

Ernst A. Kramer
Thomas Probst
Roman Perrig

Schweizerisches Recht der
**Allgemeinen
Geschäftsbedingungen**

2. Auflage

AGB



Stämpfli Verlag

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind im heutigen Geschäfts- und Rechtsverkehr allgegenwärtig. Sie gehören zu den praktisch relevantesten Aspekten des Vertragsrechts und spielen daher in sämtlichen Branchen eine zentrale Rolle. Stösst die Vertragsabwicklung unter den Vertragsparteien auf Probleme, kommt es regelmässig zu Meinungsverschiedenheiten über die Verbindlichkeit und Auslegung von AGB. AGB-Fragen gehören daher zur klassischen anwaltlichen, unternehmensjuristischen und richterlichen Tätigkeit.

Das schweizerische AGB-Recht ist geprägt von einem komplexen Zusammenwirken obligationen-, lauterkeits- und unionsrechtlicher Elemente. Vieles ist umstritten oder unklar und es besteht eine kaum noch zu überblickende Fülle von Einzelpublikationen, die dem Rechtssuchenden die Orientierung nicht leicht macht. Rechtssicherheit vermittelnde Rechtsprechung gibt es nur spärlich.

Zur praktischen Orientierung in diesem Dickicht bietet die vorliegende, ergänzte Zweitaufgabe eine systematische Gesamtdarstellung, welche die zentralen Elemente der schweizerischen AGB-Kontrolle für Lehre und Praxis erörtert. Sie stellt die Grundlagen des schweizerischen AGB-Rechts und deren Kontrollinstrumente dar, fasst die umfangreiche EuGH-Rechtsprechung konzis zusammen und bespricht diverse relevante Einzelfragen.

Ernst A. Kramer

Dr. iur., DDr. h.c., Prof. em. an der Universität Basel

Thomas Probst

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), lic. oec. HSG,
Prof. an der Universität Fribourg

Roman Perrig

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

Schweizerisches Recht der
Allgemeinen
Geschäftsbedingungen (AGB)

2. Auflage



Stämpfli Verlag

Zitervorschlag:

Autor in: Kramer/Probst/Perrig, CH-Recht AGB, 2. Auflage, N ...

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2623-6

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempfishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-2622-9



Vorwort zur zweiten Auflage

Seit der Auflage von 2016, die erstmals eine *Gesamtdarstellung* des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) bot, hat das AGB-Recht sich fortentwickelt. Neben diversen wissenschaftlichen Einzelbeiträgen sind namentlich zwei Aspekte zu erwähnen: Einerseits hat der Gesetzgeber mit *Art. 8a UWG* eine am 1. Dezember 2022 in Kraft getretene *branchenbezogene Sonderbestimmung* zum Schutz der Beherbergungsbetriebe vor Paritätsklauseln von Online-Buchungsplattformbetreibern eingeführt. Obschon diese Bestimmung im UWG steht, beruht sie weniger auf lauterkeitsrechtlichen als auf kartellrechtlichen Motiven und lässt die schweizerische Rechtslage auf dem Gebiet der AGB nochmals komplexer werden. Andererseits sind seit der Erstauflage rund achtzig *neue EuGH-Entscheidungen* ergangen, welche für die Schweiz ebenfalls von Bedeutung sind. Die Einarbeitung dieser Rechtsprechung sowie die allgemeine Aktualisierung und Vervollständigung des Textes hat die vorliegende Zweitaufgabe entsprechend umfangreicher werden lassen. Der Aufbau des Buches, die Autorenschaft und deren Zuständigkeit für die einzelnen Kapitel sind unverändert geblieben.

Die Autoren danken dem Staempfli-Verlag für die rasche und kompetente Drucklegung. Sie hoffen, auch mit der vorliegenden Zweitaufgabe einen aktuellen Beitrag zum schweizerischen AGB-Recht zu leisten und nehmen allfällige Anregungen zur Verbesserung oder Ergänzung aus Wissenschaft und Praxis gerne entgegen.

Im Mai 2023

Ernst A. Kramer, Thomas Probst, Roman Perrig

Vorwort zur ersten Auflage

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dogmatisch wie praktisch ein sehr bedeutsames Gebiet der schweizerischen Rechtsordnung und hat mit dem neuen Art. 8 UWG zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Aus *dogmatischer* Sicht ist das helvetische AGB-Recht von einem komplexen Zusammenwirken *obligationenrechtlicher*, *lauterkeitsrechtlicher* und *unionsrechtlicher* Elemente geprägt, die einerseits eine differenzierende, andererseits eine integrierende Betrachtungsweise erfordern. Aus *praktischer* Sicht gehört die Übernahme von AGB zum rechtsgeschäftlichen Alltag von Unternehmen und Konsumenten und damit auch zur üblichen Arbeit *anwaltlicher*, *richterlicher* und *unternehmensjuristischer* Tätigkeit. Trotz dieser grossen Bedeutung und permanenter Aktualität des AGB-Rechts fehlte in der umfangreichen schweizerischen Literatur bisher eine *systematische Gesamtdarstellung*, die sowohl für die Bedürfnisse der Lehre als auch der Praxis die wesentlichen Elemente der *schweizerischen AGB-Kontrolle* darstellt und deren Zusammenhänge herausarbeitet.

Diese Lücke wollen die Autoren mit dem vorliegenden Buch schliessen. Obwohl sie die umfangreiche Materie unter sich aufgeteilt haben, versteht sich das Buch als Gemeinschaftswerk. In einem *Ersten Teil* werden die *Grundlagen* des schweizerischen AGB-Rechts erörtert und geklärt (insbesondere die Grundproblematik von AGB, ihr rechtsvergleichender, rechtsgeschichtlicher und unionsrechtlicher Hintergrund sowie die Grundbegriffe). Der anschliessende *Zweite Teil* bietet eine detaillierte und systematische Darstellung der massgeblichen *AGB-Kontrollinstrumente* (Konsens-, Auslegungs-, Gültigkeits- und offene Inhaltskontrolle) aufgrund des Obligationen- und des Lauterkeitsrechts. Dabei wird für die Bedürfnisse der Praxis u.a. die umfangreiche EuGH-Rechtsprechung zusammengefasst und zu *Leitsätzen* verdichtet. Der *Dritte Teil* befasst sich mit einigen – sowohl theoretisch als auch praktisch – relevanten *Einzelfragen* (namentlich dem Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen Inhaltskontrolle; den Klagen unter AGB-Verwendern; den Klagen von Konsumentenschutzorganisationen; diversen problematischen AGB aus der aktuellen Praxis sowie der kartellrechtlichen AGB-Kontrolle). Im *Anhang* sind europarechtlich und rechtsvergleichend relevante Normen abgedruckt.

Die Autoren bedanken sich beim Verlag Staempfli für die speditive und kompetente Drucklegung. Sie hoffen, mit ihrem Buch einen Beitrag zum schweizerischen AGB-Recht zu leisten und nehmen allfällige Anregungen zur Verbesserung oder Ergänzung aus Wissenschaft und Praxis gerne entgegen.

Im April 2016

Ernst A. Kramer, Thomas Probst, Roman Perrig

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur zweiten Auflage	V
Vorwort zur ersten Auflage	VI
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXXI
Erster Teil: Grundlagen	1
§ 1 Einführung in das Recht der AGB	1
I. Relevanz, Funktionen und Rechtsnatur der AGB; Missbrauchsgefahr und Schutzbedürftigkeit des Kunden	1
1. Die faktische Relevanz und die Funktionen der AGB.....	1
2. Die Rechtsnatur der AGB in normativer und soziologischer Sicht.....	2
3. Die Missbrauchsgefahr	5
4. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden	7
5. Präzisierungen zur Schutzbedürftigkeit.....	13
II. Ansatzpunkte einer AGB-Kontrolle.....	15
1. Mögliche Kontrollmodelle	15
2. Wo setzt die richterliche AGB-Kontrolle an?	17
§ 2 Geschichtliche und rechtsvergleichende Hinweise	23
I. Rechtsgeschichte	23
II. Rechtsvergleichung	24
1. Deutschland	25
2. Österreich (unter Einbezug von Liechtenstein)	30
3. Italien.....	33
4. Frankreich.....	34
§ 3 Europarechtliche Grundlagen der AGB-Kontrolle; AGB-Kontrolle nach dem UN-Kaufrecht und nach internationalen Restatements des Vertragsrechts	38
I. Die Klausel-Richtlinie der EU vom 5.4.1993	38
II. Der Entwurf der EU-Kommission zu einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) vom 11.10.2011	43
III. UN-Kaufrecht (CISG).....	45

IV. Internationale Restatements zum Vertragsrecht (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC] sowie Principles of European Contract Law [PECL])49

§ 4 Kurzer geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung des schweizerischen AGB-Rechts; Würdigung des *status quo*52

I. Die Judikatur des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel:
Verdeckte Inhaltskontrolle52

II. Keine offene Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht;
die lauterkeitsrechtliche Reaktion des Gesetzgebers53

III. Gesamtwürdigung des schweizerischen Wegs einer
AGB-Inhaltskontrolle über das Lauterkeitsrecht56

§ 5 Grundbegriffe des schweizerischen AGB-Rechts.....58

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabrede?58

1. Der Begriff der AGB58

2. Der Begriff der Individualabrede63

II. Vollübernahme oder Globalübernahme von AGB?64

III. Das Zusammenspiel von AGB, Individualabrede,
Vollübernahme und Globalübernahme im Rahmen der
Konsenskontrolle68

IV. Die Begriffe des Konsumenten und des Unternehmers69

1. Allgemeines69

2. Der Begriff des Konsumenten70

3. Der Begriff des Unternehmers72

Zweiter Teil:

Kontrollinstrumente des schweizerischen AGB-Rechts.....73

§ 6 Überblick über die AGB-Kontrollinstrumente73

I. Gesetzliche Ausgangslage73

II. Die einzelnen AGB-Kontrollinstrumente74

1. Konsenskontrolle75

2. Auslegungskontrolle76

3. Gültigkeitskontrolle76

4. Offene Inhaltskontrolle77

III. Tragweite des Transparenzgebots78

IV. Reihenfolge der AGB-Kontrolle80

§ 7 Konsenskontrolle.....81

I. Allgemeines81

1. Zweck und Inhalt der Konsenskontrolle81

2. Spezialgesetzliche Sonderregeln82

II.	Rechtsgeschäftliche Einbeziehung der AGB (insb. Zugänglichkeitsregel).....	87
1.	Formen der Einbeziehung.....	87
a.	Ausdrückliche und konkludente (stillschweigende) Einbeziehung.....	87
b.	Globalübernahme und ihre Schranken.....	89
aa.	Globalübernahme und Vollübernahme.....	89
bb.	Zugänglichkeitsregel und Ungewöhnlichkeitsregel als Schranken.....	90
2.	Massgebender Zeitpunkt der Einbeziehung.....	93
a.	Einbeziehung vor bzw. bei Vertragsschluss.....	93
b.	Einbeziehung nach Vertragsschluss (nachgeschobene AGB)....	96
c.	Änderung oder Neufassung von AGB.....	97
3.	Deutlicher Hinweis auf AGB.....	101
a.	Anforderung an die Deutlichkeit.....	102
b.	Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss.....	107
c.	Aushang statt Hinweis.....	109
d.	Konkludente Verweisung.....	111
4.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme.....	112
a.	Zugänglichkeit der AGB als Konsenserfordernis.....	112
b.	Möglichkeit der Kenntnisnahme (Verfügbarkeit).....	116
c.	Zumutbarkeit der Kenntnisnahme.....	119
d.	Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss.....	124
5.	Transparenzgebot.....	127
a.	Verständlichkeit.....	129
aa.	Textgestaltung (Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit)....	129
bb.	Umfang der AGB.....	130
cc.	Verwendung von Fachausdrücken.....	131
dd.	Verweisung auf gesetzliche und weitere Vorschriften....	133
ee.	Staffelverweisungen.....	136
b.	Lesbarkeit der AGB.....	138
6.	Sprache der AGB.....	140
7.	Beweisfragen und Rechtsfolge.....	144
a.	Beweisfragen.....	144
b.	Rechtsfolge.....	147
III.	Wichtige Einzelfälle der Einbeziehung von AGB.....	151
1.	Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce).....	151
a.	Rechtsgeschäftliche Vereinbarung und massgebender Zeitpunkt.....	151
b.	Deutlicher Hinweis.....	154

c.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme	156
aa.	Verfügbarkeit.....	156
bb.	Technische Vorkehrungen.....	160
cc.	Klauseltransparenz	162
d.	Sprache.....	165
e.	Besonderheiten im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b).....	168
2.	Einbeziehung von ungewöhnlichen Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel)	169
a.	Grundlage und Grundsatz	169
b.	Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich.....	171
c.	Voraussetzungen im Einzelnen.....	172
aa.	Subjektive Ungewöhnlichkeit.....	174
bb.	Objektive Ungewöhnlichkeit.....	176
cc.	Besondere Hervorhebung – tatsächliche Kenntnis	182
d.	Rechtsprechungsübersicht.....	184
e.	Verwendung von Vertragsfloskeln.....	187
f.	Rechtsfolge und Beweis.....	188
3.	Einbeziehung von Gerichtsstands- und Schiedsklauseln.....	189
a.	Funktion, Rechtsnatur und Geltung von Gerichtsstandsklauseln.....	189
b.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im nationalen Geschäftsverkehr.....	192
aa.	Willenseinigung (Konsens)	192
aaa.	Vertrauensprinzip.....	192
bbb.	Klarheit und Deutlichkeit.....	194
ccc.	Zugänglichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB...	197
ddd.	Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB	199
eee.	Weitergeltung der «typographischen» Rechtsprechung?	200
bb.	Zwingende Gerichtsstände der ZPO.....	204
cc.	Formvorschriften gemäss ZPO.....	205
c.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des IPRG	210
d.	Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des LugÜ	213
e.	Schiedsklauseln in AGB	218
4.	Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b)	220
a.	Rechtsgeschäftliche Vereinbarung (insb. Zugänglichkeitsregel).....	220
b.	Deutlicher Hinweis.....	222

c.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme	224
aa.	Erkundigungs- und Verschaffungsobliegenheit	224
bb.	Klauseltransparenz	228
d.	Stillschweigende Einbeziehung (Wissen-Müssen als Regel?)	230
e.	Laufende Geschäftsverbindung	231
f.	Branchenüblichkeit	233
g.	AGB im kaufmännischen Bestätigungsschreiben	236
h.	AGB in der Auftragsbestätigung	240
i.	Sprache	241
j.	Ungewöhnlichkeitsregel	244
k.	Battle of the Forms	244
§ 8	Auslegungskontrolle	248
I.	Allgemeines	248
1.	Begriff und Einordnung der Auslegungskontrolle	248
2.	AGB-Auslegung als Individualkontrolle	248
3.	Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung	252
4.	Besondere Auslegungsgrundsätze	256
II.	Vorrang der Individualabrede	257
1.	Grundsatz und Anwendungsbereich	257
2.	Beweis und Rechtsfolge	260
3.	Grundlage und Rechtfertigung	261
4.	Abgrenzung Individualabrede vs. AGB	262
5.	Anwendungsfälle	263
6.	Vermeidung von Widersprüchen	265
7.	Vertretungsmacht und Bestätigungsvorbehaltsklauseln	266
III.	Unklarheitenregel	268
1.	Grundsatz	268
2.	Grundlage und Rechtfertigung	269
3.	Anwendungsbereich und Voraussetzungen	272
a.	Anwendungsbereich	272
b.	Mehrdeutiger Klauselinhalt – Subsidiäre Geltung	273
c.	Einseitig gestellte AGB-Klausel	275
d.	Kundenfreundliche Variante	276
4.	Anwendungsbeispiele	277
5.	Rechtsfolge und Verhältnis zur Inhaltskontrolle	280
a.	Kundenfreundlichste Auslegung der Unklarheitenregel	280
b.	Vorrang der kundenfeindlichsten Auslegung der Inhaltskontrolle	281
6.	Kritik	282
7.	Weitere Regeln für Zweifelsfälle	283

IV.	Gesetzeskonforme Auslegung (inklusive Restriktionsprinzip).....	284
1.	Prinzip und Teilgehalte.....	284
2.	Restriktionsprinzip	285
3.	Vorrangregel bei mehrdeutigen Klauseln.....	286
4.	Wiederholung von Gesetzesbestimmungen.....	286
5.	Kritik	287
V.	Vertraglich vereinbarte Auslegungsregeln.....	287
§ 9	Gültigkeitskontrolle	289
I.	Allgemeines	289
II.	Relevante Einzelbestimmungen	290
§ 10	Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011)	296
I.	Die historische Entwicklung von Art. 8 UWG	296
1.	Die Entstehung von Art. 8 UWG (1986).....	296
2.	Die Kritik an Art. 8 UWG (1986).....	297
3.	Die Revision von Art. 8 UWG (1986).....	298
4.	Der Vergleich von Art. 8 UWG (1986) und Art. 8 UWG (2011)....	300
II.	Die intertemporale Anwendung von Art. 8 UWG (2011).....	301
1.	Ab 1. Juli 2012 vertraglich vereinbarte bzw. verwendete AGB	301
2.	Vor dem 1. Juli 2012 verwendete bzw. vertraglich vereinbarte AGB.....	302
III.	Die internationalprivatrechtliche Anwendung von Art. 8 UWG (2011)	306
IV.	Stand des AGB-Rechts in der Europäischen Union und seine Bedeutung für die Schweiz	308
1.	Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	308
2.	Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13/EWG	310
a.	Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung	310
b.	Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung.....	316
c.	Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung	324
d.	Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung.....	380
3.	Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz.....	479
4.	Weitere Erkenntnisquellen	481
V.	Der Normzweck	482

VI. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG (2011).....	482
1. Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	483
2. Das Erfordernis eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	485
a. «Vorsehen» oder «Verursachen» eines Missverhältnisses durch AGB?	486
b. Feststellung des Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten	487
aa. Entstehungsgeschichte.....	487
bb. Die Feststellung des «Missverhältnisses» als Grundvoraussetzung der Unlauterkeit von AGB.....	488
cc. Gesetzesmaterialien.....	488
dd. Die Regeln der vertraglichen Lückenfüllung als Referenzrahmen.....	489
c. Die «Erheblichkeit» des Missverhältnisses.....	491
d. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»?	493
aa. Ausgangslage vor dem Hintergrund des Unionsrechts	493
bb. Helvetischer Sonderfall?	495
aaa. Allgemeines	495
bbb. Kompensation nachteiliger AGB mit vorteilhaften Vertragsbestimmungen.....	497
ccc. Umfang und Grenzen der Kompensation.....	497
e. Ergebnis	499
3. Das Erfordernis der «Treuwidrigkeit» eines (erheblichen und ungerechtfertigten) Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	500
a. Ausgangslage	500
b. Die Auslegung des Begriffs der «Treuwidrigkeit»	502
4. Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten.....	505
a. Neue Ausgangslage für KMU	505
b. Der Begriff des «Konsumenten».....	506
VII. Rechtsfolge	511
VIII. Prüfungsraster zur offenen Inhaltskontrolle von AGB.....	514
IX. Die neue Bestimmung von Art. 8a UWG	516
1. Entstehungsgeschichte.....	516
2. Anwendungsbereich	518
3. Tatbestandsvoraussetzungen	518
a. Buchung von Beherbergungsdienstleistungen	518
b. Betreiber einer Online-Buchungsplattform.....	519

c. Einschränkung der Vertragskonditionen durch AGB.....	520
aa. Allgemeines.....	520
bb. Vertragsbedingungen für den Erwerb von Beherbergungsdienstleistungen.....	521
cc. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Paritätsklauseln.....	522
d. Missbräuchlichkeit der Verwendung von Paritätsklauseln?.....	524
4. Rechtsfolge.....	526
5. Bewertung der neuen Bestimmung von Art. 8a UWG	526

Dritter Teil: Einzelfragen des schweizerischen AGB-Rechts529

**§ 11 Das Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen
Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG (2011)529**

I. Nicht-Konsument als AGB-Übernehmer.....	529
II. Konsument als AGB-Übernehmer	530

§ 12 Klage eines AGB-Verwenders gegen andere AGB-Verwender532

**§ 13 Verbandsklagen (Konsumentenschutzorganisationen) und
Klagen des Bundes533**

§ 14 Potentiell problematische AGB.....538

I. Schranken des zwingenden Rechts (Gültigkeitskontrolle).....	538
1. Gerichtsstandsklauseln für Konsumenten.....	539
2. Haftungsausschluss- und Haftungsbeschränkungsklauseln.....	539
II. Klauseln über die einseitige Abänderung von AGB oder anderen Vertragsbestimmungen	542
III. Klauseln über die automatische Vertragsverlängerung.....	547
IV. Klauseln über die kostenpflichtige Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht (Garantieverlängerung).....	551
V. Klauseln über die Zinspflicht auf dem Gesamtschuldbetrag trotz erfolgter Teilzahlung.....	552
VI. Klauseln über den partiellen Verzicht auf das Bankkündengeheimnis.....	553
1. Grundlagen	553
2. Konsenskontrolle.....	557
3. Gültigkeitskontrolle.....	559
4. Auslegungskontrolle.....	559
5. Offene Inhaltskontrolle.....	560
VII. Klauseln über die Bekanntgabe von Kundendaten an Dritte	561
VIII. Klauseln über den einseitigen Verzicht auf das Verrechnungsrecht	565
IX. Genehmigungs- und Zustellungsfiktionsklauseln	566
X. Klauseln über das Einhalten der gebuchten Reiseroute bei Flugreisen.....	571

§ 15 Kartellrechtliche Kontrolle von AGB	574
I. Allgemeines	574
II. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels AGB?	574
1. Tatbestandsvoraussetzungen	574
2. Beurteilung im Hinblick auf AGB.....	577
3. Ergebnis.....	581
III. Missbräuchliche Durchsetzung von AGB durch marktbeherrschende Unternehmen.....	581
1. Tatbestandsvoraussetzungen	581
2. Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von AGB	583
3. Ergebnis.....	588
Anhang:	589
Rechtsvergleichende Bestimmungen zum AGB-Recht.....	589
I. RL 93/13/EWG	589
II. §§ 305–310 BGB	598
III. Principles of International Commercial Contracts (PICC).....	606
IV. Principles of European Contract Law (PECL).....	611
Entscheidregister	613
1. Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts	613
a. Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide	613
b. Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide.....	619
2. Entscheide des Gerichtshofes der Europäischen Union	624
Stichwortverzeichnis	637

Abkürzungsverzeichnis

a	alt, altes; Verweis auf gesetzliche Bestimmungen, die durch Gesetzesrevisionen geändert wurden
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung / (Frankfurt) am Main
AAB	Allgemeine Arbeitsbedingungen/Allgemeine Anstellungsbedingungen
AB	Amtliches Bulletin
AB NR	Amtliches Bulletin Nationalrat
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
aBV	alte Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
AB SR	Amtliches Bulletin Ständerat
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteur-Bedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; durch den Vertrag von Lissabon erfolgte Umbenennung des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft (EGV).
AG	Aargau
AG/SA	Aktiengesellschaft / Société anonyme
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
al.	alii/aliae = andere
allg.	allgemein
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
ARB	Allgemeine Reisebedingungen
art.	article = Art.
Art.	Artikel

AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, [SR 830.01]
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht (Deutschland)
b2b	business to business
b2c	business to consumer
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz), [SR 952.0]
BB	Bundesbeschluss / Betriebs-Berater (Frankfurt a.M.)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (RGBI. S. 195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), [173.110]
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Reinach)
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
BR	Bundesrat

BR/DC	Baurecht / Droit de la construction
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Frankreich)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, [SR 101]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cass. Civ.	Arrêts de la Cour de cassation, chambre civile (Frankreich)
CCF	Code civil français vom 31. März 1804
CCit	Codice civile italiano vom 16. März 1942
CESL	Common European Sales Law (Vorschlag der EU-Kommission vom 11. Oktober 2011)
CH	Confoederatio Helvetica
CHF	Schweizer Franken = Fr.
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, [SR 0.221.211.1]
cm	Zentimeter
Co.	Compagnie (Kommanditgesellschaft)
CO	Code des obligations
CR	Commentaire romand / Computer und Recht (Köln)
d.h.	das heisst
D	Dalloz (Paris)

DAV	Deutscher Anwaltverein
DCFR	Draft Common Frame of Reference = Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
Dr.	Doktor
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, [SR 235.1]
DTLB	Deutsche Transport- und Lagerbedingungen
E./Erw.	Erwägung(en)
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, [SR 742.101]
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Wien)
E-Commerce	Electronic Commerce
E-Commerce RL	Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr
éd. / Ed.	Édition / Edition
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz und Öffentlichkeitsbeauftragter
eds.	editors
EFTA	European Free Trade Association = Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Strassburg)
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, [SR 0.101]

XX

endg.	endgültig
Erw.	Erwägung(en)
et al.	et alii = und weitere
et al.	et alii,et aliae (und andere)
etc.	et cetera = und so weiter
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Luxemburg)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Kehl)
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Verordnung Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000, Abl Nr. L 12 vom 16.1.2001
EULA	End User License Agreement
EUR	Euro
Europ.	Europäisch(e)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (Luzern), offizielle Bezeichnung bis am 31. Dezember 2006; seit 1. Januar 2007 Bundesgericht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
exkl.	exklusiv
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FG	Festgabe
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
Fn	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
Fr.	Schweizer Franken = CHF

Frankfurt/M.	Frankfurt a.M.
Freiburg/B.	Freiburg im Breisgau
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (Paris)
GBI	Gewerkschaft Bau und Industrie
gem.	gemäss
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen
Gew.	Gewicht
ggf.	gegebenenfalls
Gl.M.	Gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Köln)
GPS	Global Positioning System
GR	Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HAVE	(Zeitschrift für) Haftpflicht und Versicherung (Zürich)
HG/HGer	Handelsgericht
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, [SR 221.411]
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hypertext Markup Language
i.A.v.	in Anwendung von
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis

i.e.S.	Im eigentlichen Sinn
i.S.	in Sachen; im Sinne (des, der)
i.S.v.	im Sinne von
i.Üe.	Im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
IHR	IHR – Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenverkehrs (Köln)
Incoterms	International Commercial Terms
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld)
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, [SR 291]
IT	Informationstechnik
ital.	italienisch(e)
ITRB	Der IT-Rechts-Berater (Köln)
iur.	iuris
JBl	Juristische Blätter (Wien)
JR	Juristische Rundschau (Berlin)
JT/JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Kap.	Kapitel
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), [SR 251]
kg	Kilogramm
KGer	Kantonsgericht
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, [SR 732.44]

KIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz), [SR 944.0]
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit, [SR 221.214.1]
km	Kilometer
km/h	Kilometer pro Stunde
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KOM	Europäische Kommission
KSchG	(österreichisches) Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit den Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz), [BGBl. Nr. 140/1979]
kt.	kantonal
KUKO	Kurzkommentar
L.J.	Law Journal
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, [RS 241]
LG	Landgericht (Deutschland)
LGBl.	Landesgesetzblatt
lit.	litera = Buchstabe
LL.M.	Master Legibus
LM	Lindenmaier/Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
Ltd.	Limited
LU	Luzern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, [SR 0.275.12]
m	Meter
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
max.	maximal
Mio.	Million(en)
MLaw	Master of Law
MMR	MultiMedia und Recht (München)
mp	Mietrecht für die Praxis (Bern)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB
N	Randnote(n)
n.p.	nicht publiziert
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (München)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NY	New York
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
o.	oben
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Wien)
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), [SR 220]
OR 2020	Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil
p.a.	per annum

PauRG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen, [SR 944.3]
PC	Personal Computer
PDF	Portable Document Format
PECL	Principles of European Contract Law = Grundregeln des europäischen Vertragsrechts
PG	Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, [SR 783.0]
PICC	Principles of International Commercial Contracts des UNIDROIT
port.	portugiesisch(e)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz), [SR 221.112.944]
Prof.	Professor
Prot.	Protokoll
PS	Pferdestärke
Pt.	Punkt
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Wien)
Rec.	Recueil
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
rev.	revidiert
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Heidelberg)
RK-S/RK-N	Kommission für Rechtsfragen (Ständerat/Nationalrat)
RL	Richtlinie

RS	Recueil systématique du droit fédéral = SR
Rs.	Rechtssache
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Paris)
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite(n)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, [SR 281.1]
SchlT	Schlusstitel
Sek.	Sekunde(n)
SemJud	La Semaine Judiciaire (Genf) = SJ
SG	St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Basel)
SJ	La semaine judiciaire (Genf) = SemJud
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
Slg.	Sammlung
SLK	Schlichtungskommission
SMS	Short Message Service
SO	Solothurn
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Ständerat / Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, [SR 311.0]
StPO	Strafprozessordnung
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG), [SR 734.7]
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, [SR 741.01]
SVP	Schweizerische Volkspartei
SVR	Strassenverkehrsrecht – Zeitschrift für die Praxis des Verkehrsjuristen
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Lachen)
t	Tonnen
Tab	Tabelle
u.a.	unter anderem (anderen) / und andere
u.dgl.	und dergleichen
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UN/UNO	United Nations Organization = Organisation der Vereinten Nationen
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UN-Kaufrecht	= CISG
URL	Uniform Resource Locator
USA	United States of America = Vereinigte Staaten von Amerika
USB	Universal Serial Bus

USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz, [SR 814.01]
usw.	und so weiter
UV	Unfallversicherung
UVEK	Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, [SR 241]
V	Verordnung
v.	vom/von
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), [SR 961.01]
VD	Waadt
VBGL	Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs- und Logistikunternehmer
VDSG	Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, [SR 235.11]
VE	Vorentwurf; Vernehmlassungsentwurf
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Karlsruhe)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), [170.32]
Vgl./vgl.	vergleiche
Vi	Vorinstanz
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, [SR 251.4]
VO	Verordnung
vol.	Volumen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
vs.	versus

VSE	Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag, [SR 221.229.1]
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt/M.)
WeKo	Wettbewerbskommission
www	world wide web
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (München)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [SR 210]
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZH	Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	Zitiert
ZK	Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [SR 272]
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Wien)

XXX

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN S./COENDET T./GROSS D., Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, in Emmenegger (Hrsg.): Das Bankkonto – Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Basel 2013, 83 ff. [zit.: ABEGGLEN/COENDET/GROSS, AGB-Kontrolle].
- ADEN FELIX M.B., Battle of Forms. Konkurrierende AGB in multilateraler Rechtsvergleichung, Tübingen 2021
- AEPLI VIKTOR, Mehrsprachigkeit und Fremdsprachigkeit im Vertragsrecht, in: Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, 337 ff. [zit.: AEPLI, FS Gauch].
- AESCHIMANN LISA, Die Verbandsklage bei missbräuchlichen AGB. Unter besonderer Berücksichtigung des Unterlassungsanspruchs, Zürich/Genf 2022.
- AMSTUTZ M./CARRON B./REINERT M., in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT].
- AMSTUTZ M./CARRON B., in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2021 [zit.: BSK KG-AMSTUTZ/CARRON].
- ARTER O./JÖRG F., Deutscher Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. Juni 2006 (I ZR 75/03, OLG Düsseldorf, LG Landgericht Mönchengladbach), AJP 2007, 128 ff.
- ARTER O./JÖRG F. S., Rückbelastungsklauseln bei Kreditkartenverträgen im E-Commerce, SJZ 2003, 25 ff.
- ATAMER YESIM M., Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 7 f. [zit. ATAMER, FS Koller].
- ATAMER YESIM M., Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always be the Right Answer – Insights from Behavioral Law and Economics, The Modern Law Review 80 (2017) 624 ff.
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001 [zit.: BAUDENBACHER, Kommentar UWG].
- BAUDENBACHER CARL, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 123 (1987), 505 ff.
- BAUDENBACHER CARL, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 [zit.: BAUDENBACHER, AGB].

- BERGER BERNHARD, Kommentar zu Art. 23 LugÜ, in: Oetiker/Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016.
- BERGER BERNHARD, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 [zit.: BERGER, BK].
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018 [zit.: BERGER, Schuldrecht].
- BERGER KLAUS-PETER, Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge, in: Berger K. P./Borges G./Herrmann H./Schlüter A./Wackerbarth U. (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn, Berlin 2006, 3 ff. [zit.: BERGER, FS Horn].
- BERGER KLAUS-PETER, Die Einbeziehung von AGB in B2B-Verträge, ZGS 2004, 415 ff.
- BIERI LAURENT, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, ZSR (2012) I, 201 ff.
- BIERI A./POWELL J., Informationspflicht nach dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, AJP 2020, 1533 ff.
- BOHNET FRANÇOIS, Die Typografische Rechtsprechung gilt weiterhin, SZZZP 2012, 451 ff.
- BOOSS DIERK, in Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl., Köln/Wien 2012 [zit.: BOOSS, EUV-Kommentar].
- BOUVERAT DAVID, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives; Etude du droit suisse à la lumière de droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne, Diss. Neuenburg 2009 [zit.: BOUVERAT, Conditions générales].
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: E. Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band X, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, 111 ff. [zit.: BRUNNER, AGB].
- BUCHER EUGEN, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg 1977, 249 ff. [zit.: BUCHER, Festgabe Deschenaux].
- BÜHLER G./STÄUBER R., Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, 86 ff.
- BÜHLMANN L./SCHÜEPP M., Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter 15. März 2021.
- BÜHRER MARC P., AGB-Kollisionen, «the battle of the forms» und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987 [zit.: BÜHRER, AGB-Kollisionen].

- BÜRGI BENJAMIN D., AGB-Kollisionen (Battle of Forms): Übersicht und ausgewählte Problemstellungen im Kontext des Schweizer Rechts sowie internationaler Vereinheitlichungsprobleme, *ius.full* 6/2015, 166 ff.
- BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich 2012.
- BUZ VEDAT, Immer noch «allgemeine» Geschäftsbedingungen, *AcP* 219 (2019) 1 ff.
- CLERC EVELYNE, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence-CLERC].
- COENDET THOMAS, Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, *ZSR* 133 (2014) I, 45 ff.
- DEDUAL ALESSIA, Geltungserhaltende Reduktion – Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht, Tübingen 2019.
- DEDUAL ALESSIA, Geltungserhaltende Reduktion, Zur Rechtsfolgenfrage von Art. 8 UWG, *AJP* 2017, 844 ff.
- DENZLER BEAT, Allgemeine Geschäftsbedingungen der öffentlichen Hand – Grenzen des Kleingedruckten, *BR* 2007, 233 ff.
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne 1988, 57 ff. [zit.: DESSEMONTET, contrôle judiciaire].
- DESSEMONTET FRANÇOIS, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations Art. 1–529*, 1. Aufl., Basel 2004 [zit.: CR CO I-DESSEMONTET].
- DRYGALA TIM, Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches europäisches Kaufrecht *JZ* 2012, 983 ff.
- EGGEN MIRJAM, Smart Contracts und allgemeine Geschäftsbedingungen, in: S. Emmenegger/S. Hrubesch-Millauer/F. Krauskopf/S. Wolf (Hrsg.), *Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller*, Bern 2018, 155 ff. [zit.: EGGEN, FS Koller].
- EHLE B./BRUNSCHWEILER A., Schweizer AGB-Recht im Umbruch, ein rechtsvergleichender Überblick, *RIW* 2012, 262 ff.
- EMCH U./RENTZ H./ARPAGAU R., *Das schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich 2011.
- EISNER-KIEFER ANDREA, *Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022, A. AG gegen B. AG, Versicherungsvertrag; Auslegung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Deckungsausschluss bei Pandemien*, *AJP* 2022, 643 ff.

- ERNST WOLFGANG, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Heiss/Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, 191 ff.
- FELLMANN WALTER, Gutachten vom 23. April 2020 an die Stiftung Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA, Deckungsausschlüsse Pandemie, abrufbar unter <https://versicherungsombudsman.ch/wp-content/uploads/2021/07/Gutachten-Deckungsausschluesse-Pandemie.pdf> (besucht am 31. Mai 2023) [zit.: FELLMANN, Gutachten].
- FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: H. Giger/W. R. Schluep (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 23 ff. [zit.: FORSTMOSER, Standortbestimmung].
- FORSTMOSER PETER, Die rechtliche Behandlung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: H. Merz/W. R. Schluep (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, 99 ff. [zit.: FORSTMOSER, FG Kummer].
- FRITSCHI MIRJAM EVA, Crowdfunding aus zivilrechtlicher Perspektive, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Schweizer Plattformen und deren Einfluss auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten, Diss. Zürich 2018 [zit.: FRITSCHI, Crowdfunding].
- FUHRER STEPHAN, in Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., Basel 2023 [zit.: BSK VVG-FUHRER].
- FUHRER STEPHAN, Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022, WHO-Pandemiestufen, HAVE 2022, 169–171.
- FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich u.a. 2011 [zit.: FUHRER, Versicherungsrecht].
- FÜLLEMANN DANIEL, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016.
- FURRER ANDREAS, AGB als Stolpersteine in der Vertragsgestaltung: die KMU-Problematik, in: D. Girsberger/J. Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 69 ff. [zit.: FURRER, Stolpersteine].

- FURRER ANDREAS, Der Einbezug der Allgemeinen Beförderungsbedingungen beim Kauf eines Fahrscheins, in: J.-B. Ackermann et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Dr. Martin Vonplon*, Zürich 2009, 139 ff. [zit.: FURRER, Beförderungsbedingungen].
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, *HAVE* 2011, 324 ff. [zit.: FURRER, AGB-Inhaltskontrolle].
- FURRER A./MÜLLER-CHEN M., *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2018 [zit.: FURRER/MÜLLER-CHEN, OR AT].
- GABRIEL S./LANDBRECHT J., *Berner Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar zu Art. 176–194 IPRG*, Bern 2023 [zit.: GABRIEL/LANDBRECHT, BK].
- GASSER URS, Rechtliche Aspekte des M-Commerce, in: *SZW* 2002, 13 ff.
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019 [zit.: GAUCH, Werkvertrag].
- GAUCH PETER, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, *Festschrift Honsell*, Zürich 2002, 3 ff. [zit.: GAUCH, FS Honsell].
- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, *recht* 2006, 77 ff.
- GAUCH PETER, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, *BR* 1987, 51 ff.
- GAUCH PETER, Ein «regelrechter» Schluss, *ZSR* 128 (2009) I, 215 ff.
- GAUCH P./SCHLUEP W.R./SCHMID J., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 [zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT].
- GIGER HANS, Rechtsanwendung bei Rechtsschutzversicherungen im Spannungsfeld von Rechtsetzung und AGB-Praxis, in: Dörig/Fellmann/Giger/Lendi/Seidl/Stämpfli/Tschirky (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel – Chancen und Risiken einer Neubesinnung, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn*, Bern 2009, 41 ff. [zit.: GIGER, FS Kuhn].
- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Giger/Schlupe (Hrsg.), *Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht*, Band XII, Zürich 1983 [zit.: GIGER, Kontrolle AGB].
- GIGER HANS, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Giger/Schlupe (Hrsg.), *Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht*, Band V, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis*, Zürich 1982, 59 ff. [zit.: GIGER, Einbezug AGB].

- GIRSBERGER DANIEL, Vertragsrecht und KMU, in: P. Tercier/M. Amstutz (Hrsg.), *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 417 ff. [zit.: GIRSBERGER, FS Gauch].
- GORDON-VRBA LUCY, AGB-Kontrolle durch Verbandsklagen der Konsumentenverbände, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, HAVE, Zürich/Basel/Genf 2014, 265 ff.
- GRAF VON WESTPHALEN FRIEDRICH, Verbraucherschutz nach zwei Jahrzehnten Klauselrichtlinie, NJW 2013, 961 ff.
- GRAMLICH CHRISTOPH, Richterliche Kontrolle nicht ausgehandelter Vertragsklauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach dem Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und nach deutschem Recht, GPR 2014, 62 ff.
- GROLIMUND PASCAL, Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, HAVE 2007, 145 ff.
- GROLIMUND P./BACHOFNER E., Kommentar zu Art. 5 IPRG, in: Grolimund/Loacker/Schnyder/, (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Basel 2021.
- GRÜNEBERG CHRISTIAN, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kurzkommentar*, 82. Auflage, München 2023 [zit.: GRÜNEBERG, BGB].
- GUYET JACQUES, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4–8 UWG), in: R. von Büren/L. David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel 1998, 235 ff.
- HAAS U./HUG J., Gerichtsstandsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZZZ 54/2021, 470 ff.
- HAAS U./SCHLUMPF M., Kurzkommentar zu Art. 17 ZPO, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2021 [zit.: HAAS/SCHLUMPF, KUKO].
- HÄRTING NICO, *Internetrecht*, 7. Aufl., Köln 2023 [zit.: HÄRTING, Internetrecht].
- HARTMANN STEPHAN, «Leistungen des üblichen Verbrauchs» als Element des Konsumentenvertrags, in: Müller/Schwarz (Hrsg.), *Festschrift für Walter Fellmann*, Zürich 2021, 227 ff. [zit.: HARTMANN, FS Fellmann].
- HARTMANN STEPHAN, Auslegung nach dem Vertrauensprinzip und tatsächliches Verständnis, in: B. Hürlimann-Kaup/P. Eitel/S. Hartmann/R. Haas (Hrsg.), *Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr, Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag*, Zürich 2019, 163 ff. [zit.: HARTMANN, FS Schmid].

- HARTMANN STEPHAN, Grundlage und Konkretisierung der Ungewöhnlichkeitsregel, in: J. Schmid (Hrsg.), *Hommage für Peter Gauch*, Zürich 2016, 133 ff. [zit.: HARTMANN, *Hommage Gauch*].
- HEDINGER M./HOSTETTLER Y. S., Kommentar zu Art. 17 ZPO, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HEISS HELMUT, Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, in: P. Grolimund/A. Koller/L. Locker/W. Portmann (Hrsg.), *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2018, 589 ff. [zit.: HEISS, *FS Schnyder*].
- HEISS HELMUT, Kommentierung des Art. 8 UWG, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), *UWG. Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018 [zit. HEISS, in: Heizmann/Loacker].
- HEISS HELMUT/WILLIAM OLIVER, Rechtsfragen der Online-Versicherung, IV. Smart Insurance Contracts, in: S. Fuhrer (Hrsg.), *Jahrbuch SGHVR 2018, Jahrestagung vom 7. September 2018 Schwerpunkt: Privatversicherungsrecht, A. Versicherungsrecht 4.0*, Zürich 2018, 42 ff. [zit.: HEISS/WLLIAM, *SGHVR 2018*].
- HELLWEGE PHILLIP, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010 [zit.: HELLWEGE, *AGB*].
- HENNINGER ANTON, Vom Umgang mit AGB, *BR* 2002, 133 ff.
- HESS M./RUCKSTUHL L., AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, *AJP* 2012, 1188 ff.
- HIGI PETER, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, in: S. Hotz/K. Mathis (Hrsg.), *Recht, Moral und Faktizität*, Festschrift für Walter Ott, Zürich/St. Gallen 2008, 495 ff. [zit.: HIGI, *FS Ott*].
- HOFFMANN JOCHEN, Aufklärungspflichten bei Formularverträgen mit Sprachunkundigen, *IPRax* 2015, 528 ff.
- HOLLIGER-HAGMANN E., Art. 8 – Das Kuckucksei im UWG, *Jusletter* 20. Februar 2012.
- HOSTETTLER YANNICK, Die Gerichtsstandsvereinbarung im Binnen- und im internationalen Verhältnis, Ein Beitrag zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 23 LugÜ, Art. 5 IPRG und Art. 17 ZPO und eine Analyse von Problemen im Zusammenhang mit der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit, *Diss. Basel* 2021 [zit.: HOSTETTLER, *Gerichtsstandsvereinbarung*].

- HUG DARIO, La formation du contrat de consommation, Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, Diss. Neuchâtel 2020 [zit.: HUG, formation du contrat].
- HUG D./MÜLLER C./SINGER M., Commentaire de l'arrêt du TF 4A_330/2021 du 5 janvier 2022, Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance, Jusletter 11. April 2022.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 [zit.: HUGUENIN, OR].
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, 85 ff. [zit.: HUGUENIN, AGB].
- HUGUENIN CLAIRE/MAISSEN EVA, Bedingungsänderungsklauseln, in: Fuhrer/Weber (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Zürich 2011, 97 ff. [zit.: HUGUENIN/MAISSEN, Bedingungsänderungsklauseln].
- HUNGER PATRICK, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und M-Commerce: Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB im Spannungsverhältnis zwischen Technologie und Recht, SZW 2002, 161 ff. [zit.: HUNGER, AGB].
- INFANGER DOMINIK, Kommentar zu Art. 17 ZPO, in Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.
- JÄGGI P./GAUCH P./HARTMANN S., Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Obligationenrecht, Band V/1/b, 4. Aufl., Zürich 2015 [zit.: ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN].
- JENTSCH VALENTIN, Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2020, 73 ff.
- JÖRG FLORIAN S., Internet-Vertragsrecht: Eine Bestandesaufnahme, in: Arter/Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 9. Tagungsband, Bern 2007 [zit.: JÖRG, Internet-Vertragsrecht].
- JUNOD MOSER DOMINIQUE, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Etude de droit suisse et de droit européen, Diss. Genf 2001 [zit.: JUNOD MOSER, conditions générales].
- JUNG PETER, Die systematische Stellung der offenen AGB – Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, 129 ff.
- KAISER JOB NOELLE, Kommentar zu Art. 31 ff. ZPO, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 [zit.: BSK ZPO-KAISER JOB].

- KELLNER MARKUS, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen: Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 BGB, Wien 2013 [zit.: KELLNER, Rechtsbegriff].
- KILLIAS LAURENT, Kommentar zu Art. 23 LugÜ, in Stämpfli Handkommentar, Dasser/Oberhammer (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 3. Aufl., Bern 2021 [zit.: SHK LugÜ-Killias].
- KIRCHSCHLÄGER CAROLINE, Zumutbare Kenntnisnahme von Online-AGB, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber, Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, 387 ff. [zit.: KIRCHSCHLÄGER, Online-AGB].
- KLETT K./HURNI C., Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.
- KLING MICHAEL, Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr, Die wertende Verteilung sprachenbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht, Diss. Tübingen 2008 [zit.: KLING, Sprachrisiken].
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 5. Aufl., Bern 2023 [zit.: KOLLER, OR AT].
- KOLLER ALFRED, AGB-Recht, Eine Übersicht im Lichte der neuesten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, AJP 2016, 279 ff.
- KOLLER THOMAS, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: F. Harrer/W. Portmann/R. Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht, Aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 223 ff. [zit.: T. KOLLER, FS Honsell].
- KOLLER THOMAS, in: Koller/Krauskopf/Schwander, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 2015 [zit.: T. KOLLER, Entscheide].
- KOLLER THOMAS, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbeziehungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 43 ff.
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: Das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 ff.
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto. Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, 2013, 17 ff. [zit.: T. KOLLER, Art. 8 UWG].
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, AJP 2014, 19 ff.
- KÖTZ HEIN, Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2012 [zit.: KÖTZ, Vertragsrecht].

- KÖTZ HEIN, Welche gesetzgeberische Massnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten zum 50. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil A (München 1974) [zit.: KÖTZ, Gutachten].
- KÖTZ HEIN, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209 ff. [zit.: KÖTZ, Schutzzweck] (nach dem Neuabdruck in: Kötz, Undogmatisches, Tübingen 2005).
- KRAMER ERNST A., Willenstheorie versus Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation, die fragwürdige Renaissance eines epischen Theorienstreits, ZSR 2022, 393 ff.
- KRAMER ERNST A., Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in: Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl. Bern 1992, 23 ff. [zit.: KRAMER, Innominatverträge].
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Band VI/1/1, Bern 1986 [zit.: BK-KRAMER].
- KRAMER ERNST A., Konsensprobleme im Rahmen des UN-Kaufrechts, in: Fischer-Czermak/Kletecka/Schauer/Zankl (Hrsg.), Wien 2004, 539 ff. [zit.: KRAMER, FS Welser].
- KRAMER ERNST A., Vertragsrecht im Umbau, ÖJZ 1980, 233 ff.
- KRAMER ERNST A., Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, in: BJM 1995, 1 ff.
- KRAMER ERNST A., Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, 33 ff.
- KRAMER ERNST A., Internationale, europäische und schweizerische Perspektiven des Vertragsrechts, JBl 2012, 750 ff.
- KRAMER ERNST A., Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGBG, ZHR 146 (1982) 105 ff.
- KRAMER ERNST A., Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 173 (2018) I, 295 ff.
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Grundkurs), 3. Aufl., Basel 2018 [zit.: KRAMER/PROBST, OR AT].
- KRÖLL S./HENNECKE R., Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen, RIW 2001, 736 ff.

- KUONEN NICOLAS P. M., Le contrôle des conditions générales: l'envol manqué du phénix, SemJud 136/2014 II, 1 ff.
- KUT AHMED, Kommentar zu Art. 1 OR, in Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band IV, Art. 1–183 OR, Allgemeine Bestimmungen, 4. Aufl., Zürich 2022 [zit.: KUT, CHK].
- LANGER DIRK, Verträge mit Privatkunden im Internet, Diss. Genf 2003 [zit.: LANGER, Verträge Internet].
- LEUPOLD P./RAMHARTER M., Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16 ff.
- LEUSCHNER LARS, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491 ff.
- LEYENS P.C./SCHÄFER H.-B., Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010) 782 ff.
- LORENZ T./MÜLLER-CHEN M., Per Mausclick zum Gerichtsstand: Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St.Gallen 2015, 725 ff. [zit.: LORENZ/MÜLLER-CHEN, Gerichtsstand].
- LÜSCHER CHRISTOPH, «Gewöhnliches» zur Ungewöhnlichkeitsregel oder «Ungewöhnliches Gewöhnliches»? , Jusletter vom 18. Oktober 2010.
- MAIDL JOHANNES, Ausländische AGB im deutschen Recht, München 2000 [zit.: MAIDL, Ausländische AGB].
- MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012 [zit.: MAISSEN, Vertragsverlängerung].
- MARBACH E./DUCREY P./WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017 [zit.: MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüterrecht].
- MARTENET V./KILLIAS P.-A., in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS].
- MARTIN-ACHARD EDMOND, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, Lausanne 1988, 86 ff. [zit.: MARTIN-ACHARD, concurrence déloyale].
- MATT PETER, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Diss. Basel 1997 [zit.: MATT, Transparenzgebot].

- MEDICUS DIETER/PETERSEN JENS, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016 [zit.: MEDICUS/PETERSEN, BGB AT].
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1988 [zit.: MERZ, Vertrag].
- MERZ HANS, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Freiburg 1968, 137 ff. [zit.: MERZ, FS Schönenberger].
- MITROVIC MILIVOJE, Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. St. Gallen 2022 [zit.: MITROVIC, Änderungsklauseln].
- MÖHLER CHRISTINE, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Diss. Luzern 2015 [zit.: MÖHLER, Schiedsverfahren].
- MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, ZSR (2009) I, 497 ff.
- MORIN ARIANE, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations Art. 1–529*, 3. Aufl., Basel 2021 [zit.: CR CO I-MORIN].
- MORSCHER LUKAS, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, ZBJV 2011, 177 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 [zit.: BK-MÜLLER].
- MÜLLER W./SCHILLING A., AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, BB 2012, 2319 ff.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Zürcher Kommentar zu Art. 5 IPRG, in Müller-Chen/Widmer Lüchinger (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Band I – Art. 1-108 IPRG*, 3. Aufl., Zürich 2018 [zit.: ZK-Müller-Chen].
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, Bd. 2, §§ 241–310, 9. Aufl., München 2022.
- NAU LILIANE, in: *Contrôle par le juge du contenu des conditions générales de contrat – Approches plurielles d'une question récurrente*, in: Jung (Hrsg.) *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Richterliche Eingriffe in den Vertrag*, 2013, 205 ff. [zit.: NAU, Approches plurielles].
- NEUNER J., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023 [zit.: NEUNER, BGB AT].
- NEUMAYER KARL H., Zu Art. 8 des neuen UWG – Eine rechtsvergleichende Analyse, in: P. Forstmoser/A. Heini et al. (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, 727 ff.

- NESTLÉ BARBARA M., Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerika-nischem Konsumentenschutzrecht), in: Weber/Hilty/auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich 2000 [zit.: NESTLÉ, Übernahme AGB].
- NIGGEMANN FRIEDRICH, AGB-Kontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach der Reform des französischen Code Civil?, RIW 2018, 657 ff.
- PEDRAZZINI M./PEDRAZZINI F., Unlauterer Wettbewerb, UWG, 2. Aufl., Bern 2002 [zit.: PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG].
- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel 2011 [zit.: PERRIG, Zugänglichkeitsregel].
- PERRIG ROMAN, Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Zugänglichkeitsregel, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, HAVE, Zürich/Basel/Genf 2014, 169 ff. [zit.: PERRIG, Einbeziehung].
- PFEIFFER RETO, Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», Zürich 2021.
- PFEIFFER THOMAS, Was kann ein Verbraucher? Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus, in: NJW 2011, 1 ff. [zit.: PFEIFFER, NJW 2011].
- PICHONNAZ PASCAL, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, Réflexions sur l'Art. 20a CO de l'Avant-projet de la Loi sur le contrat d'assurance, in: P. Gauch/F. Werro/P. Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel, 2008, 377 ff. [zit.: PICHONNAZ, FS Tercier].
- PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel article LCD, Droit transitoire, portée et conséquences, in BR 2012, 140 ff.
- PICHONNAZ PASCAL. Art. 8 LCD, in: V. Martenet/P. Pichonnaz (Hrsg.), Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, Genf/Basel/München 2017 [zit.: CR LCD-Pichonnaz].
- PICHONNAZ PASCAL, La modification des conditions générales et l'application temporelle de l'article 8 LCD, in: Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 703 ff. [zit. PICHONNAZ, FS Koller].

- PICHONNAZ PASCAL, Les clauses de prix dans les conditions générales – Un enjeu pour les consommateurs, in: Pichonnaz/Werro, La place de consommateur au quotidien (La pratique contractuelle 7), Genf/Zürich 2022, 33 ff. [zit. PICHONNAZ, Les clauses de prix].
- PROBST THOMAS, Der Einfluss des EU-Rechts auf den Gesetzgebungsstil im schweizerischen Privatrecht, in: Die Schweiz und die europäische Integration, 20 Jahre Institut für Europarecht, Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2015, 249 ff. [zit.: PROBST, Gesetzgebungsstil].
- PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in Stämpfli Handkommentar, Jung/Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Bern 2023, [zit.: SHK UWG-PROBST].
- PROBST THOMAS, Erläuterungen zu Art. 16 OR 2020, in Huguenin/Hilty (Hrsg.), OR 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Gern 2013 [zit.: OR 2020-PROBST].
- PROBST THOMAS, Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht: Ein rückblickender Ausblick in die Zukunft, in: P. Jung (Hrsg.) Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Richterliche Eingriffe in den Vertrag, 2013, 223 ff. [zit.: PROBST, richterliche Inhaltskontrolle].
- PROBST THOMAS, Die Verknüpfung von Personendaten und deren rechtliche Tragweite, in: Epiney/Probst/Gammenthaler (Hrsg.) Tagungsband des Dritten Schweizerischen Datenschutzrechtstags vom 21./22. Januar 2010, Bern, 2010, 1–40 [zit.: PROBST, Verknüpfung von Personendaten].
- PROBST THOMAS, Die unbestimmte «Bestimmbarkeit» der von Daten betroffenen Person im Datenschutzrecht oder – Personendaten und anonymisierte Einzeldaten in der globalisierten Informationsgesellschaft – Quo vaditis?, AJP 2013/10, 1423 ff. [zit.: PROBST, Bestimmbarkeit].
- PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 87 SVG, in: Niggli/Probst/Waldmann, Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014 [zit.: BSK SVG-PROBST].
- PROBST THOMAS, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, Basler Juristische Mitteilungen 2004, 225–260.
- PROBST THOMAS, Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland – The Control of Standard Contracts Terms: The Swiss Approach, in: Atamer/Pichonnaz (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Cham 2020, 653–671.

- PROBST THOMAS, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz. Ein (dis)harmonisches Konkubinats?, Jusletter vom 6. Februar 2017.
- PROBST THOMAS, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, Jusletter vom 24. April 2017.
- PROBST THOMAS, Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung, in: Heiss/Loacker, Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, 151–189.
- PROBST THOMAS, Digitalisierung und Privatrecht, Probleme des Schutzes der Privatsphäre aus vertragsrechtlicher Sicht, in: Epiney/Sangsue, Digitalisierung und Privatsphäre, Zürich, Basel, Genf 2018, 41–76 [zit.: PROBST, Digitalisierung].
- RAISER LUDWIG, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935.
- RANIERI FILIPPO, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Wien/New York 2009.
- REETZ PETER, Die allgemeinen Bestimmungen des Gerichtsstandsgesetzes, Diss. Zürich 2001 [zit.: REETZ, GestG].
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Band VI/2/2/1, Bern 2010 [zit.: BK-REHBINDER/STÖCKLI].
- RENNER MORITZ, Die Natur des Vertrags nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, Soziologische Massstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013) 677 ff.
- ROBERTO V./STEHLE B., Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 8 UWG, recht 2014, 235 ff.
- ROBERTO V./WALKER M., AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, AJP 2014, 49 ff.
- ROSENTHAL DAVID, Rechtliche Fussangel im M-Commerce, Kleingedrucktes auf dem WAP-Handy, in: Jusletter vom 3. Juli 2000.
- ROSENTHAL DAVID, Das neue Datenschutzrecht, Jusletter 16. November 2020.
- REYMOND JEAN-MARC, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 [zit.: CR Concurrence-REYMOND].
- RÜETSCHI DAVID, Zur Anwendung von Art. 8 auf altrechtliche Verträge. Ein kasuistischer Lösungsansatz, recht 2013, 101 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff.

- RUSCH ARNOLD F., Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, 439 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Verzug, Inkasso und AGB, AJP 2021, 1131 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Was braucht es, damit die SIA-Normen gelten? Vom richtigen Einbezug der SIA-Normen, AJP 2019, 631 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Bestätigungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, AJP 2019, 329 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Salvatorische Klauseln in AGB, sui-generis 2016, 73 ff.
- RUSCH ARNOLD F./SCHIRRMACHER A., Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, 683 ff.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, 95 ff.
- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, 37 ff.
- SCHÄFER CARSTEN, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern, in: JZ 2003, 879 ff.
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG/SCHROETER ULRICH (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG – 7. Aufl., München/Basel 2019 [zit.: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, CISG].
- SCHMID A./SCHMID J.-D., Gerichtsstandsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das internet abgeschlossenen Verträgen im Binnenkontext, Jusletter vom 6. Juni 2011.
- SCHMID JÖRG, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in: P. Tercier/R. Hürlimann (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Freiburg 1989, 47 ff. [zit.: SCHMID, Gewährleistungsbeschränkungen].
- SCHMID JÖRG, Freizeichnungsklauseln, in: H. Honsell/W. Portmann/R. Zäch/D. Zobel (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 307 ff. [zit.: SCHMID, FS Rey].
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, 1 ff.
- SCHMID JÖRG, Die Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Konsumentenverträgen – Nicht gelesene AGB im Lichte von Konsens und Vertrauensprinzip, in: S. Emmenegger/S. Hrubesch-Millauer/F. Krauskopf/S. Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 851 ff. [zit.: SCHMID, FS Koller].

- SCHMID J./ZBINDEN O., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 2015, 26 ff.
- SCHMIDT HUBERT, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633 ff. [zit.: SCHMIDT, AGB].
- SCHMIDT HUBERT, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329 ff.
- SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, 39 ff.
- SCHÖNENBERGER W./JÄGGI P., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilband V 1a, Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 [zit.: ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI].
- SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, Insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ST 2012, 78 ff. [zit.: SCHOTT, AGB].
- SCHROETER ULRICH G., Rückkaufvereinbarungen und «contra proferentem»-Regel unter dem UN-Kaufrecht, IHR 2014, 173 ff.
- SCHROETER ULRICH G., in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., München/Basel 2019 [zit.: SCHROETER, in: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, CISG].
- SCHULER ALOIS G., Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1978 [zit.: SCHULER, Geltung AGB].
- SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004 [zit.: SCHUMACHER, Vertragsgestaltung].
- SCHULTHEISS JÖRG, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, Diss. Saarbrücken, Frankfurt a.M. 2004 [zit.: SCHULTHEISS, AGB UN-Kaufrecht].
- SCHWAB KARIN, Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge, Diss. Zürich 2001 [zit.: SCHWAB, elektronische Verträge].
- SCHWEIKARD C./VASELLA D., Datenschutzerklärungen und AGB, digma 2020, 88 ff.
- SCHWENZER I./FOUNTOULAKIS C., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020 [zit.: SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT].
- SPITZER MARTIN, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761 ff.

- STAEHELIN A./STAEHELIN D./GROLIMUND P., bearbeitet von Staehelin D./Grolimund P./Bachofner E., Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019 [zit.: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-BEARBEITER, Zivilprozessrecht].
- STAUDER BERND, Allgemeine Reisebedingungen, in: Ernst Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band X, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, 323 ff. [zit.: STAUDER, Reisebedingungen].
- STAUDER BERND, Der Schutz des Konsumenten im E-Commerce, in: Trüeb (Hrsg.), Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001, 139 ff. [zit.: STAUDER, E-Commerce].
- STEHLE BERNHARD, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, 257 ff.
- STICHER WALTER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss. St. Gallen 1981 [zit.: STICHER, AGB].
- STÖCKLI JEAN-FRITZ, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Diss. Zürich 1979 [zit.: STÖCKLI, AAB].
- STÖCKLI H./AESCHIMANN L., Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung – Überlegungen zur AGB-Kontrolle bei Grundstückverträgen, ZBGR 95/2014, 73 ff.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff. [zit.: STÖCKLI, offene Inhaltskontrolle].
- STÖCKLI H./BIERI R., Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2014, 398 ff.
- STOFFELS MARKUS, AGB-Recht, 4. Aufl., München 2021 [zit.: STOFFELS, AGB-Recht].
- STUCKI MARIUS, Art. 8 UWG: Die neue AGB-Inhaltskontrolle aus Sicht eines Studienabgängers, Jusletter vom 10. März 2014.
- STÜRNER MICHAEL, Europäisches Vertragsrecht, Berlin/Boston 2021.
- SUTTER G./LÖRTSCHER F., Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, 93 ff. [zit.: SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht].
- SUTTER-SOMM T./SEILER B., Kommentar zu Art. 17 ZPO, in Sutter-Somm/Seiler (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zürich 2021 [zit.: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER].
- TERCIER PIERRE, Lo loi, les normes et leurs compléments. Quelques réflexions sur les sources du droit privé de la construction, BR 1983, 63 ff.
- TERCIER P./BIERI L./CARRON B., Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich/Basel 2016.

- TERCIER P./PICHONNAZ P., *Le droit des obligations*, 6. Aufl., Zürich 2019 [zit.: TERCIER/PICHONNAZ].
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012; [zit.: THOUVENIN, Strukturierung].
- THOUVENIN FLORENT, in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2013, Art. 8 N 1 ff. [zit.: BSK UWG-THOUVENIN].
- THOUVENIN FLORENT, Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern, in: W. Portmann/H. Heiss/P. R. Isler/F. Thouvenin (Hrsg.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin*, Zürich 2020, 463 ff. [zit.: THOUVENIN, GS Huguenin].
- UFFMANN KATHARINA, Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle, – Der BGH und die ergänzende Vertragsauslegung, *NJW* 2012, 2225 ff.
- TOLLER MARCO, Schuldrechtliche Folgen der Verletzung von Art. 8 UWG, in: A. Kellerhals (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht*, Zürich 1995, 51 ff. [zit.: TOLLER, Schuldrechtliche Folgen].
- VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstücksverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, *SJZ* 2012, 177 ff. [zit.: VISCHER, Freizeichnungsklauseln].
- VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, *AJP* 2014, 964 ff.
- VISCHER MORITZ, Die Bedeutung von Art. 256 OR für das Mietrecht, *AJP* 2014, 964 ff.
- WALKER NADJA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, *Diss. St. Gallen*, 2015 [zit.: WALKER, Konsumenten-AGB].
- WEBER ROLF H., *E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2. Aufl., Zürich 2010 [zit.: WEBER, ECommerce].
- WEBER ROLF H., *Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts – eine Auslegeordnung möglicher Problemstellungen*, *Jusletter* 4. Dezember 2017.
- WENDLAND MATTHIAS, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, in *Staudinger BGB: Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin 2020, Teil E, 255 ff.
- WETZEL T./GRIMM M./MOSIMANN P., Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen, *MRA* 2013, 3 ff. [zit.: WETZEL/GRIMM /MOSIMANN, AGB Mietverträge].

- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Diss. Bern 2015 [zit.: WIDMER, Geschäftsbedingungen].
- WIEDEMANN HERBERT, Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, in Festschrift für Max Kummer, 1980, 175 ff. [zit.: WIEDEMANN, FS Kummer].
- WIEGAND WOLFGANG, Die Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: H. Honsell/R. Zäch et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, 331 ff. [zit.: WIEGAND, FS Kramer].
- WIEGAND WOLFGANG, Kommentar zu Art. 18 OR, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 [zit.: BSK OR-WIEGAND].
- WIEGAND W./HURNI C., in Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR Art. 1–529, 2. Aufl., Basel 2014 [zit.: WIEGAND/HURNI, KUKO OR].
- WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, 537 ff.
- WILLIAM OLIVER, Geltung und Auslegung – AGB-rechtliche Implikationen eines aktuellen Urteils, in: M. Hürzeler/V. Pribnow/B. Stehle/R. Wendelspiess (Hrsg.), Jahrestagung zum Versicherungsrecht und Versicherungsaufsichtsrecht, HAVE, Zürich 2022, 42 ff. [zit.: WILLIAM, HAVE 2022].
- WOLF M./LINDACHER W. F./PFEIFFER TH., AGB-Recht, 7. Aufl., München 2020.
- WURMNEST WOLFGANG, Kautelarpraxis und Allgemeine Geschäftsbedingungen, RabelsZ 82 (2018) 346 ff.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT C., in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 [zit.: BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT].

L

Erster Teil: Grundlagen

§ 1 Einführung in das Recht der AGB

I. Relevanz, Funktionen und Rechtsnatur der AGB; Missbrauchsgefahr und Schutzbedürftigkeit des Kunden

1. Die faktische Relevanz und die Funktionen der AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), also von einer Partei (dem «*Verwender*») einseitig vorformulierte und anlässlich des Vertragsschlusses mit dem Partner (dem «*Kunden*») nicht ausgehandelte Vertragsbedingungen,¹ «sind aus dem modernen Geschäftsleben nicht mehr wegzudenken»². Sie spielen, wie *Kötz* zutreffend beobachtet³, typischer Weise nur dann keine Rolle, «wenn der Vertragsgegenstand besonders viel oder besonders wenig wert ist», also im Allgemeinen nur dann nicht, wenn sich die Kontrahenten bei wirtschaftlich schwerwiegenden Transaktionen (etwa Unternehmensübernahmen) einen ganz individuellen vertraglichen «Massanzug»⁴ schneiden, oder wenn – umgekehrt – Bargeschäfte des täglichen Gebrauchs (etwa auf dem Wochenmarkt oder im Supermarket) zur Debatte stehen. «In dem breiten Mittelfeld, das zwischen diesen beiden Sonderfällen liegt, haben AGB eine gewaltige praktische Bedeutung»⁵. Sie prägen als «*selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*»⁶ in vielen Wirtschaftsbranchen (wie etwa in der Versicherungswirtschaft, im Bankgeschäft, bei Telekommunikationsunternehmungen, Speditionen, im Bauwesen, um nur einige wenige wichtige Beispiele zu nennen) die Vertragswirklichkeit.

Dies ist, wie im Hinblick auf die «*Risikoabwärfungsfunktion*» der AGB zu zeigen sein wird,⁷ keineswegs unbedenklich und ruft dringend nach rechtlicher Kontrolle. Auf der anderen Seite liegt es auf der Hand, dass die AGB durchaus positiv zu bewertende, ja für das Vertragswesen – wie etwa, um nur ein Beispiel zu nennen, im Versicherungsvertragsrecht – unverzichtbare *Funktionen*

¹ Zum Begriff der AGB ausführlich unten N 15, N 74 ff.

² KÖTZ, Vertragsrecht, § 6 N 241.

³ KÖTZ, Vertragsrecht, § 6 N 241.

⁴ KÖTZ, Vertragsrecht, § 6 N 241.

⁵ KÖTZ, Vertragsrecht, § 6 N 242.

⁶ GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, Freiburg/B. 1933.

⁷ Dazu unten N 5 ff.

erfüllen.⁸ Sie dienen im Hinblick auf Nebenpunkte des Vertrags zum einen der Rationalisierung des Geschäftsverkehrs – und haben damit, ökonomisch betrachtet, eine die *Transaktionskosten senkende Wirkung* –, indem sie den Unternehmer von der Umständlichkeit entheben, bei «Massengeschäften» mit typisierter Interessenlage jeweils gesondert neue Vertragsbedingungen entwerfen zu müssen («*Rationalisierungsfunktion*»);⁹ zum anderen erfüllen die «standard terms» eine «*Modernisierungs-*» bzw. «*Spezialisierungsfunktion*»¹⁰: Sie passen das Vertragsrecht durch Ergänzung der nicht ins Detail gehenden Gesetzesregeln, aber auch durch völlige Neuregelungen, kontinuierlich an neue wirtschaftliche Gegebenheiten an und stillen damit den «Normenhunger», der dadurch entsteht, dass der Gesetzgeber nicht auf alle sich in der Rechtswirklichkeit abzeichnenden Entwicklungen neuer Vertragstypen oder Vertragsabschlussstechniken sofort reagieren und diese im Besonderen Teil des OR oder in Nebengesetzen eigens gesetzlich regeln kann (und sollte!). Gleichzeitig fördern die AGB für solche Verträge auch die Orientierungssicherheit nicht nur der Verwender, sondern auch der Kunden.

2. Die Rechtsnatur der AGB in normativer und soziologischer Sicht

- 3 AGB erwecken in ihrer äusseren Erscheinung oft den Anschein offizieller normativer Qualität. Sie sind generell-abstrakt formuliert, folgen regelmässig einer Artikelzählung, haben eine durch Überschriften gegliederte Struktur, ja be-

⁸ Zur «wohlfahrtssteigernden Wirkung» der AGB: LEUSCHNER, AcP 207 (2007) 502 ff.; vgl. auch M. KELLNER, Vereinbarung der Geltung von AGB und nachträgliche AGB-Änderung, ÖBA 2019, 21.

⁹ S. schon RAISER, 20: AGB sollen «den Geschäftsbetrieb vereinfachen: viel Schreibwerk und lange Verhandlungen werden erspart, wenn man auf die vordruckten Bedingungen verweisen kann; die inhaltliche Gleichheit der abgeschlossenen Verträge ... ist eine notwendige Grundlage genauer Kalkulation; Verpflichtungen, die mit schwer übersehbarem und darum auch schlecht zu kalkulierendem Risiko verbunden sind, können begrenzt oder ausgeschlossen werden». Zur Rationalisierungsfunktion und zu den anderen Funktionen der AGB eingehend WURMNEST, Kautelarpraxis und Allgemeine Geschäftsbedingungen, RabelsZ 82 (2018) 349 ff.

¹⁰ S. etwa BAUDENBACHER, AGB, 226 ff.; KRAMER, Innominatverträge, 153. In der deutschen Lehre wird die angesprochene AGB-Funktion zuweilen auch als «Lückenfüllungsfunktion» bezeichnet.

zeichnen sich – wie die SIA-Normen im Bauwesen – zuweilen sogar als «Normen».¹¹ Dies – und der Umstand, dass AGB für viele Branchen die Vertragswirklichkeit prägen, oft stärker prägen als gesetzliche Regelungen – hat einige Vertreter der deutschen Doktrin veranlasst, sie als eigentliche Rechtsnormen, als von den Unternehmern autonom geschaffenes Vertragsrecht zu bezeichnen («*Normentheorie*»). Von dieser Auffassung¹² ist man heute zu Recht abgekommen. Privatrechtlich organisierte Anbieter von Gütern und Dienstleistungen haben schon aus verfassungsrechtlichen Gründen keine Kompetenz zu generell-abstrakter Normsetzung¹³. Daher haben AGB, rechtlich betrachtet, keine

-
- ¹¹ Bezeichnend GAUCH, Werkvertrag, N 264: «Weit verbreitet und namentlich auch in Planerkreisen anzutreffen ist der Irrtum, es handle sich bei der SIA-Norm 118 um einen gesetzesähnlichen Erlass». Ähnliche Situation im deutschen Recht mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B). Auch hier geht es um AGB und nicht etwa um eine VO. Der Anschein, es handle sich bei den gerade genannten AGB um Gesetze, wird zusätzlich verstärkt durch den Umstand, dass es zu diesen Vertragsbedingungen umfangreiche Kommentarwerke gibt, ganz wie zu Gesetzen.
- ¹² Vgl. aus der neueren deutschen Lehre MEYER-CORDING, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, 97 ff., mit seiner Theorie der «institutionellen Wahlnormen»; PFLUG, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1986, 289, spricht von einer «Rechtsetzungskompetenz partikularer Regler», die «rechtstatsächlich anerkannt ist», bzw. von einem «para-legalem Recht». Weitere Nachweise zur Normentheorie bei HELLWEGE, AGB, 215 ff. Nach KÖNDGEN, Privatisierung des Rechts, AcP 206 (2006) 481, werden AGB zu ««gesellschaftlicher» Rechtssetzung» nur dann, «wenn ihr Gebrauch durch Verbände organisiert und damit ihr Geltungsbereich schlagartig verbreitet wird».
- ¹³ Auch wenn in Gesetzen oder Verordnungen über einzelne Bereiche der «Daseinsvorsorge» auf den die Rechtsbeziehungen konkretisierenden Erlass von AGB oder «Richtlinien» verwiesen wird, haben diese regelmässig nicht den Charakter einer objektiven Rechtsquelle. Im Postwesen richten sich die Rechtsbeziehungen der Post gemäss Art. 11 Abs. 1 PG nach den Vorschriften des Privatrechts. Dies gilt nach Art. 11 Abs. 2 PG auch für die Haftung der Post. Nach Art. 11 PG können (private) Anbieterinnen von Postdiensten in ihren AGB die Haftung für uneingeschriebene Postsendungen beschränken oder ausschliessen. Nach Art. 17 Abs. 3 PG kann die Post ihre Haftung für leichtes Verschulden ausschliessen. Die die Beziehungen zwischen Post und Kunden regelnden AGB «Postdienstleistungen für Privatkunden» (Ausgabe Januar 2015) haben unbestrittenermassen privatrechtlichen Charakter und unterliegen voll der AGB-Kontrolle. Vgl. EGGER, Wenn der Postmann zweimal klingelt, AJP 2015, 1565 f. – Die Frage, ob ein Stromlieferungsverhältnis öffentlichrechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren ist, ist differenzierend zu beurteilen (s. im Einzelnen KRATZ, Zu Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, AJP 2003, 345 ff.; FÖHSE, Das Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, recht 2015, 125 ff.); DERS., Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, AJP 2018, 1235 ff.). Kommen AGB zur Anwendung, sollten diese aber jedenfalls (auch wenn das Stromlieferungsverhältnis

objektive Normqualität¹⁴ und werden nur dann rechtlich verbindlich, wenn sie durch *Konsens der Kontrahenten* als Vertragsbestandteil in einen Einzelvertrag einbezogen worden sind («*Vertragstheorie*»)¹⁵. Sie fungieren somit als *leges contractus*, ganz gleich wie etwa auch Handelsbräuche, die durch Konsens Inhalt eines Vertrags geworden sind¹⁶.

- 4 Dieser *normative Befund* bedeutet freilich nicht, dass die AGB in der namentlich bei Verbraucherverträgen typischen Situation, bei der der Konsens über ihre Einbeziehung oft kaum mehr als eine formaljuristische Konstruktion ist¹⁷ und der Willensentscheid des (nicht unternehmerisch kontrahierenden) AGB-Kunden,

öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist) nach Art. 8 UWG kontrolliert werden. Die StromVV verweist (etwa in Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 2, 17) auf «Richtlinien» des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE), die in «transparenter und diskriminierungsfreier» Form festzulegen seien. Auch diese Richtlinien haben keine objektive Rechtsqualität (so auch WEBER/KRATZ, Stromversorgungsrecht. Ergänzungsband: Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, § 4 N 79). Zuständig für die *ex-post*-Kontrolle dieser Richtlinien ist die Elektrizitätskommission (gemäss Art. 21 ff. StromVG).

¹⁴ Dass die AGB (wie auch individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen) als «individuell-konkrete Normen» bezeichnet werden können (so etwa M. VISCHER, AJP 2014, 965 f.), steht dazu natürlich nicht im Widerspruch. Dies entspricht dem Konzept des «Stufenbaus der Rechtsordnung» (KELSEN).

¹⁵ Dies ist für das schweizerische Recht heute unbestritten. S. – statt aller – HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 11. Aus der Judikatur zuletzt BGE 148 III 57 (59). Ausdrückliche gesetzliche Regelung (seit der Reform 2016) in Art. 1119 Abs. 1 Code Civil: «Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées».

¹⁶ BK-KRAMER, Art. 1 N 224 ff. – Zur Möglichkeit der richterlichen Vertragsergänzung durch Bezugnahme auf Verkehrsübungen, namentlich Handelsbräuche (deren Inhalt sich allenfalls in einschlägigen AGB niederschlagen kann) BK-KRAMER, Art. 18 OR N 244.

¹⁷ Siehe etwa GAUCH, in: Gauch/Schluep (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 238: «Um die Geltung der Allgemeinen Bedingungen zu begründen, greift man sogar dann auf den (normativen oder tatsächlichen) Konsens der Parteien zurück, wenn die Bedingungen einer Partei faktisch aufgezwungen wurden oder Regeln enthalten, die der einen oder anderen oder allen Parteien unbekannt waren. Auf diese Weise wird der Konsens zu einem Geltungssymbol, das dem Diktat der Vertragsstarken und den unbedachten Inhalten Wirksamkeit verleitet ...»; DERS., ZSR 128 (2009) I, 228: «Unsere Zustimmung wird ... einfach fingiert ...». Vom «*caractère illusoire du consentement*» spricht GHESTIN, in: Traité de droit civil: la formation du contrat, 3. Aufl., Paris 1993, N 97; aus der deutschen Lehre WENDLAND, E 3 (S. 261): «Die Vertragsgestaltungsfreiheit – eigentlich Kernelement der ... Privatautonomie – ist für den Kunden auf Null reduziert». Näher zur Problematik des AGB-Konsenses unten N 19 f.

auf sehr «verdünnter Privatautonomie»¹⁸ beruht, *faktisch betrachtet* nicht tatsächlich wie Gesetze, und, das heisst, wie *heteronome Anordnungen* wirken¹⁹, denen sich der Kunde *volens nolens* «unterwirft». In den Vertragsbeziehungen mancher Branchen treten sie noch dazu massenhaft an die Stelle des abbedungenen Gesetzesrechts oder ersetzen dieses, wenn es gar nicht vorhanden ist, sodass sie in einem rechtssoziologischen Sinn – sozusagen als «*lebendes*» *Vertragsrecht* im Sinne des Begründers der modernen Rechtssoziologie, Eugen Ehrlich²⁰ – durchaus als Rechtsnormen bezeichnet werden können. Bedenkt man dies, so haben viele klassische Zitate zum Phänomen der AGB immer noch ihre Berechtigung; so etwa, wenn Raymond Saleilles²¹ schon 1901 gemeint hat, dass es um die «*prédominance exclusive d'une seule volonté*» gehe, «*agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée*»; oder wenn Llewellyn²² schrieb, die Aufstellung von AGB sei ein «*exercise of unofficial government of some by others, via private law*».

3. Die Missbrauchsgefahr

Der Umstand, dass der AGB-Verwender bei der Ausarbeitung seiner AGB seine privatautonome Gestaltungsmacht einseitig in Anspruch nimmt²³, dass es somit –

¹⁸ Von «verdünnter Willensfreiheit» spricht F. BYDLINSKI, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967, 123. KOLLER, OR AT, § 23 N 33, spricht anschaulich vom «Konsensgefälle» zwischen Verwender und Kunde.

¹⁹ Siehe aus der schweizerischen Literatur etwa TERCIER, BR 1983, 66: «... *qu'on le veuille ou non, les conditions générales ont plus de ressemblances avec la loi qu'avec le contrat*»; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 6 («einseitige Privatgesetzgebung»). Zur Frage, ob angesichts dieses Befundes noch am Modell einer spezifischen AGB-Konsenskontrolle festgehalten werden sollte, erst unten N 20.

²⁰ Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1913 (Neuaufgabe, hrsg. von M. REHBINDER, Berlin 2022).

²¹ De la déclaration de volonté, Paris 1901, 229 f.

²² What Price Contract? – An Essay in Perspective, Yale L.J. 40 (1930/31) 31; ähnlich KESSLER, Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract, Columbia L.J. 43 (1943) 640, wonach AGB «*become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals*». Vgl. für die Schweiz auch den damaligen Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements FURGLER, in: Peter/Stark/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg i. Üe 1982, 517: Die AGB markierten «den Punkt, wo Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umschlägt, die sich aber im Gegensatz zur staatlichen Gesetzgebung jeder demokratischen Kontrolle entzieht».

²³ Aus der deutschen Judikatur bereits BGH NJW 1976, 2345 (2346): «Der entscheidende Grund für die verstärkte Inhaltskontrolle von Verträgen mit AGB liegt in der *einseitigen*

faktisch betrachtet – typischer Weise um *einseitige Normsetzung* geht, impliziert unvermeidlicher Weise die Gefahr des Missbrauchs. Von einer «Richtigkeitsgewähr» des AGB-Vertrags²⁴ kann daher im Allgemeinen nicht gesprochen werden, da es am individuellen Aushandeln der Vertragsbedingungen (an deren Aushandeln «im Einzelnen») mangelt²⁵ und somit ein kompromisshafter Ausgleich der Interessen der beiden Kontrahenten nicht stattgefunden hat²⁶. Der seine AGB ausarbeitende Unternehmer wird – dies liegt in der «Logik» des Geschäftslebens – seine Gestaltungsmacht nicht altruistisch einsetzen, sondern versuchen, seinen Interessen möglichst weitgehend zum Durchbruch zu verhelfen.²⁷ Man spricht in diesem Zusammenhang treffend von der «*Risikoabwälzungsfunktion*» der AGB²⁸ zugunsten ihrer Verwender: Das «Vertragsrisiko» wird durch «Risikoverlagerungsklauseln» systematisch auf den Kunden verlagert, wobei die Ab-

Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt der Verträge zu gestalten.» Eine andere, nicht durch Einseitigkeit geprägte Situation liegt nur dann vor, wenn im Sinne des kollektivvertraglichen Modells Verbände beider Marktseiten standardisierte Vertragsbedingungen (Musterbedingungen) kollektiv aushandeln. Diesem Modell folgt im Mietrecht das BG über Rahmenmietverträge vom 23.6.1995 (SR 221.213.15). Allgemeinverbindlich erklärte Rahmenmietverträge im Sinne von Art. 4 ff. dieses Gesetzes sind zwingend und können nicht als AGB bezeichnet werden. Zur Zusammensetzung der Kommission, die die Ausgabe 2013 der SIA-Norm 118 vorbereitet hat, s. GAUCH, Werkvertrag, N 263a. Auffallend ist, dass Konsumentenverbände nicht vertreten waren.

²⁴ Zum Argument der «Richtigkeitsgewähr» des beiderseitig ausgehandelten Individualvertrags grundlegend SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff.

²⁵ Bei vorformulierten Klauseln kann nicht von AGB (sondern muss von Individualabreden) gesprochen werden, sofern der Verwender den «gesetzesfremden Kerngehalt» der Klauseln ernsthaft zur Disposition» des Kunden gestellt hat. So (zu § 305 Abs. 1 letzter Satz BGB) BGH NJW 2019, 2080 (N 14); NJW 2000, 1110 (1111). Nach BGH NJW 2017, 2047, 2048, kommt es insbesondere auf die «Gestaltungsbeteiligung des Kunden hinsichtlich der konkreten Vertragsbedingung» an. Die blosse (nicht formularmässige) Bestätigung, es sei über die Klauseln «ernsthaft und ausgiebig verhandelt» worden, genügt nach BGH NJW 2014, 1725 (1727 f.) nicht. Dazu kritisch KAUFHOLD, AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung – Ist der Individualvertrag im Unternehmervkehr noch zu retten?, NJW 2014, 3488 ff. Monographisch zum deutschen Recht MIETHANER, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, Tübingen 2010. Zur Abgrenzung zwischen AGB und Individualabrede im schweizerischen Recht im Einzelnen N 84 ff. (PROBST).

²⁶ Ebenso BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5.

²⁷ Auch das Bundesgericht stellt klar, «dass erfahrungsgemäss Verfasser allgemeiner Vertragsbestimmungen dazu neigen, die eigene Position zu Lasten des weniger gewandten Vertragspartners zu verbessern» (BGE 122 III 188 [122 f.]).

²⁸ Vgl. zur Risikoabwälzungsfunktion der AGB im Einzelnen schon BAUDENBACHER, AGB, 174 ff.

bedingung der Gewährleistungsansprüche für Mängel der Leistung und der Haftung für Schäden aus Vertragsverletzung («Gewährleistungs-» und «Haftungs- freizeichnungsklauseln») besonders häufig und typisch sind²⁹.

4. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden

Die spezifische Schutzbedürftigkeit des Kunden gegenüber dem seine Position einseitig ausnützenden AGB-Verwender wurde in der älteren Literatur zumeist pauschal mit dem Argument der (wirtschaftlichen, intellektuellen, informationellen, psychologischen, kurz: «strukturellen») *Übermacht des Verwenders* und der korrespondierenden *Schwäche des Kunden* begründet³⁰. Diese «Ungleichgewichtsthese» ist zu hinterfragen: Geht es um einen *Verbrauchervertrag*, also um einen Vertrag, den der Kunde zu privaten Zwecken mit einem Unternehmer schliesst (*business to consumer contract [b2c-contract]*³¹), so kann es zwar durchaus so sein, dass ihn die abstrakten, juristisch verklausulierten Formulierungen des «Kleingedruckten» intellektuell überfordern, er in diesem Sinn somit als «schwach» bezeichnet werden kann. Dies muss aber keineswegs so sein. Schliesst etwa ein Rechtsprofessor, vielleicht gar ein Spezialist des AGB-Rechts, zu seinen privaten Zwecken einen AGB-Vertrag, so kann von seiner *intellektuellen Unterlegenheit* wohl nicht die Rede sein und doch wird er, wenn er etwa sein Auto in einem Parkhaus einstellt, seine Kleider in die Reinigung bringt oder einen Kühlschrank kauft, die vom Vertragspartner verwendeten AGB im Allgemeinen unbeschrieben hinnehmen und sich somit der Einseitigkeit dieser AGB ohne nennenswerten Widerstand aussetzen. Auch von einer wirtschaftlich übermächtigen (marktbeherrschenden) Stellung des

²⁹ Ausführlicher zur Risikoabwälzung ATAMER, FS Koller, 38 ff.

³⁰ Zum heutigen Stand der deutschen Diskussion LEUSCHNER, AcP 207 (2007) 494 (mit Nachweisen in Fn 8): «Die Vorstellung, die AGB-Kontrolle sei deshalb erforderlich, weil der Klauselgegner typischerweise wirtschaftlich oder intellektuell unterlegen sei, kann wohl als im Wesentlichen überwunden gelten». Vgl. auch STÜRNER, § 16 N 21 ff. Ebenso auch die deutsche Rechtsprechung: So schon BGH NJW 1976, 2345 (2346); etwa auch BGHZ 184, 259 (264) = NJW 2010, 1131 f. Den Gesichtspunkt der Unterlegenheit des Kunden mit dem des partiellen Marktversagens kombinierend HELLWEGE, Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, JZ 2015, 1130 ff. Der EuGH spricht etwa im Urteil vom 17.5.2018, Rs. C-147/16 (Karel de Grote), Rz. 26, weiterhin sehr pauschal von der «schwächeren Verhandlungsposition» des Kunden (Verbrauchers) und seinem «geringeren Informationsstand».

³¹ Zur genauen Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG, der auf den Schutz von Verbrauchern beschränkt ist, unten N 792 ff. MERZ hat schon 1968 in Bezug auf die AGB-Kontrolle für die Schweiz wegweisend zwischen Unternehmer-AGB- und Kunden-AGB-Verträgen unterschieden (MERZ, FS Schönenberger, 160; DERS., Vertrag, N 94).

Verwenders und einer korrespondierenden *wirtschaftlichen Unterlegenheit* des Kunden kann in solchen Fällen keineswegs pauschal die Rede sein. Das bedeutet freilich nicht, dass es nicht Situationen geben kann, in denen der auf gewisse Leistungen angewiesene Kunde sich dem durch AGB ergänzten bzw. konkretisierten Angebot der Gegenseite aus marktstrukturellen Gründen nicht entziehen kann, weil es von vorneherein keine Möglichkeit gibt, auf günstigere Angebote von Mitkonkurrenten des Anbieters auszuweichen. Zu solchen «*take it or leave it*»-Situationen³² ist der Kunde tatsächlich wegen seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit gezwungen, sich dem Vertragsdiktat des Verwenders zu unterwerfen.

- 7 Von solchen Konstellationen abgesehen, in denen zu Recht von wirtschaftlicher Unterlegenheit des AGB-Kunden gesprochen werden kann, ist der entscheidende Grund für die typischer Weise diskussionslose Hinnahme der AGB durch den Kunden, wie im deutschen Sprachraum besonders überzeugend Kötz³³ herausgearbeitet hat, ein «*situativ*», also aus der spezifischen Situation des AGB-Vertragsschlusses begründetes *Nutzen-Kosten-Kalkül*: «Wer ... ein Kraftfahrzeug in einer Parkgarage abstellt, einen Beförderungsvertrag schliesst oder eine Datenverarbeitungsanlage kauft, nimmt die von seinem Vertragspartner offerierten Vertragsklauseln ohne Diskussion hin ..., weil der Aufwand, der ihm durch die Führung von Verhandlungen, durch die Beschaffung der dafür erforderlichen Informationen oder durch die Aufsuchung eines günstigeren Angebots entstünde, ausser Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Vorteil steht. Dieser Umstand wird von dem Unternehmer ausgenutzt, indem er durch seine Geschäftsbedingungen die vertraglichen Risiken auf den Kunden abwälzt und darauf spekuliert, dass dieser aus den erwähnten Gründen sich weder dagegen wehren noch zu einem anderen Anbieter übergehen werde»³⁴. Mit einem aus der ökonomischen Analyse des Vertragsrechts übernommenen Wort: Die «Transaktionskosten» sind für den Kunden typischer Weise (nicht unbedingt in jedem Einzelfall) zu hoch, um es vernünftig erscheinen zu lassen, den grossen (manchmal faktisch geradezu verunmöglichten) Aufwand einer kritischen Analyse der vorgelegten und allenfalls zusätzlich auch der von Konkurrenten

³² Dazu statt vieler MORIN, ZSR 128 (2009) I, 522; auch HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 15 f. (GAUCH, recht 2006, 87, zitierend).

³³ KÖTZ, Schutzzweck, 225 ff.

³⁴ KÖTZ, Schutzzweck, 225. Teilweise wird von einer «*situativen Unterlegenheit*» des Kunden gesprochen, wenn es ihm in der konkreten Situation des Vertragsschlusses geradezu unmöglich ist, sich mit den AGB auseinander zu setzen. Nachweise bei HELLWEGE, AGB, 554. Beispiel aus der englischen Praxis: «*No customer in a thousand ever read the conditions [on the back of a parking lot ticket]. If he had stopped to do so, he would have missed the train or the boat*». So Lord DENNING M.R. in: Thornton v. Shoelane Parking Ltd. [1971] 2.Q.B.163 (169). Zur «*situativ*» begründeten Vertragsinhaltskontrolle KRAMER, Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 137 (2018) I, 319 ff.

des Anbieters verwendeten AGB auf sich zu nehmen, um auf dieser Basis dann in Verhandlungen mit dem Anbieter zu treten. Tut er dies nicht und akzeptiert er die AGB im Sinne eines «Globalakzepts» ungelesen und diskussionslos, kann durchaus von «rationaler Apathie» bzw. – wie in der US-amerikanischen Diskussion – von «*rational ignorance*» gesprochen werden³⁵. Ökonomisch betrachtet führt die skizzierte Situation zu einer «*Informationsasymmetrie*»³⁶, also zu einer ungleichen Verteilung der für die Ausgestaltung des Vertragsinhalts relevanten Informationen zwischen den Kontrahenten, was wiederum tendenziell die Ursache von «Marktversagen» ist³⁷.

Die für AGB-Verbraucherverträge vorgetragene Begründung für eine spezifische AGB-Kontrolle kann nicht einfach unesehen auf *Unternehmer-AGB-Verträge*, also auf die Verwendung von AGB in *business to business contracts (b2b-contracts)*, übertragen werden. Von einer spezifisch erhöhten Schutzbedürftigkeit des unternehmerisch und daher professionell kontrahierenden Kunden eines AGB-Verwenders kann, so scheint es, von vornherein nicht die Rede sein und diese Auffassung ist ja auch der Grund, weshalb die Klausel-Richtlinie der EU³⁸ und auch der neu gestaltete Art. 8 UWG im schweizerischen Recht (unten N 71). eine verschärfte AGB-Inhaltskontrolle auf Verbraucherverträge beschränken. Auch das Gegenargument, dass die Einseitigkeit der AGB bei Unternehmer-AGB-Verträgen auf einer überlegenen Marktmacht des Verwenders (auf seinem Angebots- oder Nachfragemonopol) beruhen könnte, kann eine spezifisch verschärfte vertragsrechtliche Inhaltskontrolle bei *b2b*-Verträgen nicht begründen, da es in solchen Situationen nach einem konsequent entwickelten inneren System unseres Privat- und Wirtschaftsrechts um ein *kartellrechtliches Problem* geht. So wird in der Schweiz in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausdrücklich «die Erzwingung ... unangemessener Geschäftsbedingungen» als unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen qualifiziert. In Art. 13 lit. a KG wird als mögliche Sanktion die gänzliche oder teilweise Ungültigkeit der entsprechenden Verträge genannt³⁹.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei EIDENMÜLLER, *Recht als Produkt*, JZ 2009, 650. Aus der schweizerischen Literatur DEDUAL, 235; ATAMER, FS Koller, 41.

³⁶ Vgl. dazu KÖTZ, *Schutzzweck*, 227 ff.; LEYENS/SCHÄFER, AcP 210 (2010) 782 ff.; LEUSCHNER, AcP 207 (2007) 496; WENDLAND, E 3; aus der schweizerischen Literatur BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 11 ff.; DEDUAL, 234 ff.; STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, 76 f.

³⁷ Aus der aktuellen deutschen Literatur etwa HELLWEGE, *AGB*, 558; (differenzierend) STÜRNER, § 16 N 28 f.; für die Schweiz BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 15; ATAMER, FS Koller, 37 ff.; HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 18, wo auch von «Vertragsversagen» gesprochen wird; aus der österreichischen Literatur KELLNER, *Rechtsbegriff*, 194; LEUPOLD/RAMHARTER, ÖBA 2015, 22 ff.

³⁸ Kurzübersicht über diese Richtlinie unten N 46 ff.

³⁹ Zur kartellrechtlichen Beurteilung von AGB, unten § 15 (PROBST).

- 9 Sind diese kartellrechtlichen Voraussetzungen nicht gegeben, so ist es Sache der Unternehmer – so könnte noch einmal argumentiert werden –, sich kraft ihrer professionellen Position und aufgrund ihres wirtschaftlichen Eigeninteresses an für sie günstigen Vertragsbedingungen mit den AGB der Gegenpartei auseinanderzusetzen und sich gegebenenfalls gegen einseitige Klauseln zu wehren. Ein spezifisch erhöhter vertragsrechtlicher Schutz vor unangemessenen AGB (über das Mass der allgemeinen Gültigkeitskontrolle der Verträge [Art. 19, 20 OR] hinaus) scheint dann nicht angebracht zu sein. Und doch sehen viele europäische Länder (und sah auch der Entwurf zu einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht⁴⁰) einen solchen spezifischen Schutz vor unangemessenen AGB auch zugunsten von unternehmerisch kontrahierenden Vertragspartnern vor, einen Schutz, der zwar gegenüber dem Schutz von Verbrauchern abgeschwächt ist, aber doch über die allgemeine Gültigkeitskontrolle (Sittenwidrigkeitskontrolle) hinausgeht⁴¹.
- 10 Für einen *abgeschwächten AGB-Schutz der Unternehmer* gibt es durchaus bedenkenswerte Argumente. Zwar ist dem Unternehmer bei seinen im Rahmen seines gewerblichen Vertragsverkehrs geschlossenen Verträgen, wie bereits erwähnt, ganz generell eine höhere Diligenz zuzumuten als dem nicht professionell agierenden Konsumenten⁴². Die dabei vom Unternehmer aufzuwendenden Transaktionskosten sind in vielen Fällen auch ökonomisch betrachtet vernünftig und gut angelegt. Dies einmal dann, wenn er mit seinem Vertragspartner, dem AGB-Verwender, im Rahmen einer ständigen Geschäftsverbindung immer wieder dieselben Verträge abschliesst, sodass es sich lohnt, die vom Kontrahenten dabei verwendeten AGB wenigstens einmal kritisch unter die Lupe zu nehmen. Dasselbe gilt, wenn es sich auch vielleicht nur um einen einmaligen Vertragsabschluss handelt, bei Transaktionen, bei denen wirtschaftlich für den unternehmerischen Kunden des AGB-Verwenders sehr viel auf dem Spiel steht, eine Situation, die in der aktuellen deutschen Diskussion dem rechtsökonomisch begründeten Gedanken Pate stand, dass in Bezug auf die Legitimität eines spezifischen vertragsrechtlichen AGB-Schutzes von Unternehmern entscheidend auf die *«Vertragswert-Informationskosten-Relation»* abzustellen sei⁴³. Nach diesem Ansatz wäre eine spezifische AGB-Inhaltskontrolle zugunsten von Unternehmern dann nicht angebracht, wenn ein relativ hoher Vertragswert vergleichsweise geringen Informationskosten gegenüber steht, weil in einer solchen Situation der

⁴⁰ Dazu unten N 54 ff.

⁴¹ Siehe dazu unten N 11.

⁴² Zum Argument der nicht an den Tag gelegten «kaufmännischen Vigilanz» bei der Unterschrift unter eine nicht gelesene Vertragsurkunde bereits OFTINGER, in: *Aequitas und bona fides. Festgabe für August Simonius*, Basel 1955, 265.

⁴³ LEYENS/SCHÄFER, AcP 210 (2010) 790 ff.; vgl. auch schon LEUSCHNER, AcP 207 (2007) 528 f.; DRYGALA, JZ 2012, 987 ff., befürwortet *de lege ferenda* die Festsetzung einer festen Wertgrenze (von 100'000 €).

unternehmerische Kunde des AGB-Verwenders aus ökonomischem Eigeninteresse vernünftiger Weise eine kritische Beurteilung der AGB vornehmen sollte, sodass das Argument der sich wirtschaftlich nicht lohnenden Transaktionskosten nicht spielt⁴⁴. Umgekehrt liege es hingegen bei allen anderen unternehmerisch abgeschlossenen Verträgen, bei denen sich eine solche Eigenkontrolle der AGB wirtschaftlich nicht lohnt und daher vernünftiger Weise unterlassen wird⁴⁵. *Sozialpsychologisch* betrachtet spricht ein zusätzlicher Grund dafür, eine richterliche Inhaltskontrolle von AGB auch zugunsten von unternehmerisch kontrahierenden Vertragspartnern nicht ohne Weiteres für unbegründet zu erachten: Wer seine umfangreichen Vertragsbedingungen für einen einzelnen Vertragsschluss in abschliessender und formal überzeugender Form schriftlich vorformuliert, hat von vornherein einen Verhandlungsvorteil, weil diese Vorformulierung, wie *Wiedemann*⁴⁶ überzeugend dargelegt hat, *verhandlungspsychologisch eine suggestive «Sogwirkung»* entfaltet, der sich der Vertragspartner, auch wenn er Unternehmer ist, nicht ohne Weiteres entziehen kann: «Den vorformulierten Klauseln haftet in der Regel die Assoziation der Allgemeingültigkeit und Unabänderlichkeit an, unter Umständen sogar der Unwichtigkeit, wenn einzelne Punkte (wie zum Beispiel die Namen der Beteiligten, der Vertragsgegenstand oder der Preis) offen gelassen werden»⁴⁷. Jedenfalls fungieren sie, *verhandlungspsychologisch* betrachtet, als «kognitiver Anker», von dem sich zu lösen schwer fällt. Günter H. *Roth*⁴⁸ hat einen im Ergebnis ähnlichen Gedankengang unter Hinweis auf das konflikttheoretische Phänomen der «Selbstbindung» vorgetragen. Danach ist die Verhandlungsposition desjenigen von vornherein günstiger, dem es gelingt, seine Position vor seinem Verhandlungspartner (möglichst schon vor Verhandlungsbeginn) in endgültig und abschliessend erscheinender Form schriftlich zu fixieren und sich damit selbst zu binden.

⁴⁴ Vgl. LEYENS/SCHÄFER, AcP 210 (2010) 771 ff.

⁴⁵ LEYENS/SCHÄFER, AcP 210 (2010) 790: «Die richterliche Kontrolle von AGB ist erforderlich, soweit die Informationskosten für die Kenntnisnahme der Klausel und die Einschätzung des mit ihr verbundenen Risikos höher sind als der Erwartungswert des Risikos».

⁴⁶ WIEDEMANN, FS Kummer, 175. Vgl. auch HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 19.

⁴⁷ WIEDEMANN, FS Kummer, 180. Zur «status quo bias», die den Kunden davon abhält, an bereits getroffenen Festlegungen (auch der Gegenseite) zu rütteln, ATAMER, *The Modern Law Review* 80 (2017) 632. Generell zur «situativen» Begründung für eine AGB-Inhaltskontrolle KRAMER, ZSR 137 (2018) I, 319 ff.

⁴⁸ Der Schutzzweck richterlicher Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1977, 35 (mit Hinweis auf Th. C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, Cambridge Mass. 1960).

- 11 Die genannten Argumente sprechen *zusammenfassend* dafür, auch bei unternehmerischen AGB-Verträgen eine spezifische vertragsrechtliche AGB-Inhaltskontrolle vorzusehen.⁴⁹ Die vom schweizerischen *Gesetzgeber* (Art. 8 UWG) vorgesehene Beschränkung der AGB-Inhaltskontrolle auf einen Schutz von Verbrauchern erweist sich als sachlich fragwürdig⁵⁰. Der Schutz des unternehmerisch kontrahierenden Kunden sollte allerdings aus der Erwägung heraus, dass dem Unternehmer generell eine erhöhte berufliche Sorgfalt zuzurechnen ist und ihn in vielen Fällen auch ökonomische Vernunftgründe dazu veranlassen sollten, eine Eigenkontrolle der ihm von der Gegenpartei vorgelegten AGB vorzunehmen, im Vergleich zur AGB-Inhaltskontrolle bei Verbraucher-AGB-Verträgen *nur in abgeschwächter Form* verwirklicht werden, d.h. die Latte des noch zu Tolerierenden sollte hier höher gelegt werden. Als Modell für eine solche Lösung könnte *de lege ferenda* die Formulierung im 2011 veröffentlichten (aber dann fallengelassener) Entwurf einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL/GEKR⁵¹) dienen. Dort hiess es (Art. 86 Abs. 1 lit. b), dass Klauseln in *b2b-contracts* nur dann, da unfair, nicht akzeptiert werden können, wenn «ihre Verwendung unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht».⁵²

⁴⁹ So im Ergebnis auch WENDLAND, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Tübingen 2019, 692 ff.; *ders.*, E 25c, wo er – zu weitgehend – meint, «der unternehmerische Kunde» sei «AGB in der Regel ebenso schutzlos ausgeliefert wie der Verbraucher und grundsätzlich in gleicher Weise schutzbedürftig».

⁵⁰ Siehe dazu unten N 71, 792.

⁵¹ Dazu unten N 54 ff.

⁵² Dazu schon KRAMER, ZSR 137 (2018) I, 323, wo vorgeschlagen wird, diese Generalklausel durch eine demonstrative Liste einzelner, in *b2b-contracts* verpönter Klauseln zu konkretisieren. Vgl. dazu auch BUNKE, Europäische Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Grundsätze und Lehren aus dem gescheiterten GEKR, Berlin 2020. Bemerkenswert die am 4.4.2019 im Buch VI des belgischen Code de droit économique eingefügte detaillierte Liste von konkreten Klauselverboten in *b2b-contracts*. Vor dieser Revision gab es solche Listen nur für *b&c-contracts*. Dazu STEENNOT, New Belgian Rules on Unfair Contract Terms in B2B-Contracts: Impact on the Freedom of Will and Legal Certainty, ZEuP 2021, 374 ff. Zur Behandlung des AGB-Vertrags im neuen belgischen Schuldrecht (Buch 5 des neuen Code Civil) KLEINSCHMIDT, Innovation und Tradition in der Reform des belgischen Vertragsrechts, ZEuP 2022, 898 ff.

5. Präzisierungen zur Schutzbedürftigkeit

Den generellen Überlegungen zur Schutzbedürftigkeit des Kunden bei AGB-Verträgen sind noch folgende Präzisierungen anzufügen. 12

a) *Nebenpunkte des Vertrags*: Die AGB-Inhaltskontrolle bezieht sich richtiger Weise nur auf *Nebenpunkte des Vertrags*⁵³, nicht auf (allenfalls auch standardisierte) Regelungen zu dessen objektivem Hauptgegenstand. In Bezug auf die Preisabrede und das Vertragsobjekt ergibt sich dies wertend betrachtet daraus, dass das Argument der sich wirtschaftlich nicht lohnenden Investition von Transaktionskosten⁵⁴ in diesem Fall nicht spielt. Dies gilt grundsätzlich auch für Verbraucher-AGB-Verträge. Noch dazu werden die Hauptpunkte des Vertrags sehr oft (aber keineswegs immer) auch individuell vereinbart.⁵⁵ 13

b) *Kompensationsmöglichkeit*? Das Argument, dass der Unternehmer dem Kunden vielleicht preislich entgegen gekommen ist, um damit die Nachteiligkeit gewisser AGB-Klauseln zu kompensieren («Preisargument»), spricht grundsätzlich nicht für eine Befreiung unangemessen einseitiger Klauseln von der AGB-Inhaltskontrolle, da es regelmässig ausserordentlich «zweifelhaft» ist, «ob AGB-Klauseln wirklich zu nennenswerten Kostenersparnissen führen und ob der Unternehmer diese Ersparnisse in Form einer Preisreduktion an seine Abnehmer tatsächlich weitergibt».⁵⁶ Anders liegt es, namentlich bei formularmässigen Haftungsfreizeichnungen, ausnahmsweise bei klaren Optionsmöglichkeiten des Kunden, also dann, wenn «der Zusammenhang zwischen Preis und Freizeichnung dem Kunden ... klar vor Augen gestellt wird und ihm» so die «reale Möglichkeit der Wahl zwischen billigerem Preis bei reduzierter 14

⁵³ Zu dieser Einschränkung ausdrücklich Art. 4 Abs. 2 EU-Klausel-Richtlinie; dazu etwa EuGH 8.12.2022, C-600/21, WM 2023, 168 (N 47); vgl. dazu auch PICHONNAZ, *Le clauses de prix*, 52 ff.; der Richtlinie folgend etwa § 307 Abs. 3 BGB; § 879 Abs. 3 ABGB; Art. 1171 Abs. 2 Code Civil.

⁵⁴ Siehe oben N 7.

⁵⁵ Auf «Behavioural Law and Economics» gestützte Analyse der «bounded rationality» des Konsumenten im Hinblick auf «sophisticated pricing schemes» in Langzeitvertragsbeziehungen (etwa im Kreditkartensektor) bei ATAMER, *The Modern Law Review* 80 (2017) 624 ff. Zum Transparenzgebot des Art. 4 Abs. 2 der EU-Klauselrichtlinie, das sich auch auf den Hauptgegenstand des Vertrags und die Preisbestimmung bezieht, unten N 49. Viele weitere Nachweise bei PICHONNAZ, *Les clauses de prix*, 51 ff. Zur Kontrolle von «Paritätsklauseln» von Online-Plattformen gegenüber Beherbergungsbetrieben («namentlich bezüglich Preis, Verfügbarkeit oder Konditionen») nun ausdrücklich Art. 8a UWG. Dazu unten N 697 ff. (PROBST).

⁵⁶ KÖTZ, *Gutachten*, A 28, mit zahlreichen Nachweisen. Aus der deutschen Judikatur etwa BGHZ 22, 90, 98; 77, 126, 131.

Haftung und höherem Preis bei voller Haftung gegeben ist»⁵⁷ (sog. Spalttarif). Im schweizerischen Recht kann dieser Gedankengang aufgrund der offenen Formulierung von Art. 8 UWG («ungerechtfertigtes Missverhältnis») ohne Weiteres Berücksichtigung finden, mit dem Ergebnis, dass eine für den Konsumenten an sich nachteilige formularmässige Haftungsregelung nicht als Treu und Glauben verletzend zu qualifizieren wäre⁵⁸.

- 15 c) *Einmalbedingungen*: Im Allgemeinen versteht man unter AGB (gemäss der auch für die Schweiz⁵⁹ verwendbaren Definition des § 305 Abs. 1 BGB) «alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt». Bei den *standard terms* muss somit eine *Vorformulierung zur mehrfachen Verwendung* gegeben sein. Die Klausel-Richtlinie der EU hat den sachlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle für Verbraucherverträge aber über diesen Tatbestand des AGB-Vertrags hinaus erweitert und statuiert, dass die Kontrolle immer dann eingreife, wenn die Vertragsklausel «im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrages, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte» (Art. 3 Abs. 2 Klausel- Richtlinie). Der AGB-Vertrag ist damit nur noch ein, wenn auch zweifellos der wichtigste Anwendungsfall der verschärften Klauselkontrolle; diese gilt darüber hinaus auch dann, wenn die Vertragsklausel – namentlich im Fall eines notariell beurkundeten Vertrags – nur *für einen einzelnen Vertragsschluss einseitig gestellt* worden ist.⁶⁰ Dieser Vorgabe haben sich die Gesetzgebungen der EU-Mitgliedstaaten, wie etwa § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB belegt, inzwischen pflichtgemäss angepasst. Eine solche Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs der AGB-Inhaltskontrolle auf einseitig vorformulierte «*Einmalbedingungen*»⁶¹ sollte auch im schweizerischen

⁵⁷ KÖTZ, Gutachten, A 28, mit zahlreichen Nachweisen; für die Schweiz (zu Art. 8 UWG) BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 123.

⁵⁸ Eine weitergehende Berücksichtigung des Preisarguments (nicht nur bei klar alternativen Leistungen) wird von ROBERTO/WALKER, recht 2014, 59 f., befürwortet. – Zur Frage der *Kompensation* nachteiliger AGB mit vorteilhaften Vertragsbestimmungen (auf Basis von Art. 8 UWG) im Einzelnen HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 210 ff.; auch unten N 776 ff. (PROBST).

⁵⁹ Zum Begriff der AGB nach schweizerischem Recht ausführlich unten N 74 ff.; in N 84 ff. wird der Begriff der AGB eingehend vom Gegenbegriff der (ausgehandelten) Individualabrede abgegrenzt (PROBST).

⁶⁰ Diese Ausweitung (schon vor der Klausel-Richtlinie der EU) für das deutsche Recht befürwortend KRAMER, ÖJZ 1980, 130 ff.; DERS., ZHR 146 (1982) 105 ff.; zustimmend BUZ, AcP 219 (2019) 1 ff.

⁶¹ Terminologie, die etwa bei GRAF VON WESTPHALEN, NJW 2013, 965, verwendet wird.

Recht befürwortet werden. Wenn Art. 8 UWG nur von «allgemeinen Geschäftsbedingungen» spricht und nicht allgemein von nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen⁶², so kann diesem, auf den Gesetzeswortlaut bezogenen Argument durch analoge Anwendung der Regelung begegnet werden⁶³. Wertungsmässig begründet erscheint die Analogie, weil auch bei für einen einzelnen Vertragsschluss einseitig gestellten Geschäftsbedingungen ein spezifisches Schutzbedürfnis des Kunden gegeben ist. Namentlich der oben⁶⁴ erwähnte Gedanke der psychologischen «Sogwirkung» der vorformulierten Vertragsbedingungen spricht für diese Gleichstellung, die den Interpreten überdies auch von der nicht ohne Willkür zu bewältigenden Aufgabe enthebt, zu entscheiden, ab wann (zwei-, drei-, vierfache oder noch häufigere Verwendung) von einer «Vielzahl» künftiger Verträge gesprochen werden kann.

II. Ansatzpunkte einer AGB-Kontrolle

1. Mögliche Kontrollmodelle

Die Missbrauchsgefahr, die der Verwendung von AGB inhärent ist, und die sich daraus ergebende (oben näher begründete⁶⁵) Schutzbedürftigkeit des AGB-Kunden, rufen nach einer spezifischen rechtlichen Kontrolle. Dafür kommen idealtypisch zwei alternative Kontrollmodelle in Frage⁶⁶: Das Modell einer präventiven,

⁶² So wie Art. 4:110 PECL («unfair terms not individually negotiated»). Dazu unten N 67.

⁶³ Die Anwendung des Art. 8 UWG auf notariell beurkundete Verträge befürwortend STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, 73 ff.; sie wollen *de lege lata* aber trotzdem daran festhalten, dass Art. 8 UWG nur dann anwendbar sei, wenn die Vertragsklauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert waren (ZBGR 2014, 88). Dagegen (erweiternde Anwendung des Art. 8 UWG auf vorformulierte «Einmalbedigungen» befürwortend) unten N 82 (PROBST); aus der schweizerischen Lehre ebenso etwa MORIN, ZSR 128 (2009) I, 514 (die ihre ganze Abhandlung [497 ff.] unter den Titel «Les clauses contractuelles non négociées» stellt); PICHONNAZ, FS Koller, 709; KRAMER, ZSR 137 (2018) I, 303 f.; JENTSCH, recht 2020, 81 f.; nun auch AESCHIMANN, N 250 ff. Vgl. auch HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 90 (Zustimmung zu den die erweiternde Auslegung begründenden Argumenten).

⁶⁴ Siehe oben N 10.

⁶⁵ Siehe oben N 6 ff.

⁶⁶ Die Radikallösung eines gesetzlichen Verbots der Verwendung von AGB wäre völlig wirklichkeitsfremd; sie würde vor allem auch die oben N 2 skizzierte positive Funktion der AGB-Verwendung verunmöglichen. Ebenso zum Scheitern verurteilt und daher hier vernachlässigbar wäre die Beschränkung der AGB-Kontrolle auf eine Selbstkontrolle der Unternehmerschaft. Vgl. schon KÖTZ, Gutachten, A 56; neuerdings LEYENS/SCHÄFER, AcP 210 (2010) 782 ff.

ex ante eingesetzten *Verwaltungskontrolle* der AGB einerseits und der Ansatz über eine *richterliche ex-post-Kontrolle* auf der anderen Seite. Bei der präventiven Verwaltungskontrolle müssen die AGB, bevor sie im Geschäftsverkehr verwendet werden dürfen, einer Verwaltungsbehörde zur Prüfung und Genehmigung vorgelegt werden.⁶⁷ Dieses Modell hat unbestreitbar den Vorteil einer optimalen Breitenwirkung der Kontrolle, da sie alle im Verkehr verwendeten AGB betrifft und nicht nur einzelne, gegen die sich ein Kunde konkret vor Gericht wehrt, würde aber zu einer unerwünschten, einschneidenden Verbürokratisierung des unternehmerischen Vertragsverkehrs führen⁶⁸.

- 17 Die nicht nur in der Schweiz, sondern auch rechtsvergleichend betrachtet im Vordergrund stehende *richterliche ex-post-Kontrolle* der AGB setzt voraus, dass die durch die Einseitigkeit der AGB betroffenen AGB-Kunden sich vor Gericht individuell dagegen wehren, in der Schweiz entweder durch Geltendmachung der Nichtigkeit einzelner Klauseln (gemäss Art. 20 OR)⁶⁹ oder durch die im UWG (Art. 9) vorgesehenen Klagemöglichkeiten⁷⁰. Die relativ geringe «Ahndungswahrscheinlichkeit»⁷¹ auf Basis von *Kundenindividuallyklagen*, die im Fall des Obsiegens ja auch nur Rechtskraft für das einzelne Vertragsverhältnis entfalten, soll in der Schweiz durch die in Art. 10 Abs. 2 UWG vorgesehene *Verbandsklage* (vor allem der Konsumentenschutzverbände)⁷², allenfalls aber auch durch die *Klagemöglichkeit des Bundes* (Art. 10 Abs. 3 UWG)⁷³, wenigstens im Ansatz kompensiert werden.

⁶⁷ In Bezug auf Versicherungsbedingungen war die präventive Verwaltungskontrolle im alten VAG vorgesehen, wurde aber im neuen VAG (2004) fast vollständig abgeschafft. Vgl. im Einzelnen BRUNNER, AGB, 124 ff.; WALKER, Konsumenten-AGB, 175 ff.; HEISS, in: Heizmann/Loacker, Art. 8 UWG N 57. Dort (N 58) auch zur verwaltungsrechtlichen *ex-post-Kontrolle* durch die FINMA als Versicherungsaufsichtsbehörde. Zur *ex-post-Verwaltungskontrolle* durch die Elektrizitätskommission s. oben in Fn 13.

⁶⁸ Vgl. zur Abwägung der Vor- und Nachteile der präventiven Verwaltungskontrolle KRAMER, SJZ 1985, 33 ff. (in Auseinandersetzung mit dem die präventive Verwaltungskontrolle befürwortenden Ausführungen von BAUDENBACHER, AGB, 318 ff.).

⁶⁹ Dazu im Einzelnen unten N 798 (PROBST).

⁷⁰ Zur fehlenden Breitenwirkung einer richterlichen, auf einen einzelnen Vertragsschluss bezogenen «Inzidentkontrolle» von AGB schon KÖTZ, Gutachten, A 54 ff.

⁷¹ Geglückte Begrifflichkeit bei DEDUAL, 271 ff.

⁷² Siehe unten N 841 ff.

⁷³ Siehe unten N 843 f.

2. Wo setzt die richterliche AGB-Kontrolle an?

Der Ansatz zur richterlichen Kontrolle von AGB ist im Wesentlichen ein vier- 18
facher: Konsenskontrolle (Einbeziehungskontrolle), Auslegungskontrolle (Interpretationskontrolle), allgemeine Gültigkeitskontrolle, verschärfte Inhaltskontrolle.

Der vertragsrechtlichen Grundlage für die Geltung von AGB (oben N 3) ent- 19
spricht es, dass der *konsensualen Einbeziehung der AGB* in den Vertrag ein besonderes Augenmerk gilt. Die AGB müssen dem Kunden vom Verwender vor Vertragsschluss *in zumutbarer Weise zur Kenntnis gebracht* worden sein;⁷⁴ dies gilt heute namentlich auch im elektronischen Geschäftsverkehr. Rechtsprechung und Lehre haben zu dieser *Konsenskontrolle (Einbeziehungskontrolle)*⁷⁵ vielfältige Einzelmaximen entwickelt, die im Zweiten Teil dieses Buches ausführlich dargestellt werden.⁷⁶ Gewisse Maximen, wie namentlich die «Ungewöhnlichkeitsregel»⁷⁷, gelten grundsätzlich sowohl für Verbraucher- *als auch für* Unternehmer-AGB-Verträge; bei gewissen Problembereichen der Konsenskontrolle ist es wie im Fall der sog. «*battle of the forms*» (dazu unten N 274 ff.) von vornherein klar, dass nur der unternehmerische Rechtsverkehr angesprochen ist. Einen besonderen Kontrollaspekt an der Schnittstelle zwischen Konsens-, Interpretations- und Inhaltskontrolle stellt das – in der Schweiz nicht ausdrücklich geregelt – AGB-rechtliche «*Transparenzgebot*» dar.⁷⁸

⁷⁴ Für die Schweiz statt aller SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 157: «Die Partei, welche die AGB ... (global) akzeptiert hat, muss stets die *Möglichkeit* gehabt haben, *in zumutbarer Weise* von den fraglichen AGB Kenntnis zu nehmen». Ausdrücklich Art. 2:104 Abs. 1 PECL: «Contract terms which have not been individually negotiated may be involved against a party which did not know of them only if the party invoking them took *reasonable steps to bring them to the other party's attention* before or when the contract was concluded» (Kursivsetzung hinzugefügt). Zu den PECL unten N 67. Monographisch zur Zugänglichkeitsregel PERRIG, Zugänglichkeitsregel. Der dort geprägte Ausdruck «Zugänglichkeitsregel» wird nun auch vom BGer verwendet. Siehe BGE 148 III 57 (59).

⁷⁵ Der dafür früher (namentlich zum deutschen und österreichischen Recht) vielfach verwendete Ausdruck «Geltungskontrolle» wird in diesem Handbuch vermieden, weil er zum Missverständnis führt, dass es bei der «Geltungskontrolle» auch um Fragen der Gültigkeit der AGB nach den allgemeinen Kriterien von ZGB/OR (vor allem Art. 19, 20 OR) geht.

⁷⁶ Siehe unten § 7. Grundlage dazu ist PERRIG, Zugänglichkeitsregel (passim).

⁷⁷ Dazu unten N 68 sowie im Einzelnen N 193 ff. (PERRIG).

⁷⁸ Dazu aus der Sicht des schweizerischen Rechts (Art. 8 UWG) MATT, passim; HEISS, in: Loacker/Heizmann, Art. 8 UWG N 225 ff.; zuletzt SCHMID, ZBJV 159 (2023) 330 f.; dazu auch unten N 109. Zu den Anforderungen im Hinblick auf die Deutlichkeit (Transparenz) im Einzelnen N 154 f. (PERRIG). Ausdrückliche Regelung (in Umsetzung von

- 20 Ganz grundsätzlich ist zum *Stellenwert der AGB-Konsenskontrolle* zu sagen, dass die Anforderungen, die unter diesem Stichwort im Hinblick auf eine wirksame konsensuale Einbeziehung der AGB in den Vertrag gestellt werden, im Hinblick auf den Schutz des AGB-Kunden durchaus relevant sein und zur Eliminierung überraschender oder nicht ausreichend zugänglich gemachter AGB-Klauseln führen können. In vielen Fällen werden diese Klauseln auch inhaltlich einseitig ausgestaltet sein. Die Auffassung, die von der Judikatur und Lehre zur Konsenskontrolle entwickelten Regeln seien von vornherein in jedem Fall völlig illusorisch und daher fallen zu lassen,⁷⁹ ist in dieser Pauschalität nicht haltbar und würde den AGB-Kunden, namentlich den nicht unternehmerisch kontrahierenden AGB-Kunden, unverständlicher Weise eines Schutzes berauben, der eine willkommene Konsequenz der konsensualen Rechtsnatur der AGB ist⁸⁰. Die präventive Schutzrelevanz der AGB-Konsenskontrolle darf allerdings – vor allem

Art. 5 S. 1 der EU-Klausel-Richtlinie) in § 6 Abs. 3 des österreichischen KSchG und in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁷⁹ So aber BIERI, ZSR 131 (2012) I, 207 (zusammenfassend): «... la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les conditions générales ne sont intégrées à un contrat que si les parties ont eu la possibilité d'en prendre connaissance devrait être abandonnée». Gegen BIERI bereits PERRIG, Einbeziehung, 184 Fn 89. Wie BIERI aus der deutschen Literatur nun MCCOLGAN, Abschied vom Informationsmodell im Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen 2020; *ders.*, Welchen Sinn hat die Einbeziehungs-kontrolle, wenn ihr Regelungszweck völlig verfehlt wird?, JZ 2021, 827 ff.

⁸⁰ ERNST (N 6.5 [S. 195]) geht neuerdings – im Allgemeinen, jedenfalls für Verbraucher- verträge, durchaus realistisch – davon aus, dass AGB «in Tat und Wahrheit ... einsei- tige Bestimmungen vertraglicher Rechte und Pflichten» seien. Dies gelte auch «dann, wenn man an der Vorstellung festhält, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ihrer Wirksamkeit beidseits in den Vertrag einbezogen sein müssen». Diese konsensuale Ein- beziehung habe aber einen anderen Charakter als herkömmlicherweise angenommen wird. Sie beziehe sich nicht auf den Inhalt der AGB. «Der dem Verwender gegenüber stehende Vertragsteil» sei vielmehr «damit einverstanden, dass der Verwender einen Teil des Vertragsinhalts einseitig bestimmt». Es geht somit um Delegation der Ver- tragsinhaltsbestimmung. Daher sei es nicht erforderlich, «dass der Zustimmung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des anderen Teils zur Kenntnis genommen hat oder hätte nehmen können». Das Einverständnis zur einseitigen Bestimmung der Ver- tragsbedingungen könne im Vertrauen darauf erfolgen, dass der Kunde «gegebenenfalls durch richterliche Intervention vor unausgewogenen Regelungen geschützt wird», sei es doch «in der kontinentaleuropäischen Vertragslehre» allgemein anerkannt, «dass Leistungsbestimmungen, die im Vertragsverhältnis einer der beiden Parteien überlassen bleiben, der richterlichen Kontrolle unterliegen». Mit dieser Argumentation fiele klarer Weise jegliche Rechtfertigung für eine spezifische, auf den Inhalt der AGB bezogene Konsenskontrolle weg, was, wie ausgeführt, im Ergebnis vor allem konsumenten- schutzpolitisch bedauerlich wäre. Noch dazu müsste ja auch dann, würde man dem An- satz von ERNST folgen, eine Konsensprüfung stattfinden. Es müsste geprüft werden, ob sich der Kunde tatsächlich mit der einseitigen Vertragsinhaltsbestimmung durch den

bei Verbraucherverträgen – auch nicht überschätzt werden. Dies ergibt sich aus den Überlegungen, die oben⁸¹ zu den Transaktionskosten bei Abschluss von AGB-Verträgen angestellt worden sind. Auch wenn die AGB noch so klar und verständlich formuliert, auch wenn der Kunde noch so deutlich auf sie hingewiesen worden ist: Er wird sie bei Verbraucher-AGB-Verträgen aus den oben dargestellten Gründen⁸² regelmässig trotzdem nicht kritisch hinterfragen, sondern «global» übernehmen und sich, wenn er ihre Einseitigkeit doch einmal konstatieren sollte, nicht dagegen wehren bzw. auf den Vertragsschluss verzichten und auf einen anderen Anbieter mit «besseren» AGB ausweichen.⁸³

Dogmatisch untrennbar mit der Konsenskontrolle bei AGB-Verträgen verzahnt ist die AGB-*Auslegungskontrolle* (*Interpretationskontrolle*). Zwar unterliegen die AGB-Klauseln als Vertragsbestandteile grundsätzlich den allgemeinen, in der Schweiz zu Art. 18 OR entwickelten, auf den konkreten Vertragsschluss abstellenden vertragsrechtlichen Interpretationsregeln⁸⁴, doch sind wegen des

AGB-Verwender einverstanden erklärt hat. Vergegenwärtigt man sich die Situation, in denen Verbraucher typischer Weise AGB-Verträge schliessen (oben N 6, 7), wird man diesbezüglich grosse Vorbehalte anbringen müssen. Von einer eigentlichen, entscheidungsfrei getroffenen Zustimmung des Kunden zur Delegation der Bestimmung des Vertragsinhalts an den AGB-Verwender wird man regelmässig nicht sprechen können. Daraus ergibt sich: Das nach dem Ansatz von ERNST erforderliche Einverständnis des Kunden zur einseitigen AGB-Inhaltsbestimmung durch den Verwender wird regelmässig fiktiven Charakter haben.

⁸¹ Siehe oben N 7.

⁸² Oben N 7.

⁸³ SCHMID (FS Koller, 851 ff.) zieht vor diesem Hintergrund die radikale Konsequenz, dass bei Globalübernahme der AGB in Verbraucherverträgen nach allgemeinen Grundsätzen des Vertrauensprinzips in aller Regel kein Konsens des Kunden zur Einbeziehung der AGB angenommen werden könne. Die AGB würden daher (wegen des Fehlens eines Konsenses) nicht Vertragsinhalt; stattdessen würde das dispositive Gesetzesrecht gelten. Diese Auffassung hat zweifellos viel für sich, wird aber nach der hier vertretenen Auffassung der positiv zu bewertenden Rationalisierungs- und Modernisierungsfunktion (Spezialisierungsfunktion) der AGB (oben N 2) nicht gerecht. Die Verweisung auf das ausserordentlich lückenhafte dispositive Gesetzesrecht wird sehr oft eine Verweisung ins Leere sein, mit der Konsequenz, dass es dann den Gerichten obliegen würde, eine, den spezifischen Gegebenheiten des Vertrags adäquate Lösung zu finden, ein Weg, der mit grosser Unsicherheit, vor allem Planungsunsicherheit, verbunden wäre. Dies spricht doch sehr dafür, mit Hilfe einer differenzierten und realistischen Konsenskontrolle zu versuchen, den Inhalt der AGB dem Kunden zugänglich zu machen und die den Vorgaben dieser Konsenskontrolle entsprechenden AGB damit vor einem globalen Herausfallen aus dem Vertrag zu bewahren; dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt einer zusätzlichen Gültigkeits- und Inhaltskontrolle (N 22 f.).

⁸⁴ Aus der Rechtsprechung statt aller BGE 122 III 118, 121; 133 III 675, 681; aus der Lehre GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N 1241. Da eine Erforschung des individuellen, «übereinstimmenden wirklichen Willens» (Art. 18 Abs. 1 OR) der beiden Kontrahenten

typischer Weise heteronomen Charakters der AGB-Formulierung auch hier Sonderregeln, wie etwa die *interpretatio contra proferentem* bzw. *stipulatorem* («Unklarheitenregel»), entwickelt worden, die dem Schutz des Kunden dienen.⁸⁵ Zum *Vorrang der Individualabrede* eingehend N 287 ff. (PERRIG).

- 22 Ist davon auszugehen, dass beide Kontrahenten den – nach diesen spezifischen Regeln interpretierten – AGB zugestimmt haben, muss schliesslich ihr Inhalt auf seine rechtliche Haltbarkeit überprüft werden. Diese Kontrolle ist zum einen eine (*allgemeine*) *Gültigkeitskontrolle* nach den im schweizerischen Recht in Art. 19, 20 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgelisteten allgemeinen Kontrollkriterien⁸⁶. Über diese allgemeine Kontrolle hinaus werden die AGB europaweit und nach der Revision des Art. 8 UWG auch in der Schweiz einer *verschärften Inhaltskontrolle* («*Angemessenheitskontrolle*») unterzogen⁸⁷. Die Latte des rechtlich zu tolerierenden Inhalts wird aus den oben⁸⁸ abgehandelten Schutzerwägungen sozusagen höher gelegt: Vertragsinhalte, die, wenn sie individuell ausgehandelt worden sind, noch «durchgehen» können, werden, wenn es sich um eine AGB-Klausel⁸⁹ handelt, nicht mehr als akzeptabel erachtet. Der wichtigste Massstab für diese Kontrolle ist – gemäss der in Deutschland schon vor Jahrzehnten entwickelten «*Theorie von der Ordnungsfunktion*

bei AGB-Verträgen nur ausnahmsweise weiterhelfen wird, steht *im Ergebnis* eine auf die objektive Bedeutung des Wortlauts und der Systematik der AGB abstellende Auslegung im Vordergrund. In der deutschen Judikatur wird im Unterschied zur schweizerischen Praxis von vorneherein betont, dass AGB – ohne Berücksichtigung des Willens der Kontrahenten – (wie Gesetze) objektiv zu interpretieren seien. So etwa BGH NJW 2021, 771 (775); NJW 2023, 2183 (2184). Zum Ganzen eingehend WIEGAND, FS Kramer, 331 ff.

⁸⁵ Dazu unten N 302 ff. (PERRIG). Zum Sonderproblem der Interpretation von AGB im Verbandsprozess (auf Unterlassung) ist hier nicht weiter einzugehen. Dazu etwa PABEL, AGB-Kontrolle im Verbandsprozess: kundenfeindlichste Auslegung und abstrakte Transparenzprüfung, RdW 2022, 760 ff. Vgl. auch unten N 316 (PERRIG).

⁸⁶ Dazu unten N 328 ff. (PROBST). Spezifisch für Haftungsfreizeichnungen gelten Art. 100, 101 OR, für die Verkürzung von Verjährungsfristen bei Klagen aus Gewährleistung Art. 210 Abs. 4 OR. Diese Vorschriften gelten auch für individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen; nach Art. 100, 101 OR auch unabhängig davon, ob ein Verbrauchervertrag oder ein Unternehmervertrag vorliegt.

⁸⁷ Rechtsvergleichung unten N 26 ff. Zur verschärften Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG im Einzelnen unten § 10. Dort ist (PROBST) von «offener Inhaltskontrolle» die Rede, ein Ausdruck, der darauf verweist, dass das Bundesgericht in langjährig praktizierter Rechtsprechung die «Ungewöhnlichkeitsregel», bei der es eigentlich um Konsenskontrolle geht, als verdecktes (verkapptes) Vehikel für eine verschärfte Inhaltskontrolle benützt hat (s. unten N 68). Zum Begriff der «Angemessenheitskontrolle» schon FASTRICHT, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, 12.

⁸⁸ Siehe oben N 6 ff.

⁸⁹ Zur Ausweitung auf «Einmalbedingungen» oben N 15.