

Ernst A. Kramer

Dr. iur., DDr. h.c., Prof. em. an der Universität Basel

Thomas Probst

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), lic. oec. HSG,
Prof. an der Universität Fribourg

Roman Perrig

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

Schweizerisches Recht der

Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

2. Auflage



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur zweiten Auflage.....	V
Vorwort zur ersten Auflage	VI
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXXI
Erster Teil: Grundlagen.....	1
§ 1 Einführung in das Recht der AGB.....	1
I. Relevanz, Funktionen und Rechtsnatur der AGB; Missbrauchsgefahr und Schutzbedürftigkeit des Kunden	1
1. Die faktische Relevanz und die Funktionen der AGB.....	1
2. Die Rechtsnatur der AGB in normativer und soziologischer Sicht.....	2
3. Die Missbrauchsgefahr.....	5
4. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden.....	7
5. Präzisierungen zur Schutzbedürftigkeit.....	13
II. Ansatzpunkte einer AGB-Kontrolle.....	15
1. Mögliche Kontrollmodelle	15
2. Wo setzt die richterliche AGB-Kontrolle an?	17
§ 2 Geschichtliche und rechtsvergleichende Hinweise.....	23
I. Rechtsgeschichte.....	23
II. Rechtsvergleichung	24
1. Deutschland	25
2. Österreich (unter Einbezug von Liechtenstein).....	30
3. Italien.....	33
4. Frankreich.....	34
§ 3 Europarechtliche Grundlagen der AGB-Kontrolle; AGB-Kontrolle nach dem UN-Kaufrecht und nach internationalen Restatements des Vertragsrechts.....	38
I. Die Klausel-Richtlinie der EU vom 5.4.1993	38
II. Der Entwurf der EU-Kommission zu einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) vom 11.10.2011	43
III. UN-Kaufrecht (CISG).....	45

IV.	Internationale Restatements zum Vertragsrecht (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC] sowie Principles of European Contract Law [PECL])	49
§ 4	Kurzer geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung des schweizerischen AGB-Rechts; Würdigung des <i>status quo</i>	52
I.	Die Judikatur des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel: Verdeckte Inhaltskontrolle	52
II.	Keine offene Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht; die lauterkeitsrechtliche Reaktion des Gesetzgebers	53
III.	Gesamtwürdigung des schweizerischen Wegs einer AGB-Inhaltskontrolle über das Lauterkeitsrecht	56
§ 5	Grundbegriffe des schweizerischen AGB-Rechts	58
I.	Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabrede?	58
1.	Der Begriff der AGB	58
2.	Der Begriff der Individualabrede	63
II.	Vollübernahme oder Globalübernahme von AGB?	64
III.	Das Zusammenspiel von AGB, Individualabrede, Vollübernahme und Globalübernahme im Rahmen der Konsenskontrolle	68
IV.	Die Begriffe des Konsumenten und des Unternehmers	69
1.	Allgemeines	69
2.	Der Begriff des Konsumenten	70
3.	Der Begriff des Unternehmers	72
Zweiter Teil:		
	Kontrollinstrumente des schweizerischen AGB-Rechts	73
§ 6	Überblick über die AGB-Kontrollinstrumente	73
I.	Gesetzliche Ausgangslage	73
II.	Die einzelnen AGB-Kontrollinstrumente	74
1.	Konsenskontrolle	75
2.	Auslegungskontrolle	76
3.	Gültigkeitskontrolle	76
4.	Offene Inhaltskontrolle	77
III.	Tragweite des Transparenzgebots	78
IV.	Reihenfolge der AGB-Kontrolle	80
§ 7	Konsenskontrolle	81
I.	Allgemeines	81
1.	Zweck und Inhalt der Konsenskontrolle	81
2.	Spezialgesetzliche Sonderregeln	82

II.	Rechtsgeschäftliche Einbeziehung der AGB (insb. Zugänglichkeitsregel).....	87
1.	Formen der Einbeziehung.....	87
a.	Ausdrückliche und konkludente (stillschweigende) Einbeziehung.....	87
b.	Globalübernahme und ihre Schranken.....	89
aa.	Globalübernahme und Vollübernahme.....	89
bb.	Zugänglichkeitsregel und Ungewöhnlichkeitsregel als Schranken.....	90
2.	Massgebender Zeitpunkt der Einbeziehung.....	93
a.	Einbeziehung vor bzw. bei Vertragsschluss.....	93
b.	Einbeziehung nach Vertragsschluss (nachgeschobene AGB)....	96
c.	Änderung oder Neufassung von AGB.....	97
3.	Deutlicher Hinweis auf AGB.....	101
a.	Anforderung an die Deutlichkeit.....	102
b.	Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss.....	107
c.	Aushang statt Hinweis.....	109
d.	Konkludente Verweisung.....	111
4.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme.....	112
a.	Zugänglichkeit der AGB als Konsenserfordernis.....	112
b.	Möglichkeit der Kenntnisnahme (Verfügbarkeit).....	116
c.	Zumutbarkeit der Kenntnisnahme.....	119
d.	Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss.....	124
5.	Transparenzgebot.....	127
a.	Verständlichkeit.....	129
aa.	Textgestaltung (Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit)....	129
bb.	Umfang der AGB.....	130
cc.	Verwendung von Fachausdrücken.....	131
dd.	Verweisung auf gesetzliche und weitere Vorschriften....	133
ee.	Staffelverweisungen.....	136
b.	Lesbarkeit der AGB.....	138
6.	Sprache der AGB.....	140
7.	Beweisfragen und Rechtsfolge.....	144
a.	Beweisfragen.....	144
b.	Rechtsfolge.....	147
III.	Wichtige Einzelfälle der Einbeziehung von AGB.....	151
1.	Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce).....	151
a.	Rechtsgeschäftliche Vereinbarung und massgebender Zeitpunkt.....	151
b.	Deutlicher Hinweis.....	154

c.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme.....	156
aa.	Verfügbarkeit.....	156
bb.	Technische Vorkehrungen.....	160
cc.	Klauseltransparenz	162
d.	Sprache.....	165
e.	Besonderheiten im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b).....	168
2.	Einbeziehung von ungewöhnlichen Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel)	169
a.	Grundlage und Grundsatz	169
b.	Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich.....	171
c.	Voraussetzungen im Einzelnen.....	172
aa.	Subjektive Ungewöhnlichkeit.....	174
bb.	Objektive Ungewöhnlichkeit.....	176
cc.	Besondere Hervorhebung – tatsächliche Kenntnis.....	182
d.	Rechtsprechungsübersicht.....	184
e.	Verwendung von Vertragsfloskeln.....	187
f.	Rechtsfolge und Beweis.....	188
3.	Einbeziehung von Gerichtsstands- und Schiedsklauseln.....	189
a.	Funktion, Rechtsnatur und Geltung von Gerichtsstandsklauseln.....	189
b.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im nationalen Geschäftsverkehr.....	192
aa.	Willenseinigung (Konsens)	192
aaa.	Vertrauensprinzip.....	192
bbb.	Klarheit und Deutlichkeit.....	194
ccc.	Zugänglichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB...197	
ddd.	Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB.....	199
eee.	Weitergeltung der «typographischen» Rechtsprechung?.....	200
bb.	Zwingende Gerichtsstände der ZPO.....	204
cc.	Formvorschriften gemäss ZPO.....	205
c.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des IPRG	210
d.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des LugÜ	213
e.	Schiedsklauseln in AGB	218
4.	Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b)	220
a.	Rechtsgeschäftliche Vereinbarung (insb. Zugänglichkeitsregel).....	220
b.	Deutlicher Hinweis.....	222

c.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme	224
aa.	Erkundigungs- und Verschaffungsobliegenheit	224
bb.	Klauseltransparenz	228
d.	Stillschweigende Einbeziehung (Wissen-Müssen als Regel?)	230
e.	Laufende Geschäftsverbindung	231
f.	Branchenüblichkeit	233
g.	AGB im kaufmännischen Bestätigungsschreiben	236
h.	AGB in der Auftragsbestätigung	240
i.	Sprache	241
j.	Ungewöhnlichkeitsregel	244
k.	Battle of the Forms	244
§ 8	Auslegungskontrolle	248
I.	Allgemeines	248
1.	Begriff und Einordnung der Auslegungskontrolle	248
2.	AGB-Auslegung als Individualkontrolle	248
3.	Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung	252
4.	Besondere Auslegungsgrundsätze	256
II.	Vorrang der Individualabrede	257
1.	Grundsatz und Anwendungsbereich	257
2.	Beweis und Rechtsfolge	260
3.	Grundlage und Rechtfertigung	261
4.	Abgrenzung Individualabrede vs. AGB	262
5.	Anwendungsfälle	263
6.	Vermeidung von Widersprüchen	265
7.	Vertretungsmacht und Bestätigungsvorbehaltsklauseln	266
III.	Unklarheitenregel	268
1.	Grundsatz	268
2.	Grundlage und Rechtfertigung	269
3.	Anwendungsbereich und Voraussetzungen	272
a.	Anwendungsbereich	272
b.	Mehrdeutiger Klauselinhalt – Subsidiäre Geltung	273
c.	Einseitig gestellte AGB-Klausel	275
d.	Kundenfreundliche Variante	276
4.	Anwendungsbeispiele	277
5.	Rechtsfolge und Verhältnis zur Inhaltskontrolle	280
a.	Kundenfreundlichste Auslegung der Unklarheitenregel	280
b.	Vorrang der kundenfeindlichsten Auslegung der Inhaltskontrolle	281
6.	Kritik	282
7.	Weitere Regeln für Zweifelsfälle	283

IV.	Gesetzeskonforme Auslegung (inklusive Restriktionsprinzip).....	284
1.	Prinzip und Teilgehalte.....	284
2.	Restriktionsprinzip	285
3.	Vorrangregel bei mehrdeutigen Klauseln.....	286
4.	Wiederholung von Gesetzesbestimmungen.....	286
5.	Kritik	287
V.	Vertraglich vereinbarte Auslegungsregeln.....	287
§ 9	Gültigkeitskontrolle	289
I.	Allgemeines	289
II.	Relevante Einzelbestimmungen.....	290
§ 10	Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011)	296
I.	Die historische Entwicklung von Art. 8 UWG	296
1.	Die Entstehung von Art. 8 UWG (1986).....	296
2.	Die Kritik an Art. 8 UWG (1986).....	297
3.	Die Revision von Art. 8 UWG (1986).....	298
4.	Der Vergleich von Art. 8 UWG (1986) und Art. 8 UWG (2011).....	300
II.	Die intertemporale Anwendung von Art. 8 UWG (2011).....	301
1.	Ab 1. Juli 2012 vertraglich vereinbarte bzw. verwendete AGB	301
2.	Vor dem 1. Juli 2012 verwendete bzw. vertraglich vereinbarte AGB.....	302
III.	Die internationalprivatrechtliche Anwendung von Art. 8 UWG (2011).....	306
IV.	Stand des AGB-Rechts in der Europäischen Union und seine Bedeutung für die Schweiz	308
1.	Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	308
2.	Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13/EWG	310
a.	Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung.....	310
b.	Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung.....	316
c.	Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung.....	324
d.	Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung.....	380
3.	Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz.....	479
4.	Weitere Erkenntnisquellen	481
V.	Der Normzweck	482

VI. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG (2011).....	482
1. Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	483
2. Das Erfordernis eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	485
a. «Vorsehen» oder «Verursachen» eines Missverhältnisses durch AGB?	486
b. Feststellung des Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten	487
aa. Entstehungsgeschichte.....	487
bb. Die Feststellung des «Missverhältnisses» als Grundvoraussetzung der Unlauterkeit von AGB.....	488
cc. Gesetzesmaterialien	488
dd. Die Regeln der vertraglichen Lückenfüllung als Referenzrahmen.....	489
c. Die «Erheblichkeit» des Missverhältnisses	491
d. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»?	493
aa. Ausgangslage vor dem Hintergrund des Unionsrechts	493
bb. Helvetischer Sonderfall?	495
aaa. Allgemeines	495
bbb. Kompensation nachteiliger AGB mit vorteilhaften Vertragsbestimmungen	497
ccc. Umfang und Grenzen der Kompensation.....	497
e. Ergebnis	499
3. Das Erfordernis der «Treuwidrigkeit» eines (erheblichen und ungerechtfertigten) Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	500
a. Ausgangslage	500
b. Die Auslegung des Begriffs der «Treuwidrigkeit»	502
4. Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten.....	505
a. Neue Ausgangslage für KMU	505
b. Der Begriff des «Konsumenten»	506
VII. Rechtsfolge	511
VIII. Prüfungsraster zur offenen Inhaltskontrolle von AGB.....	514
IX. Die neue Bestimmung von Art. 8a UWG	516
1. Entstehungsgeschichte.....	516
2. Anwendungsbereich	518
3. Tatbestandsvoraussetzungen	518
a. Buchung von Beherbergungsdienstleistungen	518
b. Betreiber einer Online-Buchungsplattform	519

c. Einschränkung der Vertragskonditionen durch AGB.....	520
aa. Allgemeines.....	520
bb. Vertragsbedingungen für den Erwerb von Beherbergungsdienstleistungen.....	521
cc. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Paritätsklauseln.....	522
d. Missbräuchlichkeit der Verwendung von Paritätsklauseln?.....	524
4. Rechtsfolge.....	526
5. Bewertung der neuen Bestimmung von Art. 8a UWG	526
Dritter Teil: Einzelfragen des schweizerischen AGB-Rechts	529
§ 11 Das Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG (2011)	529
I. Nicht-Konsument als AGB-Übernehmer	529
II. Konsument als AGB-Übernehmer	530
§ 12 Klage eines AGB-Verwenders gegen andere AGB-Verwender	532
§ 13 Verbandsklagen (Konsumentenschutzorganisationen) und Klagen des Bundes	533
§ 14 Potentiell problematische AGB.....	538
I. Schranken des zwingenden Rechts (Gültigkeitskontrolle).....	538
1. Gerichtsstandsklauseln für Konsumenten.....	539
2. Haftungsausschluss- und Haftungsbeschränkungsklauseln.....	539
II. Klauseln über die einseitige Abänderung von AGB oder anderen Vertragsbestimmungen	542
III. Klauseln über die automatische Vertragsverlängerung.....	547
IV. Klauseln über die kostenpflichtige Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht (Garantieverlängerung).....	551
V. Klauseln über die Zinspflicht auf dem Gesamtschuldbetrag trotz erfolgter Teilzahlung.....	552
VI. Klauseln über den partiellen Verzicht auf das Bankkundengeheimnis	553
1. Grundlagen	553
2. Konsenskontrolle.....	557
3. Gültigkeitskontrolle.....	559
4. Auslegungskontrolle.....	559
5. Offene Inhaltskontrolle.....	560
VII. Klauseln über die Bekanntgabe von Kundendaten an Dritte	561
VIII. Klauseln über den einseitigen Verzicht auf das Verrechnungsrecht	565
IX. Genehmigungs- und Zustellungsfiktionsklauseln	566
X. Klauseln über das Einhalten der gebuchten Reiseroute bei Flugreisen.....	571

§ 15 Kartellrechtliche Kontrolle von AGB	574
I. Allgemeines	574
II. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels AGB?	574
1. Tatbestandsvoraussetzungen	574
2. Beurteilung im Hinblick auf AGB.....	577
3. Ergebnis.....	581
III. Missbräuchliche Durchsetzung von AGB durch marktbeherrschende Unternehmen.....	581
1. Tatbestandsvoraussetzungen	581
2. Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von AGB	583
3. Ergebnis.....	588
Anhang:	589
Rechtsvergleichende Bestimmungen zum AGB-Recht.....	589
I. RL 93/13/EWG	589
II. §§ 305–310 BGB	598
III. Principles of International Commercial Contracts (PICC).....	606
IV. Principles of European Contract Law (PECL).....	611
Entscheidregister	613
1. Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts.....	613
a. Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide	613
b. Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide.....	619
2. Entscheide des Gerichtshofes der Europäischen Union	624
Stichwortverzeichnis	637