

# Rechtslehre Doctrine Dottrina

## Die Typografische Rechtsprechung gilt weiterhin

FRANÇOIS BOHNET\*

**Schlagworte:** Typografische Rechtsprechung; Ungewöhnlichkeitsregel; Vertrauensprinzip; Allgemeine Geschäftsbedingungen; teilzwingende Gerichtsstände

**Mots clés:** Jurisprudence typographique; clause insolite; principe de la confiance; conditions générales; for partiellement impératifs

**Parole chiave:** Giurisprudenza tipografica; clausola inabituale; principio dell'affidamento; condizioni generali; fori parzialmente imperativi

### Zusammenfassung

Die typografische Rechtsprechung wurzelt im Vertrauensprinzip laut Art. 2 Abs. 2 ZGB und gilt als Ursprung der Ungewöhnlichkeitsregel. Nach der hier vertretenen Auffassung untersteht die Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO), wie alle Prozessverträge, weiterhin den Auslegungsregeln der Art. 18 Abs. 1 OR und 2 Abs. 1 ZGB sowie auch der Ungewöhnlichkeitsregel.

### Résumé

La jurisprudence typographique trouve son fondement dans le principe de la confiance tiré de l'art. 2 al. 2 CC et est à l'origine de la règle de l'insolite. Selon l'auteur du présent article, l'élection de for (art. 17 CPC) demeure, comme toute convention de procédure, soumise aux règles d'interprétation des art. 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC et à la règle de l'insolite.

### Riassunto

La giurisprudenza tipografica trova il suo fondamento nel principio dell'affidamento dedotto dall'art. 2 cpv. 2 CC ed è all'origine della regola della clausola inabituale. Secondo l'autore del presente articolo, la proroga di foro (art. 17 CPC) sottostà, come ogni accordo procedurale, alle regole d'interpretazione degli art. 18 cpv. 1 CO e 2 cpv. 1 CC, nonché alla regola della clausola inabituale.

---

\* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Professor an der Universität Neuchâtel sowie Mit-Herausgeber dieser Zeitschrift. Ich danke Herrn Xavier Fitz, M.Law., für die Übersetzung des vorliegenden Artikels.

## I. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes (im Folgenden: *GestG*), doch spätestens seit der schweizweiten Einführung der vereinheitlichten Zivilprozessordnung (im Folgenden: *ZPO*), hält ein Teil der Lehre<sup>1</sup> die sogenannte «typografische Rechtsprechung» des Bundesgerichts<sup>2</sup> für nicht mehr anwendbar. Die typografische Rechtsprechung schützt den geschäftlich unerfahreneren Vertragspartner vor in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden: *AGB*) enthaltenen Gerichtsstandsklauseln, die ihm nicht hinreichend zur Kenntnis gebracht worden sind. Laut diesem Teil der Lehre wäre der durch diese Rechtsprechung gebotene Schutz seit der Einführung der teilzwingenden Gerichtsstände nicht mehr notwendig.

Dieser Teil der Lehre bezieht sich vor allem auf ein Zitat aus der bundesrätlichen Botschaft zum damaligen Gerichtsstandsgesetz<sup>3</sup>. Unseres Wissens berücksichtigt diese Argumentation indes weder die Entstehungsgeschichte noch die rechtlichen Grundlagen der typografischen Rechtsprechung.

Demgegenüber hält das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung, welche es wiederholt bestätigt hat<sup>4</sup>, weiterhin fest, ohne jedoch die eben erwähnte Debatte jemals angesprochen zu haben. Es erscheint daher angebracht, uns dieser Frage durch eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte, der Grundlagen sowie der weiteren Entwicklung dieser Praxis anzunehmen, um diese sodann mit den heute geltenden Normen zu konfrontieren.

## II. Grundlagen und Entstehung der typografischen Rechtsprechung

Die typografische Rechtsprechung entstammt dem gesetzgeberischen Willen, ungewöhnliche AGB-Klauseln zu bekämpfen. Ihre Tragweite zu verstehen setzt voraus, vorab den Begriff der «ungewöhnlichen AGB-Klausel» eingehender zu definieren.

### 1. Ungewöhnliche AGB-Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel)

Nach der Rechtsprechung ist der Vertragspartner laut Art. 1 OR rechtlich an die in den AGB enthaltenen Bestimmungen gebunden, ob er sie nun gänzlich gelesen und verstanden hat (*Vollübernahme*) oder nicht (*Globalübernahme*)<sup>5</sup>. Eine Globalüber-

1 REETZ PETER, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel 2001, Nr 28 zu Art. 9; WIRTH MARKUS, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Nr 49 zu Art. 9; BERNHARD BERGER, GestG-Kommentar, 2. Ausg. Bern 2005, Nr 61 ff. zu Art. 9. Zeitens der ZPO, siehe: BSK ZPO-INFANGER, Nr 31 zu Art. 17; CPC-HALDY, Nr 18 zu Art. 18.

2 BGer, SJ 1997 329; BGE 118 Ia 294; 109 Ia 55 E. 3; 104 Ia 278. 3; 93 I 323 E. 5.

3 BBl 1998 2850.

4 TF SZZP 2012, S. 35 und Hinweise; BGE 128 I 273 E. 2.3.

5 BGer, Entscheid 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGer, SJ 1996 623; BGE 119 II 443 E. 1a; 108 II 416 E. 1b; 76 I 338 E. 4 (betreffend eine Schiedsklausel).

nahme liegt nicht nur dann vor, wenn der Vertragspartner von den AGB keine Kenntnis nimmt, sondern auch dann, wenn er sie zwar liest, aber nicht versteht.<sup>6</sup>

Ausgenommen von der pauschalen Zustimmung des Vertragspartners zu AGB sind *ungewöhnliche Klauseln*, sofern auf deren Vorhandensein der schwächere oder weniger geschäftsbewandte Vertragspartner nicht hinreichend hingewiesen wurde. Durch diese, Ungewöhnlichkeitsregel<sup>7</sup> genannte, Praxis wird eine solche überraschende Klausel nicht von der Zustimmung des Vertragspartners erfasst, sondern vom Vertrag ausgeschlossen: sie gilt als nichtig.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht leitet diese Regel aus dem *Vertrauensprinzip* ab<sup>9</sup>, laut welchem der Verfasser von AGB davon ausgehen muss, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.<sup>10</sup>

Eine Klausel gilt insofern als *ungewöhnlich*, als dass sie vom Inhalt dem Geschäftstypus nach nicht üblich ist und somit die Substanz des Rechtsgeschäftes grundlegend verändert, bzw. dass sie über den gewöhnlichen Rahmen des Vertrages hinausgeht (*objektive Ungewöhnlichkeit*). Auch soll sie, entsprechend den persönlichen Vorstellungen und Erwartungen des – im Prinzip schwächeren oder unerfahreneren<sup>11</sup> – Vertragspartners zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses überraschend wirken, soweit diese bei Vertragsabschluss für die andere Partei erkennbar gewesen wären (*subjektive Ungewöhnlichkeit*, sog. *Überraschungseffekt*. Sinngleiche, wenn auch bildhaftere Bezeichnungen sind *Überrumpelungs-* oder *Übertölpelungseffekt*)<sup>12</sup>.

Im Übrigen, je mehr eine *Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Vertragspartners* gegeben ist, desto mehr rechtfertigt sich die Annahme ihrer Ungewöhnlichkeit<sup>13</sup>. Somit verschiebt sich der Schwerpunkt der Analyse unweigerlich von der Interpretation des Willens der Vertragspartner zur Inhaltskontrolle von AGB-Bestimmungen. Mithin wurde oft von einer *verdeckten AGB-Inhaltskontrolle* gesprochen<sup>14</sup>.

6 Siehe BGer 4A\_187/2007 E. 5.4.1 und dessen ausführliche Analyse durch PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Nr 6 n. 16. Siehe auch MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, ZSR 128 I 497, S. 519.

7 BGE 135 III 1, E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; BGer, Entscheid 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.3.

8 BGE 119 II 443 E. 1a.

9 BGE 109 II 452 E. 4–5. Siehe auch BGer, Entscheid 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006.

10 BGE 135 III 1, E. 2.1; 119 II 443 E. 1a.

11 Bezüglich des Begriffs der schwächeren Vertragspartei, siehe BGE 109 II 452 E. 5b: «Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet.»

12 BGer, Entscheid 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006, E. 2; BGE 109 II 452 E. 5b.

13 BGE 135 III 1, E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; 109 II 452 E. 4 *in fine*; BGer, Entscheid 4C.427/2005 vom 4. Mai 2006 E. 2; BGer, Entscheid 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005, E. 2; BGer, Entscheid 4C.538/1996 vom 5. August 1997.

14 BGE 135 III 1, E. 2.2 und Hinweise; 135 III 225, E. 1.3; SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012 1, S. 2.

## 2. AGB und typografische Rechtsprechung

Im Bezug auf Gerichtsstandsklauseln entstand die sogenannte *typografische Rechtsprechung*<sup>15</sup>. Diese wurde als Reaktion auf die Problematik von in AGB enthaltenen Gerichtsstandsklauseln entwickelt. Die typografische Rechtsprechung ging der allgemeineren Ungewöhnlichkeitsregel, welche anfangs der 80<sup>er</sup> Jahre durch namhafte Entscheide gebildet wurde<sup>16</sup> und mit welcher sie natürlich verbunden ist, zeitlich sogar voran, wie es ein Entscheid von 1983 erwähnt<sup>17</sup>. Das Bundesgericht hat dabei Gerichtsstandsklauseln ausdrücklich als «in der Regel geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmungen»<sup>18</sup> bezeichnet. Zudem widersprechen diese Klauseln der in Art. 30 Abs. 2 BV enthaltenen verfassungsrechtlichen Garantie<sup>19</sup>.

Gemäss dem Vertrauensprinzip darf der Verfasser einer solchen AGB-Klausel die Zustimmung des Vertragspartners nur dann annehmen, wenn er, nach den Umständen bei Vertragsabschluss zu urteilen, berechtigt ist, von der effektiven Kenntnisnahme und Verständnis der Tragweite der Gerichtsstandsklausel seitens des Vertragspartners auszugehen<sup>20</sup>. Dies setzt voraus, dass die AGB dem Vertragspartner tatsächlich übergeben wurden<sup>21</sup> und dass die Klausel an einer für den Verzichtenden gut sichtbaren Stelle angebracht ist und hervortritt (*objektive Bedingung*)<sup>22</sup>. Zudem sind bei dieser Beurteilung die konkreten Erfahrungen des jeweiligen Vertragspartners zu berücksichtigen, wobei es nicht ausreicht, pauschal zwischen geschäftskundigen Personen mit Rechtskenntnissen und unerfahrenen Personen ohne Rechtskenntnisse zu unterscheiden (*subjektive Bedingung*)<sup>23</sup>.

Kurzum: die Gültigkeit einer Gerichtsstandsklausel, welche vom Bundesgericht als inhärent überraschend qualifiziert wird<sup>24</sup>, hängt von der formellen Klarheit und Verständlichkeit der Klausel sowie der persönlichen Situation des Vertragspartners ab (sei er nun geschäftskundig, ein «Normalverbraucher» oder unbewandert). Werden die AGB dem Vertragspartner nicht übergeben, so darf der Verfasser von vorformulierten AGB-Klauseln erst recht nicht von der Zustimmung seines Vertragspartners ausgehen, womit die Gerichtsstandsklausel ungeachtet der auf den Vertragspartner konkret bezogenen Kriterien als nichtig gälte<sup>25</sup>.

15 BGer, SJ 1997 329; BGE 118 Ia 294; 109 Ia 55 E. 3; 104 Ia 278. 3; 93 I 323 E. 5.

16 BGE 109 II 452 E. 4; 109 II 118; 109 II 216; 108 II 408.

17 BGE 109 II 213 E. 2a; Siehe Hinweise in BGE 104 Ia 278, E. 3. Siehe auch BGer, Entscheid 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3, welche die Gemeinsamkeiten der beiden Praxisen behandelt.

18 BGE 104 Ia 278, E. 3, und die zahlreichen Verweise. Jüngst: BGer SZZP 2012 35.

19 BGer SZZP 2012, S. 35, nimmt sich der Frage unter dem Lichte der neuen Bundesverfassung an.

20 BGer, SJ 1997 329; BGE 118 Ia 294; 109 Ia 55 E. 3; 104 Ia 278. 3; 93 I 323 E. 5.

21 BGer, SZZP 2012, S. 35.

22 BGE 118 Ia 294; 128 I 273 E. 2.3.

23 BGE 109 Ia 55 E. 3, welcher BGE 104 Ia 278, E. 3 präzisiert.

24 BGer, SZZP 2012, S. 35, welcher auf BGE 104 Ia 278, E. 3 beruht.

25 BGer, SZZP 2012, S. 35; BGer, Entscheid 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3; BGE 128 I 273 E. 2.3.

### III. Aktuelle Rechtfertigung der typografischen Rechtsprechung

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, die typografische Rechtsprechung sei seit der Einführung der teilzwingenden Gerichtsstände nicht mehr anwendbar<sup>26</sup>.

Die teilzwingenden Gerichtsstände schützen die (strukturell) als schwächergestellt vermutete Vertragspartei in Rechtsbereichen, in welchen der Gesetzgeber eine soziale Verantwortung übernimmt. Der Art. 35 ZPO garantiert das Recht des *Mieters und Pächters* auf den entsprechenden mietrechtlichen Gerichtsstand (35 Abs. 1 lit. b und c ZPO), aber auch das des *Arbeitnehmers* (35 Abs. 1 lit. d ZPO) sowie den des *Konsumenten* (35 Abs. 1 lit. a ZPO), dies indes nur sofern der Konsumentenvertrag das Kriterium des «üblichen Verbrauchs» i.S.v. Art. 32 ZPO erfüllt. Gemäss Art. 35 ZPO ist der Verzicht auf diese Gerichtsstände (sei er nun im Vertrag selber oder in den beigelegten AGB vorgesehen) sowohl im Voraus als auch per Einlassung nichtig. Die nach Entstehung der Streitigkeit vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung bildet hierbei die einzige, ausdrücklich gestattete, Ausnahme (Art. 35 Abs. 2 ZPO).

Eine Gerichtsstandsklausel ist dem Mieter, dem Arbeitnehmer und dem Konsumenten (sofern das Kriterium der Üblichkeit erfüllt ist) gegenüber nicht durchsetzbar. Hingegen verpflichtet sie den Vermieter, den Arbeitgeber und den Lieferanten, gegen welche am gewählten Gerichtsstand geklagt werden kann, da der Schutz von Art. 35 ZPO ausdrücklich auf die jeweils schwächere Vertragspartei beschränkt ist.<sup>27</sup>

Der den Konsumenten gebotene, spezifische Rechtsschutz ist unvollständig. Im Gegensatz u.a. zum französischen<sup>28</sup>, deutschen<sup>29</sup> und österreichischen<sup>30</sup> Recht, welche das Regelungsgehalt der EWG-Richtlinie 93/13 in ihre jeweiligen Rechtsordnungen aufgenommen haben, beschränkt Art. 32 ZPO seine Tragweite auf den sog. «üblichen» Verbrauch bzw. Bedarf, welchen Art. 32 Abs. 2 ZPO definiert<sup>31</sup>.

Für die «unüblichen» Konsumentenverträge bietet die ZPO also keinen besonderen Schutz. Die Gerichtsstandsvereinbarung soll lediglich die aus einem bestimm-

<sup>26</sup> Siehe oben, I., S. 452.

<sup>27</sup> BGE 137 III 311; TF, SZP 2006, S. 240.

<sup>28</sup> Siehe Art. 132–1 vom frz. *Code de consommation*; die frz. Praxis, die anfangs noch ein weites Verständnis des Konsums verteidigte (Cass. 1<sup>o</sup> civ., 28. April 1987), nahm mit der Zeit eine restriktivere Ansicht an (siehe Cass. 1<sup>o</sup> civ., 24. November 1993). Schliesslich wurde diese strengere Auffassung mit der Argumentation des EuGH (Entscheidung vom 22. November 2001) ergänzt und verstärkt (Cass. 1<sup>o</sup> civ., 1. März 2005).

<sup>29</sup> Gemäss § 13 BGB ist eine Person dann schon Verbraucher, wenn sie ein Rechtsgeschäft abschliesst, das nicht seiner gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit zugeordnet werden kann, ungeachtet jeglicher Üblichkeit des Rechtsgeschäftes.

<sup>30</sup> Das österreichische Konsumentenschutzgesetz, § 1 Abs. 1 Z 1 f., kennt weniger restriktive Bedingungen als etwa das deutsche Recht, als das schweizerische Recht ohnehin: man ist als Verbraucher geschützt, sobald man ausserhalb der Tätigkeit seines Betriebs handelt. Juristische Personen, wie z.B. ein Idealverein, können somit diesen Schutz geniessen – was die Richtlinie 93/13/EWG, die nur einen *Mindestschutz* vorschreibt, auch erlaubt.

<sup>31</sup> BGE 132 III 272 E. 2.2.2., «(...) Der Anwendungsbereich ist eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs». Siehe STÖCKLI HUBERT, Der neue Artikel 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für Alle, BR 2011 184, n. 23 samt Hinweisen.

ten Rechtsverhältnis entstehenden Ansprüche betreffen (Art. 17 Abs. 2 ZPO)<sup>32</sup>, in schriftlicher Form i.S.v. Art. 12 ff OR, oder in jeder anderen, schriftlich nachweisbaren Art erfolgen (Art. 17 Abs. 2 ZPO). Eine Anfechtung einer – vor allem in AGB enthaltenen – Gerichtsstandsvereinbarung würde dann lediglich auf die ZGB, OR und im neuen Art. 8 UWG<sup>33</sup> enthaltenen Verfügungen gestützt erfolgen können.

Die typografische Rechtsprechung wurzelt im Vertrauensprinzip laut Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>34</sup> und gilt als Ursprung der Ungewöhnlichkeitsregel<sup>35</sup>. Das – vom Gesetzgeber abstrakt gedachte – Vertrauensprinzip kann mithin bei Prozessverträgen nicht in Frage gestellt werden<sup>36</sup>, umso weniger, als es nun im Art. 52 ZPO<sup>37</sup> formell verankert ist.

Die Ungewöhnlichkeitsregel und die typografische Rechtsprechung entstammen einem völlig anderen Kontext als die teilzwingenden Gerichtsstände. Letztere sind Bestandteile eines gesetzlichen Verbotsgebildes, welche die Nichtigkeit des vorab oder im Nachhinein vereinbarten Verzichts auf den gesetzlichen Gerichtsstand vorsieht. Die typografische Rechtsprechung und die Ungewöhnlichkeitsregel teilen jedoch das Merkmal, dass bei beiden das Augenmerk auf die Prüfung gelegt wird, ob eine Übernahme einer in AGB enthaltenen Gerichtsstandsklausel in den Grundvertrag vorliegt.

Seit Inkrafttreten des GestGe, sowie später der neuen ZPO, hatte das Bundesgericht mehrmals Gelegenheit, die Anwendung der typografischen Rechtsprechung zu bestätigen<sup>38</sup>. Es wäre höchst widersprüchlich, wenn sich die vom Bundesgericht als ungewöhnlich bezeichneten Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>39</sup> jeglicher rechtlicher Kontrolle (mit Ausnahme der in Art. 35 ZPO vorgesehenen Konsumenten, Mieter und Arbeitnehmer) entziehen könnten.

Nach der hier vertretenen Auffassung untersteht die Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO), wie alle Prozessverträge, weiterhin den Auslegungsregeln der Art. 18 Abs. 1 OR und 2 Abs. 1 ZGB sowie auch der Ungewöhnlichkeitsregel. So wäre es zum Beispiel inkohärent, einen Einzelhändler, der Waren für sein Geschäft kauft, zur Erfüllung einer nicht hervorgehobenen und in der Mitte der AGB stehenden Gerichtsstandsklausel anzuhalten. Dem ist ebenfalls so, wenn der Vertrag über den Rahmen des üblichen Verbrauchs hinausgeht.

32 BGer, SZZP 2007, S. 6; BBl 1998 2850; WIRTH MARKUS, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N. 29 zu Art. 9; REETZ PETER, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel 2001, N 8 zu Art. 9; BSK ZPO-INFANGER, N 17 zu Art. 17; SG ZPO-FÜLLEMANN, N 11 zu Art. 17. Siehe sogleich MICHAEL WIDMER/TIMO LEIS, Zuständigkeit gemäss ZPO im Immaterialgüterrechtsprozess, sic! 2012 365.

33 Siehe FRANÇOIS BOHNET, Les clause procédurales abusives, in: Bohnet (Hrsg.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuenburg/Basel 2012.

34 Siehe die Analyse von KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, S. 79.

35 Siehe oben, II. 1., S. 452.

36 In diesem Sinne: KRAMER/PROBST, p. 79 n. 77. ISAAK MEIER, GestG – Konzept des neuen Rechts und erste Antworten auf offene Fragen, Anwaltsrevue 1/2001, S. 26; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile suisse, Neuenburg und Basel 2011, S. 67; DERS., notes in SZZP 2012, S. 37 und 2005, S. 117. Differenzierend: YVES DONZALLAZ, Commentaire LFors, Bern 2001, N 146 ff. zu Art. 9.

37 Note FB in SZZP 2012, S. 37; note FB in SZZP 2005, S. 117.

38 BGer, SZZP 2012, S. 35.

39 BGer, SZZP 2012, S. 35, mit Hinweis auf BGE 104 Ia 278, E. 3.