

Rechtslehre Doctrine Dottrina

Art. 8 UWG und unlautere Prozessklauseln

FRANÇOIS BOHNET*

Schlagworte: Unlauterer Wettbewerb, unlautere Prozessklauseln; allgemeine Geschäftsbedingungen; Verzicht auf den Rechtsweg; Gerichtsstandsklauseln; Schiedsklauseln; Klauseln über die Zustellung; Klauseln über das Recht auf Beweis; Schlichtungsklauseln

Mots clés: Concurrence déloyale, clauses procédurales abusives; conditions générales; renonciation à la voie judiciaire; prorogation de for; clause compromissoire; clause sur la notification; clause sur les preuves; clause sur la conciliation

Parole chiave: Concorrenza sleale; clausole procedurali abusive, condizioni generali; rinuncia alla via giudiziaria; proroga di foro; clausola arbitrale; clausola sulla notificazione; clausola sulle prove; clausola sulla conciliazione

Zusammenfassung

Nach Art. 8 UWG sind jene AGB-Klauseln missbräuchlich, die in Treu und Glauben verletzender Weise ein *erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei vorsehen. Der Autor untersucht zunächst die Tragweite dieser neuen Bestimmung im Allgemeinen und geht alsdann insbesondere auf ihre Auswirkungen auf Prozessklauseln ein.

Résumé

L'art. 8 LCD révisé juge déloyale l'utilisation de conditions générales se trouvant en contradiction avec les règles de la bonne foi en ce qu'elles prévoient une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant théoriquement du contrat, au détriment du consommateur. L'auteur analyse la portée de cette nouvelle disposition, d'abord de manière générale, puis plus spécifiquement en matière de clauses procédurales (notamment sur les fors et l'arbitrage).

Riassunto

L'art. 8 LCSl (nuova versione) considera sleale l'utilizzo di condizioni generali che sono in contraddizione con le regole della buona fede, perché esse comportano

* 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.

una sproporzione notevole e ingiustificata tra i diritti e le obbligazioni dedotte dal contratto, a scapito del consumatore. L'autore analizza la portata di questa nuova disposizione, dapprima in maniera generale, poi in maniera specifica in tema di clausole procedurali.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Der Art. 8 UWG im Allgemeinen
 - 1. Ein auf Konsumenten beschränkter Schutz
 - 2. Ein erhebliches und ungerechtfertigtes, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Missverhältnis
 - 3. Die Sanktion
 - 4. Unlautere und ungewöhnliche Klauseln
- III. Art. 8 UWG: Prozessuale Klauseln
 - 1. Gerichtsstandsklauseln
 - 2. Klauseln über die sachliche Zuständigkeit
 - 3. Klauseln bzgl. des vorangehenden Schlichtungsverfahrens
 - 4. Schiedsklauseln
 - 5. Klauseln über die Zustellung
 - 6. Klauseln über das Recht auf Beweis und die Beweislast
 - 7. Der Verzicht auf den Rechtsweg
- IV. Schlusswort

I. Einleitung

Der am 17. Juni 2011 angenommene neue Artikel 8 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: UWG) entstammt einer auf die «Verstärkung des materiellen Lauterkeitsschutzes»¹ zielenden Revision und ermöglicht erstmals eine materielle, auf den Inhalt gerichtete Kontrolle der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden: AGB) enthaltenen Klauseln nach europäischem Vorbild². In seiner ursprünglichen Fassung schloss Art. 8 UWG eine solche Kontrolle faktisch aus, da er voraussetzte, dass die strittige Klausel geeignet sei, einen «Irrtum» zu verursachen («*in irreführender Weise*») und diese Unklarheit sich zum Nachteil des Vertragspartners auswirke; somit war der Fokus nicht auf den Inhalt der Klausel, sondern allein auf den Konsens der Parteien gerichtet³. Eine

¹ BBl 2009 6152.

² Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Artikel 3–1: «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.» Art. 8 Bst. b des Entwurfes, dessen Anlehnung zum Wortlaut von Artikel 3–1 der Richtlinie nicht zuletzt vom Bundesrat selbst erwähnt wurde (BBl 2009 6173, 6179), ist der von den Räten verabschiedeten, endgültigen Fassung dieses Artikels sehr nah.

³ BBl 2009 6160, 6178; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001, Art. 8 N 23 ff.; BK-KRAMER, Art. 19–20 N 286 ff.; BOUVERAT DAVID,

unlautere Klausel konnte folglich sehr wohl den Anforderungen des alten Art. 8 UWG gerecht werden – und, folglich, den Vertragspartner rechtlich binden – solange sie klar formuliert und nicht an einer unerwarteten Stelle in die AGB eingefügt wurde⁴. Somit bot diese Bestimmung keinen grösseren Schutz als die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel⁵. Die «verdeckte Inhaltskontrolle», welche das Bundesgericht bisher vornahm, gründete in der Konsenskontrolle, wogegen das neue System die Zustimmung des Vertragspartners als Prämisse voraussetzt, um sich fortan nur auf den Inhalt der Klausel selbst zu konzentrieren.⁶

Zur individuellen und konkreten Kontrolle strittiger Klauseln kommt nun zudem eine abstrakte Inhaltskontrolle hinzu, da das UWG sowohl den Konsumentenorganisationen (Art. 10 Abs. 2 UWG) als auch dem Bund (Art. 10 Abs. 3 UWG) ein abstraktes Klagerecht gewährt, das es ermöglicht, die etwaige Unlauterkeit einer in den AGB enthaltenen Klausel (im rechtlichen Sinne) festzustellen und sie somit für nichtig zu erklären.⁷

II. Der Art. 8 UWG im Allgemeinen

Die Nutzung von AGB dient der Rationalisierung von Massengeschäften⁸, indem die vertraglichen Rechte und Pflichten den Wünschen des AGB-Verwenders angepasst werden⁹. AGB bestehen aus im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen vorformulierten Klauseln, welche weder ausgehandelt noch aushandelbar sind. Da die AGB-Klauseln in einem Kontext auftreten, in dem der Vertragspartner dazu bewegt, ja fast gezwungen wird, ihnen zuzustimmen, ohne sie zu verstehen oder gar durchzulesen, besteht die Gefahr, dass die Vertragspartner als schwächere Partei systematisch benachteiligt werden. Somit ergibt sich ein echter Schutzbedarf bei je-

Conditions générales d'affaires: perspectives législatives, Diss. Neuenburg 2009, S. 32 ff.; FAVRE-BULLE, note in: SJ 1994 644; FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, Diss. Freiburg, Bern 2011, N 975; SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012 1, S. 4; PICHONNAZ PASCAL, Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence, Plaidoyer 5/2011 S 34, 35.

⁴ BK-Kramer, Art. 19–20 N 287.

⁵ Siehe jedoch BGE 119 II 443, E. 1c, wo das Bundesgericht festhält, dass die strittige Klausel, obgleich sie im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel als hinreichend hervorgehoben gelten konnte, unlauter i.S.v. Art. 8 UWG ist, da sie in irreführender Weise verfasst war. Siehe dazu FAVRE-BULLE, note in: SJ 1994 644; siehe auch MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 128 I 497, S. 520.

⁶ BBl 2009 6178: «Durch Streichen des Tatbestandsmerkmals der Irreführung soll nun der Weg für eine offene Inhaltskontrolle bereitet werden»; siehe SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2/12, S. 78

⁷ VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen-Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012 177, 180; siehe auch SCHMID (Fn. 3), 16.

⁸ BGER 4C.282/2003 E. 3.1.

⁹ Siehe BBl 2009 6177; SCHMID (Fn. 3), 1; PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, N 3.

nen Klauseln, welche gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstossen und somit als unlauter i.S.v. Art. 2 UWG gelten.

1. Ein auf Konsumenten beschränkter Schutz

Im Gegensatz zur ursprünglich vorgesehenen Fassung des neuen Artikels 8 UWG, wird die Tragweite des Gesetz gewordenen Artikels auf den Schutz der Konsumenten beschränkt. Das Bemühen des Gesetzgebers, den Rückstand zum einschlägigen europäischen Recht wettzumachen, hat die parlamentarischen Räte zu einer Lösung geführt, die man als «Nivellierung nach unten» bezeichnen muss, namentlich den Ausschluss der Nicht-Konsumenten von jeglichem Schutz; dies vielleicht auch, um nicht über den vom europäischen System gebotenen Schutz hinaus zu gehen¹⁰. Zahlreiche Autoren haben auf die Probleme hingewiesen, denen dadurch vor allem KMU ausgesetzt sind, welche im Prinzip denselben Schutzbedarf haben wie Konsumenten. Was den Gesetzgeber ursprünglich zur Revision des UWG bewogen hatte, wurde durch diese nicht umgesetzt. KMU werden vielmehr diskriminiert, da sie nicht als «Konsumenten» im Sinne der verabschiedeten Fassung des Art. 8 UWG gelten können.¹¹ Die zahlreichen Verweise auf das einschlägige Europarecht, sowohl in der bundesrätlichen Botschaft als auch in den Beratungen des National- und Ständerats, lassen darauf schliessen, dass der Begriff des «Konsumenten» i.S.v. Art. 8 UWG mit dem des «Verbrauchers» im Sinne des Europarechts gleichgesetzt wurde. So deutet die Richtlinie aus dem Jahre 1993 den Begriff des «Verbrauchers» als «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»¹². Folglich müssen wir uns der mehrheitlichen Lehre anschliessen, welche die Anwendung des Art. 8 UWG auf Verträge ausschliesst, die mit Unternehmen ausserhalb ihrer üblichen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit abgeschlossen wurden.¹³ Ausserdem wird nicht nur der «übliche Verbrauch» durch den neuen Art. 8 UWG erfasst, da das europäische Gemeinschaftsrecht, welches sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Beschränkung seines Schutzes auf Konsumentenverträge zum Vorbild nahm, diesen Unterschied nicht kennt; wogegen die Artikel 120 IPRG und Art. 32 Abs. 2 OR, die sich auf den «üblichen Verbrauch» beschränken, diese Besonderheit eben auch ausdrücklich erwähnen.¹⁴

¹⁰ Siehe die Argumentation von SCHMID (Fn. 3), 14.

¹¹ Siehe etwa STÖCKLI HUBERT, Der neue Artikel 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für Alle, BR 2011 184, 185, der nicht davor zögert, zu bemerken, diese Kürzung vor den Räten habe den KMU den Schutz von Art. 8 UWG «aus der Hand geschlagen». Siehe dagegen: MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 2011, 330.

¹² Art. 2 Bst. b der Richtlinie.

¹³ SCHMID (Fn. 3), S. 14. *Contra*: PICHONNAZ (Fn. 3), S. 35; VOM SELBEN AUTOR: Le «consommateur» ne doit pas être nécessairement une personne physique, in: Schweizerische Eidgenossenschaft (Aufg.), 30 Jahre Verfassungsartikel zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, Bern 2011, S. 88 ff.

¹⁴ STÖCKLI (Fn. 11), S. 186; SCHMID (Fn. 3), S. 9. *Contra*: MARCHAND (Fn. 11), 328 sowie FURRER ANDREAS, Eine AGB Inhaltskontrolle in der Schweiz? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG,

2. Ein erhebliches und ungerechtfertigtes, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Missverhältnis

Laut dem revidierten Art. 8 UWG i.V.m. Art. 2 UWG sind jene AGB-Klauseln missbräuchlich, die in Treu und Glauben verletzender Weise ein *erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis* zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei vorsehen. Von «Irreführung» kann nun nicht mehr die Rede sein: eine klar formulierte und hinreichend hervorgehobene AGB-Klausel kann fortan sehr wohl gegen das UWG verstossen.

Die deutsche Bezeichnung im UWG «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» entstammt der deutschsprachigen Fassung des Artikels 3.1 der Richtlinie 93/13¹⁵. Dieser Wortlaut ist der deutschsprachigen Version eigen und weicht von den in den anderen Amtssprachen der EU verfassten Versionen ab. So spricht die französische Fassung der Richtlinie von einem «erheblichen Ungleichgewicht» («dés-équilibre significatif»), so wie es die italienische Version tut («squilibrio significativo»), aber auch die englische («significant imbalance») und auch die spanische («desequilibrio importante»). Es sei beigemerket, dass die italienische Fassung des schweizerischen Art. 8 UWG den deutschsprachigen Text Wort für Wort übernimmt und als «notevole e ingiustificato squilibrio» übersetzt. Solche Unterschiede sind jedoch von beschränkter Bedeutung, da der Gesetzestext in jeder Sprache einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben voraussetzt. Im Übrigen, wie es auch SCHMID erwähnt, schenkt die deutsche Lehre bei der Auslegung der Richtlinie dieser Diskrepanz keine weitere Beachtung, da sie die mangelnde Rechtfertigung einer strittigen Klausel nicht als eigene Bedingung anerkennt, sondern sie eher als – zusätzlichen – Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben versteht, in dessen alleinigem Geiste der Gesetzestext zu lesen wäre.¹⁶

Mit anderen Worten: *der ungerechtfertigte Charakter des erheblichen Missverhältnisses ist nur ein zusätzlicher Ausdruck der Widersprüchlichkeit zu Treu und Glauben*. Die Prüfung der mangelnden Rechtfertigung einer strittigen Klausel erfolgt demnach im Lichte ihres Verhältnisses zum Grundsatz von Treu und Glauben.¹⁷

Mit Hinblick auf die Konsumenten erscheint es zweifelhaft, dass es Situationen geben könnte, in welchen ein erhebliches Missverhältnis *nicht* im Widerspruch zu Treu und Glauben stünde und somit gerechtfertigt wäre¹⁸. Weitere Beispiele werden

HAVE 2011, 324, 326 bezieht sich auf Art. 31 Abs. 2 ZPO, Ersterer aus rechtspolitischen Gründen, der Zweite aus Sorge, die Kohärenz zwischen materiellem und formellem Recht würde darunter leiden. Zögerlicher sind dabei: KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, N 115.

15 «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».

16 SCHMID (Fn. 3), 14.

17 *Ebenda*.

18 In diesem Sinne, STÖCKLI HUBERT, Der neue Artikel 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für Alle, BR 2011 184.

von der Lehre keine gegeben. Anfangs war dies allerdings nicht so vorgesehen: der Entwurf hielt jene AGB-Klauseln für missbräuchlich, die von einer unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (Art. 8 lit. a des Entwurfes). Nun gilt es aber anzumerken, dass eine erhebliche Abweichung in diesem Sinne nicht zwingend auf das Vorliegen eines Widerspruches zu Treu und Glauben hinweisen muss¹⁹. Bezüglich des «erheblichen Missverhältnisses» erklärt der Bundesrat nämlich, dass sie in Treu und Glauben widriger Weise geschehen muss, um als missbräuchlich zu gelten²⁰. Dies lässt sich dadurch erklären, dass die Tragweite von Art. 8 lit. b in dessen ursprünglicher Fassung nicht auf Konsumentenverträge beschränkt war²¹. So hielt die Botschaft fest, dass für die Bewertung nach Treu und Glauben eine «umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und dem Vertragspartner» vorzunehmen sei. «So kann insbesondere auch die Geschäftserfahrenheit und Rechtskundigkeit des Vertragspartners berücksichtigt werden. Ist der Vertragspartner des Verwenders der AGB eine Konsumentin oder ein Konsument, so ist grundsätzlich ein anderer Massstab anzuwenden als im kaufmännischen Verkehr».

Da das Klagerecht der Konsumentenorganisationen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG die abstrakte Kontrolle des Inhalts von AGB-Klauseln ermöglicht, erscheint es uns fragwürdig, ob eine nach einer solchen Abwägung als missbräuchlich erklärte Klausel bei einer individuellen, konkreten Kontrolle nicht als gleichermassen missbräuchlich erachtet werden könnte²². Unserer Auffassung nach ist die Verwendung einer AGB-Klausel, welche zum Nachteil des Vertragspartners ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und vertraglichen Pflichten vorsieht, *allermeistens* und mit seltenen Ausnahmen nicht gerechtfertigt – weil sie dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwider läuft. Auf jeden Fall empfiehlt es sich, sich SCHMID²³ und KUT/STAUBER²⁴ anzuschliessen, die bei Vorliegen eines derartigen erheblichen Missverhältnisses einen Verstoss gegen Treu und Glauben *vermuten*, obgleich diese Vermutung nur eine tatsächliche bzw. natürliche ist, die der Beweiserleichterung dient, ohne eine Umkehr der Beweislast zur Folge zu haben²⁵. Gegebenenfalls obliegt es dem AGB-Verwender, zu beweisen, dass ein solcher Verstoss jeweils nicht gegeben ist. Unserer Meinung nach sind etwaige Erklärungen, die gegenüber dem Vertragspartner bei Vertragsabschluss eventuell abgegeben wur-

19 BBl 2009 6178: «Für die Unlauterkeit genügt allerdings die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung noch nicht, sondern diese muss in Treu und Glauben widriger Weise geschehen. Dies deshalb, weil es nicht anstössig sein kann, von einem Gesetz abzuweichen, das der Gesetzgeber erklärtermassen bloss als dispositiv betrachtet hat. AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung (erheblich) abweichen».

20 BBl 2009 6178.

21 In diesem Sinne: SCHMID (Fn. 3), 14.

22 In der Botschaft, BBl 2009 6179, wird dies jedoch angenommen. Siehe auch SCHMID (Fn. 3), S. 15.

23 SCHMID (Fn. 3), S. 15.

24 KUT/STAUBER (Fn. 14), N 121. *Contra*, jedoch im Bezug zum Text der bundesrätlichen Botschaft: FORNAGE (Fn. 3), N 1023 f.

25 BGE 120 II 248 E. 2c.

den, dabei in keinster Weise zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass man den Verbraucher auf das Vorliegen einer unlauteren AGB-Klausel aufmerksam gemacht hat, kann die mangelnde Rechtfertigung dieser Klausel nicht beheben. Man käme sonst wieder zurück zur (bisher geltenden) Voraussetzung der Irrtümlichkeit, von welcher sich der Gesetzgeber aufgrund der einheitlich kritischen Meinungen der Lehre offensichtlich hat distanzieren wollen²⁶.

Der Anhang der Richtlinie, der im Sinne eines Hinweises eine nicht abschliessende Liste von Beispielen unlauterer Klauseln enthält, wäre aufgrund der Verwandtschaft des Art. 8 UWG zu Artikel 3 der Richtlinie auch dem schweizerischen Richter zweifellos eine nützliche Inspirationsquelle²⁷.

3. Die Sanktion

Die Lehre sieht für AGB-Klauseln, welche i.S. des neuen Art. 8 UWG als unlauter gelten, die Sanktion der Nichtigkeit vor²⁸. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt dieser Meinung: Eine blosse geltungserhaltende, aufs Zulässige beschränkende Reduktion ist ausgeschlossen, weil es sonst nicht im Interesse der AGB-Verwender wäre, von Beginn an (sprich: bis zur ersten Anfechtung) faire Klauseln zu verwenden²⁹. Die Sanktion der Nichtigkeit ist angesichts der Widerrechtlichkeit einer solchen Klausel nur logisch (Art. 2 UWG; 20 Abs. 1 OR). Entsprechend dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR lässt die Nichtigkeit der unlauteren AGB-Klausel die anderen Klauseln normalerweise unangetastet. An ihre Stelle tritt das dispositives Recht³⁰. Bemerkenswert ist ebenfalls, dass diese Regelung sich in dieser Hinsicht von der Ungewöhnlichkeitsregel unterscheidet: bei dieser wird die ungewöhnliche Klausel nämlich nicht einmal Teil des Vertrages – man handelt, als hätte es sie nie gegeben³¹.

Prozessrechtlich gilt es zu erwähnen, dass die Nichtigkeit einer Klausel durchaus durch eine stillschweigende Abmachung ersetzt werden kann: Dies kann mittels Einlassung im Falle einer Gerichtsstandsklausel oder einer Schiedsklausel geschehen, wenn nach Abmachung eines dispositiven, unlauteren Gerichtsstandes keine Einrede erhoben wird und der Verteidiger sich vorbehaltlos zur Sache äussert.

²⁶ Siehe Fn. 6.

²⁷ In diesem Sinne: FORNAGE (Fn. 3), N 1009, 1012.

²⁸ SCHMID (Fn. 3), S. 16; PICHONNAZ (Fn. 3), S. 38; PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, SJZ 2010 285 ff. S. 290. So lautete ebenfalls die vorherrschende Meinung der Lehre unter dem bisherigen System, siehe dazu BBL 2009 6179 und SCHMID (Fn. 3), S. 16.

²⁹ BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 5.6.3.2.1; PICHONNAZ/FORNAGE (Fn. 28), S. 290; PICHONNAZ (Fn. 3), S. 38, mitsamt Verweisen.

³⁰ SCHMID (Fn. 3), S. 16, welcher auf § 306 Abs. 2 BGB verweist; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR, N 377.

³¹ BGE 119 II 443, E. 1a.

4. Unlautere und ungewöhnliche Klauseln

Der revidierte Art. 8 UWG ändert nichts an der Tragweite der bisherigen Rechtsprechung bezüglich der Ungewöhnlichkeitsregel³², und das aus mehreren Gründen: *Ers- tens* betrifft die Ungewöhnlichkeitsregel einen weitaus breiteren Personenkreis. In der Tat ist Art. 8 UWG auf Konsumenten beschränkt, wogegen jeder schwächere oder unerfahrenere Vertragspartner sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann. *Zweitens* sind die betroffenen Klauseln nicht unbedingt dieselben: Eine Klausel, welche in Treu und Glauben widriger Weise ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zu Lasten des Vertragspartners verursacht (Art. 8 UWG), ist nicht unbedingt einer Klausel gleichzusetzen, welche die Natur eines Rechtsgeschäftes grundlegend verändert oder von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweicht oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsieht (Ungewöhnlichkeitsregel).

Der durch den revidierten Art. 15 UWG gebotene Schutz ermöglicht die Durchführung einer abstrakten Kontrolle von AGB, zum Beispiel durch das den Konsumentenorganisationen zuerkannte Klagerecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG), und hat den Vorteil, nicht auf die Klauseln beschränkt zu sein, auf die der Vertragspartner bei der Globalübernahme nicht hinreichend aufmerksam gemacht wurde.

III. Art. 8 UWG: Prozessuale Klauseln

Der AGB-Verwender kann sich dazu entschliessen, die Rechte des Vertragspartners im Prozess einzuschränken, nicht zuletzt um Prozessrisiken auszuweichen oder diese zumindest zu verringern. In der Regel schenken Konsumenten solchen Klauseln kaum Beachtung, wenn Sie Teil der AGB sind, da ihr Augenmerk wohl eher der gekauften Ware, dem Kaufpreis oder dem Moment, an dem die Dienstleistung erfolgen soll, gilt.

Es wundert daher keinen, wenn prozessuale Klauseln Teil des Anhangs der Richtlinie sind, welcher «eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können», enthält³³. So sieht lit. q im Anhang vor, dass dem bei Klauseln so ist, «die dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, [nehmen] oder [erschweren], und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschliesslich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge».

Das französische Recht kennt neben dieser «schwarzen Liste» auch eine «graue Liste», laut Verordnung n° 2009–302 vom 18. März 2009 bezüglich Artikel L. 132–1 des frz. Code de la consommation (Eintrag im *Journal officiel* vom 20. März 2009). Diese graue Liste, welche Beispiele für Klauseln enthält, deren missbräuchlicher

³² BGE 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; BGER 4A_538/2011 vom 9. März 2012, E. 2.3.

³³ Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie.

Charakter *widerlegbar* vermutet wird, nennt ebenfalls Klauseln, die dem Verbraucher (im Sinne des frz. Gesetzes) die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich einschränken (9. Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur), ihm sein Recht auf Klage oder auf Rechtsmittel nehmen oder einschränken wollen, und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschliesslich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallendes Schiedsverfahren verwiesen wird bzw. ausschliesslich auf ein alternatives Streitbeilegungsverfahren. In der schwarzen Liste des Code de consommation (*unwiderlegbare* Vermutung der Missbräuchlichkeit) ist mitunter von Klauseln die Rede, die «dem Verbraucher eine Beweislast auferlegen, die nach dem geltenden Recht der anderen Vertragspartei obläge».

Auch im schweizerischen Recht sollte prozessualen AGB-Klauseln fortan *mit gebührender Vorsicht* begegnet werden³⁴. Sie haben in der Regel nur einen Zweck: Den Verbraucher möglichst davon abzuhalten, etwaige Ansprüche gerichtlich geltend zu machen bzw. machen zu wollen.

1. Gerichtsstandsklauseln

Den Schutz von Art. 8 UWG erfahren vor allem die dispositiven Gerichtsstände (die zwingenden und teilzwingenden Gerichtsstände sind bereits durch Art. 9 und 35 ZPO garantiert) – und dies auch ausserhalb des Rahmens des «üblichen Verbrauchs», in Ergänzung zu den in Art. 17 ZPO enthaltenen Formvorschriften sowie der sog. typografischen Praxis³⁵ – vor allem, wenn die strittige Klausel klar verfasst wurde und genügend im Text hervorgehoben wurde, und somit nicht mehr durch die Ungewöhnlichkeitsregel bekämpft werden kann.

Man denke an AGB, welche bezüglich des Gerichtsstandes eine Prorogation vornehmen, und somit einen anderen Gerichtsstand im Falle einer Streitigkeit für zuständig erklären, welcher *sehr weit vom Ort der charakteristischen Erfüllung der Hauptleistung des Vertrages entfernt liegt* oder an eine Wegbedingung des Gerichtsstandes am Wohnsitz des Konsumenten³⁶. Derartige Klauseln führen durchaus dazu, dem Vertragspartner den Zugang zum Gericht zu erschweren und gelten daher im europäischen System, nach welchem sich Art. 8 UWG richtet, als vermutlich missbräuchlich.

³⁴ SCHMID (Fn. 3), S. 13, zählt sie zu den möglichen Ursachen für ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Pflichten und Rechten.

³⁵ BGer, SJ 1997 329; BGE 118 Ia 294; 109 Ia 55 E. 3; 104 Ia 278 E. 3; 93 I 323 E. 5.

³⁶ Der Europäische Gerichtshof hatte bereits die Gelegenheit, den missbräuchlichen Charakter einer ausschliesslichen Gerichtsstandswahl zu Gunsten des Wohnsitzes des AGB-Verwenders festzustellen: Entscheid vom 27. Juni 2000, Océano Grupo Editorial vs. Salvat Editores, C 240/98–C 244/98, Rec. S. I 4941). Siehe FORNAGE (Fn. 3), N 1012.

2. Klauseln über die sachliche Zuständigkeit

Eine Klausel, welche das Obergericht ab einem Streitwert von CHF 100 000.– für zuständig erklärt, wie es Art. 8 ZPO durchaus ermöglicht, könnte dessen ungeachtet als missbräuchlich erachtet werden, wenn sie allein dazu dient, dem Konsumenten das Einlegen von Rechtsmitteln bzw. den Rechtsweg zu erschweren.

Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen könnte man an ein missbräuchliches Vorgehen des Vermieters denken, der zukünftige Streitigkeiten der Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts entziehen möchte. Angemerkt sei, dass der Gesetzgeber den Gebrauch von AGB beim Abschluss von Mietverträgen höchst skeptisch sieht (Art. 256 Abs. 2 Bst. a OR).

3. Klauseln bzgl. des vorangehenden Schlichtungsverfahrens

Eine AGB-Klausel, laut welcher das vorangehende Schlichtungsverfahren ausgeschlossen werden soll, wie es etwa Art. 199 Abs. 1 ZPO ab einem Streitwert von CHF 100 000.– vorsieht (ein Betrag, der nicht zuletzt bei Kündigungen rasch erreicht werden kann)³⁷ erscheint besonders dann dubios, wenn die zuständige Schlichtungsbehörde eigentlich dazu bemächtigt wäre, im Rahmen eines kostenlosen Verfahrens Urteilsvorschläge zu machen (Art. 113 ZPO), wie es im Mietrecht u.A. bei missbräuchlichen Mietzinsen und Kündigungen der Fall ist (Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO). Welch andere Beweggründe könnte der Vermieter da haben als den Wunsch, die Eingriffsmöglichkeit der Behörde zu beschränken?

4. Schiedsklauseln

Der Anhang zur europäischen Richtlinie zählt Schiedsklauseln zu jenen in AGB enthaltenen Klauseln, deren Missbräuchlichkeit vermutet wird. Unseres Erachtens ist dies vor allem dann der Fall, wenn eine Gerichtsstandsklausel selbst laut Bestimmungen der ZPO ausgeschlossen wäre und sie offensichtlich dem Zweck dient, mit Hinblick auf den Vertrag, dem die AGB beigefügt wurden, den Konsumenten davon abzuhalten, sich vor Gericht behaupten zu können³⁸. So sind der Sitz des Schiedsgerichts, die absehbaren Kosten des Schiedsverfahrens, die Verfahrensregeln sowie die Zusammensetzung des Schiedsgerichts Elemente, die auf Missbräuchlichkeit der strittigen Schiedsklausel schliessen lassen könnten.

5. Klauseln über die Zustellung

Gewisse, die Zustellung von Mitteilungen, Vorladungen, Verfügungen, Entscheiden oder sonstige Notifikationen betreffende AGB-Klauseln, können den Vertragspart-

³⁷ BGE 137 III 389.

³⁸ In Bezug auf ausschliessliche Prorogationen des Gerichtsstandes sind wir der Ansicht, dass sich die hiesigen Gerichte an die Rechtsprechung des EGH orientieren sollten, siehe n. 124. Siehe so gleich FORNAGE (Fn. 3), N 1013, 2259.

ner daran hindern oder entmutigen, gewisse Rechte auszuüben. Das Zivilprozessrecht regelt die Frage der Zustellungen allerdings erst ab Eröffnung des Verfahrens.

Unseres Erachtens werden Regeln, die z.B. für Zustellungen von Kündigungsschreiben oder von Mangelmeldungen eine notarielle Beurkundung vorschreiben, allein zur Benachteiligung des Vertragspartners verwendet und haben daher als missbräuchlich zu gelten. Der Anhang zur Richtlinie sieht ausserdem in lit. n vor, dass Klauseln, welche die «Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Einhaltung der von seinen Vertretern eingegangenen Verpflichtungen [einschränken] oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig [machen]», als missbräuchlich gelten.

6. Klauseln über das Recht auf Beweis und die Beweislast

Die ungebührliche Beschränkung der dem Vertragspartner zur Verfügung stehenden Beweismittel gehört zu den Beispielen missbräuchlicher Klauseln, die von der europäischen Richtlinie ausdrücklich genannt werden. Ebenso werden jene Klauseln dazugezählt, die dem Vertragspartner eine Beweislast auferlegen, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei (in erster Linie: dem AGB-Verwender) obläge. Das französische Recht hält sogar an einer unwiderlegbaren Vermutung der Missbräuchlichkeit für derartige Klauseln fest, welche folglich in der sog. «schwarzen Liste» stehen.

Eine Klausel, welche die zur Verfügung stehenden Beweismittel einschränkt, läuft nach der hier vertretenen Auffassung den Regeln der ZPO zuwider³⁹. Das Erfordernis eines Schiedsgutachtens (wie Art. 189 ZPO es gestattet) kann zudem, je nach Umständen, eine missbräuchliche Wirkung haben – eine Schiedsklausel ebenso. Eine Klausel, welche die Beweislast umkehrt, wird im Prinzip von der ZPO geduldet. Da es aber das Ziel einer solchen Klausel ist, den Vertragspartner bei der Geltendmachung seiner Ansprüche vor Gericht zu hindern oder ihm dies zu erschweren, ist unter schweizerischem Recht eine solche Klausel zweifellos missbräuchlich, wie das bereits KUMMER⁴⁰ festgehalten hat.

7. Der Verzicht auf den Rechtsweg

Ein rechtlicher Verzicht, wie ein Klageverzicht (auch: Nichtangriffspakt, Verzicht auf den Rechtsweg bzw. auf Rechtsmittel, *Pactum de non petendo*) kann unter Umständen eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB verursachen⁴¹. Selbst wenn eine

39 Siehe GULDENER MAX, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössisches Betreibungsrecht, ZSR 1946 643 ff.; SCHWANDER IVO, Einflussnahme der Parteien auf den Zivilprozess, ZZZ 2004 365; TREZZINI FRANCESCO, Celerità e lentezza della giustizia civile di primo grado, Doktorarbeit Zürich 2010, S. 196 n. 609. Für detailliertere Referenzen, siehe PELLI OLIVIA, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich 2012, S. 83 ff.

40 BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 376–377.

41 Siehe BGE 113 Ia 26, E. 3b, zu dessen Anlass das Höchstgericht den Verzicht auf die von Art. 27 ZGB abgeleiteten Schutzrechte im wirtschaftlichen Bereich als übermässige Bindung verurteilt. Für

solche nicht festgestellt wird, kann eine solche AGB-Klausel missbräuchlich sein, da sie den AGB-Verwender von seiner Haftung befreit und somit dem Konsumenten die Möglichkeit nimmt, seine Rechte geltend zu machen. Das französische Recht geht sogar weiter, indem es eine Klausel bereits dann als missbräuchlich betrachtet, wenn diese den Vertragspartner dazu verpflichtet, Streitigkeiten ausschliesslich über alternative Streitbeilegung zu regeln.

IV. Schlusswort

Das Zivilprozessrecht ist hauptsächlich zwingender Natur. Eine gewisse Autonomie wird den Parteien jedoch zuerkannt, zumindest wenn die Streitsache für die Parteien frei verfügbar ist. So können die Parteien abmachen, dass aus dem Vertrag rührende Streitigkeiten einem bestimmten Gerichtsstand und dort dem Obergericht oder auch einem von den Parteien zusammengestellten Schiedsgericht (wo die freie Verfügbarkeit im Lichte des Kriteriums der Schiedsgerichtbarkeit geprüft wird) unterstellt werden. Sie könnten ebenfalls eigene Regeln über die Beweislast oder einen ausdrücklichen Klageverzicht abmachen – natürlich nur mit beidseitigem Einverständnis. Hinsichtlich der Zustimmung der Parteien gelten eigene Regeln. Das Vertrauensprinzip und die davon abgeleiteten Rechtsgrundsätze (Nicht-Miteinbeziehung von ungewöhnlichen Klauseln; Auslegungsregeln von unklaren Klauseln) sowie auch im Extremfall Art. 27 ZGB bieten dann einen gewissen Schutz.

Der revidierte Art. 8 UWG sieht nunmehr eine materielle Kontrolle der AGB-Klauseln vor, indem er diejenigen, welche zum Nachteil des Vertragspartners ein erhebliches, treuwidriges (also: ungerechtfertigtes) Missverhältnis der vertraglichen Pflichten und Rechte verursachen, für missbräuchlich erklärt. Die Klauseln mit prozessrechtlichem Inhalt, welche in AGB eingefügt werden, haben meistens keinen anderen Zweck, als den AGB-Verwender im Falle einer Streitigkeit auf Kosten des Vertragspartners zu bevorteilen oder gar zu verhindern, dass das Anliegen überhaupt vor den Richter gebracht werden kann. Man versteht daher, dass das europäische Recht solche Klauseln als missbräuchlich erachtet. Unserer Auffassung nach sollte das schweizerische Recht dies ebenso tun.

weitere Informationen dazu, siehe: SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, La renonciation à agir et à recourir, SZPP 2007 54.