

Mehr oder weniger Staat?

Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Eva Maria Belser
Bernhard Waldmann



Stämpfli Verlag

Mehr oder weniger Staat?

**Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag**



P. H. ...

Mehr oder weniger Staat?

**Festschrift für Peter Hänni
zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Eva Maria Belser

Prof. Dr. Bernhard Waldmann



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2972-5
ISBN Judocu 978-3-0354-1239-0



© Stämpfli Verlag AG Bern

«Mehr oder weniger Staat» im AGB-Recht?

HUBERT STÖCKLI*

Inhaltsverzeichnis

I. Stellenwert und Wirkungen von AGB.....	409
II. Rechtfertigung der Inhaltskontrolle.....	411
III. AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG.....	412
IV. Weitere Schranken der AGB-Verwendung.....	415
V. Etwas «mehr Staat».....	418

I. Stellenwert und Wirkungen von AGB

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen («AGB») prägen das Vertragsgeschehen in hohem Masse, indem sie sich in vielen Lebensbereichen breitmachen und die Vertragsinhalte mitbestimmen.¹ Bei AGB handelt es sich um vorformulierte Bedingungen, die durch rechtsgeschäftliche Übernahme Eingang in Verträge finden, ohne dass sie von den Parteien verhandelt worden wären. Eine ihrer Eigenarten besteht mithin darin, dass sie «en bloque» integriert werden. AGB haben eine *doppelte Wirkung*:²

a. Zum einen vereinfachen sie Geschäftsabschlüsse, indem es den Parteien erspart bleibt, die Vertragsbedingungen jeweils im Einzelfall auszuhandeln. Es ist geradezu systemimmanent, dass keine Verhandlungen stattfinden, die Bedingungen vielmehr «tel quel» übernommen werden, ohne dass die sich den AGB unterwerfende Gegenseite des AGB-Verwenders sie im einzelnen zur Kenntnis nehmen würde. In diesem Sinne haben AGB eine handfeste *Rationalisierungswirkung*. An dieser Wirkung gibt es nicht viel auszusetzen, jedenfalls nicht bei den AGB-förmig geregelten Vertragspunkten, für die es keine gesetzlichen Vorgaben gibt. So liegen die Dinge etwa bei den Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Dort werden die versicherten Risiken und die Voraussetzungen, unter denen der Versicherer im Versicherungsfall zu leisten hat, überhaupt erst einmal normiert. Das Versicherungsvertragsgesetz enthält ja bekanntlich praktisch keine inhaltlichen Vorgaben, wie sie sich für die einzelnen Nominatverträge vor allem im Besonderen Teil des Obliga-

* Frau SHIRIN GRÜNIG, MLaw, Rechtsanwältin, und Herr ROGER BIERI, MLaw, Rechtsanwalt, haben mir mit ihrer fundierten Kritik sehr geholfen. Dafür bin ich dankbar.

¹ Vgl. zum Beispiel BASEDOW, Vorbem. zu § 305-310 N 1; PROBST, Art. 8 N 1.

² Vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1121 ff.; PROBST, Art. 8 N 2.

tionenrechts (Art. 184 ff. OR) finden.³ Gleiches lässt sich von AGB für solche Innominatverträge sagen, bei denen es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, die sich im Wege der Analogie anwenden liessen. Die Rationalisierungswirkung von AGB wird rechtlich vorab dadurch gefördert, dass solche AGB aufs Einfachste Vertragsgeltung erlangen können, indem nicht einmal vorausgesetzt ist, dass die Gegenpartei deren Inhalt zur Kenntnis nimmt.

b. Zum andern zeigt die Analyse von AGB, dass dort nicht bloss gesetzergänzende Abreden statuiert, sondern auch die eigentlich anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen derogiert werden. Verbreitet legen es AGB-Verwender zum Beispiel darauf an, die Folgen des Schuldnerverzugs zulasten ihrer Schuldner zu verschärfen, zulasten der Gegenseite ein einseitiges Verrechnungsverbot zu verhängen oder zulasten ihrer Gläubiger die eigene Haftung einzugrenzen oder gerade ganz auszuschliessen. Für diese Fragen gibt es an sich dispositives Gesetzesrecht, das in die entsprechenden Lücken springen wollte, die sich in Verträgen auftun. Dieser Lückenfüllung durch Gesetz sollen nun aber die AGB vorbeugen, indem sie eine Ordnung schaffen, die den AGB-Verwender auf Kosten der Gegenseite begünstigt. Diese Wirkung, die mit dem Einsatz von AGB verbunden ist, hat nichts damit zu tun, dass der Vertragsverkehr darob rationalisiert würde: Die Derogation ist keine notwendige Vorbedingung einer Rationalisierung. Vielmehr geht es darum, die Position der einen Vertragspartei zu verstärken im Vergleich zu dem, was gälte, wenn der Vertrag im entsprechenden Punkt lückenhaft und von einem Gericht zu ergänzen wäre. Diese Wirkung sei hier – neutral – als *Derogationswirkung* charakterisiert.

2. Es gibt zwei Wege, mit der Derogationswirkung umzugehen. Entweder man lässt den AGB-Verkehr ungestört und beruft sich dabei auf die Vertragsfreiheit. Oder man dämmt die Verwendung von AGB dort ein, wo sie bloss darauf angelegt ist, zulasten der Gegenseite unfaire Verträge zu schaffen. Mir scheint der zweite Weg der richtige zu sein, wobei ich mit dieser Meinung nicht allein bin. Doch ist die Lage in der Schweiz noch immer so, dass die Begründungspflicht bei denen liegt, die sich für Schranken aussprechen, und nicht bei denen, die es als Ausdruck der Vertragsfreiheit empfinden, dass die eine Seite für den massenweisen Einsatz konzipierte, standardisierte Vertragsbedingungen in die Welt setzt, welche die andere Seite zum Teil ganz erheblich benachteiligen. Nun denn: Wie lässt sich die Inhaltskontrolle von AGB rechtfertigen?

³ Art. 59 VVG über den «Umfang» der Haftpflichtversicherung ist eine der wenigen Ausnahmen, wobei auch diese Bestimmung nur eine Teilfrage der Versicherungsdeckung regelt, nicht den Umfang einer Haftpflichtversicherung schlechthin.

II. Rechtfertigung der Inhaltskontrolle

1. Die Derogationswirkung von AGB, von der soeben die Rede war, manifestiert sich meist darin, dass Verträge einseitig begünstigend ausgestaltet werden. Für solche Verträge stellt sich die Frage, ob ihre Einseitigkeit von der Rechtsordnung hinzunehmen sei oder ob die andere Partei sich zur Wehr setzen könne.

a. Alsdann fragt sich aber: Worin unterscheidet sich der Fall, in dem eine einseitige Abrede individuell vereinbart wurde, vom Fall, in dem die einseitige Abrede in (begriffswesentlich) unverhandelten AGB enthalten ist? Oder anders gewendet: Warum soll eine Abrede bei gleichbleibendem Inhalt unterschiedlich behandelt werden je nachdem, ob sie individuell oder AGB-förmig vereinbart wurde?

b. Erwähnt sei vorab der Ansatz, der eine AGB-Kontrolle mit dem «Schutz der schwächeren Partei»⁴ vor machtmisbräuchlichem Verhalten des AGB-Verwenders rechtfertigt. Dieser Ansatz leuchtet unmittelbar ein. Denn in der Tat wird es in vielen Fällen um ein Machtungleichgewicht gehen, das mit rechtlichen Mitteln zu kompensieren ist. Genau auf dieser Linie bewegt sich auch Art. 8 UWG, der «Konsumentinnen und Konsumenten» schützen soll. Doch scheint mir, dass dieser Erklärungsansatz nicht ausreicht und die «KruX» der AGB vor allem darin liegt, dass sie darauf angelegt sind, die Funktion des dispositiven Rechts zu übernehmen und darob die Wertungen, die dem dispositiven Recht zugrunde liegen, zu verdrängen.⁵

2. AGB schaffen also gerade deshalb Probleme, weil sie für den *massenweisen Einsatz* konzipiert werden und ihr Verwender für den Bereich, für den seine AGB bestimmt sind, eine gesetzgeberähnliche Stellung einnimmt. Das sei ihm unbenommen, wobei er aber diese Stellung nicht missbrauchen darf. Das muss ich erklären:

a. Überall dort, wo derogierende AGB sich breitmachen, dankt der Staat insoweit ab, als die gesetzlichen Rechtsnormen, die er schafft, damit Vertragslücken gefüllt werden können, verdrängt werden. Die gleiche Wirkung ist auch mit Individualabreden verbunden, die eine Frage regeln, für die an sich auch das dispositive Gesetzesrecht eine Antwort bereithielte. Diese Nachgiebigkeit ist denn auch das Kennzeichen des dispositiven Rechts. Und doch besteht ein Unterschied: Derogierende AGB wollen für eine *Vielzahl von Verträgen* eine Ordnung errichten, die von anderen Wertungen getragen ist als die Ordnung, die vom dispositiven Recht geschaffen wird.

b. Vertragsgeltung erlangen dispositive Gesetzesbestimmungen und AGB zwar auf verschiedenartigen Wegen: Dispositives Recht fliesst durch gericht-

⁴ Statt vieler PROBST, Art. 8 N 3.

⁵ Überzeugend BASEDOW, Vorbem. zu § 305-310 N 4 ff.; auch THOUVENIN, Art. 8 N 6.

liche Vertragsergänzung in Verträge ein, die sich als unvollständig erwiesen haben. AGB hingegen gelten deshalb, weil die Parteien sie durch Konsens in den Einzelvertrag übernommen haben. Bedenkt man indes die *realen Funktionen*, zeigt sich rasch, dass dispositives Recht und AGB gleichgelagert sind: Ungeachtet ihres Geltungsgrunds wollen beide dann zum Tragen kommen, wenn die Parteien nicht eine von diesen Regeln abweichende Norm vereinbart haben. Beide wollen Verträge komplettieren, in denen die Parteien nicht schon anderweitig Regeln setzten. So gesehen, stiften AGB den gleichen Nutzen wie dispositives Recht. Ihr Einsatz wird denn auch (wie schon erwähnt) rechtlich nach Kräften begünstigt, was sich etwa daran zeigt, dass schon eine blosse «Globalübernahme» den so übernommenen AGB zu Vertragsgeltung zu verhelfen vermag, ihre Geltung also nicht einmal voraussetzt, dass die Bedingungen überhaupt zur Kenntnis genommen wurden.

c. Zwar können unausgewogene Verträge auch aus individuellen Abreden resultieren: Vielleicht sind sie dann gestützt auf Art. 21 OR angreifbar, vielleicht bleiben sie bestehen. AGB aber, die einseitig gesetzt werden, müssen sich an einem strengeren Massstab messen lassen, gerade weil ihre Geltung nichts weiter als eine Globalübernahme voraussetzt. Wer als AGB-Verwender diese Begünstigung nutzen will, soll sie nicht dafür nutzen können, unausgewogene Bedingungen zu platzieren. Vielmehr hat er es hinzunehmen, dass der Einsatz seiner AGB allenfalls gerichtlich nachgeprüft wird. Darin besteht der Preis der Begünstigung.

3. Indes hat das Schweizer Recht bislang noch keine sichere, allseits akzeptierte Antwort auf die Frage gefunden, wie mit AGB umzugehen ist.⁶ Einen Versuch, wenigstens einen Teil des AGB-Verkehrs zu regulieren, hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des Art. 8 UWG unternommen.

III. AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG

1. Seit einigen wenigen Jahren bemüht sich Art. 8 UWG in revidierter Fassung, wenigstens Endverbraucher vor unbilligen AGB zu schützen, indem er die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die «in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen», als unlauteres und damit widerrechtliches (vgl. Art. 2 UWG) Verhalten missbilligt.

⁶ Vgl. auch THOUVENIN, Art. 8 N 48.

2. Ein Vorzug der Bestimmung liegt sicherlich darin, dass es sie überhaupt gibt. Ein gewichtiger Nachteil ist das Wortgetümmel, das sie anrichtet⁷ und das dazu führen mag, dass sich am Schluss gar nicht mehr recht sagen lässt, was der Gesetzgeber eigentlich wollte. Dies hat womöglich System, denn der Unwille im Parlament, AGB zu regulieren, ist gross. In seinem Kern aber will Art. 8 UWG – so meine ich – die Verwendung von AGB in Konsumentenverträgen abstellen, die ihrem Inhalt nach «Treu und Glauben» verletzen, also *unfair* sind. Das ist keine schlechte Vorgabe; dass sie unbestimmt ist, lässt sich ihr jedenfalls nicht vorwerfen, da das Prinzip von Treu und Glauben auch sonst stets der Konkretisierung bedarf. Indes ist klar, dass jede offene Norm die Gestaltungsmacht der Gerichte steigert, was aber nicht «mehr Staat» bedeutet, sondern bloss auf eine Verlagerung dieser Macht vom Gesetzgeber hin zu den Gerichten hinausläuft.

3. Zu Art. 8 UWG wurde schon viel geschrieben.⁸ Für besonders kritikwürdig halte ich, dass er sich (in seiner revidierten Fassung) bloss noch gegen Konsumenten-AGB richtet.⁹ Doch will ich hier nicht dazu schreiben, sondern andere Punkte aufgreifen:

a. Die erste Bemerkung gilt dem Umstand, dass Art. 8 UWG die Unlauterkeit in einem bestimmt gearteten Verhalten sieht: in der Verwendung von AGB, die Treu und Glauben zuwiderlaufen. So geht es der Bestimmung eigentlich um *eine Verhaltens-, nicht um eine Inhaltskontrolle*.¹⁰ Störend ist aus Sicht der lauterkeitsrechtlichen Bestimmung nicht das Missverhältnis an sich, sondern einzig die Tatsache, dass das Missverhältnis durch die Verwendung von AGB erzeugt wurde; entsprechend sind Verträge, bei denen das Missverhältnis das Ergebnis von Vertragsverhandlungen ist, jedenfalls über Art. 8 UWG nicht angreifbar. Wie es mit AGB zu halten ist, die durch unlauteres (und damit widerrechtliches) Verhalten zu Vertragsinhalt werden, sagt die Bestimmung nicht. Auch die lauterkeitsrechtlichen Abwehransprüche, die sich auf Unterlassung und Beseitigung richten (siehe Art. 9 f. UWG), zielen nur auf unlauteres Verhalten, das mit ihnen verhindert oder abgestellt werden

⁷ Orientiert hat man sich offensichtlich an Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG: «Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.» Hätte man doch den schlankeren französischen Richtlinienext zum Vorbild genommen! «Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.»

⁸ Für einen guten Überblick über den Meinungsstand siehe AESCHIMANN, passim; vgl. auch die umfassende Kommentierung von THOUVENIN, passim.

⁹ Zu dieser Kritik vgl. z.B. STÖCKLI, 184 ff. Zu einer neuerlichen Revision der Bestimmung siehe die Parlamentarische Initiative FLACH (Curia Vista 14.440).

¹⁰ Dazu und zum Folgenden auch PROBST, Art. 8 N 67 f.

soll. Ihre *Vertragsgültigkeit* muss unfairen Klauseln in AGB denn auf anderem Weg abgesprochen werden. Es rechtfertigt sich, sie einer Nichtigkeit zuzuführen, die von Anfang an (automatisch) besteht und auch durch Zeitablauf nicht heilbar ist.¹¹ Dass die Unlauterkeit *stricto sensu* nicht dem missbräuchlichen Inhalt, sondern der AGB-Verwendung gilt, steht dem nicht entgegen, wenn man anerkennt, dass die Nichtigkeit nicht notwendigerweise mit Art. 20 OR begründet werden muss, sondern auch Gesetzesergänzend herangezogen werden kann.

b. Die zweite Bemerkung bezieht sich auf die Frage, wie die von Art. 8 UWG vorausgesetzte *Unfairness zu ermitteln* ist. Woran ist das Verhältnis zwischen den gegenseitigen Vertragspflichten, das mittels AGB gesetzt wird, zu messen, wenn zu entscheiden ist, ob das Verhältnis noch angeht oder schon Missverhältnis ist? Nach verbreiteter Meinung ist auf das dispositive Recht zu rekurrieren, das als Referenzgrösse dient. Je massiver die Abweichung ausfalle, desto eher sei anzunehmen, dass eine Klausel unfair ist. Sicherlich trifft es zu, dass das dispositive Recht an sich einen tauglichen Bezugspunkt abgibt, wenn über die Angemessenheit einer AGB-Klausel zu urteilen ist. Gleichzeitig ist aber zuzugeben, dass sich das dispositive Recht nicht primär durch seine inhaltliche Ausgewogenheit, sondern dadurch legitimiert, dass es ein zu Gesetzesform geronnenes Ergebnis politischen Ringens ist. Zudem lässt sich nicht übersehen, dass dieser Bezugspunkt nicht immer vorhanden ist: Selbst Nominatverträge sind gesetzlich nicht vollständig normiert,¹² und bei Innominatverträgen helfen Analogieschlüsse nicht immer weiter. Man denke nur an die schon erwähnten Versicherungsverträge, die ihren Inhalt weitestgehend aus AGB ziehen. Was tun?

c. Methodisch könnte man sich, so meine ich, an den *Regeln über die Ergänzung lückenhafter Verträge* orientieren.¹³ Diesen Regeln zufolge füllt ein Gericht, das den Vertrag ausgelegt und dabei eine Lücke konstatiert hat, diese Lücke mit passendem dispositivem Recht oder aber, wo solches fehlt, nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens.¹⁴ Im zweiten Fall wird die Lücke mit einer Regel gefüllt, welche die Parteien im Lichte von Treu und Glauben selber geschaffen hätten, wäre ihnen die Lückenhaftigkeit ihrer Vereinbarung schon bei Vertragsschluss bewusst gewesen. Doch ist schon im ersten Fall zu fragen, ob die dispositive Gesetzesnorm überhaupt zum vereinbarten Ver-

¹¹ Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1115, wo die Nichtigkeit zum einen mit dem Zweck des Art. 8 UWG, zum andern mit der Widerrechtlichkeit begründet wird, die aus Art. 2 UWG fließt. Zu beachten ist aber, dass sich die Widerrechtlichkeit in Art. 8 UWG auf ein Verhalten, nicht auf einen bestimmt gearteten Vertragsinhalt bezieht. Vgl. auch KOLLER, § 23 Rz. 75 ff.; THOUVENIN, Art. 8 N 143 ff.

¹² Für Deutschland BASEDOW, Vorbem. zu § 305-310 N 2.

¹³ Allgemein dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1250 ff.

¹⁴ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1257 ff.; KOLLER, § 10 Rz. 15 ff., für die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 OR.

tragsinhalt passt,¹⁵ weshalb dieser Vorgang einerseits und die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens andererseits gar nicht so weit auseinanderliegen.

d. Dies lässt sich bei der Anwendung von Art. 8 UWG fruchtbar machen, indem dort, wo die strittige AGB-Abrede steht, eine Lücke des Vertrages fingiert wird. Dann wird geprüft, wie diese Lücke nach den allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung zu füllen wäre. Ergibt diese Prüfung, dass die strittige AGB-Klausel (bei konsumentenfeindlichster Auslegung) auch als vertragsergänzende Regel in Frage kommt, ist die Klausel nicht zu beanstanden. Zeigt sich aber, dass die Ergänzung mit einer Regel vorzunehmen wäre, die sich von der strittigen AGB-Klausel unterscheidet, ist die Nichtigkeit der AGB-Klausel zu konstatieren und im Sinne der modifizierten Teilnichtigkeit die andere Regel in den Vertrag einzufügen. Mit diesem Vorschlag lässt sich die Aufgabe, um die es hier geht, methodisch mit den für die Vertragsergänzung entwickelten Überlegungen angehen. Dass er nicht davon entbindet, Wertungsentscheide zu treffen, ist allerdings klar.

IV. Weitere Schranken der AGB-Verwendung

1. Bei den weiteren Schranken ist sicherlich an *das zwingende Recht* zu denken,¹⁶ das für bestimmte Lebensbereiche verbindliche inhaltliche Vorgaben macht. Solche Schranken können auch durch AGB nicht überwunden werden.

a. Zu beachten ist aber, dass diese Vorgaben nur dann wirken, wenn die Parteien sich in deren *Geltungsbereich* begeben, indem sie zum Beispiel einen Miet- oder einen Einzelarbeitsvertrag abschliessen, deren gesetzliche Ordnung von zwingenden Inhaltsbestimmungen durchsetzt ist (vgl. Art. 253 ff. und Art. 319 ff. OR). Denn eine Norm des Miet- oder des Arbeitsvertragsrechts mag noch so zwingend sein: Rechtlich bedeutsam wird sie erst und einzig in dem Fall, in dem Parteien einen Vertrag eingehen, auf den die zwingende Norm entweder direkt oder im Wege der Analogie angewendet werden will. Unmittelbar einleuchtend ist das Beispiel der Verträge im Bereich des Konsumgüterleasings, auf die sich zwingendes Mietrecht in analoger Weise anwenden lässt,¹⁷ wenn es nicht überhaupt so ist, dass diese Verträge – von ihrer Bezeichnung abgesehen – in der Substanz schlicht Ausprägungen des Mietvertrages sind.

¹⁵ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1255; schon JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 514; neuerdings JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 570 und N 586 ff. Demgegenüber vertritt etwa KOLLER, § 10 Rz. 20 f., die Meinung, dass der «hypothetische Parteiwille dispositivem Sachrecht» vorgehe. Mir scheint, dass die Auswirkungen der Kontroverse beschränkt sind, wenn man anerkennt, dass auch das dispositive Recht nur unter dem Vorbehalt heranzuziehen ist, dass es zum vorhandenen Vertragsganzen «passt».

¹⁶ Vgl. z.B. PROBST, Art. 8 N 18 ff.

¹⁷ Vgl. SCHMID/STÖCKLI, Rz. 2547; allgemein KOLLER, § 10 Rz. 40.

b. Festzuhalten ist weiter, dass auch zwingende Inhaltsnormen (im Grundsatz) nur dann zum Tragen kommen, wenn die eine oder die andere Vertragspartei den Streit zur gerichtlichen Auseinandersetzung eskaliert, wo dann von Amtes wegen zu prüfen ist, ob der streitrelevante Vertragsinhalt vor zwingendem Recht standhält oder aber nichtig ist und so aus dem Vertrag ausscheidet. Doch kann es eben auch sein, dass sich Vertragsparteien aus irgendwelchen Gründen (zum Beispiel aus Unkenntnis oder Unbeholfenheit) an das Vereinbarte halten, obschon es zwingendem Recht zuwiderläuft. Man mag dann von der faktischen Kraft an sich ungültiger Vertragsabreden sprechen. Es wäre nicht überraschend, wenn dieses Phänomen gerade bei AGB gehäuft aufträte und sich zwingendes Recht insoweit als dysfunktional erweise, als sein unbedingter Geltungsanspruch in vielen Fällen faktisch nicht honoriert wird.

2. Zu einer weiteren Schranke, die der ungehinderten Verwendung von AGB rechtlich entgegensteht: Hier wird die Vereinbarung nicht einfach mittels zwingenden Rechts schlicht (*per se*) verboten; vielmehr wird das Verbot so aufgestellt, dass bestimmte Abreden nur individuell, nicht auch AGB-förmig gültig getroffen werden können. Hier hat man es mit einem *Verbot der AGB-förmigen Abrede* zu tun. Dieser Eingriff in die Privatautonomie geht weniger weit als ein Verbot, das dem Inhalt gilt, und verhindert lediglich, dass ein bestimmter Vertragsinhalt durch die Übernahme unverhandelter AGB erzeugt wird.

a. Ein Beispiel findet sich in *Art. 256 OR*, nach dem es zu den *Pflichten des Vermieters* gehört, die «Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten» (Abs. 1). Die hier geregelte Erhaltungspflicht trifft lediglich bei «Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräumen» zwingend den Vermieter (*Art. 256 Abs. 2 lit. b OR*), der sogenannte kleine Unterhalt (*Art. 259 OR*) vorbehalten. Von diesen Mietverträgen abgesehen, ist die Zuordnung der Erhaltungspflicht aber dispositiv, weshalb die Pflicht auf den Mieter verschoben werden darf. Aus Gründen des Mieterschutzes steht die Gültigkeit einer solchen Abrede indes unter der Bedingung, dass die Abrede nicht mit «vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen» (*Art. 256 Abs. 2 lit. a OR*) in den Vertrag getragen, sondern individuell getroffen wird. Mit anderen Worten: Unzulässig ist hier nicht die von der gesetzlichen Vorgabe abweichende Zuordnung der Erhaltungspflicht, sondern bloss eine entsprechende Zuordnung mittels AGB.

b. Das *Potential dieses Regulierungsansatzes* im Bereich der AGB ist bislang nicht ausgeschöpft worden. Etwa liessen sich bei *Art. 100 und Art. 101 OR* entsprechende Ergänzungen prüfen, so dass es zwar zulässig bliebe, die Haftung im Voraus vertraglich wegzubedingen, dass aber diese Vereinbarung zumindest in Konsumentenverträgen in dem Sinne formbedürftig wäre, als sie

zu ihrer Wirksamkeit einer individuellen Vereinbarung bedürfte und nicht gälte, wenn sie sich bloss in (unverhandelten) AGB fände.

- Für Art. 100 OR, der die Freizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit zulässt, könnte das etwa heissen, dass ein «zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden ... nichtig ist, wenn der Verzicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist ...».
- Bei Art. 101 OR, der die Haftung für Hilfspersonen bei Obligationsverletzungen regelt, wäre (wollte man diese Richtung einschlagen) zu ergänzen, dass die Haftung nicht gänzlich, sondern «höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden» darf, wenn der «Verzicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist».
- Gleichgelagerte Vorschriften liessen sich etwa für die Sachgewährleistung im Kauf-, im Miet- und im Werkvertragsrecht vorstellen, wo vertragliche Haftungsausschlüsse verbreitet sind – allenfalls beschränkt auf Konsumentenverträge.

So würden die Möglichkeiten für Schuldner, die Haftung wegzubedingen, rechtlich nur partiell beschränkt, als es zulässig bliebe, die Freizeichnung individuell zu vereinbaren. Unterbunden würde also nicht der Inhalt, sondern bloss die AGB-förmige Vereinbarung. Dies hätte den Vorteil, dass die Beurteilung an einem formellen Kriterium ansetzte. Zudem wäre es der Planungssicherheit von AGB-Redaktoren zuträglich, bei denen eine Gemengelage, wie Art. 8 UWG sie herbeiführt, für blankes Entsetzen sorgt. Allerdings ist ersichtlich, dass die Freizeichnungen mit Sicherheit abnehmen würden, da praktisch überall dort, wo AGB im Massengeschäft zum Einsatz kommen, für Vertragsverhandlungen kaum jemand Zeit aufwenden will.

3. Noch von einer letzten Schranke möchte ich schreiben. Sie findet sich im *Versicherungsaufsichtsrecht*, wo in Art. 117 AVO umrissen wird, was als «Missbrauch im Sinn von Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe f VAG» anzusehen ist. Der Missbrauch liegt dieser Norm zufolge in «Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten». Die Norm holt noch etwas aus und liefert einige Beispiele relevanter Benachteiligungen. Von diesen Beispielen hat es mir vor allem das folgende angetan: die «Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen» (Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO). Angesprochen sind damit missbräuchliche Allgemeine Versicherungsbedingungen, gegen welche die zuständige Aufsichtsbehörde (die FINMA) alsdann von Amtes wegen einzuschreiten hätte, um den Missbrauch abzustellen. Dass die Behörde von dieser Kompetenz dem Vernehmen nach bislang keinen Gebrauch macht, ist womöglich eine Folge knapper Ressourcen, lässt sich mit Sicherheit aber nicht damit erklären, dass es an

geeigneten Versicherungsvertragsklauseln fehlte. Interessant ist die Bestimmung im Übrigen auch deshalb, weil sie die jüngste Mutation des Art. 8 UWG, an dessen früheren Wortlaut sich ihre Formulierung anlehnt, nicht mitgemacht hat und deshalb auch weiterhin – und anders als der geltende Art. 8 UWG – keiner Limitierung auf Versicherungsverträge von «Konsumentinnen und Konsumenten» ausgesetzt ist.¹⁸

V. Etwas «mehr Staat»

1. «Mehr oder weniger Staat?», lautet die Frage, der diese Festschrift nachgehen will. Was den AGB-Verkehr anbelange, bestehe kein Handlungsbedarf, meinen die einen. Die ungehinderte Verwendung von AGB sei (heisst es dann) ein Ausfluss der Vertragsfreiheit, weshalb es nicht angehe, ihren Gebrauch einzuschränken. Das Argument darf nicht unterschätzt werden: Die Vertragsfreiheit ist von hohem Wert, indem sie es den Vertragsparteien, die über Vertragsfreiheit verfügen, anheimstellt, den Inhalt ihrer Verträge selber zu bestimmen und so ohne staatliche Einwirkung ihre Präferenzen einzubringen. Doch sei sogleich daran erinnert, dass es auch im Vertragsrecht nicht ohne Staat geht. Das zeigt sich deutlich daran, dass die Zwangsvollstreckung vertraglicher Ansprüche auch dann mittels staatlicher Instrumente erfolgt, wenn der Vertragsinhalt in aller Freiheit gesetzt wurde. Bei AGB aber muss der Einsatz dieser Zwangsmittel unter dem Vorbehalt stehen, dass eine planmässige, unbillige Benachteiligung der Gegenseite keinen Schutz finden darf. Wo im heutigen Vertragsverkehr dieses Ziel verfehlt wird, muss der Staat aktiv werden.

2. In diesem Sinne also: Etwas mehr Staat wäre hier ratsam, zumal – im Bereich der AGB – weniger als heute kaum geht. Angesprochen ist allerdings nicht der Gesetzgeber allein. Vorher noch sind es jene Aufsichtsbehörden, die schon heute über die rechtlichen Instrumente verfügen, gegen missbräuchliche Vertragsbedingungen vorzugehen. Angesprochen sind aber auch die Gerichte, denen – etwa auf eine Verbandsklage gemäss Art. 10 UWG hin¹⁹ – die Aufgabe zukommt, für Rechtsfortbildung zu sorgen: aktuell hinsichtlich der Frage, wie Art. 8 UWG auszulegen ist. Wird die Bestimmung durch die

¹⁸ Für den Versicherungsmarkt ist die Aufsicht spezialgesetzlich (im Versicherungsaufsichtsgesetz) geregelt. Entsprechende Kompetenzen kommen aber auch der Wettbewerbskommission zu, wenn unbillige AGB auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) beruhen oder Ausfluss des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) sind.

¹⁹ Deren Vorzug besteht darin, dass sich Interessen Einzelner, die je für sich genommen häufig zu wenig gewichtig sind, als dass sich zu ihrer Durchsetzung ein Prozess lohnte, bündeln lassen. Damit wird die kritische Grösse erreicht, die es für einen Prozess braucht. Noch immer aber bleibt das Problem, ob ein Urteil bloss inter partes oder aber in die Breite wirke.

Rechtsprechung beerdigt oder als Grundlage dafür genutzt, unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen langsam die Luft abzdrehen?

3. Das Schweizer AGB-Recht ist noch keineswegs festgefügt. Ob und wie es sich weiterentwickelt, ist offen. Fest steht aber, dass sich wesentliche Teile des Vertragsverkehrs auf der Grundlage von AGB abspielen, weshalb die Auseinandersetzung mit ihren Klauseln und den rechtlichen Regeln, welche die Auswüchse eindämmen sollen, unverzichtbar ist. Dieser Beitrag bot mir dazu eine weitere Gelegenheit. Gewidmet ist er Professor PETER HÄNNI, dem ich manch wertvollen Ratschlag, manch aufmunterndes Wort und manch frohe Stunde zu verdanken habe.

Literaturverzeichnis

LISA AESCHIMANN, Rundgang durch Art. 8 UWG, in: Jusletter vom 1. September 2014; JÜRGEN BASEDOW, Vorbemerkung zu § 305–310 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014; PETER JÄGGI/PETER GAUCH, Kommentar zu Art. 18 OR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1980; PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2014; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009; THOMAS PROBST, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010; HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR/DC 2011, 184 ff.; FLORENT THOUVENIN, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum UWG, Basel 2013.