



AGB in der Bauwirtschaft – vom Unwesen des Kleingedruckten Prof. Dr. Hubert Stöckli, Universität Freiburg¹

Materialien zu einem Vortrag, gehalten am 8. Kolloquium „Baurecht heute“
vom 28. Januar 2010 in Zürich

I. Warum Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten

■ *Aus einem Bundesgerichtsurteil vom 9. Mai 2008 (4A_187/2007) E. 5.1:*

„Geltungsgrund für die AVB [=AGB] bildet deren Übernahme durch die Parteien, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Versicherungsnehmer die betreffenden Bedingungen des Versicherers tatsächlich gelesen hat.“

■ *Aus einer Medienmitteilung des Bundes vom 9. November 2005:*

„Das Obligationenrecht steht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie ist Ausdruck davon, dass die Bürger mündig sind und selber am besten wissen, was für sie gut und von Vorteil ist. Widerrufsrechte und Gewährleistungsansprüche tragen dem keine Rechnung und stellen eine Form der Bevormundung des Konsumenten durch den Gesetzgeber dar.“

■ *Laufende Gesetzgebungsprojekte in diesem Bereich:*

Revision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Aktueller Stand: Botschaft des Bundesrates vom 2. September 2009.

Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG). Aktueller Stand: Vernehmlassungsverfahren abgeschlossen. Botschaft des Bundesrates im EFD in Vorbereitung (?).

II. Beispiele aus der AGB-Praxis

① *Aus den Allgemeinen Bedingungen einer Berufshaftpflichtversicherung für Planer (1):*

■ „Versichert ist die Haftpflicht ... der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers (mit Ausnahme von selbständigen Unternehmern und Berufsleuten, deren sich der Versicherungsnehmer bedient, wie Unterakkordanten usw.) aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb und aus ihrer Tätigkeit im Zusammenhang mit den versicherten Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen. Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben ...“

¹ Unterrichtet Vertrags- und Haftpflichtrecht. Inhaber des Lehrstuhls für Zivil- und Handelsrecht. Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität. Erreichbar unter hubert.stoekli@unifr.ch

② *Aus den Allgemeinen Bedingungen einer Berufshaftpflichtversicherung für Planer (2):*

- „Von der Versicherung ausgeschlossen sind ...

w) Nicht versichert ist ferner die Haftpflicht für Schäden aus der Herstellung von oder dem Handel mit Futtermitteln oder Futtermittelzusätzen, welche gentechnisch veränderte Organismen enthalten;“

③ *Aus Allgemeinen Bedingungen für Subunternehmerverträge:*

■ „Der Subunternehmer-Werkvertrag gilt nur insofern und in dem Umfang, wie der Hauptvertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Bauherrn selbst. Sollte letztgenannter Vertrag aus irgendeinem Grund abgeändert, annulliert oder aufgelöst werden, würde dies auch für diesen Subunternehmer- Werkvertrag entsprechend gelten, ohne dass der Subunternehmer daraus irgend eine Entschädigung verlangen könnte.“

④ *Aus Allgemeinen Leasingbedingungen:*

■ „Die Leasinggeberin kann verlangen, dass der Leasingnehmer Garantieansprüche gegen den Lieferanten selbständig geltend macht. Der Umfang des Auftrages bzw. der Prozessvollmacht wird von der Leasinggeberin bestimmt.“

■ „Mängelrügen und die Ausführung von Garantiarbeiten entbinden den Leasingnehmer nicht von der Einhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen der Leasinggeberin gegenüber. Insbesondere berechtigen sie ihn nicht, für die Dauer des mangelhaften Zustandes oder der Garantiarbeiten eine Sistierung oder Ermässigung des Leasingszinses oder ein Ersatzfahrzeug zu verlangen.“

⑤ *Aus Allgemeinen Bankbedingungen:*

■ „Die Bank hat das Recht, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen mit sofortiger Wirkung aufzuheben, insbesondere auch zugesagte oder benützte Kredite zu annullieren und ihre dadurch sofort zur Rückzahlung fällig gewordenen Guthaben ohne weitere Kündigung einzufordern.“

⑥ *Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post:*

■ „Hat der Absender für die Beförderung einer Sendung zu viel bezahlt, so hat er Anspruch auf Rückvergütung der Differenz, sofern er beweist, dass die Post ein Verschulden trifft.“

■ „Grundsatz: Soweit nachstehend nicht etwas Abweichendes geregelt ist, richtet sich die Haftung der Post nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes über den Frachtvertrag. Sie haftet nur bis zur Höhe des nachgewiesenen Schadens. Sie haftet nicht bei höherer Gewalt, für Folgeschäden und entgangenen Gewinn ...“

→ Wer diesen „Grundsatz“ studiert und sich dann Art. 11 des Postgesetzes vergegenwärtigt, wird sich unwillkürlich fragen, ob der „Grundsatz“ haltbar sei. Die gesetzliche Bestimmung lautet so: „Die Post regelt die Bedingungen für die Inanspruchnahme ihrer Dienstleistungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie kann darin: a. die Haftung für uneingeschriebene Postsendungen sowie für leichtes Verschulden beschränken oder ausschliessen ...“

■ „Originaltext. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post sind in Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch abgefasst. Im Falle von Widersprüchen ist die deutsche Version massgebend.“

→“*Les conditions générales de la Poste sont rédigées en allemand, en français, en italien et en anglais. En cas de contradiction, la version allemande fait foi.*“

→“*Le condizioni generali della Posta sono redatte in tedesco, francese, italiano e inglese. In caso di contraddizioni fa fede la versione tedesca.*“

→“*The General Terms and Conditions of Swiss Post are published in German, French, Italian and English. In the event of contradictions, the German version is authoritative.*“

⑦ *Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Mobilfunkanbieterin:*

■ „Wird ein Vertrag mit bestimmter Dauer durch den Kunden ausserterminlich gekündigt, ist ebenfalls die oben erwähnte Kündigungsfrist einzuhalten. Es werden die mit dem Kunden vereinbarten Bearbeitungsgebühren sowie allfällige weitere vereinbarte Gebühren fällig.“

■ „Die Anbieterin behält sich das Recht vor, die AGB und die übrigen Vertragsbestimmungen jederzeit abzuändern. Änderungen der AGB werden dem Kunden in geeigneter Weise bekannt gegeben. Sollte der Kunde durch die Änderung der AGB erheblich benachteiligt sein, so ist er berechtigt, den Vertrag per Inkrafttreten der geänderten AGB zu kündigen.“

III. (Wenige) Rechtsnormen, die sich mit AGB befassen

A Aus dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

■ *Der geltende (und kritikwürdige) Art. 8 UWG:*

„Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

■ *Aus dem amtlichen Bericht zur Revisionsvorlage:*

„Nach geltendem Artikel 8 UWG ist die Verwendung vorformulierter AGB nur dann unlauter, wenn sie in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Die Rechtslehre stuft diese Bestimmung wegen des Einschubs ‚in irreführender Weise‘ als untaugliches Mittel gegen missbräuchliche AGB ein. Insbesondere verhindert dieser Passus eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB, wie sie ursprünglich vorgesehen war. Damit können AGB, welche zu einseitig zulasten der einen Vertragspartei stipuliert sind, nicht von ihrem missbräuchlichen Inhalt her als unlauter taxiert werden.“

■ *Der neue (unausgereifte) Art. 8 UWG in der Fassung der Botschaft vom 2. September 2009:*

„Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise:

- a. von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder
- b. ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“

Dazu die (angreifbare) Kritik des Dachverbandes Economiesuisse (Stellungnahme vom 30. September 2008): „Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Einführung der abstrakten Inhaltskontrolle könnte in Zukunft ein Gericht einen Vertrag bzw. die ihm zugrunde liegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auch dann als unlauter erklären, wenn die Vereinbarung dem übereinstimmenden freien Willen der Parteien entspricht, vom dispositiven Gesetzesrecht jedoch erheblich abweicht.“ Warum angreifbar? Schon deshalb, weil der Dachverband beim „freien Willen der Parteien“ anknüpft, der im Massengeschäft gar nicht zum Ausdruck kommt und sich jedenfalls nicht auf die einzelnen Geschäftsbedingungen bezieht.

B Aus dem Versicherungsaufsichtsrecht

■ Art. 46 des Versicherungsaufsichtsgesetzes:

„Die FINMA hat folgende Aufgaben: ...

- f. Sie schützt die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen.“

■ Art. 117 der Aufsichtsverordnung:

„Als Missbrauch im Sinn von Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe f VAG gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, namentlich: ...

- b. die Verwendung von Vertragsbestimmungen, die gegen zwingende Normen des Versicherungsvertragsgesetzes oder gegen zwingende Normen anderer Erlasse, die auf den Vertrag anwendbar sind, verstossen;
- c. die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.“

IV. Die „Ungewöhnlichkeitsregel“ – eine unbehilfliche Hilfskonstruktion

Aus einem Bundesgerichtsurteil vom 28. Oktober 2008 (BGE 135 III 7 E. 2.1):

„Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist ... Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.

Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen ... Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren ...“

* * *