

# Juristenverein des Kantons Luzern

## Die AGB-Kontrolle unter der Herrschaft des revidierten Art. 8 UWG

Prof. Dr. iur. Thomas Koller, Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Vortrag vom 10. März 2015

# Inhaltsübersicht

- > Begriffsmerkmale von AGB
- > Positive Funktionen von AGB
- > Probleme bei AGB
- > AGB-Kontrolle im Überblick
- > Der neue Art. 8 UWG im Besonderen
- > Anhang: Literaturhinweise

# Begriffsmerkmale von AGB

- > von einer Partei **vorformulierte**, nicht im Einzelnen unter den Parteien ausgehandelte **Vertragsbestimmungen**
- > präsentieren sich in **abstrakter**, vom konkreten Vertrag losgelöster ("gesetzesähnlicher") **Form**
- > werden vom Verwender in der Regel einer Vielzahl von Verträgen mit verschiedenen Parteien zugrunde gelegt
- > werden regelmässig unverändert in die einzelnen Verträge aufgenommen
- > regeln im Allgemeinen **bloße Nebenpunkte** des Vertrages (Bsp.: Deckungsausschlussklauseln in Versicherungsverträgen)

# Positive Funktionen von AGB

- > Rationalisierung des Vertragsschlusses
- > Modernisierungs- bzw. Spezialisierungsfunktion, v.a. bei neuen Vertragsformen
  - Innominatkontrakte, z.B. Leasing
- > Standardisierungsfunktion, in gewissen Fällen erwünschte Vereinheitlichung
  - Bsp.: Berufsvorsorgerecht

# Probleme bei AGB (1)

- > **Kollision von divergierenden AGB** bei Unternehmer – AGB
  - "Battle of Forms«
  
- > werden v.a. bei Verbraucherverträgen von der Gegenpartei oft **nicht gelesen**, weil:
  - zu umfangreich und zu kompliziert
  - zu klein bzw. schlecht gedruckt
  - Zeit drängt bei Vertragsabschluss
    - Bsp.: Miete eines Autos am Flughafen

| HORARIO - OPENING HOURS                                                                                                                                                                 |  | CONTRATO DE ARRENDAMIENTO<br>(RENTAL CONTRACT - MIETVERTRAG)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  | Nº                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LUNES - SABADO:<br>MONDAY - SATURDAY:<br>MONTAG - SAMSTAG:<br><br>DOMINGO:<br>SUNDAY:<br>SONNTAG:                                                                                       |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  | FECHA / DATE / DATUM:                                                                                                                                                                                  |
| 1 NOMBRE / NAME / NAME:                                                                                                                                                                 |  | 2 NOMBRE / NAME / NAME:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |                                                                                                                                                                                                        |
| 1 Nº D.N.I. / PASSPORT NUMBER / REISEPASS-NR.:                                                                                                                                          |  | 2 Nº D.N.I. / PASSPORT NUMBER / REISEPASS-NR.:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  |                                                                                                                                                                                                        |
| 1 NACIONALIDAD / NATIONALITY / NATIONALITÄT:                                                                                                                                            |  | 2 NACIONALIDAD / NATIONALITY / NATIONALITÄT:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |                                                                                                                                                                                                        |
| 1 Nº PERMISO CONDUCIR / DRIVERS LICENCE Nº / FÜHRERSCHEIN-NR.:                                                                                                                          |  | 2 Nº PERMISO CONDUCIR / DRIVERS LICENCE Nº / FÜHRERSCHEIN-NR.:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  |                                                                                                                                                                                                        |
| 1 FECHA NACIMIENTO / DATE OF BIRTH:                                                                                                                                                     |  | 2 FECHA NACIMIENTO / DATE OF BIRTH:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  |                                                                                                                                                                                                        |
| HOTEL:                                                                                                                                                                                  |  | HABITACION / ROOM / ZIMMER:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |                                                                                                                                                                                                        |
| DIRECCION / ADDRESS:                                                                                                                                                                    |  | El arrendatario declara haber leído y hallarse conforme con TODAS las condiciones estampadas al dorso del presente contrato y que TODOS los datos arriba presentados son correctos.<br>FIRMA DEL ARRENDATARIO:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  | The Renter declares that he has read and agrees to ALL the conditions presented on the reverse side of this rental agreement and that ALL of the data given above are correct.<br>SIGNATURE OF RENTER: |
| AGENTE / AGENT:                                                                                                                                                                         |  | Der Mieter hat alle Rückseitigen Vertragsbedingungen gelesen, erklärt sich mit ALLEN Punkten einverstanden, sowie daß ALLE angegebenen Daten korrekt sind.<br>UNTERSCHRIFT DES MIETER:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |  |                                                                                                                                                                                                        |
| Nº DE DIAS:<br>NUMBER OF DAYS:<br>ANZAHL DER TAGE:                                                                                                                                      |  | FECHA INICIO:<br>START DATE:<br>START DATUM:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |                                                                                                                                                                                                        |
|                                                                                                                                                                                         |  | FECHA FINAL:<br>RETURN DATE:<br>RÜCKGABE DATUM:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |                                                                                                                                                                                                        |
|                                                                                                                                                                                         |  | HORA FINAL:<br>DUE TIME:<br>RÜCKGABEZEIT:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |  |                                                                                                                                                                                                        |
| TIPO:                                                                                                                                                                                   |  | Nº:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  | MATRICULA:                                                                                                                                                                                             |
| SEGURO / INSURANCE / VERSICHERUNG: N.º:                                                                                                                                                 |  | CASCO - HELMET / HELM<br>RECBDO / RECEIVED:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  | DOCUMENTACION VEHICULO RECIBIDA:<br>VEHICLE PAPERS RECEIVED:                                                                                                                                           |
|                                                                                                                                                                                         |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  | FIRMA - SIGNATURE - UNTERSCHRIFT:<br><b>X</b>                                                                                                                                                          |
| Nº KILOMETROS                                                                                                                                                                           |  | ALQUILER<br>RENTAL<br>MIETE:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |                                                                                                                                                                                                        |
| COMBUSTIBLE / FUEL TYPE / BENZIN:                                                                                                                                                       |  | SEGURO<br>INSURANCE<br>VERSICHERUNG:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |                                                                                                                                                                                                        |
| <input type="checkbox"/> SUPER<br><input type="checkbox"/> SUPER SIN PLOMO / ELROSUPER<br><input type="checkbox"/> DIESEL<br><input type="checkbox"/> MEZCLA % <input type="checkbox"/> |  | GASOLINA<br>GASOLINE<br>BENZIN:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |                                                                                                                                                                                                        |
| GASOLINA ENTREGA                                                                                                                                                                        |  | EXTRAS/<br>SUPLEMENTO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |  |                                                                                                                                                                                                        |
| <input type="checkbox"/> 0 <input type="checkbox"/> 1/4 <input type="checkbox"/> 1/2 <input type="checkbox"/> 3/4 <input type="checkbox"/> 4/4                                          |  | VA<br>TAXES<br>STEUER                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |  |                                                                                                                                                                                                        |
| FRANGUCIA / SELF RISK / SELBSTHAFTUNG:                                                                                                                                                  |  | TOTAL PTAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |  |                                                                                                                                                                                                        |
| TIPO                                                                                                                                                                                    |  | VALOR VEHICULO / VALUE OF VEHICLE / FAHRZEUGWERT:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |  |                                                                                                                                                                                                        |
|                                                                                                                                                                                         |  | DEPOSIT                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |  |                                                                                                                                                                                                        |
| TIPO DE TARJETA / TYPE OF CREDIT CARD:                                                                                                                                                  |  | Si este alquiler tiene alguna vez un problema de crédito, se le informará por escrito antes de que el alquiler sea cancelado. Si el problema no se resuelve, el alquiler será cancelado y se le informará por escrito antes de que el alquiler sea cancelado.<br>If this rental is to be paid by credit card or charge card, the signatory has no commitment within the 15 days of receipt and before the first rental charge is agreed. In case of any problem with the credit card or charge card, the signatory will be informed by written notice before the rental is cancelled.<br>Will der Mieter sich Kreditkarte, Bankkarte oder andere Zahlungsweise zur Mietzahlung verpflichtet, ist dieser verpflichtet, dies dem Vermieter schriftlich mitzuteilen und sich dafür zu verantworten, dass die Karte bei der ersten Mietzahlung zu Buchen steht. Wenn die Karte bei der ersten Mietzahlung zu Buchen steht, ist der Mieter verpflichtet, die Mietzahlung bei der nächsten Mietzahlung zu bezahlen. |  |                                                                                                                                                                                                        |

**RTR**  
RENTAL SYSTEM

Juan Miró 340 C-E, 07015 San Agustín Tel.: 40 25 85 Fax: 70 27 75







## TNT TERMS AND CONDITIONS OF CARRIAGE - SHORT FORM VERSION (03-88)

The terms and conditions below are a shortened version of our full terms and conditions. A copy of the Long Form Version is available on request from our nearest office to you.

### 1. DEFINITIONS

The following definitions shall apply to the terms and conditions set out below which govern this Contract of Carriage between you and us. "We", "us" and "our" means subsidiaries, affiliates of TNT Holdings B.V. and their respective employees, agents and independent contractors.

"You" and "your" means the sender, consignee, consignor of the Shipment, holder of bill of lading, receiver and owner of the contents of the Shipment or any other party having a legal interest in these contents.

"Carriage" means and includes the whole of the carriage and services undertaken by us in connection with the Shipment. "Prohibited items" means any goods or materials, the Carriage of which is prohibited by any law, rule or regulation in the country in which the Shipment originates, any intermediate stop or destination country for the Shipment.

"Shipment" means any baggage, equipment, package, parcel, special or freight which is or are given to and accepted by us for Carriage and is transported under this consignment note.

### 2. THE PARTY WITH WHOM YOU ARE CONTRACTING

Your contract is with the subsidiary or affiliate of TNT Holdings B.V. or any of their independent contractors that originally accepts the Shipment from you. You agree that we may subcontract the whole or any part of the Carriage on any terms and conditions we decide.

### 3. YOUR ACCEPTANCE OF OUR TERMS AND CONDITIONS

By giving us your Shipment you accept our terms and conditions set out in this Contract of Carriage on behalf of yourself or anyone else who has an interest in the Shipment, irrespective of whether you have signed the bill of lading or consignment note or not. Our terms and conditions also cover anyone who asks to collect, transport or deliver your Shipment. None of our employees, agents or sub-contractors is to be held responsible for any loss, damage or delay to your Shipment. Where you are the Shipper, you are to be held responsible for any loss, damage or delay to your Shipment which conflict with these terms and conditions we shall not be bound by such instructions.

### 4. DANGEROUS GOODS / SECURITY / PROHIBITED ITEMS

4.1 Dangerous Goods  
a) We do not accept Dangerous Goods as specified in the ICAO T.I., IATA DGR, IMDG-Code, ADR or other National or International regulations for surface transport of Dangerous Goods.

b) We do accept some Dangerous Goods for Carriage in some countries if you have been accorded the status of an approved customer. These Dangerous Goods will only be accepted if they comply with the applicable regulations (see Clause 4.1 a)), and our requirements. Details are available from our nearest office. A Dangerous Goods surcharge will apply.

#### 4.2 Air Cargo Security Regulations

a) You must ensure that the Shipment does not contain a prohibited article as listed in Standard 4.1.1 of the ICAO Annex 17. You must give a full description of the contents of the Shipment on the consignment note. All Shipments are subject to security screening which may include the use of X-ray equipment.

b) You declare that you have prepared the Shipment in secure premises, by reliable staff employed by you, and that the Shipment has been examined against unauthorised interference during preparation. Multiple unauthorised interference will not be held over to us.

4.3 Prohibited Items  
We do not accept anything that is a Prohibited Item.

### 5. INCORRECT ADDRESS AND P.O. BOX NUMBERS

If we are unable to deliver a Shipment because of an incorrect address, we will make all reasonable efforts to find the correct address. If the correct address is found to be in the same destination country we will notify you of the correction. We will deliver or attempt to deliver the Shipment to the correct address. Please note we are not able to deliver to P.O. Box numbers.

### 11. EXTENT OF OUR LIABILITY

SUBJECT TO CLAUSE 12 BELOW WE LIMIT OUR LIABILITY FOR ANY LOSS, DAMAGE OR DELAY OF YOUR SHIPMENT OR ANY PART OF IT AS FOLLOWS:

a) CARRIAGE BY AIR IF THE CARRIAGE OF YOUR SHIPMENT IS SOLELY OR PARTLY BY AIR AND INVOLVES AN ULTIMATE DESTINATION OR A STOP IN A COUNTRY OTHER THAN THE COUNTRY OF DEPARTURE THE WARSAW CONVENTION 1929 (AS AMENDED BY THE HAGUE PROTOCOL 1955) WILL BE APPLICABLE. THIS INTERNATIONAL TREATY GOVERNS AND LIMITS OUR LIABILITY FOR LOSS, DAMAGE OR DELAY TO YOUR SHIPMENT TO SPECIAL DRAWING RIGHTS 17 PER KILO (APPROXIMATELY US\$ 20 ALTHOUGH THE RATE VARIES FROM TIME TO TIME).

b) CARRIAGE BY ROAD IF THE CARRIAGE OF YOUR SHIPMENT IS SOLELY BY ROAD TRANSPORT IN, TO OR FROM A COUNTRY WHICH IS A PARTY TO THE CONVENTION ON THE CONTRACT FOR INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS BY ROAD (THE CMR) OUR LIABILITY FOR LOSS OR DAMAGE TO YOUR SHIPMENT OR THE PART AFFECTED IS LIMITED TO SPECIAL DRAWING RIGHTS 8.33 PER KILO (APPROXIMATELY US\$ 10 PER KILO) ALTHOUGH THE RATE VARIES FROM TIME TO TIME. IN THE CASE OF DELAY WHERE YOU CAN PROVE TO US YOU HAVE SUFFERED LOSS OUR LIABILITY IS LIMITED TO RETURNING TO YOU THE CHARGE YOU PAID US FOR CARRIAGE IN RESPECT OF THAT SHIPMENT OR THE PART WHICH WAS DELAYED.

IF NEITHER OF THE ABOVE CONVENTIONS APPLY FOR WHATEVER REASON INCLUDING BREACH OF CONTRACT, NEGLIGENCE OR WILLFUL ACT OR DEFAULT WE LIMIT OUR LIABILITY FOR LOSS, DAMAGE OR DELAY TO YOUR SHIPMENT OR THE PART AFFECTED TO US\$ 20 PER KILO.

### 12. EXCLUSIONS

12.1 WE SHALL NOT BE LIABLE FOR ANY CONSEQUENTIAL OR SPECIAL DAMAGES OR LOSS (INCLUDING LOSS OF INCOME, PROFITS, MARKETS, REPUTATION, USE OF CONTENTS OR LOSS OF AN OPPORTUNITY) OR OTHER INDIRECT LOSS ARISING FROM THE LOSS, DAMAGE, DELAY, MISDELIVERY OR NON-DELIVERY OF YOUR SHIPMENT EVEN IF WE HAD KNOWLEDGE THAT SUCH DAMAGES OR LOSS MIGHT ARISE.

12.2 We shall not be liable if your Shipment or any part of it is lost, damaged, delayed or misdelivered or not delivered at all as a result of:

a) Circumstances beyond our control such as:

- Acts of God which shall include earthquakes, cyclones, storms, flooding, fire, disease, fog, snow, frost;
- Force majeure which shall include war, riots, acts of public enemies, strikes, embargoes, perils of the air, local disputes, civil commotions;
- National or local disruptions in air or ground transportation networks, mechanical problems to modes of transport or machinery;
- Latent defects or inherent vice in the contents of the Shipment.

b) Your acts or omissions or those of third parties such as:

- You being in breach of or any other party claiming an interest in the Shipment causing you to breach your obligations under these terms and conditions in particular those provisions set out in Clause 10 in the Long Form Version;
- An act or omission of any customs, airline, airport or government official;
- The contents of the Shipment consisting of any article which is a Prohibited Item even though we may have accepted the Shipment by mistake.

12.3 We are not common carriers and no liability will be assumed by us as such.

### 13. INCREASED LIMITS OF LIABILITY

13.1 If you are dissatisfied with our limits of liability then on payment of our current surcharge, details of which are available from the nearest office to ours, we will increase our limits of liability for loss or damage to your Shipment in twice that of the Warsaw Convention limit for carriage by air and four times the CMR limit for carriage by road.

13.2 For documents weighing less than 12.5 kilos on payment of the appropriate surcharge we agree to increase the limit of our liability to US\$ 200 per Shipment.

13.3 The increased limits of our liability do not apply where:

- our liability is excluded as set out in the Clauses above;
- you have taken out insurance cover with us;
- the Shipment is delayed;
- you fail to pay us the surcharge having been invoiced for it.

### 14. INSURANCE (NOT AVAILABLE FOR DOCUMENTS)

Due to the risks of loss or damage to the contents of a Shipment we advise you to purchase insurance cover from us for the full value of the contents by completing the relevant box on the cover of the consignment note. Our insurance covers against all risks of loss and damage during Carriage up to a maximum of 50,000 Dutch Guilders. It does not cover consequential loss nor delays in Carriage.

### 16. CLAIMS PROCEDURE

In the case of loss or damage resulting in a Claim you must immediately notify the nearest of our offices to you, and in any event, all claims must be notified within 21 days. The full Claims Procedure is set out in the Long Form Version of these Terms and Conditions.

### 17. RATES AND PAYMENT

17.1 You agree to pay our charges for the Carriage between the locations specified on the consignment note and any value added taxes for the Carriage within 7 days from invoice date. Such charges to be calculated in accordance with the rates applicable to your Shipment as set out in our current tariff/price card or which have been agreed separately with you. All import duties, value added taxes on goods and all other charges levied on the Shipment shall be payable on delivery. If you do not have a copy of our tariff/price card one is available on request from any of our offices in the country from which the Shipment was sent. Our tariff/price card may also contain additional payment terms and conditions. We charge the higher of the actual weight or the volumetric weight of the Shipment calculated in accordance with the volumetric conversion equivalent set out in our tariff/price card. We reserve the right to charge interest on all outstanding invoices at the rate of 1% per month.

### 18. LAW AND JURISDICTION

18.2 Disputes arising from this Contract of Carriage relating to the amount of monies owed to us by you shall be subject to the laws and the courts of the country in which the subsidiary or affiliate or branch of TNT Holdings B.V. or the independent contractor that accepts your Shipment for Carriage is based. All other disputes arising from the Contract of Carriage shall be subject to the laws of The Netherlands and the Rotterdam District Court shall have exclusive jurisdiction except for Shippers originating in USA where the laws of New York State shall apply and the U.S. District Court for the Eastern District of New York shall have exclusive jurisdiction.

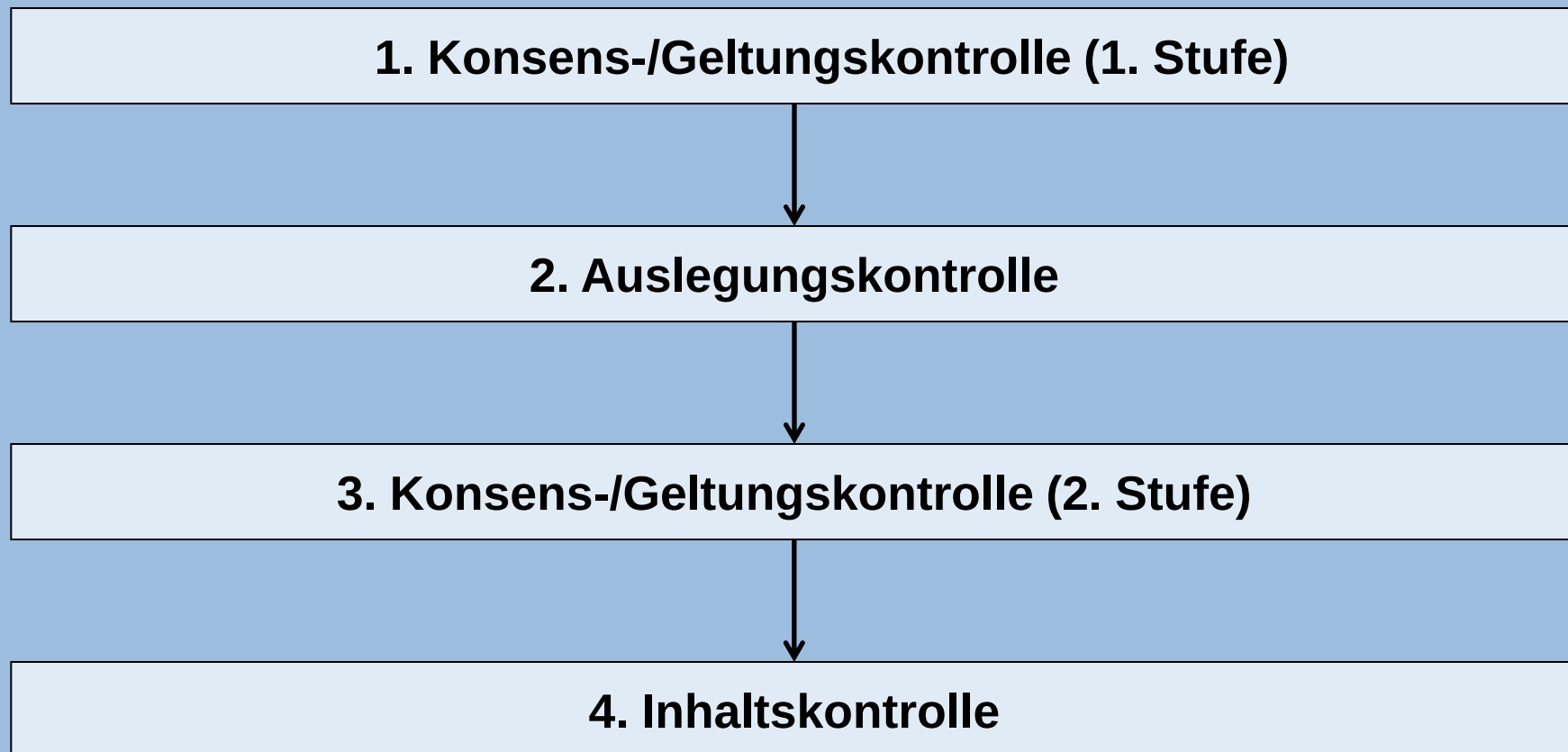
## Probleme bei AGB (2)

- > oft **einseitige Verteilung** von Rechten und Pflichten
- > werden oft **zeitlich nachgeschoben**
  - telefonische Miete eines Autos
  - evtl. auch bei der Buchung von Flügen
- > vielfach **faktischer Zwang** zum Vertragsschluss und damit Nähe zum Kontrahierungszwang
  - Eröffnung eines Bankkontos
- > zum Teil **faktische Konditionenkartelle** (oder auf gut Deutsch: «Einheitsbrei»)
  - Bsp.: Banken – AGB oder SIA-Norm 118

## Probleme bei AGB (3)

- a) Die Schweiz kennt keine ausgebaute AGB-Gesetzgebung. Im schweizerischen Recht finden sich nur vereinzelte gesetzliche Bestimmungen, welche AGB betreffen. Daher kommt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesem Bereich eine besonders grosse Bedeutung zu.
- b) Aber: Seit 1. Juli 2012 ist eine revidierte Fassung von Art. 8 UWG in Kraft. Dieser Bestimmung könnte in Zukunft bei der AGB-Kontrolle eine grosse Bedeutung zukommen.

# AGB Kontrolle im Überblick



# AGB Kontrolle im Überblick

## Inhaltskontrolle im Überblick (1)

### > 1. Zwingendes Recht

- Allgemeine Normen  
(nicht AGB-spezifische Normen, inkl. Übervorteilung und Willensmängel)
- Spezialnormen, v.a. vertragstypenspezifische (z.B. Art. 199 OR)
- AGB-spezifische Normen
  - Art. 256 Abs. 2 lit. a OR
  - Art. 288 Abs. 2 lit. a OR

# AGB Kontrolle im Überblick

## Inhaltskontrolle im Überblick (2)

- > **2. Art. 19 Abs. 2 OR («Verstoss gegen die öffentliche Ordnung»)**
  - Einseitige systematische Wegbedingung dispositiven Rechts
  - Der Vertragsnatur widersprechende Verteilung der Vertragspflichten
  - Verstoss gegen zentrale Wertungsprinzipien der Rechtsordnung
  - Verstoss gegen das Prinzip der besseren Risikobeherrschung und gegen das Transparenzgebot
  
- > Die AGB-Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 19 Abs. 2 OR ist zurzeit erst ein Postulat in der Lehre. Ausserhalb des Verbraucherrechts ist dieses Postulat weiterhin aktuell.

# AGB Kontrolle im Überblick

## Inhaltskontrolle im Überblick (3)

### > 3. Art. 8 UWG

- In der bis 30. Juni 2012 geltenden Fassung war Art. 8 UWG für die AGB-Inhaltskontrolle ein «zahnloser Tiger».
- Der Grund dafür lag in der Wendung «in irreführender Weise» im Ingress dieser alten Norm.
- Mit der Revision von Art. 8 UWG wurde bezweckt, eine griffigere Norm für die AGB-Inhaltskontrolle zu schaffen.
- Ob dieses Ziel erreicht wurde, wird die Zukunft weisen.

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen

## Der Text der revidierten Bestimmung

**Text der revidierten Bestimmung** (in Kraft ab 1. Juli 2012)

### **Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen**

«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»



# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen

## Der Text der revidierten Bestimmung

Zum Vergleich: **AGB-Richtlinie der EU**

(Art. 3 Abs. 1, Europäischen Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)

«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.»

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Konsumentenbegriff

- > Art. 32 Abs. 2 ZPO
  - «Als Konsumentenverträge gelten Verträge über *Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse* der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.»
  
- > EU-Richtlinie (Art. 2 lit. b)
  - «Verbraucher: eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der *nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*»

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Konsumentenbegriff

- > Art. 210 Abs. 4 OR  
(in der Fassung vom 16. März 2012, in Kraft seit 1. Januar 2013)
  - «Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:
    - a) sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;
    - b) die Sache *für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers* bestimmt ist; und
    - c) der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.»

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Mögliche Bsp. für AGB-kritische Klauseln

(Vgl. hierzu auch SCHMID JÖRG, ZBJV (2012), S. 12-13)

## > **Zentral: Das schweizerische Recht kennt keinen Klauselkatalog (≠ EU)**

- Freizeichnungsklauseln (Einschränkung oder Ausschluss der Haftung)
- Klauseln über die Möglichkeit der einseitigen Vertragsänderung
- Abreden über Konventionalstrafen und pauschalierten Schadenersatz
- Klauseln über Verrechnungsverbote
- Verwirkungs- und Schriftformklauseln
- Verjährungsabreden
- Abreden über die Erhebung von Zinsen
- Abreden über automatische Vertragsverlängerungen
- Einwilligungsklauseln
- Auslegungs- und Beweislastklauseln
- Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand

- a) **Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten**
- b) **erheblich**
- c) **ungerechtfertigt**
- d) **in Treu und Glauben verletzender Weise**

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (1)

## a) Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten

- > Ungleichgewicht z.L. des Kunden
- > Was wird als Referenzgrösse genommen (vgl. dazu weiter unten)?
- > Beurteilung nur innerhalb der fraglichen Klauseln oder bei einer Gesamtbetrachtung des Vertrages (Frage des Kompensation)?
  - Kompensation nur mit Rechten, welche in einem Zusammenhang mit der fraglichen Klausel stehen?
  - Oder auch mit Rechten, die mit der fraglichen Klausel in keinem Zusammenhang stehen? (m.E. klar abzulehnen)

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (2)

## a) Missverhältnis zwischen Rechten und Pflichten

- > Besonders heikel: Darf der Verwender vorbringen, die ungünstige Klausel werde durch einen besonders günstigen Preis kompensiert?
  - m.E. abzulehnen, da *völlig intransparent*
  - ausser vielleicht, der Verwender biete klar und deutlich zwei Vertragsvarianten an (eine teurere mit günstigen und eine billigere mit ungünstigen AGB-Klauseln). Das ist aber nur angängig, wenn der Verwender den Kunden klar und deutlich auf die Nachteile der ungünstigen Klauseln aufmerksam macht (*Thouvenin*, Jusletter).
  
- > Bewertung des Ungleichgewichts anhand von Treu und Glauben

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (3)

## b) erheblich

- > bloss «fühlbar» oder «offensichtlich»? (umstritten)
- > oder: Billigkeitserwägungen (Botschaft des Bundesrates; *Schmid*, ZBJV; *Sutter/Lörtscher*, recht; *Bieri*, Le nouveau droit [«inéquitable»])?
- > oder: Beurteilung der Äquivalenzstörung nach den für Art. 21 OR (Übervorteilung) geltenden Regeln (*Schott*, Schweizer Treuhänder; *Dupont*, Le nouveau droit)?
- > oder: quantitative und qualitative Gesamtbetrachtung, d.h. je zentraler die in Frage stehenden Recht und Pflichten, desto geringer muss für die «Erheblichkeit» die Abweichung von der Referenzgrösse sein (*Thouvenin*, Jusletter)?



# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (4)

## c) ungerechtfertigt

- > Im Grunde ein sinnloses und tautologisches «Tatbestandsmerkmal».
- > Dazu zutreffend *Thouvenin*, Jusletter, Rz.50:  
  
«Diesem Merkmal kommt allerdings keine eigenständige Bedeutung zu. Denn die Wertung, die im Begriff ‘ungerechtfertigt’ zum Ausdruck kommt, ist bereits im Begriff des Missverhältnisses enthalten: Ein Missverhältnis ist immer ungerechtfertigt, ein gerechtfertigtes Missverhältnis ist nicht vorstellbar.»
- > Zur Erinnerung: In der AGB-RL der EU ist der Ausdruck «ungerechtfertigt» nur in der deutschen Fassung enthalten.

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (5)

## d) in Treu und Glauben verletzender Weise

- > Kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern blosser Bewertungsmassstab (so die wohl h.L.)
- > In der Literatur genannte Fallgruppen (*Thouvenin*, Jusletter) bzw. Prüfungselemente (*Hess/Ruckstuhl*, AJP):
  - krasses Missverhältnis der Interessen
  - widersprüchliches Verhalten
  - zweckwidrige Rechtsausübung
  - fehlendes schutzwürdiges Interesse (alle gemäss *Thouvenin*, Jusletter)

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (6)

## d) in Treu und Glauben verletzender Weise

- Risikosphäre/Risikobeherrschung
- Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. Erforderlichkeit
- Berücksichtigung der Art der Güter und Dienstleistungen
- Berücksichtigung des Preis-/Leistungsverhältnisses (alle gemäss *Hess/Ruckstuhl*, AJP [Letzteres ist m.E. abzulehnen])

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (7)

## d) in Treu und Glauben verletzender Weise

- > Erforderlich ist stets eine *Gesamtbetrachtung* aller Tatbestandsmerkmale unter Berücksichtigung des Prinzips von Treu und Glauben.
- > Erforderlich ist eine *umfassende Interessenabwägung*.
- > Die angestrebte wirksame AGB-Inhaltskontrolle ist nur möglich, wenn der *Bewertungsmassstab nicht zu hoch angesetzt* wird (tendenziell offenbar a.M. *Kut/Stauber*, Jusletter, denen zufolge das Element von Treu und Glauben die Schwelle zur Bejahung der Unterlauterkeit erhöhen soll und den Spielraum für eine «offene» Inhaltskontrolle deutlich schrumpfen lasse).

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (8)

## d) in Treu und Glauben verletzender Weise

### Meine These:

- > Der Fairnessgrundsatz verpflichtet den AGB-Verwender, bei der Formulierung seiner AGB den berechtigten Interessen des Konsumenten Rechnung zu tragen. Dem AGB-Verwender obliegt gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben i.S.v. Art. 8 UWG eine eigentliche *Interessenwahrungspflicht gegenüber den Kunden*.

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Der Tatbestand (9)

## d) in Treu und Glauben verletzender Weise

- > Kardinalproblem bei der Gesamtbetrachtung: *Was nimmt man als Referenzgrösse?*
  - das dispositive Recht?
  - die Vertragsnatur?
  - hilfsweise die Klauseln im Anhang der AGB-RL der EU, welche als Konkretisierungshilfe für die Generalklausel von Art. 3 Abs. 1 dienen?
  - oder die «graue Liste gemäss § 308 BGB (Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit)?
  - allenfalls gar die «schwarze Liste» gemäss § 309 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit)?
  
- > In der bisher zum neuen Art. 8 UWG erschienenen Literatur sind all diese Fragen sehr umstritten.

# Der neue Art. 8 UWG im Besonderen: Rechtsbehelfe

- > «konkrete Normenkontrolle»
  - Gegen Art. 8 UWG verstossende Vertragsklauseln sind nichtig. Darauf kann sich der Vertragspartner im Zivilprozess berufen.
  
- > «abstrakte Normenkontrolle»
  - Klage auf Feststellung, Beseitigung und Unterlassung durch Mitwettbewerber, Kunden, Wirtschaftsverbände, Konsumentenschutzorganisationen und den Bund (Art. 9 und Art. 10 UWG)
  - Offene Fragen bei der abstrakten Normenkontrolle:
    - Verbot der geltungserhaltenden Auslegung
    - Einseitige Rechtskrafterstreckung
    - Auswirkungen eines Urteils auf Beseitigung

# Alles klar?

## Und zum Schluss noch dies:

„Die Crux liegt hier in dem logischen Konditionalsatz, dass das, was in AGB-Klauseln ausgeschlossen wird, bei deren Ungewöhnlichkeit, nur dann *eo ipso* in den konkreten Vertrag wieder eingeschlossen wird, wenn das, was ausgeschlossen ist, im Recht selbst zuvor eingeschlossen, d.h. vorgesehen ist.“

(Dieser Satz stammt nicht aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern aus einem im Herbst 2010 veröffentlichten wissenschaftlichen Aufsatz über Allgemeine Geschäftsbedingungen!)



# Anhang: Literaturhinweise

KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG – eine Auslegeordnung, in: Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Herausgeberin: Susan Emmenegger, Basel 2013, S. 17 – 81 (in gekürzter Form ebenfalls publiziert in Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2014, 19 ff.)

---

## **AGB-Literatur nach meinem oben erwähnten ABG-Aufsatz (Stand: 5. März 2015)**

ABEGGLEN SANDRO/COENDET THOMAS/GROSS DOMINIQUE, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Schweizerische Bankrechts-tagung 2013, Herausgeberin: Susan Emmenegger, Basel 2013, S. 83 – 110

AESCHIMANN LISA, Rundgang durch Art. 8 UWG, in: Jusletter vom 1. September 2014

BRUNNER ALEXANDER/SCHNYDER ANTON K./EISNER-KIEFER ANDREA (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014

BRUNNER ALEXANDER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 13 ff.

COENDET THOMAS, Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2014 I 45 ff.

# Anhang: Literaturhinweise

EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 83 ff.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage Zürich 2014, Band I, N 1116 ff.

GORDON-VRBA LUCY, AGB-Kontrolle durch Verbandsklagen der Konsumentenverbände, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 265 ff.

GROLIMUND PASCAL, AGB in Unternehmerverträgen, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 227 ff.

JENNY MARIUS, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB), Zürich/St. Gallen 2014

JUNG PETER, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG: vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 129 ff.

KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales: L'envoi manqué du phénix, Semaine Judiciaire (SJ) 2014 II 1 ff.

# Anhang: Literaturhinweise

MAISSEN EVA, AGB und automatische Vertragsverlängerung, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 239 ff.

MÖNNICH ULRIKE, AGB und intertemporales Recht, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 287 ff.

PERRIG ROMAN, Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB): Zugänglichkeitsregel, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 169 ff.

ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 49 ff.

ROBERTO VITO/STEHLE BERNHARD, Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014, recht 2014 S. 235 ff.

RUSCH ARNOLD F./SCHIRRMACHER ANDREAS, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2013 S. 683 ff.

RUSCH ARNOLD F., Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2014 S. 205 ff.

SCHMID JÖRG, AGB und die Rolle des dispositiven Rechts, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 205 ff.

# Anhang: Literaturhinweise

SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 39 ff.

STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR) 2014 S. 73 ff.

STÖCKLI HUBERT/BIERI ROGER, Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG, BGE 140 III 404, Urteil des Bundesgerichts 4A\_475/2013 vom 15. Juli 2014, HAVE 2014 S. 398 ff.

STUCKI MARIUS, Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers, in: Jusletter vom 10. März 2014

THOUVENIN FLORENT, Kommentierung von Art. 8 UWG, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013

VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, Aktuelle Juristische Praxis (APJ) 2014, 964 ff.

WETZEL THOMAS, Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen, Mietrecht Aktuell (MRA) 2013, 3 ff.

WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Bern 2014, Zürich/St. Gallen 2015