

Unsere Anwältinnen und Anwälte

Andreas Bättig, lic. iur., LL.M.
Marc Bernheim, Dr. iur., LL.M.
Irene Biber, Dr. iur.
Christoph Gasser, Dr. iur., LL.M.
Gaudenz Geiger, lic. iur., LL.M.
Markus Gottstein, lic. iur.
Eva Gut, lic. iur.
Michael Hamm, Dr. iur., TEP
Damian Hess, lic. iur., LL.M.
Andrin Hofstetter, lic. iur.
Philipp Känzig, lic. iur.
Martin Kern, M.A. HSG
Stefan Knobloch, PD Dr. iur.
Urs Leu, Dr. iur.
Peter Lutz, Dr. iur., LL.M.
Marc Metzger, Fürspr., LL.M.
Natalie Peter, Dr. iur., LL.M., TEP
Pascal Sauser, MLaw

Daniel Sauter, Dr. iur.
Marc Schmid, MLaw
Thomas Schmid, lic. iur., LL.M.
Florian Schneider, lic. iur.
Hans-Peter Schwald, lic. iur. HSG
Hans-Rudolf Staiger, Dr. iur., TEP
Jonas Stüssi, lic. iur.
Thiemo Sturny, Dr. iur., LL.M.
Cyrill Süess, lic. iur. HSG
Gian Andri Töndury, lic. iur., LL.M., TEP
Yasemin Varel, lic. iur.
Severine Vogel, MLaw, LL.M., dipl. Steuerexpertin
Stephanie Volz, Dr. iur.
Peter von Burg, MLaw
Désirée Wiesendanger, lic. iur., LL.M.
Sarah Witschi, MLaw
Jennifer Zimmermann, MLaw*

* Nicht als Rechtsanwalt zugelassen.

Staiger, Schwald & Partner AG

Genferstrasse 24
Postfach 2012
CH-8027 Zürich
Fon +41 58 387 80 00
Fax +41 58 387 80 99

Elfenstrasse 19
Postfach 133
CH-3000 Bern 15
Fon +41 58 387 88 00
Fax +41 58 387 88 99

ssplaw@ssplaw.ch | ssplaw.ch

STAIGER, SCHWALD & PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Juni 2015

paragraph

01 «Thinkabouts» bei der Verwendung von Allgemeinen
Geschäftsbedingungen

08 Art. 8 UWG - Erste Erkenntnisse aus der Praxis

thema

*«Thinkabouts» bei der
Verwendung von Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, insbeson-
dere im Hinblick auf eine ge-
richtliche Auseinandersetzung.*

Die rechtskonforme Verwendung von
Allgemeinen Geschäftsbedingungen
(„AGB“) im Geschäftsalltag ist für den
AGB-Verwender in vielerlei Hinsicht
vorteilhaft. Werden hingegen ele-
mentare Regeln bei der Verwendung
von AGB unberücksichtigt gelassen,
kann das Vertragsverhältnis schnell
zur «Büchse der Pandora» werden. Der
AGB-Verwender sieht sich dann viel-
fach mit einer wesentlich schlechte-
ren Rechtsstellung konfrontiert, als
wenn er bewusst auf den Einsatz von
AGB verzichtet hätte.

EINLEITUNG

Die gewichtige Bedeutung von AGB im Geschäftsverkehr ist auf das Rationalisierungsbedürfnis bei der Vertragsentwicklung sowie dem Wunsch nach einer «standardisierten» rechtlichen Besserstellung der AGB-Verwender im Geschäftsalltag zurückzuführen. Letztere Funktionen erfüllen AGB indessen nur dann, wenn deren Regelungsgehalt Vertragsbestandteil wird, im Konfliktfall auch gerichtlich durchsetzbar ist und die AGB aufgrund ihres Inhalts letztlich geeignet sind, die Rechtsstellung des AGB-Verwenders tatsächlich zu verbessern.

Dieser Beitrag soll einerseits Licht in die Problematik des rechtswirksamen Einbezugs von AGB und den Umgang mit AGB-Kollisionen («Battle of the Forms») bringen sowie aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen AGB während des laufenden Vertragsverhältnisses abgeändert werden können. Andererseits möchte dieser Beitrag auf zentrale AGB-Bestimmungen hinweisen, welche im Prozessfall die gerichtliche Durchsetzung von Vertragsansprüchen massgebend erleichtern können.

STAIGER, SCHWALD & PARTNER
RECHTSANWÄLTE



Die Bezeichnung des zuständigen Gerichts sowie die geeignete Wahl des auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden Rechts können bei der Anspruchs-durchsetzung im Konfliktfall entscheidend sein.

Philipp Känzig, Rechtsanwalt, lic. iur.

DIE GELTUNG VON AGB UND IHRE SCHRANKEN

Die Schweizer Gesetzgebung enthält kaum spezifische Vorschriften zur Geltung von AGB (vergleiche zum Spezialfall von Art. 8 UWG den Folgebeitrag). Entsprechend hat die Rechtsprechung ein dreistufiges AGB-Kontrollsystem entwickelt, anhand dessen die Geltung von AGB beurteilt wird. Dieses umfasst die Konsens-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle.

(1) Zur Konsenskontrolle im Einzelnen

AGB sind vorformulierte Vertragsbestimmungen. Wie jeder andere Vertragsinhalt erlangen AGB zwischen den Vertragsparteien nur dann Geltung, wenn die Parteien übereinkommen, dass diese Bestimmungen Inhalt des Vertrags werden sollen.

Bei der Art des Einbezugs von AGB wird dogmatisch zwischen der Vollübernahme und der Globalübernahme von AGB durch die zustimmende Vertragspartei unterschieden. Werden AGB von der zustimmenden Vertragspartei vollständig gelesen, verstanden und akzeptiert, ist von einer Vollübernahme auszugehen. Die Vollübernahme bildet im Geschäftsalltag jedoch die Ausnahme. In der Regel werden AGB im Geschäftsverkehr von der zustimmenden Partei «global» übernommen, also ohne diese sorgfältig gelesen und verstanden zu haben. In diesem Fall erlangen die AGB nur bei

Einhaltung folgender Voraussetzungen Geltung:

(a) Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB

Bei einer Globalübernahme werden die AGB nur vom Konsens der Parteien erfasst, wenn die zustimmende Partei vor Abgabe ihrer Vertragsannahmeerklärung die Möglichkeit hatte, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu erlangen. Ob die Kenntnisnahme für die zustimmende Partei zumutbar war, ist im Einzelfall zu beurteilen. Bei der Beurteilung wird dabei insbesondere die Geschäftserfahrung der Vertragsparteien wie auch die Erscheinungsform der AGB berücksichtigt.

Inwiefern in Papierform übergebene AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden konnten, beurteilt sich insbesondere anhand der Art und Grösse des Schriftbildes, der verwendeten Sprache, dem Umfang der AGB sowie der Darstellung.

Soweit AGB bloss «online» zugänglich sind, ist zunächst zu klären, ob die Parteien der elektronischen Form der Kommunikation zugestimmt haben. Haben die Parteien bereits vor Vertragsschluss per E-Mail kommuniziert, kann daraus grundsätzlich das Einverständnis der Vertragsparteien abgeleitet werden, das Internet bzw. den elektronischen Weg auch für die Kenntnisnahme von AGB zu nutzen. Zusätzlich wird ein klarer Hinweis auf die AGB verlangt, sowie die Möglichkeit der zustim-

menden Partei, die AGB mittels durchschnittlicher Informatikinfrastruktur problemlos heruntergeladen, auf Endgeräte kopieren oder ausdrucken zu können. Andernfalls gilt die Kenntnisnahme als unzumutbar, und die AGB werden in der Regel nicht Vertragsbestandteil.

Die vorstehenden Ausführungen illustrieren, dass insbesondere die «global» übernommenen AGB Anlass zur Diskussion geben. Im Streitfall wird diejenige Partei, der die AGB zum Nachteil gereichen, sich auf den Standpunkt stellen, sie habe die AGB nicht in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen können. Aus Beweisgründen empfiehlt es sich deshalb, bereits bei Vertragsschluss sicherzustellen, dass im Streitfall bewiesen werden kann, dass der Vertragspartner Kenntnis einer spezifischen Fassung der AGB hatte. Die einfachste Möglichkeit, diese Beweisproblematik zu vermeiden, besteht darin, den Vertragspartner im Vertrag selbst unterschreiben zu lassen, dass er die AGB in einer definierten Fassung erhalten und zur Kenntnis genommen hat.

(b) Gewöhnliche AGB gemäss Ungewöhnlichkeitsregel

Ausserdem müssen die global übernommenen AGB der Ungewöhnlichkeitsregel standhalten. In Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel werden im Falle der Globalübernahme von AGB diejenigen Klauseln nicht Vertragsbestandteil, welche ungewöhnlich sind und auf welche die den AGB zustimmende Partei nicht

besonders hingewiesen worden ist (z.B. durch optische Hervorhebung). Ungewöhnlich sind Bestimmungen der AGB, die im Kontext des abgeschlossenen Vertrages atypisch sind und die daher überraschen.

(2) Zur Auslegungskontrolle im Einzelnen

Soweit AGB vom Konsens der Vertragsparteien erfasst und entsprechend Vertragsbestandteil sind, ist bei unklaren Formulierungen deren Sinngehalt zu ermitteln. Im Allgemeinen erfolgt die Auslegung von AGB nach den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten allgemeinen Auslegungsgrundsätzen. Besondere Bedeutung kommt hier der Unklarheitsregel zu. Nach der Unklarheitsregel werden unklar formulierte Klauseln im Zweifel zulasten des AGB-Verwenders bzw. Verfassers ausgelegt.

(3) Zur Inhaltskontrolle im Einzelnen

Im Rahmen der Inhaltskontrolle werden die AGB auf ihre Vereinbarkeit mit geltendem Recht geprüft. Namentlich ist zu eruieren, ob die AGB einen widerrechtlichen Inhalt haben, weil sie gegen zwingendes Recht verstossen. Dies hätte ihre Nichtigkeit zur Folge. Diesfalls werden die nichtigen Bestimmungen der AGB durch das zwingende Recht ersetzt.

Im Rahmen der Inhaltskontrolle werden die AGB nicht auf Übereinstimmung mit dem dispositiven (also nicht zwingendes) Recht geprüft.

Schliesslich ist es gerade der Sinn von AGB, das dispositives Recht zugunsten des AGB-Verwenders abzuändern oder zu ergänzen. Dispositives Recht wird jedoch zur Lückenfüllung herangezogen.

Der zweckdienliche Einsatz von AGB setzt deren regelmässige Überprüfung voraus, wobei ein besonderes Augenmerk auf die Vereinbarkeit der AGB mit revidierten Gesetzen zu richten ist.

Rechtsslage beim Einbezug verschiedener sich widersprechender AGB

Geschäftsteilnehmer werden im Geschäftsalltag häufig mit sogenannten AGB-Kollisionen konfrontiert. Eine AGB-Kollision liegt bspw. dann vor, wenn sowohl der Verkäufer beim Versand seines Angebots als auch der Besteller bei dessen Annahme auf ihre eigenen AGB verweisen und demzufolge beide Vertragsparteien jeweils ihre AGB auf ein Vertragsverhältnis für anwendbar erklären. In der Praxis spricht man in diesem Fall auch von einem «battle of the forms».

Die Rechtsauffassungen, wie eine AGB-Kollision zu entscheiden ist, gehen auseinander. Von einem (kleineren) Teil der Schweizer Lehre wird die Theorie der „last shot rule“ befürwortet. Nach dieser Theorie sind die letztversandten AGB (daher in der Regel die AGB des Be-

stellers) für das Vertragsverhältnis massgebend, es sei denn, die erstversandten AGB (daher die AGB des Anbieters) enthalten eine sog. antizipierte Abwehrklausel, wonach der Besteller keine anderen AGB als die seinen anerkennt.

Die herrschende Lehre möchte AGB-Kollisionen nach der «Restgültigkeitstheorie» beurteilt sehen. Danach erlangen nur die übereinstimmenden Bestimmungen der beiden AGB Geltung. Den sich widersprechenden Bestimmungen der AGB wird die Geltung hingegen gänzlich versagt, und die entstehenden Regelungslücken sind durch subsidiär zur Anwendung gelangendes Recht zu ergänzen. Die spärliche Schweizer Rechtsprechung scheint in Richtung dieser zweiten Lehrmeinung zu gehen.

Änderung von AGB während laufendem Vertrag

In der Praxis finden sich zwei Varianten, wie sich AGB-Verwender Änderungen der AGB während des laufenden Vertrages vorbehalten. Unterschieden wird zwischen dem «einseitigen Änderungsrecht» und der «Zustimmungsfiktion». Es sprengt den Rahmen dieses Beitrags, diesbezüglich auf weitere Einzelheiten einzugehen. Diese Frage spielt vor allem im Verkehr zwischen Privatpersonen und Finanzdienstleister wie Banken – welche sich in der Regel auf die Zustimmungsfiktion verlassen – eine Rolle und weniger bei Anwendern aus der Industrie.



Werden elementare Regeln bei der Verwendung von AGB unberücksichtigt gelassen, kann das Vertragsverhältnis schnell zur «Büchse der Pandora» werden.

Jonas Stüssi, Rechtsanwalt, lic. iur

ZENTRALE THEMEN IN AGB IM HINBLICK AUF EINE GERICHTLICHE AUSEINANDERSETZUNG

Die Bezeichnung des zuständigen Gerichts sowie die geeignete Wahl des auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden Rechts können bei der Anspruchsdurchsetzung im Konfliktfall entscheidend sein. Im internationalen Geschäftsverkehr kann vom AGB-Verwender so das Risiko vermindert werden, dass ein Konflikt vor den Gerichten und/oder nach dem Recht eines Landes ausgetragen wird, welches über kein verlässliches Rechtssystem verfügt.

(1) Gerichtsklauseln in AGB

Mit einer rechtskonform übernommenen Gerichtsstandsklausel in AGB wird der zustimmenden Partei der ihr zustehende, in der Schweiz gar verfassungsmässig garantierte Wohnsitzgerichtsstand entzogen. Deshalb stellen der Gesetzgeber und das Bundesgericht an die Form und die Ausgestaltung solcher Klauseln in den AGB erhöhte Anforderungen und erachten diese bei Nichterfüllen dieser Anforderungen für unwirksam. Zunächst ist generell zu beachten, dass die Gerichtsstandsklausel formgebunden ist. Die Gerichtsstandsklausel hat in der Regel schriftlich oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Weiter muss das zuständige Gericht in der Gerichtsstandsklausel genügend bestimmt bzw.

bestimmbar sein. Zudem ist die sachliche Reichweite der Gerichtsstandsklausel zu bezeichnen, für welche das bestimmte Gericht zuständig sein soll (bspw. sämtliche Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertrag).

Die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsklausel in AGB ist wiederum nach dem dreistufigen AGB-Kontrollsystem zu beurteilen (vgl. vorstehend). Die Anforderungen, welche an die Gerichtsstandsklausel in AGB gestellt werden, hängen massgeblich von der Geschäftserfahrung der zustimmenden Partei ab. Je nach der Geschäftserfahrung der zustimmenden Partei reicht es, dass die Gerichtsstandsklausel innerhalb der AGB bloss an gut sichtbarer Stelle angebracht ist und hervortritt – dies ist im geschäftlichen Verkehr in der Regel der Fall. Unter Umständen ist sogar erforderlich, dass die zustimmende Partei darüber hinaus besonders auf die Gerichtsstandsklausel hingewiesen und ihre Bedeutung im Vorfeld erklärt werden muss, um Rechtswirkung zu entfalten. Die Anforderungen an die Formulierungen und die vorzunehmenden Hinweisbemühungen sind nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

(2) Schiedsklauseln in AGB

Durch eine Schiedsklausel in den AGB wird ein zukünftiger Rechtsstreit zwischen den Parteien der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen und dem bezeichneten Schiedsgericht unterstellt.

Obwohl grundsätzlich möglich, empfiehlt es sich, Schiedsklauseln einzelfallbezogen direkt im Vertrag zu regeln. Für das Massengeschäft sind sie – mit einigen Ausnahmen – ungeeignet. Auch ist zu beachten, dass Schiedsklauseln nur dort zu empfehlen sind, wo allfällige Streitigkeiten einen grossen Streitwert haben könnten.

(3) Rechtswahlklauseln in AGB

Vertragsparteien beabsichtigen in der Regel, zumindest die wesentlichsten Vertragsrechte und -pflichten im Vertrag abschliessend zu regeln. Soweit aber Regelungslücken bestehen und diesbezüglich zwischen den Vertragsparteien ein Konflikt entbrannt, werden Regelungslücken unter anderem nach dem subsidiär anwendbaren Recht beurteilt. Gerade bei sehr komplexen Vertragsverhältnissen, bei welchen kaum sämtliche Eventualitäten vertraglich antizipiert werden können, wird das subsidiäre Recht früher oder später zumindest konsultiert werden müssen.

Oft denken AGB-Verwender, durch Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel stünde auch das auf den Vertrag anwendbare Recht fest oder – umgekehrt – die Rechtswahl bestimme auch den Gerichtsstand. Dies ist nicht der Fall und kann zu rechtlich katastrophalen Situationen führen. Vereinbart ein AGB-Verwender beispielsweise mit einem Lieferanten aus Indien das schweizerische Recht als auf das Ver-

tragsverhältnis anwendbar, wären für eine Klage gegen den Lieferanten unter Umständen gleichwohl die Gerichte in Indien zuständig. Wird mit dem gleichen Lieferanten keine Rechtswahl, sondern bloss ein Gerichtsstand in der Schweiz vereinbart, müsste der Streit vor einem schweizerischen Gericht allenfalls unter Anwendung des indischen materiellen Rechts ausgetragen und entschieden werden.

Den Parteien steht es grundsätzlich frei, ein beliebiges Recht eines Staates, ein materielles Einheitsrecht wie bspw. das Wiener Kaufrecht oder aber Rechtsregeln (bspw. SIA-Normen) zu wählen. In besonderen Fällen kennt die Autonomie zur Rechtswahl Grenzen: So bspw. – und nicht abschliessend – hinsichtlich Formvorschriften von Verträgen über Grundstücke in der Schweiz, bei Konsumentenverträgen und bei Arbeitsverträgen.

Zumal die Parteien durch die Wahl des materiellen Rechts unter Umständen erheblichen Einfluss auf die Beurteilung einer Streitsache nehmen können, gebietet es sich, der Rechtswahl im Vorfeld der Vertragsgestaltung besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Nach der Praxis der Gerichte kann nur dann von einer rechtswirksamen Rechtswahl bzw. von einer Rechtswahl zugunsten eines bestimmten und von einem Verzicht auf die Anwendung eines andern Rechts ausgegangen werden, wenn der zustimmenden Partei be-

wusst war, dass sich die Frage nach dem massgebenden Recht überhaupt stellt. Deshalb ist gerade bei Vorsehen einer Rechtswahl in AGB ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die Rechtswahlklausel dem dreistufigen AGB-Kontrollsystem standhält. Mithin ist die Rechtswahlklausel in den AGB dergestalt zu formulieren und hervorzuheben, dass die zustimmende Partei, sofern sie vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis nehmen konnte, sich wissentlich dem gewählten Recht unterworfen hat.

DREI FÄLLE AUS DER PRAXIS

1. Ein AGB-Verwender vereinbart in seinen AGB eine Verjährungsfrist, die länger ist als die gesetzliche Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Abfassung der AGB. Dabei unterlässt er es aber, Gesetzesrevisionen fortlaufend zu überprüfen. In der Folge wurde die gesetzliche Verjährungsfrist verlängert, mit der Folge, dass die AGB die Rechtsstellung des AGB-Verwenders verschlechterte.

2. Ein AGB-Verwender verwendet im Geschäftsalltag verschiedene AGB (Einkaufbedingungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen etc.), die ähnlich aber nicht gleich bezeichnet werden. In den Verträgen des AGB-Verwenders wird dann teilweise auf die falschen AGB oder an verschiedenen Stellen auf zwei sich widersprechende AGB verwiesen. Die Folge ist, dass

nicht nachvollzogen werden kann, welche AGB gelten sollen.

3. Ein Verkaufschef des AGB-Verwenders reist in der ganzen Welt herum und schliesst Verträge ab, die er den Wünschen des jeweiligen Käufers entsprechend „anpasst“. Folge: Das ganze Vertragswerk ist nicht mehr ein einheitliches Gebilde, und die AGB passen nicht mehr zu den abgeschlossenen Verträgen. Aufgrund des Vorrangs der Einzelabreden sind die AGB demzufolge in wichtigen Punkten nicht mehr anwendbar.

EMPFEHLUNGEN MIT BEZUG AUF ZENTRALE THEMEN

1. Generell sollte der Gerichtsstand und die Rechtswahl im unterzeichneten Individualvertrag und nicht in den AGB geregelt werden. Sollte dies einmal nicht möglich sein, so empfiehlt es sich in einem anderen Vertragsdokument (z.B. Auftragsbestätigung oder Bestellung) schriftlich hervorgehoben auf die Gerichtsstands- oder Rechtswahlklausel in den AGB zu verweisen.

2. Für das Vertragswesen sollte in jeder Gesellschaft eine zentrale Stelle oder Person zuständig sein. Alle Verträge sollten von dieser Person zur Schlusskontrolle vorgelegt werden müssen, bevor sie der Gegenpartei zugestellt werden. §

Philipp Känzig, Jonas Stüssi



Der neue Art. 8 UWG stellt Unternehmen auch drei Jahre nach seiner Einführung vor grosse Umsetzungsschwierigkeiten.

Stephanie Volz, Rechtsanwältin, Dr. iur.

Art. 8 UWG – Erste Erkenntnisse aus der Praxis

Vor drei Jahren trat der revidierte Art. 8 UWG in Kraft, welcher ein effizienteres und erfolgreicherer Vorgehen gegen missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen ermöglichen sollte. Weil die Bestimmung indessen zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, hofften die Anwender auf deren baldige gerichtliche Klärung. Diese blieb leider bislang aus, so dass bei der Formulierung von AGB nach wie vor Vorsicht angebracht ist.

DIE UWG-REVISION

In der Schweiz fehlte es lange an einer Regelung zur umfassenden Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ("AGB"). Zwar entwickelte die Rechtsprechung gestützt auf das allgemeine Vertragsrecht einige Grundsätze zur Prüfung von AGB. Diese beschränkte sich jedoch auf die Fragen, ob AGB bzw. einzelne darin enthaltene Klauseln wirksam in den Vertrag einbezogen wurden (Geltungskontrolle)

und wie diese auszulegen sind (Auslegungskontrolle). Man sprach in diesem Zusammenhang von einer "verdeckten" Inhaltskontrolle. Nicht möglich war eine inhaltliche Prüfung der AGB, eine so genannte offene Inhaltskontrolle.

Der revidierte Art. 8 UWG sollte den Konsumenten einen effektiveren Schutz vor missbräuchlichen Geschäftsbedingungen gewähren.

Der alte Art. 8 UWG erklärte zwar die Verwendung missbräuchlicher AGB als unlauter, jedoch nur, wenn diese irreführend waren. Weil dieses Merkmal durch Hervorhebung oder separate Unterzeichnung relativ einfach umgangen werden konnte, blieb die Regelung weitgehend toter Buchstabe.

Zunehmend wurde deshalb der Ruf laut, einen wirksamen Schutz gegen missbräuchliche AGB zu schaffen. Der Gesetzgeber nahm sich dieses Problems im Rahmen der UWG-Revision an und unterzog Art. 8 UWG einer umfassenden Neuregelung. Nach längeren Verhandlungen trat der neue Art. 8 UWG am 1. Juli 2012 in Kraft.

DIE AGB-KONTROLLE NACH DER REVISION

Die neue Bestimmung

Mit der Revision wurde Art. 8 UWG dahingehend geändert, als das Erfordernis der Irreführung entfiel. Danach handelt gemäss Art. 8 UWG heute unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil von Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.

Anders als im bisherigen Recht findet die AGB-Bestimmung nunmehr nur bei Verträgen mit Konsumenten Anwendung. Der Begriff des Konsumenten ist im Gesetz nicht näher definiert, es ist aber davon auszugehen, dass Art. 8 UWG nur bei Verträgen greift, welche zwischen Unternehmen und privaten Verbrauchern abgeschlossen werden, nicht jedoch bei Verträgen zwischen Unternehmen. Ob dies aus Sicht der Praxis sinnvoll ist, mag allerdings bezweifelt werden, denn gerade KMU sind im Geschäftsverkehr gegenüber grösseren Unternehmen oft nicht in der Lage, Verhandlungen über einzelne Bestimmungen der AGB zu führen und deshalb unter Umständen schutzbedürftig. Insoweit bietet aber immerhin das Kartellgesetz einen gewissen Schutz, als es zu-

mindest marktmächtigen Unternehmen die Erzwingung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen verbietet (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).

Bei der Formulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist aufgrund der herrschenden Rechtsunsicherheit Vorsicht geboten.

Inhaltlich gilt eine AGB-Bestimmung als unlauter, wenn sie ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien vorsieht. Ein solches liegt vor, wenn eine Klausel irreführend, unklar, verwirrend oder intransparent ist oder die geschäftliche oder juristische Unerfahrenheit einer Partei ausnützt. Es ist davon auszugehen, dass die Gerichte als Referenzgrösse für die Beurteilung des erheblichen Missverständnisses auf die dispositive Gesetzesordnung abstellen werden. Bei Innominatkontrakten kann die Vertragsnatur als Rahmen dienen. Je stärker AGB bei Verträgen von den dispositiven Gesetzesbestimmungen abweichen, desto eher werden sie als missbräuchlich zu beurteilen sein.

Im Unterschied zum europäischen Recht enthält das UWG im Übrigen jedoch keinen Beispielkatalog zur Konkretisierung missbräuchlicher Klauseln. Somit bleibt es der Rechtsprechung überlassen, die Tragweite der

Bestimmung weiter zu konkretisieren.

Die im europäischen Recht verankerten Anwendungsfälle von Missbräuchlichkeit dürften für die Gerichte jedoch zumindest Anhaltspunkte bilden. Dafür spricht insbesondere, dass sich die Formulierung der schweizerischen Norm eng an die EWG-Richtlinie über die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen anlehnt. Auch wenn ausländische Rechtsprechung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht unbesehen ins schweizerische Recht übernommen wird, so ist sie doch im Sinne einer Vereinfachung des europäischen Wirtschaftsverkehrs zumindest als Auslegungs- und Interpretationshilfe hinzuzuziehen. Mit Bezug auf mögliche Anwendungsfälle von Art. 8 UWG dürfte beispielsweise eine AGB-Bestimmung, welche die automatische und erhebliche Verlängerung von befristet abgeschlossener Verträgen vorsieht, als Verstoss gegen Art. 8 UWG angesehen werden.

Rechtsfolgen bei einem Verstoss

Das UWG selbst enthält keine Regelung, welche Rechtsfolge die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen nach sich zieht. Die Lehre ist sich aber weitgehend einig, dass als Rechtsfolge nur die Nichtigkeit in Frage kommt. Unklar ist jedoch, ob die Nichtigkeit

nur die einzelne Klausel oder die gesamten AGB beschlägt. Entscheiden sich die Gerichte für die zweite Variante, vermag dies für die Betroffenen mitunter ungeahnte Folgen zu haben, weil die Nichtigkeit auch im Grunde zulässige Vereinbarungen über das anwendbare Recht oder des Gerichtstand beschlägt.

Zu beachten ist, dass die Unlauterkeit von AGB nicht nur durch die betroffenen Konsumenten selbst geltend gemacht werden kann, sondern dass auch Konsumentenschutzorganisationen das Recht haben, einzelne AGB-Bestimmungen gerichtlich prüfen zu lassen. Es wird sich zeigen, ob und in welchem Masse Konsumentenschutzorganisationen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden.

ERSTE ERFAHRUNGEN AUS DER PRAXIS

Aufgrund der offenen Formulierung und der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in Art. 8 UWG war die Tragweite der neuen Bestimmung bei ihrem Inkrafttreten weitgehend unklar. Zwar gibt es zahlreiche Publikationen dazu, jedoch bestehen zu den meisten Auslegungsproblemen so viele Meinungen wie Publikationen.

Aus diesem Grund hoffte man auf schnelle gerichtliche Klärung der offenen Fragen. Das Bundesgericht hatte dann im letzten Jahr auch Gelegenheit, sich erstmals zur neuen Bestimmung

zu äussern. Leider vermochte das Urteil wenig zur Klärung beizutragen, weil sich das Gericht im Hinblick auf Art. 8 UWG auf die Feststellung beschränkte, dass der Artikel auf den in Frage stehenden Vertrag nicht zur Anwendung komme. Eine materielle Prüfung blieb aus. Auch wegweisende kantonale Urteile zur Bestimmung liegen soweit ersichtlich bislang keine vor.

Das Bundesgericht konnte sich das letzte Jahr erstmals zur neuen UWG-Bestimmung äussern.

Somit bleibt die Tragweite von Art. 8 UWG auch knapp drei Jahre nach der UWG-Revision unklar. Sicher ist nur, dass die Neufassung eine Verschärfung des bis dahin relativ liberalen AGB-Rechts in der Schweiz bedeutet. Dies führt dazu, dass möglicherweise Bestimmungen, welche aus lauterkeitsrechtlicher Sicht unproblematisch waren, als unzulässig gelten und bei einem Streitfall von einem Gericht als nichtig erklärt würde. Für Unternehmen vermag dies dazu zu führen, dass auf ein Vertragsverhältnis anstatt der unlauteren Klausel die möglicherweise ungünstigere dispositive Gesetzesbestimmung Anwendung findet. §

Stephanie Volz