



Marius Stucki

AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht

Magister VI.72

www.weblaw.ch

ISBN 978-3-906029-94-8

Editions Weblaw
Bern 2013

Zitiervorschlag:

Marius Stucki, AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2013

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Zivilistisches Seminar

Masterarbeit
FS 2013

AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht

unter besonderer Betrachtung des revidierten Art. 8 UWG

Betreut von:
Prof. Dr. iur. Frédéric Krauskopf

Vorgelegt von:
Marius Stucki
Schwarzenburgstrasse 6
3007 Bern
079 348 70 90
Mat.-Nr. 06-302-897
marius.stucki@students.unibe.ch

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Materialienverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	X
Einleitung	1
Übersicht und Eingrenzung.....	2
I. AGB – Begriffsbestimmung	4
1. Definition	4
2. Funktion	5
II. Vorbemerkungen zur AGB-Kontrolle.....	6
1. Kontrolle im Vier-Stufen Modell.....	6
2. Anwendungsbereich.....	7
III. Einbeziehungskontrolle	8
1. Einführungsbeispiel.....	8
2. Anwendbares Recht.....	9
3. Einbeziehung.....	10
a) Schweizerisches Recht	10
b) CISG.....	11
c) Würdigung.....	13
4. <i>Battle of forms</i>	15
a) Einführungsbeispiel	15
b) Schweizerisches Recht	15
c) CISG.....	16
d) Würdigung	18
5. Sprachenproblem	19
a) Schweizerisches Recht	20
b) CISG.....	20
c) Würdigung.....	21
6. <i>E-Commerce</i>	21
a) Schweizerisches Recht	22

b) CISG.....	22
c) Würdigung.....	23
IV. Auslegungskontrolle.....	24
1. Einführungsbeispiel.....	24
2. Anwendbares Recht.....	25
3. Schweizerisches Recht	25
4. CISG	26
5. Würdigung.....	27
V. Ungewöhnlichkeitsregel.....	29
1. Einführungsbeispiel.....	29
2. Anwendbares Recht.....	30
3. Schweizerisches Recht	30
4. CISG	32
5. Würdigung.....	33
VI. Inhaltskontrolle	34
1. Anwendbares Recht.....	34
2. Vorbemerkungen.....	34
3. Inhaltskontrolle ausserhalb von Art. 8 UWG.....	35
4. Art. 8 UWG.....	36
a) Entstehungsgeschichte	36
b) Anwendungsbereich	38
c) Treu und Glauben.....	42
d) Missverhältnis	43
e) Erheblich und ungerechtfertigt	44
f) Rechtsfolge	46
g) Fazit.....	47
Schlussfolgerung.....	48
Selbständigkeitserklärung.....	51

Literaturverzeichnis

- BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: Baudenbacher Carl u.a., AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991, S. 17-66.
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012.
- BOUVERAT DAVID, Conditions générales d'affaires : perspectives législatives. Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne, Diss. jur. Neuenburg 2009.
- BRUNNER CHRISTOPH, UN-Kaufrecht – CISG. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980. Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004.
- BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, in: recht 2012, S. 86-89.
- BÜHRER MARC PETER, AGB-Kollisionen, „the battle of the forms“ und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. jur. Zürich 1987.
- BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. jur. Zürich 2012.
- DJORDJEVIC MILENA, Art. 4 CISG, in: Kröll Stefan u.a., UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), München 2011.
- DORNIS TIM, Vorbem. Art. 14 – 24 CISG, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2010.
- FERRARI FRANCO, Art. 14 und 19 CISG, in: Kröll Stefan u.a., UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), München 2011 (zit. FERRARI, Kröll-Kommentar).
- FERRARI FRANCO, Art. 2 und 4 CISG, in: Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –, 5. Aufl., München/Basel 2008 (zit. FERRARI, Schwenzer-Kommentar).

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG (Bearbeiter), Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- HENNEMANN MARC SAMUEL, AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, Diss. jur. Tübingen 2001.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, in: AJP 2012, S. 1188-1212.
- HUBER PETER, Standard Terms under the CISG, in: 13 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 1/2009, S. 123-134.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I, Bern 2006.
- KOLLER THOMAS, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 223-245 (zit. KOLLER TH., AGB-Kontrolle).
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2013, S. 17-81 (zit. KOLLER TH., Art. 8 UWG).
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: AJP 2008, S. 943-953 (zit. KOLLER TH., Bundesgericht).
- KRAMER ERNST, „Battle of the Forms“. Eine rechtsvergleichende Skizze mit Blick auf das schweizerische Recht, in: Tercier Pierre u.a. (Hrsg.), Gauchs Welt. Recht, Vertragsrecht und Baurecht. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich u.a. 2004, S. 493-506.
- LAUTENSCHLAGER FELIX, Current Problems Regarding the Interpretation of Statements and Party Conduct under the CISG - The Reasonable Third Person, Language Problems and Standard Terms and Conditions, in: 11 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 2/2007, S. 259-290.
- MAGNUS ULRICH, Art. 4, 8 und 14 CISG, in: Magnus Ulrich/Martinek Michael (Redaktor), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

- und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013 (zit. MAGNUS, BGB-Kommentar).
- MAGNUS ULRICH, Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG, in: Andersen Camilla B./Schroeter Ulrich G. (Hrsg.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, London 2008, S. 303-325 (zit. MAGNUS, Standard Terms).
- MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung – unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), in: ZStP Nr. 248/2012, S. 156-183.
- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel. Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Basel 2011.
- PFEIFFER THOMAS, in: Wolf Manfred/Lindacher Walter F./Pfeiffer Thomas (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 5. Aufl., München 2009.
- PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, in: BR/DC 2012, S. 140-145.
- PILTZ BURGHARD, Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, 2. Aufl., München 2008.
- RUSCH ARNOLD F., Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, in: SZW 2012, S. 439-444.
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHROETER ULRICH G., Art. 14 CISG, in: Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –, 5. Aufl., München/Basel 2008.
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148/2012, S. 1-21.
- SCHMIDT-KESSEL MARTIN, Art. 8 CISG, in: Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –, 5. Aufl., München/Basel 2008.

- SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle. Insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, in: Der Schweizer Treuhänder 2012, S. 78-82.
- SCHULTHEISS JÖRG, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht. Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA, Frankfurt am Main 2004.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- SCHWENZER INGEBORG/HACHEM PASCAL, Art. 2 und 4 CISG, in: Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3. Aufl., Oxford 2010.
- SCHWENZER INGEBORG/MOHS FLORIAN, Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World, in: IHR 2006, S. 239-246.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 2011, S. 184-188 (zit. STÖCKLI, Offene Inhaltskontrolle).
- STÖCKLI HUBERT, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d’une chance?, in: HAVE 2012, S. 199-205 (zit. STÖCKLI, Aufbruch).
- TEKLOTE STEPHAN, Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz. Probleme bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im CISG und im EKG/EAG, Baden-Baden 1994.
- VENTSCH VERENA/KLUTH PETER, UN-Kaufrecht: Keine Einbeziehung von AGB durch Abrufmöglichkeit im Internet, in: IHR 2003, S. 224-225.
- WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht. Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl., Zürich u.a. 2010.
- WITZ WOLFGANG, Vorbem. Art. 14 – 24 und Art. 19 CISG, in: Witz Wolfgang u.a., International Einheitliches Kaufrecht. Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, Heidelberg 2000.

Materialienverzeichnis

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983, Bd. II, S. 1009-1101.

Abrufbar unter: <<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049038>>.

BOTSCHAFT zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, S. 6151-6192.

Abrufbar unter: <<http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2009/6151.pdf>>.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 24. Februar 2009.

Abrufbar unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01345/index.html?lang=de>>.

EIDGENÖSSISCHES VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2005.

Abrufbar unter: <<http://www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=de>>.

ERLÄUTERNDER BERICHT zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 6. Juni 2008.

Abrufbar unter: <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>>.

PROJEKT zur Revision des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Teilrevision des KIG), Begleitbericht vom 14. Juli 2005.

Abrufbar unter: <<http://www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=de>>.

STÄNDERAT, Frühjahrssession 2011, Vierzehnte Sitzung, Beratung vom 17. März 2011 über Änderungen am Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4817/350673/d_s_4817_350673_350685.htm?DisplayTextOid=350686>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Vienna, 10. March – 11. April 1980, in: Official Records, Document and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Main Committees, New York 1981.

Abrufbar unter: <www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/summaries/art3-22.html>.

WORKING GROUP ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Report on the work of its ninth session (Geneva, 19. – 30. September 1977), in: Uncitral Yearbook 1978, A/CN.9/142.

Abrufbar unter: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/doc-A14.html>>.

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
a.M.	anderer Meinung
aArt.	alter Artikel
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft / Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BR	Bundesrat
BR/DC	Baurecht/Droit de la Construction
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
DC	district court
Diss. jur.	juristische Dissertation
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheid des Europäischen Gerichtshofs
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HAVE	Haftung und Versicherung

HG	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
HTML	hypertext markup language
i.d.R.	in der Regel
IHR	Internationales Handelsrecht
IPR	internationales Privatrecht
KG	Kantonsgericht
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
LG	Landgericht
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
Nr.	Nummer
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PDF	portable document format
rB	Rechtbank
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
StR	Ständerat
SZW	schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	und andere / unter anderem
URL	uniform resource locator (Internetadresse)
US	United States
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
zit.	zitiert
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

Einleitung

Ein moderner Geschäftsverkehr ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist unvorstellbar. Sei es beim Eröffnen eines Bankkontos, beim Kauf eines Reisetickets oder bei der Online-Bestellung von Literatur – Anbieter von Waren und Dienstleistungen wickeln ihre Geschäfte unter dem Einbezug von AGB ab. Die AGB können einem Vertrag beigelegt oder online abrufbar sein, sie erscheinen als Anhänge von Emails oder als *pop-up* Fenster am Bildschirm. Im täglichen Leben erscheinen AGB oftmals als Nebensächlichkeit. Enden Rechtsbeziehungen aber in Streitigkeiten, so spielen sie in vielen Fällen eine zentrale Rolle.

Diese Arbeit handelt von der Kontrolle solcher AGB. Fraglich ist, warum es überhaupt einer Kontrolle bedarf, denn schliesslich gilt die Vertragsfreiheit als eines der elementaren Prinzipien unserer Rechtsordnung. Rechtssubjekte sollen ihre Geschäfte nach eigenem Dafürhalten gestalten und abwickeln können. Dabei sollen sie vom Staat weder kontrolliert, noch eingeschränkt oder bevormundet werden. Trotz dieser wegweisenden Freiheitsgedanken ist die AGB-Kontrolle im Wesentlichen aus folgenden Gründen erforderlich: Einerseits sind sich die Marktteilnehmer oftmals nicht bewusst, dass sie bei einem Vertragsschluss den AGB der gegenüberliegenden Partei zustimmen. Denn beim geschickten und kaum wahrnehmbaren Verweisen auf AGB ist die Kreativität der Verwender¹ bisweilen grenzenlos. Später blühen den Kunden unter Umständen böse Überraschungen. Und andererseits ist in einem von Freiheit geprägten System dann Vorsicht geboten, wenn sich die Parteien darin nicht auf Augenhöhe begegnen. Im modernen Geschäftsverkehr sehen sich Kunden häufig grossen Unternehmen gegenübergestellt, welche auf den einzelnen Vertragsabschluss nicht angewiesen sind und deshalb eine gewisse „Diktatmacht“ innehaben. Zudem ähneln sich die AGB innerhalb einer Branche oftmals sehr. Wo ein marktwirtschaftlicher Wettbewerb unter den Geschäftsbedingungen herrschen sollte, regieren vielerorts faktische AGB-Kartelle.

In solchen Fällen wird sich der Kunde die Bedingungen des AGB-Verwenders regelrecht aufzwingen lassen müssen. Dies gilt typischerweise für Konsumentenverträge, wo Indi-

¹ Die AGB-stellende Partei wird in der Folge jeweils als „Verwender“ bezeichnet, die andere Partei jeweils als „Kunde“.

viduen strukturierten Organisationen mit mehr Geschäftserfahrung und juristischen Ressourcen gegenüberstehen. Ungleiche Kräfteverhältnisse gibt es aber ebenso im kaufmännischen Verkehr, z.B. wenn KMU mit Grosskonzernen Geschäfte abwickeln. Mangels Verhandlungsmöglichkeiten kann unter diesen Umständen von einem freien Aushandeln der Konditionen nicht mehr die Rede sein. Die Rechtsordnung hat deshalb unfaires Verhalten der verhandlungsstärkeren Parteien zu unterbinden.

Im Zeitalter der Globalisierung werden Verträge nicht nur landesintern, sondern auch grenzüberschreitend mittels weniger Klicks in Sekundenschnelle abgeschlossen. Bei solchen Verträgen trifft man rasch auf fremde Rechtsordnungen oder unbekannte Bräuche. Um Geschäfte in der gewohnten Weise durchführen zu können, sind AGB in der Praxis gerade hier besonders wichtig. Sinngemäss braucht es eine AGB-Kontrolle auch im internationalen Kontext. Der Fokus dieser Arbeit liegt deshalb neben dem internen schweizerischen Recht auch auf dem CISG², welches für das Abwickeln grenzüberschreitender Kaufverträge eine zentrale Rolle spielt³.

Übersicht und Eingrenzung

Die Erläuterungen und Überlegungen dieser Arbeit richten sich nach folgender Leitfrage: *Inwiefern lassen sich AGB nach geltendem schweizerischem Recht und nach den Bestimmungen des CISG einer Kontrolle unterziehen?* Um diese Frage zu beantworten, sollen die Instrumente der AGB-Kontrolle jeweils unter Betrachtung des schweizerischen Rechts sowie des CISG dargestellt und miteinander verglichen werden. Zu strittigen Punkten werden die in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Lösungen sowie die persönlichen Ansichten des Autors dargestellt. Nach der Lektüre dieser Arbeit sollen dem Leser die verschiedenen Prüfschritte sowie wichtige Unterschiede und Problemfelder dieser beiden AGB-Kontrollen bekannt sein.

² Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. März 1992. Als Bezeichnung wird in der Folge sowohl der Begriff „CISG“ wie auch „Übereinkommen“ verwendet.

³ Zum Zweck der Abgrenzung wird das CISG dem „internen schweizerischen Recht“ gegenübergestellt, auch wenn das CISG integraler Bestandteil des schweizerischen materiellen Rechts ist.

Im Hinblick dieser Zielsetzung wird in einem ersten Teil der Term „AGB“ definiert und seine verschiedenen Funktionen erläutert (**I. AGB – Begriffsbestimmung**). In einem zweiten Teil wird der Ablauf einer AGB-Kontrolle kurz schematisiert sowie die Anwendungsbereiche der AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht und nach dem CISG dargestellt (**II. Vorbemerkungen zur AGB-Kontrolle**). Die Teile drei bis sechs befassen sich mit der eigentlichen AGB-Kontrolle. Dabei wird für die Einbeziehungs- und die Auslegungskontrolle sowie für die Ungewöhnlichkeitsregel zunächst jeweils die Frage des anwendbaren Rechts gestellt und danach die geltende Rechtslage nach schweizerischem Recht und nach dem CISG erläutert. Jeder dieser Teile endet mit einer Würdigung, in welcher die Ergebnisse miteinander verglichen werden und der Autor zu den Hauptpunkten persönlich Stellung nimmt (**III. Einbeziehungskontrolle, IV. Auslegungskontrolle, V. Ungewöhnlichkeitsregel**). Der letzte Teil der Arbeit – die Ausführungen zur AGB-Inhaltskontrolle – hat einen anderen Aufbau. Hier wird nicht mehr verglichen, sondern der Fokus gilt ausschliesslich dem schweizerischen Recht. Aus aktuellem Anlass erfolgt dabei eine vertiefte Auseinandersetzung mit der im Jahre 2012 erfolgten Revision von Art. 8 UWG⁴. Die verschiedenen Tatbestandselemente dieser Bestimmung werden der Reihe nach erläutert. Dazu unterbreitet der Autor eigene Vorschläge für das Handhaben der Prüfung in der Praxis (**VI. Inhaltskontrolle**).

Gegenstand dieser Arbeit ist die allgemeine AGB-Kontrolle. Nicht detailliert eingegangen wird auf die verschiedenen Arten problematischer Klauseln, wie beispielsweise Gerichtsstands-, Rechtswahl- oder Haftungsausschlussklauseln. Insbesondere bei der Einbeziehungskontrolle werden nebst der eigentlichen Konsensfrage lediglich ausgewählte Themen behandelt (*battle of forms*, Sprachenproblem, *E-Commerce*), während andere Fragen, wie z.B. der Vertragsschluss mittels kaufmännischen Bestätigungsschreibens, ausgelassen werden. Das Augenmerk dieser Arbeit liegt auf dem Zivilrecht, AGB in öffentlich-rechtlichen Verträgen werden nicht thematisiert. Im Rahmen dieser Arbeit wird sodann ausschliesslich materielles Recht und kein Verfahrensrecht behandelt. Um zahlreiche Verweise auf bestehende Gepflogenheiten zu vermeiden, wird jeweils vom Fall ausgegangen, in dem die Parteien zum ersten Mal zusammen einen Vertrag abschliessen.

⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241).

In der Auseinandersetzung mit der AGB-Kontrolle wird, falls vorhanden, zunächst auf den jeweiligen Gesetzeswortlaut abgestellt. Im Bereich des schweizerischen Rechts wird dazu die schweizerische Rechtsprechung und Lehre berücksichtigt. Für Erläuterungen zum CISG wird vorwiegend auf die schweizerische und deutsche Literatur abgestellt. Um den internationalen Charakter dieser Arbeit wiederzugeben, liegt der Fokus bei der Rechtsprechung zum CISG hingegen bewusst auf ausländischen Urteilen.

I. AGB – Begriffsbestimmung

1. Definition

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsbedingungen, welche von einer Vertragspartei zum Zweck des Abschlusses einer Vielzahl von Verträgen vorformuliert werden⁵. Diese Definition enthält drei wesentliche Elemente: Erstens handelt es sich bei AGB um *Vertragsbedingungen* und somit um Willenserklärungen, welche Bestandteil eines Vertrags werden⁶. Keine Rolle spielt es, ob AGB dem eigentlichen Vertragswerk angeschlossen werden oder ob sie beispielsweise als „Kleingedrucktes“ auf einem separaten Formular zu finden sind⁷. Zweitens werden AGB im Hinblick auf den Abschluss einer *Vielzahl von Verträgen* erstellt. Kriterium ist dabei aber nicht die effektive mehrmalige Verwendung, sondern einzig die entsprechende Absicht⁸. Drittens handelt es sich bei AGB um *vorformulierte Klauseln*. Sie werden also nicht für spezifische Vertragsverhältnisse einzeln ausgehandelt, sondern zumeist *en bloc* in der vom Verwender präsentierten Form in den Vertrag übernommen⁹. Abgeänderte AGB-Klauseln gelten nicht mehr als vorformuliert. Das gleiche gilt auch für Klauseln, die Gegenstand von Verhandlungen waren (sofern das Kräfteverhältnis der Parteien eine Verhandlung zulässt) und

⁵ BERGER, Rz. 944; BOUVERAT, Rz. 34; BUSER-GORA, S. 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1118; KOLLER A., § 23 Rz. 1; PERRIG, S. 11 f.; SCHWENZER, Rz. 44.01.

⁶ BUSER-GORA, S. 5.

⁷ BERGER, Rz. 945.

⁸ PERRIG, S. 13, dessen Erläuterungen zum deutschen Recht auf das schweizerische Recht übertragbar sind.

⁹ BÜHRER, Rz. 7.

schliesslich unverändert übernommen wurden¹⁰. AGB sind somit das Gegenstück zu zwischen den Vertragsparteien ausgehandelten Individualabreden¹¹.

2. Funktion

Im täglichen Wirtschaftsleben besteht das Bedürfnis, Rechtsgeschäfte zügig und unkompliziert abzuschliessen. AGB sollen deshalb zeitaufwendige Parteiverhandlungen ersetzen sowie Rechtsgeschäfte vereinheitlichen und vereinfachen¹². Allgemein gesagt haben AGB somit eine Standardisierungsfunktion¹³. Im Rahmen dieser Standardisierung erfüllen sie verschiedene Zwecke: diejenigen der Rationalisierung, der Spezialisierung sowie der Interessendurchsetzung¹⁴.

Mit der *Rationalisierung* werden Vertragsabschluss und Vertragsabwicklung schematisiert. Auf diese Weise können die Vertragsparteien Zeit sparen, fehlerhafte Übermittlungen von Willenserklärungen werden vermieden und die klare Verteilung der Rechte und Pflichten soll künftigen Streit verhindern¹⁵.

Mittels der *Spezialisierung* werden spezifische Arten von Rechtsverhältnissen umfassend geregelt¹⁶. Nötig ist eine solche Regelung insbesondere dort, wo das dispositive Recht keine oder nur eine lückenhafte Regelung kennt¹⁷. Dies trifft einerseits auf gesetzlich nicht erfasste Vertragstypen (Innominatverträge) zu, wie dem Leasing- oder dem Factoringvertrag¹⁸. Andererseits betrifft es auch Gesetze, deren Aktualisierungen mit dem technischen Fortschritt nicht mithalten können¹⁹.

Für den AGB-Verwender steht jedoch regelmässig die *Interessendurchsetzung* bzw. die Risikoverlagerung im Vordergrund²⁰. Bei zahlreichen Rechtsgeschäften, insbesondere

¹⁰ HESS/RUCKSTUHL, S. 1193; KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 32 f.

¹¹ BOUVERAT, Rz. 34; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1126a; PERRIG, S. 19.

¹² PERRIG, S. 22; vgl. PFEIFFER, Rz. 1.

¹³ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 224.

¹⁴ BERGER, Rz. 947; BÜHRER, Rz. 1; BUSER-GORA, S. 9 f.; SCHWENZER, Rz. 44.02.

¹⁵ BAUDENBACHER, S. 22 f.

¹⁶ PERRIG, S. 22 f.

¹⁷ BAUDENBACHER, S. 23.

¹⁸ PFEIFFER, Rz. 2.

¹⁹ PERRIG, S. 23; vgl. BOUVERAT, Rz. 5.

²⁰ Vgl. BUSER-GORA, S. 9.

bei Konsumentenverträgen, ist die Verhandlungsstärke der Parteien ungleich verteilt²¹. Der Verwender kann seine Geschäftsbestimmungen ohne Zeitdruck juristisch abklären lassen und sie präzise an die eigenen Bedürfnisse anpassen. Falls dem Kunden überhaupt ein Verhandlungsspielraum zukommt, hat er zum genauen Studium der Klauseln häufig keine Zeit oder eine rechtliche Beratung für die oft alltäglichen Geschäfte lohnt sich nicht²². Diesen Umstand kann der Verwender zu seinem Vorteil nutzen. So kann er Haftungsrisiken (z.B. Umfang von Gewährleistungsrechten), Debitorenrisiken (z.B. Eigentumsvorbehalte oder die Festlegung von Anzahlungen) sowie Prozessrisiken (z.B. Gerichtsstandsklauseln oder Verrechnungsverbote) nach seinen Präferenzen festlegen bzw. verteilen²³. Die Funktion der Interessendurchsetzung ist ein wichtiger Grund, weshalb AGB einer rechtlichen Kontrolle unterstellt werden müssen.

II. Vorbemerkungen zur AGB-Kontrolle

1. Kontrolle im Vier-Stufen Modell

In der Schweiz fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur AGB-Kontrolle, wie sie beispielsweise in Deutschland, Spanien und Portugal existiert²⁴. Im schweizerischen Recht wurde die AGB-Kontrolle ersatzweise durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt. Beim Überprüfen von AGB sind drei Kontrollebenen zu unterscheiden. Bei der Konsenskontrolle wird überprüft, ob die AGB in den konkreten Einzelvertrag aufgenommen wurden. Mittels der Auslegungskontrolle wird der Sinn der aufgenommenen Klauseln ermittelt. Im Rahmen der Inhaltskontrolle wird schliesslich bestimmt, ob sich die frei gestalteten Geschäftsbedingungen im gesetzlich zugelassenen Rahmen bewegen²⁵.

Für den Anwendungsfall lassen sich die drei Ebenen jedoch nicht in dieser Reihenfolge durchprüfen. Auf der Ebene der Konsenskontrolle spielt insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel, wonach überraschende Klauseln in Anwendung des Vertrauensprinzips

²¹ Siehe oben S. 1 f.

²² PFEIFFER, Rz. 3.

²³ BAUDENBACHER, S. 24; BUSER-GORA, S. 9 f.; vgl. BERGER, Rz. 948.

²⁴ § 305 ff. deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (BGB); spanische *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* vom 13. April 1998; portugiesische *Decreto-Lei* Nr. 220/95 vom 31. Januar 1995; siehe dazu PFEIFFER, Rz. 71 und 78.

²⁵ BAUDENBACHER, S. 33; BUSER-GORA, S. 13 f.; SCHMID, S. 2 f.

nicht Bestandteil eines Vertrags werden²⁶, eine wichtige Rolle. Ob eine Klausel ungewöhnlich ist oder nicht, kann aber erst nach der Ermittlung deren wahren Inhalts, d.h. nach erfolgter Auslegung, beurteilt werden. Für die Überprüfung von AGB ergibt sich somit das folgende vierstufige Prüfschema: 1. Konsens- und Geltungskontrolle (1. Stufe: *Einbeziehungskontrolle*), in welcher geprüft wird, ob AGB vom Konsens der Parteien gedeckt sind. 2. *Auslegungskontrolle*, in welcher AGB nach den allgemeinen Interpretationsregeln des Vertragsrechts ausgelegt werden. 3. Konsens- und Geltungskontrolle (2. Stufe: *Ungewöhnlichkeitsregel*), wonach überraschende Klauseln vom Einbezug in den Vertrag ausgenommen sind, sofern der Kunde nicht ausdrücklich auf sie aufmerksam gemacht wurde. 4. *Inhaltskontrolle*, in welcher AGB auf ihre Zulässigkeit geprüft werden²⁷.

Auch im CISG sind AGB nicht ausdrücklich geregelt. Die AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des Übereinkommens wird, um einen direkten Vergleich zum schweizerischen Recht zu ermöglichen, analog der hiesigen Praxis im Rahmen des Vier-Stufen Modells untersucht.

2. Anwendungsbereich

Bei einem internationalen Sachverhalt stellt sich für jeden Prüfschritt jeweils die Frage, ob die Bestimmungen des CISG oder nationale Normen einschlägig sind. Vorab ist aber festzuhalten, dass sich nicht bei jedem internationalen Vertrag mit AGB kollisionsrechtliche Fragen stellen. Der Anwendungsbereich einer AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht oder nach dem CISG ist unterschiedlich, sodass sich nicht alle AGB nach beiden Rechtssystemen prüfen lassen.

Konsenskontrolle, Auslegungskontrolle und die Ungewöhnlichkeitsregel gemäss internem Recht haben einen umfassenden Anwendungsbereich, denn sie stützen sich auf allgemeine Regeln des schweizerischen Zivilrechts. Bei der Inhaltskontrolle muss hingegen differenziert werden. Allgemeine Zulässigkeitsbestimmungen wie diejenigen des OR²⁸

²⁶ SCHMID, S. 2; siehe unten S. 29 ff.

²⁷ Siehe KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 228 ff.

²⁸ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

sind zwar ebenfalls umfassend anwendbar. Anderes gilt jedoch für die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG. Dort werden lediglich Konsumentinnen und Konsumenten²⁹ geschützt. Keine Anwendung findet Art. 8 UWG somit im kaufmännischen Verkehr.

Im Gegensatz dazu ist der Anwendungsbereich des Übereinkommens gemäss Art. 1 Abs. 1 CISG auf grenzüberschreitende Kaufverträge über Waren limitiert. Ein Vertrag gilt als grenzüberschreitend, wenn die Parteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben. Dabei muss es sich entweder bei sämtlichen Niederlassungsstaaten um Vertragsstaaten des CISG handeln, oder aber das IPR der *lex fori* führt zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats³⁰. Indem das Übereinkommen gemäss Art. 2 lit. a CISG keine Anwendung auf den „Kauf von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt“ findet, werden Konsumentenverträge von seinem Anwendungsbereich ausgeschlossen³¹. Mit diesem Ausschluss soll die Einhaltung von nationalen Konsumentenschutznormen gewährleistet werden³². Das CISG regelt also ausschliesslich Verträge im Handelsverkehr, d.h. Verträge mit einem geschäftlichen oder beruflichen Zweck³³. Nach Art. 4 lit. a CISG sind zudem Fragen der Gültigkeit von Vertragsbestimmungen von seinem Anwendungsbereich ausgeschlossen. Das CISG limitiert sich somit auf die Regelung des Zustandekommens, der Auslegung sowie der Wirkung von Verträgen³⁴.

III. Einbeziehungskontrolle

1. Einführungsbeispiel

Die Einbeziehungsproblematik von AGB lässt sich gut anhand eines Falles illustrieren, der im Jahre 2001 dem BGH vorlag³⁵. Ein deutsches Geschäft verkaufte einem spanischen Unternehmen eine gebrauchte Wälzfräsmaschine. Im Kaufpreis inbegriffen war die Arbeitsleistung eines Monteurs für einen Arbeitstag, um die Maschine in Betrieb zu setzen. Im Kaufvertrag verwies der Verkäufer auf seine dem Vertrag nicht beigelegten

²⁹ Zum Begriff siehe unten S. 38 f.

³⁰ SCHULTHEISS, S. 7 f.; *lex fori* = geltendes Recht am Ort des angerufenen Gerichts.

³¹ FERRARI, Schwenger-Kommentar, Art. 2 Rz. 7.

³² BUSER-GORA, S. 28; SCHULTHEISS, S. 6.

³³ FERRARI, Schwenger-Kommentar, Art. 2 Rz. 9; SCHWENZER/HACHEM, Art. 2 Rz. 4; vgl. HENNEMANN, S. 61.

³⁴ BRUNNER, Art. 4 Rz. 1.

³⁵ BHG (Deutschland) Urteil VIII ZR 60/01 vom 31. Oktober 2001, in: IHR 1/2002, S. 14 ff.

Verkaufs- und Lieferbedingungen, nach welchen gebrauchte Maschinen „ohne jegliche Gewähr für anhaftende Mängel“ verkauft werden. Der mit der Installierung beauftragte Monteur konnte die Maschine jedoch auch nach zwei Einsätzen von vier bzw. sieben Arbeitstagen nicht in Gang bringen. Erst ein zusätzlich herbeigezogener Elektrospezialist konnte die Schwierigkeiten beheben. Der Käufer wollte sich in der Folge für die zusätzlichen Installationskosten schadlos halten. Der Verkäufer verwies jedoch auf seine AGB und lehnte jegliche Mängelgewährleistung ab. Es lag nun am Gericht zu beurteilen, ob die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurden oder nicht³⁶.

2. Anwendbares Recht

Sofern nebst dem internen Recht gleichzeitig das CISG anwendbar ist, fragt sich, nach welchen Bestimmungen die Einbeziehung der AGB zu beurteilen ist. Rechtsprechung und Lehre sind sich fast ausnahmslos einig, dass sich die Einbeziehung von AGB in diesem Fall ausschliesslich nach den Bestimmungen des CISG richtet³⁷. In der Rechtsprechung finden sich aber einige Urteile, welche die Frage der Einbeziehung nach nationalem Recht beurteilen. Dabei folgt ein Teil dieser Urteile dem Verweis von Art. 7 Abs. 2 CISG in das anwendbare nationale Recht mit der Begründung, dass das Übereinkommen Fragen zu AGB nicht ausdrücklich regle³⁸. In anderen Urteilen jedoch fehlt eine Begründung gänzlich, weshalb anzunehmen ist, dass die Anwendbarkeit des CISG für die Einbeziehung von AGB gar nicht geprüft wurde³⁹. Richtigerweise gehen international vereinheitlichte Vorschriften dem internen Recht schon nach dem allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ vor⁴⁰. Zum gleichen Resultat führt eine Anwendung des schweizerischen IPR. Gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG⁴¹ sind völkerrechtliche Kollisi-

³⁶ Der BGH kam zum Schluss, dass die AGB nicht Vertragsbestandteil waren und wies die Sache zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

³⁷ OLG Düsseldorf (Deutschland) Urteil I-15 U 18/10 vom 23. März 2011 E. 2.1.a, ciscg-online 2218; LG Neubrandenburg (Deutschland) Urteil 10 O 74/04 vom 3. August 2005 E. II.2.b.bb.3, ciscg-online 1190; OGH (Österreich) Urteil 10 Ob 518/95 vom 6. Februar 1996 S. 6, ciscg-online 224; FERRARI, Schwenzer-Kommentar, Art. 4 Rz. 21; LAUTENSCHLAGER, S. 275; MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 4 Rz. 25; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 33; SCHULTHEISS, S. 12; SCHWENZER/HACHEM, Art. 4 Rz. 12; WITZ, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 10.

³⁸ Rb Arnhem (Holland) Urteil 107309 /HA ZA 03-2099 vom 17. März 2004 E. 6, ciscg-online 946.

³⁹ OLG Celle (Deutschland) Urteil 3 U 246/97 vom 2. September 1998 E. 1.a, ciscg-online 506; LG Duisburg (Deutschland) Urteil 45 (19) O 80/94 vom 17. April 1996 E. II.1, ciscg-online 186; LG München (Deutschland) Urteil 21 O 23363/94 vom 29. Mai 1995 E. I.3.a, ciscg-online 235.

⁴⁰ Vgl. Art. 26 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111), für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990.

⁴¹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291).

onsnormen gegenüber nationalen Bestimmungen vorbehalten. Somit ist das CISG immer dann einschlägig, wenn es sich selber für einen Sachverhalt als anwendbar erklärt. Nach Art. 4 CISG regelt das Übereinkommen ausdrücklich den Abschluss von Kaufverträgen. Die Einbeziehung von AGB ist ein Problem des Vertragsschlusses⁴². Im Ergebnis gilt somit, dass sich die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag ausschliesslich nach den Bestimmungen des CISG richtet.

3. Einbeziehung

a) Schweizerisches Recht

Der Abschluss eines Vertrags setzt im schweizerischen Recht eine übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung nach Art. 1 Abs. 1 OR voraus. Ob eine solche Willenserklärung vorliegt, bestimmt sich nach dem Vertrauensprinzip⁴³. Auch wenn AGB bisweilen einen gesetzesähnlichen Charakter aufweisen, beurteilt sich deren Einbeziehung in einen Vertrag ebenfalls nach diesen Regeln⁴⁴. Damit die AGB wirksam in einen Vertrag aufgenommen werden, muss der Verweis auf dieselben vor Vertragsschluss erfolgen⁴⁵. Nach Art. 1 Abs. 2 OR kann eine Willensäusserung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, was grundsätzlich auch für die Übernahme von AGB zu gelten hat⁴⁶.

SCHWENZER und ein überwiegender Teil der Lehre verlangen jedoch, dass AGB nur übernommen werden, wenn der AGB-Verwender den Kunden speziell auf die AGB hinweist⁴⁷. Dabei muss der Kunde spätestens im Augenblick des Vertragsschlusses die Gelegenheit erhalten, die AGB effektiv und in Ruhe zur Kenntnis zu nehmen⁴⁸. An die Form oder die Art des Hinweises sind keine besonderen Erfordernisse gestellt. Keine Rolle spielt zudem, ob von den AGB tatsächlich Kenntnis genommen wird. Relevant ist einzig die *Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme*⁴⁹. Besteht diese Möglichkeit erst nach Zeitpunkt des Vertragsschlusses, so handelt es sich um „nachgeschobene AGB“, welche nicht Vertragsbestandteil werden. So verhält es sich z.B., wenn AGB erst mit Zusendung

⁴² BUSER-GORA, S. 46; HENNEMANN, S. 66 und 69 f.; TEKLOTE, S. 110.

⁴³ BERGER, Rz. 952; PERRIG, S. 32 f.

⁴⁴ KOLLER A., § 23 Rz. 13; PERRIG, S. 20; SCHWENZER, Rz. 45.01.

⁴⁵ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 228; vgl. BÜHRER, Rz. 13.

⁴⁶ BGE 77 II 154 E. 4 S. 155 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1130.

⁴⁷ SCHWENZER, Rz. 45.03; siehe weiter die Quellen in Fn. 48.

⁴⁸ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 228; PERRIG, S. 37 f., der eine ausdrückliche „Zugänglichkeitsregel“ fordert.

⁴⁹ BERGER, Rz. 951; BOUVERAT, Rz. 41.

der Rechnung, des Lieferscheins oder einer Gebrauchsanweisung zugänglich gemacht werden⁵⁰.

Die Voraussetzung der zumutbaren Kenntnisnahme gilt ausdrücklich für das deutsche Recht gemäss § 305 Abs. 2 BGB. Das schweizerische Recht kennt eine ähnliche Voraussetzung explizit aber nur für den Pauschalreisevertrag gemäss Art. 4 Pauschalreisegesetz⁵¹, den Versicherungsvertrag gemäss Art. 3 VVG⁵² sowie den Konsumkreditvertrag nach Art. 9 KKG⁵³. Aus diesem Grund lehnt ein kleinerer Teil der Lehre mit A. KOLLER die zumutbare Kenntnisnahme als generelle Voraussetzung für das Einbeziehen von AGB ab⁵⁴.

Unterschieden wird ferner zwischen Voll- und Globalakzept von AGB. Bei einem Vollakzept hat der Kunde die AGB detailliert geprüft und erklärt sich in umfassender Kenntnis über den Inhalt der Klauseln mit ihnen einverstanden⁵⁵. Bei einem Globalakzept hingegen willigt der Kunde in die AGB ein, ohne sie zu lesen oder ohne ihre Tragweite zu verstehen⁵⁶. Die Unterscheidung ist für die AGB-Kontrolle zentral, weil sich die Fragen des genügenden Hinweises und der zumutbaren Kenntnisnahme bei Vollakzepten erübrigen⁵⁷. Nur im Rahmen eines Globalakzepts von AGB muss der Kunde zusätzlich geschützt werden⁵⁸. Im Zweifelsfall muss der Verwender stets von einem Globalakzept des Kunden ausgehen. Für das Vorliegen einer Vollübernahme trägt der Verwender somit die Beweislast⁵⁹.

b) CISG

Das CISG enthält keine besonderen Bestimmungen zur Einbeziehung von AGB. In den Vorbereitungsarbeiten zum Übereinkommen wurde eine spezifische Regelung diskutiert. Die Arbeitsgruppe hat eine zusätzliche Bestimmung aber mit der Begründung ab-

⁵⁰ BÜHRER, Rz. 35 f.; PERRIG, S. 55 f.

⁵¹ Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3).

⁵² Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

⁵³ Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1).

⁵⁴ KOLLER A., § 23 Rz. 28.

⁵⁵ BÜHRER, Rz. 14.

⁵⁶ BGE 108 II 416 E. 1.b S. 418, BGer Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1.

⁵⁷ PERRIG, S. 33.

⁵⁸ Vgl. BOUVERAT, Rz. 44.

⁵⁹ BÜHRER, Rz. 15; PERRIG, S. 35.

gelehnt, dass die allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss für die Beurteilung von AGB ausreichend seien⁶⁰. Die Einbeziehung von AGB richtet sich deshalb nach den Bestimmungen zum Abschluss des Vertrags von Art. 14 ff. CISG, unter Einschluss der allgemeinen Auslegungsregeln von Art. 8 CISG⁶¹. Demnach müssen die AGB Bestandteil des Angebots sein und vom Vertragspartner angenommen werden, damit sie wirksam in den Vertrag einbezogen werden.

AGB sind Teil des Angebots, wenn der Kunde „diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte“ (Art. 8 Abs. 1 CISG), oder wenn „eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie [der Kunde] unter den gleichen Umständen“ das Angebot entsprechend verstanden hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG). In den meisten Fällen wird der Einbeziehungswille des AGB-Verwenders durch einen entsprechenden Hinweis im Vertrag ausgedrückt. Das Akzept ergibt sich gleichermassen aus den Bestimmungen zur Annahme von Art. 18 ff. CISG und den Auslegungsregeln von Art. 8 CISG. Nicht möglich ist gemäss Art. 18 Abs. 1 CISG eine Annahme alleine durch Schweigen oder Untätigkeit⁶². Eine konkludente Annahme ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte für den Einbeziehungswillen des Kunden bestehen⁶³.

Streitig ist, ob im Anwendungsbereich des CISG lediglich eine zumutbare Kenntnisnahme der AGB durch den Kunden vorausgesetzt wird, oder ob den Verwender die höhere Anforderung der *Kenntnisverschaffungspflicht* trifft. Der BGH entschied 2001 im sog. „Maschinen-Fall“, dass AGB nur dann wirksam in einen Vertrag einbezogen werden, wenn der Verwender „dem Erklärungsgegner deren Text übersendet oder anderweitig

⁶⁰ WORKING GROUP ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Report on the work of its ninth session (Geneva, 19. – 30. September 1977), in: *Uncitral Yearbook* 1978, A/CN.9/, Rz. 276-278.

⁶¹ Tribunale di Rovereto (Italien) Urteil 914/06 vom 21. November 2007, *cisg-online* 1590; Gerechtshof 's-Hertogenbosch (Holland) Urteil C051069/HE vom 29. Mai 2007 E. 4.3.2 ff., *cisg-online* 1550; US District Court Minnesota (USA) Urteil Civ. 04-4386 ADM/AJB vom 31. Januar 2007 E. 2, *cisg-online* 1435; OGH (Österreich) Urteil 7 Ob 275/03x vom 17. Dezember 2003 S. 8, *cisg-online* 828; KG Zug Urteil A3 02 93 vom 11. Dezember 2003 E. 2.1.1, *cisg-online* 958; BGH (Deutschland) Urteil VIII ZR 60/01 vom 31. Oktober 2001 E. III.1 und III.2, *cisg-online* 617; BUSER-GORA, S. 46 f.; DORNIS, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 6; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 236; MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 14 Rz. 40 f.; PILTZ, Rz. 3-80; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 33; vgl. SCHWENZER/HACHEM, Art. 4 Rz. 12.

⁶² Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 38; TEKLOTE, S. 112; WITZ, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 14.

⁶³ HENNEMANN, S. 70 f.

zugänglich macht“⁶⁴. Gemäss der Auffassung von MAGNUS und einem grossen Teil der Lehre entschied sich das Gericht damit für eine Kenntnisverschaffungspflicht zulasten des AGB-Verwenders.⁶⁵ Lässt der Verwender die AGB dem Kunden nicht bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zukommen, kommt der Vertrag somit ohne Einbezug der AGB zustande. Die Kenntnisverschaffung kann mittels persönlicher Überreichung, aber auch per Postsendung, Fax oder durch andere elektronische Kommunikationsmittel erfolgen⁶⁶. SCHMIDT-KESSEL sowie einer kleineren Zahl von Urteilen und Autoren ist jedoch zu entnehmen, dass eine solche Kenntnisverschaffungspflicht nicht bestehe⁶⁷. Gemäss dieser Ansicht ist ein Kunde bei ausdrücklicher Einbeziehungserklärung des Verwenders bereits hinreichend gewarnt und bedarf keines zusätzlichen Schutzes⁶⁸.

Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass der Vertragsschluss bzw. die Abgabe der Annahmeerklärung der massgebliche Zeitpunkt für die Einbeziehung der AGB ist⁶⁹. Später vorgebrachte AGB gelten nicht als Vertragsbestandteil, sondern als Antrag zu einer Vertragsänderung. Sodann ist es auch bei Annahme der Kenntnisverschaffungspflicht des Verwenders unerheblich, ob der Kunde von den AGB tatsächlich Kenntnis nimmt. Auch im Anwendungsbereich des CISG ist somit eine Globalübernahme von AGB möglich⁷⁰.

c) Würdigung

Auch wenn aus den allgemeinen Bestimmungen des OR nicht ersichtlich, ist der von der herrschenden Lehre geforderte Hinweis auf die AGB sowie die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme im schweizerischen Recht gerechtfertigt. Eine solche Pflicht lässt

⁶⁴ BGH (Deutschland) Urteil VIII ZR 60/01 vom 31. Oktober 2001 E. III.2, *cisg-online* 617; vgl. OLG Celle (Deutschland) Urteil 13 W 48/09 vom 24. Juli 2009 E. II.1.b.aa.1, *cisg-online* 1906; LG Landshut (Deutschland) Urteil 43 O 1748/07 vom 12. Juni 2008 E. 1.3.a.aa, *cisg-online* 1703.

⁶⁵ MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 14 Rz. 41; so auch HENNEMANN, S. 72 ff.; PILTZ, Rz. 3-83 f.; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 40; SCHULTHEISS, S. 14; TEKLOTE, S. 113 f.; vgl. BRUNNER, Art. 4 Rz 41; WITZ, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 12.

⁶⁶ BUSER-GORA, S. 49 f.

⁶⁷ SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 53; so auch LG Coburg (Deutschland) Urteil 22 O 38/06 vom 12. Dezember 2006 E. II.2.a, *cisg-online* 1447; LG Heilbronn (Deutschland) Urteil 3 KfH 653/93 vom 15. September 1997 E. 4, *cisg-online* 562; vgl. Tribunal Commercial de Nivelles (Belgien) Urteil R.G. 1707/93 vom 19. September 1995 E. 1, *cisg-online* 366.

⁶⁸ TEKLOTE, S. 112, die Kenntnisverschaffungspflicht schliesslich aber bejahend.

⁶⁹ LG Neubrandenburg (Deutschland) Urteil 10 O 74/04 vom 3. August 2005 E. II.2.b.bb.4, *cisg-online* 1190; BUSER-GORA, S. 48; DORNIS, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 9; MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 14 Rz. 42; PILTZ, Rz. 3-87; ausführlich SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 59.

⁷⁰ Vgl. BRUNNER, Art. 4 Rz. 42; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 238; PILTZ, Rz. 3-88.

sich nämlich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben von Art. 2 Abs. 1 ZGB⁷¹ ableiten. Der AGB-Verwender ist regelmässig die verhandlungsstärkere und geschäftserfahrenere Partei. Deshalb werden die Klauseln in der Regel auch eher entsprechend seinen Interessen formuliert sein. Gleichzeitig wird der Verwender gemäss Erfahrung wissen, dass sich viele Kunden den AGB beim Vertragsschluss nicht bewusst sind. Aus diesem Grund muss vom Verwender zumindest ein (mündlicher oder schriftlicher) ausdrücklicher Hinweis verlangt werden. Für die Fälle, in denen ein Kunde die AGB vor Vertragsschluss studieren möchte, müssen diese in gut lesbarer Form und ohne Zeitdruck einsehbar sein.

Einer der wesentlichsten Unterschiede zwischen der AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht und nach dem CISG besteht bei den Anforderungen der Kenntnisverschaffung durch den Verwender. Auch wenn der Verwender im internen Recht gemäss herrschender Lehre eine zumutbare Kenntnisnahme der AGB ermöglichen muss, obliegt es dem Kunden, sich diese effektiv zu beschaffen. Im Gegensatz dazu ist im Anwendungsbereich des CISG der Verwender dafür verantwortlich, dass die AGB dem Kunden tatsächlich zugestellt werden. Die Regeln gemäss CISG sind hier also strenger als diejenigen im schweizerischen Recht. Dasselbe gilt beispielsweise auch im Vergleich zwischen dem CISG und deutschem Recht⁷². Dieser unterschiedliche Massstab ist gerechtfertigt. In nationalen Rechtsverhältnissen sind die Gepflogenheiten innerhalb einer Branche vor allem im kaufmännischen Verkehr oft ähnlich und hinreichend bekannt. Bei Bedarf wird es für den Kunden nicht allzu schwierig sein, sich die AGB auf eigene Faust zu beschaffen. Im internationalen Warenverkehr hingegen sind die gewöhnlichen Rahmenbedingungen auch branchenintern vielfältig oder gar unberechenbar. Der effektiven Kenntnisnahme der AGB kommt hier deshalb erhöhte Bedeutung zu. Ein eigenständiges Ausfindigmachen der AGB wird insbesondere dann schwierig, wenn der Kunde diese über eine in unbekannter Sprache verfassten Webseite suchen muss. Während eine Kenntnisverschaffungspflicht der AGB für den Verwender im internen Handel eine zusätzliche Hürde darstellen würde, vereinfacht und beschleunigt sie im internationalen Warenhandel den Geschäftsablauf.

⁷¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

⁷² PILTZ, Rz. 3-89; VENTSCH/KLUTH, S. 224.

4. Battle of forms

a) Einführungsbeispiel

Zur Illustration des Problems der *battle of forms* bzw. der kollidierenden AGB kann folgender Sachverhalt dienen, den der BGH im Jahre 2001 zu beurteilen hatte⁷³. Ein deutscher Verkäufer hatte einer holländischen Käuferin 2'558 Tonnen Milchkpulver verkauft. Die daraus produzierte Milch wies jedoch einen ranzigen Geschmack auf und war deshalb unverkäuflich. Diesen Mangel machte die Käuferin gegenüber dem Verkäufer geltend. Streitig vor Gericht war der Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Beide Parteien hatten bei Vertragsschluss auf ihre AGB verwiesen. Die AGB des Verkäufers limitierten die Gewährleistungsansprüche auf die Rückabwicklung des Vertrags. Gemäss den AGB der Käuferin hingegen beurteilte sich der Umfang der Gewährleistung nach den Regeln des CISG, welches nebst der Rückabwicklung auch Schadenersatz für mangelhafte Ware vorsieht. Um zu einer Entscheidung zu kommen, musste das Gericht somit vorerst die Frage der kollidierenden AGB lösen⁷⁴.

b) Schweizerisches Recht

Für die hier besprochene *battle of forms* wird davon ausgegangen, dass die Parteien den Vertrag trotz divergierender AGB ausgeführt haben und sein Zustandekommen somit nicht in Frage gestellt werden muss. Zudem wird davon ausgegangen, dass keine Abwehrklauseln⁷⁵ gegen abweichende AGB der gegenüberliegenden Partei bestehen.

Die Problematik kollidierender AGB präsentiert sich nur bei Fällen, in denen beide Vertragsparteien auf ihre AGB verweisen und sich die jeweiligen Bestimmungen inhaltlich widersprechen. Natürliche Personen erstellen i.d.R. keine AGB für ihre Alltagsgeschäfte. Das Problem der *battle of forms* wird bei Konsumentenverträgen deshalb wohl selten auftreten. Dafür sind kollidierende AGB ein umso häufigeres Problem im kaufmännischen Verkehr⁷⁶. Diesbezüglich haben sich in der Lehre verschiedene Lösungsvorschläge entwickelt. In der Schweiz ist heute entsprechend der Ansicht von KRAMER das „Prinzip

⁷³ BGH (Deutschland) Urteil VIII ZR 304/00 vom 9. Januar 2002, *cisg-online* 651.

⁷⁴ Unter Bestätigung der „*knock-out-rule*“ (dazu siehe sogleich) und aufgrund einer Abwehrklausel in den AGB der Käuferin beurteilte der BGH die Gewährleistungsansprüche nach dem CISG.

⁷⁵ Dazu weiterführend BÜHRER, Rz. 103 ff.

⁷⁶ BÜHRER, Rz. 48.

der Kongruenzgeltung“ („*knock-out-rule*“) vorherrschend⁷⁷. Diese folgt im Falle widersprechender AGB den allgemeinen Konsensregeln des OR. Demnach kommt ein Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR zustande, wenn sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben. Gemäss Art. 2 OR hindert ein Dissens in Nebenpunkten den Vertragsschluss nicht. Konflikte in Nebenpunkten müssen mittels richterlicher Lückenfüllung gelöst werden. Da die wesentlichen Vertragspunkte i.d.R. per Individualabrede geregelt werden, hindern sich widersprechende AGB das Zustandekommen des Vertrags nicht. Die AGB beider Parteien gelten in denjenigen Bereichen, in denen sie miteinander übereinstimmen. Für die restlichen Bereiche stellt der Richter die anwendbaren Regeln auf⁷⁸. Diese Lösung der *battle of forms*-Problematik entspricht auch derjenigen des deutschen, französischen, österreichischen und amerikanischen Rechts⁷⁹.

Dem gegenübergestellt vertreten einige ältere Gerichtsurteile sowie eine Minderheit von Autoren mit DESSEMONTET die „Theorie vom letzten Wort“ („*last-shot-rule*“) ⁸⁰. Nach dieser Regel kommen jeweils die AGB derjenigen Partei zur Anwendung, welche sie der anderen Partei zuletzt übersandte⁸¹. Die Vertreter argumentieren, die Leistung bzw. Leistungsabnahme der Parteien seien als konkludente Willensäusserungen zu werten, wonach die letztgenannten AGB als Vertragsbestandteil akzeptiert wurden⁸².

c) CISG

Im Anwendungsbereich des CISG werden in Lehre und Rechtsprechung beide Theorien erwogen. Mit PILTZ argumentieren die Befürworter der *last-shot-rule* mit der Entstehungsgeschichte des CISG: Ein Vorschlag von Belgien zur ausdrücklichen Aufnahme der *knock-out-rule* in das Übereinkommen wurde abgelehnt. Es wurde nämlich davon ausgegangen, dass der heutige Art. 19 CISG diese Thematik bereits erfasst⁸³. Auch die

⁷⁷ KRAMER, S. 495; so auch KOLLER A., § 23 Rz. 63; SCHWENZER, Rz. 45.15; vgl. BAUDENBACHER, S. 38 f.

⁷⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1136.

⁷⁹ SCHULTHEISS, S. 147 ff.

⁸⁰ DESSEMONTET FRANÇOIS, Art. 1 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand. Code des obligations I. Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait. Commentaire, Basel 2003, Rz. 48; so auch HG St. Gallen Urteil vom 11. Oktober 1976, in: GVP 1977, Nr. 13; JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Art. 18 OR, in: Schönenberger Wilhelm/Gauch Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1b, 3. Aufl., Zürich 1980, Rz. 469; für den Begriff „*last-shot-rule*“ siehe z.B. KRAMER, S. 495.

⁸¹ SCHWENZER, Rz. 45.15.

⁸² BÜHRER, Rz. 101, der sich dieser Meinung aber nicht anschliesst.

⁸³ PILTZ, Rz. 3-108 f.; UNITED NATIONS CONFERENCE ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Vienna, 10. March – 11. April 1980, in: Official Records, Document and Summary Records of the Plenary

Rechtsprechung hat teilweise festgehalten, dass Art. 19 CISG die Frage der kollidierenden AGB abschliessend beantwortet und somit die *last-shot-rule* zur Anwendung kommt⁸⁴. Die Art. 18 ff. CISG regeln die Annahme auf ein Angebot. Nach Art. 19 Abs. 1 CISG stellt jeder neuerliche Verweis auf die eigenen AGB ein Gegenangebot dar. Das Gegenangebot wird von der anderen Partei dann angenommen, wenn sie nicht mehr auf die eigenen AGB verweist, sondern – in der Praxis meist konkludent durch Erbringung der Leistung – dem Vertrag zustimmt. Im Ergebnis kommen also die AGB derjenigen Partei zur Anwendung, welche zuletzt darauf verweisen hat⁸⁵.

Verschiedene Stimmen aus Lehre und Rechtsprechung vertreten mit BRUNNER jedoch auch im Anwendungsbereich des CISG die Anwendung der *knock-out-rule*⁸⁶. Für diese Regelung spreche zunächst, dass sich auch andere internationale Normen für die *knock-out-rule* entschieden hätten und diese somit eher dem Geist der Zeit entsprächen⁸⁷. Die Regel wird beispielsweise ausdrücklich in Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles 2010⁸⁸ festgehalten. Das gleiche gilt für Art. 2:209 der Principles of European Contract Law 2002⁸⁹. Art. 19 CISG wird deshalb für die Lösung der kollidierenden AGB nicht herangezogen, weil er spezifisch für Individualabreden konzipiert worden sei und nicht für vorformulierte Bestimmungen⁹⁰. Die „*last-shot-rule*“ könne auch zu erheblichen Problemen in der Praxis führen. Würde sich die konsequente Anwendung dieser Regel im Geschäftsalltag durchsetzen, so verliere sich die Korrespondenz der Parteien in einem un-

Meetings and of the Main Committees, New York 1981, Änderungsantrag A/CONF.97/C. I/L.87; vgl. FERRARI, Kröll-Kommentar, Art 19 Rz. 15; SCHULTHEISS, S. 162 f.

⁸⁴ Tribunale di Rovereto (Italien) Urteil 914/06 vom 21. November 2007 S. 15, *cisg-online* 1590; OLG Köln (Deutschland) Urteil 16 W 25/06 vom 24. Mai 2006 E. 2, *cisg-online* 1232; OLG Linz (Österreich) Urteil 6 R 200/04f vom 23. März 2005 E. 2.4 f., *cisg-online* 1376; OLG Koblenz (Deutschland) Urteil 8 U 1909/01 vom 4. Oktober 2002, *cisg-online* 716.

⁸⁵ PILTZ, Rz. 3-108.

⁸⁶ BRUNNER, Art. 4 Rz. 44; so auch OLG Düsseldorf (Deutschland) Urteil I-17 U 22/03 vom 25. Juli 2003 E. B.II.3.a.aa.bbb, *cisg-online* 919; Cour de Cassation (Frankreich) Urteil 1309 P vom 16. Juli 1998, *cisg-online* 344; AG Kehl (Deutschland) Urteil 3 C 925/93 vom 6. Oktober 1995 E. II.2.a.aa, *cisg-online* 162; BUSER-GORA, S. 111; SCHULTHEISS, S. 170 f.; WITZ, Art. 19 Rz. 16; vgl. LAUTENSCHLAGER, S. 290.

⁸⁷ HUBER, S. 131.

⁸⁸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, abrufbar unter: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>>.

⁸⁹ EUROPÄISCHE UNION, The Principles of European Contract Law 2002, abrufbar unter: <<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>>.

⁹⁰ SCHULTHEISS, S. 162, der das Argument schliesslich aber nicht gelten lässt.

endlichen „Ping-Pong-Effekt“, bei dem jede Partei das letzte Wort haben wolle⁹¹. In vielen Fällen sei es aber auch reiner Zufall, wer der anderen Partei zuletzt ein Dokument mit Verweis auf die eigenen AGB zustelle. Eine Anwendung der „*last-shot-rule*“ sei deshalb realitätsfremd⁹².

Im internationalen Kontext limitiert sich die Debatte zur *battle of forms* nicht ausschliesslich auf die Gegenüberstellung zwischen der „*knock-out-rule*“ und der „*last-shot-rule*“. Gewisse Rechtsordnungen kennen abweichend dazu nämlich eine gesetzlich festgelegte „*first-shot-rule*“, wonach eine zweite Verweisung auf AGB unwirksam ist, wenn nicht gleichzeitig ausdrücklich die Ablehnung der erstgenannten AGB erklärt wird. Anwendbar werden somit gewöhnlich diejenigen AGB, auf welche zuerst verwiesen wurde. Eine solche Regelung kennen z.B. Holland und teilweise die USA⁹³. In der Lehre zum schweizerischen Recht und der deutschsprachigen Literatur zum CISG wird eine solche Lösung aber, soweit ersichtlich, nirgends vertreten.

d) Würdigung

Für das schweizerische Recht lässt sich aus dem Vertrauensprinzip einzig eine Anwendung der „*knock-out-rule*“ ableiten. Verweist eine Partei auf ihre AGB, muss eine vernünftige Drittperson auch verstehen, dass sich die Partei später auf diese AGB berufen will. Da sich die Vertragsparteien i.d.R. eine längere Korrespondenz zeitlich nicht leisten können, darf aus der Leistung oder Leistungsannahme kein konkludentes Akzept von AGB herausgelesen werden. Mit der Vertragsdurchführung zeigen die Parteien einzig ihren Willen, das Hauptgeschäft durchzuführen⁹⁴. Zudem ist es beiden Parteien gleichermassen vorzuwerfen, dass sie die Frage der anwendbaren AGB bei Vertragsschluss nicht hinreichend geklärt haben. Aus diesen Gründen darf der zuletzt erfolgte Verweis nicht relevant sein. Gerechtfertigt ist vielmehr die Anwendung der übereinstimmenden AGB-Klauseln mit gleichzeitiger Nichtbeachtung der kollidierenden Klauseln. Im Ergebnis hat im schweizerischen Recht somit die „*knock-out-rule*“ zu gelten.

⁹¹ HUBER, S. 130.

⁹² SCHULTHEISS, S. 167.

⁹³ KRAMER, S. 499 f.

⁹⁴ Gl.M. BÜHRER, Rz. 109 f.

Für die Frage der kollidierenden AGB im Anwendungsbereich des CISG kann diese Argumentation jedoch nicht übernommen werden. Im internationalen Kontext kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass ein erstmaliger Verweis auf AGB einer vernünftigen Gegenpartei zum Ausdruck bringt, dass diese AGB auch ohne weitere Hinweise Geltung erlangen sollen. Während im schweizerischen Recht der wirkliche Wille der Parteien dem Wortlaut des Vertrags vorgeht, kann anderswo ein formalistischer Ansatz üblich sein. Ein Verständnis, wonach sich ein Vertragsinhalt vorwiegend mittels grammatikalischer Auslegung bestimmt, ist ebenso „vernünftig“, wie eine Auslegung gemäss „wirklichem Willen“. Um Rechtssicherheit in der Anwendung des CISG zu schaffen, müssen dessen Bestimmungen deswegen strikt am Wortlaut ausgelegt werden. Das CISG kennt keine ausdrückliche Regelung für den Fall kollidierender AGB. Die Frage der Einbeziehung von Vertragsklauseln wird aber abschliessend vom Übereinkommen geregelt. Richtig ist somit die wortgetreue Anwendung der Regeln zu Angebot und Annahme, insbesondere von Art. 19 CISG. Eine Antwort mit Verweis auf die eigenen AGB ist eine Ablehnung des Angebots und stellt ein Gegenangebot dar. Wird der Vertrag ausgeführt, sind diejenigen AGB Vertragsbestandteil geworden, auf welche zuletzt verwiesen wurde. Die Parteien können diese Regel auf einfache Weise umgehen, indem sie beispielsweise neben dem CISG auch die UNIDROIT Principles als anwendbar erklären. Als speziellere Norm würde dort Art. 2.1.22 die *battle of forms* Problematik anhand der „*knock-out-rule*“ lösen.

5. Sprachenproblem

Im internationalen Rechtsverhältnis wird die Kommunikation der Vertragsparteien oft durch den Gebrauch unterschiedlicher Sprachen erschwert. Aber auch bei Schweizer Binnensachverhalten können aufgrund der verschiedenen Sprachregionen Verständnisprobleme auftauchen. Um die Kenntnisnahme der AGB durch die andere Vertragspartei zu ermöglichen, müssen somit auch hinsichtlich der Sprache bestimmte Anforderungen gestellt werden. Das Sprachenproblem erübrigt sich, wenn die Parteien die zu verwendende Sprache vertraglich verabredet haben oder wenn entsprechende Handelsbräuche bestehen⁹⁵.

⁹⁵ MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 8 Rz. 29; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 61; vgl. TEKLOTE, S. 118.

a) Schweizerisches Recht

Für Versicherungsanträge gibt es gemäss Bundesgericht „[k]eine gesetzliche Vorschrift [die] verlangt, dass in der Schweiz verwendete Formulare [...] in einer der schweizerischen Landessprachen abgefasst sein müssen“⁹⁶. Damit gilt für Formulare grundsätzlich das Prinzip der Sprachenfreiheit. Dieses Prinzip lässt sich auch auf AGB übertragen. Ein AGB-Verwender hat somit keine Pflicht, sich der Sprache des Kunden anzupassen⁹⁷. Dabei muss die Kenntnisnahme von AGB unter Beachtung des Vertrauensprinzips jedoch dann als unzumutbar gelten, wenn sie in einer am Abschlussort unüblichen und dem Vertragspartner nicht vertrauten Sprache verfasst sind⁹⁸. Als zumutbar gelten dabei mindestens die Verhandlungs- und die Vertragssprache⁹⁹.

b) CISG

Art. 8 Abs. 3 CISG sieht vor, dass auch die Verhandlungen für das Verständnis von Willenserklärungen zu berücksichtigen sind. Daraus lässt sich ableiten, dass AGB auch im Anwendungsbereich des CISG in der Verhandlungssprache verfasst sein dürfen¹⁰⁰. Sinnvollerweise hat Entsprechendes für die Vertragssprache zu gelten¹⁰¹. AGB dürfen aber auch in der jeweiligen Heimat- bzw. Landessprache des Kunden¹⁰² oder in einer sonstigen ihm hinreichend bekannten Sprache verfasst werden¹⁰³. In Lehre und Rechtsprechung wird bisweilen vertreten, dass das Verfassen von AGB in einer sog. „Weltsprache“ immer zulässig sein soll¹⁰⁴. Welche Sprache man als Weltsprache qualifiziert, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. Allgemein wird Englisch als Weltsprache anerkannt¹⁰⁵, vereinzelt aber auch Französisch¹⁰⁶ und Deutsch¹⁰⁷. Ein Teil der Lehre mit

⁹⁶ BGE 99 II 67 E. 2 S. 73.

⁹⁷ PERRIG, S. 249.

⁹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1140a.

⁹⁹ BUSER-GORA, S. 71 f.; PERRIG, S. 220.

¹⁰⁰ OGH (Österreich) Urteil 40b205/05h vom 29. November 2005 S. 1, [cisp-online 1227](#); BRUNNER, Art. 4 Rz. 41; HUBER, S. 128; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 62; WITZ, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 13.

¹⁰¹ OLG Linz (Österreich) Urteil 3 R 57/05f vom 8. August 2005 E. 3, [cisp-online 1087](#); LG Heilbronn (Deutschland) Urteil 3 KfH O 653/93 vom 15. September 1997 E. 4, [cisp-online 562](#); AG Kehl (Deutschland) Urteil 3 C 925/93 vom 6. Oktober 1995 E. II.2.a.bb, [cisp-online 162](#); BUSER-GORA, S. 77; DORNIS, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 14; MAGNUS, Standard Terms, S. 325; SCHWENZER/MOHS, S. 241; a.M. SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 63.

¹⁰² LG Memmingen (Deutschland) Urteil 2H O 382/99 vom 3. September 2000 E. C.I.2.b., [cisp-online 820](#); HENNEMANN, S. 76; HUBER, S. 128; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 64.

¹⁰³ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 237.

¹⁰⁴ OGH (Österreich) Urteil 70b275/03x vom 17. Dezember 2003 S. 9, [cisp-online 828](#); LG Göttingen (Deutschland) Urteil 3 O 198/96 vom 31. Juli 1997 E. 2, [cisp-online 564](#).

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf (Deutschland) Urteil I-23 U 70/03 vom 30. Januar 2004 E. B.III.1.b.bb.1, [cisp-online 821](#); HENNEMANN, S. 76; SCHWENZER/MOHS, S. 241, mit ausdrücklicher Limitierung auf Englisch.

SCHLECHTRIEM/SCHROETER will das Konzept der Weltsprachen aber nicht gelten lassen, insbesondere weil es an klaren Kriterien für eine Definition als Weltsprache fehlt¹⁰⁸. Gemäss dieser Meinung sind einzig die jeweiligen Umstände des Einzelfalls für die Frage der zumutbaren Sprachen der AGB massgebend¹⁰⁹.

c) Würdigung

Dem schweizerischen Recht und dem CISG ist gemeinsam, dass AGB in einer dem Kunden zumutbarerweise verständlichen Sprache verfasst sein müssen. Richtigerweise ist dies regelmässig für die Verhandlungs- und Vertragssprache der Fall. Für beide Rechtssysteme stellt sich aber gleichermassen die Frage, ob gewisse „Weltsprachen“ existieren, deren Verständnis allgemein vorausgesetzt werden kann. Für das Prinzip der Weltsprachen an sich spricht zunächst, dass dies den Geschäftsverkehr der AGB-Verwender erheblich vereinfacht. Ein Unternehmen bräuchte seine AGB in diesem Fall nämlich nur noch in einer einzigen Sprache zur Verfügung zu stellen, wodurch Zeit und Ressourcen für Übersetzungen gespart werden könnten. Dieses Argument reicht aber nicht aus, um das Prinzip der Weltsprachen zu rechtfertigen. Der Aufwand für die Übersetzungen wird nämlich nicht gänzlich gespart, sondern lediglich den Kunden überbunden. Zudem existiert keine Sprache, welche den Globus flächendeckend dominiert und deren sämtliche Marktteilnehmer mächtig sind. Da die am häufigsten gesprochenen Muttersprachen mittlerweile Mandarin und Spanisch sind, ist insbesondere eine alleinige Erhebung von Englisch zur Weltsprache nicht mehr gerechtfertigt¹¹⁰. Für AGB ist das Prinzip der Weltsprachen somit abzulehnen. Welche Sprachen in einem Vertragsverhältnis zumutbarerweise als verständlich gelten, muss für jeden Einzelfall gesondert eruiert werden.

6. E-Commerce

Der konventionelle Geschäftsverkehr mit brieflichen Angeboten und Annahmen verliert heutzutage immer mehr an Bedeutung. Vor allem im internationalen Vertragswesen ist die elektronische Kommunikation bereits die Regel. AGB werden dabei ins Internet ge-

¹⁰⁶ OGH (Österreich) Urteil 7Ob275/03x vom 17. Dezember 2003 S. 9, [cisp-online 828](#).

¹⁰⁷ OLG Linz (Österreich) Urteil 3 R 57/05f vom 8. August 2005 E. 3, [cisp-online 1087](#); OLG Innsbruck (Österreich) Urteil 1 R 253/04x vom 1. Februar 2005 S. 30 f., [cisp-online 1130](#).

¹⁰⁸ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 66; ebenfalls ablehnend HUBER, S. 128; PILTZ, Rz. 3-86.

¹⁰⁹ SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 54a.

¹¹⁰ Für die Sprachenstatistik siehe <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/xx.html>, Rubrik „People and Society: World“.

stellt oder per Email übermittelt. Bei diesen elektronisch abgeschlossenen Geschäften, dem sog. *E-Commerce*, müssen für die AGB noch einige zusätzliche Überlegungen angestellt werden.

a) Schweizerisches Recht

Für das schweizerische Recht gilt auch im *E-Commerce*, dass der AGB-Verwender dem Kunden eine zumutbare Kenntnisnahme ermöglichen muss¹¹¹. Bei Vertragsschlüssen über das Internet heisst das insbesondere, dass der unmittelbare und ungehinderte Zugang zu den AGB sichergestellt sein muss. Die Mittel, mit welchen die AGB zugänglich gemacht werden können, sind nicht limitiert. So können sie beispielsweise per E-Mail, Hyperlink oder auch per *pop-up* Fenster übermittelt werden¹¹². Einzige Bedingung ist dabei, dass der Kunde die AGB problemlos herunterladen, abspeichern und ausdrucken kann¹¹³.

b) CISG

Im Anwendungsbereich des CISG muss der Verwender nicht nur eine zumutbare Kenntnisnahme der AGB ermöglichen, sondern es besteht nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die erhöhte Anforderung der Kenntnisverschaffungspflicht¹¹⁴. Was das für den *E-Commerce* bedeutet, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Die wohl überwiegende Lehre will einen elektronischen Link, welche zu den AGB führt, auch unter der Kenntnisverschaffungspflicht genügen lassen¹¹⁵. Sie sieht sich im bereits zitierten BGH-Entscheid bestätigt, wonach AGB nicht nur übersendet werden müssen, sondern auch „anderweitig zugänglich“ gemacht werden können¹¹⁶. Dabei müsse der Link aber direkt zum AGB-Text führen, und nicht etwa auf eine übergeordnete Webseite¹¹⁷. Wie für das schweizerische Recht gelte auch hier, dass der Kunde die AGB mühelos speichern und ausdrucken können müsse¹¹⁸. Nach Ansicht mancher Autoren muss diese Möglichkeit sogar kostenlos zur Verfügung stehen¹¹⁹. Gemäss anderer Meinung soll ein

¹¹¹ Siehe oben S. 10 f.

¹¹² PERRIG, S. 338 ff.

¹¹³ SCHWENZER, Rz. 45.06a; WEBER, S. 350 f.

¹¹⁴ Siehe oben S. 12 f.

¹¹⁵ BRUNNER, Art. 4 Rz. 42; LAUTENSCHLAGER, S. 282; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 49; wohl auch BUSER-GORA, S. 85; SCHWENZER/MOHS, S. 241; a.M. FERRARI, Kröll-Kommentar, Art. 14 Rz. 40.

¹¹⁶ Siehe oben S. 12 f.

¹¹⁷ BRUNNER, Art. 4 Rz. 42; MAGNUS, Standard Terms, S. 323; vgl. SCHULTHEISS, S. 31.

¹¹⁸ MAGNUS, Standard Terms, S. 323; SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 49.

¹¹⁹ SCHULTHEISS, S. 34.

Verweis mittels Link aber nicht genügen, da zusätzliche Computerprogramme für das Öffnen und Drucken der AGB notwendig seien. Dass ein Kunde über solche Programme verfüge, könne vom AGB-Verwender nicht vorausgesetzt werden¹²⁰.

c) Würdigung

Täglich wird eine grosse Zahl von Verträgen über das Internet abgeschlossen; elektronische Hilfsmittel und ein Computer mit Internetanschluss gehören zur Standardausrüstung jedes Unternehmens. Auch bei Privatpersonen dürfen, wenn nicht konkrete Hinweise das Gegenteil vermuten lassen, der Zugang zum Internet und die entsprechenden Basiskenntnisse vorausgesetzt werden. Nach den oben gemachten Feststellungen herrscht bei der Übermittlung von AGB unter Anwendung des CISG ein höherer Massstab als im schweizerischen Recht¹²¹. Nach internem Recht reicht ein Hinweis, verbunden mit einer zumutbaren Kenntnisnahme der AGB. Deswegen darf der Verweis auf die AGB auch ausserhalb von elektronischen Vertragsschlüssen mittels einer URL erfolgen. Die zumutbare Kenntnisnahme ist überdies auch dann gegeben, wenn der Link nicht direkt zu den AGB führt, sondern zu einer übergeordneten Website, wo die AGB ohne grossen Aufwand auffindbar sind. Wichtiger als die Unmittelbarkeit des Verweises ist die Form, in welcher die AGB präsentiert werden. Diese müssen in einem üblichen Format und in gut leserlicher Schriftart verfasst sein. Unzumutbar ist es, wenn AGB als *popup* in einem nicht vergrösserbaren Browserfenster erscheinen, wobei jeweils nach wenigen Zeilen bereits wieder weitergescrollt werden muss¹²².

Unter der Kenntnisverschaffungspflicht des CISG sind AGB in Form von Email-Anhängen unproblematisch. Bei Online-Käufen erfüllen auch diejenigen AGB die Voraussetzungen, welche man zuerst durchlesen bzw. durchscrollen muss, um die Bestellung überhaupt abgeben zu können. Bei Kenntnisverschaffung mittels eines Links gelten im Vergleich zum schweizerischen Recht jedoch höhere Anforderungen. Die Links müssen unmittelbar zu einem Download oder Browserfenster führen, wo der gesamte AGB-Text ersichtlich ist. Nur so ist gewährleistet, dass kein zusätzlicher Aufwand auf den Kunden überbunden wird.

¹²⁰ VENTSCH/KLUTH, S. 225.

¹²¹ Siehe oben S. 14.

¹²² Weiterführend WEBER, S. 351.

Für den *E-Commerce* nach schweizerischem Recht wie auch nach den Bestimmungen des CISG gilt, dass als Dateiformat für AGB mindestens die gängigen Formate PDF und HTML verwendet werden dürfen. Von jedem Kunden, der mittels Computer kommuniziert, kann heutzutage erwartet werden, dass er PDF- sowie HTML-Texte problemlos öffnen, speichern und ausdrucken kann. Die Voraussetzung des kostenlosen Druckens ist – in Anbetracht des marginalen finanziellen Aufwands – jedoch übertrieben. Nur wenn ein elektronisch kommunizierender Kunde elektronische Verweise auf AGB ausdrücklich ablehnt, obliegt es dem Verwender, diese auf herkömmliche Weise zu übermitteln.

IV. Auslegungskontrolle

1. Einführungsbeispiel

Als Anwendungsbeispiel für die Auslegungsproblematik der AGB kann folgender Sachverhalt dienen, den das Bundesgericht im Jahre 1989 zu beurteilen hatte¹²³. Zwei 15 bzw. 16 Jahre alte Brüder waren in eine Sägerei eingedrungen, um Werkzeug zu entwenden. Nach erfolgter Tat rauchten sie auf dem Dach der Sägerei je eine Zigarette, welche sie dann – vermeintlich gelöscht – auf den Boden der Sägerei warfen. Die Sägerei brannte nieder, wobei ein Schaden von über CHF 200'000.- entstand. In der Folge stritten die Familie der Brüder und deren Haftpflichtversicherung darüber, wer für den Schaden aufkommen müsse. Die Haftpflichtversicherung berief sich auf eine Klausel in ihren allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach keine Schäden ersetzt würden, die „der Versicherte bei der vorsätzlichen Begehung eines Verbrechens oder Vergehens verursacht hat“. Die Versicherung stelle sich auf den Standpunkt, die Bezeichnung „bei Begehung“ bedeute auch „in Zusammenhang mit der Begehung“. Die Familie der Brüder hingegen argumentierte, „bei Begehung“ schliesse lediglich diejenigen Schäden aus, welche direkt aus einem Delikt selber entstünden. Um den wirklichen Inhalt der allgemeinen Versicherungsbedingungen zu eruieren, musste das Bundesgericht somit zunächst den Begriff „bei Begehung“ auslegen¹²⁴.

¹²³ BGE 115 II 264.

¹²⁴ Das Bundesgericht hat schliesslich unter Anwendung der Unklarheitenregel (siehe unten S. 26) zugunsten der Brüder entschieden.

2. Anwendbares Recht

Die Frage des anwendbaren Rechts bei der Auslegung von dem CISG unterstehenden AGB wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. So hat das schweizerische Bundesgericht im Jahre 2004 für die Auslegungsfrage noch Art. 18 Abs. 1 OR angewendet¹²⁵. In anderen Entscheiden richtete sich das Bundesgericht für die Auslegung von AGB jedoch wiederum ausschliesslich nach Art. 8 CISG¹²⁶. Auch in anderen Staaten ist sich die Rechtsprechung beim anwendbaren Recht für die AGB-Auslegung nicht ganz einig. So hat sich das OLG Frankfurt im Jahre 1995 bei der Auslegung ausschliesslich auf das BGB bezogen¹²⁷, in anderen Urteilen aus Deutschland wird aber ebenfalls wieder ausdrücklich Art. 8 CISG angewendet¹²⁸. In der Lehre wird, soweit ersichtlich, nur vereinzelt vertreten, dass nationales Recht für die Auslegung von AGB anwendbar sei. Als Begründung wird angeführt, dass eine nach nationalen Bestimmungen erfolgende AGB-Inhaltskontrolle auch eine Auslegung der Klauseln nach nationalen Bestimmungen voraussetze¹²⁹. Die Mehrheit der Autoren bezieht sich jedoch auch hier auf den Grundsatz, dass nationales Recht nur dort eingreift, wo das CISG keine Regelung kennt. Da Art. 8 CISG aber ausdrücklich eine Bestimmung zur Auslegung bereitstelle, beurteile sich die Auslegungsfrage ausschliesslich nach dem Übereinkommen¹³⁰.

3. Schweizerisches Recht

Die Auslegung von AGB erfolgt in der schweizerischen Rechtsordnung in einem ersten Schritt nach den allgemeinen Grundsätzen zur Vertragsauslegung. Demnach wird nach Art. 18 Abs. 1 OR zunächst der übereinstimmende wirkliche bzw. subjektive Parteiwille eruiert. Oft wird dies aber nicht möglich sein, weil der Kunde die AGB nicht liest und sich zu den Klauseln somit auch keinen Willen bilden kann. In diesen Fällen müssen die AGB objektiv ausgelegt werden, d.h. es muss der mutmassliche Parteiwille ermittelt werden. Dabei ist in erster Linie auf den Wortlaut der AGB abzustellen, jedoch unter Berücksich-

¹²⁵ BGer Urteil 4C.245/2003 vom 13. Januar 2004 E. 3.3.

¹²⁶ BGer Urteil 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012 E. 3.8; BGer Urteil 4C.474/2004 vom 5. April 2005 E. 3.2.

¹²⁷ OLG Frankfurt am Main (Deutschland) Urteil 25 U 185/94 vom 31. März 1995, cisp-online 137.

¹²⁸ OLG Koblenz (Deutschland) Urteil 2 U 31/96 vom 31. Januar 1997, cisp-online 256.

¹²⁹ TEKLOTE, S. 156 ff.

¹³⁰ BUSER-GORA, S. 121; HENNEMANN, S. 93 f.; DORNIS, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 15; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 238 f.; SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 59; SCHULTHEISS, S. 38; WITZ, Vorbem. Art. 14 – 24 Rz. 15.

tigung der konkreten Umstände¹³¹. Massgebend ist der Vertrauensgrundsatz, d.h. was eine redliche und vernünftige Person in den Schuhen des Kunden verstehen darf und muss¹³². Gibt es Unterschiede zwischen vorformulierten AGB und einzeln ausgehandelten Vertragsklauseln, so gehen die Individualabreden vor¹³³.

Sollte die Bedeutung der AGB an diesem Punkt immer noch nicht eindeutig sein, so ist diese unter Anwendung der Unklarheitenregel zu ermitteln. Nach dieser Regel obliegt es dem Verwender, seine AGB auf unmissverständliche Weise zu formulieren. Sind die AGB zwei- oder mehrdeutig formuliert, darf die Auslegung deshalb nicht zulasten des Kunden geschehen. Die Auslegung hat *contra stipulatorem*, d.h. zum Nachteil des Verfassers, zu erfolgen¹³⁴. Die Unklarheitenregel wird in der Schweiz explizit nur für die Auslegung von Versicherungsbedingungen festgehalten, wonach ein Vertrag „in bestimmter, unzweideutiger Fassung“ bestimmte Ereignisse von der Versicherung ausschliessen kann¹³⁵. Rechtsprechung und Lehre sind sich jedoch einig, dass sich die Unklarheitenregel auch als allgemeines Auslegungsmittel aus dem Vertrauensprinzip von Art. 2 ZGB ergibt und auch für andere Verträge bzw. AGB Anwendung findet¹³⁶. Damit gilt im schweizerischen Recht, was auch in vielen anderen Rechtsordnungen ausdrücklich kraft Gesetzeswortlaut gilt, wie z.B. in Deutschland¹³⁷, Österreich¹³⁸, Frankreich¹³⁹ oder Spanien¹⁴⁰.

4. CISG

Das Übereinkommen definiert seine Auslegungsregeln in Art. 8 CISG. Die dortige Regelung ist gemäss Wortlaut nur auf Parteierklärungen und Parteiverhalten anwendbar. Entsprechendes gilt aber auch für die Auslegung von Verträgen inkl. AGB¹⁴¹. Demnach

¹³¹ BGE 111 II 284 E. 2 S. 287; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 229.

¹³² BGE 123 III 16 E. 4.b S.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 207 und 209.

¹³³ BGE 81 II 346 E. 2 S. 350; BAUDENBACHER, S. 38; BOUVERAT, Rz. 49.

¹³⁴ BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610; BGE 122 III 118 E. 2.a S. 121; BGE 119 II 368 E. 4.b S. 373; Koller TH., AGB-Kontrolle, S. 229 f.; SCHWENZER, Rz. 45.10.

¹³⁵ Art. 33 VVG.

¹³⁶ BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610; BGE 115 II 264 E. 5.a S. 268; BOUVERAT, Rz. 59 und 61; vgl. BERGER, Rz. 962; SCHWENZER, Rz. 45.10.

¹³⁷ § 305c Abs. 2 BGB.

¹³⁸ § 915 österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (ABGB).

¹³⁹ Art. 1162 französischer Code Civil von 1803/1804.

¹⁴⁰ Art. 1288 spanischer Código Civil vom 24. Juli 1889.

¹⁴¹ Vgl. MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 8 Rz. 7.

gilt für die Auslegung nach Art. 8 Abs. 1 CISG zunächst der wirkliche Wille der Parteien. Stimmen die Willen der Parteien nicht überein, gilt nach Art. 8 Abs. 2 CISG subsidiär das Verständnis einer vernünftigen Person in gleicher Stellung. Da AGB von den Kunden in vielen Fällen nicht genau gelesen werden, wird auch hier die objektive Auslegung nach Art. 8 Abs. 2 CISG der Regelfall sein¹⁴². Nach Art. 8 Abs. 3 CISG sind bei der Auslegung zudem alle anderen Umstände wie Verhandlungen, Gepflogenheiten, Handelsbräuche sowie das spätere Verhalten der Parteien zu beachten. Auch ohne ausdrückliche Regelung gilt im CISG, dass Individualabreden den vorformulierten AGB-Klauseln vorgehen. Denn vereinbaren die Parteien einen in den AGB geregelten Punkt zusätzlich individuell, so wollen sie nach dem Verständnis einer vernünftigen Drittperson auch nur die Individualabrede gelten lassen¹⁴³.

Die Unklarheitenregel wird im CISG nicht explizit vorgesehen. Anderen internationalen Regelwerken hingegen ist die Regel bekannt. So wird beispielsweise in Art. 4.6 der UNIDROIT Principles 2010 vorgesehen, dass wenn „[...] die von einer Seite verwendeten Vertragsbedingungen unklar [sind,] eine Auslegung zu Lasten dieser Partei bevorzugt [wird]“. Für das CISG muss sich die Anwendung der Unklarheitenregel wie im schweizerischen Recht aus dem Vertrauensprinzip ableiten. Dieses ergibt sich für das Übereinkommen aus Art. 7 Abs. 1 CISG, wonach bei der Auslegung des Übereinkommens „die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel“ zu fördern ist¹⁴⁴. Weil wiederum nur der AGB-Verwender Einfluss auf die Formulierung der AGB nehmen kann, hat er die Verantwortung für eine klare Wortwahl zu tragen. Somit müssen mehrdeutige AGB auch unter dem CISG zu Lasten des Verwenders ausgelegt werden¹⁴⁵.

5. Würdigung

Gemäss herrschender Lehre werden sämtliche AGB-Auslegungsfragen zu Verträgen, welche dem CISG unterstehen, nach dessen Art. 8 gelöst¹⁴⁶. Richtigerweise muss je nach Prüfschritt der AGB-Kontrolle aber differenziert werden, denn Art. 8 Abs. 1 CISG bestimmt ausdrücklich, dass die dem Übereinkommen eigenen Auslegungsregeln nur „für

¹⁴² HENNEMANN, S. 96; vgl. BUSER-GORA, S. 125.

¹⁴³ BUSER-GORA, S. 128; SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 58; SCHULTHEISS, S. 45.

¹⁴⁴ BRUNNER, Art. 7 Rz. 4; BUSER-GORA, S. 130; MAGUNS, BGB-Kommentar, Art. 8 Rz. 10; TEKLOTE, S. 168.

¹⁴⁵ BRUNNER, Art. 4 Rz. 45; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 239; SCHULTHEISS, S. 44 f.

¹⁴⁶ Siehe oben S. 25.

die Zwecke dieses Übereinkommens“ zur Anwendung kommen. Damit gelten die Auslegungsregeln des CISG ausschliesslich für diejenigen Bereiche, die vom Übereinkommen auch geregelt werden. Durch Auslegung der Willenserklärungen nach Art. 8 CISG wird demnach ermittelt, ob sich die Parteien in den wesentlichen Vertragspunkten einig wurden und ein Vertrag mit Einbezug der AGB zustande gekommen ist. Anderes hat jedoch für die Inhaltskontrolle zu gelten, welche vom Übereinkommen nach Art. 4 lit. a CISG gerade nicht geregelt wird. Für das Unterbinden von unzulässigen AGB-Inhalten sind die jeweiligen nationalen Gültigkeitsvorschriften anwendbar. Ob aber eine nach dem anwendbaren nationalen Recht unerlaubte AGB-Klausel vorliegt, muss nach den Auslegungsmethoden derjenigen Rechtsordnung geschehen, welcher die Gültigkeitsvorschriften entspringen. Nur so kann eine unverfälschte Inhaltskontrolle gemäss den nationalen Geltungsvorschriften gewährleistet werden. Im Resultat sind für Einbeziehungskontrolle und Ungewöhnlichkeitsregel¹⁴⁷ die Auslegungsregeln von Art. 8 CISG massgebend. Im Rahmen der Inhaltskontrolle müssen AGB-Klauseln jedoch mittels der jeweils massgeblichen nationalen Bestimmungen ausgelegt werden.

Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern sich das schweizerische Vertrauensprinzip zur Auslegung von Willensäusserungen vom Auslegungsgrundsatz von Art. 8 CISG unterscheidet. Das schweizerische Vertrauensprinzip besagt, dass Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie der Empfänger „nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste“¹⁴⁸. Es gilt somit nicht der tatsächliche innere Wille des Erklärenden, sondern es muss ermittelt werden, wie eine vernünftige und redliche Person in den Schuhen des Empfängers das Erklärungsverhalten im damaligen Zeitpunkt und in guten Treuen verstehen durfte und musste¹⁴⁹. Nach Art. 8 Abs. 2 CISG ist für den Anwendungsbereich des Übereinkommens das „[...] Verhalten einer Partei so auszulegen, wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte“. Im schweizerischen Recht wie auch im CISG wird demnach auf die objektive Perspektive eines sich in der gleichen Situation befindenden Dritten abgestützt. Das nach schweizerischer Rechtsprechung zusätzliche Element des „Verständnis in guten Treuen“ entspricht der „Wahrung des guten Glaubens in interna-

¹⁴⁷ Siehe unten S. 29 ff.

¹⁴⁸ BGE 123 III 16 E. 4.b S. 22.

¹⁴⁹ BGE 125 III 305 E. 2.b S. 308; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 209.

tionalen Handel“ von Art. 7 Abs. 1 CISG. Somit würde eine Auslegung nach CISG oder nach schweizerischem Recht keine unterschiedlichen Resultate ergeben. Dass wohl auch die Auslegungsregeln vieler anderer nationaler Rechtsordnungen denjenigen des CISG entsprechen, ist für ein methodisch richtiges Vorgehen jedoch irrelevant. Korrekterweise müssen sich die Gerichte je nach Prüfschritt der AGB-Kontrolle auf die nationalen oder die dem CISG eigenen Auslegungsregeln beziehen.

V. Ungewöhnlichkeitsregel

1. Einführungsbeispiel

Die Ungewöhnlichkeitsregel wurde in der Schweiz insbesondere im *Hühnerstallfall*¹⁵⁰, welcher dem Bundesgericht 1983 vorlag, als für AGB allgemein anwendbar erklärt. In diesem Fall hatte ein Unternehmer für eine AG einen Hühnerstall errichtet. Für die Bauleitung beauftragte die AG zusätzlich einen Architekten. Der Werkvertrag zwischen dem Unternehmer und der AG enthielt einen Verweis auf die allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten nach SIA Norm 118 (Ausgabe 1977). Gemäss Art. 154 und 155 SIA Norm 118 wird der Bauleitung eine Generalbevollmächtigung für finanzielle Fragen verliehen. Der Architekt hat den Hühnerstall nach erfolgter Erstellung abgenommen und die entsprechenden Rechnungen des Unternehmers visiert. Die AG wollte aber ihrerseits das Werk vor Bezahlung noch überprüfen und stellte einige Abweichungen zwischen den Rechnungen und dem Werkvertrag fest. Als die AG dem Unternehmer mitteilte, dass sie mit der Bezahlung der letzten Rate noch zuwarten würde, reichte dieser Klage ein. Vor Gericht war fraglich, ob der Architekt im Rahmen seiner Vertretungsfunktion die AG zur vollen Bezahlung der Rechnungen verpflichten konnte. Das Bundesgericht setzte sich in seinem Urteil u.a. mit der Frage auseinander, ob die Art. 154 und 155 SIA Norm 118 für die AG so überraschend waren, dass sie nicht als Bestandteil des Vertrags gelten konnten¹⁵¹.

¹⁵⁰ BGE 109 II 452.

¹⁵¹ Das Bundesgericht erachtete die Art. 154 und 155 der SIA Norm 118 in diesem Fall als ungewöhnlich und schloss sie deshalb vom Konsens der Parteien aus.

2. Anwendbares Recht

Die Frage des anwendbaren Rechts wird in der Lehre auch für die Ungewöhnlichkeitsregel unterschiedlich beantwortet. Ein Teil der Autoren zählt die Ungewöhnlichkeitsregel zur Inhaltskontrolle, da sie eine inhaltliche Wertung der Klauseln beinhalte. Folgt man dieser Ansicht, müsste sich die Ungewöhnlichkeitsregel aus dem nationalen Recht ergeben¹⁵². Gemäss überwiegender Auffassung gehört die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch zur Konsenskontrolle und richtet sich einzig nach den Bestimmungen des CISG¹⁵³. Für diese Einordnung sprechen praktische Gründe. Zählt man die Ungewöhnlichkeitsregel unter dem CISG nämlich zur Inhaltskontrolle, so würde eine Anwendung der Regel in denjenigen Ländern gänzlich verunmöglicht, welche die Ungewöhnlichkeitsregel in ihren nationalen Rechtsordnungen im Rahmen der Konsenskontrolle prüfen. Dies wäre z.B. für die schweizerische Rechtsordnung der Fall: Bei einem Kaufvertrag, der vom CISG und subsidiär vom schweizerischen Recht geregelt wird, würden so weder die Einbeziehungsbestimmungen des CISG, noch die inhaltlichen Geltungsvorschriften des schweizerischen Rechts die Ungewöhnlichkeitsregel vorsehen, obwohl sich die Regel aus beiden Rechtsordnungen ableiten lässt¹⁵⁴. Indem die herrschende Meinung die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch auch im CISG der Konsenskontrolle unterordnet, erübrigt sich diese Problematik.

3. Schweizerisches Recht

Grundlage der Ungewöhnlichkeitsregel ist, dass AGB-Klauseln nur Vertragsinhalt bilden, wenn sie vom Konsens der Parteien erfasst werden¹⁵⁵. Bei einer Globalübernahme nimmt der Kunde gewisse Unsicherheiten in Kauf¹⁵⁶. Dieser Inkaufnahme sind jedoch Grenzen gesetzt. In der Lehre wird die Globalübernahme bisweilen mit einer „Wundertüte“ verglichen: Wer auf dem Markt eine Wundertüte kauft, willigt in den Kaufvertrag ein, ohne den genauen Inhalt der Tüte zu kennen. Dabei muss der Käufer mit vielem, aber nicht mit allem rechnen. Gewisse Sachen, wie z.B. gesundheitsschädliche oder sons-

¹⁵² SCHLECHTRIEM/SCHROETER, Art. 14 Rz. 35; SCHULTHEISS, S. 73 f. und 79 f.; vgl. MAGNUS, BGB-Kommentar, Art. 4 Rz. 25.

¹⁵³ BRUNNER, Art. 4 Rz. 46; LAUTENSCHLAGER, S. 283.

¹⁵⁴ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 239 ff.

¹⁵⁵ KOLLER A., § 23 Rz. 39.

¹⁵⁶ Zum Begriff „Globalübernahme“ siehe oben S. 11.

tige gefährliche Objekte, müssen nicht in Kauf genommen werden¹⁵⁷. Entsprechend muss der AGB-Verwender nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass die Vertragsannahme des Kunden nicht für unerwartete und überraschende Klauseln gilt¹⁵⁸.

Da die Ungewöhnlichkeitsregel in der Schweiz im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen nicht gesetzlich erfasst ist (für Deutschland z.B. in § 305c Abs. 1 BGB), haben Rechtsprechung und Lehre ersatzweise die dafür massgebenden Kriterien entwickelt¹⁵⁹. So gilt zunächst, dass nur die unerfahrenere bzw. wirtschaftlich schwächere Vertragspartei unter den Schutz der Ungewöhnlichkeitsregel gestellt wird¹⁶⁰. Die betreffende Klausel muss sodann *subjektiv*, d.h. nach Massstab und entsprechend den persönlichen Vorstellungen des Kunden, ungewöhnlich sein. Ob eine Klausel subjektiv ungewöhnlich ist, bestimmt sich für jeden Einzelfall unter Anwendung des Vertrauensprinzips. Damit die Ungewöhnlichkeitsregel Anwendung findet, müssen die persönlichen Vorstellungen des Kunden für den AGB-Verwender beim Vertragsschluss jedoch erkennbar sein¹⁶¹. Schliesslich muss die Klausel auch *objektiv* ungewöhnlich sein. Dies ist der Fall, wenn Klauseln „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen“¹⁶². Das Bundesgericht folgt dabei dem Grundsatz, dass eine Klausel umso eher als ungewöhnlich zu beurteilen ist, je stärker sie die Rechtsstellung des Kunden beeinträchtigt¹⁶³. Dieser Grundsatz wird von PERRIG sowie einem Grossteil der Lehre kritisiert¹⁶⁴. Indem die Auswirkungen auf die Rechtsstellung von Vertragsparteien eruiert würden, näherte sich das Bundesgericht einer inhaltlichen Kontrolle der AGB. Die Ungewöhnlichkeitsregel solle sich jedoch einzig auf die Frage beschränken, ob zwischen den Parteien ein Konsens bestehe¹⁶⁵. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der „verdeckten Inhaltskontrolle“ des Bundesgerichts¹⁶⁶.

¹⁵⁷ Zum Begriff „Wundertüte“ KOLLER A., § 23 Rz. 39.

¹⁵⁸ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 231.

¹⁵⁹ Zuletzt in BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; siehe BERGER, Rz. 961; PERRIG, S. 288 ff.

¹⁶⁰ BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227; BGer Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1.

¹⁶¹ BGer 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1; vgl. KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 232.

¹⁶² BGE 109 II 452 E. 5.b S. 458; vgl. BGE 119 II 443 E. 1.a S. 446.

¹⁶³ BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227 f.; BGer Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1.

¹⁶⁴ PERRIG, S. 289; siehe weiter die Quellen in Fn. 165 f.

¹⁶⁵ Vgl. BUSER-GORA, S. 159.

¹⁶⁶ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6177; BAUDENBACHER, S. 41; BUSER-GORA, S. 138; KOLLER TH., Bundesgericht, S. 944 f.; PERRIG, S. 289; SCHMID, S. 3.

Immerhin kann für diejenigen AGB-Klauseln keine Ungewöhnlichkeit bestehen, auf welche der Verwender den Kunden ausdrücklich aufmerksam macht¹⁶⁷. Dies kann z.B. durch einen mündlichen Hinweis während des Vertragsschlusses geschehen. Es reicht jedoch auch aus, wenn einzelne AGB-Klauseln beispielsweise mittels Fettdruck, grösserer Schrift, Unterstreichung oder farblicher Unterscheidung besonders hervorgehoben werden¹⁶⁸. Einigen Autoren geht dies aber nicht weit genug. So fordert TH. KOLLER eine „umfassende Aufklärungsobliegenheit mit eigentlicher Warnfunktion“ für den AGB-Verwender, welche über einen blossen stilistischen Hinweis wohl hinausgehen müsste¹⁶⁹.

4. CISG

Auch für den Anwendungsbereich des CISG gilt, dass ungewöhnliche AGB-Klauseln („*surprising clauses*“) nicht Vertragsbestandteil werden, auch wenn die übrigen Einbeziehungskriterien erfüllt sind¹⁷⁰. Als rechtliche Grundlage für die Ungewöhnlichkeitsregel dient Art. 8 Abs. 2 CISG, d.h. das Verständnis einer vernünftigen Drittperson für die Auslegung von Willenserklärungen. Wie im schweizerischen Recht weiss auch der international tätige AGB-Verwender, dass Kunden AGB akzeptieren, ohne diese eingehend zu studieren. Dem vernünftigen Verwender ist deshalb klar, dass ungewöhnliche AGB-Klauseln von der Annahme des Kunden ausgeschlossen sind¹⁷¹. Dass die Ungewöhnlichkeitsregel auch im internationalen Kontext Anwendung finden soll, wird zusätzlich durch ihre ausdrückliche Inkorporierung in Art. 2.1.20 der UNIDROIT Principles 2010 unterstrichen.

Als Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel darf der Kunde die betreffende Klausel bei Vertragsschluss nicht gekannt haben. *Surprising clauses* gibt es also wie im schweizerischen Recht nur im Rahmen einer Globalübernahme. Zusätzlich

¹⁶⁷ BGer Urteil 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006 E. 2.1; PERRIG, S. 286 ff.

¹⁶⁸ BGE 104 Ia 278 E. 4.b S. 282; vgl. PERRIG, S. 287.

¹⁶⁹ KOLLER TH., Bundesgericht, S. 948.

¹⁷⁰ OLG Düsseldorf (Deutschland) Urteil I-15 U 88/03 vom 21. April 2004 E. II.1.b.bb.2, cisg-online 915; SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 57; SCHWENZER/MOHS, S. 241.

¹⁷¹ LAUTENSCHLAGER, S. 283.

muss die Klausel nach Präsentation und Inhalt so gestaltet sein, dass sie von einem vernünftigen Kunden weder erkannt werden konnte noch zu erwarten gewesen wäre¹⁷².

5. Würdigung

Im Gegensatz zur schweizerischen Rechtsprechung und Lehre ist in der Literatur zum CISG auffallend, dass die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf die jeweils schwächere bzw. unerfahrenere Vertragspartei limitiert ist. Die Voraussetzungen sind im schweizerischen Recht damit enger gefasst als diejenigen im Anwendungsbereich des CISG. Eine solche Eingrenzung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Erfahrung der Parteien spielt für die Frage, ob sich ein Konsens gebildet hat, keine Rolle. Massgebend ist einzig die Frage, ob ein vernünftiger Kunde im Rahmen einer Globalübernahme mit den ihm präsentierten AGB rechnen muss oder nicht. Denn auch wenn ein auf Augenhöhe verhandelnder Kunde mit ungewöhnlichen AGB-Klauseln konfrontiert wird und der Verwender vernünftigerweise erwarten musste, dass die Klauseln bei entsprechendem Hinweis abgelehnt worden wären, soll sich der Kunde auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen können. In dieser Hinsicht sind die Kriterien im Anwendungsbereich des CISG denjenigen des schweizerischen Rechts vorzuziehen.

Schliesslich zeigt sich, dass auch eine extensive Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel die offene Inhaltskontrolle nicht zu ersetzen vermag. Indem der AGB-Verwender den Kunden nämlich ausdrücklich auf überraschende Klauseln aufmerksam macht, kann er eine spätere Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel von vornherein verhindern¹⁷³. Hat der Kunde aufgrund der Verhandlungspositionen der Parteien aber keine Möglichkeit, die AGB anzupassen, so entsprechen diese auch bei ausdrücklichem Hinweis nicht unbedingt den Vorstellungen beider Vertragspartner. Schlussendlich kann somit nur eine zusätzliche „offene“ Inhaltskontrolle den Kunden vor einer ungerechtfertigten Verteilung der Rechte und Pflichten schützen.

¹⁷² SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 Rz. 57.

¹⁷³ KOLLER TH., Bundesgericht, S. 952; vgl. BAUDENBACHER, S. 54.

VI. Inhaltskontrolle

1. Anwendbares Recht

Art. 4 Abs. 1 CISG bestimmt ausdrücklich, dass die Gültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen vom Übereinkommen nicht geregelt wird. Das einschlägige Recht ergibt sich somit aus dem internationalen Privatrecht des jeweiligen Forumstaates¹⁷⁴. Dennoch kann das CISG auch in der AGB-Inhaltskontrolle eine gewisse Wirkung entfalten. Denn um ein Minimum an Rechtsvereinheitlichung zu erreichen, muss auch eine nach nationalem Recht erfolgende Inhaltskontrolle den grundlegenden Werten des CISG Rechnung tragen¹⁷⁵. So können nach dem einschlägigen nationalen Recht gültige AGB-Klauseln trotzdem unzulässig sein, wenn sie den fundamentalen Prinzipien des CISG widersprechen. Dies könnte beispielsweise bei einer Beurteilung von AGB nach einer nationalen Rechtsordnung, welche die Wegbedingung jeglicher Mängelgewährleistungsrechte zulässt, der Fall sein¹⁷⁶.

Sollte eine AGB-Klausel aufgrund einer nationalen Gültigkeitsvorschrift unzulässig sein, fragt sich, nach welchem Recht die entstandene Lücke zu füllen ist. Gemäss Lehre sind unter Anwendung von Art. 7 Abs. 2 CISG zunächst die Bestimmungen des CISG einschlägig, subsidiär dazu die allgemeinen Grundsätze des CISG und erst dann hilfsweise die nationalen Rechtsnormen¹⁷⁷.

2. Vorbemerkungen

In der Folge werden nicht mehr Bestimmungen aus dem schweizerischen Recht und dem CISG dargelegt, verglichen und kommentiert. Wie eingangs erwähnt, wird nun ausschliesslich auf die AGB-Inhaltskontrolle nach internem schweizerischem Recht eingegangen.

¹⁷⁴ OGH (Österreich) Urteil 8Ob22/00v vom 7. September 2000 S. 4, cisp-online 642; LG Frankenthal (Deutschland) Urteil 8 O 1995/95 vom 17. April 1997, cisp-online 479; BRUNNER, Art. 4 Rz. 47; SCHULTHEISS, S. 50 f.; vgl. DJORDJEVIC, Art. 4 Rz. 25; HUBER, S. 131; Forumstaat = Staat des angerufenen Gerichts.

¹⁷⁵ FERRARI, Schwenzer-Kommentar, Art. 4 Rz. 20; PILTZ, Rz. 3-91; SCHULTHEISS, S. 112 f.; vgl. BUSER-GORA, S. 138.

¹⁷⁶ DJORDJEVIC, Art. 4 Rz. 25.

¹⁷⁷ KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 243.

Ziel einer AGB-Inhaltskontrolle ist es einerseits, zwingende Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung durchzusetzen. Andererseits soll durch die Inhaltskontrolle eine übermässige Benachteiligung und insbesondere eine unzumutbare Risikoallokation zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei verhindert werden¹⁷⁸. Der schweizerische Gesetzgeber tut sich mit einer ausdrücklichen Regelung der Inhaltskontrolle jedoch schwer. Der Vorschlag einer detaillierten Regelung von AGB anlässlich der Revision des KIG¹⁷⁹ wurde vom Bundesrat Ende 2005 verworfen¹⁸⁰. Dabei hätten für die Kontrolle von Konsumentenverträgen als neue Art. 10a ff. OR eine ausdrückliche Definition von AGB, das Kriterium des ausdrücklichen Hinweises auf die AGB sowie die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme ins OR aufgenommen werden sollen. Ferner wären auch der Vorrang der Individualabrede und die *contra proferentem*-Regel explizit im Gesetz festgehalten worden. Ein neuer Art. 20a OR hätte zudem die Voraussetzungen für die Nichtigkeit von AGB in Konsumentenverträgen geregelt¹⁸¹. Das gleiche Schicksal wie die KIG-Revision erlitt der Vorschlag einer Expertenkommission, welche anlässlich der Revision des VVG wiederum mit einem neuen Art. 20a OR eine offene AGB-Inhaltskontrolle ermöglichen wollte. Diesmal wäre die Bestimmung auch auf Verträge des kaufmännischen Verkehrs anwendbar gewesen¹⁸². Die Idee einer Regelung im OR wurde überdies auch schon anlässlich der Schaffung des UWG diskutiert¹⁸³. Da die Revisionsbestrebungen für eine umfassende Regelung bisher erfolglos waren, bleibt der AGB-Inhaltskontrolle vorläufig nur die wettbewerbsrechtliche Generalklausel von Art. 8 UWG. AGB können aber immer auch gemäss den übrigen zwingenden Gesetzesbestimmungen geprüft werden¹⁸⁴.

3. Inhaltskontrolle ausserhalb von Art. 8 UWG

AGB-Klauseln unterliegen, wie soeben erwähnt, dem zwingenden Gesetzesrecht. Zu beachten ist insbesondere Art. 20 OR, wonach unmögliche, widerrechtliche oder sittenwidrige Klauseln unzulässig sind. Ein Verstoss gegen diese Schranken führt nach Art. 20

¹⁷⁸ Vgl. BAUDENBACHER, S. 48.

¹⁷⁹ Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten vom 5. Oktober 1990 (Konsumenteninformationsgesetz, KIG, SR 944.0).

¹⁸⁰ EIDGENÖSSISCHES VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2005.

¹⁸¹ PROJEKT zur Teilrevision des KIG, Begleitbericht vom 14. Juli 2005, S. 21 ff.

¹⁸² EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Revision des VVG, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 24. Februar 2009, S. 101 f.; KOLLER TH., Bundesgericht, S. 943 Fn. 2.

¹⁸³ BOTSCHAFT zum UWG, BBl 1983, Bd. II, S. 1035 und 1053.

¹⁸⁴ SCHWENZER, Rz. 46.01; SCHMID, S. 17.

Abs. 2 OR zur Nichtigkeit der unzulässigen Klauseln, nicht aber zur Nichtigkeit der gesamten AGB oder gar des gesamten Vertrages, dem die AGB zugrunde liegen¹⁸⁵. Von der Lehre wurde zudem vorgeschlagen, das Kriterium der „öffentlichen Ordnung“ in Art. 19 Abs. 2 OR für die AGB-Inhaltskontrolle zu konkretisieren. Dieser Aufforderung ist das Bundesgericht, soweit ersichtlich, bisher aber nicht nachgekommen¹⁸⁶.

Die Widerrechtlichkeit kann sich durch verschiedene besondere Bestimmungen zum Inhalt von AGB ergeben. Nach Art. 100 OR gilt, dass sich Schuldner nicht im Voraus für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit freizeichnen können. Als weiteres Beispiel können Vermieter bzw. Verpächter gemäss Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR ihre Haftung für Mängel an einer Sache nicht in AGB abbedingen. Gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB kann auch eine übermässige Bindung zur Nichtigkeit einer Klausel führen. Schliesslich gilt es auch, zwingende Bestimmungen in Spezialgesetzen zu beachten, so z.B. Art. 16 Pauschalreisegesetz über die Beschränkung und Wegbedingung der Haftung bei Pauschalreiseverträgen oder die Art. 17 ff. KKG zu den Rechten und Pflichten im Konsumkreditvertrag.

4. Art. 8 UWG

a) Entstehungsgeschichte

Die Lehre fordert seit langem den Schritt zu einer offenen Inhaltskontrolle¹⁸⁷. Das Bundesgericht umgeht diese Aufforderung jedoch konsequent, indem es sich bei der inhaltlichen Beurteilung von AGB fast ausschliesslich auf die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel beschränkt¹⁸⁸. Die Problematik der Inhaltskontrolle ist eng mit der Entstehungsgeschichte von aArt. 8 UWG verknüpft. Der erste Entwurf des Bundesrats von aArt. 8 UWG im Jahre 1983 sollte ausdrücklich eine „wirksame Überprüfung der Gültigkeit und Angemessenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ erlauben¹⁸⁹. Mit Aufnahme des Tatbestandselements der Irreführung wurde aArt. 8 UWG aber jeglicher Effekti-

¹⁸⁵ BUSER-GORA, S. 158.

¹⁸⁶ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 26.

¹⁸⁷ SCHMID, S. 3; SCHWENZER, Rz. 45.13; siehe auch die zahlreichen Literaturhinweise in BGE 135 III 1 E. 2.2 S. 8.

¹⁸⁸ Z.B. BGE 109 II 213 E. 2.a f. S. 217 f.; KOLLER TH., AGB-Kontrolle, S. 234 f.; vgl. SCHWENZER, Rz. 46.06.

¹⁸⁹ BOTSCHAFT zum UWG, BBl 1983, Bd. II, S. 1071 f.

vität beraubt bzw. zum „zahnlosen Tiger“ degradiert¹⁹⁰. BAUDENBACHER bezeichnete die Bestimmung gar als „Tatbestand der *geplanten Ineffektivität*“ und als „Akt *symbolischer Gesetzgebung*“, der in Anbetracht seiner Wirkungslosigkeit lediglich zum Ausdruck bringen soll, dass „der Gedanke einer Kontrolle von AGB die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gefunden hat“¹⁹¹. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht aArt. 8 UWG auch nur selten angewandt¹⁹². Als irreführend galt beispielsweise ein Automietvertrag, der den Eindruck einer integrierten Vollkaskoversicherung erweckte, in den AGB aber jegliche Haftung des Vermieters ausschloss¹⁹³.

Am 1. Juli 2012 ist nun der revidierte Art. 8 UWG in Kraft getreten. Neu heisst es in der Bestimmung:

„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“¹⁹⁴ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Der revidierte Art. 8 UWG hat gemäss BOTSCHAFT das ausdrückliche Ziel, nunmehr eine offene Inhaltskontrolle des Bundesgerichts zu ermöglichen¹⁹⁵. Aus diesem Grund wurde die Terminologie „in irreführender Weise“ durch „in Treu und Glauben verletzender Weise“ ersetzt. Mit der Streichung der „Irreführung“ soll neu auch die abstrakte Kontrolle von AGB möglich werden. Das heisst, dass AGB ohne Vorliegen eines konkreten Vertragsverhältnisses von den Gerichten beurteilt und als unlauter erklärt werden können¹⁹⁶. Neu braucht es nicht mehr eine Abweichung der gesetzlichen Ordnung oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung der Rechte und Pflichten, son-

¹⁹⁰ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 28; vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1189; SCHWENZER, Rz. 46.03.

¹⁹¹ BAUDENBACHER, S. 48 f.

¹⁹² Unlauterkeit verneint z.B. in BGE 122 III 373 E. 3.a S. 378 f.; BGE 117 II 332 E. 5 S. 333 f.; BGer Urteil 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002 E. 4.3; offen gelassen in BGer Urteil 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1.

¹⁹³ BGE 119 II 443 E. 1.c S. 447 f., schlussendlich wandte das Bundesgericht aber nicht aArt. 8 UWG, sondern die Ungewöhnlichkeitsregel an.

¹⁹⁴ Art. 8 UWG.

¹⁹⁵ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6178.

¹⁹⁶ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6162; kritisch SCHOTT, S. 79.

dern ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ zwischen den Rechten und Pflichten. Im Gegensatz zu aArt. 8 UWG ist die neue Fassung ausschliesslich auf Konsumentenverträge anwendbar. Diese Neuerungen sind in der Folge genauer zu untersuchen. Ausgangspunkt der Überlegungen muss dabei jeweils das Ziel sein, ein griffiges Prüfschema für eine offene AGB-Inhaltskontrolle zu ermöglichen.

Frappant ist die Ähnlichkeit von Art. 8 UWG mit Art. 3 Abs. 1 der EU-Richtlinie 93/13/EWG (EU-RL)¹⁹⁷. Der EU-RL und Art. 8 UWG sind der Massstab von Treu und Glauben, die Beschränkung auf Verbraucherverträge sowie das erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis der Rechte und Pflichten gemeinsam. Im Gegensatz zur Bestimmung im UWG beinhaltet die EU-RL zusätzlich einen Klauselkatalog, welcher in 17 Artikeln beispielhaft aufzeigt, welche Art von Bestimmungen als unzulässig zu gelten haben. In seiner BOTSCHAFT hat der Bundesrat die Verbindung zwischen Art. 8 UWG und der EU-RL bestätigt¹⁹⁸. Für die Auslegung von Art. 8 UWG ist deshalb auch ein Blick auf die europäische Literatur zur EU-RL angebracht¹⁹⁹. Zu beachten ist jedoch, dass das Kriterium „ungerechtfertigt“, soweit ersichtlich, nur in der deutschen Fassung der EU-RL enthalten ist und der deutsche Gesetzgeber dieses selber nicht übernommen hat²⁰⁰. Im Verhältnis zu den meisten Sprachfassungen der EU-RL muss somit festgehalten werden, dass Art. 8 UWG mit dem Tatbestandsmerkmal „ungerechtfertigt“ ein zusätzliches Kriterium eingeführt hat. Dies gilt es bei der Heranziehung der europäischen Lehre zu beachten. Aus diesem Grund darf auch der Klauselkatalog der EU-RL nicht vorbehaltlos als Vorlage für die Bildung von Fallgruppen unlauterer AGB-Bestimmungen dienen. Dennoch wird der Katalog in der künftigen Gerichtspraxis nützlich sein²⁰¹.

b) Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 8 UWG ist auf Konsumenten limitiert. Da es in der schweizerischen Rechtsordnung keinen einheitlichen Konsumentenbegriff gibt und das UWG selber keine Definition enthält, gilt es herauszufinden, wer genau sich auf Art. 8 UWG berufen kann. Der Begriff des Konsumentenvertrags wird beispielsweise in

¹⁹⁷ Abrufbar unter: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:NOT>>.

¹⁹⁸ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6173; vgl. MAISSEN, S. 161; PICHONNAZ, S. 141.

¹⁹⁹ SCHMID, S. 6.

²⁰⁰ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 30.

²⁰¹ PICHONNAZ, S. 141.

Art. 32 Abs. 2 ZPO²⁰² (üblicher Verbrauch für persönliche oder familiäre Bedürfnisse), Art. 3 KKG (Vertrag einer natürlichen Person für eine nicht berufliche oder gewerbliche Tätigkeit) oder Art. 40a Abs. 1 OR (Verträge über Sachen und Dienstleistungen für den persönlichen oder familiären Gebrauch) definiert. Für die Auslegung beigezogen werden kann auch die Definition des Konsumenten in Art. 2 lit. b EU-RL (natürliche Personen, welche Verträge für einen nicht gewerblichen oder beruflichen Zweck abschliessen). Diesen Bestimmungen ist der Abschluss eines Vertrages für einen privaten Zweck des Abnehmers gemeinsam²⁰³. Nicht klar ist jedoch, ob Art. 8 UWG nur auf natürliche Personen anwendbar ist, denn auch Unternehmen können Verträge zu nicht gewerblichen Zwecken abschliessen. Der Bundesrat hielt in seiner BOTSCHAFT auch fest, dass Art. 8 UWG für Abnehmer aller Stufen gelten solle, da gerade KMU oftmals die schwächeren Vertragsparteien seien und sich in mit den Konsumenten vergleichbaren Situationen befänden²⁰⁴. Das Parlament schlug aber einen anderen Weg ein. Die Protokolle zur Entstehung von Art. 8 UWG zeigen, dass „Gewerbebetreibende“ und somit juristische Personen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden sollten²⁰⁵.

Eine Limitierung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf natürliche Personen ist nicht gerechtfertigt. Im Rahmen der Gleichbehandlung vor dem Gesetz soll denjenigen Personen derselbe Schutz gewährt werden, welche in gleicher Weise schutzbedürftig sind. KMU, welche ausserhalb ihrer geschäftlichen Tätigkeitsfelder Verträge eingehen, sind den Bedingungen von stärkeren Vertragspartnern ebenso ausgeliefert wie natürliche Personen. Beim persönlichen Anwendungsbereich darf es deshalb nicht auf die persönlichen Eigenschaften, sondern nur auf die jeweilige Verteilung der Verhandlungsstärke zwischen den Parteien ankommen²⁰⁶. Eine solche Betrachtungsweise gilt beispielsweise für die deutsche AGB-Kontrolle²⁰⁷. Und auch im französischen Recht können juristische Personen als Konsumenten gelten²⁰⁸. Aufgrund der Materialien zur Entstehung von Art. 8 UWG sowie der Anlehnung des Artikels an den Wortlaut der EU-RL wer-

²⁰² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

²⁰³ MAISSEN, S. 162.

²⁰⁴ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6173.

²⁰⁵ Votum von StR BÜRGI in der Ständeratssitzung vom 17. März 2011, Amtl. Bull. Nr. 2011 S. 304; Votum von BR SCHNEIDER-AMMAN in der Ständeratssitzung vom 17. März 2011, Amtl. Bull. Nr. 2011 S. 304 f.

²⁰⁶ Gl.M. MAISSEN, S. 164.

²⁰⁷ § 307 BGB spricht lediglich von den „Vertragspartnern“.

²⁰⁸ BOUVERAT, Rz. 425 ff.

den die schweizerischen Gerichte dieser Auffassung jedoch kaum folgen²⁰⁹. Unternehmen, welche Konsumentenkäufe abschliessen, werden sich somit auch in Zukunft v.a. mittels der Ungewöhnlichkeitsregel sowie den zwingenden Bestimmungen des Zivilrechts schützen müssen.

Ferner ist zu beurteilen, ob Art. 8 UWG nur auf Güter zum „üblichen Verbrauch“ in Anlehnung an Art. 32 Abs. 2 ZPO anwendbar ist oder ob ein weitergehender Verbraucherbegriff gilt. In der Lehre wird vertreten, dass mangels einer eigenen Definition im UWG auf diejenige der ZPO abzustellen sei²¹⁰. Der Konsumentenbegriff wäre demnach eng auszulegen. Stützt man sich jedoch nicht auf die ZPO, sondern beispielsweise auf den Wortlaut der EU-RL, so würden auch Reiseverträge, Verträge über den Kauf von Luxusgütern oder über den Abschluss von Lebensversicherungen als Konsumentenverträge gelten²¹¹.

Für den Massstab des „Verbrauchs“ sollen praktische Überlegungen den Weg weisen. Reiseverträge, Bankgeschäfte sowie Versicherungen werden wohl nahezu ausnahmslos mit Einbezug von AGB abgeschlossen. Alltagskäufe im Supermarkt werden es in der Regel hingegen nicht. Würde der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG auf den üblichen Verbrauch eingeschränkt, so würde die Wirkung der Inhaltskontrolle gerade dort ausgehebelt, wo sie am dringendsten gebraucht wird. Die neue Inhaltskontrolle hat deshalb für sämtliche Verträge zu gelten, welche nicht für berufliche oder gewerbliche Zwecke abgeschlossen werden.

AGB von Verträgen, welche ab Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 geschlossen wurden, unterliegen dem neuen Recht. Für früher eingegangene Verträge enthält das UWG keine Übergangsbestimmungen. Anwendbar sind somit die allgemeinen intertemporalen Regeln der Schlusstitel des ZGB (SchlT ZGB)²¹². Nach Art. 1 SchlT ZGB gilt grundsätzlich das Prinzip der Nichtrückwirkung des Rechts. Dies gilt auch für Rechtsverhältnisse, welche vor Inkrafttreten einer Bestimmung begründet wurden und nach dem Inkrafttreten noch wirken. Eine Ausnahme bilden jedoch Bestimmungen, mit

²⁰⁹ Vgl. SCHMID, S. 8; SCHOTT, S. 79; STÖCKLI, Offene Inhaltskontrolle, S. 186; a.M. PICHONNAZ, S. 141.

²¹⁰ HESS/RUCKSTUHL, S. 1195; SCHOTT, S. 79.

²¹¹ SCHMID, S. 9; vgl. STÖCKLI, Aufbruch, S. 202.

²¹² BÜHLER/STÄUBER, S. 87 f.; PICHONNAZ, S. 142.

denen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit geschützt werden sollen, die sog. „*ordre public*-Bestimmungen“. Diese finden nämlich auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung, unabhängig vom Zeitpunkt deren Entstehung²¹³. Es fragt sich also, ob Art. 8 UWG als Ausdruck des *ordre public* qualifiziert werden kann. PICHONNAZ bejaht in diesem Fall den *ordre public* u.a. in Anlehnung auf ein Urteil des EuGH, nachdem nationale Bestimmungen zum Verbraucherschutz „*le rang de normes d'ordre public*“ innehaben²¹⁴.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Auch wenn eine Rückwirkung dem Konsumentenschutz dienlich wäre, darf eine solche nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Ein Urteil des EuGH kann dabei nicht massgebend sein. Dies gilt umso mehr, als dass „*règles nationales qui occupent [...] le rang de normes d'ordre public*“ in der deutschen Fassung des Urteils mit „nationalen Bestimmungen, die im nationalen Recht zwingend sind“ übersetzt wird²¹⁵. Zwingende Bestimmungen sind jedoch nicht automatisch Teil des *ordre public*²¹⁶. Das Bundesgericht ist bei der Bejahung des *ordre public* dementsprechend auch generell zurückhaltend. Zweck einer *ordre public*-Bestimmung ist es, die „Verletzung grundsätzlicher sozialpolitischer und ethischer Anschauungen“ zu verhindern²¹⁷. Solche Bestimmungen müssen zu den „Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung“ gehören²¹⁸. Dazu gelten etwa die Art. 2 und 27 ZGB²¹⁹. In Anbetracht des politischen Ringens zur Frage, in welcher Form und ob überhaupt ein neuer Art. 8 UWG Bestand haben sollte, kann von einem Grundpfeiler der Rechtsordnung nicht die Rede sein. Art. 8 UWG gehört somit nicht zum *ordre public*. Eine Rückwirkung auf Verträge, welche vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurden, bleibt ihm verwehrt²²⁰.

Bei vielen AGB, welche zu vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossenen Verträgen gehören, werden aber in mehr oder weniger regelmässigen Abständen einzelne AGB-Klauseln abgeändert. Für nach Inkrafttreten von Art. 8 UWG geänderte Klauseln fragt sich, ob die-

²¹³ BÜHLER/STÄUBER, S. 88.

²¹⁴ PICHONNAZ, S. 143, mit Referenz zum EuGHE Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, Slg. 2009 I-09579, vom 6. Oktober 2009; eine Rückwirkung von Art. 8 UWG ebenfalls bejahend KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 79; a.M. SCHOTT, S. 80.

²¹⁵ EuGHE von oben Fn. 214, Rz. 52.

²¹⁶ BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109; BGE 100 II 105 E. 2 S. 112.

²¹⁷ BGE 119 II 46 E. 1.a S. 48.

²¹⁸ BGE 100 II 105 E. 2 S. 112.

²¹⁹ BGE 97 II 390 E. 3 S. 395.

²²⁰ Gl.M. BÜHLER/STÄUBER, S. 89; RUSCH, S. 444.

se dem alten oder dem neuen Recht unterstehen. Wie soeben dargelegt, gilt für den Vertrag als Ganzes grundsätzlich das Prinzip der Nichtrückwirkung. Bei konsequenter Anwendung dieses Prinzips könnte das alte Recht jedoch noch jahrzehntelang Anwendung finden, wie etwa bei Giroverträgen mit Banken, welche ihre AGB-Klauseln laufend anpassen, ohne die zugrunde liegenden Verträge aufzuheben und zu erneuern. Ein Teil der Lehre will geänderte AGB-Klauseln deshalb dem neuen Recht unterstellen²²¹. Gemäss anderer Ansicht ist es aber sowohl für die AGB-Verwender als auch für die Konsumenten unzumutbar, wenn ein Teil der Klauseln dem alten und ein anderer Teil dem neuem Recht untersteht. Auch für die geänderten Klauseln sei somit das alte Recht massgebend²²².

Es ist grundsätzlich richtig, dass Verträge nicht „aufgespaltet“ werden sollten. Verschiedene AGB-Klauseln sollen nicht unterschiedlichem Recht unterstellt werden, je nachdem, wann sie das letzte Mal abgeändert wurden. Dennoch darf es den Verwendern nicht auf unbegrenzte Zeit möglich sein, Klausel um Klausel ihrer AGB anzupassen, ohne dass der neue Art. 8 UWG anwendbar wird. Deshalb ist vom Grundsatz der Nichtrückwirkung des Gesetzes abzuweichen, wenn ein Vertrag durch die Änderung einzelner AGB-Klauseln in seinen wesentlichen Zügen so abgeändert wird, dass er einen neuen Charakter erhält. Ist dies der Fall, so muss die Gesamtheit der Klauseln dem neuen Recht unterstehen. Alles andere würde dem Gebot der Rechtssicherheit widersprechen.

c) Treu und Glauben

Der Verstoss gegen Treu und Glauben ersetzt im neuen Art. 8 UWG das bisherige Kriterium der Irreführung. Im Lauterkeitsrecht zielt der Grundsatz von Treu und Glauben in erster Linie auf ein faires und anständiges Verhalten im Wettbewerb ab²²³. Ob dieser Verstoss aber wie bei der Irreführung unter aArt. 8 UWG ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal bildet, ist fraglich. Dies hat der Bundesrat wohl bejaht und den Verstoss gegen Treu und Glauben in seinem Bericht zum UWG-Vorentwurf als „das die Unlauterkeit charakterisierende Element“ bezeichnet. Als Anwendungsbeispiele wurden unklar, verwirrend oder intransparent gestaltete oder formulierte AGB aufgeführt²²⁴. Damit fällt

²²¹ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 80.

²²² RUSCH, S. 444.

²²³ MAISSEN, S. 168.

²²⁴ ERLÄUTERNDER BERICHT zur Änderung des UWG vom 6. Juni 2008, S. 18.

der Bundesrat aber wieder in das alte Muster und vermischt die Inhaltskontrolle mit der Konsenskontrolle und der Ungewöhnlichkeitsregel²²⁵. So scheint in der Lehre auch nur eine Mindermeinung mit SCHOTT das eigenständige Tatbestandselement zu bejahen²²⁶. Dagegen sieht eine grössere Zahl von Autoren im Verstoss gegen Treu und Glauben kein eigenständiges Element, sondern den Massstab, nach welchem die eigentlichen Kriterien von Art. 8 UWG ausgelegt werden müssen²²⁷. Verlangt wird eine „umfassende Abwägung sämtlicher schützenswerten Interessen des AGB-Verwenders und der Gegenseite“²²⁸. Dabei sollen insbesondere die Geschäftserfahrenheit und die Rechtskundigkeit der Vertragspartner sowie die Kräfteverhältnisse berücksichtigt werden²²⁹. In Anbetracht des Umstands, dass mit dem neuen Art. 8 UWG eine griffige Grundlage für eine offene Inhaltskontrolle geschaffen werden sollte, ist diese Ansicht gerechtfertigt. Mit den Begriffen „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis“ bleibt der Rechtsprechung und Lehre noch genügend Konkretisierungsarbeit. Wäre es nötig, für das Element des Verstosses gegen Treu und Glauben noch einzelne Fallgruppen zu bilden, würde Art. 8 UWG wie sein Vorgänger der gewünschten Schlagkraft beraubt.

d) Missverhältnis

Art. 8 UWG setzt ein Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragspartner voraus. Dieses Missverhältnis muss zusätzlich als erheblich und ungerechtfertigt qualifiziert werden können. Das Zusammenwirken von Missverhältnis, Erheblichkeit und „ungerechtfertigt“ wirft auch die Hauptfragen zum neuen Art. 8 UWG auf: Welche dieser Elemente sind anhand von Treu und Glauben auszulegen und welche ohne jegliche Einzelfallwertung? Nach welchem Massstab beurteilt sich, ob ein Missverhältnis vorhanden ist? Worin unterscheiden sich die Voraussetzungen von „erheblich“ und „ungerechtfertigt“? Bei der Beantwortung dieser Fragen muss, wie bereits erwähnt, der Gedanke leitend sein, dass der Gesetzgeber mit dem neuen Art. 8 UWG eine wirksame und schlagkräftige Inhaltskontrolle von AGB ermöglichen wollte. Die verschiedenen Elemente sollen deshalb so weit wie möglich konkretisiert werden, und nicht ausschliesslich von Billigkeits- und Ermessensüberlegungen gesteuert werden.

²²⁵ HESS/RUCKSTUHL, S. 1202.

²²⁶ SCHOTT, S. 79.

²²⁷ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 46; MAISSEN, S. 167; RUSCH, S. 442; SCHWENZER, Rz. 46.04a.

²²⁸ SCHMID, S. 14; vgl. BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6179.

²²⁹ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6179.

Fraglich ist, aufgrund welches Referenzrahmens sich ein Missverhältnis der Rechte und Pflichten der Parteien ergeben kann. In der Lehre wird mit TH. KOLLER vertreten, dass dafür eine Wertung unter dem Grundsatz von Treu und Glauben vorzunehmen ist. Als Referenzmassstab diene dabei das dispositive Gesetzesrecht sowie die Vertragsnatur²³⁰. Demgegenüber hat sich der neue Art. 8 UWG gemäss HESS/RUCKSTUHL ausdrücklich vom Referenzrahmen der gesetzlichen Ordnung und der Vertragsnatur abgewendet. Dieser dürfe somit nicht mehr berücksichtigt werden. Massgebend seien nur noch allgemeine Grundsätze, wie die schonende Rechtsausübung, die Verhältnismässigkeit und das Gebot von Treu und Glauben²³¹. SCHOTT ist der Ansicht, der neue Art. 8 UWG stelle damit sogar höhere Anforderungen an die AGB-Kontrolle als das alte Recht²³².

Um eine wirkungsvolle Inhaltskontrolle zu ermöglichen, muss zumindest das Element des Missverhältnisses rein objektiv beurteilt werden, d.h. ohne jegliche Wertung oder Einzelfallbetrachtung. Wertungen bzw. eine Beleuchtung der Umstände anhand von Treu und Glauben haben gemäss dem hier vorgeschlagenen Vorgehen erst und alleine unter dem Kriterium „ungerechtfertigt“ zu erfolgen²³³. Die Wortwahl „Missverhältnis“ ist insofern unglücklich, als dass es bereits eine Wertung enthält. Besser wäre die Bezeichnung „Ungleichverteilung“²³⁴. In einem ersten Schritt ist die Verteilung der Rechte und Pflichten einzig mit dem dispositiven Recht zu vergleichen. Dabei ist jede vertragliche Abweichung davon als Missverhältnis zu qualifizieren. Auch in der Literatur zur EU-RL wird als Massstab für das Bestehen eines Missverhältnisses auf das Gesetz abgestellt²³⁵. Subsidiär zur gesetzlichen Ordnung darf insbesondere bei Innominatkontrakten auch die Vertragsnatur als Referenzrahmen dienen.

e) Erheblich und ungerechtfertigt

Gemäss BOTSCHAFT ist ein Missverhältnis dann erheblich und ungerechtfertigt, wenn es „mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der

²³⁰ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 40; MAISSEN, S. 170 f.; RUSCH, S. 442; vgl. SCHMID, S. 11.

²³¹ HESS/RUCKSTUHL, S. 1197 und 1199.

²³² SCHOTT, S. 80.

²³³ Siehe unten S. 45 f.

²³⁴ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 45.

²³⁵ PFEIFFER THOMAS, Art. 3 Richtlinie 93/13/EWG, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage, München 2009, A5 Art. 3 Rz. 55.

Klausel als die angemessene Folge erscheint“²³⁶. Zu den Voraussetzungen „erheblich und ungerechtfertigt“ werden verschiedene Ansichten vertreten. MAISSEN etwa will einzig die Erheblichkeit nach Massstab von Treu und Glauben prüfen, da ein gegen Treu und Glauben verstossendes erhebliches Missverhältnis ohnehin in jedem Fall ungerechtfertigt sei²³⁷. Nach STÖCKLI hingegen braucht der Massstab von Treu und Glauben überhaupt keine Beachtung, da jedes erhebliche Missverhältnis von Rechten und Pflichten in AGB gegen Treu und Glauben verstosse²³⁸. Die BOTSCHAFT wiederum kann so verstanden werden, dass sowohl die Erheblichkeit wie auch das Element „ungerechtfertigt“ unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben separat zu prüfen sind²³⁹.

Nach dem hier vorgeschlagenen Vorgehen ist das Missverhältnis, d.h. das Abweichen der AGB-Klauseln vom dispositiven Recht, der Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle. Die Abweichung muss, um unlauter zu sein, sodann zwei weitere Kriterien erfüllen. Sie muss einerseits objektiv („erheblich“) und andererseits subjektiv („ungerechtfertigt“) als unverhältnismässig qualifiziert werden. Wiederum gilt es, entsprechend dem Willen des Gesetzgebers, die Inhaltskontrolle griffig zu gestalten. Das objektive Element der Erheblichkeit ist deshalb ohne Einzelfallbetrachtung, ohne Interessenabwägung und ohne Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu prüfen. Massgebend ist einzig, ob eine Klausel spürbar bzw. mehr als nur geringfügig vom dispositiven Recht abweicht. Bei Innominatkontrakten muss die ungleiche Risiko- bzw. Interessenverteilung im Vergleich zur Vertragsnatur fühlbar sein²⁴⁰. Nicht zu folgen ist der Meinung von SCHOTT, wonach für Art. 8 UWG wie beim Übervorteilungstatbestand von Art. 21 OR ein „offenbares“ Missverhältnis verlangt werden soll²⁴¹.

Erst das subjektive Element „ungerechtfertigt“ erlaubt unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Abwägung aller relevanten Umstände²⁴². Hier entscheidet sich, ob der schwächere Vertragspartner vor bestimmten Wirkungen der AGB geschützt werden muss. Massgebend ist, ob der Fortbestand einer Klausel dem Grundsatz

²³⁶ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6179.

²³⁷ MAISSEN, S. 172 f.; vgl. KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 45 f.

²³⁸ STÖCKLI, Offene Inhaltskontrolle, S. 184.

²³⁹ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6178 f.

²⁴⁰ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201.

²⁴¹ SCHOTT, S. 80.

²⁴² Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201.

der Billigkeit widerspricht und als einzige zumutbare Folge deren Nichtigkeit erscheint²⁴³. Dabei ist ein Missverhältnis umso eher als ungerechtfertigt zu qualifizieren, als dass die betroffenen Rechte und Pflichten für das Vertragsverhältnis eine zentrale Stelle einnehmen²⁴⁴. Auch unter dem Element „ungerechtfertigt“ ist zu prüfen, ob einzelne unverhältnismässige Klauseln mit anderen kompensiert werden, welche wiederum zugunsten der schwächeren Partei ausfallen²⁴⁵. Bereits gemäss Wortlaut von Art. 8 UWG, der vom „Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten“ (jeweils in der Mehrzahl) spricht, muss eine solche Kompensation möglich sein²⁴⁶.

Die Frage, ob eine AGB-Klausel ein ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien herstellt, ist nach der hier vertretenen Auffassung das eigentliche Herzstück der neuen Inhaltskontrolle. Deshalb ist es auch nicht gerechtfertigt, bei Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses von einer natürlichen Vermutung auszugehen, dass das Missverhältnis unter Anwendung von Treu und Glauben auch ungerechtfertigt sei. Für das Kriterium „ungerechtfertigt“ gibt es somit keine Umkehr der Beweislast zuungunsten des AGB-Verwenders, wie dies teilweise in der Lehre gefordert wird²⁴⁷. Sowohl das objektive Element der Erheblichkeit als auch das subjektive Kriterium „ungerechtfertigt“ müssen vom Kunden dargelegt werden.

f) Rechtsfolge

Verletzt eine AGB-Klausel Art. 8 UWG, so ist sie nichtig. Die Nichtigkeit betrifft nach Art. 20 Abs. 2 OR aber nicht die gesamten AGB oder sogar den ganzen Vertrag, sondern nur denjenigen Teil, der gemäss den Voraussetzungen von Art. 8 UWG unzulässig ist²⁴⁸. Eine teleologische Reduktion einer Klausel auf einen zulässigen Gehalt ist ausgeschlossen²⁴⁹. Denn würden die Gerichte eine geltungserhaltende Reduktion der unzulässigen Klauseln vornehmen, könnten AGB-Verwender auf diese Rechtsfolge spekulieren. So

²⁴³ Vgl. BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6179.

²⁴⁴ Vgl. KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 43, hier jedoch in Zusammenhang mit der Erheblichkeit des Missverhältnisses.

²⁴⁵ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, S. 1201, welche die Kompensation unter dem Aspekt des erheblichen Missverhältnisses prüfen wollen.

²⁴⁶ Vgl. PICHONNAZ, S. 144; a.M. MAISSEN, S. 173 f.

²⁴⁷ So z.B. von SCHMID, S. 15; vgl. KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 47.

²⁴⁸ BOTSCHAFT zur Änderung des UWG, BBl 2009, S. 6180; PICHONNAZ, S. 144.

²⁴⁹ BGer Urteil 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1; HESS/RUCKSTUHL, S. 1211.

könnten Banken beispielsweise übermässige Schadensabwälzungsklauseln in ihre AGB integrieren, im Wissen, dass die Gerichte diese nicht aufheben, sondern lediglich auf ein zulässiges Mass reduzieren werden. Unter solchen Bedingungen würde Art. 8 UWG seiner präventiven Wirkung beraubt. Sinnvoller ist es, den AGB-Verwendern die Verantwortung zu überlassen, ihre AGB so zu formulieren, dass sie nicht einen Rückgriff auf das sonstige anwendbare Recht riskieren²⁵⁰. Somit gilt, dass unzulässige Klauseln gänzlich aufgehoben und durch dispositives Recht bzw. subsidiär durch richterliche Lückenfüllung ersetzt werden²⁵¹. Dazu kann sich der Konsument auf die besonderen lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe von Art. 9 ff. UWG beziehen²⁵².

g) Fazit

Ein *best case*-Szenario würde aus dem Blickwinkel der Kunden folgendermassen aussehen: Das Bundesgericht würde zu dem Begriff „Konsumenten und Konsumentinnen“ auch juristische Personen zählen, welche ausserhalb ihres Geschäftsbereichs Verträge abschliessen. Konsumentenverträge würden zudem nicht nur den „üblichen Verbrauch“, sondern generell all diejenigen Verträge einschliessen, welche nicht im Rahmen einer beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit eingegangen werden. Das Bundesgericht würde Art. 8 UWG weiter als Bestandteil des *ordre public* klassifizieren und das neue Recht auf alle Rechtsverhältnisse, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung, anwenden. Ein „erhebliches Missverhältnis“ würde bei all denjenigen AGB angenommen, welche spürbar vom dispositiven Recht abweichen. Sobald ein erhebliches Missverhältnis vorliegt, würde es dem AGB-Verwender obliegen, zu zeigen, dass die Verteilung der Rechte und Pflichten dem Grundsatz der Billigkeit noch entspricht und eine Nichtigkeit der betroffenen AGB-Klauseln nicht gerechtfertigt ist.

Im *worst case*-Szenario andererseits würde das Bundesgericht den Konsumentenbegriff eng auslegen, sodass nur natürliche Personen bei Verträgen über Güter oder Dienstleistungen zum „üblichen Verbrauch“ geschützt würden. Das neue Recht würde auch bei abgeänderten AGB nicht angewendet, sofern der zugrunde liegende Vertrag vor dem 1. Juli 2012 abgeschlossen wurde. Der Verstoss gegen Treu und Glauben, das Missverhältnis, die Erheblichkeit sowie das Element „ungerechtfertigt“ würden als separate

²⁵⁰ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 65 ff.; RUSCH, S. 443.

²⁵¹ PICHONNAZ, S. 144.

²⁵² BAUDENBACHER, S. 55; SCHMID, S. 16.

Kriterien und allesamt unter Billigkeitsaspekten geprüft werden. Aufgrund des unbestimmten Charakters der Begriffe würde das Bundesgericht die Anwendung von Art. 8 UWG aber möglichst vermeiden und den inhaltlich unzumutbaren AGB wie bisher mittels der Einbeziehungs- und Auslegungskontrolle sowie mit der Ungewöhnlichkeitsregel entgegentreten.

Die Lehre begegnet dem neuen Art. 8 UWG grösstenteils mit Skepsis. HESS/RUCKSTUHL etwa sind der Meinung, dass der neue Art. 8 UWG „meilenweit“ von einem Beitrag zu mehr Rechtssicherheit entfernt sei²⁵³. STÖCKLI wertet die Limitierung des Anwendungsbereichs auf Konsumenten als „massiven Rückschritt“²⁵⁴. TH. KOLLER freut sich immerhin auf „spannende Zeiten“²⁵⁵. Auch wenn das oben erläuterte *best case*-Szenario mit Sicherheit nicht eintreten wird, ist es doch unwahrscheinlich, dass sich das Bundesgericht auch nach dieser Gesetzesrevision an die verdeckte Inhaltskontrolle klammern wird. Indem die Lehre griffige Prüfprogramme zur lauterkeitsrechtlichen AGB-Inhaltskontrolle ausarbeitet, kann sie dem Bundesgericht den Weg zur offenen Inhaltskontrolle vereinfachen.

Schlussfolgerung

Untersteht ein grenzüberschreitender Kaufvertrag den Regeln des CISG und ist für die vom Übereinkommen nicht geregelten Bereiche schweizerisches Recht anwendbar, so richten sich Einbeziehungskontrolle und die Ungewöhnlichkeitsregel ausschliesslich nach den Bestimmungen des CISG. Bei der Inhaltskontrolle kommen einzig die Bestimmungen des schweizerischen Rechts zur Anwendung. Eine Differenzierung muss bei der Auslegungskontrolle vorgenommen werden: Ausgelegt wird grundsätzlich nach den Auslegungsregeln des CISG. Im Rahmen der Inhaltskontrolle müssen AGB aber nach Massgabe der nationalen Bestimmungen ausgelegt werden.

Der Hauptunterschied zwischen der AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht und dem CISG findet sich bei den Pflichten des Verwenders im Rahmen der Einbeziehung der

²⁵³ HESS/RUCKSTUHL, S. 1212.

²⁵⁴ STÖCKLI, Aufbruch, S. 204 f.

²⁵⁵ KOLLER TH., Art. 8 UWG, S. 80.

AGB in den Vertrag. Mit der Kenntnisverschaffungspflicht stellt das CISG im Gegensatz zur zumutbaren Kenntnisnahme des schweizerischen Rechts deutlich höhere Anforderungen. Ein AGB-Verwender wird deswegen vorzugsweise unter schweizerischem Recht Geschäfte eingehen, denn so besteht eher die Wahrscheinlichkeit, dass die Geltung seiner AGB nicht bereits an der Einbeziehungskontrolle scheitert. Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht bei den Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel. Nur im schweizerischen Recht darf sich ausschliesslich die wirtschaftlich oder strukturell schwächere Partei auf die Regel berufen. Ist die Stellung als schwächere Partei nicht eindeutig, hat der Kunde somit ein Interesse daran, den Vertrag nicht dem schweizerischen Recht, sondern dem CISG zu unterstellen. Im Ergebnis ist hinsichtlich der AGB-Kontrolle somit das schweizerische Recht als das verwenderfreundlichere, das CISG als das kundenfreundlichere Rechtssystem zu qualifizieren. Dies erklärt wohl zu einem gewissen Grad, weshalb Schweizer Unternehmen in internationalen Verträgen das CISG immer noch in grosser Zahl wegbedingen.

Eine Revision des CISG scheint sich zurzeit nicht abzuzeichnen. Dennoch seien hier kurz diejenigen Punkte erwähnt, die im Übereinkommen künftig ihren Platz erhalten sollten. Im Zeitalter der elektronischen Vertragsschlüsse über das Internet muss bezüglich der Kenntnisverschaffungspflicht bei AGB im *E-Commerce* Klarheit herrschen. Das Kriterium des „anderweitig zugänglich machen“ des BGH muss konkretisiert werden. Weiter wäre eine ausdrückliche Aufnahme der Ungewöhnlichkeitsregel wünschenswert. Als Referenz für den Wortlaut kann dabei Art. 2.1.20 der UNIDROIT Principles 2010 dienen. Und schliesslich sollte das Problem der *battle of forms* im CISG ausdrücklich geregelt werden. Sachgerecht wäre dabei eine Bestimmung, welche kollidierende AGB der *knock-out-rule* unterstellt. Auch hier würde es mit Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles 2010 bereits eine entsprechende Vorlage geben.

Das CISG überlässt die AGB-Inhaltskontrolle dem internen Recht der Vertragsstaaten. Das bedeutet, dass nationale Gesetzgeber nicht nur für landesinterne Geschäfte genügend Schutzmechanismen bereitstellen müssen. Auch der grenzüberschreitende Handel bedarf eines soliden Schutzes vor missbräuchlichen AGB. Im Vergleich zur Inhaltskontrolle gemäss anderen europäischen Rechtsordnungen sind die vom schweizerischen Recht vorgesehenen Möglichkeiten beschränkt. Nichts wäre unrühmlicher, als wenn

schweizerisches Recht deswegen als anwendbares Recht gewählt würde, weil AGB-Verwender hier ihre anderswo unzulässigen Bedingungen durchsetzen können. Deshalb darf es in der Schweiz nebst der Einbeziehungs- und Auslegungskontrolle sowie der Unklarheitenregel auch an einer griffigen Inhaltskontrolle nicht fehlen. Mit der Revision von Art. 8 UWG sind die Voraussetzungen dafür gesetzt. Eine weitere Möglichkeit für die Zukunft wäre die Erarbeitung eines *ad hoc* Gesetzes, welches sich alleine der AGB-Kontrolle widmet. Das Beispiel des deutschen BGB zeigt, dass sich das gesamte AGB-Recht inkl. einer Liste von unerlaubten Klauseln in zehn Artikeln regeln lässt. Um kein zusätzliches Gesetz zu schaffen, würde jedoch auch die Integration der wichtigsten Bestimmungen in den allgemeinen Teil des OR ausreichen. Dabei darf man zumindest eine Ausweitung des Schutzbereichs auf den kaufmännischen Verkehr wünschen. Wichtig ist jedoch einzig und alleine, dass man im schweizerischen AGB-Recht künftig von einer Inhaltskontrolle sprechen kann, die ihren Namen verdient.

Selbständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatuts vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.“²⁵⁶

Datum:

Unterschrift:

²⁵⁶ Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, mit Änderungen vom 14. Mai 2009.