bedeutung ist das Gesagte etwa für Versicherungs- und Bankverträge, weil die beim Abschluss solcher Verträge verwendeten AGB – anders als die meisten sonstigen AGB – oftmals auch die Hauptleistungspflichten umschreiben.

Bei der Prüfung eines Missverhältnisses i.S.v. Art. 8 UWG ist nach herrschender Ansicht eine Gesamtbetrachtung anzustellen. «Concrètement, cela signifie que le tribunal doit examiner si des clauses «dures» à l'égard du consommateur sont contrebalancées par des clauses plus

⁶⁰ Zum intertemporalen Recht s. BGE 140 III 404 und CORINNE ZELLWEGE-GÜTKNECHT/EUGEN BUCHER, Basler Kommentar (FN 16), N 55 zu Art. 1 OR. Gegenüber einem Nicht-Konsumenten kann u.U. Art. 2 UWG angerufen werden (SCHNYDER [FN 9], 72).

⁶¹ S. eingehend NADJA WALKER, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen, Zürich 2015, 114 ff.; WIDMER (FN 24), Rn 241 ff.

⁶² THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP/PJA 2014, 25, m.w.Nw. in Anm. 53; a.A. PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel article 8 LCD, BR 2012, 140 ff., 141.

⁶³ Vgl. BBI 2009, 6173, 6180; ANDREAS FURRER, Eine AGB-Inhaltskontrolle für die Schweiz?, HAVE 2011, 327; ISABELLE WILDHABER, Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, 541.

⁶⁴ TH. KOLLER (FN 62), 26 f.; für ZPO-konforme Auslegung hingegen SCHWENZER (FN 52), Rn 46.04.

⁶⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 10), Rn 1152b.

⁶⁶ SCHWENZER (FN 52), Rn 46.04a.

⁶⁷ Solche Klauselkataloge beruhen häufig auf den im Anhang der AGB-Richtlinie (s. einleitend voranstehend vor Ziff. 1) abgedruckten Liste von Klauseln, die nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie für missbräuchlich erklärt werden können. S. dazu JÖRG SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 49 ff.

⁶⁸ Vgl. den Überblick bei DAGMAR COESTER-WALTJEN, Inhaltskontrolle von «einfachen Geschäftsbedingungen» in Verbraucherverträgen, Festschrift für Dieter Medicus, München 1999, 63 ff.

⁶⁹ Weitere Beispiele bei WALKER (FN 61), 154 f.

⁷⁰ Vgl. dazu KOLLER, OR AT (FN 13), § 14 Rn 249.

favorables»⁷¹. Einer solchen sog. Kompensation müssen «jedoch enge Grenzen gesetzt werden»⁷². Zudem sind gewisse Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit als missbräuchlich einzustufen (vgl. § 309 BGB im Verhältnis zu § 308 BGB)⁷³.

d) Nach aArt. 8 UWG galt die Verwendung missbräuchlicher Klauseln nur dann als unlauter und wettbewerbswidrig, wenn sie in irreführender Weise geschah. Das Requisite der «Irreführung» erlaubte es dem AGB-Verwender, die Anwendbarkeit der Bestimmung auszuschliessen, indem er den Kunden auf nachteilige Regeln klar und unmissverständlich hinwies (z.B. durch Fettdruck; BGer, Pra 1998 Nr. 9 S. 56 hinten). Der neue Gesetzeswortlaut (in «Treu und Glauben verletzender Weise») könnte den Eindruck erwecken, es sei mit anderer Formulierung die frühere Rechtslage festgeschrieben worden. In Wirklichkeit trifft dies – anerkanntermassen – nicht zu. Die Bezugnahme auf Treu und Glauben bezieht sich nicht auf die Art und Weise, wie die AGB in den Vertrag eingefügt werden, sondern auf die Feststellung des von Art. 8 UWG vorausgesetzten Missverhältnisses. Er bezieht sich also auf den Inhalt des Vertrags, nicht auf dessen Zustandekommen⁷⁴.

2. *Rechtsfolge*. Bei Vorliegen der umschriebenen Voraussetzungen sind die (missbräuchlichen) AGB nichtig (daneben sind Art. 9 f. UWG zu beachten). Zwar ist die Nichtigkeitsfolge in Art. 8 UWG nicht ausdrücklich vorgesehen, doch entspricht sie dem Sinn und Zweck der Bestimmung⁷⁵. Ihre Einbettung in das Wettbewerbsrecht ändert daran nichts. Die Entstehungsgeschichte macht nämlich deutlich, dass Art. 8 UWG eine vertragsrechtliche

Kontrollfunktion übernehmen sollte⁷⁶. Die Nichtigkeitsfolge lässt sich zudem aus Art. 20 OR herleiten. Gegebenenfalls sind nur die betroffenen AGB-Klauseln nichtig; eine Ganznichtigkeit des Vertrags nach Art. 20 Abs. 2 OR fällt ausser Betracht. Eine gegen Art. 8 UWG verstossende Klausel ist im Regelfall vollumfänglich nichtig; eine blosser Teilnichtigkeit durch geltungserhaltende Reduktion ist jedoch nicht generell ausgeschlossen⁷⁷.

III. Sonderfragen

1. Kollision von AGB mit individuellen Einzelvereinbarungen

1. Es ist möglich und kommt praktisch nicht selten vor, dass die Parteien eines Standardvertrages eine individuelle Vereinbarung treffen, welche mit einer Klausel der von ihnen übernommenen AGB in Widerspruch steht. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Parteien eines Bauwerkvertrages (Unternehmer und Bauherr) für die Erhebung der Mängelrüge eine Frist von einem Jahr abmachen, gleichzeitig aber die SIA-Norm 118 übernehmen, welche eine Rügefrist von zwei Jahren vorsieht (Art. 172). In solchen Fällen geht die Individualabrede der AGB-Klausel vor. Dieser *Vorrang der Individualabrede* ist allgemein anerkannt (vgl. BGE 125 III 263 E. 4b/bb m.w.Nw.; BGE 93 II 317 E. 4b; BGE 81 II 346 E. 2)⁷⁸, obwohl er – anders als etwa im deutschen oder italienischen Recht (§ 305b BGB bzw. Art. 1342 CCit) – nicht ausdrücklich vorgesehen ist.

AGB-Klauseln, welche einer individuellen Vereinbarung zu weichen haben, weil sie in Wirklichkeit vom Geschäftswillen (Rechtsfolgewillen) nicht gedeckt sind, kann man als *Vertragsfloskeln* bezeichnen. Unter den Begriff der Vertragsfloskel fallen generell AGB-Klauseln, die scheinbar übernommen, in Tat und Wahrheit jedoch vom Vertragskonsens nicht erfasst sind. Vertragsfloskeln kommen vor allem dort vor, wo ein *Dritter* vorformulierte Bedingungen in einen Vertrag einfügt. «Anfällig» für solche Einfügungen ist die öffentliche Beurkundung (vgl. etwa BGE 60 II 436, 444 [«Nachwährschaft wird weg-

⁷¹ BIERI, La règle (FN 37), 717, 718 f.; ebenso z.B. MORIN (FN 4), N 179 zu Art. 1 OR, m.w.Nw.

⁷² WIDMER (FN 24), 134. Ebenso für das deutsche Recht JOHANN KUFFER, Hat die Privilegierung der VOB/B weiter Bestand? Zur neuesten Rechtsprechung des BGH, NZBau 2009, 73 ff., 75, und WOLFGANG WURMNEST, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. A., München 2016, N 36 zu § 307 BGB.

⁷³ WURMNEST (FN 72), N 2 zu § 309 BGB. A.A. wohl WALKER (FN 61), 137, mit einem Überblick über die im Einzelnen strittige Rechtslage (136 ff.).

⁷⁴ SCHWENZER (FN 52), Rn 46.04a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 10), Rn 1154.

⁷⁵ Herrschende Ansicht, z.B. VITO ROBERTO/MARISA WALKER, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 61; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, Rn 636; WALKER (FN 61), 166, m.w.Nw.; a.A. MORIN (FN 4), N 179 zu Art. 1 OR (unter fälschlicher Berufung auf meinen OR AT [FN 13], § 23 Rn 75 f.).

⁷⁶ ANNE-CHRISTINE FORNAGE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, Diss. Freiburg 2010, Bern 2011, Rn 1028 und 1037.

⁷⁷ WIDMER (FN 24), Rn 325 («grundsätzlich»); strenger SCHWENZER (FN 52), Rn 46.09 (genereller Ausschluss einer geltungserhaltenden Reduktion). Allgemein zur geltungserhaltenden Reduktion KOLLER (FN 13), § 13 Rn 137 ff.

⁷⁸ Aus der Lehre z.B. ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER (FN 60), N 54 zu Art. 1 OR.

bedungen»]; BGE 107 II 161 E. 6 S. 163). Floskelhaft sind jedenfalls Klauseln, die von der Urkundsperson ohne Wissen der Parteien in den Vertrag eingefügt werden. Stellen hingegen die Parteien die Einfügung fest, nehmen sie von ihr jedoch inhaltlich keine Kenntnis, so liegt eine grundsätzlich wirksame (beidseitige) Globalübernahme vor. Doch dürfen und müssen die Parteien nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ihre Rechtsstellung durch die eingefügte Klausel nicht erheblich modifiziert, sondern höchstens in untergeordneten Punkten ergänzt wird. Weitergehende Abweichungen sind vom Vertragskonsens nicht erfasst und unverbindlich⁷⁹.

2. Das in Ziff. 1 Gesagte bezieht sich auf den Fall, dass bei Vertragsabschluss individuelle Vereinbarungen getroffen werden, welche mit den übernommenen AGB kollidieren. Möglich ist natürlich auch, dass solche Vereinbarungen erst *nach* Vertragsabschluss getroffen werden. Wiederum gilt der Vorrang der Individualabrede.

Analoges gilt bei Verstössen gegen eine in AGB vereinbarte *Schriftformklausel* (Klausel, wonach AGB-Bestimmungen nur schriftlich abgeändert werden dürfen)⁸⁰: Werden nicht-schriftliche individuelle Abreden getroffen, so erlangen diese Geltung, und dies unabhängig davon, ob sich die Parteien des Widerspruchs zur Schriftformklausel bewusst sind oder nicht. Das ist aber keine AGB-Besonderheit, vielmehr vermögen auch individuell vereinbarte Schriftformklauseln nicht zu verhindern, dass spätere nicht-schriftliche Individualabreden Geltung erlangen⁸¹.

Anders gelagert ist der Verstoß gegen einen sog. *Bestätigungsvorbehalt*. Damit ist eine Klausel gemeint, in welcher sich der Verwender von AGB die Bestätigung von Vertragserklärungen seiner Hilfspersonen vorbehält, in der Meinung, dass ohne Bestätigung Erklärungen von Hilfspersonen nicht wirksam sein sollen. Solche Klauseln beschränken die Vertretungsbefugnis der Hilfspersonen. Schliesst eine Hilfsperson einen Vertrag ohne die nötige Bestätigung und damit ohne Vertretungsbefugnis ab, so ist der Vertrag einseitig (für den Verwender der AGB) unverbindlich. Im Versicherungsvertragsrecht gilt ein Bestätigungsvorbehalt von Gesetzes wegen (Art. 34 Abs. 2 VVG)⁸².

⁷⁹ MORIN (FN 4), N 169 zu Art. 1 OR; Einzelheiten bei ALFRED KOLLER, Vertragsfloskeln, BR 1989, 24 ff.

⁸⁰ S. KLAUS-PETER SCHULZ, JURA 1995, 71 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 10), Rn 1133.

⁸¹ KOLLER, OR AT (FN 13), § 12 Rn 142 f.

⁸² Einzelne Ergänzungen zu vorstehend Ziff. 1 und 2, insbesondere in argumentativer Hinsicht, finden sich bei KOLLER, OR AT (FN 13), § 23 Rn 54 und 57.

2. AGB-Kollisionen («Battle of the forms»)

Vor allem unter Kaufleuten kommt vor, dass sowohl der Antragsteller als auch der Antragsempfänger je ihre eigenen AGB zur Übernahme in den Vertrag vorschlagen. Es bietet beispielsweise A dem B Maschinen zum Kauf an unter Hinweis auf seine Verkaufsbedingungen, B seinerseits verweist in der Annahmeerklärung auf seine Einkaufsbedingungen. Wie solche AGB-Kollisionen rechtlich zu beurteilen sind, ist strittig⁸³. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die allgemeinen Regeln betr. die Nichtübereinstimmung von Antrag und Annahme heranzuziehen⁸⁴. Im Wesentlichen gilt somit Folgendes:

1. Soweit die AGB nicht übereinstimmen, liegt Dissens vor. Betrifft dieser einen *wesentlichen Punkt* (wesentlicher Dissens), so ist der Vertrag nicht zustande gekommen. Die Annahmeerklärung gilt immerhin als neuer Antrag. Schweigen des (ersten) Antragstellers ist nach allgemeinem Grundsatz nicht als Annahme zu werten (vorbehaltlich Art. 6 OR, der jedoch im vorliegenden Kontext kaum je zum Zuge kommen dürfte). Die Theorie des letzten Wortes, nach welcher der Vertrag mit den AGB des Antragsempfängers zustande kommt, ist somit abzulehnen⁸⁵.

Betrifft der Dissens einen subjektiv wesentlichen Punkt, so ist er nach allgemeiner Regel⁸⁶ heilbar, insbesondere durch Ausführung des Vertrags in Kenntnis des Dissenses. AGB umschreiben typischerweise keine objektiv wesentlichen Punkte. Wenn daher die Parteien eines Standardvertrages den Vertrag trotz einer AGB-Kollision und im Wissen um diese ausführen, so sind sie im Allgemeinen an den Vertrag gebunden.

2. Kommt der Vertrag zustande, weil der AGB-Dissens *keinen wesentlichen Punkt* betrifft, so gelten die AGB beider Parteien, soweit sie übereinstimmen⁸⁷. Im Übrigen aber sind sie unverbindlich. Dadurch entstehende Vertragslücken sind nach den allgemeinen Regeln⁸⁸ zu füllen. Wiederum ist also die Theorie des letzten Wortes abzulehnen.

⁸³ Vgl. insbesondere die Diss. von MARC PETER BÜHRER, AGB-Kollisionen, «the battle of the forms» und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987.

⁸⁴ S. zu diesen Regeln KOLLER, OR AT (FN 13), § 7 Rn 56 ff.

⁸⁵ Die Theorie wird z.B. vertreten von PETER JÄGGI/PETER GAUCH, Zürcher Kommentar, Teilband VIb, Art. 18 OR, Zürich 1980, N 469 zu Art. 18 OR; abgelehnt z.B. von ERNST A. KRAMER, «Battle of the Forms» – eine rechtsvergleichende Skizze mit Blick auf das schweizerische Recht, FS für Peter Gauch, Zürich 2004, 495, 503 ff.

⁸⁶ KOLLER, OR AT (FN 13), § 6 Rn 52.

⁸⁷ KRAMER (FN 85), 495; MORIN (FN 4), N 172 zu Art. 1 OR, m.w.Nw.

⁸⁸ S. dazu KOLLER, OR AT (FN 13), § 10.

3. Auslegung der AGB

1. Die allgemeinen Grundsätze für die Vertragsauslegung⁸⁹ gelten auch für AGB (BGE 133 III 675 E. 3.3). Dies jedenfalls insoweit, als die AGB von einem Dritten oder beiden Parteien zur Einbeziehung in den Vertrag vorgeschlagen wurden. Wurden sie dagegen nur von einer Partei zur Übernahme vorgeschlagen, so wird von einem Teil der Lehre eine einheitliche Auslegung befürwortet: Die AGB seien immer gleich auszulegen, ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Es wird argumentiert, AGB hätten, vom Verwender her gesehen, den Zweck, die gleichmässige Abwicklung aller von ihm mit seinen Kunden geschlossenen Verträge zu ermöglichen, dieser Zweck aber könne nur erreicht werden, wenn die AGB auch allen Kunden gegenüber in gleicher Weise ausgelegt würden⁹⁰. Indes verdient der Verwender keinen speziellen Schutz, im Gegenteil ist der Kunde die schutzwürdige Vertragspartei (voranstehend I./2./Ziff. 1). M.E. sind daher auch AGB – in Übereinstimmung mit der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 III 1 E. 2) – *individuell auszulegen*⁹¹. Das bedeutet in erster Linie, dass dort, wo die Parteien einer AGB-Klausel bei Vertragsabschluss übereinstimmend die gleiche Bedeutung beigemessen haben, die Klausel mit dieser Bedeutung gilt (Art. 18 Abs. 1 OR). Wo dies – wie regelmässig – nicht zutrifft und damit das Vertrauensprinzip zum Tragen kommt, sind etwa Vorverhandlungen oder (fehlende) Branchenkenntnisse des Kunden bei der Auslegung mitzubeherrschenden (illustrativ KGer SG, GVP SG 1994, 90; ferner BGE 135 III 1 E. 2).

2. Allgemein gehaltene AGB-Klauseln sind im Normalfall *restriktiv auszulegen*. «Denn die Parteien pflegen auch bei allgemeiner Ausdrucksweise doch nur einzelne typische Sachverhalte zu bedenken, so dass sie die Tragweite einer allgemeinen Regel häufig nicht überblicken und die Regel folglich nicht in ihrer Allgemeinheit

wollen.»⁹². Der «überschiessende Teil» ist floskelhaft (voranstehend III./1./Ziff. 1, letzter Absatz). S. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 51 II 273 E. 4 S. 281 f.; BGE 60 II 444; BGE 91 II 344 E. 2 S. 348 f.; BGE 107 II 161.

Das Restriktionsprinzip ist eine Art Auslegungsregel⁹³. Es beinhaltet die Vermutung, dass die Parteien allgemein gehaltenen Klauseln keine allgemeine Bedeutung beimessen⁹⁴. Diese Vermutung ist widerlegbar, indem im Einzelfall der Nachweis erbracht wird, dass die allgemeine Bedeutung tatsächlich gewollt war (vgl. BGE 72 II 267; BGE 83 II 401 E. 2 S. 404 = Pra 1957 Nr. 130).

Das Restriktionsprinzip gilt generell (vgl. BGE 87 II 85 E. 3 S. 87), nicht nur bei AGB, bei diesen aber hat es seine Hauptbedeutung.

⁸⁹ S. dazu KOLLER, OR AT (FN 13), § 9 Rn 1 ff.

⁹⁰ Das ist die herrschende Ansicht in Deutschland (Nw. bei MANFRED WOLF/JÖRG NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. A., München 2012, § 47 Rn 46), wo sich die Theorie der einheitlichen Auslegung herausgebildet hat. Zur Rechtsauffassung in der Schweiz s. sogleich im Text sowie die folgende Fn.

⁹¹ Diese Auffassung ist auch in der schweizerischen Lehre herrschend. S. z.B. SCHWENZER (FN 52), Rn 45.08; KRAMER (FN 18), N 218 f. zu Art. 1 OR und N 60 zu Art. 18 OR; w.Nw. bei ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP/PJA 2014, 203 Fn. 2. RUSCH selbst ist anderer Auffassung, insbesondere weil im Verbandsprozess (Art. 10 Abs. 2 UWG) eine abstrakte AGB-Auslegung stattfindet und es sich im Individualprozess – aus Gründen der Wertungseinheit – nicht anders verhalten könne.

⁹² SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 29), N 497 und 499 a.E. zu Art. 1 OR.

⁹³ Zum Begriff KOLLER, OR AT (FN 13), § 9 Rn 13.

⁹⁴ Da sich diese Vermutung nicht an den Beweis einer bestimmten Vermutungsbasis knüpft, wird sie – gleich wie etwa die Vermutung aus Art. 3 Abs. 1 ZGB – als untechnische Vermutung bezeichnet (HANS PETER WALTER, Berner Kommentar, Bern 2012, N 377 zu Art. 8 ZGB [schlichte Beweislastregel]).