

Die Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), insbesondere aus der Sicht des revidierten Art. 8 UWG

Von: Hanspeter Bütler, Fürsprecher und El.-Ing. HTL, Münchenbuchsee, Schweiz

1. Einleitung

AGB dienen vor allem der Vereinfachung des Vertragsabschlusses im Massengeschäft und sind fester Bestandteil der Vertragspraxis. Wer AGB aufstellt neigt dazu, Risiken möglichst auf die Gegenpartei abzuwälzen. Die Rechtsordnung lässt dies indes nicht beliebig zu und hat Mechanismen entwickelt, einseitigen AGB Grenzen zu setzen. Nachfolgend sollen die wichtigsten Punkte kurz erläutert werden.

2. Was sind AGB?

AGB sind Vertragsbestimmungen, die für eine Vielzahl gleichartiger Verträge vorformuliert sind.

Keine AGB liegen vor, wenn die Bestimmungen einzeln ausgehandelt oder individuell abgeändert wurden.

Insbesondere bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen (sog. Innominatverträgen), kommt der Anwendende kaum um AGB herum. Beispiele hierfür sind Leasing- oder Lizenzverträge. Auch die im IT-Bereich weit verbreiteten Verträge sind zumeist Innominatverträge. Ob die Risiken fair aufgeteilt sind, lässt sich meist nicht pauschal beurteilen und auf subsidiäre gesetzliche „Vorlagen“ kann nur beschränkt zurückgegriffen werden. Allein schon diese Aspekte machen eine Kontrolle, insbesondere die Inhaltskontrolle, anspruchsvoll.

3. Geltungskontrolle

Es geht darum zu prüfen, **ob die AGB überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind**. Hierüber muss vor Vertragsschluss zwischen den Parteien Konsens bestehen. Bei einer Globalübernahme bedeutet dies, dass die Gegenpartei vorgängig in zumutbarer Weise von den AGB hat Kenntnis nehmen können. Nach Vertragsschluss können AGB nicht mehr „nachgeschoben“ werden (es sei denn, dies werde im Nachhinein akzeptiert, was allerdings einer Vertragsänderung gleichkommt).

Es empfiehlt sich, im individuellen Teil des Vertrags und an gut sichtbarer Stelle (z. B. über der Unterschrift) auf die AGB zu verweisen und diese beizulegen. Bei **Online-Geschäften** muss die Genehmigung der AGB vor Vertragsabschluss nachgewiesen werden können (z. B. mit einer ausdrücklichen Zustimmung, bevor das Geschäft eingeleitet werden kann) und die AGB müssen gut sichtbar verlinkt sein.

4. Auslegungskontrolle

AGB sind an sich nach den gleichen Grundsätzen auszulegen wie individuelle Vertragsklauseln. Berücksichtigt werden die Vorstellungen der Parteien im Einzelfall. Dies bedeutet, dass individuelle Abreden vorgehen, auch wenn diese im Widerspruch zu den AGB stehen.

Im Zweifel gilt ausserdem die **Unklarheitsregel**. Ergibt sich aufgrund der Auslegung des Wortlautes kein klares Resultat, so sind AGB-Klauseln gegen den Verfasser der AGB auszulegen („in dubio contra stipulatorem“). Man geht hierbei davon aus, dass es der Verfasser in der Hand gehabt hätte, für klare Verhältnisse zu sorgen.

5. Inhaltskontrolle nach bisherigem Recht

Eine Inhaltskontrolle gibt es gestützt auf die europäische Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 vor allem im EU-Raum seit längerem. Auch Art. 8 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG) beabsichtigte eine Inhaltskontrolle für die Schweiz. In der parlamentarischen Beratung wurde indessen der Entwurf des Bundesrates entscheidend verändert und bezüglich der AGB-Verwendung der Passus „...in irreführender Weise...“¹ eingefügt, womit eine wirksame Inhaltskontrolle nicht mehr stattfinden konnte. Das Bundesgericht hat sich in der Folge auf eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle, vor allem über die Ungewöhnlichkeitsklausel, beschränkt und die Frage einer eigentlichen (offenen) Inhaltskontrolle offengelassen.

6. Inhaltskontrolle unter neuem Recht

Am 17. Juni 2011 haben die eidgenössischen Räte Art. 8 UWG wie folgt geändert:

«Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

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

Die neue Fassung wird am 1. Juli 2012 in Kraft treten und soll nun endlich die Inhaltskontrolle auch in die Schweiz bringen. Zweifel sind allerdings angebracht, wurde doch der (Vor-)Entwurf des Bundesrates erneut entscheidend geändert.

Betrachten wir nachfolgend einige Punkte etwas näher:

6.1 Zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten

Die neue Bestimmung beschränkt sich auf den Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten. Es ist aufgrund der parlamentarischen Beratungen davon auszugehen, dass **darunter nur natürliche Personen zu verstehen sind, die zu persönlichen oder familiären Zwecken Verträge abschliessen** (nicht jedoch zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken). **Unternehmungen, wie insbesondere KMU's, werden somit vom Schutzbereich nicht erfasst.**

6.2 In Treu und Glauben verletzender Weise

Gefordert ist nicht mehr eine Verwendung in irreführende Weise, **es genügt eine Verletzung von Treu und Glauben**, womit letztlich wohl eine Verletzung des Vertrauens des Betroffenen in eine aus objektiver Sicht von ihm zu Recht erwarteten Ordnung oder Regelung² gemeint ist. Fraglich ist jedoch, auf was sich der Passus im Kontext des Textes bezieht. Versteht er sich rein inhaltlich und be-

¹ Art. 8 UWG lautet in der bis Ende Juni 2012 geltenden Fassung wie folgt:

„Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“

Hinweis: Eine Beschränkung auf Verträge mit Konsumenten ist allerdings nicht vorgesehen.

² Normalerweise wird der Begriff allerdings eher im Zusammenhang mit Handlungsweisen verwendet.

zieht sich auf das erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis? Bei einer solchen Auslegung fällt es schwer, sich ein ungerechtfertigtes Missverhältnis der (inhaltlichen) Regelungen vorzustellen, das nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Auch die Ansicht, die Frage, ob das Missverhältnis ungerechtfertigt ist, sei nach Treu und Glauben zu beurteilen³, macht aufgrund des Wortlautes Schwierigkeiten.

Hingegen lässt sich der Passus „...in Treu und Glauben verletzender Weise...“ **durchaus auch allein auf die formale Gestaltung der AGB beziehen (unklar, verwirrend oder intransparent gestaltet bzw. formuliert)**. In genau diesem Sinn wurde übrigens auch Art. 8 lit. a des Vorentwurfs verstanden, dem eigentlichen Ursprung der Formulierung „...in Treu und Glauben verletzender Weise...“⁴.

Jedenfalls ist das Vorbild der Neuregelung, Art. 3 Abs. 1 der europäischen Richtlinie 93/13/EWG, diesbezüglich wesentlich besser formuliert und bezieht sich klar nur auf den Inhalt der Regelung⁵:

«Eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte oder Pflichten der Vertragspartner verursacht.»

Hinzu kommt, dass nach der Richtlinie der Bezugspunkt nur eine einzelne Klausel umfasst und nicht die ganzen AGB wie nach der schweizerischen Version. Weiter kann der Richtlinien-Passus „...entgegen dem Gebot von Treu und Glauben...“ im Kontext als zusätzliches Tatbestandsmerkmal problemlos entfallen, was aufgrund der schweizerischen Formulierung „...in ...verletzender Weise...vorsehen“ so nicht ohne weiteres möglich ist, weil zusätzlich auf die Art und Weise Bezug genommen wird, wie die gesamten AGB aufgebaut sind. **Genau besehen bedarf es nicht nur eines (inhaltlichen) erheblichen und unangemessenen Missverhältnisses, sondern die AGB müssen dies ausserdem in einer Treu und Glauben verletzender Weise vorsehen, womit nur die Form gemeint sein kann.** Ein klar und deutlich ausgewiesenes unangemessenes Missverhältnis wäre somit kein Verstoss gegen UWG 8. Dieses Ergebnis ist zwar unschön und entspricht sicher nicht der ursprünglichen Absicht, die Klausel kann jedoch ohne auslegungstechnische Verrenkungen kaum anders verstanden werden. **Setzt sich eine solche Auslegung durch, wäre gegenüber der bestehenden Lösung nicht viel gewonnen.** Die Gerichtspraxis wird zeigen, in welche Richtung es geht.

³ Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG in ZBJV Band 148 2012, S. 14

⁴ Gemäss Vorentwurf lautete Artikel 8 wie folgt:

„Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die:

- in gegen Treu und Glauben verstossender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder
- eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. „

Zur Auslegung von lit. a vgl. [Erläuternder Bericht](#) zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 29.5.2008, S. 18. Mit dem Vorentwurf lag eine konsistente Formulierung vor. Ein erster Schritt zur (erneuten) Verunstaltung wurde aufgrund der [Vernehmlassungsergebnisse](#) mit der Botschaft getan, indem die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben in den Einleitungssatz verschoben wurde (vgl. [Botschaft](#) des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.9.2009, BBl 2009 S. 6171); in der [parlamentarischen Beratung](#) wurde sodann lit. a gestrichen und nur noch lit. b beibehalten unter Integration des Einleitungssatzes.

⁵ Insbesondere mit „verursacht“ wird klar auf die Folgen hingewiesen, welche logisch nur vom Inhalt herrühren können; anders die schweizerische Version: „vorsehen“ („...die in Treu und Glauben verletzender Weise...vorsehen“) kann eigentlich nur auf die Form der AGB bezogen sein.

6.3 Erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten

Das Missverhältnis braucht nicht offensichtlich zu sein und erfasst auch die **Hauptleistungspflichten**⁶. Das Element der erheblichen Abweichung von der gesetzlichen Ordnung wurde in der parlamentarischen Beratung zwar gestrichen⁷. Es ist jedoch davon auszugehen, **dass auch so die dispositiven gesetzlichen Regelungen (soweit sie denn existieren) die Messgröße für die Beurteilung darstellen**, denn sie geben Auskunft über die Vorstellungen des Gesetzgebers über eine faire Rechte- und Pflichtenverteilung. Relevant ist allerdings nicht jede, sondern nur eine erhebliche Abweichung im Sinne eines Missverhältnisses zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten.

Bei **Innominatverträgen** helfen die gesetzlichen Bestimmungen nur insofern, als diese analog angewendet werden können (z. B. gem. Obligationenrecht). Darüber hinaus muss bei diesen Verträgen **eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdigen Interessen beider Parteien vorgenommen werden**⁸. **Von einem Missverhältnis ist auszugehen, wenn sich unter Berücksichtigung aller vertraglichen Aspekte eine klar unfaire (unbillige) Verteilung der vertraglichen Rechte und Pflichten ergibt.**

In Betracht fallen beispielsweise folgende **Klauseln**:

- Freizeichnungsklauseln: Haftung ist ausgeschlossen oder erheblich eingeschränkt
- Einseitige Änderungsmöglichkeiten hinsichtlich Preis, Fristen, Vertragsauflösung etc.
- Konventionalstrafen und pauschalisierte Schadenersatzleitungen
- Verrechnungsverbote
- Abreden über die Verjährung (z. B. Verkürzung der Fristen)
- Einwilligungsklauseln (z. B. zur Datenbearbeitung)
- Fiktionen über den Zugang von Erklärungen etc.
- Auslegungs- und Beweislastklauseln
- Rechtswahlklauseln
- Gerichtsstands- und Schiedsklauseln

6.4 Ungerechtfertigtes Missverhältnis

Das (erhebliche) Missverhältnis muss ausserdem ungerechtfertigt sein, damit UWG Art. 8 zum Tragen kommt. **Ein bestehendes Missverhältnis kann somit im Einzelfall gerechtfertigt sein**, beispielsweise wenn bei einem günstigen Occasionskauf die Garantie wegbedungen wird.

Rechtfertigende Umstände können auch darin liegen, dass **einer ungünstigen Regelung in einem Bereich eine günstige in einem anderen gegenüber steht**. Bei der Abwägung ist die Frage der Rechtfertigung **aufgrund der gesamten Umstände aus der Sicht einer neutralen, fairen Person zu beurteilen**. Letztlich geht es um eine Abwägung der gegenseitigen Interessen. Erscheinen diese aufgrund besonderer Umstände als fair und insgesamt ausgewogen berücksichtigt, kann von gerechtfertigten (einzelnen) Missverhältnissen ausgegangen werden, denn über alles gesehen besteht eben kein Missverhältnis mehr.

⁶ Anders die EU-Richtlinie

⁷ Vgl. Fussnote 4.

⁸ Botschaft, BBl 2009, S. 6179

7. Rechtsfolgen

Gegen Art. 8 UWG verstossende Klauseln sind **nichtig**; an ihre Stelle tritt das dispositive Recht (also z. B. die Regelungen des Obligationenrechts). Konsumentenschutzorganisationen haben ein Klagerecht und können damit eine abstrakte Kontrolle von AGB erzwingen.

Münchenbuchsee, 22. Februar 2012, H.-P. Bütler