



Generalversammlung und Tagung vom 4. April 2017
im Plenarsaal des Obergerichts des Kantons Zürich

Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Praxis

Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner
Handelsgericht Zürich



Inhaltsübersicht

1. **Grundbegriffe:** Wirtschafts-, Handels- und Konsumrecht
 - 1.1 Diagramm (insb. Handels- und Konsumrecht)
 - 1.2 Anwendungsbereich von revArt. 8 UWG
2. **Entwicklung** der AGB-Kontrolle 1981-2011
 - 2.1 Erste Phase (1981-1991)
 - 2.2 Zweite Phase (1991-2001)
 - 2.3 Dritte Phase (2001-2011 / 2011 UWG-Novelle / revArt. 8 UWG)
 - 2.4 Vierte Phase (2014 PI Flach / Revision Art. 8 UWG?)
3. **Vergleich** von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie
 - 3.1 Wortlaut von Art. 8 UWG
 - 3.2 Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG
 - 3.3 Folgerung: Konkretisierung mit Anhang Richtlinie 93/13/EWG
4. **Ausgewählte Praxis** (zur Rechtsprechung 2011-2016)
 - 4.1 AGB-Rechtsprechung im Konsumrecht (ZPO 6 III --> Art. 8 UWG)
 - 4.2 AGB-Rechtsprechung im Handelsrecht (ZPO 6 I-II --> BGer-Praxis)



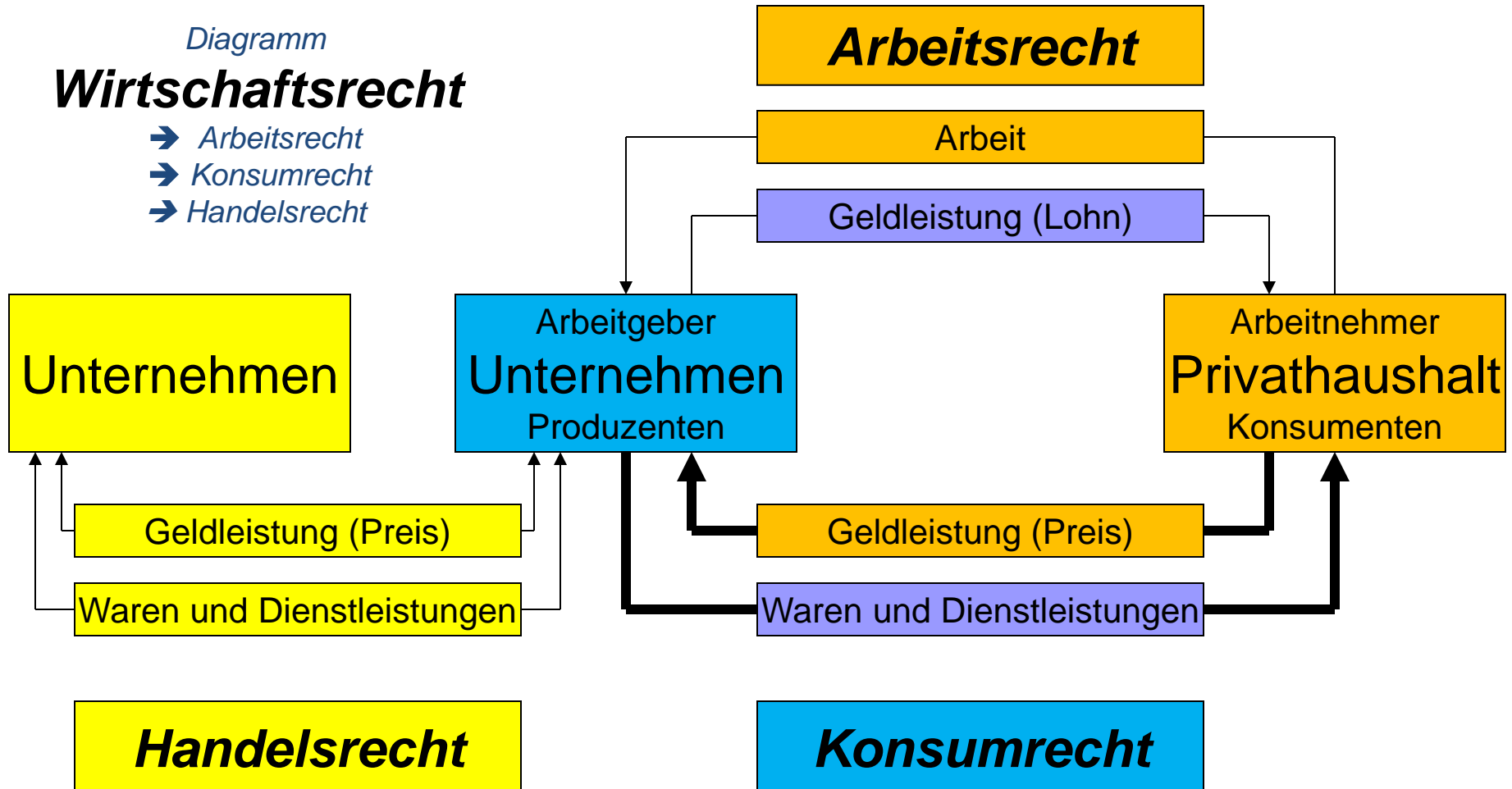
1. Grundbegriffe: Wirtschafts-, Handels- und Konsumrecht

1.1 Diagramm (insb. Handels- und Konsumrecht)

Diagramm

Wirtschaftsrecht

- ➔ *Arbeitsrecht*
- ➔ *Konsumrecht*
- ➔ *Handelsrecht*





1. Grundbegriffe: Wirtschafts-, Handels- und Konsumrecht

1.2 Anwendungsbereich von revArt. 8 UWG

Wirtschaftsrecht

- ➔ Arbeitsrecht (GAV=OR: Nicht UWG)
- ➔ Konsumrecht (**Art. 8 UWG**)
- ➔ Handelsrecht (Bundesgerichtspraxis)



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.1 Erste Phase (1981-1991)

Wirtschaftsverfassungsnorm BV 97 (1981: 31sexies)

1 Der Bund trifft Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.

2 Er erlässt Vorschriften über die Rechtsmittel, welche die Konsumentenorganisationen ergreifen können. Diesen Organisationen stehen im Bereich der Bundesgesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb die gleichen Rechte zu wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden.

3 Die Kantone sehen für Streitigkeiten bis zu einem bestimmten Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Gerichtsverfahren vor. Der Bundesrat legt die Streitwertgrenze fest.



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.1 Erste Phase (1981-1991)

BV-Rechtsfolge: Gesetzgebungsauftrag auch bei AGB
UWG-Expertenkommission 1980 (Vorsitz Walter R. Schluep):

"**Art. 7 UWG**, Allgemeine Geschäftsbedingungen (neu):
Unlauter handelt, wer vorformulierte allgemeine
Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil des
Kunden von der gesetzlichen Ordnung abweichen und es
diesem durch ihre Darstellung oder durch ihren Inhalt
wesentlich erschweren, sich ein Urteil über den Wert des
Angebots zu bilden oder es mit anderen Angeboten zu
vergleichen."



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.1 Erste Phase (1981-1991)

BV-Rechtsfolge: Gesetzgebungsauftrag auch bei AGB

UWG-Botschaft vom 18. Mai 1983

"**Art. 8** (Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen)
Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine
Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil einer
Vertragspartei (a.) von der unmittelbar oder sinngemäss
anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
(b.) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende
Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen."

UWG-Novelle 1986: Einfügung "Irreführung" (= Paper-Rule)



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.2 Zweite Phase (1991-2001)

Versuche zur Anpassung der UWG 8 - Paper-Rule

Motion LEEMANN vom 16.12.1994

Begründung: Kompatibilität mit EU-Recht (vgl. RL 93/13/EWG)

Als Postulat überwiesen und ohne Folge abgeschrieben

Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für
Konsumentenfragen (EKK) betreffend Allgemeine
Geschäftsbedingungen vom 12. Juni 1997

Begründung: Kompatibilität mit EU-Recht (vgl. RL 93/13/EWG)

An Bundesrat überwiesen, ohne weitere Folgen



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.3 Dritte Phase (2001-2011 / 2011 UWG-Novelle)

- Parlamentarische Initiative Simonetta Sommaruga 2002
- EKK-Empfehlung 2003 (u.a. *Art. 21b OR*)
- KSchG - Expertenentwurf 2003
- Motion Doris Leuthard 2003
- VVG - Totalrevision Vorentwurf 2006
- Parlamentarische Initiative Simonetta Sommaruga 2006

Begründung: Kompatibilität mit EU-Recht (vgl. **RL 93/13/EWG**)

Stets intensive Auseinandersetzungen auf Bundesebene

Vgl. Brunner, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer, AGB nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, 13 ff.



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.3 Dritte Phase (2001-2011 / 2011 UWG-Novelle)

UWG-Botschaft 2009

UWG 8: Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

"Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise: (a.) von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder (b.) ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen."

Beachten: *Botschaft:* **Keine** Begrenzung auf das Konsumrecht
In den *Beratungen des Parlaments* Bezugnahme auf **EU-Recht**



2. Entwicklung der AGB-Kontrolle 1981-2011

2.4 Vierte Phase (2014 PI Flach / Revision Art. 8 UWG?)

Parlamentarische Initiative Beat Flach 23.09.2014 - 14.440

Artikel 8 UWG. 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." *(PI streicht roten Text)*

Beachten: Wie *Botschaft*: **Keine** Begrenzung auf Konsumrecht und **damit Einbezug auch der KMU**. Siehe Folie **3=12**



1. Grundbegriffe: Wirtschafts-, Handels- und Konsumrecht

1.1 Diagramm (insb. Handels- und Konsumrecht)

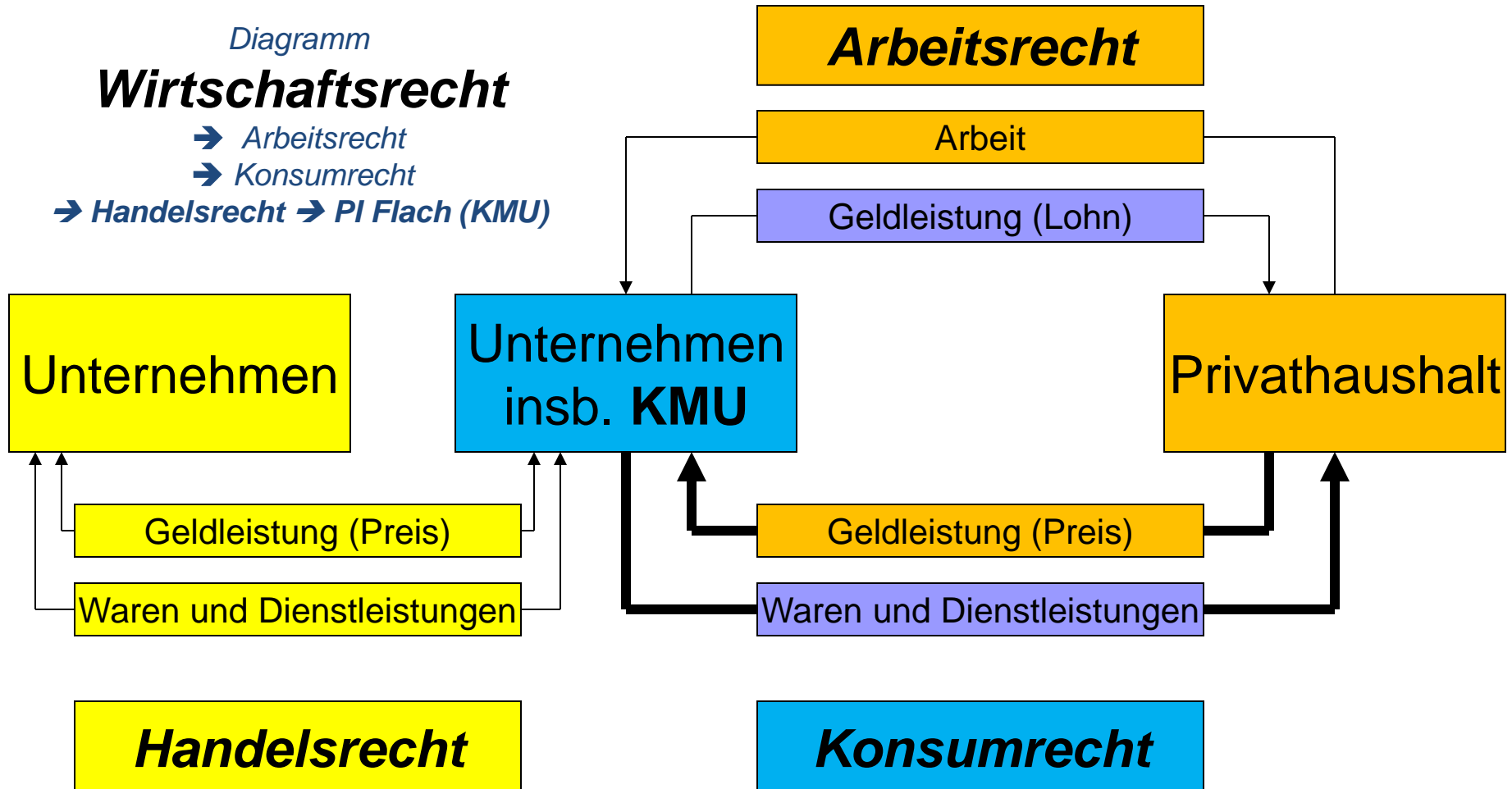
Diagramm

Wirtschaftsrecht

➔ Arbeitsrecht

➔ Konsumrecht

➔ Handelsrecht ➔ PI Flach (KMU)





3. Vergleich von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie

3.1 Wortlaut von Art. 8 UWG

Art. 8 UWG (in Kraft seit 01.07.2012)

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.



3. Vergleich von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie

3.2 Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie 93/13/EWG

Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG

Eine **Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt** wurde, ist als **missbräuchlich** anzusehen, wenn sie **entgegen dem Gebot von Treu und Glauben** zum Nachteil des Verbrauchers ein **erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten** der Vertragspartner verursacht.



3. Vergleich von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie

3.3 Folgerung: Konkretisierung durch Anhang RL 93/13/EWG

AGB (CH)

Klausel nicht im einzelnen ausgehandelt (EU)

Unlauter handelt insbesondere (CH)

als **missbräuchlich** anzusehen (EU)

Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten (CH)

Nachteil des Verbrauchers (EU)

in Treu und Glauben verletzender Weise (CH)

entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (EU)



3. **Vergleich** von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie

3.3 Folgerung: Konkretisierung durch Anhang RL 93/13/EWG

erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten **(CH)**

erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten **(EU)**

Folgerung: Inhaltlich **identische Norm** = Qualifikation UWG 8

- Grammatikalische Auslegung = Wortlaut (klar)
- Historische Auslegung = EU-Kompatibilität (Entwicklung)
- Systematische Auslegung = CH-Einpassung ZGB 2/UWG 2
- Teleologische Auslegung = Konkretisierung Missbrauch



3. Vergleich von Art. 8 UWG und Art. 3 Abs. 1 EU-Richtlinie

3.3 Folgerung: Konkretisierung durch Anhang RL 93/13/EWG

Folgerung: Inhaltlich **identische Norm** = Qualifikation UWG 8
Berücksichtigung des Anhangs RL 93/13/EWG

Art. 3 Abs. 3 EU-RL: "Der Anhang enthält eine **als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln**, die für missbräuchlich erklärt werden können." vgl. bspw.:

- Haftungsausschluss bei Personenschäden - Leben / Körperverletzung (1a)
- Ungebührliche Beschränkung der Einrede der Vertrags-Nichterfüllung (1b)
- Unverhältnismässige Konventionalstrafe (1e)
- Kurzfristige vorzeitige Anbieter-Kündigung eines unbefristeten Vertrags (1g)
- Automatische Vertragsverlängerung durch Willensfiktion (1h)
- Einseitige Vertragsänderung ohne triftige Gründe (1j) etc etc



4. Ausgewählte Praxis (zur Rechtsprechung 2011-2016)

4.1 AGB-Rechtsprechung im **Konsumrecht** (Art. 8 UWG)

Hinweis: zur Zeit noch **wenige publizierte Entscheide**

OGer ZH, Urteil vom 29.05.2015, NP150010

Software-Lizenzvertrag zwischen Anbieter/Konsument

Feste Laufzeit 5 Jahre nicht unlauter. Keine Rückzahlung Lizenzgebühr bei vorzeitiger Kündigung durch Konsumenten

KGer GR, Urteil 23.12.2014, ZK2 14 3 (BGer bestätigt)

Deckungsausschluss der Versicherung bei Verlegung des versicherten Wohnanhängers ins Ausland

Prüfung von UWG 8, aber intertemporal nach alter Fassung von UWG 8



4. Ausgewählte Praxis (zur Rechtsprechung 2011-2016)

4.1 AGB-Rechtsprechung im **Konsumrecht** (Art. 8 UWG)

BGer, Urteil vom 15.07.2014, 4A_475/2013 = BGE 140 III 404
Automatische Vertragsverlängerung nach Ziff. 5 der AGB bei
Abonnementsvertrag mit Fitness-Studio, intertemporales Recht
und Geltung des alten UWG 8.

Anwendung der Prolongationsklausel unter Bestätigung der Willensfiktion

BGer, Urteil vom 18.12.2008, 4A_404/2008

Leading case zum Leasingvertrag: Altes Recht, UWG 8 nicht
angewendet, aber laufende AGB-Gesetzgebung berücksichtigt.

Keine geltungserhaltende Reduktion der nichtigen Klauseln auf das
zulässige Mass.



4. Ausgewählte Praxis (zur Rechtsprechung 2011-2016)

4.2 AGB-Rechtsprechung im **Handelsrecht**

HGer ZH, Urteil vom 17.12.2014, HG130060

Klage auf Leistung von Leasinggebühren trotz nicht funktionierendem Geolokalisierungssystem (Unternehmen ca. Unternehmen)

Ausdrücklich: Kein Konsumentenstreit, keine Anwendung von UWG 8

HGer ZH, Urteil vom 16.05.2014, HG100147

Rückgrifforderung Gebäudeversicherer gegen Haftpflichtversicherer nach Entschädigung des Eigentümers nach Brandverursachung durch Dritten (Streitberufener)

Beklagte beruft sich auf Verletzung der AVB- Obhutsklausel (keine Deckung von Schäden an hinzu gemieteten Lagerräumen). Keine ungewöhnliche Klausel. Keine Überprüfung nach UWG 8.



4. Ausgewählte Praxis (zur Rechtsprechung 2011-2016)

4.2 AGB-Rechtsprechung (Fortsetzung)

HGer ZH, Urteil vom 24.03.2015, HG120067

Privatperson und deren offshore-Gesellschaft in Panama
Banken-AGB - Willensfiktion bei "banklagernd"

Gelten die nur banklagernd abgelegten Mitteilungen ?

Trotz Geltung von UWG 8 - Willensfiktion massgebend
Vergleichsverhandlung vom 4. Dezember 2012



4. Ausgewählte Praxis (zur Rechtsprechung 2011-2016)

4.2 AGB-Rechtsprechung (**Fortsetzung**)

Kathrin **Klett** / Christoph **Hurni**, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.

Lead zum Aufsatz: "Mit dem revidierten Art. 8 UWG hat der Gesetzgeber die Tür für eine richterliche Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten geöffnet. Im nachfolgenden Beitrag werden die Eckpunkte der bisherigen AGB-Geltungskontrolle rekapituliert, welche das Bundesgericht in einer über hundertjährigen Praxis definiert hat. Namentlich an den dabei entwickelten Grundsätzen über geschäftsfremde und die übernehmende Partei belastende Klauseln wird sich die Praxis auch bei der ab Mitte 2012 möglichen Inhaltskontrolle orientieren können."

Schriftliche Fassung eines Vortrags, den die erstgenannte Autorin anlässlich der Tagung der Stiftung juristische Weiterbildung Zürich vom 21. März 2012 gehalten hat.