

# Recht der Internationalen Wirtschaft

Betriebs-Berater International



RIW

Die erste Seite • *Volker Wagner*

- 257 Neue Entwicklungen im schweizerischen Wirtschafts- und Steuerrecht • *Jürgen Wagner* und *Dr. Adrian Plüss*
- 262 Schweizer AGB-Recht im Umbruch  
*Dr. Bernd Ehle* und *André Brunschweiler*
- 272 Die englische Anwalts-LLP in der Praxis  
*Carsten Rumberg* und *Thilo Schneider*
- 277 Sonderanknüpfung für Verjährungsfragen bei Straßenverkehrsunfällen nach der Rom II-VO?  
*Dr. Rolf Wagner* und *Thomas Winkelmann*
- 282 Die Bekämpfung der Steuerhinterziehung im Lichte des zwischenstaatlichen FATCA-Abkommens  
*Nico Beier* und *Dr. Martin Schulte*
- 288 Steuerneutralität bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen zwischen Deutschland und EU-/EWR-Staaten – dargestellt am Beispiel Österreichs  
*Prof. Dr. Gernot Brähler* und *Dr. Henri Blankemeyer*
- 302 Auswirkungen des EuGH-Urteils in der Rs. National Grid Indus auf die deutsche Entstrickungsbesteuerung • *Dr. Leila Momen*
- 310 EuGH: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – Kriterien zur Feststellung eines unzulässigen Verdrängungswettbewerbs
- 335 BFH: Ausländischer Veräußerungsverlust und Progressionsvorbehalt – DBA-Schweiz

58. Jahrgang

5/2012

Seiten 257–336

Deutscher Fachverlag GmbH • Frankfurt am Main

wohnungen. Die weiteren Auswirkungen werden derzeit noch kontrovers diskutiert. Anzunehmen ist, dass das örtliche Baugewerbe einen massiven Rückgang erfahren wird und dass die Preise für Zweitwohnungen eher noch weiter steigen.<sup>36</sup>

## V. Die Schweiz und Europa

Bereits Ende 2010 hat der Europäische Rat die europäisch-schweizerischen Problemfelder konstatiert und eine Zwischenbilanz erstellt: Die Interessen kollidierten insbesondere im Bereich der niedrigen kantonalen Steuersätze und beim Modus für die Übernahme von EU-Recht.<sup>37</sup> Der Schweiz scheint seit mehreren Jahren kein sektorielles Abkommen mehr zu gelingen, die EU scheint dies auch nicht zu wollen.

## VI. Die Schweiz und ihre Nachbarn

Die Schweizer hatten im vergangenen Jahr Glück und Pech mit der Stärke des Schweizer Frankens: Der Franken erstarkte auf eine kurzzeitige Parität von 1:1 zum Euro, was die Wirtschaft betrübe, die konsumfreudigen und mobilen Bürger jedoch sehr erfreute. Schließlich wurde ein Kurs mit der Grenze von 1 zu 1,20 von der Nationalbank festgelegt.

Brauchen die Schweizer ihre Nachbarn, wo sie sich doch so schön mit sich selbst beschäftigen können? Während die Bundesregierung vor kurzem noch von Frauen majorisiert wurde (*Micheline Calmy-Rey* statt *Alain Berset*), hat die Gleichberechtigung im öffentlichen Leben noch erheblichen Nachholbedarf: Die Zünfte von Zürich erlauben der einzigen Frauenzunft immer noch nicht, bei ihrem volksfestartigen Umzug, dem sog. „Sechseläuten“, mitzugehen.<sup>38</sup>

## VII. Ausblick

In der OECD scheint ein Konsens zur Steueramtshilfe gefunden worden zu sein, der im Jahr 2012 in einen Beschluss des Ministerrats münden soll.<sup>39</sup> Danach sollen auch Gruppenanfragen auf der Basis von Verhaltensmustern und damit ohne einzelne Kundenidentifikation möglich sein. Der Nationalrat hat hierauf bei der Abstimmung zur Änderung des DBA-Schweiz/USA reagiert und die Ergänzung mehrheitlich gutgeheißt.<sup>40</sup>

Wenn selbst liberale Europäer wie der luxemburgische Ministerpräsident *Jean-Claude Juncker* die Schweiz als „geostراتيجisches Unding“ bezeichnen, sollte sich nicht die Schweizer Arroganz erheben, sondern ein Umdenken Platz greifen. Schließlich liegt der Gedanke der europäischen Justizkommissarin *Viviane Reding* nicht so fern, „... dass wir uns in der Ära nach Lissabon nicht viel mit einem Staat befassen werden, der uns nicht beitreten will. Es ist vielmehr an diesem Staat, sich mit uns zu befassen und sich unserem Tempo anzupassen“.



### Jürgen Wagner

Jahrgang 1962. Wirtschaftsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht in Konstanz, außerdem zugelassen als „niedergelassener europäischer Rechtsanwalt“ in Zürich/Schweiz und Vaduz/Liechtenstein. Seit 1992 zahlreiche Fachpublikationen zum Wirtschafts- und Steuerrecht, vorrangig zu Themen aus der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein. Im Verlag Recht und Wirtschaft Co-Autor (mit *Dr. Adrian Plüss* und *Sabine Dermühl*) des Werks „Handels- und Wirtschaftsrecht in der Schweiz und Liechtenstein“ (3. Aufl. 2006). Der Autor ist ständiger Mitarbeiter der RIW.



### Dr. Adrian Plüss

Jahrgang 1961. 1980–1985 Studium an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. 1985 lic. iur., 1990 Dr. iur., 1991 Zulassung als Rechtsanwalt. 2005 Executive MBA in Leadership and Ethics, Hochschule für Technik und Wirtschaft in Chur. Seit 1991 in verschiedenen Rechtsanwaltskanzleien in Zürich tätig, seit 1997 auch als Partner. Seit 2005 Partner von LAN-TER Rechtsanwälte in Zürich und seit 2007 auch TEP (Trust and Estate Practitioner).

<sup>36</sup> Vgl. zum Ganzen statt vieler: NZZ vom 12. 3. 2012 („Städtische Schweiz, alpine Schweiz: die Scheidung“), Tagesanzeiger vom 12. 3. 2012 („Eine Zäsur für den Tourismus in der Schweiz“).

<sup>37</sup> NZZ vom 21. 12. 2010 („Stau zwischen Bern und Brüssel“).

<sup>38</sup> NZZ vom 29. 10. 2011 („Sechseläuten weiter ohne Frauen“).

<sup>39</sup> NZZ vom 2. 3. 2012 („OECD-Konsens zur Steueramtshilfe“).

<sup>40</sup> NZZ vom 6. 3. 2012 („Schweizer Schritt für eine Lösung im US-Steuerstreit“).

Dr. Bernd Ehle, LL.M., Rechtsanwalt/Avocat, Genf, und lic.iur. André Brunschweiler, Rechtsanwalt, Zürich

# Schweizer AGB-Recht im Umbruch

## Ein rechtsvergleichender Überblick

Viele deutsche Unternehmen vereinbaren in internationalen Verträgen gerne die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts. Eines ihrer Hauptmotive für diese Rechtswahl ist, dass sie sich Vorteile bei der rechtlichen Beurteilung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) versprechen. Im Vergleich zu

Deutschland herrscht in der Schweiz nämlich ein liberalerer, sprich verweenderfreundlicherer Umgang mit vorformulierten Vertragsbedingungen. Dies beruht in erster Linie darauf, dass AGB in der Schweiz bislang praktisch keiner offenen Inhaltskontrolle unterzogen wurden. Kürzlich hat der Schweizer Ge-

setzgeber jedoch eine Gesetzesrevision vorgenommen, die in bestimmten Fällen eine derartige Inhaltskontrolle von AGB vorsieht. Diese Änderungen treten zum 1. 7. 2012 in Kraft. Der vorliegende Beitrag vergleicht das deutsche AGB-Recht mit demjenigen der Schweiz unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzesrevision und ihrer Auswirkungen auf den rechtlichen Umgang mit AGB gegenüber Verbrauchern (B2C) und zwischen Unternehmen (B2B).

## I. Einleitung

Die Praxis zeigt, dass deutsche Unternehmen ihre Verträge im internationalen Geschäftsverkehr mit Vorliebe dem schweizerischen Recht unterstellen, das als „neutrales“ Recht für die meisten ausländischen Vertragspartner eine mehr als akzeptable Lösung darstellt. Wie in dieser Zeitschrift 2009 bereits von *Nathalie Voser* und *Christopher Boog* in einem Beitrag zu den Grundzügen des Schweizer Kaufrechts festgestellt, ist demzufolge das Schweizer AGB-Recht für deutsche Unternehmen von zentralem Interesse.<sup>1</sup> Das Schweizer Recht gilt als Recht, das Verwendern von AGB größere Gestaltungsmöglichkeiten bietet, beispielsweise beim Ausschluss oder bei der Begrenzung der Haftung. Häufig fehlen jedoch Detailkenntnisse darüber, worin die teilweise bedeutsamen Unterschiede zum deutschen AGB-Recht bestehen. Dieser Umstand sowie die aktuelle Revision des schweizerischen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und insbesondere der AGB-rechtlich relevanten Bestimmung des Art. 8 UWG werden vorliegend zum Anlass genommen, die AGB-Kontrolle nach Schweizer und deutschem Recht zu vergleichen unter Bezugnahme auf praktische Fälle aus der Schweizer Gerichtspraxis sowie der anwaltlichen Beratungstätigkeit der Autoren.

## II. Grundsätzliches zur Rechtslage in der Schweiz

Anders als im deutschen Recht<sup>2</sup> ist das AGB-Recht in der Schweiz nicht umfassend kodifiziert. Abgesehen von Art. 8 UWG, der nun revidiert wurde,<sup>3</sup> sind die Schweizer Regeln darüber, wie mit AGB umzugehen ist, weitestgehend ungeschriebenes Recht.<sup>4</sup> Gestützt auf die Grundprinzipien des allgemeinen Vertragsrechts haben die Schweizer Rechtsprechung und Lehre indes ein dreistufiges Kontrollsystem zum Schutz gegen missbräuchliche AGB entwickelt. Dieses besteht aus Geltungskontrolle,<sup>5</sup> Auslegungskontrolle<sup>6</sup> und Inhaltskontrolle.<sup>7</sup> Während die Geltungskontrolle die Frage betrifft, ob AGB überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind, regelt die Auslegungskontrolle, nach welchen Grundsätzen vorformulierte Vertragsbedingungen auszulegen sind. Die Inhaltskontrolle soll schließlich eine inhaltliche Überprüfung von AGB ermöglichen.

Die Inhaltskontrolle als letzte Stufe des Kontrollsystems kam in der Praxis nicht zum Tragen und wurde von der Schweizer Rechtslehre gemeinhin als untaugliches Mittel gegen missbräuchliche AGB kritisiert.<sup>8</sup> Die einleitend erwähnte Gesetzesrevision des UWG soll nun durch Einführung einer offenen Inhaltskontrolle<sup>9</sup> – analog dem deutschen Recht – ein griffigeres Instrument gegen unlautere Geschäftsmethoden durch missbräuchliche AGB liefern.<sup>10</sup> Da der Anwendungsbereich des revidierten Art. 8 UWG jedoch in der letzten Phase des gesetzlichen Revisionsver-

fahrens auf Rechtsverhältnisse zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) beschränkt wurde, sollte die Rechtslage bei der Verwendung von AGB zwischen Unternehmen (B2B) voraussichtlich unverändert bleiben. Diese Einschränkung im Anwendungsbereich wird in der Schweiz bereits vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung kritisiert, da hierdurch kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) benachteiligt würden. KMU seien im täglichen Geschäftsverkehr den Verbrauchern oft gleichgestellt und gälten als schwächere Partei, profitierten aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs jedoch nicht vom gleichen Schutz wie Verbraucher.<sup>11</sup>

Ausschlaggebend für die zweifelhafte Beschränkung des Anwendungsbereichs des revidierten Art. 8 UWG dürfte letztlich gewesen sein, dass der Schweizer Gesetzgeber mit der Revision des UWG in erster Linie eine Angleichung an europäische Standards beabsichtigte. Die für die EU-Mitgliedstaaten geltende Klauselrichtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993<sup>12</sup> ist nämlich ebenfalls nur auf Verbraucher anwendbar.

## III. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 305 Abs. 1 BGB<sup>13</sup>) sind „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ im Schweizer Recht nicht legaldefiniert. Die Begriffe sind in beiden Rechtsordnungen jedoch deckungsgleich. So formulierte das Bundesgericht in einer Entscheidung von 2003 folgende Definition:

„Allgemeine Vertragsbedingungen oder vorgeformte Vertragsinhalte sind vertragliche Bestimmungen, die im Hinblick auf typische Verträge von Privaten standardmässig vorformuliert sind

1 *Voser/Boog*, RIW 2009, 126, 133.

2 Siehe §§ 305 bis 310 BGB.

3 Vgl. zum Wortlaut und Inhalt von Art. 8 UWG weiter unten VI.

4 Neben Art. 8 UWG finden sich lediglich noch im schweizerischen Miet- und Pachtrecht sowie in den Versicherungsverträgen und Pauschalreisen betreffenden Gesetzen einzelne Bestimmungen zu AGB, insbesondere allgemeine Verwendungsverbote, die jedoch vorliegend nicht behandelt werden (vgl. Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a Obligationenrecht, Art. 35 Versicherungsvertragsgesetz sowie Art. 4 Pauschalreisegesetz).

5 Siehe unten IV.

6 Siehe unten V.

7 Siehe unten VI.

8 Vgl. beispielsweise *Kramer*, in: *Kramer/Schmidlin*, Berner Kommentar, Band 6, Das Obligationenrecht, Abt. 1, Allgemeine Bestimmungen; Teilband 1, 1986, Art. 19–20 N 286 f. mit weiteren Hinweisen; *Huguenin*, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2004, N 399. *Bieri*, Jusletter, 24. 10. 2011.

9 Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 2009, 6159 (zit. Botschaft UWG).

10 Vgl. Art. 310 BGB, wonach der Anwendungsbereich der restriktiven BGB-Bestimmungen zum AGB-Recht lediglich für Verbraucher gilt.

11 Vgl. beispielsweise *Gauch*, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 30. 8. 2011; *Stöckli*, BR 2011, 184; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537.

12 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=294482:cs&lang=de&list=294482:cs.&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&checktexte=checkbox&visu=#texte>.

13 § 305 Abs. 1 BGB lautet: „Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“

und insbesondere der Rationalisierung des Vertragsschlusses dienen. (...).<sup>14</sup>

Ferner hält die Botschaft zum revidierten UWG Folgendes fest:

„Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteht man Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen zum Voraus formuliert werden.“<sup>15</sup>

### 1. Individualabreden: „Verhandeln“ statt „Aushandeln“

Wesentlich ist die Abgrenzung zu Individualabreden, die in der Schweiz wie in Deutschland Vorrang vor vorformulierten Vertragsbedingungen haben. Aus Schweizer Sicht liegt eine vorrangige Individualabrede vor, wenn AGB individuell abgeändert werden oder über (einzelne) AGB-Klauseln zumindest verhandelt wurde – dies selbst dann, wenn die AGB im Ergebnis unverändert bleiben. In den Worten des Schweizer Bundesgerichts ist für die Qualifikation als AGB entscheidend, „ob es ohne Verhandlungen über den Vertragsinhalt im Wesentlichen bei der vom Urheber geschaffenen Fassung geblieben ist oder ob der Urheber mit dem Vertragspartner zumindest in einer Weise über den Inhalt verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann.“<sup>16</sup>

Maßgeblich ist daher, ob die Parteien ernsthafte Verhandlungen geführt haben, bei denen der Vertragspartner des AGB-Verwenders die Möglichkeit hatte, die vorformulierten Klauseln zu beeinflussen.<sup>17</sup> Unwesentlich ist, ob der Wortlaut der AGB bzw. einzelner Klauseln in der Folge auch wirklich geändert wurde. Auch eine unveränderte AGB-Klausel kann als eine im Sinne der Bundesgerichtsrechtsprechung verhandelte und damit vorrangige Individualabrede gelten, falls die Parteien sie bewusst – beispielsweise im Hinblick auf Zugeständnisse bei anderen Vertragsklauseln – bei ihrem vom Verwender vorgeschlagenen Wortlaut belassen haben.<sup>18</sup> Parteien sind daher im Allgemeinen gut beraten, ihre Vertragsverhandlungen, insbesondere die Verhandlung der wichtigsten Klauseln, möglichst genau zu dokumentieren.

Im Vergleich zum deutschen Recht scheint die Messlatte, die eine Klausel nehmen muss, um als vorrangige Individualabrede zu gelten, im Schweizer Recht tendenziell niedriger zu sein. Während nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB und ständiger Rechtsprechung des BGH erforderlich ist, dass der gesetzesfremde Kerngehalt einer Vertragsbestimmung zwischen den Vertragsparteien „im Einzelnen ausgehandelt“, nämlich vom Verwender inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt wird,<sup>19</sup> reicht nach schweizerischem Recht, wie beschrieben, ein „Verhandeln“ der Parteien. Dieser Unterschied kann im Einzelfall kritisch sein, da ein „Verhandeln“ wohl leichter zu beweisen ist als ein „Aushandeln“ im Sinne des BGB. Ein floskelhafter schriftlicher Hinweis, die Klauseln seien einzeln aus- bzw. verhandelt worden, dürfte diesen Anforderungen weder nach Schweizer noch nach deutschem Recht genügen.

### 2. Unterscheidung zwischen Unternehmer und Konsument/Verbraucher

Bei der Beurteilung von AGB kommt sodann der Unterscheidung zwischen Konsument/Verbraucher und Geschäfts-/Kaufleuten bzw. Unternehmern eine zentrale Be-

deutung zu. Der Verbraucherschutz gebietet grundsätzlich eine strengere Kontrolle von AGB im Umgang mit Verbrauchern. So sind sowohl die strengen deutschen Bestimmungen in §§ 308 und 309 BGB als auch die neue Schweizer Inhaltskontrolle gemäß Art. 8 UWG nach dem Gesetzeswortlaut lediglich auf gegenüber Verbrauchern verwendete AGB anwendbar. Der Begriff des Konsumenten bzw. Verbrauchers ist in der Schweiz und Deutschland derselbe. Entscheidend ist, ob der Vertrag einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.<sup>20</sup>

## IV. Geltungskontrolle

### 1. Die Übernahme von AGB in das Vertragsverhältnis

Um auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis anwendbar zu sein, müssen AGB in das Vertragsverhältnis einbezogen worden sein. In Deutschland ergibt sich dies aus § 305 BGB, welcher auch die Modalitäten für einen gültigen Einbezug regelt. Diese Bestimmung gilt nach § 310 BGB allerdings nicht zwischen Unternehmen. Dort sollen die (erleichterten) Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts gelten.

Für die Schweiz fehlt eine solche explizite Regelung, und es sind generell die Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts anzuwenden.<sup>21</sup> Neben einer ausdrücklichen ist damit auch eine stillschweigende, konkludente Übernahme möglich. Diese wird von der Rechtsprechung und Lehre jedoch mehrheitlich nur unter Unternehmern (B2B) bei bereits vorbestehenden Geschäftsbeziehungen angenommen, d.h. sofern frühere Verträge jeweils unter Einbezug von AGB abgeschlossen wurden<sup>22</sup> oder aber eine allgemein bekannte Verkehrssitte besteht (bspw. im Geschäftsverkehr mit Banken und Versicherungen). Für Verbraucher wird eine stillschweigende, konkludente Übernahme von AGB aus Schutzgründen weitgehend abgelehnt.<sup>23</sup>

Dogmatisch wird im Schweizer Recht zwischen der sog. Globalübernahme und der Vollübernahme unterschieden. Wurden die AGB tatsächlich gelesen, verstanden und akzep-

14 BGE 4C.282/2003 vom 15. 12. 2003 E. 3.1.

15 Vgl. Botschaft UWG, 6177.

16 Urteil des Bundesgerichts 4P.135/2002 vom 28. 11. 2002 E. 3.1 und 3.3; zur Rechtslage in Deutschland siehe Kaufhold, ZIP 2010, 628, 631 f.

17 Wildhaber, SJZ 2011, 537, 542, welche dies u. a. mit einem Hinweis auf die für die EU entwickelten soft-law Regeln versieht, namentlich Art. II – 9.402 Abs. 1 der *Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, der Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht.

18 Probst, in: Jung/Spitz, Stämpfli Handkommentar, 2010, N 33, mit weiteren Hinweisen auf *Gauch/Schluop/Schmid/Rey*, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2003, N 1126b.

19 Vgl. Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011, § 305 N 20 mit Hinweisen auf Rechtsprechung; Berger, ZGS 2004, 415, 420 ff.

20 Vgl. § 13 BGB für Deutschland sowie Stöckli, BR 2011, 184, 186 f. der die Verwendung des Begriffs „Konsument/Verbraucher“ im Zusammenhang mit Art. 8 UWG von der Verwendung des Konsumenten-/Verbraucher-Begriffs in anderem Zusammenhang differenziert abgrenzt. Zum Konsumentenbegriff vgl. auch Holliger-Hagmann, Jusletter, 20. 2. 2012.

21 Vgl. u. a. Bucher, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 2007, Art. 1 N 52; *Gauch/Schluop/Schmid/Rey* (Fn. 18), N 1129; BGE 123 III 44; BGE 118 II 297. Zum Ganzen betreffend Einbeziehung von AGB vgl. auch die Dissertation von Perrig, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, 2011.

22 So z. B. BGE 77 II 154 für Kaufleute, vgl. auch das Zitat in Fn. 25.

23 Vgl. für eine Ausnahme im Bereich von Konsumenten: Kramer (Fn. 8), Art. 1 N 195; vgl. zum Ganzen auch Schnyder, in: Furrer/Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2010, Art. 1 N 56; Bucher (Fn. 21), Art. 1 N 53 m. w. N.

tiert, spricht man von einer Vollübernahme. Diese ist jedoch der Ausnahmefall. In der Regel werden AGB – zumindest von Verbrauchern – global übernommen, d. h. ohne vorher im Einzelnen gelesen und verstanden worden zu sein.<sup>24</sup>

Damit AGB auf ein Vertragsverhältnis Anwendung finden, müssen sie von der zustimmenden Partei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden können.<sup>25</sup> Dies setzt einerseits voraus, dass im Hauptvertrag auf die Verwendung von AGB hingewiesen wurde, und andererseits, dass die AGB bei Vertragsschluss effektiv verfügbar waren. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich. Bei Vertragsabschlüssen über das Internet ist erforderlich, dass die AGB einfach heruntergeladen, gespeichert und ausgedruckt werden können.<sup>26</sup> Zudem müssen AGB in gut lesbarer Form und verständlicher Sprache verfasst sein.<sup>27</sup>

In Anwendung dieser Grundsätze dürfte die praktisch relevante Frage, ob es genügt, wenn AGB generell (d. h. auch für Vertragsabschlüsse, die nicht über das Internet getätigt werden) lediglich auf der Webseite des AGB-Verwenders verfügbar gemacht werden, grundsätzlich zu bejahen sein. Dies gilt zumindest dann, wenn der Verwender davon ausgehen darf, dass die Vertragspartei über eine entsprechende IT-Infrastruktur verfügt und diese zu bedienen weiß.<sup>28</sup> Davon kann in der heutigen Zeit im Regelfall wohl ausgegangen werden. Jedenfalls müssen AGB auch über das Internet schnell und einfach zugänglich sein (d. h. einfache URL) sowie problemlos abgespeichert und ausgedruckt werden können. Außerdem wird es – zumindest im internationalen Geschäftsverkehr – ebenfalls genügen, AGB ausschließlich in englischer Sprache zur Verfügung zu stellen.

AGB-Verwender sind jedenfalls gut beraten, sich den Empfang, die Kenntnisnahme und die ausdrückliche Annahme ihrer AGB – gegebenenfalls unter Hinweis auf möglicherweise ungewöhnliche Klauseln<sup>29</sup> – von den jeweiligen Vertragspartnern bestätigen zu lassen. Im Streitfall muss der Einbezug von AGB von demjenigen nachgewiesen werden, der daraus Rechte ableitet, typischerweise also vom AGB-Verwender.<sup>30</sup> Der Einbezug von AGB wird nie vermutet.<sup>31</sup>

## 2. Die Ungewöhnlichkeitsregel und ihre Anwendung in der Praxis

Ähnlich der Bestimmung über überraschende Klauseln im deutschen Recht (§ 305c Abs. 1 BGB) werden im schweizerischen Recht nach der sog. Ungewöhnlichkeitsregel AGB-Klauseln, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht wurde, grundsätzlich nicht in das Vertragsverhältnis einbezogen.<sup>32</sup> Diese Einschränkung begründet das Schweizer Bundesgericht mit dem Vertrauensgrundsatz:

„Der Versicherer, der die AVB [*Allgemeinen Versicherungsbedingungen*] in den Vertrag eingebaut hat, muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Versicherungsnehmer ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.“<sup>33</sup>

Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, beurteilt sich einerseits subjektiv-individuell aus der Sicht des Zustimmungenden. Nicht verbindlich sind demnach Klauseln, „deren Inhalt von dem abweicht, was vernünftigerweise erwartet werden“ darf.<sup>34</sup> Dabei kann auch eine branchenübliche Klausel für einen Branchenfremden ungewöhnlich (und damit unverbindlich) sein, sofern die Unerfahrenheit für den AGB-Verwen-

der erkennbar war. Andererseits muss die fragliche Klausel auch, objektiv betrachtet, einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Klausel(n) „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen und in erheblichem Maße aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen.“<sup>35</sup> Je stärker die Klausel deshalb vom dispositiven Gesetzestext abweicht oder die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher darf sie als ungewöhnlich gelten.<sup>36</sup> Ist eine Vertragsklausel in diesem Sinne ungewöhnlich, gilt sie als nicht in den Vertrag einbezogen und bleibt ohne Wirkung. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass es in diesen Fällen bereits an einem rechtsverbindlichen Konsens fehlt.<sup>37</sup>

Aufgrund des Fehlens einer effektiven (offenen) Inhaltskontrolle, hat das Schweizer Bundesgericht in der Vergangenheit regelmäßig eine sog. verdeckte Inhaltskontrolle von AGB in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel vorgenommen und bestimmte vorformulierte Vertragsbedingungen als ungewöhnlich und damit unverbindlich beurteilt.<sup>38</sup> So musste zum Beispiel im bekannten Hühnerzüchterfall ein Hühnerzüchter bei der Unterzeichnung eines Bauvertrages für einen neuen Hühnerstall nicht damit rechnen, dass der Architekt laut SIA (Baustandards des schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins; ähnlich den VOB) auch dann zur Genehmigung der Schlussrechnung befugt sein würde, wenn der Kostenvoranschlag massiv (um mehr als 2/3) überschritten wurde.<sup>39</sup> Als ungewöhnlich hat das Bundesgericht auch eine vorformulierte Bestimmung beurteilt, wonach der Autometer – trotz abgeschlossener Kasko-

24 Urteil des Bundesgerichts 5C.220/2000 vom 11. 12. 2000, BGE 119 II 443 E. 2a.

25 Vgl. BGE 100 II 200 sowie schon im Jahre 1951, BGE 77 II 154, 156 E. 4: „Es ist zumal unter Kaufleuten ein selbstverständlicher Grundsatz, dass allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche Bezug genommen wird, jeweiligen Vertragsinhalt werden. Es genügt, dass der Kunde, der ausdrücklich und in nicht zu übersehender Weise auf das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen aufmerksam gemacht wird, die Möglichkeit hat, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Ob er sich dazu die Mühe nimmt, ist rechtlich bedeutungslos. Abgesehen hievon darf nach der Erfahrung des Lebens davon ausgegangen werden, dass eine schweizerische Importfirma regelmässig um das Bestehen der schon seit 1922 im Gebrauch befindlichen ABSped [*branchenspezifische AGB*] weiss.“

26 *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 18), N 1140b; dies gilt gleichermaßen auch für Deutschland sowie die übrigen EU-Länder, vgl. Art. 10 Abs. 3 der EG-Richtlinie 2000/31 vom 8. 6. 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr: „Die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie speichern und reproduzieren kann.“

27 *Kut/Schnyder*, in: *Furrer/Schnyder*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2010, Art. 1 ORN 52.

28 So auch *Huguenin/Rusch*, SZW 2008, 37, 53.

29 Siehe dazu nachfolgend IV. 2.

30 Dies ergibt sich aus der allgemein Beweisregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB): „Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.“

31 Vgl. BGE 118 II 295 E. 2a: „Vorgeformte Vertragsinhalte können zwar Ausdruck der Verkehrsauffassung oder -übung sein. Zu vermuten ist dies aber nicht, sondern muss im Einzelfall nachgewiesen werden.“ Die Beweislast liegt im deutschen Recht ebenfalls typischerweise beim AGB-Verwender; vgl. *Grüneberg* (Fn. 19), § 306 N 43.

32 Vgl. BGE 119 II 443.

33 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.220/2000 vom 11. 12. 2000 E. 2a.

34 BGE 109 II 452, 456 f. E. 4; zur subjektiven Ungewöhnlichkeit im Ganzen siehe ausführlich *Koller*, AJP 2008, 943, 947 ff.

35 Vgl. das Urteil in Fn. 32; zur objektiven Ungewöhnlichkeit siehe weiterführend *Koller*, AJP 2008, 943, 949 ff.

36 Vgl. dazu BGE 119 II 443, 445 f. E. 1a.

37 Vgl. BGE 133 II 607; Urteil des Bundesgerichts 4A-54/2009 vom 11. 8. 2009.

38 Vgl. dazu im Allgemeinen *Koller*, AJP 2008, 943; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 18), N 1148 ff.

39 Vgl. BGE 109 II 452.

versicherung – bei jedem Verstoß gegen das Straßenverkehrsrecht den von ihm verursachten Schaden vollumfänglich selbst zu tragen hatte.<sup>40</sup>

Zu beachten ist, dass die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel im Schweizer Recht zwei wichtigen Einschränkungen unterliegt. Einerseits kann sich nur die erkennbar schwache bzw. unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen,<sup>41</sup> und andererseits kann ein AGB-Verwender die Ungewöhnlichkeitsregel aushebeln, indem er auf ungewöhnliche Bestimmungen bei Vertragsschluss besonders hinweist und sie sogar erläutert oder auf andere Weise gesondert auf sie aufmerksam macht, beispielsweise durch besondere Hervorhebung oder Wiederholung im Hauptvertrag.<sup>42</sup> Die entsprechenden Umstände sind vom Verwender jeweils nachzuweisen.<sup>43</sup> AGB-Verwendern ist somit zu empfehlen, ungewöhnliche Klauseln besonders hervorzuheben und die Vertragspartner zusätzlich explizit (und nachweislich) auf diese Vertragsbedingungen aufmerksam zu machen und sie unter Umständen sogar zu erläutern.

## V. Auslegungskontrolle

### 1. Keine einheitlichen Auslegungsregeln für die Schweiz

Im Gegensatz zu Deutschland werden AGB in der Schweiz nach denselben Regeln wie individuelle Abreden ausgelegt, d. h. nach den allgemeinen Auslegungsregeln und unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles.<sup>44</sup> Entsprechend findet insbesondere auch das Vertrauensprinzip Anwendung.<sup>45</sup>

Entsteht ein Streit über den Sinngehalt einer vertraglichen Klausel, hat ein das schweizerische Recht anwendende (Schieds-)Gericht in erster Linie den tatsächlichen, übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zu ermitteln.<sup>46</sup> Dies geschieht anhand der üblichen und international anerkannten Auslegungsregeln, welche auch in Deutschland gelten.<sup>47</sup> Neben dem Wortlaut, dem eine vorrangige Bedeutung zukommt, sind gemäß Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz insbesondere die folgenden Faktoren zu berücksichtigen: (i) die Begleitumstände bei Vertragsschluss, (ii) die Entstehungsgeschichte des Vertrages (Verhalten der Parteien vor Abschluss des Vertrages, insbesondere frühere Vertragsentwürfe und Materialien), (iii) das Verhalten der Parteien nach Abschluss des Vertrages (wie haben die Parteien ihre vertraglichen Rechte und Pflichten ausgeübt?), (iv) Sinn und Zweck des Vertrages (Auslegung des Vertrages anhand der Interessenlage der Parteien) und (v) Verkehrssitte und Usanz in dem fraglichen Geschäftsbereich.<sup>48</sup>

Sofern sich der tatsächliche, übereinstimmende Wille feststellen lässt, ist das Gericht hieran gebunden. Ist jedoch in Anwendung der genannten Auslegungsmethoden kein solcher Wille feststellbar, hat der Richter eine Auslegung anhand des Vertrauensprinzips vorzunehmen.<sup>49</sup> Nach diesem Prinzip bestimmt sich der Inhalt einer Vereinbarung danach, wie sie der Adressat nach dem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstehen durfte und musste.<sup>50</sup>

Die in Deutschland vorgenommene einheitliche, objektive bzw. generell-abstrakte Auslegung,<sup>51</sup> die die konkreten Umstände des Einzelfalles bzw. individuellen Vorstellungen der Parteien unberücksichtigt lässt, wird in der Schweiz von Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt.<sup>52</sup> Nach

dieser in Deutschland praktizierten einheitlichen Auslegung sind vorformulierte Vertragsbedingungen nicht einzelfallbezogen, sondern ausgehend von einer Durchschnittsperson ohne besondere rechtliche oder technische bzw. fachspezifische (Vor-)Kenntnisse so auszulegen, wie ihr Wortlaut von einem verständlichen und redlichen Vertragspartner nach Treu und Glauben verstanden werden darf.<sup>53</sup> Die Umstände des Einzelfalles bleiben dabei grundsätzlich unberücksichtigt.

### 2. Besondere Auslegungsregeln für AGB

Gestützt auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze haben jedoch auch die Schweizer Lehre und Rechtsprechung besondere Regeln bei der Auslegung von AGB entwickelt: Individualabreden haben Vorrang vor AGB, es gilt die sog. Unklarheitsregel, und AGB, die der gesetzlichen Grundordnung widersprechen, sind restriktiv auszulegen.

#### a) Grundsätzlicher Vorrang von Individualabreden

Wie bereits erwähnt, gehen Individualabreden im Schweizer Recht wie im deutschen Recht (§ 305 b BGB) anders lautenden AGB grundsätzlich vor.<sup>54</sup> In Anwendung dieses Grundsatzes hat das schweizerische Bundesgericht beispielsweise eine generelle Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften in einem Kaufvertrag als unzulässig erachtet, da nicht gleichzeitig die Garantie für eine zugesicherte, bestimmte Eigenschaft des Kaufgegenstandes übernommen und die daraus entstehenden Rechtsfolgen durch Wegbedingen der Gewährleistung aufgehoben werden kann.<sup>55</sup>

#### b) Unklarheitsregel

Bei der Beurteilung von AGB kommt der allgemeinen Auslegungsregel *in dubio contra stipulatorem* eine zentrale Bedeutung zu. Nach dieser sog. Unklarheitsregel hat sich ein AGB-Verwender im Falle einer mehrdeutigen Klausel die

40 Vgl. BGE 119 II 443.

41 Wobei jedoch das faktische Fehlen von alternativen Vertragspartnern ebenfalls zu einer Schwäche führen kann, vgl. BGE 109 II 452 E. 5a S. 457: „Wie bereits erwähnt, kann sich in der Regel nur die schwache und unerfahrene Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. (...) Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet.“

42 Vgl. Koller, AJP 2008, 943, 946 f.

43 BGE 133 III 675, 682 E. 3. 3.

44 Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2004 vom 17. 6. 2004 E. 3.3, mit Hinweis auf BGE 122 III 118 ff.; BGE 126 III 388, E. 9d S. 391.

45 Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, 4. Aufl. 2007, Art. 18 N 55.

46 Urteil des Bundesgerichts 4C.298/2001 vom 12. 2. 2002, Pra 2002, 505; BGE 129 III 118, 122 f. E. 2. 5.

47 Vgl. §§ 133, 157 BGB. Betreffend internationale Standards siehe auch Art. 8 Abs. 3 des Wiener UN-Kaufrechts (CISG) sowie Art. 5:102 der Grundregeln des europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Vertragsrecht (Principles on European Contract Law).

48 Vgl. zum Ganzen: Wiegand (Fn. 45), Art. 18 N 26; BGE 129 III 118.

49 BGE 131 III 606, 610 f. E. 4. 1.

50 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.110/2004 vom 17. 6. 2004, bestätigt in BGE 132 III 24, 27 f. E. 4.

51 Vgl. Grüneberg (Fn. 19), § 305c N 16; siehe auch v. Westphalen, NJW 2011, 2098.

52 Wiegand (Fn. 45), Art. 18 N 55; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey (Fn. 18), N 1241 m. w. N. auf die Rspr.

53 v. Westphalen, NJW 2011, 2098 m. w. N. auf die Rspr.; Grüneberg (Fn. 19), § 305c N 16 m. Hinweis auf BGH, NJW 2006, 1056; BGH, NJW 2010, 293.

54 Statt vieler: BGE 135 III 410; BGE 125 III 263, 266 E. 4; BGE 123 III 35, 44 ff. E. 2/c/bb.

55 BGE 109 II 24 mit Hinweis auf BGE 73 II 220.

für ihn ungünstigere bzw. die ungünstigste Interpretationsweise entgegenhalten zu lassen.<sup>56</sup> Diese Regel kommt jedoch nur bzw. erst dann zur Anwendung, wenn einer allgemeinen Geschäftsbedingung mittels Auslegung nach den oben genannten Auslegungsmethoden und -mittel<sup>57</sup> keine unmissverständliche Bedeutung zugemessen werden kann.

In Anwendung der Unklarheitsregel hat das Bundesgericht beispielsweise eine Klausel zur Haftungsbegrenzung auf „direkte Schäden“ (in einem Architektenvertrag) lediglich als Wiederholung der gesetzlichen Grundordnung ausgelegt, da der Begriff „direkter Schaden“ nicht weiter legal definiert war und dessen Bedeutung somit unklar blieb. Im Ergebnis entfaltete die beabsichtigte Haftungsbeschränkung somit keine Wirkung.<sup>58</sup>

Die Unklarheitsregel gilt nach § 305 c Abs. 2 BGB auch im deutschen Recht. Zu beachten ist hier, dass es für eine Partei je nach den konkreten Umständen vorteilhafter sein kann, wenn eine Klausel insgesamt unwirksam ist und wegfällt. Sofern eine Auslegungsvariante wegen Verstoß gegen die strenge Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB zur Unwirksamkeit der ganzen Klausel führt, ist deshalb absurderweise die AGB-verwenderfreundlichste bzw. kundenfeindlichste Auslegung vorrangig. Erst wenn sämtliche Auslegungsvarianten im Lichte von §§ 307–309 BGB zur Wirksamkeit der AGB-Bestimmung führen, ist die kundenfreundlichste Auslegung maßgeblich.<sup>59</sup>

### c) Restriktive Auslegung von dem dispositiven Gesetzestext widersprechenden AGB

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheidungen festgehalten, dass vom dispositiven Gesetzestext abweichende AGB grundsätzlich restriktiv auszulegen sind, zumindest sofern sie die Stellung des AGB-Empfängers verschlechtern.<sup>60</sup> Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung wird im besonderen Zusammenhang mit AGB erstaunlich wenig diskutiert, kann im Schweizer Recht jedoch bereits aus den allgemeinen Auslegungsregeln abgeleitet werden.<sup>61</sup>

## VI. Inhaltskontrolle

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass die AGB-Kontrolle in der Schweiz mit den Mitteln des allgemeinen Vertragsrechts keinen effektiven Schutz vor missbräuchlichen AGB bietet. Missbräuchliche, einseitige und unbillige AGB-Bestimmungen sind im Licht der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel verbindlich, sofern sie klar formuliert sind bzw. der AGB-Verwender seinen Vertragspartner ausdrücklich auf sie hingewiesen oder die fragliche Bestimmung gegebenenfalls sogar erläutert hat.

Entsprechend bedarf es zusätzlich einer Inhaltskontrolle. Diese kommt jedoch erst – und nur dann – zum Zuge, wenn eine AGB-Klausel der Geltungs- und Auslegungskontrolle standgehalten hat. In der Schweiz soll(te) Art. 8 UWG eine solche Inhaltskontrolle ermöglichen und Schutz vor missbräuchlichen AGB bieten. Die Bestimmung blieb in der Praxis jedoch toter Buchstabe. Die Schweizer Lehre postuliert deshalb seit Jahrzehnten die Einführung einer effektiven Inhaltskontrolle analog dem deutschen Modell. Rechtspolitisch ist bemerkenswert, dass in Deutschland gleichzeitig eine gewisse Lockerung der im deutschen Recht seit langem geltenden strengen Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB

gefordert wird, zumindest im Hinblick auf die AGB, die gegenüber Unternehmern angewendet werden.<sup>62</sup>

Am 17. 6. 2011 hat die Schweizer Legislative nun eine im Grundsatz mit der europäischen Regelung vergleichbare Lösung beschlossen und im Rahmen einer Gesamtrevision des UWG auch den in der Praxis bisher untauglichen Art. 8 UWG revidiert. Anders als die übrigen revidierten UWG-Bestimmungen tritt dieser erst zum 1. 7. 2012 und nicht bereits zum 1. 4. 2012 in Kraft, da der Bundesrat den AGB-Verwendern genügend Zeit lassen wollte, ihre AGB zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

Nachfolgend wird kurz auf die bisherige (bzw. noch bis zum 30. 6. 2012 geltende) Rechtslage eingegangen und anschließend die Revision des Art. 8 UWG sowie dessen Auswirkungen auf die Rechtslage ab dem 1. 7. 2012 dargestellt.

### 1. Die Inhaltskontrolle nach (noch) geltendem Recht

Nach dem noch geltenden Art. 8 UWG ist die Verwendung von AGB nur dann unlauter, wenn die Klauseln „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.“ In der Praxis blieb diese Bestimmung wegen des Einschubs „in irreführender Weise“ ein untaugliches Kontrollinstrument gegen missbräuchliche AGB: Solange eine Irreführung nicht nachgewiesen werden konnte, was regelmäßig der Fall ist, greift Art. 8 UWG nicht. Damit blieb eine effektive Inhaltskontrolle von AGB, wie sie ursprünglich vom Schweizer Gesetzgeber vorgesehen war, verhindert.

Die Rechtsprechung zu Art. 8 UWG ist spärlich und, soweit ersichtlich, ist keine Entscheidung vorhanden, in der ein Gericht die Verletzung von Art. 8 UWG – außerhalb eines *obiter dictum* – bejaht hat.<sup>63</sup>

### 2. Die Inhaltskontrolle von AGB nach dem 1. 7. 2012 – Revision des Art. 8 UWG und ihre Tücken

Diversen parlamentarischen Vorstößen entsprechend hat der Schweizer Bundesrat im September 2009 eine Botschaft zur Änderung des UWG vorgelegt. Nach einem langwierigen Vernehmlassungs- und Beratungsverfahren<sup>64</sup> lautet der revidierte Art. 8 UWG in seiner Endfassung wie folgt:

56 Urteil des Bundesgerichts 4C.215/2002 vom 11. 11. 2002 E. 2.e.

57 Vgl. oben V. 1.

58 Vgl. BGE 126 III 388, 391 f. E. 9d ff.; im Zusammenhang mit allgemeinen Versicherungsbedingungen ist die Unklarheitsregel in Art. 33 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag explizit aufgenommen: „Soweit dieses Gesetz nicht anders bestimmt, haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.“; vgl. dazu BGE 115 II 264, 268 ff. E. 5 a.

59 Vgl. zum Ganzen *Grüneberg* (Fn. 19), § 305c N 18 mit Hinweisen auf diverse Rspr.; v. *Westphalen*, NJW 2011, 2098.

60 *Wiegand* (Fn. 45), Art. 100 N 3 mit Hinweis auf BGE 115 II 474, 479 E. 2d; BGE 117 II 609, 621; Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. 7. 2005.

61 Vgl. *Wiegand* (Fn. 45), Art. 18 N 39.

62 Vgl. kürzlich FAZ vom 21. 7. 2011, S. 21 „Juristen sehen Unternehmen durch Vertragsklauseln gefesselt“; *Berger*, ZGS 2004, 415; v. *Westphalen*, NJW 2010, 2098, 2262.

63 Vgl. Übersicht über die Rspr. zu Art. 8 UWG bei *Probst* (Fn. 18), N 71 und N 176; vgl. auch *Koller*, AJP 2008, 943.

64 Eine Übersicht über die diversen Änderungen am Gesetzestext finden sich unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2009/20090069/SN7%20D.pdf>; eine Übersicht über die parlamentarischen Be-

„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.“

Im Vergleich zum noch geltenden Recht wurde insbesondere der Passus „in irreführender Weise“ gestrichen. Dies soll den Weg für eine effektive, offene Inhaltskontrolle von AGB freimachen. Die neue Regelung ist inhaltlich nicht weit entfernt von § 307 Abs. 1 BGB, wonach Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, „wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.“

#### a) Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten

Nach dem Wortlaut von Art. 8 UWG (n.F.) wird eine AGB-Bestimmung inhaltlich dahingehend überprüft, ob einerseits ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten“ besteht, und andererseits ob die AGB in „Treu und Glauben verletzender Weise“ verwendet werden. Das Verhältnis und die konkrete Bedeutung dieser offen formulierten Tatbestandsmerkmale bleiben durch die Rechtsprechung zu klären bzw. konkretisieren.<sup>65</sup> Die Botschaft des Bundesrates hält zum Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten fest:

„Das Missverhältnis zulasten der anderen Vertragspartei muss erheblich und ungerechtfertigt sein, sodass ein Beibehalten der Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint.“<sup>66</sup>

Insbesondere wurde der in früheren Fassungen des Art. 8 UWG noch enthaltene Verweis auf die „erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung“ als Leitbildfunktion bei der Missverhältnis-Prüfung in den parlamentarischen Beratungen fallen gelassen.<sup>67</sup> Entsprechend dürfte das dispositive Gesetzesrecht kein Prüfungsmaßstab (mehr) bilden, ob AGB missbräuchlich sind oder nicht; einzig relevant soll das (erhebliche) (Miss-)Verhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien sein.<sup>68</sup> Dies steht im Gegensatz zur Regelung in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, welche der gesetzlichen Grundordnung eine nach der Rechtsprechung beinahe verbindliche Leitbildfunktion bei der AGB-Inhaltskontrolle zuschreibt.<sup>69</sup>

#### b) Verwendung von AGB in Treu und Glauben verletzender Weise

Bei der Prüfung, ob ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis vorliegt, soll das zweite Tatbestandsmerkmal des revidierten Art. 8 UWG, die Verwendung in Treu und Glauben verletzender Weise, eine differenzierte Bewertung ermöglichen. Nach der Botschaft des Bundesrates ist dabei eine „umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und dessen Vertragspartners vorzunehmen“ und „insbesondere auch die Geschäftserfahrung und Rechts(un)kundigkeit der Vertragspartner [zu] berücksichtigen.“<sup>70</sup>

Auf Grund der Entstehungsgeschichte und in Übereinstimmung mit der Ansicht von *Hubert Stöckli* dient Art. 8 UWG (n.F.) u. E. in Zukunft lediglich „zur Sicherung eines Mindestmasses inhaltlicher Vertragsfairness“ und greift nur bei krassem oder offensichtlichem Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.<sup>71</sup> Unbestritten kommt den Gerichten bei dieser Prüfung fortan eine bedeutende und wegweisende Rolle zu – man darf auf die ersten Gerichtsent-scheide zum neuen Art. 8 UWG gespannt sein.

Wie eingangs bereits erwähnt, widerfuhr Art. 8 UWG jedoch die wohl bedeutendste Änderung hinsichtlich seines Anwendungsbereichs. Entgegen dem Vorentwurf des Bundesrates ist der neue Art. 8 UWG in seiner Schlussfassung nur auf AGB anwendbar, die gegenüber Verbrauchern verwendet werden (B2C), nicht hingegen zwischen Unternehmen (B2B). Dies hat schweizweit zu einem Aufbäumen zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) geführt, die sich im Geschäftsalltag oftmals in einer mit Verbrauchern vergleichbaren Position befinden, aber nicht von der AGB-Kontrolle gemäß Art. 8 UWG profitieren.<sup>72</sup> Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs dürften sich – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut – an der bisherigen verweenderfreundlichen Einstellung des Schweizer Rechts gegenüber zwischen Unternehmen verwendeten AGB keine Änderungen ergeben.

Erwähnt werden muss in diesem Zusammenhang allerdings, dass wie nun in der Schweiz auch der Gesetzgeber in Deutschland für die Verwendung von AGB im B2B-Bereich einst Erleichterungen vorsah und lediglich die Grundnorm des § 307 BGB, nicht jedoch die weitreichenden Bestimmungen zu den Klauselverboten (d. h. §§ 308 und 309 BGB) auf zwischen Unternehmen verwendete AGB für anwendbar erklärte. Da die deutschen Gerichte bei der Auslegung von § 307 BGB im B2B-Bereich jedoch in ständiger Rechtsprechung auch die dem Gesetz nach nur auf Verbraucher anwendbaren §§ 308 und 309 BGB heranziehen, besteht in Deutschland heute ein nahezu identisch hoher Prüfungsstandard für AGB sowohl bei B2B-Geschäften als auch bei B2C-Geschäften. Dieser Umstand wird häufig kritisiert und eine strengere Unterscheidung zwischen der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmen und gegenüber Verbrauchern gefordert.<sup>73</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Schweizer Gerichte dem deutschen Beispiel folgen und die neue, strengere In-

ratungen und die Entstehungsgeschichte unter: [http://www.parlament.ch/D/Suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20090069](http://www.parlament.ch/D/Suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090069).

65 *Stöckli*, BR 2011, 184; vgl. dazu auch *Staubert*, Jusletter, 20. 2. 2012, S. 19 f.

66 Vgl. Botschaft UWG, 6179.

67 Vgl. dazu Übersicht über die parlamentarische Beratungsphase (Fn. 64).

68 Teilweise a. M. *Staubert* (Fn. 65).

69 Vgl. *Grüneberg* (Fn. 19), § 307 N 28 m. w. N. zur Rspr.; v. *Westphalen*, NJW 2010, 2254, 2262.

70 Zitat aus Botschaft UWG, 6179.

71 *Stöckli*, BR 2011, 184; vgl. auch *Staubert* (Fn. 65), S. 20 f., der richtigerweise darauf hinweist, dass das Kriterium von „Treu und Glauben“ die „Schwelle zur Bejahung der Unlauterkeit erreichen soll“.

72 Vgl. *Gauch*, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 30. 8. 2011; *Stöckli*, BR 2011, 184; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537; *Bieri*, Jusletter, 24. 10. 2011; vgl. auch Botschaft UWG, 6159, 6180: „Eine solche Beschränkung [des Anwendungsbereichs von Art. 8 auf Verkehr mit Konsumenten] wäre aber nicht sachgerecht, da gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden. Zudem wäre es eine Durchbrechung des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des UWG auf alle Abnehmerstufen.“

73 Vgl. kürzlich *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 21. 7. 2011, S. 21 „Juristen sehen Unternehmen durch Vertragsklauseln gefesselt“; *Berger*, ZGS 2004, 415; *Pfeil*, RIW 2009, Heft 5, Die erste Seite.



haltskontrolle nach Art. 8 UWG entgegen dessen klaren Wortlaut auch im B2B-Bereich anwenden werden, u.U. in Beachtung der bereits heute hörbaren Kritik betreffend die Benachteiligung von KMU.<sup>74</sup>

Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen Art. 8 UWG (neue Fassung) wurden – im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 306 Abs. 1 BGB) – nicht gesetzlich geregelt. Mit der herrschenden Lehre und der Botschaft des Bundesrates ist jedoch zweifelsohne von der (Teil-)Nichtigkeit der betreffenden Klausel auszugehen.<sup>75</sup>

## VII. Geltungserhaltende Reduktion

Als zentraler Unterschied zum deutschen Recht sprechen sich die herrschende Lehre und die (ältere) Rechtsprechung in der Schweiz grundsätzlich für eine sog. geltungserhaltende Reduktion aus.<sup>76</sup> Danach sollen Vertragsklauseln, typischerweise Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse, die zwingendem Recht widersprechen, nicht vollständig dahinfallen, sondern auf das gesetzlich zulässige Maß reduziert werden.

Das deutsche Recht lehnt diesen Grundsatz bei Fehlen einer sog. salvatorischen Klausel grundsätzlich ab,<sup>77</sup> insbesondere aber bei AGB: Verstößt der Inhalt einer Standardklausel gegen §§ 307–309 BGB, so ist diese Klausel grundsätzlich vollumfänglich unwirksam.<sup>78</sup>

Dem folgt auch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung in der Schweiz. Das Bundesgericht entschied Ende 2008, dass die geltungserhaltende Reduktion auf allgemeine Geschäftsbedingungen keine Anwendung findet, und erklärte Freizeichnungen in AGB, die das gesetzlich zulässige Maß überschreiten, für vollumfänglich nichtig.<sup>79</sup> Es begründete dies mit dem Schutzgedanken zugunsten der schwächeren Partei. Diesbezüglich ist die Rechtslage in der Schweiz heute daher mit derjenigen in Deutschland vergleichbar.

Wie in Deutschland gilt auch in der Schweiz der Grundsatz der Teilnichtigkeit.<sup>80</sup> Danach besteht der Rest eines Vertrags ohne die nichtige Bestimmung fort, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den weggefallenen Teil insgesamt nicht abgeschlossen worden wäre. An die Stelle weggefallener Vertragsbestimmungen tritt das dispositive Gesetzesrecht, soweit vorhanden. Bei sog. Innominatverträgen ist eine möglicherweise bestehende Lücke auf dem Weg der richterlichen Vertragsergänzung zu füllen.<sup>81</sup>

## VIII. Kollision sich widersprechender AGB

In Fällen, in denen zwei Vertragsparteien, meist Unternehmen, jeweils die eigenen AGB für anwendbar erklären, spricht man von einer „battle of the forms“. Verweisen beispielsweise sowohl der Verkäufer beim Versand seines Angebots als auch der Besteller bei dessen Annahme auf ihre eigenen Standardbedingungen, so stellt sich die Frage, welche der beiden und ob überhaupt AGB gelten.

Teilweise wird für die Schweiz die „Theorie des letzten Wortes“ befürwortet. Danach sind die letztübersandten AGB (nach obigem Beispiel diejenigen des Bestellers) maßgeblich, zumindest sofern der Verkäufer nicht bereits mittels einer antizipierten umfassenden Abwehrklausel (beispielsweise in seinen eigenen AGB) erklärt hat, er anerkenne keine anderen AGB. Sofern sich in diesem Fall die AGB beider Parteien widersprechen bzw. nicht decken, kommen nach dieser Auffassung insgesamt keine der beiden AGB zur Anwendung.<sup>82</sup>

Die wohl herrschende Schweizer Lehre geht demgegenüber von einem partiellen Dissens aus. Danach gelten alle übereinstimmenden AGB-Bestimmungen, während sich widersprechende Klauseln *in toto* unwirksam sind. Die Lehre vom partiellen Dissens wird ebenso auf Fälle angewandt, in denen gar keine korrespondierenden Klauseln bestehen, was dazu führt, dass auch sich ergänzende AGB-Klauseln keine Gültigkeit erlangen.<sup>83</sup> Diese Problemstellungen scheinen jedoch mehr theoretischer als praktischer Natur zu sein.<sup>84</sup>

Die entstehenden Lücken sind durch richterliche Vertragsergänzung bzw. Lückenfüllung zu schließen. In Anwendung von Art. 2 Abs. 2 Obligationenrecht kann der Richter einen unvollständigen Vertrag im Rahmen von Treu und Glauben ergänzen. Eine solche Vertragsergänzung ist jedoch nur für Nebenpunkte zulässig.<sup>85</sup> Umstritten ist, ob sich der Richter von dispositivem Gesetzesrecht oder vom hypothetischen Parteiwillen leiten lassen muss. Das Bundesgericht spricht sich für eine Ergänzung nach dispositiven Gesetzesregeln aus. Erst wenn dispositive Rechtsregeln fehlen – was bei Innominatverträgen regelmäßig der Fall ist – soll es zur Vertragsergänzung anhand des hypothetischen Parteiwillens kommen.<sup>86</sup> Bevor jedoch überhaupt zur Vertragsergänzung geschritten werden darf, ist zu prüfen, ob die entstandene Lücke nicht u.U. bereits mittels Vertragsauslegung geschlossen werden kann.<sup>87</sup>

In Deutschland wurde die Theorie des letzten Wortes aufgegeben. Nach dem heute vorherrschenden sog. Prinzip der Kongruenzgeltung, das dem Schweizer Konzept des partiellen Dissenses entspricht, gelten die beiderseitigen AGB jeweils nur in dem Umfang, in dem sie übereinstimmen. Im Hinblick auf die sich widersprechenden bzw. nicht deckenden Klauseln mangelt es am Konsens.<sup>88</sup> Der deutsche Bun-

74 Vgl. in diesem Sinne auch *Holliger-Hagmann* (Fn. 20), S. 5 f.

75 Botschaft, 6180.

76 *Wiegand* (Fn. 45), Art. 100 N 4; BGE 38 II 499; a.M. *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2003, N 24.08, die sich für eine vollständige Nichtigkeit und damit gegen eine geltungserhaltende Reduktion ausspricht.

77 Vgl. § 139 BGB

78 Vgl. zum Ganzen *Grüneberg* (Fn. 19), § 306 N 6 m. w. Hinweisen auf die einschlägige Rspr. des BGH.

79 Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2008 vom 18. 12. 2008 E. 5. 6. 3. 2. 1: „... Denn die in der Lehre vertretene Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion überzeugt jedenfalls schon insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoß gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen.“

80 Für die Schweiz vgl. Art. 20 Abs. 2 OR zum allgemeinen Vertragsrecht; für Deutschland vgl. § 306 BGB, der die Rechtsfolgen besonders für den Fall nichtiger oder unwirksamer AGB regelt.

81 Siehe dazu sogleich unter VIII.

82 *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 18), N 1135 f.

83 *Probst* (Fn. 18), N 11; a.M. *Bucher* (Fn. 21), Art. 1 N 68; s. zum Ganzen *Bühner*, AGB-Kollisionen, „the battle of the forms“ und andere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1987.

84 *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 18), N 1136.

85 *Kut/Schwyder* (Fn. 27), Art. 2 OR N 3 f.

86 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.376/2005 vom 6. 1. 2006 E. 3.2: „Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren.“; vgl. zum Ganzen auch *Bucher* (Fn. 21) Art. 8 N 12.

87 Vgl. zur teils heiklen Abgrenzung zwischen Vertragsergänzung und Vertragsauslegung: *Bucher* (Fn. 21) Art. 2 N 8 ff.

88 Vgl. *Grüneberg* (Fn. 19), § 305 N 54.

desgerichtshof hat darüber hinaus – entgegen der wohl herrschenden deutschen Lehre – bestätigt, dass eine sog. allgemeine Abwehrklausel in AGB grundsätzlich nicht nur abweichende, sondern sämtliche fremden AGB-Regelungen ausschließt.<sup>89</sup>

### IX. Umgehung ausländischen (deutschen) AGB-Rechts durch Wahl des Schweizer Rechts?

Wie gesehen, ist die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts unter anderem wegen seines verweenderfreundlichen Umgangs mit AGB für deutsche Unternehmen besonders attraktiv. Zumindest für den B2B-Bereich dürfte sich hieran auch in Zukunft nichts ändern. Gleichfalls ist trotz stetiger und teils heftiger Kritik nicht zu erwarten, dass die strenge AGB-Kontrolle in Deutschland erheblich abgeschwächt wird. Eine gewisse „Flucht“ ins Schweizer Recht wird somit anhalten.<sup>90</sup>

Es stellt sich sodann die Frage, ob eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts in allen Fällen möglich ist und ob dies stets auch zum Ausschluss der strengen deutschen AGB-Kontrolle führt. Diese Frage ist aus Sicht des für die Beurteilung möglicher Vertragsstreitigkeiten zuständigen (Schieds-)Gerichts zu beurteilen und kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Da die Wahl des anwendbaren materiellen Rechts in internationalen Verträgen häufig im Gleichklang mit einer Gerichtsstandvereinbarung oder Schiedsklausel erfolgt, wird nachfolgend auf die Sicht des Schweizer Richters bzw. in der Schweiz sitzenden Schiedsrichters eingegangen.

Der staatliche Richter in der Schweiz beurteilt die Frage seiner Zuständigkeit sowie der Zulässigkeit und Wirkung einer Rechtswahl nach der *lex fori*, also in Anwendung schweizerischen (internationalen) Rechts, mithin nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) bzw. des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen).<sup>91</sup>

Gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. b IPRG kann das vereinbarte Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen, wenn z.B. infolge einer Rechtswahl auf den Streitgegenstand schweizerisches Recht anzuwenden ist. Nach Art. 116 IPRG steht es Vertragsparteien bei Vorliegen eines „internationalen Verhältnisses“ grundsätzlich frei, eine Rechtswahl zu treffen.<sup>92</sup> Ob ein internationales Verhältnis vorliegt, beurteilt sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalles im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>93</sup> Generell hat ein objektiver Bezug des Rechtsverhältnisses zu mehr als einer Rechtsordnung vorzuliegen. Dies kann sich bereits aus dem (Wohn-)Sitz, dem gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der Niederlassung der Vertragsparteien oder sogar ihrer Nationalität oder dem Gegenstand des Vertrages ergeben (beispielsweise aus dem Lageort der Sache oder der vom Vertrag betroffenen Vermögenswerte, grenzüberschreitenden (Dienst-)Leistungen oder dem Erfüllungsort<sup>94</sup> sowie ggf. auch bereits dem Abschlussort des Vertrages).<sup>95</sup> Die neuere Lehre in der Schweiz interpretiert den Begriff des internationalen Verhältnisses weit, und es sind an den „Intensitätsgrad“ eines Auslandsbezuges nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Im Sinne der Parteiautonomie wird sogar eine Rechtswahlvereinbarung auf „Vorrat“ als möglich erachtet für den Fall, dass sich in Zukunft ein internationaler Bezug ergeben könnte.<sup>96</sup>

Ausgeschlossen scheint damit die Wahl des Schweizer Rechts somit lediglich bei reinen Binnenverhältnissen, beispielsweise einem Vertrag zwischen zwei deutschen Unternehmen, der keinerlei Berührung zum Ausland aufweist. Derartige Fälle dürften in der heutigen globalisierten Wirtschaftswelt jedoch die Ausnahme bilden. Ebenso verhält es sich im Prinzip bei Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz. Auch diese haben in erster Linie das von den Parteien gewählte Recht anzuwenden.<sup>97</sup>

Vertragsparteien sind in ihrer Rechtswahl grundsätzlich frei. Insbesondere hat der schweizerische Gesetzgeber auf das Erfordernis einer irgendwie gearteten, z.B. einer „natürlichen oder räumlichen Beziehung“ zwischen Vertrag und gewähltem Recht verzichtet. Eine offensichtlich willkürliche bzw. missbräuchliche Rechtswahl kann jedoch ggf. gestützt auf Art. 2 Zivilgesetzbuch oder den *ordre public* zu Fall gebracht werden.<sup>98</sup>

Sodann stellt sich die Anschlussfrage, ob ein schweizerisches Gericht trotz Wahl des Schweizer Rechts die deutschen AGB-Regeln gegebenenfalls als sog. Eingriffsnormen anzuwenden hat, weil diese zwingend Wirkung beanspruchen.<sup>99</sup> Anders formuliert: Bietet eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts einem deutschen Unternehmen stets Schutz vor dem deutschen AGB-Recht?

Diese Frage wird in der Lehre kaum diskutiert. Aus Schweizer Sicht bildet Art. 19 IPRG den Ausgangspunkt der Diskussion. Dieser lautet wie folgt:

*Art. 19. Berücksichtigung zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts*

1 Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, kann die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.

2 Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung.

Unter engen Voraussetzungen haben Schweizer Gerichte also die Möglichkeit, ausländische Bestimmungen im Wege

89 BGH, NJW-RR 2001, 484, 485; BGH, NJW 1991, 2633, 2635; zum Ganzen vgl. *Schmidt*, NJW 2011, 3329, 3333.

90 Allerdings wird die Frage der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen auch im deutschen Recht rege diskutiert; vgl. dazu mit vielen Verweisen *Mächler-Erne/Wolf-Mettier*, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 19 N 34.

91 Vgl. *Amstutz/Vogt/Wang*, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 116 N 2.

92 Zu beachten ist insbesondere, dass nach Art. 120 Abs. 2 IPRG bei Konsumentenverträgen eine Rechtswahl von vornherein ausgeschlossen ist.

93 *Amstutz/Vogt/Wang* (Fn. 91), Art. 116 N 7.

94 Vgl. Urteil des Bundesgerichts, 4C.308/2002 vom 6. 12. 2002 E. 1, in welchem die Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsortes, die einzig auf die Begründung einer Zuständigkeit zielt, ohne dass am angegeben Ort auch tatsächlich zu erfüllen wäre als versteckte Gerichtsstandvereinbarung qualifiziert wurde und den auf Gerichtsstandvereinbarungen anwendbaren Formvorschriften unterstellt wurde.

95 *Keller/Kren Kostkiewicz*, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 116 Nr. 22; *Amstutz/Vogt/Wang* (Fn. 91), Art. 116 N 7.

96 *Keller/Kren Kostkiewicz* (Fn. 95), Art. 116 N 21.

97 Vgl. Art. 187 IPRG bzw. Art. 381 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO); zumindest sofern die Streitsache überhaupt schiedsfähig ist.

98 *Keller/Kren Kostkiewicz* (Fn. 95) Art. 116 Nr. 14; *Amstutz/Vogt/Wang* (Fn. 91), Art. 116 N 27.

99 *Mächler-Erne/Wolf-Mettier* (Fn. 90), Art. 19 N 4.

einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung „zu berücksichtigen“ und damit den Interessen des ausländischen Erlassstaates (hier: Deutschland) Rechnung zu tragen. Zu beachten ist, dass dem Richter damit ein weites Ermessen zugestanden wird. Voraussetzung ist jedenfalls kumulativ, dass (i) eine anwendungswillige Eingriffsnorm vorliegt, (ii) ein enger Zusammenhang zwischen dem Sachverhalt und der Rechtsordnung des Eingriffsstaates besteht sowie (iii) schützenswerte und überwiegende Interessen einer Partei die Berücksichtigung der fraglichen Norm gebieten.<sup>100</sup>

Beispiele für ausländische Eingriffsnormen aus der Rechtsprechung der Schweizer Gerichte sind Kartellrechtsvorschriften, Kapitalmarktvorschriften, Devisengesetzgebung, Embargos sowie Import- und Exportverbote. Ferner kommen aber ebenso sozialpolitische Normen des Verbraucherschutzes in Betracht. Fraglich ist, ob auch die AGB-Regeln in §§ 305 ff. BGB in diese Kategorie fallen. Rechtsprechung hierzu gibt es, soweit ersichtlich, nicht. In der Lehre finden sich jedoch vereinzelt Stimmen, die auch ausländischen Verbraucherschutzbestimmungen die Qualität von Eingriffsnormen zuerkennen. So schreiben beispielsweise *Mächler-Erne/Wolf-Mettier*:

„Von den sozialprotektiv ausgerichteten Normen, die ein dritter Staat mit internationalem Anwendungswillen erlassen mag, dürften unter anderem etwa Arbeitsschutz, Produkthaftpflicht, Konsumentenschutz und AGB-Kontrolle über die Grenzen des dritten Staates hinaus Anwendung beanspruchen.“<sup>101</sup>

Bedenkt man allerdings, dass Art. 19 IPRG grundsätzlich restriktiv anzuwenden ist und den Gerichten ohnehin nur die Möglichkeit vorgibt, die drittstaatlichen Normen in Betracht zu ziehen („kann ... berücksichtigen“), also nicht direkt anzuwenden, und dass es bei der Einbeziehung von AGB in einen Vertrag zwischen Unternehmen anders als zwischen Verbrauchern – zumindest aus Schweizer Sicht – nicht zwangsläufig schützenswerte und überwiegende Interessen einer Partei gibt, spricht viel dafür, dass ein Schweizer Richter bei Vorliegen einer Schweizer Rechtswahl im Rahmen seines weiten Ermessens die §§ 305 ff. BGB nicht anwenden würde.

Ob internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz drittstaatliche Eingriffsnormen nach denselben Grundsätzen zu behandeln haben wie die staatlichen Gerichte, ist ebenfalls umstritten.<sup>102</sup> Nach herrschender Meinung ist dies nicht der Fall: Es gelten eigenständige Sonderanknüpfungsregeln, wobei die Schiedsrichter Art. 19 IPRG jedoch analog heranziehen können.<sup>103</sup> Im Ergebnis haben Schiedsgerichte im Hinblick auf die mögliche Anwendung der §§ 305 ff. BGB als ausländische Eingriffsnormen also einen noch weiteren Ermessensspielraum als die staatlichen Richter. Abgestellt wird meist auf einen gemeinsamen, über den einzelstaatlichen Interessen liegenden „transnationalen“ Nenner.<sup>104</sup> Das deutsche AGB-Recht samt der Rechtsprechung der deutschen Gerichte kann aufgrund seiner besonderen Strenge jedoch kaum als ein solcher transnationaler Standard angesehen werden.

## X. Fazit

Die weitgehend fehlende Kodifizierung des AGB-Rechts in der Schweiz hat sich in der Praxis nicht als Nachteil erwiesen. Im Gegenteil: Die flexiblere Rechtslage wird von Unternehmen im Ausland als wesentlicher Vorteil geschätzt und hat mittelbar die Attraktivität des Schweizer Rechts als auf internationale Verträge anwendbare Rechtsordnung ge-

stärkt. Das in der Schweiz lange kritisierte Fehlen einer wirksamen Inhaltskontrolle wurde durch die Revision des Art. 8 UWG nun behoben – allerdings nur teilweise: Im Hinblick auf zwischen Unternehmen verwendete und wirksam in den Vertrag einbezogene AGB bleibt das Schweizer Recht seiner liberaleren Rechtsauffassung auch zukünftig treu. Demgegenüber ist im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern fortan mit einer (strengeren) offenen Inhaltskontrolle zu rechnen. Spannend bleibt, wie die Gerichte ab dem 1. 7. 2012 mit dieser Neuerung umgehen werden. Insbesondere bleibt auch abzuwarten, ob sie den revidierten Art. 8 UWG seinem Wortlaut entsprechend auch tatsächlich nur im B2C-Bereich anwenden oder gleich wie die viel kritisierten deutschen Gerichte diesen auch im B2B-Bereich als Auslegungshilfe bzw. Leitfaden heranziehen werden.

Demgegenüber hält in Deutschland die Kritik an der traditionell strengen AGB-Kontrolle an. Insbesondere wird eine deutlichere Unterscheidung zwischen der Verwendung von AGB im B2B-Bereich und im B2C-Bereich gefordert. Solange diesen kritischen Stimmen jedoch nicht Rechnung getragen wird, bleibt das Schweizer Recht samt seinem AGB-Recht für deutsche Unternehmen eine interessante Alternative.



**Dr. Bernd Ehle**

1991–1996 Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. Br., Genf und Heidelberg. 1996–1998 Referendariat und 1998 Zulassung als Rechtsanwalt in Deutschland. 1998–1999 Rechtsanwalt bei Ehle & Schiller, Köln. 1999–2000 LL.M.-Studium an der Northwestern University School of Law, Chicago. 2001 Promotion bei *Prof. Dr. Erik Jayme* an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zu einem Thema des internationalen Privatrechts. 2000–2003 Rechtsanwalt bei Graf von Westphalen, Freiburg. 2004 Anwaltszulassung in der Schweiz. Seit 2003 Rechtsanwalt bei LALIVE in Genf (Partner seit 2009), überwiegend in den Bereichen internationales Vertragsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Prozessführung vor staatlichen Gerichten (mit den Schwerpunkten Anlagenbau und Infrastrukturprojekte).



**lic.iur. André Brunschweiler**

2000–2006 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich sowie der Universität François Rabelais in Tours (Frankreich). 2006–2008 Anwaltssubstitut bei der Kanzlei Schellenberg Wittmer in Zürich und Genf; 2008–2009 Auditor beim Bezirksgericht Zürich. Seit 2010 Rechtsanwalt bei LALIVE in Zürich, in forensischer und beratender Tätigkeit überwiegend in den Bereichen Handels- und Gesellschaftsrecht, internationale (Handels-) Verträge mit Schwergewicht auf Werk- sowie Distributionsverträge sowie im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts; regelmäßige Vertretung von aus- und inländischen Parteien in sämtlichen (Handels-)Streitigkeiten vor Schweizer Gerichten sowie Schiedsgerichten.

<sup>100</sup> *Mächler-Erne/Wolf-Mettier* (Fn. 90), Art. 19 N 13 ff.

<sup>101</sup> *Mächler-Erne/Wolf-Mettier* (Fn. 90), Art. 19 N 24.

<sup>102</sup> Insbesondere zur strittigen Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, siehe: *Schramm/Furrer/Girsberger*, in: *Furrer/Girsberger/Müller-Chen*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2010, Art. 187–189 IPRG N 7.

<sup>103</sup> *Jegher*, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, 2003, S. 49.

<sup>104</sup> *Mächler-Erne/Wolf-Mettier* (Fn. 90), Art. 19 N 28.