

# Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht<sup>1</sup>

VON PETER FORSTMOSER, Zürich

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bilden heute die Grundlage von Einzelverträgen in fast allen Sparten der Wirtschaft und auf allen Stufen kommerzieller Tätigkeit, im Verkehr von Unternehmen unter sich wie auch in der Abwicklung von Geschäften mit privaten Konsumenten<sup>2</sup>. Für die Bundesrepublik Deutschland schätzt man, dass AGB zu 100% Anwendung finden in den Bereichen des Versicherungs-, des Bank- und Kreditwesens, in der Touristik, im Fernunterricht und im Autohandel, zu 90% im Bau- und Maklergewerbe, im Möbelhandel und bei der Wohnungsmiete, zu über 50% bei chemischen Reinigungen, Haushalt- und Fahrzeugreparaturen<sup>3</sup>. Für die Schweiz fehlen Untersuchungen, doch dürften die Verhältnisse ähnlich sein<sup>4</sup>.

Ausgenommen der Bereich der Bargeschäfte des täglichen Lebens<sup>5</sup> ist damit das *Gesetzesrecht* – soweit nicht zwingender Natur – *weitgehend verdrängt* worden *durch privatautonome, meist von einer Partei allein gesetzte Normen*.

<sup>1</sup> Meinen Assistenten, Fräulein lic.iur. S. Wettenschwiler, Fräulein lic.iur. R. Weninger, Herrn Dr.iur. D. Gessler und Herrn lic.iur. U. Benz, danke ich für ihre wertvolle Mitarbeit. Sie haben verschiedene Rechtsfragen besonders zum deutschen Recht abgeklärt und mich mit weiteren Hinweisen unterstützt. Fräulein Wettenschwiler hat zudem das Material bereitgestellt und Anmerkungen zum Teil selbständig bearbeitet. – Für eine kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen zu Dank verpflichtet bin ich sodann Herrn RA Dr. A. Schuler, Herrn RA Dr. Ch. Meister und Herrn lic.iur. M. Roesle haben mich mit Hinweisen zum ausländischen Recht unterstützt. – Dank gebührt auch Frau G. Schmid für die zuverlässige Niederschrift.

Ein *Verzeichnis* der nur mit dem Autornamen und allenfalls einem Stichwort zitierten *Literatur* findet sich am Ende dieses Aufsatzes.

<sup>2</sup> Zur allmählichen Ausbreitung der AGB s. etwa WEBER, AGB N 1 ff.

<sup>3</sup> Vgl. REHBINDER, Kaufrecht 11 f.; ders.: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz. Zum neuen deutschen Gesetz über die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in: SJZ 73 (1977) 36 ff., 37; AXEL SAIPA: Rechtspolitische Erwägungen zum Problem der AGB, in: Juristische Rundschau 1972, 364 ff.; ferner BAUER 3 f. Zu den Baubedingungen vgl. PETER GAUCH: Vorgeformte Baubedingungen, in: Seminar für schweizerisches Recht I (1979) 4 ff. Vgl. ferner den Artikel: Keine Ruhe um SIA-Norm 118, in: NZZ vom 4./5.8.1979 S.17 und die Replik: Keine Verteufelung der Norm SIA 118, in: NZZ 183 vom 10.8.1979 S.43.

<sup>4</sup> Vgl. MERZ, Richterliche Kontrolle 67 ff., 69; BAUER 4.

<sup>5</sup> Dazu BAUER 5 und die dortige Literatur.

Die grosse praktische Bedeutung und die Eigenarten der AGB haben dazu geführt, dass diese in den letzten Jahren und Jahrzehnten in zahlreichen Staaten einer *besonderen gesetzlichen Ordnung unterstellt* worden sind<sup>6</sup>. So kennen etwa das *italienische* Recht seit 1942, das *israelische* seit 1964 Bestimmungen für AGB und Standardverträge. *Österreich* beschränkt nun durch ein Konsumentenschutzgesetz vom 8.3.1979 – in Kraft seit dem 1.10.1979 – die Freiheit in der Gestaltung von Standardverträgen im Verkehr mit Verbrauchern<sup>7</sup>. *England* kennt zwar kein AGB-Gesetz. Der seit dem 1.2.1978 in Kraft stehende Unfair Contract Terms Act 1977 sieht immerhin Schranken für den Ausschluss der Gewährleistung vor, die zur Anwendung kommen, wenn eine Partei «deals as consumer or on the other's written standard terms of business.»<sup>8</sup> In *Schweden* ist ein Gesetz gegen ungebührliche Vertragsbedingungen eingeführt worden, das die Verbraucher vor unzumutbaren oder sittenwidrigen Klauseln in AGB schützen soll<sup>8a</sup>.

Im Rahmen des *Europarates* wurde den Mitgliedstaaten in der Resolution Nr.47<sup>9</sup> nahegelegt, Massnahmen zu ergreifen zum Schutz der Konsumenten vor missbräuchlichen Klauseln in Standardverträgen. Entsprechende Entwürfe sind im Entstehen in Luxemburg<sup>10</sup> und Holland<sup>11</sup>.

Von besonderer Bedeutung ist das aufgrund umfassender Abklärungen und Diskussionen entwickelte *deutsche Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG) vom 9.12.1976, in Kraft seit 1.4.1977, das man als «den einschneidendsten Eingriff des Ge-

<sup>6</sup> Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise bei NORDMANN 15 ff. und MERZ, Massenvertrag 141 ff., sowie bei KARL H. NEUMAYER: Die AGB. Der Beitrag von Lehre und Gerichtspraxis der nordischen Staaten, in: Festschrift Laufke (Würzburg 1971) 149 ff.; s. auch FRITZ HAUSS und andere Autoren: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd.41 (Frankfurt/Berlin 1968); EIKE VON HIPPEL: Verbraucherschutz (Tübingen 1974) 72 ff.; ULMER usw., Einleitung N 16 ff.

<sup>7</sup> Vgl. dazu RUDOLF WELSER: Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, Juristische Blätter 102 (1980) 1 ff., 72 ff. und die dort Anm. 2 zit. Literatur.

<sup>8</sup> Law Reports Statutes 1977, 1257 ff., insb. Art. 3 I.

<sup>8a</sup> Vgl. Die schwedische Verbraucherpolitik sowie Die schwedischen Ombudsmänner, Publikationen, 1978 herausgegeben vom schwedischen Informationsdienst für das Ausland.

<sup>9</sup> Vom 16.11.1977.

<sup>10</sup> S. Conseil de l'Europe, Lettre d'information sur les activités législatives (Sept./Déc. 1976) 6 f.

<sup>11</sup> Conseil de l'Europe, Bulletin d'information sur les activités juridiques 2 (Février 1979) 27. – Der Entwurf für ein Gesetz über Standardverträge soll im Frühjahr 1980 vom Parlament beraten werden.

setzgebers in die Privatrechtsordnung seit Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches» bezeichnet hat<sup>12</sup>.

In der *Schweiz* ist dagegen – wie in *Frankreich*<sup>12a</sup> und überwiegend auch in *England*<sup>13</sup> – bis heute versucht worden, die Probleme der AGB mit den *herkömmlichen Gesetzesnormen* zu lösen, mit Bestimmungen also, die für individuell ausgehandelte Einzelverträge konzipiert worden sind. An rechtspolitischen Vorschlägen für eine Neuordnung fehlt es zwar nicht<sup>14</sup>. Praktische politische Bedeutung haben diese Postulate bis heute jedoch kaum gehabt<sup>15</sup>. Vielmehr wird noch immer von der Fiktion individuell ausgehandelter Einzelverträge ausgegangen und den Besonderheiten von Masseverträgen nur zurückhaltend im Rahmen der richterlichen Regeln zur Rechtsauslegung und -anwendung Rechnung getragen.

\* \* \*

<sup>12</sup> So HÄGELE 13.

<sup>12a</sup> In Frankreich bestand zwar ein Entwurf für ein Gesetz zur Kontrolle von AGB. Stattdessen wurde dann aber ein allgemeines Konsumentenschutzgesetz (Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs de produits et de services, Journal Officiel 110 [1978] 301 ff.) in Kraft gesetzt (vgl. GEORGES BERLIOZ: Droit de la consommation et droit de contrats, *Juris Classeur Périodique* 1979, 245 ff., insb. 246). Ein auf der Grundlage dieses Gesetzes erlassenes Décret vom 24.3.1978 untersagt in Art. 1 für Verträge mit Konsumenten die Verweisung auf AGB, die nicht im Vertrag selbst enthalten sind, vgl. BERLIOZ, a. a. O. 250, sowie NGUYEN THANH-BOURGEAIS in *Recueil Dalloz Sirey* 1979, *Chronique* 15 ff., insb. 17 ff. – Allgemein zur Behandlung von Standardverträgen nach französischem Recht GEORGES BERLIOZ: *Le Contrat d'adhésion* (2. A. Paris 1976) sowie ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ: *Droit Civil, Les Obligations* (2. A. Paris 1975) 100 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu etwa KARL H. NEUMAYER, Frankreich, JOHN F. WILSON, Grossbritannien, *The British Position*, und ANDREW MARTIN, *The British position de lege ferenda*, in: *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (zit. Anm. 6) 20 ff., 33 ff., 44 ff.; GABRIELE SCHMITZ: *Haftungsausschlussklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen nach englischem und internationalem Privatrecht*, *Schriften zum Internationalen Recht* Bd. 8 (Berlin 1977) 14 ff., 38 f.

<sup>14</sup> Postuliert werden etwa eine Ausdehnung der richterlichen Kompetenzen durch eine Teilrevision des OR (vgl. STOCKAR 54 ff.), mehr zwingendes Gesetzesrecht, das speziell Auswüchse im Bereich der AGB steuern soll (vgl. MERZ, *Contrôle judiciaire* 206; GUHL/MERZ/KUMMER 120, endlich auch die Einführung einer eigentlichen Präventivkontrolle (so mit ausführlicher Begründung NORDMANN 41 und 125 ff.).

<sup>15</sup> In seiner Antwort vom 23.11.1977 auf eine Einfache Anfrage WELTER (Sten. Bull. NR 1977, 1736) erklärte der Bundesrat, vorläufig keine Schritte im Sinne der Europarats-Resolution Nr. 47 unternehmen zu wollen. Der Vorschlag, gewisse Klauseln als generell missbräuchlich zu qualifizieren, widerspreche dem Charakter der schweizerischen Rechtsordnung, die eher dazu tendiere, im Einzelfall konkrete Bestimmungen zu erlassen (so z. B. für das Arbeitsvertrags- und das Mietrecht). Es empfehle sich jedenfalls, zunächst einmal die Entwicklung in Deutschland nach Inkrafttreten des neuen AGBG abzuwarten. – Eher zurückhaltend äusserte sich der Bundesrat auch in seinen Stellungnahmen zu einer – vom Ständerat in ein Postulat umgewandelten – Motion ALDER (vgl. Sten. Bull. NR 1979, 596 ff, Sten. Bull. SR 1979, 344 ff).

Im folgenden sollen *der schweizerische und der deutsche Lösungsweg miteinander verglichen* werden. Nach einer Einführung in Begriff, Funktion und Problematik der AGB (Ziff. I) wird geprüft, wie das schweizerische und das deutsche Recht zu drei zentralen Fragen Stellung nehmen: zu den Voraussetzungen für die Gültigkeit von AGB schlechthin (dazu Ziff. II), zur Grundlage der Verbindlichkeit einzelner Normen und zur Kontrolle ihres Inhalts (dazu Ziff. III) und schliesslich zur Auslegung von AGB (dazu Ziff. IV). In Ziff. V wird auf den Anwendungsbereich allfälliger Sondernormen für AGB und auf besondere Verfahrensregeln hingewiesen. In Ziff. VI werden einige Folgerungen gezogen.

## I. *Begriff, Funktion und Problematik von allgemeinen Geschäftsbedingungen*

a) Unter AGB versteht man einen in sich geschlossenen Komplex von Bestimmungen, eine *standardisierte Ordnung, die dazu bestimmt ist, als Ganzes zum Vertragsbestandteil einer Vielzahl individueller Verträge zu werden*<sup>16</sup>. Es geht also darum, eine Reihe von Vertragspunkten ein für allemal generell abstrakt<sup>17</sup> und im voraus für eine Vielzahl<sup>18</sup> von Einzel-

<sup>16</sup> Vgl. die bei NAEGELI I aufgeführten Begriffsbeschreibungen sowie die Ausführungen zu § 1 des deutschen AGBG in den Kommentaren von DIETLEIN/REBMAN, KOCH/STÜBING, LÖWE usw., SCHLOSSER usw., STEIN, ULMER usw.; ferner etwa BAUER 5 ff.; SCHULER 15 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 436; NORDMANN 3; ERB 35 ff.; SCHMIDT-SALZER AGB 2. A., B1 ff.; id, I. A. N 2; ders., NJW 30 (1977), 131. Sehr detailliert die Definition von WILHELM WEBER: Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 21 (1968) 1 ff., 2: «Unter «allgemeinen Geschäftsbedingungen» versteht man eine zusammenfassende, in sich geschlossene, vorformulierte, standardisierte Regelung einzelner Punkte rechtlicher und tatsächlicher, letztere meist rechtlich relevanter Natur, die von dem einen Rechtsgenossen (Unternehmer) für eine meist nicht begrenzte Anzahl von Geschäften mit jeweils verschiedenen Vertragspartnern (Kunden) ausgearbeitet und vervielfältigt werden und die von den Vertragspartnern als verpflichtende Bedingungen für den Abschluss und die Durchführung eines Rechtsgeschäftes gestellt werden.» Konzis nun AGBG I I: Danach sind AGB «alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.»

<sup>17</sup> Zum generellen und abstrakten Charakter vgl. etwa SCHULER 15 f. und BAUER 5 ff.

<sup>18</sup> Nicht notwendig braucht es sich um eine *unbestimmte* Vielzahl zu handeln: Vgl. REHBINDER (zit. Anm. 3) 38; SCHLOSSER usw. § 1 N 13. Nach der deutschen Lehre soll die Grenze bei etwa 3–5 Verwendungen liegen: Vgl. HELMUT HEINRICHS: Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in: NJW 30 (1977) 1505 ff., 1506 und v. WESTPHALEN: Abgrenzung von Individualvertrag und Vertrag aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: BB 31 (1976) 1287 ff., 1289. Eine grössere Zahl verlangt v. FALKENHAUSEN: Zur Auslegung des AGB-Gesetzes, in: BB 32 (1977) 1124 ff., 1125.

verträgen so zu regeln, dass sich die Vertragsverhandlungen im Einzelfall auf einige Hauptpunkte beschränken oder dass sie überhaupt entfallen können.

AGB sind damit *Inhalt vertraglicher Vereinbarungen* und nicht – wie eine Zeitlang vor allem in Deutschland vertreten wurde – Normen des objektiven Rechts<sup>19</sup>. Ihre Gültigkeit beruht auf rechtsgeschäftlicher Übereinkunft<sup>20</sup>, sie sind nur verbindlich, wenn sie vom Vertragspartner akzeptiert werden<sup>21</sup>.

Im Gegensatz zu den dem Vertragsrecht zugrunde liegenden Vorstellungen werden AGB *nicht ausgehandelt*<sup>22</sup>, liegt also insofern *keine Individualabrede* vor, sondern eine «überindividuelle» Norm<sup>23</sup>. Die Eigenart von Verträgen, die aufgrund von AGB abgeschlossen werden, besteht somit darin, dass *wesentliche Elemente des Vertrages uniform im voraus bestimmt* sind und nicht mehr diskutiert werden<sup>24</sup>. Dabei erfolgt die Festlegung meist einseitig durch eine Partei<sup>25</sup>. Diese Vorformulierung erfüllt eine Reihe von *legitimen Funktionen*, begründet aber auch besondere *Probleme*:

b) Unbestreitbar kommt den AGB ein erheblicher *Rationalisierungseffekt* zu<sup>26</sup>, und es wäre die Geschäftstätigkeit von Grossunterneh-

<sup>19</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Lehrmeinungen SCHULER 24 ff.; PATRY 374 ff. sowie DIETER HART: AGB und Justizsystem (Kronberg 1975) 13 ff., 22 ff.; vgl. auch MERZ, Massenvertrag 143 f.

<sup>20</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. I N 476; MERZ, Massenvertrag 147; PETITPIERRE/STAUDER 212; BUCHER 133; SCHLOSSER usw. § 1 N 2 f.; CANARIS 1208; vgl. auch das in AGBG § 2 nun ausdrücklich verlangte Erfordernis der Einbeziehung in den (Individual-)Vertrag.

<sup>21</sup> BAUER 7; zu den Voraussetzungen für die Annahme eines Akzepts vgl. nachstehend Ziff. II 2.

<sup>22</sup> Vgl. AGBG I II, wonach keine AGB vorliegen, «soweit die Vertragsbedingungen ... im einzelnen ausgehandelt sind», dazu etwa WALTER LÖWE: Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB, NJW 30 (1977) 1328 ff., 1328 f.; MANFRED WOLF: Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 30 (1977) 1937 ff., 1937; WOLFGANG JAEGER: «Stellen» und «Aushandeln» vorformulierter Vertragsbedingungen, in: NJW 32 (1979) 1569 ff.

<sup>23</sup> BAUER 6 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Vgl. etwa PATRY 367 ff. und MERZ, Contrôle judiciaire 195, sowie SCHULER 19 und 66 ff. Zum Verhältnis der AGB zur Vertragsfreiheit vgl. BAUER 19 ff.

<sup>25</sup> Nicht zur Diskussion stehen in dieser Arbeit Formularverträge und AGB, die von den Organisationen *beider Vertragsparteien* ausgehandelt worden sind, wie etwa die von Hauseigentümer- und Mieterverbänden gemeinsam herausgegebenen Standard-Mietverträge.

<sup>26</sup> Diese Eigenschaft wird in sämtlichen der zahlreichen Publikationen über die AGB betont, unabhängig davon, wie sich die Autoren zur Wünschbarkeit des Instituts stellen, vgl. etwa BAUER 9; BÜHLER 4; GUHL/MERZ/KUMMER 119; HECHT 57 f.; MERZ, Massenvertrag 138 und 141; ders., Contrôle judiciaire 196; NAEGELI 8; REHBINDER, SJZ 1977 (zit. Anm. 3) 36; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. I N 436; WANNER 60; YUNG 242. Kritische Bemerkungen insbesondere bei NORDMANN 46 f.

men ohne solche Standardisierung kaum denkbar. Auch die Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung könnten ohne die Vereinheitlichung der Verträge durch AGB nicht ausgeschöpft werden<sup>27</sup>. Nur durch die Vorformulierung der Verträge ist es sodann möglich, juristisch nicht geschulten Sachbearbeitern den Vertragsabschluss ohne Rechtsbeistand anzuvertrauen<sup>28</sup>.

Mit der Rationalisierung und Standardisierung verbunden ist auch ein «*Diktat-Zweck*»: «Der Kunde soll veranlasst werden, den bereits formulierten und im Formular bereitstehenden Inhalt unverändert anzunehmen<sup>29</sup>».

AGB sollen weiter – wie dies im Ingress der von den Schweizer Banken verwendeten Formulare regelmässig hervorgehoben wird – «einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen» zwischen Kunden und Unternehmer dienen. Die präzise Festlegung der Nebenpunkte soll die *Klarheit der Verhältnisse* sicherstellen, womit auch künftige prozesuale Auseinandersetzungen verhindert werden können<sup>30</sup>.

Die genaue Umschreibung der gegenseitigen Rechte und Pflichten in AGB soll es dem Unternehmer ermöglichen, sein Risiko im voraus klar zu bestimmen. AGB sollen damit auch eine Grundlage für die *sichere Kalkulation* sein<sup>31</sup>.

Durch AGB können Bestimmungen des Gesetzes modifiziert und eine auf die besonderen Verhältnisse zugeschnittene Ordnung geschaffen werden. Dieser «*Spezialisierungseffekt*»<sup>32</sup> tritt in den Bedingungen zahlreicher Branchen zutage, etwa bei Banken und Versicherungen, bei Reisebüros, in der Autobranche, bei Transportunternehmen und im Zusammenhang mit der Ausgabe von Kreditkarten. Er führt dazu, dass AGB – bewusst oder unbewusst – oft branchenweit praktisch identisch sind<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> BAUER 10.

<sup>28</sup> So ausdrücklich PATRY 371; BÜHLER 4; BAUER 10.

<sup>29</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art.1 N 436; GIERKE/SANDROCK 44. Das hat den Vorteil, dass bis zu einem gewissen Punkt eine Gleichbehandlung aller Kunden erfolgt, vgl. WEBER, AGB N 35.

<sup>30</sup> So etwa RUSCA 212; BAUER 11; WEBER, AGB N 37; kritisch hiezu NORDMANN 47. Tatsächlich finden sich in den AGB, welche die Gerichte beschäftigt haben, recht häufig unklare Bestimmungen: Vgl. etwa BGE 81 II 155 ff., 82 II 443 ff., 91 I 11 ff.; 93 I 323 ff.

<sup>31</sup> BAUER 10.

<sup>32</sup> Dazu GIERKE/SANDROCK 44; MANFRED REHBINDER: Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: *Recht im sozialen Rechtsstaat* (Opladen 1973) 107 ff., 109 f.

<sup>33</sup> Uniforme AGB kennen etwa die Banken in Deutschland und Österreich, dazu ausführlich CANARIS; ferner TREYVAUD 27. Die schweizerischen Banken kennen formell keine einheitlichen AGB. Doch unterscheiden sich die Formulare der verschiedenen Institute meist nur in Einzelheiten. Dies rührt daher, dass die Bankiervereinigung 1966 einen Mustertext erarbeitet hat, der praktisch ausnahmslos direkt oder indirekt als Vorlage gedient

Schliesslich dienen die AGB – wie es von Unternehmerseite euphemistisch ausgedrückt worden ist – der «Anordnung einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Parteien»<sup>34</sup> oder – nüchterner formuliert – der *Beschränkung der Risiken des Unternehmers*<sup>35</sup>, der Überwälzung der Gefahrentragung auf den Kunden<sup>36</sup>.

c) Wenn auch für die meisten der erwähnten Funktionen valable Gründe ins Feld geführt werden können, ist doch nicht zu übersehen, dass damit *Probleme* verbunden sind, die sich bei individuell ausgehandelten Vertragsklauseln nicht oder nicht in gleicher Weise stellen:

Zunächst ist diejenige *Partei, welche die AGB formuliert*, schon deshalb *überlegen*, weil sie die Vertragsbedingungen ohne Zeitdruck durch Spezialisten ausarbeiten lassen kann<sup>37</sup>. Dieser Vorteil ist von unterschiedlicher Bedeutung je nach der Geschäftserfahrung des Kunden<sup>38</sup>.

Während beim typischen Individualvertrag über die Vertragsklauseln im einzelnen verhandelt wird<sup>39</sup>, besteht keine Möglichkeit, über die Bestimmungen von AGB zu diskutieren. Der Kunde befindet sich in einer «Take-it-or-leave-it»-Position<sup>40</sup>. An die Stelle der Vereinbarung tritt – materiell betrachtet – die *Unterwerfung*<sup>41</sup>.

hat (vgl. ERB 41 ff.). In andern Branchen haben sich materiell weitgehend vereinheitlichte Bedingungen auch ohne solche einheitliche Grundlage herausgebildet, vgl. etwa die Hinweise bei LYDIA SCHIESS in Schweiz. Handelszeitung vom 7.9.1978, S.3, 5.

<sup>34</sup> RUSCA 218.

<sup>35</sup> NÄGELI 15; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art.1 N 436; YUNG 242.

<sup>36</sup> REHBINDER in: Recht im sozialen Rechtsstaat (zit. Anm.32) 110; Hinweise auf den Kunden benachteiligende Klauseln bei BAUER 14f. und SCHIESS (zit. Anm.33). Durch das deutsche AGBG ist eine Grosszahl solcher bisher üblicher Klauseln zum Teil generell untersagt, zum Teil als nur noch im Rahmen des Angemessenen gültig erklärt worden, vgl. AGBG 10 und 11 sowie nachstehend bei Anm.199.

<sup>37</sup> Dazu etwa NORDMANN 29; MERZ, Massenvertrag 155f.; BAUER 16; ERNST A. KRAMER: Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, in: ZSR 98 (1979) I 64.

<sup>38</sup> In der Theorie wird denn auch differenziert zwischen AGB, welche zwischen Kaufleuten verwendet werden, und solchen, die für das kaufmännisch nicht geschulte Publikum bestimmt sind, vgl. etwa BÜHLER 5; NORDMANN 8f.; ferner die Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages (München 1974) passim. Die Differenzierung ist vom deutschen AGBG übernommen worden, vgl. § 24, wonach wesentliche Bestimmungen – insbesondere die generellen Klauselverbote der §§ 10 und 11 – keine Anwendung finden auf AGB, die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. In der Schweiz trägt die Praxis der Geschäftserfahrung des Kunden bei der Auslegung und Anwendung im Einzelfall Rechnung, vgl. nachstehend Ziff. III 1 c und IV 2 b.

<sup>39</sup> MERZ, Contrôle judiciaire 195; PATRY 367 ff.

<sup>40</sup> MERZ, Massenvertrag 138; TREYVAUD 26 und BAUER 16.

<sup>41</sup> HECHT 60. Kritisch zum Begriff «Unterwerfungsvertrag» HANS NAEF: Über die Auslegung des Versicherungsvertrages (Diss Zürich 1950) 23, der aber auch betont, der Ausdruck bezeichne «in treffender Weise die tatsächliche Situation des Vertragsschlusses auf Grund allgemeiner Bedingungen».

Im einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen kommen notwendig beiden Parteien zum Bewusstsein. Den AGB wird dagegen seitens des Kunden oft *keine Beachtung geschenkt*; sie werden als vorgegeben, «objektiv richtig», ohne nähere Prüfung hingenommen<sup>42</sup>. «Unerfahrenheit, zeitlicher und psychologischer Druck, wirtschaftliche und intellektuelle Unterlegenheit verleiten den Kunden zur Bereitwilligkeit, die vorformulierten AGB vorbehaltlos und global zu akzeptieren<sup>43</sup>».

Eine umfangreiche, technisch und rechtlich präzise Ausformulierung von AGB mag zwar eine eindeutige und voraussehbare Rechtslage schaffen. Für den fachlich wie rechtlich nicht besonders geschulten Kunden kann aber eine solche Ordnung – besonders wenn sie durch Verweisungen erzielt wird – «vollständig undurchsichtig»<sup>44</sup> sein. Ausführlichkeit und rechtlich präziser Ausdruck können damit zwar dem Fachmann dienen, für den Laien aber zu einem Element der *Unklarheit* und Willkür werden<sup>44a</sup>.

Selbstverständlich gilt auch für AGB die Schranke des zwingenden Rechts. Eine ausgewogene Verteilung der Rechte und Pflichten ergibt sich aber nicht nur aus zwingenden Normen. Vielmehr ist hierfür die dis-

<sup>42</sup> Vgl. etwa WANNER 52 ff.

<sup>43</sup> BAUER 18; ähnlich SCHULER 20. Das deutsche Recht greift hier korrigierend ein, indem eine Reihe von Klauseln schlechthin verboten oder nur noch im Rahmen der Angemessenheit zulässig sein sollen, vgl. ABG §§ 10 und 11 sowie nachstehend bei Anm. 199. Die schweizerische Praxis trägt der Benachteiligung des Kunden dadurch Rechnung, dass sie die Gültigkeit von AGB nur zurückhaltend annimmt (dazu nachstehend bei Anm. 75), ferner auch – methodisch fragwürdig – indem im Rahmen der Auslegung den Interessen des Kunden besonders Rechnung getragen wird, dazu hinten Ziff. IV. 4 a. Ob darüber hinaus, wie dies SCHULER (insb. 124 f. und 170 f.) postuliert – nach schweizerischem Recht eine Pflicht des Verwenders von AGB besteht, die Kunden auf nachteilige Klauseln hinzuweisen, erscheint zumindest *de lege lata* als fraglich. Schweizerische Gerichte nehmen diese Pflicht nur mit Bezug auf Gerichtsstandsklauseln an, dazu nachstehend bei Anm. 155.

<sup>44</sup> SCHULER 20.

<sup>44a</sup> Ein interessanter Versuch, diesem Problem zu begegnen, wurde im Staate New York unternommen: Durch ein Gesetz, das im August 1977 unterzeichnet und anfangs November 1978 in Kraft gesetzt wurde (General Obligations Law Section 5-702), sollen Unternehmen verpflichtet werden, in Verträgen mit Konsumenten «plain English» zu verwenden: Nach dem Gesetz müssen schriftliche Verträge über Wohnungsmiete sowie betreffend Darlehen, Kauf oder Dienstleistungen für persönliche oder familiäre Zwecke klar und zusammenhängend formuliert werden «using words with common every day meanings». Noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes wurde von vielen Seiten darauf hingewiesen, dass durch eine solche Vorschrift Standardformulare sehr viel länger und komplexer würden (vgl. *Business Week* vom 23.1.1978, 112). Aufgrund dieser Kritik wurde die Vorschrift eliminiert, Vertragsklauseln müssten «non technical» sein. Trotzdem hat das neue Gesetz die Praxis der Standardformulare etwa im Miet- und Kleinkreditwesen erheblich beeinflusst.

positive gesetzliche Ordnung von entscheidender Bedeutung<sup>45</sup>. Die so durch das Gesetz vorgegebene Gesamtordnung kann durch Standardverträge derart modifiziert werden, dass systematisch all diejenigen nicht zwingenden Bestimmungen wegbedungen werden, welche sich zugunsten des Kunden auswirkten<sup>46</sup>. Das Ergebnis ist ein stossendes *Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten*, Risiken und Chancen der Vertragsparteien.

d) Das klassische Vertragsrecht ist auf *Individualverträge* zugeschnitten. Es trägt daher den geschilderten Besonderheiten und Problemen von Standardverträgen und AGB nicht Rechnung<sup>47</sup>. Lehre, Praxis und Gesetzgebung hatten daher neue Regeln für die Behandlung von AGB zu entwickeln. Auf sie ist nun – beschränkt auf die Ordnungen in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland – näher einzutreten.

## II. Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Gültigkeit von AGB beruht auf *rechtsgeschäftlicher Übereinkunft*<sup>48</sup>. AGB sind – wie erwähnt<sup>49</sup> – keine Normen des objektiven Rechts, und sie können auch nicht aus einem anderen Grunde automatisch für die Ordnung von Einzelverträgen wirksam werden<sup>50</sup>. Für sich allein kommt den AGB damit keinerlei rechtliche Bedeutung zu. Diese entsteht erst mit der *Inkorporation in den Einzelvertrag*<sup>51</sup>. Welcher Art muss die *Vereinbarung* sein, kraft der die AGB zum Bestandteil eines

<sup>45</sup> Eine dispositive Gesetzesnorm ist häufig nicht einfach Ausdruck eines vermuteten Parteiwillens. Vielmehr soll sie die materielle Angemessenheit der Gesamtordnung sicherstellen, dazu ausführlich EUGEN BUCHER: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festschrift Deschenaux (Freiburg i. Ue. 1977) 249 ff.

<sup>46</sup> Vgl. NORDMANN 43 f.; MERZ, Massenvertrag 139; GUHL/MERZ/KUMMER 119. Vgl. ferner die rechtstatsächliche Untersuchung von HEINZ KELLER; sodann die kritischen Bemerkungen in BGE 64 II 382. Zur Frage einer Inhaltskontrolle von AGB durch den Richter vgl. nachstehend bei Ziff. III.

<sup>47</sup> MERZ, Massenvertrag 137; RUSCA 212.

<sup>48</sup> Dazu ausführlich SCHULER 69 ff.; ferner etwa SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 476; MERZ, Massenvertrag 147; CANARIS 1208 sowie jetzt AGBG 2, der freilich gegenüber Kaufleuten nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Vertrag zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört.

<sup>49</sup> Vorn bei Anm. 19.

<sup>50</sup> Vgl. SCHULER 58 f.

<sup>51</sup> TREYVAUD 28; YUNG 243; NORDMANN 57; WEBER, NJW 1968 (zit. Anm. 16) 3; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 433 sowie ausführlich SCHULER 65 ff.

Einzelvertrages werden<sup>52</sup>? Denkbar sind – wie allgemein im Vertragsrecht – verschiedene Varianten:

## 1. Ausdrückliche Vereinbarung

a) Keine Probleme stellt nach *schweizerischem Recht* die ausdrückliche Annahme durch die Gegenpartei. Diese kann am klarsten dadurch erfolgen, dass der Kunde ein die AGB enthaltendes Dokument unterzeichnet<sup>53</sup>. Ausreichend ist grundsätzlich auch die Unterzeichnung eines Textes, der die AGB nicht enthält, aber auf sie verweist, sei es, dass diese auf der Rückseite abgedruckt sind, sei es, dass sie sich auf einem separaten Blatt befinden<sup>54</sup>. Schon eher problematisch ist der bloße Abdruck von AGB auf der Rückseite eines Formulars, ohne dass auf der Vorderseite auf sie verwiesen wird<sup>55</sup>.

b) In der *Bundesrepublik Deutschland* verlangt nun AGBG 2 den ausdrücklichen Hinweis auf AGB im Regelfall als Gültigkeitsvoraussetzung. Ausnahmen gelten für Kaufleute sowie dann, wenn der ausdrückliche Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich wäre: In diesem Fall kann an die Stelle des ausdrücklichen Hinweises ein solcher «durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses» treten<sup>56</sup>.

## 2. Stillschweigende Vereinbarung

a) Unter welchen Umständen nach *schweizerischem Recht* eine stillschweigende Annahme der AGB bejaht werden kann, ist eine in der Literatur sehr umstrittene und durch die Judikatur trotz verschiedener einschlägiger Entscheide<sup>57</sup> nicht endgültig geklärte Frage<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Zu diesem Problem nach schweizerischem Recht sehr ausführlich NAEGELI 130 ff. und SCHULER 65 ff. Zum deutschen Recht vgl. die in Anm. 16 aufgeführten Kommentare DIETLEIN/REBMAN, KOCH/STÜBING, LÖWE usw., SCHLOSSER usw., STEIN, ULMER usw., alle zu AGBG 2; ferner SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 2 ff.; kritisch zu § 2 AGBG ders., NJW 30 (1977) 134; HÄGELE 26 ff.; vgl. sodann BGE 94 II 202 und 100 II 149.

<sup>53</sup> Vgl. NAEGELI 231; HECHT 65; NORDMANN 59 sowie etwa BGE 64 II 357 und 76 I 350.

<sup>54</sup> NORDMANN 59; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 451 ff.

<sup>55</sup> Vgl. die Ausführungen in BGE 85 II 565 ff., insb. 569 ff., wo verneint wurde, dass die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform erfüllt sei durch eine Klausel, die in einem nicht eigens unterzeichneten und auch nicht durch Verweisung gedeckten Anhang angeführt ist.

<sup>56</sup> Vgl. die bei Anm. 52 angeführte Literatur.

<sup>57</sup> Vgl. etwa BGE 47 II 160 ff., 77 II 154 ff., 83 II 522 ff., 91 II 356 ff.

<sup>58</sup> Vgl. NORDMANN 60.

Fest steht zunächst, dass die stillschweigende Annahme von AGB *möglich* ist<sup>59</sup>, und auch das Bundesgericht hat verschiedentlich eine stillschweigende Unterwerfung bejaht<sup>60</sup>.

Zu weit geht aber m. E. die von Bankjuristen vertretene Ansicht, es bestehe eine *generelle Präsumption*, «wonach sich derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner schliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontraktiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft»<sup>61</sup>.

Auszugehen ist wohl vielmehr richtigerweise davon, dass *Stillschweigen grundsätzlich Ablehnung* und nur ausnahmsweise Annahme bedeutet, dann nämlich, wenn in guten Treuen vorausgesetzt werden darf, der nicht einverständene Partner hätte Widerspruch erheben müssen<sup>62</sup>. Nach diesem Grundsatz ist für eine stillschweigende Vereinbarung der Gültigkeit von AGB zumindest zu verlangen, dass der Kunde bei zumutbarer Sorgfalt um den Bestand von AGB und den Verweigerungswillen seitens des Verwenders hätte wissen müssen<sup>63</sup>, allenfalls auch weitergehend, «dass der Kunde vom Bestand der AGB (wenn auch nicht notwendigerweise von ihrem Inhalt) Kenntnis hat und dass er gestützt auf die konkreten Umstände beim Vertragsabschluss damit rechnen muss, der Unternehmer wolle diese AGB zum Vertragsinhalt erheben»<sup>64</sup>. Diese Voraussetzungen sind bei Verträgen, die mit dem nicht branchenkundigen Publikum abgeschlossen werden, nicht leichthin anzunehmen<sup>65</sup>. Auch ist es dem Verwender in Zweifelsfällen «ohne weiteres zuzumuten, durch entsprechende Rückfragen die Grundlage seines Vertrauens selbständig zu sichern»<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Vgl. MERZ, *Contrôle judiciaire* 200; NORDMANN 57; SCHULER 86; BAUER 41f.

<sup>60</sup> Vgl. etwa BGE 47 II 160 ff., 77 II 154 ff.

<sup>61</sup> KLEINER 10; ebenso RUSCA 217. Der von den beiden Autoren zitierte BGE 52 II 280 ist für dieses Problem nicht einschlägig. Kritisch zu RUSCA: YUNG 244.

<sup>62</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 6; HERMANN BECKER: *Berner Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil* (Bern 1945) Art. I N 39; zur Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf die Frage eines stillschweigenden Akzepts von AGB vgl. NAEGELI 234; kritisch NORDMANN 60.

<sup>63</sup> So SCHULER 86 ff.

<sup>64</sup> So MERZ, *Massenvertrag* 147, und FORSTMOSER 15; kritisch hiezu SCHULER 89 Anm. 29 und 108 f., wonach es sich mit dem Vertrauensprinzip nicht vereinbaren lässt, wenn verlangt wird, dass der Erklärungswille dem Kunden effektiv bekannt sein musste. Vgl. e contrario auch BGE 83 II 524, wo hervorgehoben wird, dass die Gegenpartei *keine* Kenntnis vom Bestand von AGB hatte und dass diese deshalb unverbindlich seien.

<sup>65</sup> Vgl. NORDMANN 61; vgl. auch OSER/SCHÖNENBERGER: *Zürcher Kommentar zum OR* (Zürich 1945) Art. 439 N 4, die für die AGB der Spediteure eine ausdrückliche Verweisung beim Verkehr mit Nichtkaufleuten verlangen.

<sup>66</sup> SCHULER 87, mit dem Hinweis darauf, dass der Verwender in erster Linie an der Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag interessiert ist.

Dass in einer bestimmten Branche grundsätzlich gestützt auf AGB kontrahiert wird, dürfte also für sich allein für die Verbindlichkeit im Einzelfall nicht ausreichen<sup>67</sup>. Dagegen ist wohl eine *stillschweigende Vereinbarung* anzunehmen in folgenden Fällen:

- wenn einem Kunden bei *früheren Transaktionen* die AGB ausgehändigt wurden<sup>68</sup>,
- bei der *Übergabe* des einschlägigen Formulars im Verlauf der Vertragsverhandlungen, auch wenn beim Abschluss nicht mehr ausdrücklich darauf hingewiesen wird<sup>69</sup>,
- dagegen nur ausnahmsweise bei Verweisungen auf AGB in Massensendungen, Katalogen und Prospekten<sup>70</sup> sowie beim Anschlag von AGB in Geschäftslokalen<sup>71</sup>.

Im übrigen ist nach den *Kenntnissen und der Geschäftserfahrung des Partners* zu differenzieren: Unter branchenkundigen Kaufleuten dürften – falls die Verwendung von AGB die Regel bildet – solche ohne weiteres zugrunde gelegt werden<sup>72</sup>. Dagegen ist im Verkehr mit Nichtfachleuten in der Regel der Nachweis der Kenntnis der Existenz zu verlangen<sup>73</sup> und kann nur ausnahmsweise davon ausgegangen werden, der Kunde hätte Kenntnis von Bestand und Verbindlichkeit von AGB haben müssen<sup>74</sup>.

Generell ist festzuhalten, dass die schweizerische Praxis eine stillschweigende Vereinbarung von AGB nur *zurückhaltend* annimmt<sup>75</sup>.

b) Nach bisherigem *deutschem Recht* wurde die Verbindlichkeit von AGB im Einzelfall unbedenklicher bejaht als in der Schweiz: Grundsätzlich genügte es, dass mit dem Vorhandensein von AGB *gerechnet werden* musste, etwa deshalb, weil diese handelsüblich sind<sup>76</sup>.

<sup>67</sup> Vgl. für die AGB von Banken WANNER 98.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 77 II 154 ff.; ZR 7 (1908) Nr. 144; SCHULER 98; MERZ, Massenvertrag 147; einschränkend jedoch die Präzisierung nachstehend bei Anm. 130.

<sup>69</sup> Vgl. NAEGELI 233.

<sup>70</sup> Vgl. SCHULER 91 f. und dortige Hinweise.

<sup>71</sup> Vgl. SCHULER 94: «Der Anschlag muss dem Kunden in die Augen springen.» Zur expliziten Regelung im deutschen AGBG vgl. vorn Ziff. II 4.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 77 II 154 ff., 47 II 160 ff.; ferner YUNG 243; zurückhaltend die Ausführungen in BGE 91 II 360.

<sup>73</sup> MERZ, Contrôle judiciaire 200; YUNG 243 f.; ferner WEBER, NJW 1968 (zit. Anm. 16) 4; vgl. auch die Überlegungen in BGE 91 I 11 ff.

<sup>74</sup> Vgl. vorn bei Anm. 62.

<sup>75</sup> GUHL/MERZ/KUMMER 119 f.

<sup>76</sup> Vgl. dazu LÖWE usw. § 2 N 4; SCHLOSSER usw. § 2 N 25; STEIN § 2 N 7; ULMER usw. § 2 N 6 f.; zurückhaltend zur rechtlichen Begründung der «Wissenmüssen-Formel» WEBER, AGB N 281 ff.; ferner SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 24 ff.; id. 2. A. D 2 ff.; HÄGELE 27; SCHULER 87 f. Vgl. dazu die Urteile des BGH in: NJW 1951, 402; NJW 1954, 795; NJW 1959, 1679; NJW 1964, 1788; NJW 1973, 2154.

Diese Ordnung gilt heute noch für den Verkehr mit *Kaufleuten*, sofern der Vertrag zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört<sup>77</sup>, ferner für eine Reihe von im AGBG abschliessend aufgezählten Verträgen insbesondere mit öffentlichen Dienstleistungsbetrieben<sup>78</sup> sowie allgemein bei nicht schuldrechtlichen Verträgen<sup>79</sup>.

Für den Verkehr mit *Nichtkaufleuten* hat das AGBG im übrigen eine entscheidende Verschärfung gebracht, indem – wie offenbar seit jeher nach englischer und amerikanischer Gerichtspraxis<sup>80</sup> – im Regelfall ein ausdrücklicher Hinweis auf das Bestehen von AGB gefordert wird<sup>81</sup>. Der Hinweis ist selbst dann unentbehrlich, wenn der Vertragsnehmer *weiss*, dass sein Partner grundsätzlich nur anhand von AGB abschliesst<sup>82</sup>. Eine kommentarlose Aushändigung oder Übersendung der Bedingungen dürfte daher nicht mehr genügen<sup>83</sup>.

### 3. Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht als Grundlage für die Geltung von AGB?

a) Gelegentlich ist in der *Schweiz* versucht worden, die Verbindlichkeit von AGB aus einer *Übung* oder sogar aus *Gewohnheitsrecht* herzuleiten:

So sind in verschiedenen kantonalen Urteilen die Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins auch ohne den Nachweis einer Vereinbarung angewendet worden<sup>84</sup>. Diesen Präjudizien stehen aber auch gegenteilige Entscheide gegenüber<sup>85</sup>, und sie sind in der Lehre kritisiert worden<sup>86</sup>.

Vereinzelt ist sodann in der Doktrin die Auffassung vertreten worden, es bestehe eine generelle «gewohnheitsrechtliche» Vermutung, dass derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner abschliesst, welcher er-

<sup>77</sup> AGBG 24 I Ziff. 1.

<sup>78</sup> Vgl. AGBG 23 II.

<sup>79</sup> Vgl. die Bemerkungen zum Anwendungsbereich der Sondernormen nachstehend Ziff. V. 1.

<sup>80</sup> Vgl. RAISER, Richterliche Kontrolle 129.

<sup>81</sup> Kritisch zu dieser Regelung etwa SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 134, sowie LÖWE usw. § 2 N 3; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 29 ff.; HÄGELE 27; vgl. ferner die vorn (Anm. 16) angeführten Kommentare zu § 2.

<sup>82</sup> DIETLEIN/REBMANNS § 2 N 2.

<sup>83</sup> SCHLOSSER § 2 N 31; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A., D 31.

<sup>84</sup> Vgl. SJZ 63 (1967) 160 f. und 62 (1966) 330. Begründet wurde dies damit, die Honorarordnung sei Ausdruck des «Üblichen» im Sinne von OR 394 III. Die präjudizielle Bedeutung dieser Entscheide für die generelle Frage der Anwendbarkeit von Standardklauseln aufgrund einer Verkehrssitte ist daher eher gering.

<sup>85</sup> Vgl. SJZ 53 (1957) 29 sowie 77; 60 (1964) 160.

<sup>86</sup> MERZ, Massenvertrag 145.

fahrungsgemäss gestützt auf AGB kontrahiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft<sup>87</sup>. Die Mehrheit schweizerischer Autoren lehnt dagegen die Geltung von AGB aufgrund einer allgemeinen Geschäftspraxis oder von Gewohnheitsrecht ab<sup>88</sup>. Eine Praxis für sich allein schafft noch keine Rechtsverbindlichkeit, sondern eben nur, «wenn und soweit die Vertragschliessenden sie durch übereinstimmende Willensäusserungen zum Vertragsinhalt machen...»<sup>89</sup>. Und von Gewohnheitsrecht dürfte schon deshalb nicht gesprochen werden, weil die «*opinio necessitatis*», die Rechtsüberzeugung als notwendiges Element<sup>90</sup>, zumindest beim Kundenkreis kaum je vorhanden sein dürfte<sup>91</sup>.

b) Auch nach bisherigem *deutschem Recht* ist zur Einbeziehung von AGB in Individualverträge grundsätzlich eine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung erforderlich<sup>92</sup>. Auf diese kann – wie im schweizerischen Recht – dann verzichtet werden, wenn sich mit Bezug auf die Verwendung von AGB eine echte Verkehrssitte<sup>93</sup> (im Gegensatz zur blossen einseitigen Geschäftspraxis) gebildet hat<sup>94</sup>, «denn Willenserklärungen können unausgesprochen auch das im Verkehr Übliche mit meinen»<sup>95</sup>.

Ist der Ausgangspunkt nach deutschem und schweizerischem Recht gleich, so hat sich die Praxis insofern anders entwickelt, als unter deutschem Recht eine Verkehrssitte schon dann angenommen wurde, wenn die beteiligten Parteien «wussten oder wissen mussten», dass in

<sup>87</sup> So KLEINER 10f. Ähnliche Überlegungen finden sich im – isoliert dastehenden – BGE 44 II 492. Zur Kritik vgl. SCHULER 106ff.

<sup>88</sup> Kritisch etwa MERZ, Massenvertrag 144ff.; ablehnend NAEGELI 243ff.; FORSTMOSER 14f. sowie mit ausführlicher und überzeugender Begründung SCHULER 106ff.

<sup>89</sup> Schon gar nicht kann die «blosse einseitige Üblichkeit der Verweisung auf AGB» die Vereinbarung im Einzelvertrag ersetzen: SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 40.

<sup>90</sup> Dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ in: Berner Kommentar, Einleitungsband (Bern 1962) ZGB I N 233ff. und dort zitierte Literatur und Judikatur.

<sup>91</sup> Ausführlich zu diesem Problem SCHULER insb. 106ff.: SCHULER anerkennt die Verbindlichkeit «echter Verkehrssitten» auch ohne besondere Vereinbarung, vgl. S. 79f. Er ist aber der Ansicht, dass sich mit Bezug auf die Verbindlichkeit von AGB keine solche Verkehrssitte gebildet habe, was sich schon darin zeige, «dass die Verwender auch in Branchen, wo AGB allgemein verbreitet sind – soweit ersichtlich – immer ausdrücklich auf ihre AGB verweisen...» (S.110). Auch NAEGELI 247ff. deutet den Umstand, dass der Verweigerungswille jeweils ausdrücklich erklärt wird, als Indiz dafür, dass bei Stillschweigen die AGB keine Geltung haben sollen.

<sup>92</sup> Vgl. PALANDT Einf. v. BGB 145 und N 1 zu AGBG 2; ferner etwa SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 40; STEIN § 2 N 1.

<sup>93</sup> Vgl. dazu insb. WEBER, AGB N 197ff.

<sup>94</sup> SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 40; ders., AGB und AVB 132ff.; ferner MERZ, Massenvertrag 141.

<sup>95</sup> SCHLOSSER § 2 N 19.

einem Wirtschaftszweig regelmässig aufgrund von AGB kontrahiert wird<sup>96</sup>. In diesem Fall wurde auf einen ausdrücklichen Hinweis verzichtet. So wurde eine freiwillige Unterwerfung aufgrund einer Verkehrssitte bejaht bei Verträgen mit Speditions- und Beförderungsunternehmen, mit Banken, Sparkassen und Versicherungen<sup>97</sup>. Im Verkehr unter Kaufleuten wurde sodann die Kenntnis der Existenz und zugleich die stillschweigende Annahme von AGB vorausgesetzt, soweit diese branchenüblich waren<sup>98</sup>.

Diese Tendenz der Gerichte, immer mehr die blossе Geschäftsüblichkeit zur ausreichenden Grundlage für die Verbindlichkeit von AGB zu erheben<sup>99</sup>, wurde in der Literatur stark angefochten<sup>100</sup>. Für den Verkehr mit Nichtkaufleuten ist nun in AGBG 2 die Anwendung aufgrund einer Verkehrssitte ausgeschlossen worden<sup>101</sup>. Dagegen wird im kaufmännischen Geschäftsverkehr weiterhin die stillschweigende Unterwerfung unter die AGB wegen ihrer Handelsüblichkeit angenommen, sofern die Geschäftspartner branchenkundig sind<sup>102</sup>.

c) Eine andere Frage ist die, ob allenfalls *bestimmte Klauseln*, die in den AGB einer Branche üblich sind, als *Ausdruck einer Verkehrssitte oder gar von Gewohnheitsrecht* im Einzelfall auch ohne Vereinbarung zu

<sup>96</sup> Vgl. etwa die bei SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 24 Anm. 1 und bei STEIN § 2 N 7 zitierte Judikatur. SCHLOSSER usw. § 2 N 18 sprechen im Zusammenhang mit der «Wissensmüssen-Formel» von einem «Tiefpunkt der Entwicklung»; s. auch ebenda § 2 N 91; weitere Kritik bei LÖWE usw. § 2 N 1; PALANDT N I[b] zu AGBG 2; SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 134; vgl. dagegen ULMER usw. § 2 N 6f. Ferner SCHULER 87f.

<sup>97</sup> STEIN § 2 N 7; LÖWE § 2 N 4 und N 32f.; ULMER usw. § 2 N 60; anderer Ansicht dagegen noch SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 140.

<sup>98</sup> So ausdrücklich Urteil BGH v. 13. 7. 1973 (NJW 1973, 2154); ferner STEIN § 2 N 7; SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 133f.; differenziert ders. AGB I. A. N 61: «Auch im kaufmännischen Verkehr kann Schweigen grundsätzlich nicht als Zustimmung gewertet werden. Im Hinblick auf die von Kaufleuten zu fordernde grössere Sorgfalt im rechtsgeschäftlichen Verkehr bestehen hier aber weitergehende Widerspruchsobliegenheiten als im nichtkaufmännischen Verkehr.»

<sup>99</sup> Vgl. etwa SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 137.

<sup>100</sup> Zum Teil aus dogmatischen Gründen: SCHLOSSER usw. (§ 2 N 18) sprechen von einem «Bündel quasi-normativer Zwischenvorstellungen»; vgl. auch SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 135; ders., AGB I. A. N 40; STEIN § 2 N 8 – aber auch aus praktischen Erwägungen: SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 135ff.

<sup>101</sup> Vgl. etwa SCHLOSSER usw. § 2 N 89; LÖWE usw. § 2 N 11; DIETLEIN/REBMANN § 2 N 8; PALANDT N 2a zu AGBG 2; HÄGELE 27; so sind nun auch Banken, Versicherungen (s. zur Ausnahmebestimmung des § 23 Abs. 3 GEORG HELM: AGB-Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen, in: NJW 31 [1978] 129, 130; ferner DIETLEIN/REBMANN § 2 N 13 und die in Anm. 1 S. 4 angeführten Kommentare, alle zu § 23 Abs. 3) usw. trotz Handelsbrauchs gezwungen, auf ihr «Kleingedrucktes» aufmerksam zu machen.

<sup>102</sup> LÖWE usw. § 2 N 27ff.; ULMER usw. § 2 N 58f.; SCHLOSSER usw. § 2 N 91; HÄGELE 29; DIETLEIN/REBMANN § 24 N 3; die Einbeziehung kraft Handelsbrauchs zwischen Kaufleuten bestreitet STEIN § 24 N 4; vgl. auch SCHLOSSER usw. § 2 N 101.

beachten sind. Auch in dieser Hinsicht ist nach schweizerischem Recht Zurückhaltung angezeigt<sup>103</sup>. Dies gilt zumindest dann, wenn AGB von einer Vertragspartei *einseitig festgelegt* werden<sup>104</sup>: Verkehrssitte können die Normen von AGB nicht erlangen, «solange sie nicht in den beteiligten Kreisen auf beiden Seiten, also auch im Publikum, die Anerkennung von Konventionalregeln gefunden haben...»<sup>105</sup>. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass in den meisten Branchen jedes Unternehmen seine *eigenen Vertragsformulare* benutzt, dass also – formell zumindest – nicht von einheitlichen und allgemein bekannten AGB die Rede sein kann.

Unzulässig ist es m. E. daher auch, die Standardklauseln von AGB als *Interpretationshilfe* zu verwenden, wie dies TREYVAUD tun will, der davon ausgeht, die AGB seien «un moyen pour déterminer ce qui est conforme à la bonne foi»<sup>106</sup>.

Für das *deutsche Recht* hält AGBG 6 II nun ausdrücklich fest: «Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.» Nur bei gesetzlich ungenügend oder gar nicht geregelten Verträgen kann damit der hypothetische Parteiwille mit Hilfe der «Vertragspraxis der an Rechtsgeschäften dieser Art typischerweise beteiligten Wirtschaftskreise»<sup>107</sup> ermittelt werden<sup>108</sup>.

#### 4. Aushändigung und Kenntnisnahme als Voraussetzungen?

a) Unbeachtlich ist es nach *schweizerischer* Lehre und Praxis für die Verbindlichkeit von AGB, ob der Kunde sie *gelesen und verstanden* hat<sup>109</sup>: «Zu einer wirksamen Willenserklärung bedarf es nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhalts<sup>110</sup>». Wer AGB ungeprüft akzeptiert, anerkennt – wie derjenige, der eine Urkunde ungelesen unterzeichnet – «den Text so, wie er lautet»<sup>111</sup>.

<sup>103</sup> GUHL/MERZ/KUMMER 119 f.

<sup>104</sup> Nur von solchen AGB ist hier die Rede, vgl. vorn Anm. 25.

<sup>105</sup> PETER LIVER: Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV 91<sup>bis</sup> (1955) 1 ff., 22.

<sup>106</sup> S. 35; vgl. auch MERZ, Massenvertrag 146.

<sup>107</sup> DIETLEIN/REBMANNS § 6 N 4.

<sup>108</sup> Ebenda; s. auch STEIN § 6 N 8 f. und die einschlägigen Kommentare (zit. bei Anm. 16) zu § 6 Abs. 2; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG vgl. SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 164.

<sup>109</sup> Zu den Präzisierungen dieses Grundsatzes vgl. nachstehend bei Anm. 170.

<sup>110</sup> BGE 76 I 350.

<sup>111</sup> KARL OFTINGER: Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Festschrift Simonius (Basel 1955) 267, mit zahlreichen Judikaturhinweisen; besonders mit Bezug auf die AGB SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 487; kritisch zur analogen

Grundsätzlich ist es daher auch nicht erforderlich, dass dem Kunden die AGB *ausgehändigt* wurden<sup>112</sup>. Es genügt die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme<sup>113</sup>. Immerhin ist diese Regel unbesehen nur für *Kaufleute* anwendbar. Für sie gilt als «selbstverständlicher Grundsatz, dass allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche Bezug genommen wird, jeweiligen Vertragsinhalt werden»<sup>114</sup>. Im Verkehr mit *geschäftlich nicht erfahrenen Vertragspartnern* dürfte dagegen die blossе Möglichkeit, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen, nicht ohne weiteres ausreichen<sup>115</sup>. Vielmehr ist hier allenfalls die Übergabe der Bedingungen zu fordern.

b) In *Deutschland* stellten die Gerichte vor dem Inkrafttreten des Spezialgesetzes an die Kenntnis des Inhalts von AGB recht geringe Anforderungen, da effektives oder auch nur supponiertes<sup>116</sup> Wissen von AGB zu ihrer Einbeziehung genügte<sup>117</sup>. «Die entscheidende Frage ist stets, ob sich bei Abwägung aller Umstände aus dem Verhalten des Unternehmers eine Verweisung auf seine AGB ergibt, es also dem Kunden erkennbar werden musste, dass der Unternehmer den Vertrag auf der Grundlage seiner AGB schliessen will<sup>118</sup>». In diesem Fall durfte der Verwender das Schweigen des Kunden als Zustimmung auffassen.

Einen ausdrücklichen Hinweis auf die Standardbedingungen verlangt nun AGBG 2 I. Mit dieser Regelung soll der Kunde veranlasst werden, *effektiv* vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen und sie eventuell zu modifizieren<sup>119</sup>.

Unwesentlich für die Einbeziehung bleibt auch nach heutigem deutschem Recht, ob sie gelesen wurden<sup>120</sup>. Die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* genügt.

Anwendung dieser Regel SCHULER 145; ferner BAUER 40; TREYVAUD 30; MERZ, Massenvertrag 149. – Zur Präzisierung vgl. hinten Ziff. III 1 d. Dies gilt grundsätzlich auch für die Unterzeichnung eines Vertrages in einer Fremdsprache, derer man nicht mächtig ist, vgl. Sem. jud. 93 (1974) 413, ferner ZR 69 (1970) Nr. 96. Einschränkend nun aber – mit Bezug auf den Sonderfall von Gerichtsstandsklauseln – BGE 104 Ia 278 ff., dazu nachstehend bei Anm. 162.

<sup>112</sup> Vgl. KLEINER 10; NORDMANN 59.

<sup>113</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 457.

<sup>114</sup> BGE 77 II 156, ebenso ZR 52 (1953) Nr. 40 S. 72.

<sup>115</sup> Vgl. die Hinweise in BGE 91 II 349; ferner ZR 52 (1953) Nr. 40 S. 72; Einzelheiten bei NÄGELI 255 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 451 ff.; BAUER 41.

<sup>116</sup> LÖWE usw. § 2 N 4 sprechen von der «Fiktion» einer Willenserklärung.

<sup>117</sup> Vgl. vorn Anm. 96.

<sup>118</sup> SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 124.

<sup>119</sup> Vgl. etwa SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 134; STEIN § 2 N 1.

<sup>120</sup> HÄGELE 28; STEIN § 2 N 2.

## 5. Der Zeitpunkt der Verweisung auf AGB

a) Nach *schweizerischem* wie nach *deutschem* Recht versteht es sich von selbst, dass die Verweisung auf AGB *vor Vertragsabschluss* zu geschehen hat. *Nachträglich* zugestellte Bedingungen sind nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts grundsätzlich unverbindlich<sup>121</sup>. Doch ist die *nachträgliche Zustellung* von AGB rechtlich trotzdem nicht unbeachtlich: Im Verkehr mit Kaufleuten kann die Verweisung in der schriftlichen Bestätigung<sup>122</sup> – nicht dagegen lediglich auf Lieferscheinen<sup>123</sup>, Versandanzeigen, Rechnungen<sup>124</sup> und Quittungen – für ihre Verbindlichkeit dann ausreichen, wenn der Vertragspartner keinen Einspruch erhebt. Sodann können nachträglich zugestellte Bedingungen für die *späteren vertraglichen Beziehungen*<sup>125</sup> erheblich sein.

AGB können aber nicht nur zu spät, sondern allenfalls auch *zu früh* zugestellt werden: So dürften Hinweise in allgemeinen Empfehlungsschreiben nicht ausreichen<sup>126</sup>, sondern ist ein *Bezug zum konkreten Vertrag* zu verlangen<sup>127</sup>. AGBG 2 I verlangt nun ausdrücklich die nöti-

<sup>121</sup> Dazu mit Bezug auf das schweizerische Recht im einzelnen NAEGELI 255 ff. und NORDMANN 59. Differenzierend SCHULER 95 ff. Vgl. zum deutschen Recht SCHLOSSER usw. § 2 N 37; STEIN § 2 N 13; DIETLEIN/REBMANN § 2 N 6 und § 24 N 3.

<sup>122</sup> Vgl. zum schweizerischen Recht MERZ, Massenvertrag 147; NAEGELI 259 f.; SJZ 41 (1945) 320 f. Nr. 149 im Gegensatz zu SJZ 40 (1944) 246 Nr. 86. – Zum deutschen Recht vgl. SCHLOSSER usw. § 2 N III ff.; STEIN § 24 N 8; LÖWE usw. § 2 N 50 ff.; ULMER usw. § 2 N 62; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 78; ders., AGB und AVB 148 f.; KOCH/StÜBING § 2 N 6; PALANDT N 6 zu AGBG 2. Zum nichtkaufmännischen Bestätigungsschreiben vgl. unten Anm. 125.

<sup>123</sup> Vgl. dazu für die Schweiz BAUER 43; ferner zum deutschen Recht SCHLOSSER usw. § 2 N 35; STEIN § 2 N 32; LÖWE usw. § 2 N 20; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 83. Es genügt auch nicht, den Kunden im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen ständig AGB auf Lieferscheinen usw. zuzusenden; vgl. dazu SCHLOSSER usw. § 2 N 35; ULMER usw. § 2 N 43; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 84. Das gilt auch für Kaufleute; s. etwa SCHLOSSER usw. § 2 N 37; DIETLEIN/REBMANN § 2 N 6; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 85; so auch bezüglich laufender Geschäftsbeziehungen SCHLOSSER usw. § 2 N 88; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 84 f.; PALANDT N 2 zu AGBG 2. – Anders bei Rahmenvereinbarungen, vgl. dazu ULMER usw. § 2 N 43.

<sup>124</sup> Nachträglich zugestellte AGB in *Rechnungen* usw. wirken weder für das laufende Vertragsverhältnis noch für spätere Vertragsbeziehungen; letzterenfalls auch bei an sich rechtzeitigem Eintreffen nicht; vgl. dazu SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 84. Dies gilt nach SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 85 auch für den Verkehr unter Kaufleuten.

<sup>125</sup> Auch AGB, die in gewöhnlichen, d. h. nichtkaufmännischen Bestätigungsschreiben enthalten sind, können als Offerte für spätere Verträge bedeutsam werden, vgl. dazu e contrario SCHLOSSER usw. § 2 N III und II4; STEIN § 2 N 32; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 59; ebenso für das schweizerische Recht BAUER 43.

<sup>126</sup> NAEGELI 277.

<sup>127</sup> TREYVAUD 29. Dies gilt auch für Deutschland. Die AGB müssen gemäss DIETLEIN/REBMANN § 2 N 6 in einem Zeitpunkt zugestellt werden, in dem sie «noch in einem zeitlich und funktionell erkennbaren Zusammenhang mit dem Vertragsschluss selbst stehen, für

gen Hinweise «bei Vertragsabschluss»<sup>128</sup>, was wohl nicht nur als Schranke gegen eine zu späte, sondern auch gegen eine zu frühe Zustellung zu verstehen ist.

b) Sind die AGB dem Kunden – wie dies bei geschäftlichen Dauerbeziehungen häufig vorkommt – anlässlich der Aufnahme der Geschäftsbeziehungen zugestellt worden, dann dürfte nach *schweizerischem* Recht ihre Verbindlichkeit im Prinzip für alle künftigen Transaktionen feststehen<sup>129</sup>. Doch muss man sich fragen, ob dies auch dann der Fall ist, wenn der Verkehr mit dem Kunden über Jahre geruht hat, praktisch also ein *Neubeginn*<sup>130</sup> der vertraglichen Kontakte vorliegt. In solchen Fällen – und besonders dann, wenn die neu aufgebauten Beziehungen anderer Art sind als die früheren – wird man eine neue Vereinbarung der Bedingungen verlangen müssen<sup>131</sup>.

Für das frühere *deutsche* Recht (und heute noch in der Beziehung zu Kaufleuten bei Verträgen im Zusammenhang mit dem Betrieb ihres Gewerbes) gilt Entsprechendes. – In AGBG 2 II wird dagegen für den Verkehr mit Nichtkaufleuten einschränkend festgehalten, die Vertragsparteien könnten «für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften» die Geltung von AGB «im voraus vereinbaren»<sup>132</sup>. Damit werden zwar Rahmenbedingungen zugelassen, die in künftigen Verträgen auch ohne besondere Vereinbarung Geltung haben. Doch muss die Art der künftigen Rechtsgeschäfte bestimmt sein, können also nicht einfach sämtliche vertraglichen Rechtsbeziehungen zweier Parteien den AGB unterworfen werden.

den sie gelten»; ähnlich auch SCHLOSSER usw. § 2 N 36; ULMER usw. § 2 N 43; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 58.

<sup>128</sup> Vgl. zur Bedeutung dieser Formulierung DIETLEIN/REBMANN § 2 N 6; LÖWE usw. § 2 N 20; ULMER usw. § 2 N 40f.; KOCH/STÜBING § 2 N 40.

<sup>129</sup> Vgl. BGE 77 I 154f.

<sup>130</sup> Nach SCHLOSSER usw. § 2 N 36 wird i. d. R. kein Neubeginn vertraglicher Kontakte angenommen im Falle von *Nachbestellungen*, obwohl sie selbständige Verträge sind. Bei ausdrücklicher Bezugnahme auf einen früheren Vertrag im Zusammenhang mit einer später bestellten Lieferung gelten daher die früher vereinbarten AGB weiter, ohne dass eine Rahmenvereinbarung vorliegen muss. A. M. ULMER usw. § 2 N 43.

<sup>131</sup> So etwa FORSTMOSER 17.

<sup>132</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHLOSSER usw. § 2 N 78ff.; ferner STEIN § 2 N 36; DIETLEIN/REBMANN § 2 N 10; SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB III f.; ders., AGB 2. A. D 90f.; HÄGELE 28; LÖWE usw. § 2 N 23f.; KOCH/STÜBING § 2 N 35ff.; PALANDT N 5f. zu AGBG 2; insbesondere zur Rechtsnatur von Rahmenvereinbarungen ULMER usw. § 2 N 47ff.

## 6. Die Berufung beider Parteien auf ihre eigenen AGB

Im Verkehr unter Kaufleuten<sup>133</sup> kommt es häufig vor, dass sich beide Parteien auf ihre AGB berufen. Wie man in solchen Fällen vorgehen soll, ist umstritten<sup>134</sup>. Nach einer Auffassung kommt es auf das «letzte Wort» an<sup>135</sup>, nach einer andern – in der deutschen Lehre und Praxis herrschenden und auch im schweizerischen Schrifttum überwiegenden – Ansicht sollen in solchen Fällen die Bedingungen beider Parteien unverbindlich sein und dispositives Gesetzesrecht<sup>136</sup> zum Zuge kommen. Nach einer dritten, einem kollisionsrechtlichen Grundprinzip nachgebildeten Regel kommen die AGB desjenigen Unternehmers zum Zuge, der die vertragstypische Leistung erbringt<sup>137</sup>.

## 7. Folgerungen

Die vorstehenden Ausführungen dürften klargemacht haben, dass die Verbindlichkeit von AGB *nicht selbstverständlich* ist. Die schweizerische Lehre und Praxis war in dieser Hinsicht seit jeher zurückhaltend. Die frühere deutsche Lehre und Praxis bejahte zwar die Verbindlichkeit von AGB im Einzelfall unbedenklicher als die schweizerische<sup>138</sup>. Durch AGBG 2 ist nun aber – zumindest für den Verkehr mit Nichtkaufleuten – eine restriktivere Ordnung eingeführt worden.

Praktiker tun daher gut daran, eine klare Situation zu schaffen, indem sie sich – und zwar im Hinblick auf das konkrete Geschäft – die Anerkennung der AGB und deren Bekanntgabe ausdrücklich bestätigen lassen.

<sup>133</sup> Dazu mit Beispielen aus der Rechtsprechung WEBER, AGB N 212 ff. Vgl. auch STEIN § 2 N 31; DIETLEIN/REBMANN § 2 N 14; HÄGELE 30.

<sup>134</sup> Im AGBG findet sich keine Regelung. Ausführlich zu diesem Problem RAISER, Recht der AGB 222 ff.; SCHLOSSER usw. § 2 N 115 ff.; ULMER usw. § 2 N 65 ff., insb. N 70; LÖWE usw. § 2 N 40 ff.

<sup>135</sup> So GIERKE/SANDROCK 46 f.

<sup>136</sup> So SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. D 68 ff.; ferner HÄGELE 30 ff., der sich für die Anwendung von allgemeinen Vorschriften des BGB (§§ 150 II, 151, 154 und 155) und des HGB (insb. §§ 377 und 378) ausspricht, weil sich damit feststellen lasse, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist; ebenso DIETLEIN/REBMANN § 2 N 14; STEIN § 24 N 5 f.; PALANDT N 6 zu AGBG 2. – Ebenso für die Schweiz SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. I N 485; BUCHER 137 und BRUNO EUGSTER: Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten, in: SJZ 74 (1978) 344 f.

<sup>137</sup> So mit Bezug auf die *AGB von Banken*, die miteinander im Rechtsverkehr stehen CANARIS 1215–1217. Vgl. auch FORSTMOSER 17.

<sup>138</sup> Dagegen scheuten sie eine direkte inhaltliche Korrektur unbilliger Geschäftsbedingungen nicht, vgl. nachstehend Ziff. III 2.

## 8. Exkurs: Präventive Inhaltskontrolle als Gültigkeitsvoraussetzung

a) In der rechtspolitischen Diskussion der letzten Jahre in Deutschland wurde verschiedentlich eine verwaltungsrechtliche Präventivkontrolle, eine allgemeine Genehmigungspflicht für AGB postuliert<sup>139</sup>. Auch in der Schweiz ist vereinzelt die Einführung einer Präventivkontrolle für AGB verlangt worden<sup>140</sup>.

b) Realisiert worden ist diese Präventivkontrolle meines Wissens bisher nur in einem Teilbereich: Nach Art. 2 und 4 des bisherigen bzw. nach Art. 8 I lit. f und 19 des neuen<sup>141</sup> *schweizerischen Versicherungsaufsichtsgesetzes* haben private Versicherungsunternehmen der Aufsichtsbehörde ihre Allgemeinen Versicherungsbedingungen und jede ihrer Änderungen zur Kenntnis zu geben<sup>142</sup>. Die Bedingungen und ihre Änderungen müssen von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden, bevor sie angewendet werden dürfen.

Ursprünglich stand dabei der Schutz der Versicherten vor Insolvenz des Versicherungsunternehmens im Vordergrund, doch sind Lehre und Praxis schon früh zur Überzeugung gelangt, «dass die Staatsaufsicht auch der Verhinderung von Missbräuchen der Versicherer dienen müsse»<sup>143</sup>. Allerdings beschränkt sich auch heute die Kontrolle auf einen Schutz des Versicherten vor Übervorteilung und besteht das Ziel dieser Kontrolle nicht etwa in einer Ermittlung und verbindlichen Festlegung der «gerechten» Prämie<sup>144</sup>.

Die Präventivkontrolle von Versicherungsbedingungen ist im Zusammenhang mit der besonderen Aufsichtsordnung im Versicherungs-

<sup>139</sup> Dazu ausführlich ULMER usw. Einleitung N 42 ff. Eine generelle Kontrolle von Standardverträgen durch ein staatliches Amt für Verbraucher ist in Schweden vorgesehen, vgl. die Publikationen, zit. vorn Anm. 8a.

<sup>140</sup> So NORDMANN 41, 125 ff.; vgl. auch MERZ, *Massenvertrag* 157 ff.

<sup>141</sup> Vom 23. 6. 1978 (in Kraft seit 1. 1. 1979).

<sup>142</sup> Dazu M. BESSERT: *La protection par la surveillance des assurances privées*, in: SVZ 43 (1975/76) 194 ff.; WILLY KOENIG: *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* (3. A. Bern 1967) 15 ff.

<sup>143</sup> BGE 99 Ib 58; ALFRED MAURER: *Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht* (Bern 1976) 70; HEINZ HATZ: *Entwicklung, Aufgaben und Abgrenzung der Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz* (Diss Zürich 1949) 25; *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem neuen BG über die Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen* (vom 5. Mai 1976), BBl 1976 II S. 873 ff., 892 f.; vgl. auch ANDREAS KRAMER: *Kompetenzen des eidgenössischen Versicherungsamtes* (Diss Zürich 1977) 18; KUPPER 58.

<sup>144</sup> Art. 20 neues VAG; KRAMER (zit. Anm. 143) 130; vgl. insb.: *Die Wettbewerbsverhältnisse in der schweizerischen Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung*, in: *Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission* 1972, 165 und BGE 99 Ib 51, 58 ff.

wesen zu verstehen. Ein Vorbild für eine allgemeine Präventivkontrolle dürfte sich daraus kaum ergeben.

c) In *Deutschland* besteht eine analoge Ordnung: Allgemeine Versicherungsbedingungen bilden einen Teil des Geschäftsplans, der nach Versicherungsaufsichtsgesetz § 5 der Genehmigung bedarf und dessen Änderungen nach § 13 der Aufsichtsbehörde anzuzeigen sind<sup>145</sup>. Auch hier liesse sich die Ordnung nicht einfach auf andere Branchen übertragen.

### III. *Die Gültigkeit von Einzelnormen und die Kontrolle ihres Inhalts*

Steht die Anwendbarkeit von AGB an sich fest, so heisst dies noch nicht, dass damit sämtliche ihrer Bestimmungen verbindlich sind. Vielmehr fragt es sich, inwiefern durch Gesetznormen oder durch die Gerichtspraxis eine Kontrolle und allfällige Korrektur stattfindet.

Die schweizerische und die deutsche Lehre und Praxis sind in dieser Hinsicht verschiedene Wege gegangen:

#### 1. Die Ordnung nach schweizerischem Recht

a) Selbstverständlich sind auch die in AGB niedergelegten Vertragsklauseln nur im Rahmen des *zwingenden Rechts* gültig<sup>146</sup>.

Bestimmungen von AGB können auch *gegen die guten Sitten* verstossen. Ein Beispiel dafür bietet BGE 57 II 588 ff.: In Allgemeinen Versicherungsbedingungen war statuiert, dass der Haftpflichtversicherte alle Versicherungsansprüche verwerke, wenn er gegenüber dem Geschädigten seine Haftpflicht anerkenne. Diese Bestimmung sei – so erkannte das Bundesgericht – unsittlich insofern, als sie einem offensichtlich haftenden Versicherten verbiete, seine Verantwortung zuzugeben<sup>147</sup>.

Die Regeln über die *Übervorteilung* haben im Bereich der AGB bis heute meines Wissens keine Rolle gespielt, obschon in der Lehre ver-

<sup>145</sup> Vgl. dazu SCHLOSSER usw. § 2 N 12; SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 86 ff.; PRÖLLS/SCHMIDT/SASSE: Versicherungsaufsichtsgesetz (6. A. München 1971) § 10 N 2. Eine Genehmigungspflicht besteht auch für einige weitere Bereiche, vgl. REHBINDER in SJZ 1977 (zit. Anm. 3) 37.

<sup>146</sup> Vgl. AUER 6 ff.; MERZ, Contrôle judiciaire 201 f.; NORDMANN 67 ff.

<sup>147</sup> Ein weiteres Beispiel findet sich in BJM 4 (1957) 273 ff. Die schweizerische Praxis steht jedoch einer offenen Inhaltskontrolle aufgrund von OR 19 ff sehr zurückhaltend gegenüber, vgl. KRAMERS 65.

schiedene Anregungen in dieser Hinsicht gemacht wurden<sup>148</sup>. Auch die Bestimmungen über *Irrtum* und *Täuschung* wurden auf AGB kaum angewendet<sup>149</sup>. Schon eher bedeutsam wurde das aus ZGB 27 fließende *Verbot, übermäßige Bindungen einzugehen*<sup>150</sup>.

b) Die *individuelle Abrede* geht den Normen von AGB vor<sup>151</sup>. Folgerichtig hat das Bundesgericht etwa erklärt, die an sich zulässige allgemeine Bedingung, wonach ein eingeräumter Bankkredit jederzeit widerrufen werden könne, werde durch eine Sondervereinbarung über die Dauer der Kreditgewährung ausgeschaltet<sup>152</sup>.

Dabei ist nicht erforderlich, dass die individuelle Einigung in der Form erfolgt, in welcher die AGB akzeptiert wurden. Auch durch *mündliche Vereinbarung* kann – was allerdings nicht zu vermuten ist – von *schriftlich akzeptierten AGB* abgewichen werden<sup>153</sup>.

Zum Schutze vor allzu selbständigen Mitarbeitern wird in AGB oft festgelegt, *abweichende individuelle Abreden* seien entweder schlechthin *ungültig* oder aber nur in *Schriftform* wirksam. Solche Klauseln sind bedeutsam als Auslegungshilfe, wenn zweifelhaft ist, ob überhaupt eine verbindliche abweichende Zusage gemacht wurde. Sie *verhindern jedoch divergierende Einzelabreden nicht unbedingt*, da in der individuellen Vereinbarung auch eine Aufhebung des allgemeinen Verbots von Abweichungen erblickt werden kann<sup>154</sup>.

<sup>148</sup> Vgl. v. a. MERZ, Massenvertrag 155; ferner auch die Anregungen für eine breitere Anwendung der Übervorteilungsregeln bei EMIL STARK: Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festgabe der Schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 377 ff., insb. 387 ff. Befürwortend zur Anwendbarkeit von OR 21 auch BUCHER 135 f., kritisch dagegen NORDMANN 70 ff.

<sup>149</sup> Die Anwendbarkeit wird vorausgesetzt in BGE 64 II 357. Kritisch auch hiezu NORDMANN 67 ff.

<sup>150</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 51 II 281 f., wo eine Pfandklausel «für alle ... noch erlaufenden Verbindlichkeiten» in dieser allgemeinen Formulierung als gegen ZGB 27 II verstossend betrachtet wurde; ferner AUER 18 sowie die Ausführungen zu den Gerichtsstandsvereinbarungen, nachstehend lit. c.

<sup>151</sup> MERZ, Massenvertrag 153; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 491; eingehend NAEGELI 295 ff.; SCHULER 120 ff.

<sup>152</sup> BGE 70 II 212 ff.; vgl. auch BGE 81 II 350; ferner 73 II 225 und 101 II 343 f.

<sup>153</sup> Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 493.

<sup>154</sup> Vgl. NAEGELI 295; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 494; SCHULER 121 f.; zu prüfen wäre immerhin, ob eine solche Klausel nicht als speziell kundgegebene *Beschränkung der Vertretungsmacht* der verhandelnden Angestellten zu deuten und als solche wirksam sein könnte. In diesem Sinne wohl SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 519 a. E. und ZR 69 (1970) Nr. 96, wo der formulärmässige Ausschluss mündlicher Nebenabreden beim Vertragsabschluss mit einem Vertreter für gültig erachtet wird, sofern er dem Kunden *effektiv* zur Kenntnis gebracht worden ist.

c) Besondere Regeln sind in der Praxis mit Bezug auf die Verbindlichkeit von *Gerichtsstandsklauseln* entwickelt worden. Gerichtsstandsbestimmungen werden durchwegs *restriktiv* angewendet, d. h. sie sollen nur dann verbindlich sein, wenn angenommen werden darf, der Kunde habe von der betreffenden Klausel tatsächlich Kenntnis gehabt und er habe ihr *bewusst zugestimmt*<sup>155</sup>.

*Bewusste Anerkennung* wird vorausgesetzt, wenn die Klausel an gut sichtbarer Stelle angebracht und ausserdem hervorgehoben ist<sup>156</sup>. Ein besonderer Hinweis<sup>157</sup> wird dagegen in der Regel nötig sein, wenn sich die AGB nicht im unterschriebenen Vertragstext, sondern auf der Rückseite befinden<sup>158</sup>. So wurde vom Bundesgericht einer Gerichtsstandsbestimmung die Anerkennung versagt, weil sie sich lediglich auf der hinteren Seite eines Kreditformulars befand und sie ausserdem drucktechnisch nicht besonders akzentuiert war<sup>159</sup>. Sehr fraglich ist, ob die blossе Verweisung auf dem Kunden übergebene AGB für die Gültigkeit von Gerichtsstandsklauseln ausreicht<sup>160</sup>.

Im übrigen *differenziert* die Rechtspraxis *je nach der Geschäftserfahrung* der Beteiligten: Ein Musiker konnte vor Bundesgericht erfolgreich geltend machen, er habe die von einer Bank in englischer Sprache redigierte Gerichtsstandsklausel nicht beachtet und verstanden<sup>161</sup>. Einem Ausländer, der zur Zeit des Vertragsabschlusses immerhin schon mehr als zwei Jahre in der Schweiz gelebt hatte, gelang es sogar, die Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel erfolgreich zu bestreiten mit dem Hinweis darauf, er habe die deutsche Sprache nicht genügend beherrscht, um den Vertragstext zu verstehen, und er habe zudem nicht wissen können, was die am Schluss des Vertrages stehende Gerichts-

<sup>155</sup> Die allgemeine Regel, wonach die Unterzeichnung eines ungelesenen oder nicht verstandenen Vertragstextes dessen Anerkennung bedeutet (vgl. vorn Ziff. II. 4 a), gilt also nicht. Die restriktive Praxis kommt nur gegenüber AGB und Standardverträgen zu Anwendung, nicht dagegen bei nicht vorgeformten Individualverträgen, die von den Parteien gemeinsam erarbeitet worden sind, vgl. ZR 78 (1979) Nr. 52. – Vorbehalten bleiben weitergehende Anforderungen des Kantonalen Rechts. So verlangt Zürcher ZPO § 11 einen «schriftlichen Vertrag», womit die Formerfordernisse von OR 13–15 zur Anwendung kommen.

<sup>156</sup> Vgl. ZR 49 (1950) Nr. 24.

<sup>157</sup> Vgl. BGE 62 I 81 ff.

<sup>158</sup> Vgl. BGE 49 I 49 f.; ferner SJZ 51 (1955) 313 f. Nr. 161.

<sup>159</sup> BGE 93 I 323, insb. 328 f. Das Gericht betonte allerdings auch, die Klausel sei nicht genügend klar abgefasst.

<sup>160</sup> Bejahend BGE 56 I 350, wohl eher verneinend BGE 87 I 56.

<sup>161</sup> BGE 97 I 16. Vgl. in diesem Zusammenhang auch ZR 61 (1962) Nr. 50.

standsklausel bedeute<sup>162</sup>. Ein branchenkundiger Händler wurde dagegen nach Ansicht des Gerichts durch die blosser Verweisung auf Allgemeine Bedingungen gebunden<sup>163</sup>. Abzustellen ist somit – entsprechend den Grundsätzen des Vertrauensprinzips<sup>164</sup> – auf die Umstände des Einzelfalls<sup>165</sup>.

Die Sonderbehandlung der Klauseln über den Gerichtsstand mag etwas erstaunen. Ihre *Begründung* liegt darin, dass sie ein verfassungsmässiges Recht des Bürgers tangieren: die in BV 59 I verankerte *Garantie, nur vor dem Richter im eigenen Wohnsitzkanton eingeklagt werden zu können*. Die Urteile, die sich mit Gerichtsstandsklauseln befassen, sind denn auch durchwegs auf BV 59 abgestützt<sup>166</sup>.

Aus dieser Herleitung ergibt sich zweierlei:

- Die strengen Anforderungen an Gerichtsstandsabreden kommen dann nicht zum Tragen, wenn die Prorogation lediglich *innerhalb eines Kantons* erfolgt<sup>167</sup>.
- Sodann können sich – was bisher in Entscheiden allerdings noch nie festgestellt wurde – auch *im Ausland domizilierte Personen* nicht auf die restriktive Anwendung von Gerichtsstandsklauseln berufen. Dies deshalb, weil Art. 59 einen Schutz nur für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz vermittelt<sup>168</sup>.

<sup>162</sup> BGE 104 Ia 278 ff. Das Bundesgericht präzisiert in diesem Entscheid, es genüge einer geschäftlich unerfahrenen Partei gegenüber allenfalls nicht, wenn eine Gerichtsstandsklausel «unmissverständlich abgefasst und von den übrigen Vertragsbestimmungen abgehoben» sei. Vielmehr könne es darüber hinaus «notwendig sein, dass der Verzichtende auf die Gerichtsstandsklausel in besonderer Weise hingewiesen und dass ihm deren Bedeutung erklärt wird» (vgl. S. 281).

<sup>163</sup> BGE 76 I 338 ff., insb. 350. Nach einem dictum in ZR 78 (1979) Nr. 52 S. 107 soll er auch dann gebunden sein, wenn er die Gerichtsstandsklausel nicht gelesen oder nicht verstanden hat.

<sup>164</sup> Dazu nachstehend Ziff. IV 1a.

<sup>165</sup> Unrichtig daher m. E. KLEINER 16, der im Hinblick auf Gerichtsstandsklauseln von Banken generell voraussetzen will, es sei der Girokunde einer Bank «in geschäftlicher Hinsicht nicht als unerfahren zu betrachten».

<sup>166</sup> Vgl. etwa BGE 104 Ia 278 ff.; 98 I 314 ff.; 94 II 62 ff.; 91 I 15; 81 I 57; SJZ 51 (1955) 313 Nr. 161. Explizit SJZ 39 (1942/43) 11 f. Nr. 1, S. 12: «Der in der Klausel enthaltene Verzicht auf den verfassungsmässig garantierten Gerichtsstand allein vermag die strengeren Anforderungen, die das Bundesgericht an die Erkennbarkeit und Klarheit der Gerichtsstandsabrede gestellt hat, zu rechtfertigen.» Vereinzelt wird dagegen in ZR 27 (1928) Nr. 36 S. 62 erklärt, die besonderen Regeln für Gerichtsstandsklauseln seien auch ausserhalb des Bereichs von Art. 59 anwendbar. – Zu BV 59 allgemein vgl. Urs HESS: Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit (Diss Zürich 1979).

<sup>167</sup> Art. 59 ist nur im *interkantonalen* Verhältnis wirksam, nicht dagegen *innerkantonal*; vgl. HESS (zit. Anm. 166) 59 ff., insb. 62.

<sup>168</sup> Vgl. etwa HESS (zit. Anm. 166) 39 ff., insb. 47.

d) Dem Grundsatz nach sind vertragliche Vereinbarungen – wie erwähnt – anzuwenden unabhängig davon, ob sie zur Kenntnis genommen wurden oder nicht<sup>169</sup>. Diese Regel ist nun aber einzuschränken: Sie *gilt nicht*, sofern dem Vertragspartner «bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei»<sup>170</sup>.

Für die Beurteilung von AGB wurde aus dieser Einschränkung die sogenannte *Ungewöhnlichkeitsregel* abgeleitet: Danach ist jeweils zu untersuchen, «ob der Inhalt der ungelesenen AGB ganz oder teilweise so aus dem zu erwartenden Rahmen falle, dass der Erklärende nicht damit habe rechnen müssen, ohne vom Vertragspartner eigens darauf aufmerksam gemacht worden zu sein»<sup>171</sup>. Fehlt es in einem solchen Fall an einem ausdrücklichen Hinweis, dann ist eine Klausel selbst gegenüber einem geschäftserfahrenen Vertragspartner unverbindlich<sup>172</sup>.

Als *unüblich und unverbindlich* hat die Gerichtspraxis etwa beurteilt:

- die in einem Kreditvertrag versteckte Bürgschaftsklausel<sup>173</sup>,
- eine Pfandklausel für alle künftigen Verbindlichkeiten, soweit damit auch Forderungen erfasst wurden, welche der Pfandgläubiger in Zukunft von Drittpersonen erwerben sollte<sup>174</sup>,
- vor der Revision des Bürgschaftsrechts die konsequente Wegbedingung der zum Schutze des Bürgen aufgestellten Bedingungen<sup>175</sup>,
- die Bestimmung, wonach unvollständige Angaben über den Gesundheitszustand zum Ausschluss aus einer Krankenkasse und zur Verwirkung ihrer Leistungen führe<sup>176</sup>.

An die Ungewöhnlichkeit sind *hohe Anforderungen* zu stellen, und

<sup>169</sup> Vgl. vorn Ziff. II 4 a.

<sup>170</sup> BGE 76 I 350 mit weiteren Judikaturhinweisen, vgl. auch OFTINGER (zit. Anm. III) 268 f.

<sup>171</sup> MERZ, Massenvertrag 148; vgl. auch ders., *Contrôle judiciaire* 198. Ausführlich und kritisch zur Ungewöhnlichkeitsregel NORDMANN 63 ff. Vgl. ferner KRAMERS 65 f. und PETIT-PIERRE/STAUDER 215. Vgl. neuestens auch JÄGGI/GAUCH N 472.

<sup>172</sup> Vgl. BAUER 45, wobei dessen Erklärung, es leide ein solcher Vertrag «an offenem Dissens», freilich nicht zutreffen dürfte: Anzunehmen ist nach Vertrauensprinzip vielmehr Konsens über den Inhalt, der allgemein erwartet wird. Vgl. ferner SCHULER 119.

<sup>173</sup> Vgl. BGE 49 II 167 ff.

<sup>174</sup> Vgl. BGE 51 II 273 ff.

<sup>175</sup> Vgl. BGE 64 II 380.

<sup>176</sup> Vgl. BGE 96 V 1 ff. Auf die Ungewöhnlichkeit einer Vertragsklausel wird sodann in BGE 104 Ia 280 hingewiesen.

es ist auch nicht alles ungewöhnlich, was objektiv betrachtet als unbillig erscheint<sup>177</sup>.

Auch ungewöhnliche Klauseln sind dann bindend, wenn sie vom Vertragspartner *bewusst akzeptiert* worden sind. Dies wird in der Gerichtspraxis – ähnlich wie bei Gerichtsstandsklauseln – dann *fingiert*, wenn ungewöhnliche Klauseln besonders hervorgehoben werden<sup>178</sup>.

e) In der schweizerischen Literatur ist verschiedentlich angeregt worden, die restriktive Praxis, die sich mit Bezug auf Gerichtsstandsabreden eingebürgert hat, *auf alle freiheitsbeschränkenden Klauseln auszudehnen*<sup>179</sup>. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand weit weniger einschneidende Konsequenzen hat als z. B. die Reduktion der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit<sup>180</sup>. Es dränge sich daher auf, den bei der Beurteilung von Gerichtsstandsvereinbarungen anzuwendenden strengeren Massstab «ganz allgemein ... an die gültige Vereinbarung schwerwiegender AGB-Bestimmungen innerhalb eines Vertrages anzulegen, insbesondere an Freizeichnungen von gesetzlichen Pflichten»<sup>181</sup>. Aus dem «Verbot, ein Rechtsinstitut in zweckwidriger Weise zu verwenden und sekundär aus dem besonderen Treueverhältnis der am Verträge Beteiligten» ergebe sich die Pflicht eines Verwenders von AGB, auf unbillige und einseitige Klauseln besonders hinzuweisen, wobei je nach den Umständen der blosser Hinweis genügen könne, allenfalls aber auch eine Erklärung des Inhalts von Klauseln zu verlangen sei<sup>182</sup>. Soweit einer dispositiven Rechtsnorm ein besonderer Gerechtigkeitsgehalt zukomme, sei «ihre Wegbedingung zu lasten des Kunden evtl. unwirksam, wenn dies nicht *individuell vereinbart* wurde...»<sup>183</sup>. Aus der schweizerischen Gerichtspraxis sind mir

<sup>177</sup> Vgl. AUER 15; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 499; LÖRTSCHER 114; BAUER 46; SCHULER 120.

<sup>178</sup> Vgl. die Ausführungen in BGE 96 V 3 f.

<sup>179</sup> Vgl. etwa MERZ, Massenvertrag 149 f.; ders., *Contrôle judiciaire* 198; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 504, 508; BUCHER (zit. Anm. 45) 267; SCHULER 124; JÄGGI/GAUCH N 474. Zu weitgehend aber BUCHER 135, wonach eine solche Ausdehnung «*einhellig befürwortet*» werden soll. Für eine Anwendung der an Gerichtsstandsklauseln gestellten formellen Anforderungen besonders auf *Freizeichnungsklauseln* THOMAS OESCH: *Die Freizeichnung im schweiz. vertraglichen Schadenersatzrecht...* (Diss. Basel 1978) 33 f.

<sup>180</sup> Vgl. NORDMANN 36.

<sup>181</sup> MERZ, Massenvertrag 149.

<sup>182</sup> So SCHULER 170. Noch weitergehend PIERRE-ROBERT GILLIÉRON: *La protection du faible dans les contrats*, ZSR 98 (1979) 233 ff., 265: Danach soll die Wegbedingung dispositiver Rechte durch eine vorformulierte Vertragsklausel nur wirksam sein, «*si elle indique clairement la disposition de droit positif à laquelle il est renoncé*».

<sup>183</sup> BUCHER (zit. Anm. 45) 267 Anm. 36.

keine Fälle bekannt, in welchen – über die «Unüblichkeitsregel» hinausgehend – solchen Überlegungen gefolgt worden ist.

*De lege ferenda* scheinen mir diese Postulate durchaus angebracht. Nach *geltendem Recht* ist dagegen m.E. eine solche zusätzliche Schranke kaum zu rechtfertigen: Es darf nicht übersehen werden, dass die Rechtfertigung besonderer Anforderungen an Gerichtsstandsbestimmungen darin liegt, dass durch sie ein präzise umschriebenes verfassungsmässiges Recht ausgeschaltet wird<sup>184</sup>. Diese Besonderheit aber fehlt bei den übrigen Klauseln von AGB, mögen sie auch in ihrer materiellen Tragweite bedeutsamer sein als Gerichtsstandsklauseln.

f) Eine besondere formale Schranke ergibt sich aus OR 689 V Ziff.2: Danach kann bei hinterlegten oder verpfändeten Inhaberaktien dem Aufbewahrer Stimmvollmacht nur «*in einer besonderen Urkunde*» eingeräumt werden. Die gelegentlich in Depotreglementen von Banken anzutreffende Vollmachtsklausel genügt daher nicht, sondern es ist ein eigenes Vollmachtsformular auszufüllen<sup>184a</sup>.

g) Sind einzelne Normen von AGB unverbindlich, dann tritt an ihre Stelle Gesetzesrecht. Die Geltung der *übrigen* Bestimmungen wird *nicht tangiert*<sup>185</sup>.

## 2. Die Ordnung nach deutschem Recht

a) Die frühere deutsche Theorie und Praxis haben versucht, aus den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts eine dogmatische Grundlage für die inhaltliche Kontrolle von AGB abzuleiten. Eine solche inhaltliche Kontrolle erwies sich als um so notwendiger, als die deutsche Praxis an die Voraussetzungen für die Verbindlichkeit von AGB geringe Anforderungen stellte<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> Vgl. vorn bei Anm.166.

<sup>184a</sup> Ausführlich zu dieser Bestimmung und ihrer Entstehung HANS-PETER SCHAAD: Das Depotstimmrecht der Banken... (Diss. Zürich 1972) 26 ff., 106 ff.; vgl. auch HANS PETER WEBER-DÜRLER: Das Depotstimmrecht der Banken, SAG 46 (1974) 49 ff., 50.

<sup>185</sup> Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art.1 N 510. Allgemein zur Teilnichtigkeit nach OR 20 II vgl. etwa VON TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd.I (3. A. Zürich 1974/79) 226 ff., 244, 346 mit weiteren Hinweisen; GUHL/MERZ/KUMMER 67; PIERRE ENGEL: Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973) 205 ff.; H. BECKER (zit. Anm. 62) Art. 20 N 15 ff.; OSER/SCHÖNENBERGER: Zürcher Kommentar zum OR (2. A. Zürich 1929) Art. 20 N 62 ff.; BUCHER 231 und dort Anm. 79 zit. Lit.

<sup>186</sup> Vgl. vorn bei Anm.138; STEIN Einl. N 29, spricht von der «Grosszügigkeit» der Rechtsprechung, Geschäftsbedingungen als vereinbart anzusehen.

War man sich einerseits darüber einig, dass die einseitige Ausgestaltung von AGB eine Kontrolle verlangte<sup>187</sup>, so war andererseits die rechtliche Basis dieses Eingriffs heftig umstritten:

Vereinzelt ist in der einseitigen Ausgestaltung von AGB ein *Verstoss gegen die guten Sitten* im Sinne von BGB 138 I erblickt worden<sup>188</sup>. Da nach deutschem Recht Sittenwidrigkeit nur bei subjektiv verwerflicher Gesinnung angenommen wird<sup>189</sup>, sind jedoch der Anwendung dieser Bestimmung auf AGB enge Schranken gesetzt<sup>190</sup>. Zwar hat der Bundesgerichtshof, im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Ausnützung eines faktischen Monopols zur Durchsetzung von einseitig formulierten AGB als sittenwidrig betrachtet<sup>191</sup>. Doch ist diese Praxis von der Doktrin zu Recht als dogmatisch unhaltbar kritisiert worden<sup>192</sup>.

BGB 315 enthält eine Bestimmung für den Fall, dass einer Vertragspartei das Recht zusteht, die *vertraglich zu erbringende Leistung einseitig zu bestimmen*. Danach ist im Zweifel anzunehmen, «dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist». Vereinzelt wurden auch aufgrund dieser Bestimmung allzu einseitige Klauseln für ungültig erklärt<sup>193</sup> mit der Begründung, nur das, was sich im Rahmen des Üblichen halte<sup>194</sup> und das vertragliche Gleichgewicht nicht störe<sup>195</sup>, entspreche der Billigkeit.

Weitaus am häufigsten wurde aber vor dem Inkrafttreten des AGBG die Kontrolle des Inhalts von AGB aus dem in BGB 242 veran-

<sup>187</sup> Vgl. etwa SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 220; ders., AGB I. A. N 124; FRITZ NICKLISCH: Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: BB 29 (1974) 941, 942. Ferner KOCH/STÜBING Einl. N 37 ff.; ULMER usw. Einl. N 13 ff.

<sup>188</sup> SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 221 und dort zitierte Judikatur.

<sup>189</sup> Vgl. dazu PALANDT, N 1 c zu BGB 138.

<sup>190</sup> Die Grenzen der Anwendung von § 138 BGB sind enger als die des entsprechenden Art. 20 OR.

<sup>191</sup> Vgl. dazu v. a. die grundlegende Schrift LUDWIG RAISERS: Das Recht der AGB, insb. 281 ff., sowie WEBER, AGB N 41 ff. und N 345 ff.; ferner SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 133 ff.; KOCH/STÜBING Einl. N 35; STEIN Einl. N 26; SCHLOSSER usw. Vorbem. zu §§ 9–11 N 8.

<sup>192</sup> Etwa von RAISER, Recht der AGB 283 ff.; WEBER, AGB N 353 ff.; vgl. dazu SCHULER 147 f. und BAUER 60 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>193</sup> Ausführlich zu dieser Lösungsmöglichkeit SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 68 ff. und 235 ff., sowie WEBER, AGB N 340 f.; vgl. auch FRITZ HAUSS, Richterliche Kontrolle (zit. Anm. 6) 15; ferner SCHULER 150 f. und dort zitierte Literatur.

<sup>194</sup> SCHMIDT-SALZER, AGB und AVB 236.

<sup>195</sup> Ebenda, 238.

kerten Grundsatz von *Treu und Glauben* hergeleitet<sup>196, 197</sup>. Darauf abgestützt entwickelte sich eine Prüfung der Angemessenheit von AGB danach, ob die Interessen beider Vertragspartner berücksichtigt und ob eine sachlich angemessene Lösung getroffen worden waren<sup>198</sup>.

b) Im Laufe der Zeit haben sich aus dieser Rechtsprechung präzise Kriterien für häufige Klauseln herauskristallisiert<sup>199</sup>. Die derart kasuistisch entwickelte Ordnung wurde im AGBG in den §§ 10 und 11 teils *kodifiziert*<sup>200</sup>, teils *verschärft*<sup>201</sup>. In zwei langen Listen werden Bestimmungen genannt, die entweder schlechthin unzulässig sind oder unzulässig zumindest dann, wenn ihre Ausgestaltung unangemessen ist.

*Slechthin unzulässig* sind etwa das einseitige Recht zu kurzfristigen Preiserhöhungen, das Verbot der Verrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung, die Haftungsbegrenzung bei grobem Verschulden, bestimmte Einschränkungen der Gewährleistung<sup>201a</sup>, die Wegbedingung oder Einschränkung der Haftung für zugesicherte Eigenschaften und die Festlegung von übermäßig langen Laufzeiten bei Dauerschuldverhältnissen.

*Bei unangemessener Ausgestaltung unwirksam* sind übermäßige oder nicht klar bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots, Rücktritts- und Änderungsvorbehalte, die Fiktion von Erklärungen sowie die Wahl eines ausländischen Rechts, wenn hierfür kein anerkennenswertes Interesse besteht.

Diesen Aufzählungen ist eine Generalklausel im Sinne von BGB 242 vorangestellt: Danach sind Bestimmungen in AGB «unwirksam,

<sup>196</sup> Vgl. dazu die bei SCHLOSSER usw. Vorbem. zu §§ 9–11 N 9, angeführten Beispiele; ausführlich dazu auch WEBER, AGB N 373 ff. mit Beispielen; STEIN § 9 N 1 und dort zitierte Entscheidungen; HAUSS (zit. Anm. 6) 15; LÖRTSCHER 239 f.; KOCH/STÜBING Einl. N 37; SCHULER 160.

<sup>197</sup> Zur Tragweite mit bezug auf AGB vgl. AUER 40 ff.; SCHULER 162 ff.; LÖRTSCHER 238 f. und 241 ff.; MERZ, Massenvertrag 156 f.

<sup>198</sup> Nur mehr selten wurde auf andere mögliche Grundlagen für die Inhaltskontrolle zurückgegriffen (STEIN § 9 N 2 spricht von einer «Flucht in die Generalklausel»), obschon auch diese Basis nicht ohne Kritik blieb: RAISER, Recht der AGB 281 ff.; WERNER FLUME: Das Rechtsgeschäft (2. A. Berlin 1975) 671 f., und die bei WEBER, AGB N 373, angeführte Literatur.

<sup>199</sup> MERZ, Massenvertrag 142; HÄGELE 46; ULMER usw. § 9 N 2 f.

<sup>200</sup> SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. F 14; ULMER usw. Vorbem. zu §§ 10 und 11 N 3; STEIN Einl. N 34.

<sup>201</sup> So z. B. durch § 11 Nr. 7; Verbot der Haftungsfreizeichnung f. grobe Fahrlässigkeit: vgl. STERN Einl. N 34; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. F 34; LÖWE usw. Einl. N 7.

<sup>201a</sup> Vgl. FRITZ NICKLISCH: Die Schadensersatzhaftung für Eigenschaftszusicherung im Werkvertragsrecht und deren Einschränkung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag (Berlin/New York 1979) 89 ff., insb. 102 ff.

wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen»<sup>202</sup>. Eine solche *unangemessene Benachteiligung* ist nach AGBG 9 II anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentlichen Grundgedanken der dispositiven gesetzlichen Ordnung widerspricht oder wenn wesentliche Rechte und Pflichten derart eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist<sup>203</sup>.

Als *gegen Treu und Glauben* verstossend betrachtete der deutsche Bundesgerichtshof etwa das Verhalten eines Mietwagenhändlers, der einen zusätzlichen Betrag für den Wegfall des «Selbstbehaltes» bei der Verursachung von Schäden verlangte, dabei aber die Haftungsfreistellung in den AGB so stark einschränkte, dass die abgeschlossene Versicherung weit hinter dem üblichen Leitbild einer Kaskoversicherung zurückblieb<sup>204</sup>. Als treuwidrig beurteilt wurde auch die Bestimmung einer Zusatzversicherung, wonach dem Versicherten die Beweislast dafür auferlegt wurde, dass weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorgelegen hätten<sup>205</sup>.

c) Nach früherem Recht wurden auch *überraschende Klauseln* im Rahmen der Inhaltskontrolle behandelt, d.h. wie unbillige und ungerechtfertigte Bestimmungen auf ihre Sitten- und Treuwidrigkeit hin überprüft<sup>206</sup>. AGBG 3 stellt nun klar, dass solche Vertragsklauseln «nicht Vertragsbestandteil» werden, da sie vom Konsens der Parteien gar nicht erfasst sind<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> AGBG 9 I.

<sup>203</sup> Diese Bestimmung ist als Auffangtatbestand gedacht (DIETLEIN/REBMANN § 9 N 4; HÄGELE 44; SCHLOSSER usw. § 9 N 3; LÖWE § 9 N 7; STEIN § 9 N 9) für Klauseln, die zwar unbillig sind, aber nicht von §§ 10 und 11 erfasst werden. Vgl. ferner zu § 9 AGBG SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 129, 135 ff.; zum Problem der Haftungsfreizeichnungsklauseln s. FRIEDRICH v. WESTPHALEN: Produktheftung – Haftungsfreizeichnung und Haftungsfreistellung nach dem AGB-Gesetz, in: NJW 32 (1979) 838 ff., 840 ff., mit Beispielen; PALANDT zu AGBG 9; ferner die bei Anm. 16 zitierten Kommentare, alle zu § 9. – In bezug auf Haftungsfreizeichnungsklauseln präzisierete der BGH in einem Urteil vom 11. 6. 1979 (in: Juristenzeitung 34 [1979] 643 f., 644), der Verwender dürfe v. a. – und danach bemesse sich allgemein die Grenze der Zumutbarkeit für Freizeichnungen – den Kunden nicht *rechtlos* stellen.

<sup>204</sup> BGH Urt. v. 8. 2. 1978 (NJW 1978, 945); der Entscheid war noch nicht aufgrund des AGBG zu fällen.

<sup>205</sup> BGH Urt. v. 1. 10. 1975 (NJW 1976, 44).

<sup>206</sup> RAISER, Recht der AGB 175 ff., insb. 177 f.; ULMER usw. § 3 N 5; SCHMIDT-SALZER, AGB 1. A. 91 N 28; KOCH/STÜBING § 3 N 1; als Beispiel s. BGH Urteil v. 8. 2. 1978 (zit. Anm. 204).

<sup>207</sup> DIETLEIN/REBMANN § 3 N 1, mit Beispielen N 2; KOCH/STÜBING § 3 N 2; HÄGELE 34 mit Beispielen; weniger dogmatisch STEIN § 3 N 1 f. SCHLOSSER usw. § 3 N 1 f.

d) Keine besondere Ordnung besteht im deutschen AGBG für *Gerichtsstandsklauseln*. Doch sind nach der Gerichtsstandsnovelle vom 21.3.1974 Gerichtsstandsvereinbarungen vor Ausbruch eines Rechtsstreites nur noch unter Vollkaufleuten<sup>208</sup> zulässig<sup>209</sup>. Ausserhalb des kaufmännischen Verkehrs sind daher Gerichtsstandsklauseln in AGB schlechthin unzulässig. Gegenüber Vollkaufleuten sind sie dagegen gültig und grundsätzlich auch nicht als «überraschend» oder «unangemessen»<sup>210</sup> im Sinne von AGBG 3 oder 9 zu betrachten<sup>211</sup>.

e) Lehre und Rechtsprechung waren sich lange vor Inkrafttreten des AGBG darüber einig, dass bei AGB die *Nichtigkeit einzelner Klauseln nicht auch die Nichtigkeit des Vertrages als solchen* bewirkt<sup>212</sup>. Dieser Grundsatz ist nun in AGBG 6 verankert worden: Trotz gänzlicher oder teilweiser Unverbindlichkeit von AGB bleibt der Individualvertrag als solcher verbindlich, und es tritt an die Stelle der unverbindlichen Klauseln dispositives Gesetzesrecht<sup>213</sup>. Nur wenn das Festhalten am Vertrag nach dieser Korrektur eine unzumutbare Härte für eine Partei darstellen würde, ist dieser als Ganzes unwirksam<sup>214</sup>.

<sup>208</sup> Ferner im Verkehr mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie mit öffentlich-rechtlichen Sondervermögen.

<sup>209</sup> Dt. ZPO 38 I.

<sup>210</sup> Als unangemessene Benachteiligung und deshalb mit AGBG 9 unvereinbar können jene Klauseln betrachtet werden, die einen Ort als Gerichtsstand vorsehen, «der in keiner Weise mit dem Handelsgeschäft in unmittelbarer Beziehung steht» (K. VOLKER SCHILLER: Gerichtsstandsklauseln in AGB zwischen Vollkaufleuten und das AGB-Gesetz, in: NJW 32 [1979] 637, mit Hinweisen auf andere Meinungen).

<sup>211</sup> Vgl. dazu die im einzelnen teilweise stark voneinander abweichenden Meinungen von PALANDT N 7 zu AGBG 9, SCHLOSSER usw. § 3 N 10 und 12, § 9 N 83 ff.; LÖWE usw. § 9 N 95; ULMER usw. § 3 N II; SCHILLER (zit. Anm. 210) 636 f. mit weiteren Hinweisen; für grundsätzliche Unwirksamkeit solcher Klauseln STEIN § 9 N 22 und SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. F 242 f.

<sup>212</sup> Dazu etwa SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 131; LÖWE usw. § 6 N 1; STEIN § 6 N 1; SCHLOSSER usw. § 6 N 1; DIETLEIN/REBMANN § 6 N I.

<sup>213</sup> Vgl. AGBG 6 I und II.

<sup>214</sup> AGBG 6 III. – Vgl. allgemein zu § 6 die vorn (Anm. 16) angeführten Kommentare sowie HEINZ KÖTZ: Zur Teilunwirksamkeit von AGB Klauseln, in: NJW 92 (1979) 785 ff.; HÄGELE 41; PALANDT zu AGBG 6; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. F 51 ff.

#### IV. Die Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

##### 1. Berücksichtigung der individuellen Umstände: die herrschende schweizerische Auffassung

a) Wie Individualverträge, so sind auch AGB im schweizerischen Recht nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen<sup>215</sup>. Danach «sind Willenserklärungen Vertragsschliessender so auszulegen, wie sie nach Treu und Glauben von der Gegenpartei verstanden werden durften»<sup>216</sup>.

Gelegentlich wird kritisch festgehalten, dass diese Interpretationsregel bei AGB zur reinen *Fiktion* wird, weil Standardbestimmungen oft gar nicht gelesen – geschweige denn näher geprüft – werden. Dies schränkt aber die Geltung des Vertrauensprinzips so wenig ein wie bei individuellen Verträgen, deren Inhalt von einer Partei ungelesen akzeptiert wurde<sup>217</sup>.

b) Verschiedentlich ist von schweizerischen Autoren freilich die Auffassung vertreten worden, AGB seien «objektiv», «gesetzesähnlich», «einheitlich», d. h. ohne Berücksichtigung der individuellen Umstände auszulegen. So verlangt M. KELLER für Allgemeine Versicherungsbedingungen «eine einheitliche Auslegung», die «von den Individualitäten des einzelnen Vertragsverhältnisses» absieht<sup>218</sup>. Für die AGB von Banken wird diese Ansicht namentlich von WANNER verfochten, nach welchem Autor «den AGB notwendigerweise eine andere Auslegung zukommen (muss) als einem gewöhnlichen Vertrag... In erster Linie müssen die individuellen Umstände als Hilfsmittel der Auslegung ausscheiden. Der generelle Charakter der AGB-Bestimmungen verlangt absolute Gleichheit der Auslegung in allen Situationen und gegenüber allen Kunden»<sup>219</sup>. Auch RUSCA tendiert zu dieser Ansicht, wenn er im Hinblick auf AGB-Klauseln erklärt, es müsse sich «jeder Partner gefallen lassen, dass denselben ein Inhalt gegeben wird, welcher der herrschenden Ver-

<sup>215</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 488; NORDMANN 57 f.; ZR 48 (1949) Nr. 153 S. 297; BAUER 48; LÖRTSCHER 108 f.; ausführlich im Hinblick auf Allgemeine Versicherungsbedingungen HANS NAEF: Über die Auslegung des Versicherungsvertrages (Diss Zürich 1950), insb. 28 ff., und KUPPER 85 f.

<sup>216</sup> BGE 87 II 242; vgl. auch BGE 92 II 384 mit zahlreichen Literaturangaben und neuerdings BGE 101 Ia 43 E. 3. Zum Vertrauensprinzip als Grundlage der Auslegung ausführlich ARTHUR MEIER-HAYOZ: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss (Diss Zürich 1948) 127 ff.

<sup>217</sup> Vgl. vorn Ziff. II 4 a.

<sup>218</sup> MAX KELLER 320; ebenso KUPPER 89 f.

<sup>219</sup> WANNER 164.

kehrsauffassung entspricht»<sup>220</sup>. In der Judikatur scheinen sich vereinzelt ebenfalls entsprechende Tendenzen zu finden, etwa wenn im Hinblick auf die Auslegung von Versicherungsbedingungen erklärt wird, es sei entscheidend die «Bedeutung, die den verwendeten Wörtern im täglichen Sprachgebrauch üblicherweise zukommt»<sup>221</sup>.

Für das schweizerische Recht ist diese Theorie m. E. abzulehnen: Den individuellen Umständen – dies folgt aus dem Vertrauensprinzip – ist *Rechnung zu tragen*, unabhängig davon, ob die Vertragselemente im einzelnen ausgehandelt oder ob sie von einer Partei zum Grossteil im voraus festgelegt worden sind<sup>222</sup>. Die schweizerische *Rechtsprechung* hat denn auch bei der Beurteilung von AGB stets den *konkreten Umständen Rechnung getragen*, etwa die geschäftliche Unerfahrenheit des Kunden hervorgehoben<sup>223</sup> oder umgekehrt betont, der Vertragspartner sei kaufmännisch gebildet<sup>224</sup>.

## 2. Einheitliche Auslegung: die herrschende deutsche Auffassung

a) Die deutsche Theorie gelangt gestützt auf BGB 133<sup>225</sup> und 157<sup>226</sup> – wenn auch zum Teil auf anderen Wegen – im wesentlichen zur gleichen Auslegungsmethode für Verträge wie die schweizerische Theorie aufgrund des Vertrauensprinzips: Verträge sind durch Einbeziehung der konkreten Umstände individuell, aber zugleich durch Abstellen auf das Verständnis des durchschnittlich verständigen Bürgers objektiv auszulegen<sup>227</sup>.

b) Diese Art der Auslegung kommt nun aber bei Verträgen, welche AGB zum Bestandteil haben, nur mit Bezug auf die individuell verein-

<sup>220</sup> RUSCA 218.

<sup>221</sup> BGE 104 II 283 E. 2. Bei dieser Formulierung wird freilich nicht klar, ob damit eine einheitliche Auslegung verlangt wird oder ob lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der Auslegung der allgemeine Sprachgebrauch und nicht der von Fachleuten zugrundeliegen soll. Die Verweisungen auf BGE 66 II 191 E. 3 und 97 II 74 E. 4 lassen eher auf das Zweite schliessen.

<sup>222</sup> So die herrschende schweizerische Lehre, vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 490; NORDMANN 80 ff.; MERZ, *Contrôle judiciaire* 291; PATRY 287; LÖRTSCHER 115 und neuestens JÄGGI/GAUCH N 466 f.

<sup>223</sup> Vgl. BGE 91 I 16.

<sup>224</sup> Vgl. BGE 77 II 156, ZR 49 (1950) Nr. 24.

<sup>225</sup> «Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.»

<sup>226</sup> «Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

<sup>227</sup> Statt vieler PALANDT, Einf. vor § 116 N 2, § 133 N 1 ff., insb. N 4 b, § 157 N 1 ff.; KNOPP bei SOERGEL, BGB (11. A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978) § 157 N 11 ff.; HEFERMEHL bei SOERGEL a. a. O. § 133 N 14 ff., insb. N 17 ff.; STEIN § 5 N 2, ferner N 15.

barten Vertragsklauseln zur Anwendung. Die vorformulierten Vertrags-  
teile sollen dagegen nach weit überwiegender Lehre<sup>228</sup> und Praxis ein-  
heitlich ausgelegt werden. Es gilt somit für die Auslegung der Klauseln  
von AGB die Theorie der *einheitlichen* oder objektiven Auslegung<sup>229</sup>:  
Ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls wird auf das Ver-  
ständnis des Durchschnittsmenschen und den typischen Sinn einer  
Klausel abgestellt<sup>230</sup>. Begründet wird diese Auffassung damit, AGB  
würden einseitig aufgestellt und ihr Inhalt sei nicht von Vertragsver-  
handlungen abhängig<sup>231</sup>.

Vereinzelte wird freilich auch eine differenziertere Lösung vertre-  
ten<sup>232</sup>.

### 3. Anwendbarkeit der Unklarheitenregel

a) Herrschend – wenn auch nicht unbestritten – ist im *schweizeri-  
schen* Recht die sogenannte *Unklarheitenregel*, der Grundsatz, dass zwei-  
deutige Normen *contra proferentem* auszulegen sind, zulasten desjenigen  
also, der sie aufgestellt hat<sup>233</sup>. Auf dieser Basis sind zuwenig bestimmte  
Gerichtsstandsabreden für ungültig erklärt<sup>234</sup>, Haftungsfreizeichnungen  
abgewiesen<sup>235</sup> und Zeitbestimmungen ausdehnend interpretiert wor-  
den<sup>236</sup>.

<sup>228</sup> A. A. und für die Interpretation von AGB nach den allgemeinen Regeln der Ver-  
tragsauslegung – vgl. soeben Anm. 227 – sind: STEIN § 5 N 4 und insb. N 6f.; SCHLOSSER  
usw. § 5 N 14 ff., insb. N 16 a. E.

<sup>229</sup> LÖWE usw. § 5 N 4 ff.; STEIN § 5 N 3 ff.; mit ausführlicher Rechtfertigung: ULMER  
usw. § 5 N 6 ff.; ferner CANARIS 1222; PALANDT N 3 zu AGBG 4f.; WEBER, AGB N 311 f.

<sup>230</sup> CANARIS 1222; ULMER usw. § 5 N 8 ff.; LÖWE usw. § 5 N 5; STEIN § 5 N 3; KOCH/  
STÜBING § 5 N 7. – Allerdings hat die deutsche Rechtsprechung der Sache nach den kon-  
kreten Umständen stets Rechnung getragen, wenn dies nötig war, so jedenfalls SCHLOSSER  
usw. § 5 N 22 und STEIN § 5 N 7 a. E.

<sup>231</sup> LÖWE usw. § 5 N 4; ULMER usw. § 5 N 7; STEIN § 5 N 4.

<sup>232</sup> So sind AGB nach SCHMIDT-SALZER vorerst – weil einseitig gestaltet und nicht Er-  
gebnis von Vertragsverhandlungen – objektiv-generell auszulegen, während die  
Individualabreden nach der gewöhnlichen, objektiv-individuellen Methode der Vertrags-  
auslegung zu interpretieren sind. Alsdann werden die Resultate miteinander verglichen  
und alle AGB-Interpretationen ausgeschieden, die nicht mit den Individualabreden ver-  
einbar sind (AGB, 2. A. E 33 f. und F 3).

<sup>233</sup> Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 488 f.; MERZ, Massenvertrag 152 f.; ders., Con-  
trôle judiciaire 200; ders., Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 2 N 172. AUER 10;  
HECHT 66; NORDMANN 77; BAUER 50 f. und besonders für AVB KUPPER 92 ff.; ablehnend  
im Hinblick auf die Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen MAX KELLER  
321; generell ablehnend LÖRTSCHER 109 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>234</sup> BGE 91 I 16; 93 I 323.

<sup>235</sup> BGE 74 II 81.

<sup>236</sup> BGE 87 II 234.

Damit hängt zusammen, dass der Kunde, der selber nicht Fachmann ist, sich auf den *untechnischen Sprachgebrauch* verlassen können muss<sup>237</sup>. Aus der Unklarheitenregel folgt ferner, dass *Beschränkungen der Rechte* des Kunden stets *eng auszulegen* sind<sup>238</sup>.

b) Die Unklarheitenregel ist seit jeher auch in der *deutschen* Lehre und Praxis angewendet worden<sup>239</sup>. Die Gerichte haben etwa festgehalten, dass der Ausschluss einer Haftung für Rat und Auskunft dann nicht gelten soll, wenn ein Rat pflichtwidrig nicht erteilt wurde<sup>240</sup>. Ein Haftungsausschluss unter dem Titel «Gewährleistung» soll sodann nicht auch für die Unterlassung einer vertraglich zugesicherten Ablieferungsinspektion gelten<sup>241</sup>. Ein Eigentumsvorbehalt für «alle weiteren Ansprüche», die dem Verkäufer schon zustehen «oder aus der bestehenden Geschäftsverbindung noch erwachsen», soll einzig für den konkreten Kauf und für die zu diesem Zeitpunkt bestehende Geschäftsverbindung, nicht auch für spätere Käufe Geltung haben<sup>242, 243</sup>.

In AGBG 5 ist die Unklarheitenregel ausdrücklich festgehalten: «Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders».

c) *Stimmen* die Ordnung in *AGB und der Gesetzestext* ganz oder nahezu *überein*, dann besteht freilich kein Grund, die vorgesehene Ord-

<sup>237</sup> So wurde in BGE 101 II 340 ff. entschieden, die Fragen nach dem Gesundheitszustand des Antragstellers müssten im Antragsformular für den Abschluss einer Krankenversicherung allgemeinverständlich formuliert sein – was bei der Verwendung des Ausdrucks «Lumbago» statt «Kreuz- oder Lendenschmerzen» nicht der Fall sei –, ansonsten sich der Versicherer nach Vertrauensprinzip nicht auf die Richtigkeit der Antworten verlassen dürfe und ein Rücktritt nach VVG 6 ausgeschlossen sei. – Vgl. auch BGE 82 II 452 und 104 II 283, mit weiteren Hinweisen. Noch weitergehend MERZ, Massenvertrag 152, wonach sich der Kunde «allenfalls auch auf eine Deutung berufen können (muss), die nur den Kreisen eigentümlich ist, denen er angehört, soweit der AGB verwendende Unternehmer sich an diese Kreise wendet». Ebenso ders. in Berner Kommentar (zit. Anm. 233) Art. 2 N 171.

<sup>238</sup> Vgl. BGE 104 II 283; NORDMANN 78; MERZ, Berner Kommentar (zit. Anm. 233) Art. 2 N 174. Weitergehend GILLIÉRON (zit. Anm. 182) 264 f., der aus der Unklarheitenregel folgert, dass auf wegbedungenes dispositives Recht in Standardverträgen ausdrücklich hinzuweisen sei, weil sonst das Einverständnis des Kunden mit der Wegbedingung fehle.

<sup>239</sup> Vgl. etwa R. KLEINERTZ: Die Unklarheitenregel bei der Auslegung von AGB (Diss Köln 1967) 4 f., 43 ff.; ULMER usw. § 5 N 16 und STEIN § 5 N 14 sowie WEBER, AGB N 324 mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>240</sup> NJW 17 (1964) 2059.

<sup>241</sup> NJW 22 (1969) 1710.

<sup>242</sup> NJW 21 (1968) 885.

<sup>243</sup> Die erwähnten Klauseln wurden also einschränkend ausgelegt. Umgekehrt kann auch eine *ausdehnende* Interpretation nötig sein, wenn der Verwender von AGB seinem Vertragspartner Rechte zubilligt, die über das dispositive Recht hinausgehen; vgl. SCHLOSSER usw. § 5 N 11; LÖWE usw. § 5 N 9.

nung contra stipulatorem auszulegen. «Wer nur das Gesetz abschreibt, übernimmt keine Formulierungsverantwortung<sup>244</sup>».

#### 4. Inhaltskorrektur auf dem Wege der Auslegung?

a) Eine offene Inhaltskontrolle im Sinne einer Überprüfung der AGB auf ihre Billigkeit und Angemessenheit hin haben die *schweizerischen* Gerichte bis heute, wie erwähnt, abgelehnt<sup>245</sup>.

Dagegen wurde die Unklarheitenregel gelegentlich dazu benutzt, eine *verdeckte Korrektur* von unbilligen Vertragsklauseln vorzunehmen. Die schweizerische Praxis zur Unklarheitenregel zeigt – wie sich HECHT<sup>246</sup> ausdrückt – den «Wunsch des Richters, die günstige Gelegenheit einer ungeschickten Formulierung zu ergreifen, um an den wenig sympathischen Verträgen eine kleine Rache zu nehmen».

Diese verkappte Inhaltskontrolle ist von verschiedenen Autoren zu Recht kritisiert worden<sup>247</sup>: Ist eine Klausel *eindeutig* – was auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln ist –, so darf nicht auf die Unklarheitenregel zurückgegriffen werden<sup>248</sup>.

b) In der *deutschen* Praxis war und ist ein Bedürfnis nach einer indirekten Korrektur des Inhalts von AGB auf dem Wege der Auslegung nicht zu erwarten, da die deutschen Gerichte seit jeher eine direkte inhaltliche Berichtigung unbilliger Geschäftsbedingungen nicht gescheut haben<sup>249</sup> und da die Inhaltskontrolle nun ausdrücklich in AGBG 9 verankert worden ist.

Trotzdem haben offenbar auch deutsche Gerichte die Unklarheitenregel zu einer faktischen Inhaltskontrolle benutzt<sup>250</sup>. In der Lehre wird dieses Vorgehen zu Recht abgelehnt<sup>251</sup> und betont, dass Auslegung

<sup>244</sup> SCHLOSSER usw. § 5 N 2 a. E.; ebenso KUPPER 98.

<sup>245</sup> Vgl. vorn Ziff. III 1 sowie HECHT 66 und LÖRTSCHER 240 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>246</sup> HECHT 66 f.

<sup>247</sup> So etwa von BAUER 55, unter Hinweis auf weitere Autoren. Nachweise und Kritik dieser verdeckten Inhaltskontrolle auch bei AUER 11 ff. mit Hinweis auf BGE 85 II 344 ff.; 50 II 537 ff.; 48 II 242 ff.; in diesem Sinne auch HECHT 66 f. und MERZ, Massenvertrag 153; sehr kritisch MAX KELLER 321; vgl. auch NORDMANN 78 f. und OESCH (zit. Anm. 179) 29.

<sup>248</sup> BAUER 50; AUER 11; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Art. 1 N 489; MERZ, Massenvertrag 153; NORDMANN 77; BGE 100 II 153; 99 II 292; 97 II 76; 87 II 95 f.

<sup>249</sup> Vgl. SCHMIDT-SALZER, AGB I. A. N 125.

<sup>250</sup> PALANDT § 5 N 4 a. A.; KOCH/STÜBING § 5 N 6; LÖWE usw. § 5 N 8; STEIN § 5 N 16; ULMER usw. § 5 N 19; SCHMIDT-SALZER, AGB 2. A. E 51; CANARIS 1224; KLEINERTZ (zit. Anm. 239) 8 ff.

<sup>251</sup> Vgl. dazu die Kritik bei LÖWE usw. § 5 N 6; STEIN § 5 N 12 und WEBER, AGB N 326; ULMER usw. § 5 N 18.

und Kontrolle des Inhalts klar auseinanderzuhalten sind, wobei jene vor dieser erfolgen muss, weil sich die Inhaltskontrolle notwendigerweise nur mit ausgelegten, in ihrer Tragweite bestimmten Klauseln befassen kann<sup>252</sup>.

## V. *Der Anwendungsbereich von Sondernormen und spezielle Verfahrensgrundsätze*

### 1. Zum Anwendungsbereich von Sondernormen

a) Der Anwendungsbereich des *deutschen* AGBG ist in sachlicher wie persönlicher Hinsicht beschränkt:

- Da das Gesetz auf *schuldrechtliche Austauschverträge* zugeschnitten ist<sup>253</sup>, findet es nach § 23 I «keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts». Nur zum Teil ist das Gesetz sodann anwendbar bei Verträgen mit Eisenbahnen und anderen Beförderungsunternehmen, mit Elektrizitäts- und Gaswerken sowie in einigen weiteren Fällen<sup>254</sup>.
- Einzelne wichtige Normen – das Erfordernis des ausdrücklichen Hinweises bei Vertragsabschluss<sup>255</sup> und die Listen der schlechthin unzulässigen und der nur bei angemessener Ausgestaltung gültigen Bestimmungen<sup>256</sup> – sind sodann nicht wirksam, wenn AGB gegenüber *Kaufleuten* im Rahmen ihres Handelsbetriebes verwendet werden sowie bei der Verwendung von AGB gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen<sup>257</sup>.

Wo die besonderen Bestimmungen des Spezialgesetzes nicht zum Zuge kommen, gelten weiterhin die allgemeinen Regeln, wie sie in der

<sup>252</sup> Vgl. ULMER usw. § 5 N 2 und § 9 N 32; LÖWE usw. § 5 N 2; SCHLOSSER usw., Vorb. zu §§ 9 ff. N 14.

<sup>253</sup> REHBINDER, SJZ 1977 (zit. Anm. 3) 38.

<sup>254</sup> Vgl. die Aufzählung in AGBG 23 II und III.

<sup>255</sup> AGBG 2; vgl. dazu vorn Ziff. I 1b und 2b.

<sup>256</sup> §§ 10 und 11, vgl. vorn Ziff. III 2b.

<sup>257</sup> AGBG 24; dazu die bei Anm. 16 angeführten Kommentare; ferner SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 136 ff.; HÄGELE 18 ff.; JOHANN GEORG HELM: AGB-Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen, NJW 31 (1978) 129, 130.

Gerichtspraxis namentlich gestützt auf BGB 242 entwickelt worden sind<sup>258</sup>.

b) Naturgemäss flexibler ist die *schweizerische* Ordnung: Die aus den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung und -anwendung gefundenen Grundsätze werden zwar ohne Einschränkung befolgt, doch werden die besonderen persönlichen und sachlichen Umstände aufgrund des Vertrauensprinzips in jedem Einzelfall gewürdigt, so dass die Konsequenzen je nach Geschäft und Vertragspartner durchaus verschieden ausfallen können<sup>259</sup>.

## 2. Besondere Verfahrensgrundsätze

Während in der Schweiz auch verfahrensrechtlich keine besonderen Bestimmungen vorgesehen sind, enthält das deutsche AGBG einen eigenen Abschnitt zur Regelung von Verfahrensfragen. Zu erwähnen ist insbesondere die darin vorgesehene Legitimation von Verbraucher- und Gewerbeverbänden sowie von Industrie-, Handels- und Handwerkskammern zur Anhebung von Klagen auf Unterlassung und Widerruf gegen jedermann, der AGB mit inhaltlich unzulässigen Klauseln verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt<sup>260</sup>.

## VI. Schlussbemerkungen

a) Vergleicht man die Behandlung von AGB in der deutschen und der schweizerischen Rechtsordnung, so stellt man zunächst eine *Gemeinsamkeit des Ausgangspunktes* fest:

<sup>258</sup> Vgl. etwa LÖWE usw. § 23 II Nr.1 N 8; REHBINDER, SJZ 1977 (zit. Anm.3) 38; JOHANN BRAUN: Die Stellung des AGB-Gesetzes im System des Privatrechts, in: BB 34 (1979) 689 ff., 694. Zu diesen Regeln vgl. vorn bei Ziff. III 2 a.

<sup>259</sup> Vgl. z.B. die Beurteilung der Geschäftserfahrung (vorn bei Ziff. III 1 c) und die Anwendung der Unklarheitenregel (vorn bei Ziff. IV 3 a).

<sup>260</sup> Vgl. dazu die bei Anm. 16 angeführten Kommentare, alle zu §§ 13–22. HÄGELE 80 ff.; SCHMIDT-SALZER, NJW 1977, 129 ff., 140; ferner HEINRICHS (zit. Anm. 18) 1507. Die Wirkung des Klageverfahrens auf den Wettbewerb im Versicherungssektor erörtert JOHANN GEORG HELM (zit. Anm. 257) 133. Zum von AGBG 20 vorgesehenen AGB-Register beim Bundeskartellamt vgl. WOLFRAM KLEMP: Kartellrechtliche Anmeldung von Konditionenempfehlungen nach § 38 Abs. 2 N 3 GWB und das AGB-Gesetz, in: BB (1977) 1121 ff., und JÜRGEN CREUTZIG: Das AGB-Register beim Bundeskartellamt – Hilfe für die Praxis? in: NJW 32 (1979) 20 f. Kritik am gewählten System übt REHBINDER in SJZ 1977 (zit. Anm. 3) 40.

- Beide Rechte gehen vom Grundsatz der *Vertragsfreiheit* auch im Hinblick auf AGB aus, anerkennen also AGB als legitimes Mittel zur Ordnung privater Rechtsbeziehungen<sup>261</sup>.
- Beide Rechte – das deutsche freilich weit konsequenter als das schweizerische – anerkennen aber auch, dass den Besonderheiten von AGB Rechnung zu tragen ist, dass *Kontrollen und Korrekturen* zugunsten der schwächeren oder geschäftlich weniger erfahrenen Vertragspartei nötig sind<sup>262</sup>.

b) *Unterschiedlich* ist dagegen die Art, wie diese Kontrollen und Korrekturen vollzogen werden:

- Das *schweizerische* Recht überlässt diese Aufgabe konsequent dem Richter, der von den allgemeinen, auf Individualverträge ausgerichteten Regeln auszugehen und diese weiterzuentwickeln hat. Die richterliche Korrektur besteht in erster Linie darin, die Anwendbarkeit von AGB nur zurückhaltend zu bejahen. Werden AGB als verbindlich anerkannt, so erfolgt eine inhaltliche Korrektur nur in engen Grenzen und ausserdem – methodisch fragwürdig – zum Teil verdeckt, indem als Auslegung ausgegeben wird, was in Wahrheit Berichtigung ist<sup>263</sup>.
- Dagegen hat das *deutsche* Recht seit jeher eine weitgehende Kontrolle des Inhalts von AGB im Hinblick auf die Billigkeit der getroffenen Ordnung anerkannt. Diese Inhaltskontrolle und -korrektur erfolgte bisher ausschliesslich durch den Richter, während heute die frühere Gerichtspraxis zu einem guten Teil in einem Spezialgesetz kodifiziert worden ist<sup>264</sup>.

Nicht durchgesetzt haben sich in beiden Rechtsordnungen andere mögliche Schutzvorkehrungen wie etwa die Präventivkontrolle<sup>265</sup>.

c) Welche der beiden Lösungen ist vorzuziehen?

Geht man davon aus, dass für die Anwendung von AGB bei Massenverträgen ein legitimes Bedürfnis besteht, dass es aber zugleich nötig ist, den Konsumenten und allgemein die weniger erfahrene Vertragspartei vermehrt zu schützen, dann erscheint der *deutsche Weg der offenen Inhaltskontrolle richtiger als der schweizerische*, durch den weniger der Inhalt als die Verbindlichkeit von AGB schlechthin eingeschränkt wird.

<sup>261</sup> Vgl. vorn Ziff. II.

<sup>262</sup> Vgl. vorn passim, insb. bei Ziff. II 2, III 1 c, d, III 2, IV 3, IV 4.

<sup>263</sup> Vgl. vorn, insb. Ziff. IV 4.

<sup>264</sup> Vgl. vorn Ziff. III 2.

<sup>265</sup> Vgl. vorn Ziff. II 8.

Doch fragt es sich, ob es erforderlich und tunlich ist, die inhaltlichen Schranken von AGB in einem ausführlichen Spezialgesetz zu normieren. Persönlich möchte ich dies eher verneinen: Es scheint mir *ausreichend, den Richter mit den Kompetenzen zu einer umfassenderen Kontrolle des Inhalts von AGB* auf ihre Angemessenheit und Billigkeit hin *auszustatten*. In Anlehnung an die Formulierung von AGBG 9 könnte er etwa ermächtigt werden, die Unverbindlichkeit von Bestimmungen festzustellen, die den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen, indem sie die dispositive gesetzliche Ordnung einseitig abändern.

Eine ausschliesslich richterliche Inhaltskontrolle hätte den Vorteil, flexibel zu bleiben und sich den rasch ändernden Übungen der Wirtschaftspraxis anpassen zu können. Zuzugeben ist, dass dabei dem Postulat der Rechtssicherheit nicht in gleichem Mass Rechnung getragen werden könnte wie durch eine gesetzliche Aufzählung unzulässiger Klauseln. Doch können – wie die deutsche Entwicklung zeigt<sup>266</sup> – auch im Wege der Kasuistik Fallgruppen entwickelt werden, die der Praxis als Richtlinie dienen.

*Unpraktikabel* scheint mir die Einführung einer *Präventivkontrolle*. Eine solche könnte ohnehin nur den Charakter einer groben Triage haben, die nur offensichtliche Fälle erfassen würde. Auch dürfte ein Verwaltungsverfahren wenig geeignet sein für die Beurteilung der Angewandtheit einer zwischen Privaten geltenden Ordnung.

d) Befürwortet man eine (ausschliessliche) richterliche Kontrolle, dann ist dafür zu sorgen, dass einschlägige Streitfragen dem Richter überhaupt vorgelegt werden und dass Urteile ihre präjudizielle Wirkung entfalten<sup>267</sup>. Diesen Zielen würde es dienen, wenn Konsumentenverbände und ähnliche Organisationen zur Klage legitimiert wären. Die *Aktivlegitimation von Verbänden* ist im deutschen AGBG realisiert<sup>268</sup>, sie hätte im schweizerischen Recht einen Ausgangspunkt in der Klagelegitimation von Berufs- und Wirtschaftsverbänden bei unlauterem Wettbe-

<sup>266</sup> Vgl. vorn Ziff. III 2b.

<sup>267</sup> Einschlägige Gerichtsurteile sind noch keine Garantie dafür, dass eine rechtswidrige Praxis eingestellt wird; vgl. für die deutsche Rechtswirklichkeit BRAUN (zit. Anm. 258) 690; ferner etwa HÄGELE 16; für die schweizerische STAUDER (zit. Anm. 270) 296.

<sup>268</sup> Vgl. vorn Ziff. V 2.

werb<sup>269</sup> und sie ist auch vorgesehen im bundesrätlichen Entwurf eines BG über den Konsumkredit vom 12. 6. 1978<sup>270, 271</sup>.

e) *Zusammenfassend*: Die Anwendbarkeit von AGB sollte nicht zu sehr eingeschränkt, die Parteien von Massegeschäften sollten nicht zu Individualverträgen gezwungen werden. Umso mehr drängt sich eine offene Kontrolle des Inhalts von AGB auf seine Angemessenheit und Ausgewogenheit hin auf. Diese Kontrolle könnte aufgrund entsprechender Kompetenzen durch den Richter ausgeübt werden, wobei die richterliche Rechtsfortbildung durch Zulassung der Verbandsklage zu fördern wäre.

## *Literatur*

### *a) Schweizerische*

AUER, EUGEN: Die richterliche Korrektur von Standard-Verträgen (Diss Bern 1964 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 361).

BAUER, WALO: Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht (Diss Zürich 1977 = SSHW 23).

BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Zürich 1979) 130 ff.

BÜHLER, THEODOR: Standard-Verträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 72 (1976) 1 ff.

<sup>269</sup> Zu weiteren Fällen der Verbandsklage im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht vgl. PIERRE TERCIER: Die Verbandsklage der Konsumentenorganisationen im Entwurf zum neuen Konsumkreditgesetz, in: HANS GIGER/WALTER R. SCHLUEP (Herausgeber): Entwicklungstendenzen im schweizerischen Konsumentenkreditrecht (Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Band 1, Zürich 1979) 215 ff., 221. – Dass das schon nach geltendem Recht gemäss UWG 2 II und III den Konsumentenorganisationen zustehende Klagerecht toter Buchstabe geblieben ist, erklärt sich aus seiner mangelhaften rechtlichen Ausgestaltung, vgl. BBl 1978 II 606 f., und TERCIER, a. a. O. 221 f.

<sup>270</sup> Vgl. BBl 1978 II 485 ff. Der Entwurf ist auch abgedruckt bei GIGER/SCHLUEP (zit. Anm. 269) 337 ff. Zum bundesrätlichen Vorschlag vgl. neben den Aufsätzen bei GIGER/SCHLUEP auch BERND STAUDER: Grundfragen einer Reform des Konsumkreditrechts, in: SJZ 75 (1979) 289 ff.

<sup>271</sup> Eine Ergänzung von UWG 2 durch einen neuen Abs. IV soll gewissen Konsumentenschutzorganisationen ein Klagerecht einräumen «gegen unlauteren Wettbewerb im Zusammenhang mit Teilzahlungskäufen und ihnen gleichgestellten Rechtsgeschäften oder Kleinkrediten». Der Schwäche der bisherigen Ordnung soll dadurch begegnet werden, dass die «Klageberechtigung der Organisation von derjenigen ihrer Mitglieder unabhängig» ausgestaltet werden soll. Ausführlich hiezu und allgemein zur Verbandsklage TERCIER (zit. Anm. 269).

- ERB, FELIX: Die Bankvollmacht (Diss Freiburg 1974) 33 ff.
- FORSTMOSER, PETER: AGB und ihre Bedeutung in der Bankpraxis, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis (Bern 1976) 11 ff.
- GUHL/MERZ/KUMMER: Das schweizerische OR (6. A. Zürich 1972).
- HECHT, WERNER: Der standardisierte Vertrag, ZSR 79 (1960) 47 ff.
- JÄGGI/GAUCH: Zürcher Kommentar zum OR (Zürich 1980) Art. 18 insb. N 295 ff., 462 ff. (nach Abschluss des vorliegenden Aufsatzes erschienen).
- KELLER, HEINZ: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der schweizerischen Wirtschaft (Diss Bern 1970 = ASR 395).
- KELLER, MAX: Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 57 (1961) 313 ff., insb. 319 ff.
- KLEINER, BEAT: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag (2. A. Zürich 1963).
- KRAMERS, ERNST A.: Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 98 (1979) 49 ff., insb. 62 ff.
- KUPPER, ALFRED: Die allgemeinen Versicherungsbedingungen (Diss Zürich 1969).
- LÖRTSCHER, THOMAS: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht (Diss Zürich 1977 = SSW 22).
- MERZ, HANS: Die richterliche Kontrolle von AGB, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 41 (Frankfurt/Berlin 1968) 67 ff. (zit.: Richterliche Kontrolle).
- Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, Semaine Judiciaire 97 (1975) 193 ff. (zit.: Contrôle judiciaire).
  - Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen in: Festschrift Schönenberger (Freiburg 1968) 137 ff. (zit.: Massenvertrag); auch in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht (Bern 1977) 313 ff.
- NAEGELI, WALTER: Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss Zürich 1951).
- NOBEL, PETER: Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (Bern 1979) 286 ff.
- NORDMANN, PHILIPPE: Le contrat d'adhésion, abus et remèdes (Diss Lausanne 1974).
- PATRY, ROBERT: Les contrats d'adhésion comme source de droit, ZBJV 91<sup>bis</sup> (1955) 367 ff.
- PETITPIERRE, GILLES/STAUDER, BERND: Rapport sur la protection du consommateur en droit privé suisse, in: Travaux de l'Association Henri Capitant XXIV (Paris 1975) 203 ff, insb. 211 ff.
- RUSCA, GIAN FRANCO: Über das Wesen und die rechtliche Tragweite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Banken, Wirtschaft und Recht 9 (1957) 211 ff.
- SCHÖNENBERGER/JÄGGI: Zürcher Kommentar zum OR (Zürich 1973) Art. 1 N 427 ff.
- SCHULER, ALOIS: Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Diss Zürich 1978 = ASR 456).
- STOCKAR, CONRAD H.: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 98, Basel/Stuttgart 1971).

TREYVAUD, PAUL-ARTHUR: Le contrat de dépôt bancaire (Diss Lausanne 1972).

WANNER, OTTO: Rechtsnatur und Verbindlichkeit der AGB der schweizerischen Grossbanken (Diss Zürich 1938).

YUNG, WALTER: Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux, in: Etudes et articles (Genf 1971) 228 ff.

*b) Deutsche*

CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM: HGB, Grosskommentar (3. A., 3. Band, Berlin 1975), Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1214 ff.

DIETLEIN/REBMANN: AGB aktuell. Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Köln 1976).

GIERKE/SANDROCK: Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd.1: Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen (9. A. Berlin/New York 1975) 43 ff.

HÄGELE, JOACHIM: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Recht (Stuttgart 1977).

KOCH/STÜBING: Kommentar zum AGBG (Neuwied/Darmstadt 1977).

LÖWE/v. WESTPHALEN/TRINKNER: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Heidelberg 1977) (zit.: LÖWE usw.).

PALANDT/HEINRICHS: Kurzkomentar BGB (37. A. München 1978).

RAISER, LUDWIG: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Hamburg 1935, Nachdruck Bad Homburg 1961) (zit.: Recht der AGB).

- Die richterliche Kontrolle von AGB, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung Bd. 41 (Frankfurt/Berlin 1968) S.123 ff. (zit.: Richterliche Kontrolle).

REHBINDER, MANFRED: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts (Berlin 1972).

- Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft (2. A. Berlin 1979) (zit.: Kaufrecht).

SCHLOSSER/COESTER-WALTJEN/GRABA: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bielefeld 1977) (zit.: SCHLOSSER usw.).

SCHMIDT-SALZER, JOACHIM: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen (Berlin 1967) (zit.: AGB und AVB).

- Allgemeine Geschäftsbedingungen (München 1971) (zit.: AGB 1. A.).

- Allgemeine Geschäftsbedingungen (2. A. München 1977) (zit.: AGB 2. A.).

- Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 129 ff. (zit.: NJW 1977).

STEIN, AXEL: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Stuttgart 1977).

ULMER/BRANDNER/HENSEN: AGB Kommentar (Köln 1977) (zit.: ULMER usw.).

WEBER, WILHELM: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Sonderausgabe aus v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. A., Bd. II Teil 1 a, Recht der Schuldverhältnisse) 1967 (zit.: WEBER, AGB).

# Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht

PETER FORSTMOSER

Dr. iur., LL. M., o. Professor an der Universität Zürich

Sonderdruck aus  
«Recht und Wirtschaft heute»,  
Festgabe für Professor Dr. Max Kummer



---

Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern

1980