



## Verträge und AGB

So minimieren Sie Geschäftsrisiken

Dr. Thomas Bähler, LL.M. Rechtsanwalt

Dr. Anna-Antonina Gottret, LL.M. Rechtsanwältin

**Impressum**

**Autoren**

Dr. Thomas Bähler, LL.M. Rechtsanwalt und  
Dr. Anna-Antonina Gottret, LL.M. Rechtsanwältin bei Kellerhals Anwälte

**Herausgeberin**

PostFinance AG und swiss export  
Datum: März 2014

[aussenhandel.postfinance.ch](http://aussenhandel.postfinance.ch)  
[www.swiss-export.ch](http://www.swiss-export.ch)

ISBN 978-3-906201-54-2



9 783906 201542 >

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>4</b>
<b>Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>1. Aushandeln von Verträgen</b>	<b>6</b>
1.1 Allgemeines	6
1.2 Übersicht über die möglichen Etappen von Vertragsverhandlungen	6
1.2.1 Absichtserklärung / Term Sheet / Vorvertrag	7
1.2.2 Geheimhaltungsvereinbarung	8
1.2.3 Signing und Closing	8
<b>2. Aufbau und wesentliche Bestandteile eines guten Vertrags</b>	<b>9</b>
2.1 Allgemeines	9
2.2 Übersicht über die wesentlichen Bestandteile eines guten Vertrags	9
2.2.1 Präambel	9
2.2.2 Vertragsgegenstand und Hauptleistungen	9
2.2.3 Gewährleistung und Haftung	9
2.2.4 Dauer und Beendigung des Vertrags	10
2.2.5 Schlussbestimmungen	10
<b>3. Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)</b>	<b>11</b>
3.1 Einleitende Bemerkungen	11
3.2 Begriff und Bedeutung in der modernen Wirtschaftsordnung	11
3.3 Funktionen	12
3.4 Rechtlicher Rahmen für den Einbezug von AGB	13
3.4.1 Allgemeines	13
3.4.2 Geltungskontrolle	13
3.4.3 Auslegungskontrolle	14
3.4.4 Inhaltskontrolle	15
3.4.5 Schlusswort	16
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>17</b>

# Vorwort

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise hat der Bund 2011 ein Programm zur Stabilisierung der Exporte gestartet. PostFinance hat sich im Rahmen eines Projekts zum Risikomanagement daran beteiligt. Lesen Sie hierzu das E-Book «*Risikomanagement*».

Bei diesem Projekt wurde eine Vielzahl von Unternehmen zum Thema Risikomanagement befragt. Dabei wurde festgestellt, dass ein zentrales Instrument zur Eindämmung von Risiken die Verträge und insbesondere auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind. Es hat sich gezeigt, dass Kunden, die die AGB nicht akzeptieren, auch jene Kunden sind, bei denen später öfter Probleme entstehen.

Entsprechend ist es wichtig, dass die Verträge und die AGB die für Sie wichtigen Aspekte klar regeln. Mit diesem E-Book wollen wir Ihnen helfen, Ihre Dokumente zu reflektieren, und Sie unterstützen, die Voraussetzungen für einen erfolgreichen Aussenhandel zu schaffen.

Es würde uns sehr freuen, wenn Sie uns über Ihre Erfahrungen im Aussenhandel und mit diesem E-Book berichten. Schreiben Sie uns an [aussenhandel@postfinance.ch](mailto:aussenhandel@postfinance.ch).

Viel Erfolg!



**Peter Widmer**  
swiss export  
Präsident



**Claudia Moerker**  
swiss export  
Geschäftsleiterin  
[moerker@swiss-export.ch](mailto:moerker@swiss-export.ch)



**Nicole Walker**  
PostFinance AG  
Leiterin Marketing Geschäftskunden  
[nicole.walker@postfinance.ch](mailto:nicole.walker@postfinance.ch)



**Katja Gaschen**  
PostFinance AG  
Marketing Geschäftskunden  
[katja.gaschen@postfinance.ch](mailto:katja.gaschen@postfinance.ch)

# Einleitung

Ein guter Vertrag ist der Schlüssel zum Erfolg. Die meisten Unternehmen schliessen tagtäglich Verträge ab. Darunter nebst Verträgen des täglichen Geschäfts immer wieder auch solche mit weitreichender Wirkung. Zu denken ist etwa an die Miete eines Fabrikations- oder Geschäftslokals, den Kauf von Produktionsanlagen, den Erwerb von Lizenzen, die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen im Bereich Forschung und Entwicklung oder auch das Eingehen einer längerfristigen Lieferverpflichtung.

Das Aushandeln und Ausarbeiten von guten Verträgen gehört zu den anspruchsvollsten Aufgaben in der juristischen Praxis. Eine vollständige, sachgerechte und klar abgefasste Regelung der Rechte und Pflichten beider Parteien kann viel zu einer reibungslosen Abwicklung des Rechtsgeschäfts beitragen und mühsamen und bisweilen kostspieligen Streitigkeiten unter den Beteiligten wirksam vorbeugen. Die Regelungen müssen dabei nicht zwingend allesamt einzeln ausgehandelt werden. Rechtssicherheit kann auch durch den ergänzenden Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der einen oder anderen Vertragspartei geschaffen werden. Der Rückgriff auf dieses Mittel muss allerdings sorgfältig erfolgen. Einerseits ist sicherzustellen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen tatsächlich Geltung erlangen, und andererseits sind gewisse inhaltliche Schranken im Auge zu behalten.

Das nachstehende E-Book befasst sich mit ausgewählten, für Praktikerinnen und Praktiker nützlichen Aspekten in Zusammenhang mit der Aushandlung und der Ausgestaltung von komplexen, über das tägliche Geschäft hinausgehenden Verträgen. Der erste Teil ist dabei den Vertragsverhandlungen gewidmet und vermittelt nach einigen grundsätzlichen Bemerkungen zu dieser Thematik eine Übersicht über die möglichen Etappen bis zum angestrebten Vertragsabschluss und die dabei zur Anwendung gelangenden Instrumente. Der zweite Teil ist dem Aufbau und den wesentlichen Bestandteilen eines guten Vertrags gewidmet. Im dritten Teil wird sodann ein besonderes Augenmerk auf die wichtigsten Aspekte in Zusammenhang mit dem Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet.

Die Autoren,

Dr. Thomas Bähler und Dr. Anna-Antonina Gottret

# 1. Aushandeln von Verträgen

## 1.1 Allgemeines

Ursprung eines jeden Vertragsabschlusses ist der übereinstimmende Wille der involvierten Parteien zu einem bestimmten Leistungsaustausch. Diesen gilt es in der Folge zu konkretisieren. Ausserdem sind die Modalitäten zu klären, nach denen das Rechtsgeschäft abgewickelt werden soll.

Das Aushandeln eines vollständigen und unterschriftsreifen Vertrags nimmt bei komplexeren Rechtsgeschäften nicht selten viel Zeit in Anspruch. Ausserdem ist es bisweilen unumgänglich, dem potenziellen Vertragspartner bereits während dieser Verhandlungsphase Einblick in sensible Unterlagen zu gewähren. Um bereits in dieser Phase eine gewisse Rechtssicherheit und eine faire Ausgangslage für die Vertragsverhandlungen zu schaffen, werden in der Praxis deshalb häufig noch vor dem Abschluss des eigentlichen Vertrags gegenseitige Absichtserklärungen abgegeben und gewisse wichtige Punkte verbindlich geregelt.

Die nachfolgenden Ausführungen enthalten eine kurze Übersicht über die unterschiedlichen Etappen von Vertragsverhandlungen bzw. die dabei eingesetzten Instrumente.

## 1.2 Übersicht über die möglichen Etappen von Vertragsverhandlungen

Einigung über die Grundzüge der geplanten Geschäftsbeziehung und Ausarbeitung eines detaillierten und schriftlichen Vertrags.

Der erste Schritt bei der Aushandlung von Verträgen besteht in aller Regel darin, die Grundzüge der geplanten Geschäftsbeziehung mündlich auszuhandeln. Erst wenn die wichtigsten Parameter bekannt sind, kann mit der Ausarbeitung eines detaillierten und schriftlichen Vertragsentwurfs begonnen werden. Die andere Partei wird anschliessend Stellung nehmen und gegebenenfalls Änderungswünsche anbringen. Bis eine unterschriftsreife Version des Vertrags vorliegt, kann so einige Zeit verstreichen<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Siehe zum Ganzen etwa Locher, S. 9.

### 1.2.1 Absichtserklärung / Term Sheet / Vorvertrag

Um bereits während der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu erreichen, wird in der Praxis häufig ein **Letter of Intent** (LOI) unterzeichnet. Der Letter of Intent ist eine in der Regel schriftlich verfasste Erklärung, in der eine oder beide Parteien ihre ernsthafte Absicht bekunden, einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abzuschliessen<sup>2</sup>. Ausserdem können darin bereits gewisse Vertragspunkte wie die Struktur der Transaktion, der Preis, dessen Berechnungsformeln, das Zahlungsmittel oder andere wichtige Vertragsbedingungen festgehalten und/oder bestimmte Pflichten der Parteien während der Vertragsverhandlungen definiert werden<sup>3</sup>. Charakteristisch für den Letter of Intent ist, dass er die Parteien zwar zur Führung ernsthafter Verhandlungen verpflichtet, es grundsätzlich jedoch keine Rolle spielt, ob letztlich ein Vertrag zustande kommt oder nicht<sup>4</sup>. Im internationalen Geschäftsverkehr wird dies gelegentlich sogar ausdrücklich festgehalten (sog. Non-binding Clause)<sup>5</sup>.

Das **Term Sheet** ist im Grunde ebenfalls eine Absichtserklärung, geht aber etwas mehr ins Detail als der Letter of Intent. Beispielsweise zeigt es bereits die Gliederung des Vertrags und gibt einen stichwortartigen Überblick über bestimmte Regelungen, die die Parteien allenfalls bereits besprochen haben. Wie der Letter of Intent entfaltet jedoch auch das Term Sheet noch keine bindende Wirkung.

Konkreter und verbindlicher als der Letter of Intent und das Term Sheet ist der **Vorvertrag**. Der Vorvertrag verpflichtet die Parteien, in absehbarer Zeit einen Hauptvertrag abzuschliessen (Art. 22 Abs. 1 OR). Bedingung dafür ist jedoch, dass die wesentlichen Punkte des Hauptvertrags bereits bestimmt oder zumindest bestimmbar sind. Ausserdem muss bereits der Vorvertrag bestimmte formelle Anforderungen erfüllen, die gesetzlich für den Hauptvertrag vorgeschrieben sind (Art. 22 Abs. 2 OR)<sup>6</sup>. In der Praxis sind Vorverträge selten.

<sup>2</sup> Engel, S. 32; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Rz. 1100 m.w.H.

<sup>3</sup> Engel, S. 32 m.w.H.

<sup>4</sup> Engel, S. 32; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Rz. 1100.

<sup>5</sup> Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Rz. 1100 m.w.H.

<sup>6</sup> Einlässlich zum Ganzen etwa Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, Rz. 1074 ff. m.w.H.; Schwenzler, Rz. 26.04 ff. m.w.H.

### 1.2.2 Geheimhaltungsvereinbarung

Sollte eine Partei im Zuge der Vertragsverhandlungen der anderen Partei Einblick in sensible Unterlagen oder geheimes Know-how gewähren müssen, empfiehlt es sich, vorgängig eine Geheimhaltungsvereinbarung abzuschliessen (entweder als separates Dokument oder als Bestandteil des Letter of Intent). Die **Geheimhaltungsvereinbarung** garantiert der Partei, die Informationen offenlegt, dass diese vertraulich behandelt und von der empfangenden Partei nicht an Dritte weitergegeben oder zu anderen als den vereinbarten Zwecken verwendet werden. Bei Verstössen gegen die Geheimhaltungspflicht sieht die Vereinbarung in der Regel eine Konventionalstrafe vor<sup>7</sup>.

### 1.2.3 Signing und Closing

Abgeschlossen werden die Vertragsverhandlungen durch das **Signing** (die Unterzeichnung des definitiven Vertragstexts) und das anschliessende **Closing** (Vollzug des Rechtsgeschäfts).

<sup>7</sup> Einlässlich zum Ganzen etwa Lichtensteiger, S. 39 ff. m.w.H.



Verträge schaffen Klarheit beim Aussenhandel.



## 2. Aufbau und wesentliche Bestandteile eines guten Vertrags

### 2.1 Allgemeines

Bezüglich des Inhalts von Verträgen bestehen praktisch keine Einschränkungen. Das schweizerische Obligationenrecht belässt den Parteien diesbezüglich grösstmögliche Freiheit (Vertragsfreiheit). Lediglich Verträge, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, sind unzulässig und deshalb nichtig (Art. 19 und 20 OR). Trotz der vielfältigen Möglichkeiten hat sich in der Praxis jedoch ein bis zu einem gewissen Grad standardisierter Aufbau von Verträgen durchgesetzt. Dieser standardisierte Aufbau – sowie die wesentlichen Bestandteile eines jeden guten Vertrags – stellen wir im Folgenden kurz vor.

### 2.2 Übersicht über die wesentlichen Bestandteile eines guten Vertrags

#### 2.2.1 Präambel

Verträge werden häufig durch eine Präambel eingeleitet. Eine solche ist zwar nicht unbedingt notwendig, kann bei grösseren Verträgen jedoch wichtige und nützliche **Informationen für die Interpretation und das Verständnis des Vertrags** liefern. Es ist üblich, in der Präambel einerseits die Vertragsparteien kurz zu umschreiben und andererseits den Zweck des Vertrags zu skizzieren<sup>8</sup>.

#### 2.2.2 Vertragsgegenstand und Hauptleistungen

Den Kern eines jeden Vertrags bildet die Umschreibung des **Vertragsgegenstands** und der **Hauptleistungen** der beiden Parteien. Die Hauptleistungen sollten dabei möglichst detailliert umschrieben werden, damit im Hinblick auf die Pflichten beider Parteien möglichst keine Fragen offenbleiben. Nur so lässt sich später zweifelsfrei beurteilen, ob eine erbrachte Leistung vertragskonform ist oder eben nicht. Nötigenfalls kann dabei auch auf einen Anhang verwiesen werden (beispielsweise etwa für eine längere technische Spezifikation eines geschuldeten Werks).

Ebenfalls in diesen Teil gehören die Modalitäten der Vertragsabwicklung. Aus dem Vertrag muss klar hervorgehen, wann und in welcher Form die Leistungen zu erbringen sind<sup>9</sup>.

#### 2.2.3 Gewährleistung und Haftung

In jeden Vertrag gehören zudem die **Gewährleistungs-** und **Haftungsregeln**. Die Parteien müssen dabei insbesondere definieren, in welchem Ausmass sie Gewährleistungen abgeben bzw. Haftung übernehmen. Nicht fehlen dürfen darüber hinaus die einzelnen Gewährleistungsrechte und in welcher Form diese ausgeübt werden können.

<sup>8</sup> Locher, S. 7.

<sup>9</sup> Einlässlich zum Ganzen etwa Locher, S. 7.

#### 2.2.4 Dauer und Beendigung des Vertrags

Bei Dauerschuldverhältnissen sollte unbedingt geregelt werden, **wie lange** der **Vertrag** gültig bleibt sowie auf welchem Weg und unter welchen Fristen er unter ordentlichen oder ausserordentlichen Umständen aufgelöst werden kann.

#### 2.2.5 Schlussbestimmungen

In den Schlussbestimmungen werden alle übrigen Vereinbarungen aufgeführt. Üblicherweise handelt es sich dabei um weitgehend standardisierte Klauseln bezüglich einer Abänderung des Vertrags (Festlegung des Schriftformerfordernisses für Vertragsänderungen), die Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen (salvatorische Klausel), das anwendbare Recht und den Gerichtsstand. Ausserdem muss in den Schlussbestimmungen explizit auf allfällige Allgemeine Geschäftsbedingungen verwiesen werden<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Eine gute Übersicht über die gebräuchlichsten Standardklauseln findet sich etwa bei Lichtensteiger, S. 15 ff.



**Die Vertragsdauer darf in keinem Vertrag fehlen.**

## 3. Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

### 3.1 Einleitende Bemerkungen

Es ist nicht immer sinnvoll, sämtliche Modalitäten eines Rechtsgeschäfts einzeln auszuhandeln. Bei bestimmten Vertragsthemen lohnt es sich – z. B. aus rationellen Gründen –, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in den Vertrag einzubinden. Dadurch kann sichergestellt werden, dass die Geschäftsbeziehung möglichst umfassend geregelt ist. Damit AGB tatsächlich Geltung erlangen und zu einem integralen Vertragsbestandteil werden, sind jedoch gewisse Regeln zu beachten. Ausserdem müssen sich die Parteien bewusst sein, dass derartige Klauseln einer beschränkten Inhaltskontrolle durch die Gerichte unterliegen. Angesichts der genannten Vorteile des Einbezugs von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihrer Bedeutung im heutigen Wirtschaftsalltag gehen wir nachstehend etwas ausführlicher auf dieses Instrument ein.

### 3.2 Begriff und Bedeutung in der modernen Wirtschaftsordnung

Unter AGB versteht man in der Regel «für eine Vielzahl von Verträgen generell **vorformulierte Vertragsbestimmungen**, die eine Vertragspartei (Verwenderin) der anderen bei Abschluss des Vertrags stellt»<sup>11</sup>. Diese können von der Verwenderin selbst (z. B. Allgemeine Versicherungsbedingungen), einem Interessenverband (z. B. SIA-Normen) oder auch von einem Dritten (z. B. notariell vorformulierte Vertragsformulare) erstellt werden<sup>12</sup>. Wichtig für die Unterscheidung des Begriffs ist lediglich, dass diese Vertragsbedingungen nicht einzeln zwischen den Parteien ausgehandelt werden, sondern für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden<sup>13</sup>.

AGB sind ein **Kind der industriellen Revolution**<sup>14</sup>. Ursprünglich für Business-to-Consumer-Verträge entwickelt, werden sie heute immer öfter auch im Business-to-Business-Bereich verwendet. AGB finden sich heutzutage in allen Bereichen des modernen Wirtschaftslebens und sind nicht mehr wegzudenken<sup>15</sup>. Als gewissermassen selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft kommt ihnen im Rechtsverkehr eine herausragende Bedeutung zu; der Einbezug entsprechender Bestimmungen in schriftliche Verträge stellt heute nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel dar<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Schwenger, Rz. 44.01 m.w.H.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rz. 1116 ff. m.w.H.; Betschart, Rz. 199 m.w.H.; Buser-Gora, S. 5 m.w.H.; Perrig, S. 11 ff. m.w.H.; Ramstein/Kuster, S. 6 m.w.H.

<sup>12</sup> Schwenger, Rz. 44.01 m.w.H.

<sup>13</sup> Schwenger, Rz. 44.01 m.w.H.

<sup>14</sup> Schwenger, Rz. 44.02 m.w.H.

<sup>15</sup> Schwenger, Rz. 44.02 m.w.H.

<sup>16</sup> Perrig, S. 22 m.w.H.

### 3.3 Funktionen

AGB können verschiedene Funktionen erfüllen, wobei die einzelnen Effekte regelmässig ineinander übergreifen<sup>17</sup>:

Erstens kann mit AGB ein **Rationalisierungseffekt** erreicht werden. Die Vereinbarung einheitlicher Vertragsbestimmungen erleichtert einerseits die Vertragsgestaltung erheblich und verhindert andererseits, dass die Anbieter stets neue individuelle und massgeschneiderte Verträge aushandeln müssen. Beides führt zu einer Zeit- und Kostenersparnis<sup>18</sup>.

Zweitens ermöglichen AGB einen **Spezialisierungseffekt**. Das heisst, mit AGB kann das Rechtsverhältnis dort umfassend geregelt werden, wo das Gesetz häufig nur lückenhafte, unpassende oder gar keine dispositiven Normen bereithält<sup>19</sup>.

Schliesslich dienen AGB regelmässig der **Risikoüberwälzung**. Die Bestimmungen sind in aller Regel einseitig zugunsten des Anbieters formuliert, insbesondere hinsichtlich Gewährleistungs- und Haftungsfragen. Die Adressaten sind typischerweise eine unbestimmte Anzahl möglicher Geschäftspartner, die keinerlei Möglichkeit haben, auf die Gestaltung des Vertrags im Einzelnen Einfluss zu nehmen. Im Sinne von «take it or leave it» bleibt ihnen oft nur die Wahl, den vor geformten Inhalt unverändert zu übernehmen oder auf den Vertragsabschluss zu verzichten<sup>20</sup>. Kommt hinzu, dass die AGB in vielen Branchen weitgehend vereinheitlicht sind und deshalb auch ein Gang zur Konkurrenz nichts bringt<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Perrig, S. 22 m.w.H. Siehe auch Schwenger, Rz. 44.02 m.w.H.

<sup>18</sup> Schwenger, Rz. 44.02; Buser-Gora, S. 9.

<sup>19</sup> Schwenger, Rz. 44.02; Perrig, S. 23; Buser-Gora, S. 10.

<sup>20</sup> Zum Ganzen Schwenger, Rz. 44.02 f.

<sup>21</sup> Schwenger, Rz. 44.03.

### 3.4 Rechtlicher Rahmen für den Einbezug von AGB

#### 3.4.1 Allgemeines

Beim Einbezug von AGB in Verträge gibt es, wie eingangs erwähnt, bestimmte Stolpersteine, weshalb erhöhte Sorgfalt angebracht ist. Gerichte können im Einzelfall die Geltung, die Auslegung und den Inhalt von solchen vorformulierten Vertragsbedingungen überprüfen<sup>22</sup>.

#### 3.4.2 Geltungskontrolle

##### Allgemeines

AGB sind keine Rechtsnormen. Ihre Geltung beruht vielmehr immer auf Rechtsgeschäft, das heisst, sie werden nur Vertragsinhalt, wenn eine entsprechende, ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Willensübereinstimmung der Parteien vorliegt; die blosser Bekanntgabe einer Partei, dass die eigenen AGB Anwendung finden sollen, genügt nicht<sup>23</sup>.

Gebräuchlich und zulässig sind im Wesentlichen zwei Formen der Übernahme:

- einerseits die **ausdrückliche Übernahme**, bestehend aus einer expliziten Verweisung im konkreten Einzelvertrag unter gleichzeitiger physischer Inkorporierung der AGB als Vertragsanhang oder zumindest einer physischen Aushändigung der Bedingungen,
- andererseits die **konkludente Übernahme**, bestehend aus einer expliziten Verweisung unter Einräumung der Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen (z. B. durch Aushang der AGB im Ladenlokal, Auflage an der Kasse, Link auf Website usw.)<sup>24</sup>.

Im Übrigen ist darauf zu achten, dass AGB stets **im Voraus**, das heisst zeitlich vor dem Vertragsabschluss schriftlich niedergelegt werden. Die Gegenpartei muss **vor** dem Abschluss des konkreten Einzelvertrags die Gelegenheit haben, von den AGB Kenntnis zu nehmen, und diesen zustimmen<sup>25</sup>.

In der Praxis wird von den Gerichten im Sinne einer Geltungskontrolle regelmässig überprüft, ob die Standardklauseln überhaupt gültig übernommen und Vertragsbestandteil geworden sind.

Um diesbezügliche Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, drängt sich deshalb auf,

- im Vertrag ausdrücklich auf die Geltung der AGB zu verweisen und
- ausdrücklich festzuhalten, dass die Gegenpartei diese gelesen hat und einverstanden ist (gilt auch für Bestellformulare und dergleichen).

Alternativ zum ausdrücklichen Hinweis, dass die Gegenpartei die AGB gelesen und akzeptiert hat, kann sie diese auch unterzeichnen oder zumindest paraphieren.

<sup>22</sup> Betschart, Rz. 203 f.; Buser-Gora, S. 5; Perrig, S. 25 ff.

<sup>23</sup> Schwenger, Rz. 45.01; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rz. 1127 ff. Einlässlich zum Ganzen Perrig, S. 20 und 32 ff. m.w.H.

<sup>24</sup> Schwenger, Rz. 45.03 f.

<sup>25</sup> Betschart, Rz. 200; Schwenger, Rz. 45.03.

**«Battle of the Forms»**

Besondere Probleme können sich dort ergeben, wo beide Parteien dem Vertrag ihre jeweiligen AGB zugrunde zu legen versuchen (sog. **«Battle of the Forms»**).

Einer früher vorherrschenden Auffassung zufolge sollten in solchen Situationen jeweils die AGB jener Partei massgebend sein, die diese als letzte übersandt hatte («Theorie des letzten Wortes»). Wenn also zum Beispiel eine Ware versandt wird und dabei die Lieferbedingungen beigefügt werden, gilt dies gemäss dieser Regel als ein neuer Antrag, der vom Käufer mit Entgegennahme der Ware konkludent angenommen wurde (Art. 6 OR). Die jüngere Lehre lehnt diese Theorie indessen weitgehend ab. Stattdessen gilt Folgendes: Der Vertrag wird trotz der Kollision der AGB als grundsätzlich zustande gekommen betrachtet (Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte gemäss Art. 2 Abs. 1 OR). Enthalten die jeweiligen AGB übereinstimmende Klauseln, so gelten diese. Enthalten die AGB widersprechende Klauseln, liegt ein (Partial-)Dissens vor, sodass sich keine Partei mit ihren AGB durchzusetzen vermag. Die so entstandene Vertragslücke ist vom Gericht nach Art. 2 Abs. 2 OR zu erfüllen<sup>26</sup>.

**3.4.3 Auslegungskontrolle**

Die Auslegungskontrolle dient der Ermittlung des Sinns und Zwecks von AGB. Dabei gelten gegenüber der Auslegung von Vertragsbestimmungen zwei Besonderheiten:

- die erste Besonderheit besteht im **Vorrang von Individualabreden**; haben die Parteien individuell etwas vereinbart, was von den AGB abweicht, so geht diese individuelle Abrede der Regelung in den AGB grundsätzlich vor (es sei denn, eine vertragliche Hierarchieklausel sehe ausdrücklich den Vorrang der AGB vor)<sup>27</sup>;
- die zweite Besonderheit ist die **Unklarheitenregel**, die besagt, dass bei unklarem Auslegungsergebnis und wenn die Zweifel mittels der üblichen Auslegungsmittel nicht beseitigt werden können (aber nicht bereits, wenn die Auslegung streitig ist), AGB zuungunsten des Anbieters ausgelegt werden<sup>28</sup>.

Im Übrigen gelten grundsätzlich dieselben Auslegungsregeln wie für normale Vertragsbestimmungen<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Zum Ganzen Schwenger, Rz. 45.15.

<sup>27</sup> Schwenger, Rz. 45.09.

<sup>28</sup> Schwenger, Rz. 45.10 f.; Betschart, Rz. 203 f.; Buser-Gora, S. 13 und 121. Auch BGE 124 III 155, 158 f. m.w.H.

<sup>29</sup> Schwenger, Rz. 45.08;

### 3.4.4 Inhaltskontrolle

#### Allgemeine gesetzliche Schranken

AGB unterliegen – wie üblich bei Vertragsbedingungen – **den Grenzen des zwingenden Rechts**<sup>30</sup>. Bestimmungen, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, sind unzulässig und deshalb nichtig (Art. 19 und 20 OR). Im Rahmen der Inhaltskontrolle werden AGB daher zunächst einmal auf ihre Übereinstimmung mit dem zwingenden Recht überprüft und erforderlichenfalls entsprechend korrigiert<sup>31</sup>.

Das OR unterscheidet grundsätzlich nicht, ob eine Klausel individualvertraglich abgemacht oder in den AGB enthalten ist, oder welche Stellung die Parteien im Wirtschaftsleben einnehmen (die einzige Ausnahme stellen Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a dar, wonach die Vermieterin oder Verpächterin ihre Haftung wegen Mängeln der Sache nicht durch AGB ausser Kraft setzen kann)<sup>32</sup>.

#### Art. 8 UWG

Seit 1. April 2012 sind die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft, wonach unlautere Geschäftspraktiken konsequenter unterbunden werden sollen. Die neuen Bestimmungen sehen unter anderem vor, dass unlauter handelt, wer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen (Art. 8 UWG).

Nach dem früheren Recht hatte nur derjenige unlauter gehandelt, der AGB verwendete, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der gesetzlichen Ordnung abwichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsahen (Art. 8 UWG in der früheren Fassung). Entsprechend konnte durch eindeutige AGB-Klauseln und ausdrückliche Hinweise auf nachteilige Bestimmungen relativ leicht sichergestellt werden, dass AGB das Kriterium der Irreführung nicht erfüllen und dementsprechend auch nicht als unlauter qualifiziert wurden. Da die Irreführung nur anhand des konkreten Falls analysiert werden konnte, war eine abstrakte Inhaltskontrolle, die z. B. durch Konsumentenschutzorganisationen initiiert worden wäre, praktisch unmöglich<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Schwenger, Rz. 46.01.

<sup>31</sup> Betschart, Rz. 203 f.; Buser-Gora, S. 5.

<sup>32</sup> Schwenger, Rz. 46.01.

<sup>33</sup> Zum Ganzen Kurz & Bundig, 2/2012.

Ob die Revision insgesamt zu einer Verschärfung der AGB-Kontrolle durch die Gerichte führen wird, kann derzeit noch nicht abschliessend beurteilt werden. Zwar ermöglicht der neue Art. 8 UWG die Möglichkeit einer offenen Inhaltskontrolle. Wie weit diese künftig gehen wird, lässt sich jedoch momentan kaum verlässlich vorhersehen. Das neue Anknüpfungskriterium des Verstosses gegen Treu und Glauben ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in Zusammenhang mit AGB erst noch konkretisiert werden muss. Im Übrigen ist zu erwähnen, dass im Rahmen der Revision der Anwendungsbereich des lauterkeitsrechtlichen Kontrollinstrumentariums insofern eingeschränkt wurde, als künftig nur noch die Verwendung von AGB gegenüber Konsumenten erfasst wird. Im Verhältnis zwischen professionellen Marktteilnehmern verwendete AGB unterliegen keiner lauterkeitsrechtlichen Inhaltskontrolle mehr.

### 3.4.5 Schlusswort

Trotz zahlreicher politischer Bemühungen in den letzten Jahren verfügt die Schweiz bis dato über keine angemessene AGB-Normierung und hinkt in diesem Bereich dem europäischen Regelungsstandard massiv hinter<sup>34</sup>. Es bestehen weder gesetzliche Regelungen zur Geltungskontrolle von AGB noch zu einer allgemeinen Inhaltskontrolle missbräuchlicher AGB-Klauseln. Der einzige Versuch, einen gesetzlichen Rahmen für die Verwendung von AGB zu schaffen, wurde mit der Ausarbeitung von Art. 8 UWG unternommen. Wie weit man hier künftig gehen wird, lässt sich jedoch momentan nicht eindeutig beantworten.

<sup>34</sup> Perrig, S. 27 m.w.H.



**Schweizer Vertragsrecht ist international konkurrenzfähig.**



# Literaturverzeichnis

Buser-Gora Justyna, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich 2012 (zit. Buser-Gora)

Engel Daniel, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Basel 2007 (zit. Engel)

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger)

Lichtensteiger Simon, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Basel 2007 (zit. Lichtensteiger)

Locher Christoph, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Basel 2007 (zit. Locher)

Perrig Roman, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlung zu einem Swiss Code of Best Practice, Basel 2011 (zit. Perrig)

Ramstein Christoph/Kuster Matthias, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1995 (zit. Ramstein/Kuster)

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2009 Bern (zit. Schwenzer)

Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch (Musterverträge für die Praxis) (zit. Bearbeiter, in: Münch et al.)

ISBN 978-3-906201-54-2



9 783906 201542 >